FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

PAULO CIPRIANO COEN

COSMOPOLITISMO, DEMOCRACIA E TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: REFLEXOS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

CURITIBA
2010

PAULO CIPRIANO COEN

COSMOPOLITISMO, DEMOCRACIA E TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: REFLEXOS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil. Orientador: Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes.

CURITIBA

2010

C672

Coen, Paulo Cipriano.
Cosmopolitismo, Democracia e Tribunal Penal Internacional: Reflexos no Ordenamento Constitucional Brasileiro/ Paulo Cipriano Coen – Curitiba:
UniBrasill, 2010.
420p. ; 29 cm.

Orientador: Eduardo Biacchi Gomes.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil –
UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2010.
Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Cosmopolitismo: Democracia 3. Direito Penal Internacional; Tribunal Penal Internacional; 4. Teoria Agnóstica da Sanção Penal; 5. Direito Penal do Inimigo; 6. Criminologia Crítica; Dialética Diatópica 7. Democracia ; Direitos Humanos I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.
CDD 340

COSMOPOLITISMO, DEMOCRACIA E TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: REFLEXOS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes

Membros: Profa. Dra. Carol Proner

Prof. Dr. Eliezer Gomes da Silva

Prof. Dr. Luis Alexandre Carta Winter

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

Curitiba, 09 de agosto de 2010

A meus mestres fora da Academia: meu pai que me ensinou pelo exemplo a melhor forma de agir para consigo e para com o próximo, a dignidade do trabalho e da persistência na busca de um ideal, e meu filho que me ensina a cada dia a ver o que a vida tem de melhor.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Eduardo Biacchi Gomes por seu apoio inestimável, e sua orientação e ao amigo Eduardo Gomes, por sua firmeza, presença e otimismo. Um Professor na acepção mais ampla do termo, algo que julgava não existir mais.

À Professora Doutora Carol Proner de quem, embora não tenha sido privilegiado em ser seu aluno em sala de aula, recebi o exemplo, o incentivo e a lição de um verdadeiro mestre.

Ao Professor Doutor Paulo Ricardo Schier que, no momento certo, compartilhou sua iluminação, justiça e sua solidariedade. Desta forma agem os que bem desempenham os desígnios de um grande projeto.

Ao caro Desembargador Guido Döbeli, jurista modelar e que, apesar dos compromissos da elevada função que ocupa, consegue dispor de tempo para ser o mesmo amigo e bom conselheiro de sempre.

Ao amigo Professor Pablo Bonilla Chaves, outra coluna firme que apoiou esta caminhada.

À querida amiga Professora Laura Garbini Both, pelo otimismo contagiante e pelas valiosas orientações e conselhos.

Aos caros Professores do Mestrado e da Coordenação do Curso de Direito da UniBrasil pela flexibilidade, tolerância e compreensão que tornaram possível a compatibilização de compromissos e prazos.

Aos eminentes juristas e amigos Haroldo Alves Ribeiro Júnior e Marcelo Lebre Cruz pelo constante incentivo na carreira jurídica.

Àqueles que participaram em algum momento desta tarefa, seja com incentivo ou não. De alguma forma motivaram a que este empreendimento chegasse ao final.

"Enquanto a filosofia que declara uma raça superior e outra inferior não for finalmente e permanentemente desacreditada e abandonada; enquanto não deixarem de existir cidadãos de primeira e segunda categoria de qualquer nação; enquanto a cor da pele de uma pessoa não for mais importante que a cor dos seus olhos; enquanto não forem garantidos a todos por igual os direitos humanos básicos, sem olhar a raça, até esse dia, os sonhos de paz duradoura, cidadania mundial e governo de uma moral internacional irão continuar a ser uma ilusão fugaz, a ser perseguida mas nunca alcançada."

(Haile Selassie, em discurso na sede da O.N.U. em 1963).

RESUMO

Esta dissertação objetiva demonstrar que, pelo caráter negocial do Tratado que materializou o Estatuto de Roma, determinados vícios e distorções que caracterizam o Direito Penal Interno venham a se reproduzir nesse regramento, suprimindo a possibilidade de ser o Tribunal Penal Internacional um organismo garantidor da dignidade da pessoa humana àqueles acusados de delitos internacionais.

Aborda-se a questão dos Direitos Humanos, e a unilateralidade de seu conceito, que se procura universalizar. Fala-se dos riscos da construção de um Direito Penal Internacional a partir desses valores unilaterais.

São discutidas alternativas para a construção de um conceito contra-hegemônico de Direitos Humanos: cosmopolitismo e a dialética diatópica.

Por fim, discute-se o Direito Penal interno e a influência que um estatuto penal internacional construído de forma democrática poderia trazer.

Palavras-chave: Direito Penal Internacional; Tribunal Penal Internacional; Teoria Agnóstica da Sanção Penal; Direito Penal do Inimigo; Criminologia Crítica; Dialética Diatópica; Democracia; Direitos Humanos.

ABSTRACT

This dissertation aims to demonstrate that, because of the negotiating character of the Treaty that materialized the Rome Statute, certain biases and distortions that characterize the Criminal Procedure Law will be playing in this new stage, removing the possibility of the International Criminal Court to be a guarantor of human dignity for those accused of international crimes.

It addresses the issue of human rights, and the unilateralism of its concept, which seeks to universalize. It speaks of the risks of building an international criminal law from these unilateral values.

Alternatives for the construction of a counter-hegemonic concept of Human Rights are discussed: cosmopolitanism and diatopical dialectics.

Finally, it discusses the Criminal Procedure Law and the influence that an international criminal statute could have on building it in a democratic way.

Key - words: International Criminal Law; International Criminal Court; Agnostic Theory of Criminal Punishment; Criminal Law of the Enemy; Critical Criminology; Diatopical Dialectics; Democracy; Human Rights.

RESUMEN

Esta dissertación ha consistido en demostrar que, al negociar el Tratado de caracteres que materializó el Estatuto de Roma, ciertos defectos y distorsiones que caracterizan a la Ley de procedimiento penal estarán tocando este regramento y eliminando la posibilidad de ser la Corte Penal Internacional un organismo garante de la dignidad de persona humana a los acusados de crímenes internacionales. Aborda el tema de los derechos humanos, y el unilateralismo de su concepto, que se trata de universalizar. Hablamos de los riesgos de construir un derecho penal internacional de estos valores unilaterales.

Se discuten alternativas para la construcción de un concepto contra-hegemónico de los Derechos Humanos: el cosmopolitismo y la dialéctica diatopical. Por último, se discute la ley de enjuiciamiento criminal y la influencia que un estatuto penal internacional construido de una manera democrática podría traer.

Palabras - clave: Derecho Penal Internacional; Corte Penal Internacional; Teoría Agnóstica de la Sanción Penal; Derecho Penal del Enemigo; Criminología Crítica; Dialéctica diatopical; Democracia; Derechos Humanos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 15

CAPÍTULO 1. DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: PROPOSTA DE ALTERNATIVA AO DIREITO INTERNACIONAL PENAL 19

1.1. Propostas para a construção de um Sistema de Justiça Internacional Penal 19

1.2. Pertencimento, Universalismo e Relativismo no Direito Penal 39

1.2.1. Universalismo e Relativismo 41

1.2.1.1. Universalismo cultural 42

1.2.1.2. Relativismo cultural 46

1.3. A visão conciliadora de Joaquín Herrera Flores: multiculturalismo e interculturalismo:.....53

1.4. Humanização do Direito Penal: Democracia e Direitos Humanos: a visão de Boaventura de Souza Santos: a dialética diatópica e o Direito Penal 58

1.5. Jurisdição Internacional Penal, Democracia e Direitos Humanos na visão de Barbara Hudson e o Direito Penal 63

1.6. Adequação do Possível: o viés da democracia e dos Direitos Humanos 65

CAPÍTULO 2. A BUSCA DA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO INTERNACIONAL PENAL A PARTIR DA DEMOCRACIA 68

2.1. O Direito Internacional Penal como elemento pacificador da Comunidade Internacional: limites e possibilidades.....77

2.2. A tutela do Direito Internacional Penal em face dos Direitos Humanos 80

2.2.1. Direitos Humanos.....80

2.2.1.1. A visão antropológica dos Direitos Humanos.....90

2.2.1.2. Direitos Humanos, Democracia e a Globalização.....99

2.3. O processo de construção da norma penal internacional: o viés democrático 111

2.3.1. O Conceito de Norma e o Mundo do Ser 111

2.4. A Comunidade Internacional e a norma internacional como elementos formadores de uma jurisdição internacional democrática 114

2.4.1. Dificuldades de Conciliação da Ordem Jurídica Internacional Penal com a Democracia 124

2.5. As Cortes Internacionais Penais 125

2.5.1. Relato Histórico dos Tribunais Internacionais Penais 125

2.5.1.1. Tribunal Militar de Nuremberg (1945) 135

2.5.1.2. Tribunal Militar de Tóquio (1946) 137

2.5.1.3. Tribunal Penal para a antiga Iugoslávia (1993) 138

2.5.1.4. Tribunal Penal de Ruanda (1994).....139

2.5.1.5. Tribunal Especial para Serra Leoa (2002).....140

2.6. Tribunal Penal Internacional Permanente 141

2.6.1. Histórico do processo diplomático até o Estatuto de Roma de 1998 142

2.6.2. Competência 149

2.6.3. Crimes internacionais 150

2.6.3.1. Genocídio (artigo 6) 156

2.6.3.2. Crimes contra a Humanidade (artigo 7) 157

2.6.3.3. Crimes de Guerra (artigo 8) 161

2.6.3.4. Crime de agressão (artigo 5, II, artigo 121 e artigo 123) 162

2.6.4. Organização do Tribunal 164

2.6.5. Sanções Previstas 166

2.6.6. Estatuto de Roma, 1998: ratificação diante das normas do Ordenamento Jurídico interno: críticas e imperfeições apontadas.....170

2.6.6.1. Estatuto de Roma e o princípio da legalidade 173

2.6.6.2. Estatuto de Roma e a prisão perpétua 175

2.6.6.3. Estatuto de Roma e a entrega de nacionais 179

2.6.6.4. Estatuto de Roma e a questão das imunidades.....182

2.6.6.5. Estatuto de Roma e a imprescritibilidade de crimes 184

2.6.6.6. Estatuto de Roma e o princípio da complementaridade.....186

2.6.6.7. Estatuto de Roma e a garantia da coisa julgada 188

2.6.6.8. Estatuto de Roma e leis nacionais de anistia.....190

CAPÍTULO 3. INFLUÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO: A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO 196

3.1. Direito Penal: conceitos e objetivos 200

3.2. A construção do Direito Penal como elemento pacificador da sociedade: o viés da democracia 205

3.3. A Dignidade da Pessoa Humana 208

3.4. A Justiça Retributiva e a Justiça Restaurativa 209

3.5. A seletividade e fragmentariedade do Direito Penal 214

3.6. Funções da sanção penal – oficiais e simbólicas 218

3.7. Abolicionismo Penal e Teoria Agnóstica da Sanção Penal 221

3.8. O Estado penal 226

3.9. O direito penal do inimigo 229

3.10. Direito Penal de autor 238

3.11. A Internacionalização do Direito Penal e Democracia 244

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS 250

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 256

ANEXO I - Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional 266

ANEXO II - Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade - 1968 381

ANEXO III - Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio (1948) 386

ANEXO IV - Carta das Nações Unidas 392

ABREVIATURAS

C.D.I. – Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas

C.I.J. – Corte Internacional de Justiça

C.P.A. – Corte Permanente de Arbritragem

C.P.J.I. – Corte Permanente de Justiça Internacional

D.I.– Direito Internacional Público

D.I.Pri. – Direito Internacional Privado

O.E.A. – Organização dos Estados Americanos

O.N.U. – Organização das Nações Unidas

T.A.O.I.C. – Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho

T.P.I. – Tribunal Penal Internacional

T.P.I.I. – Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia

T.P.I.R. – Tribunal Penal Internacional para Ruanda

U.E. – União Europeia

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por escopo primordial analisar e debater a legitimidade de uma legislação penal no âmbito internacional, em particular o Tribunal Penal Internacional (T.P.I.). Criado a partir do Tratado de Roma de 1998, substituto dos tribunais de exceção criados ao longo do século XX e com fim de democratização do Direito Penal e do Processo Penal.

Serão abordados os reflexos do Estatuto desse Tribunal, o Estatuto de Roma, e como as normas desse tratado se harmonizam com os valores e princípios constitucionais regentes do Ordenamento Jurídico Interno. Por outro lado, procurar-se-á verificar se o Estatuto, uma vez ratificado, poderá se converter em instrumento de desenvolvimento democrático dos Estados-Partes ou se representa retrocesso quando aplicado a modelos internos como o brasileiro.

Sem tencionar estabelecer paralelos entre as realidades interna e internacional, pretende-se demonstrar que, como ocorre no âmbito estatal, o Direito Penal atende a interesses setoriais, mediante a seleção dos bens jurídicos tutelados, e no momento de sua aplicação, resguarda o *status quo*, sob o manto do discurso da tutela de bens jurídicos.

Acaba por falhar também no desempenho de função garantista, de limitação do poder punitivo frente ao cidadão.

Busca-se constatar se o Direito Internacional Penal poderá contribuir de alguma forma na superação desse modelo ou se, no formato em que foi concebido, é apenas mais um diploma a ratificar uma estrutura que serve a propósitos que remetem ao liberalismo.

Quando, através do fenômeno da "globalização" se ultrapassa fronteiras, não só no campo financeiro ou econômico, mas também sociocultural, cabe questionar, como fez Otfried HÖFFE, como reagirão os ordenamentos jurídicos com relação a acusados provenientes de culturas jurídicas distintas. Questiona-se se existirá de fato uma "competência penal intercultural"[1] ou se a ferramenta penal continua a ser

---

[1] HÖFFE, Otfried. **Derecho Intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 17.

utilizada como instrumento de perpetuação de poder, mediante o mesmo discurso justificador, porém em escala maior.

O autor citado traz seu questionamento, assim como pretende esta dissertação, no sentido jurídico-moral, e para respondê-la, parece claro que os argumentos e conceitos não podem estar contidos em uma única matriz cultural.

Se as normas penais são produto de um conjunto de valores a que se denomina ‘cultura’, a justificação de determinadas condutas somente poderá se dar no âmbito desses mesmos valores. Fora deles, nem a conduta nem a sanção terão significado ou legitimidade.

Isso suscita o debate que tem como argumento a convicção de parte da doutrina da existência de um ‘núcleo’ de valores que é comum à humanidade. Reconhece-se, posteriormente, que por ‘humanidade’ se entende a civilização ocidental, e a realidade demonstra que se trata, em verdade, de apenas um subconjunto desta.

A análise histórica recente permite comprovar que quando se tentou utilizar o Direito Penal desconsiderando a diversidade cultural, o que se fez foi, de fato, colocar em funcionamento um aparato que não tinha outra finalidade além da imposição de valores e a sanção inexorável.

Como exemplo cabe menção aos tribunais de exceção, instalados após a II Guerra Mundial. Criados para atender aos interesses das potências vitoriosas, esses tribunais *ad hoc* foram criticados em sua legitimidade.

O mesmo jogo de forças se reproduz até hoje na estrutura de composição e relação de força decisória do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (O.N.U.) que, de acordo com o Estatuto de Roma, tem influência sobre o trâmite das denúncias e processos no T.P.I.

Novos delitos, os “crimes contra a humanidade”, foram concebidos para que lá se pudesse atribuir sanção aos réus, que alegavam seguir ordens previstas nos ordenamentos de seus países, aos quais se encontravam vinculados.

A criação de figuras penais em desatendimento ao princípio da legalidade, bem como sua aplicação seletiva (direito dos vencedores aplicado apenas aos

vencidos) foi objeto de críticas que questionavam a legitimidade tanto das regras criadas quanto de seus aplicadores.

O Tribunal Penal Internacional, embora afaste a condição de corte de exceção, corre o risco de não superar as demais carências.

Para melhor debater o tema é necessário mencionar a forma como se pratica a criminalização primária e secundária – fenômeno cultural e político – para vislumbrar se é possível a criação de um regramento penal internacional revestido de um mínimo de legitimidade.

Em outras palavras, o que se visa demonstrar é que o Direito Internacional, em sua crescente efetividade, corre o risco de repetir os mesmos erros e atender aos mesmos interesses que o instrumental penal doméstico ao invés de se converter num instrumento de democratização do Direito Penal – Internacional e Interno –, e de seu ramo instrumental, o Processo Penal.

No primeiro Capítulo é abordado o tema dos Direitos Humanos, e a construção desse conceito. Fala-se da constatação da estrutura ocidental de pensamento a tentar determinar valores que se pretendem ‘universais’. São apontados os desdobramentos e a carência democrática na implantação das normas internacionais fundadas nesse conceito segmentar hegemônico, bem como se apresenta uma proposta conciliatória de adoção de valores referenciais relacionados que levem em conta a diversidade cultural e que, ademais, a preservem. Ao final, vislumbra-se uma possibilidade mais favorável, a do Direito Cosmopolita, como alternativa aos possíveis (e prováveis) desvios que o as regras penais internacionais, simbolizadas pelo Estatuto de Roma do novo Tribunal Penal Internacional, poderão trazer.

Dessa forma, se busca converter o novo Direito Internacional Penal em ferramenta democrática de garantia da sobrevivência e dignidade dessas culturas.

Demonstram-se, no segundo Capítulo, os erros cometidos a partir de uma visão unívoca de “democracia”, pelo uso impositivo de valores ocidentais e pela adoção de cortes internacionais penais de exceção, sobretudo no século XX, que, ao invés de dar maior ???? ao Direito Internacional, o transformaram em instrumento de dominação econômica e social. Ainda, é debatido o Estatuto de Roma, seus princípios

e normas. Procura-se demonstrar a incompatibilidade desse Tratado com muitos dos Princípios reitores do Direito Interno brasileiro, bem como o retrocesso que a ratificação desse diploma no formato em que foi concebido representou para o Direito nacional pátrio.

No terceiro Capítulo são discutidas as características do Direito Penal contemporâneo, seus desvios e deficiências. Discorre-se também sobre o caráter fragmentário do Direito Penal e seu uso paralelo ao do discurso oficial. Aborda-se principalmente a influência do Direito Internacional Penal sobre os ordenamentos penais dos Estados-Partes do Tratado que estabelece o T.P.I.

Aponta-se, dessa forma, os muitos aspectos desse ramo do Direito que poderiam ter sido aprimorados e os vícios que poderiam ter sido sanados com o advento de uma proposta de legislação penal transnacional, e que, a se manter como está, perder-se-á a oportunidade de converter o Direito Internacional Penal em vetor de autêntica democracia e promoção de dignidade humana.

Visa, portanto, esta dissertação analisar se o Direito Internacional Penal, em especial o Estatuto de Roma e a estrutura jurisdicional penal implementada em 1998 através da Corte Penal Internacional Permanente, o T.P.I., realmente soube ocupar o papel de portador de democracia aos Estados-Partes, carreando valores que convertam enfim o Direito Penal em ferramenta para a preservação da dignidade humana e não, como tem sido no âmbito do Direito Interno dos Estados ocidentais e nos tribunais internacionais de exceção, mero instrumento de consolidação de poderes e interesses segmentares em detrimento de objetivos maiores.

Indica-se possíveis soluções, que passam necessariamente pela tutela dos Direitos Humanos e da Democracia, para o que se deve construir conceitos autênticos desses valores que são o cerne do que se considera valores inquestionáveis da humanidade.

À medida que se procura universalizar conceitos, sem levar em conta as diferenças culturais, os resultados obtidos e as regras produzidas apresentarão um *deficit* importante de legitimidade, consagrando outras finalidades e reforçando a lei do mais forte que ainda predomina no ambiente internacional.

CAPÍTULO 1. DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: PROPOSTA DE ALTERNATIVA AO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Neste Capítulo discute-se a construção do conceito de 'Direitos Humanos', verificando-se que o que se entende por esses Direitos é reflexo único do pensamento ocidental (e setentrional).

Aponta-se que a partir da tutela a esses Direitos justificou-se a construção de regras de Direito Internacional Penal que se pretende universalizar e apresentar como de validade incontestável.

A partir disso, indica-se os desdobramentos desse déficit democrático na implantação das normas internacionais penais, mas também apresenta-se opções doutrinárias que não se baseiam em conceitos impositivos e hegemônicos. Verifica-se que opções conciliatórias que levam em conta e preservam a diversidade cultural são o caminho possível para o desenvolvimento de regras internacionais legítimas.

Na área penal, um Direito Internacional Penal representativo de valores efetivamente comuns à humanidade pode ser ferramenta democrática de garantia da sobrevivência e dignidade humanas.

1.1. PROPOSTAS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE JUSTIÇA INTERNACIONAL PENAL

Para que se possa avaliar a extensão dos reflexos sociais de uma sentença criminal parece necessário mencionar, ainda que de forma breve, os fatores envolvidos nesse tipo de julgamento e que conferem ou não legitimidade a essa decisão.

Em uma cultura ou ordem social os comportamentos são valorados dentro de um contexto que, de sociedade a sociedade, atribui significados diversos às condutas e aos vínculos criados entre indivíduos, ou e entre esses e a natureza.

É inerente ao ser humano a tendência à vida em sociedade. Em seu grupo o indivíduo estabelece interações das mais diversas ordens (afetivas, de amizade, profissionais). Os grupos, por sua vez, também se relacionam, seja de forma

cooperativa ou opositiva. Disso, evidentemente, resultam eventuais conflitos. Cabe ao Direito atuação com vistas a solucioná-los. O que se observa, porém, é o Direito Penal com papel meramente sancionador, retributivo, como que a exercer papel de portador da revanche social ante o infrator. Ademais, os parâmetros aplicados para definição das condutas passíveis de sanção penal também são discutíveis, concluindo-se que muitas delas têm finalidade de mero exercício ou manutenção de poder de determinado segmento social sobre outros. O mesmo é observável no campo do Direito Internacional.

A própria existência e composição do Conselho de Segurança da O.N.U. é argumento consistente para comprovar essa afirmação. O Conselho de Segurança, descrito e regrado nos Capítulos V, VI, VII, VIII e XII da Carta das Nações Unidas (Anexo IV) é um órgão político cuja estrutura, embora conte com 15 membros, tem apenas 5 que são permanentes, as potências vencedoras da II Guerra Mundial: Estados Unidos, França, Grã-Bretanha, Rússia e China (esta desde 1971, em substituição a Taiwan). Esses membros permanentes têm poder de veto sobre qualquer resolução que venha a ser tomada. Sua finalidade oficial é, conforme o artigo 24, nº 1 da Carta, assegurar uma ação pronta e eficaz por parte das Nações Unidas, na manutenção da paz e da segurança internacionais, agindo em nome dos demais Membros da Organização, que estão vinculados às decisões do Conselho, por força do artigo 25.

A aprovação de alguma matéria no Conselho de Segurança depende de voto favorável de 9 dos 15 membros, desde que todos os 5 membros permanentes votem afirmativamente (artigo 27), o que deixa claro o caráter não democrático desse organismo, bem como a nítida distribuição de forças lá vigente.

Quanto aos demais Membros, há um revezamento bienal, através de escolha por parte da Assembleia Geral.

Resta evidente que os demais Membros do Conselho de Segurança e mesmo da Assembleia Geral têm um papel secundário quando da tomada de decisões que, da forma como são estabelecidas, jamais irão de encontro às intenções daquelas 5 potências e seus aliados.

Pode-se concluir, a exemplo do que fez MANNHEIM[2], que a noção *de grupo social* é um dos conceitos sociológicos mais relevantes para a Criminologia e, pode-se complementar, para o Direito Internacional.

Um mesmo indivíduo pode, portanto, pertencer a diversos grupos, simultaneamente ou em períodos diversos de sua vida. Esses grupos, por sua vez, podem ser (ou não) autossuficientes, organizados, territoriais, e apresentar cultura e organização próprias[3]. Assim, poder-se-ia conceituar *sociedade* como "todas as espécies e todos os graus de relações estabelecidas pelos homens, sejam elas organizadas ou não organizadas, diretas ou indiretas, conscientes ou inconscientes, cooperativas ou antagônicas"[4].

A partir daí pode-se definir *sociedade* a partir de certos fenômenos decorrentes de sua estruturação, que visam sua preservação e expansão, como a ordem econômica ou política; em suma, a partir de sua *cultura*.

Ao se tomar *cultura* como capacidade de atribuir significados aos diversos estímulos sensíveis, capacidade de simbolizar, de atribuir conceitos a objetos, imagens e sons, e de transmiti-los através da *linguagem*, tem-se que o indivíduo em sociedade passa por um processo de aprendizado constante[5]. Esse processo se opera também com o grupo, que modela e adequa seus valores e cultura de acordo com variáveis diversas ao longo do tempo.

A *cultura* é determinante, portanto, dos destinos e opções do grupo. Indicará quais condutas se coadunam com seus objetivos e quais não, devendo ser contramotivadas pela previsão de uma sanção. Esta dissertação discute as consequências do grau maior ou menor de participação dos integrantes do grupo na seleção desses objetivos e valores e da legitimidade em sancionar os discordantes ou

---

2 MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada.** V. 2. Tradução de J. J. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1984, p. 913.

3 MAYHEW, Leon. "Sociedad". *In:* Enciclopedia Internacional de Las Ciencias Sociales, v. 10. Editora Aguilar, 1977, p. 31-38. *Apud* CASTRO, Katia Duarte de. **O Júri como instrumento do controle social.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 72.

4 CHYNOI, Ely. **Sociedade (uma introdução à Sociologia).** 11. ed. São Paulo: Cultrix, 1991, p. 53.

5 CASTRO, Katia Duarte de. *Op. cit.*, p. 73.

transgressores, sobretudo quando se demonstrar que as normas representam interesses segmentares minoritários.

Ao se dizer que o homem se desenvolve a partir de sua relação com o meio e com os outros indivíduos, tem-se que essa necessidade (ou desejo) de viver em sociedade, leva o grupo a estabelecer, e constantemente adequar, uma ordem que visa sua continuidade. Essa ordem social essencial, portanto, à associação humana, é renovada pelo grupo que constrói e ajusta seus significados e valores constantemente.

A partir do momento em que surge alguma forma de estabilidade nesses grupos, percebe-se internamente o surgimento de formas de orientação de valor sobre temas diversos, que vão se consolidando à medida em que essa sociedade se setoriza ou se especializa. Passa-se a observar o que se pode conceituar como *instituições sociais*, ou seja, formas sociais estabelecidas que, embora não estáticas, têm grau de dinamismo variável.

Para que se chegue a esse grau de segmentação da vida social, cada indivíduo tem para si um *papel social* imposto pelo grupo. Essa é uma forma de preservação do grupo (ou se seus valores dominantes, de acordo com a complexidade da associação social), mediante a colocação de *deveres* e *limites* ao membro.

Com isso, a sociedade acaba por definir padrões internos buscando viabilizar ou otimizar seu funcionamento. Conforme apontam BERGER e LUCKMANN[6], quando determinada linha de ação é incorporada por um grupo, isso implica em maior fluidez de ações, pois essa repetitividade afasta a necessidade de constantes tomadas de decisão.

Essas ações repetidas se convertem em *hábitos* através da *tipificação*, ou seja, a inclusão de cada ação numa categoria específica, até que, pela consolidação dessas categorias, tem-se a institucionalização.

As *instituições* criam, a partir da habitualidade, a noção que o modo de agir que determinam é a via *natural* para ação ante determinada situação.

---

[6] BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade. Tratado de Sociologia do conhecimento.** 3. ed. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. São Paulo: Vozes, 1976, p. 79.

Verifica-se, portanto, que somente é concebível falar-se dessa *naturalidade* a partir da estruturação de um grupo com *valores e identidades comuns.* Outra via, é claro, é a da *imposição*, a partir de setores minoritários internos do grupo ou de outros grupos, mas isso, naturalmente, desvirtua o conceito desenvolvido.

A criação e aplicação das *sanções* teria, por sua vez, como finalidade induzir os membros do grupo a seguirem a interpretação dada pela instituição e, com isso, preservar o *status quo* daquela sociedade. O respeito prestado ou imposto à determinada instituição é diretamente proporcional à sua longevidade[7].

Por essa via interpretativa, a sanção seria essencial à própria existência do grupo e de suas instituições, as quais, por sua vez, são necessárias para a operacionalização da vida social.

Nesse processo, considera-se *socializado* quem aceita e se insere nesse sistema de *papéis sociais*[8].

No quadro de instituições apresentado, encontra-se uma cuja menção é relevante ao tema desta dissertação: o *Estado*.

É fundamental aos objetivos desta dissertação ressalvar, como fez Hans KELSEN, que se a norma jurídica vincula as pessoas a adotar determinada conduta, e para isso usa da sanção como meio coercitivo; importa saber se esse destinatário da norma participou efetivamente ou não da criação dessa norma que o obriga[9]. É o que distingue democracia e autocracia[10]. Assim, seguindo-se o pensamento de KELSEN, a forma de Estado mais ou menos democrática está diretamente relacionada a uma forma de produção normativa mais ou menos participativa.

---

7 CASTRO, Kátia Duarte de. *Op. cit.*, p. 82.

8 KRÜGER, Helmut. **Introdução à psicologia social.** São Paulo: EDU, 1986, p. 43 *Apud* id.

9 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 5. ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 125.

10 KELSEN faz a distinção com relação à criação de obrigações aos destinatários da norma: "se a pessoa obrigada pela a norma e a ela submetida participa ou não da criação dessa norma que a obriga. Em outras palavras, se a obrigação tem lugar por sua vontade ou sem ela, eventualmente até contra sua vontade.... Aqui aparece como diferença entre democracia e autocracia ou entre república e monarquia." KELSEN, Hans. **Teoria**..., p. 125-126.

No Direito público tem-se uma relação entre sujeitos *subordinante* e *subordinado*, e a capacidade estatal de obrigar os súditos a partir de uma declaração unilateral de vontade; uma ordem[11].

Na comunidade internacional tem-se um contexto diverso daquele dos Estados; é um ambiente anárquico, descentralizado, paritário e aberto[12].

No Direito Internacional Público não há entidade que se possa analogicamente considerar equivalente, mas tentativas de ordenar de alguma forma o ambiente internacional são praticadas. A mais evidente e duradoura é a Organização das Nações Unidas (O.N.U.). Sob esse aspecto pode-se fazer um paralelo com a organização política do Estado, vez que em sua estrutura existe clara distinção em estamentos, e nítida concentração de poder em mãos de uma minoria que são os membros permanentes de seu (anacrônico e questionável) Conselho de Segurança.

As peculiaridades do Direito Internacional devem ser estabelecidas, importando ressaltar que não se pode estabelecer comparações diretas entre esse ramo e o Direito Interno. Ocorrem, entretanto, certos pontos coincidentes, como a heterogeneidade entre os Estados, assim como se dá com os membros de uma sociedade. Não é de difícil aceitação, a partir de rápida observação do quadro internacional, que as diferenças de cunho cultural, racial, civilizatório, ideológico e de desenvolvimento econômico acabam por separar os povos ao invés de uni-los por complementaridade[13].

DINH, DAILLIER e PELLET distinguem *Comunidade Internacional* e *Sociedade Internacional*[14]. À primeira correspondem os Estados, que se relacionam a partir do surgimento de um vínculo subjetivo, fundado em sentimentos de amizade, parentesco, vizinhança que levam ao desenvolvimento de confiança e intimidade; uma *Sociedade Internacional* seria fundada em relações de interesses, trocas, vivendo em constante tensão. Esses autores consideram que, em escala universal, somente a

---

11 KELSEN, Hans. **Teoria**..., p. 127.

12 GOMES, Eduardo Biacchi. **União Europeia e multiculturalismo.** Curitiba: Juruá, 2010, p. 54.

13 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público.** Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 32.

14 *Idem*.

segunda hipótese seria factível, embora façam ressalva que as diferenças entre os povos não são, por si só, fatores de exclusão prévia de qualquer possibilidade de estabelecimento desse vínculo subjetivo que leva os Estados a viverem em comum, apesar dos fatores que os separam[15].

Acredita-se, porém, que a partir da adoção de valores autênticos de democracia e Direitos Humanos poder-se-ia almejar a existência de uma Comunidade Internacional possuindo como catalizadores esses parâmetros axiológicos. O sistema penal poderia, pela via dos tratados, ser o indutor desses princípios nos ordenamentos internos dos Estados com *déficit* democrático. Somente então se poderia falar em Comunidade Universal formada em torno de um "núcleo de valores comuns".

Já o *Estado* que, conforme o artigo 22 da Constituição da República, é fonte material do Direito Interno tem papel fundamental e exerce, como disse Celso Antônio Pinheiro de CASTRO, "poder normativo de estabelecer formas e definir fins para as demais instituições"[16].

Ao se analisar o Estado como fenômeno social, distinto portanto das concepções relacionadas aos fenômenos naturais, caberia mencionar algumas Teorias do Estado que decorrem dessa perspectiva cultural. Nesta dissertação mencionar-se-á a Teoria Tridimensional de Miguel REALE (item 2.3.1), de acordo com a qual todo conhecimento do Estado (e do Direito) é tridimensional, vez que sempre predominará um dos três elementos representados por um vetor: *fato, valor ou norma.*

A partir disso poder-se-á debater as interações culturais e normativas e arguir questões sobre a legitimidade de legislações que busquem abarcar condutas criminais praticadas em contextos sociais distintos.

Importante mencionar que dentre os elementos constitutivos de um Estado, além de território e capacidade de autogoverno, há o *povo* e este deve ser conceituado a partir de uma *concepção multicultural* a significar a ponderação dos valores de cada grupo ou segmento que o compõe e que vive sob uma mesma jurisdição estatal[17]. Com

---

15 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. cit.*, p. 32.
16 CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. **Sociologia e Direito.** São Paulo: Atlas, 1979, p. 76.
17 GOMES, Eduardo Biacchi. **União**..., p. 25.

a Revolução Francesa vem o conceito de Estado-Nação, com ideias de unidade política, que é reforçada a partir da fusão de elementos e valores culturais e pela adoção de símbolos comuns como parâmetro identificador, tais como bandeira ou hino. O conceito de soberania, "poder supremo, sinônimo de independência de outras ordens jurídicas"[18], reforçado com a criação do Estado-Nação, poderia ser ameaçado com o reconhecimento da multiplicidade[19].

A partir do momento em que se tenta construir um regramento jurídico que atue além das fronteiras do Estado, essa observação da multiplicidade cultural (e por conseguinte axiológica) é essencial no trabalho de elaboração normativa e, sobretudo, na obtenção de sua legitimidade ante os jurisdicionados.

Por motivos que serão discutidos ao longo desta dissertação, o Direito Penal Interno desconsidera a diversidade dos segmentos sociais. Os reflexos disso podem ser observados na forma como o indivíduo que não faz parte do grupo ou sociedade é visto pelo sistema penal. Torna-se, de acordo com sua procedência, suspeito ou criminoso em potencial. Essas reações e o papel do Estado em relação a elas é objeto de discussão no Capítulo 3.

Conforme ensina Eduardo Biacchi GOMES, *multiculturalismo* é um "sistema de proteção de minorias culturais e de forma a tutelar a liberdade de expressão"; distingue-se do *interculturalismo*, que é o diálogo entre culturas visando seu convívio harmônico[20].

Naturalmente o fenômeno da globalização e o modelo supranacional adotado na Europa colocam em contato culturas e povos diversos, eis que o multiculturalismo é tema de necessário debate objetivando a preservação das culturas, sobretudo dos segmentos minoritários, sejam eles de cunho étnico ou linguístico.

---

18 BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 90.

19 GOMES, Eduardo Biacchi. **União**..., p. 26.

20 *Ibidem*, p. 37.

Assevera GOMES que a cultura é valor essencial em qualquer processo integracionista pois somente se respeitadas as diferenças culturais estar-se-á pautado em valores que respeitem a democracia e os direitos fundamentais[21].

O multiculturalismo é, portanto, tema de interesse do Direito, vez que ele tem a função de tutelar essa livre expressão das minorias[22]. A existência de uma legislação como o Estatuto de Roma e sua Corte Criminal pode ser o caminho para que essa função deixe de ser exercida, mediante a criminalização, supressão e eventual extinção dessa expressão.

O espaço supranacional[23] que se pretende construir na Europa ou o novo ambiente internacional que se visa estruturar e submeter à determinada legislação somente será democrático se os direitos culturais das minorias[24] forem preservados, ou seja, se as normas comuns que vierem a ser adotadas levarem em conta os valores construídos ao longo da história por uma sociedade ou grupo quando de sua elaboração.

Questiona-se aqui se esse arcabouço jurídico é possível, se cabe falar no século XXI em universalismo sem ferir esse equilíbrio, vez que as fronteiras culturais são sensivelmente mais amplas que à época de Hugo GROTIUS, quando nascia o conceito de soberania e os matizes culturais infinitamente mais diversos, embora se leve em conta o desenvolvimento observado no tempo decorrido.

Parece perceptível a existência de uma dicotomia entre interesses supranacionais, internacionais e soberanos[25], o que pode acabar por recrudescer sentimentos e aprofundar valores clássicos de soberania. Nesse sentido cabe breve

---

21 GOMES, Eduardo Biacchi. **União**..., p. 15.

22 *Idem*.

23 Supranacionalidade, conforme GOMES, é um termo utilizado pela primeira vez no Tratado de Paris, de 1965, a que criou a Comunidade do Carvão e do Aço. Reconhece-se aí, pela primeira vez uma entidade que ocupa posição hierárquica superior à dos órgãos nacionais. Esse poder vem, portanto, por delegação temporária conferida pelos Estados envolvidos a esses organismos criados. (GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos Econômicos – solução de contorvérsias.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 134-140).

24 GOMES traz conceito de "minorias": "grupo de indivíduos que possuem identidade em comum, linguística ou religiosa, por exemplo, mas estão em condições desfavoráveis em um Estado, tendo em vista que o referido sistema jurídico não permite ao grupo poder, livremente, exercer seus direitos culturais". (GOMES, Eduardo Biacchi. **União**..., p. 51).

25 *Ibidem*, p. 24.

observação distintiva entre os sistemas de tomadas de decisões da União Europeia e do Mercosul.

Ao se falar em supranacionalidade existente no Direito Comunitário europeu, conforme dito, se faz referência a um mecanismo que estipula prévia delegação temporária de competências a órgãos que se posicionam hierarquicamente acima dos Estados. No Mercosul, no entanto, as decisões são tomadas por um sistema de *intergovernabilidade*, ou seja, uma coordenação de entendimentos entre os governos dos Estados soberanos envolvidos[26].

Como bem aponta GOMES ao tratar do processo de integração europeu, "o reconhecimento das diferenças culturais é um dos elementos essenciais para que cidadãos comunitários tomem uma consciência maior sobre a importância da União Européia"[27].

O que se teme possa ocorrer é o processo inverso: em nome da integração ou da supranacionalidade, que acabem por prevalecer os valores *dominantes* na esfera internacional, a exemplo do que ocorre, é bom que se recorde, no âmbito interno quando da elaboração das leis penais.

Embora se possa cogitar que um maior grau de integração possa resultar em maior surgimento de valores locais, cabe ponderar se sempre os processos de integração que, além das vantagens econômicas mútuas, como aponta GOMES[28], visam eliminar desigualdades dentre os Estados envolvidos em outras áreas, conseguem observar as diferenças culturais dos povos. Questiona-se se mesmo os processos de integração, que têm como pressuposto a adesão voluntária das partes, não falham no tocante à preservação de todas as vertentes culturais relacionadas.

Isso é relevante tendo em vista que é dessa matriz cultural que sobrevirão as normas penais.

---

[26] GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos**..., p. 161-168.
[27] GOMES, Eduardo Biacchi. **União**..., p. 31.
[28] GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos**..., p. 37-40.

Parece difícil negar que os segmentos sociais com fraca representação têm seus interesses preteridos quando do processo legislativo (quando não têm sua *existência* criminalizada para atender aos interesses dos grupos principais).

Além disso, não se pode tomar a Europa e seu processo de integração como exemplo cabal, vez que lá as diferenças sociais, embora significativas, não são tão sensíveis que as observadas quando se amplia o campo de pesquisa para a esfera mundial.

O que se pretende questionar é se esses regramentos jurídicos internacionais conterão dispositivos que visem proteger minorias, amenizando uma provável prevalência desses valores hegemônicos nos campos político, militar, econômico e internacional.

A se manterem apenas esses conceitos dominantes como parâmetros axiológicos e hermenêuticos também no âmbito internacional, acredita-se que, em vista dos possíveis desdobramentos, poder-se-ia mesmo defender um prolongamento na existência do já minguante Estado-nacional como "mal menor".

Mesmo a noção de Estado Soberano (em sua visão clássica) logrou preservar culturas e valores vistos como "exóticos"[29] ou "periféricos" pela visão hegemônica. Pouco se pode falar da sobrevivência dessas sem essa barreira protetiva.

Quais seriam então esses dispositivos ou cláusulas que preservariam as minorias? Como se poderia tutelar seu cumprimento e qual seria o órgão competente a dar-lhes efetividade (e mediante quais regras)?

HABERMAS aponta distinções entre o individualismo europeu e a primazia que é dada à comunidade em detrimento do indivíduo na cultura asiática e nas tribos africanas em matéria de Direitos Humanos[30].

Ao falar do espaço supranacional (União Europeia), GOMES fala do déficit democrático europeu em vista da não participação dos cidadãos nos processos decisórios de integração do bloco. Assevera esse autor que a construção de instituições

---

[29] Termo utilizado por Otfried HÖFFE: "...**exóticos**, provenientes ya no de un Estado culturalmente vecino, sino de una cultura juridica distinta." HÖFFE, Otfried. *Op. cit.*, p. 17. (Sobre o tema, voltar-se-á a tratar na introdução do Capítulo 2).

[30] HABERMAS, Jürgen. **A Constelação pós-nacional**. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 155-156.

supranacionais democráticas passa pela integração de culturas, porém sem buscar a unificação cultural; ao contrário, busca-se o reconhecimento das diferenças[31].

Essa abertura democrática passa, necessariamente, pela observância aos Direitos Humanos. HABERMAS observa, no entanto, que na legitimação desses direitos "existe uma tensão entre os valores universais, que devem ser aplicados na sociedade internacional, e os valores locais os quais, muitas vezes, não admitem certos valores como universais e absolutos[32].

Através de uma *visão aberta dos Direitos Humanos* poderá haver sua extensão *legítima* para outros povos e culturas, visando a um tempo promover a dignidade humana sem suprimir seus demais direitos ou sua identidade.

Uma hipótese que, acredita-se, demonstra uma tentativa de mitigar esse problema seriam os **sistemas regionais**. Henry STEINER citado por Flávia PIOVESAN[33], nomeia três desses **sistemas regionais** principais: o europeu, o interamericano e o africano, cada qual com seu aparato jurídico próprio, além de um sistema árabe ainda em fase inicial e uma proposta para um futuro sistema regional asiático.

Quanto ao *Sistema Regional Europeu*, o primeiro texto daquele continente objetivando a proteção dos direitos do Homem foi, segundo Jorge MIRANDA[34], a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, de 1950. Era uma forma de reação aos governos totalitários. Ao tratado original foram somados 14 Protocolos adicionais. O autor citado destaca o Protocolo nº 11, que vigora desde 1998 e que torna obrigatória a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para receber denúncias individuais ou dos Estados sobre violações desses Direitos. Até então essa jurisdição era facultativa[35].

---

31 GOMES, Eduardo Biacchi. **União**..., p. 100-101.
32 HABERMAS, Jürgen. **A Constelação**..., p. 150.
33 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51.
34 MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público.** 3. ed. São João do Estoril: Princípia, 2006, p. 311.
35 *Ibidem*, p. 312.

Foi também a primeira vez que se possibilitou o acesso do indivíduo à instância internacional onde pudesse buscar a tutela de seus direitos frente ao Estado.

Inicialmente existiam dois órgãos institucionais previstos na Convenção: a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, posteriormente suprimida, e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, composto de 17 juízes, divididos em seções e comitês, além da atuação monocrática de magistrados, prevista no Protocolo nº 14 e, ainda, competência consultiva.

Não cabe a essa Corte anular ou revogar as decisões dos Tribunais dos Estados-Partes, mas verificar a possível violação de direitos assegurados pela Convenção e assegurar reparação à vítima.

David HARRIS e Michael O'BOYLE citados por Flávia PIOVESAN afirmam que a Convenção se baseia em *standards* de Direitos Humanos acolhidos pelos Estados-Partes para formar um sistema de garantias coletivas[36]. Dessa forma, o modo pelo qual um Estado tutela os Direitos Humanos é tema que flexibiliza o conceito tradicional de soberania e pode ser contestado em Corte Internacional, vinculando essa tutela já no artigo 1º: "Os Estados-Partes devem assegurar a todas as pessoas sob sua jurisdição os direitos e as liberdades enunciados na Seção I desta Convenção".

Esses conceitos, embora vinculem os Estados, não são estáticos e estagnados ao momento da elaboração da Convenção, e devem ser "práticos e efetivos" e não "teóricos e ilusórios"[37]. O dinamismo social e político impõe uma adaptação, e a Corte Europeia reconheceu esse fato em reiteradas decisões[38].

Além da Convenção, cabe menção à Carta Social Europeia de 1961, alterada por Protocolos em 1991 e 1995, e substituída pela Carta Revista no ano seguinte. Contém direitos de liberdade e sociais, em especial aos trabalhadores, atribuindo deveres aos Estados, cuja fiscalização é realizada mediante relatórios ao Conselho da

---

36 HARRIS, David: O'BOYLE, Michael. Law of the European Convention on Human Rights, p. 29 *In:* PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça**..., p. 51.

37 Nesse sentido: decisão da Corte no caso Artico *versus* Itália (1980). *In:* PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 69.

38 Na Comunidade Européia casos relativos a Direitos Humanos: Tyrer *versus* U.K., Marckx *versus* Bélgica (1979), Dudgeon *versus* U.K. (1981). *In:* PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 70.

Europa. São legitimados para apresentar eventuais reclamações organizações obreiras e patronais[39].

Em 2000, Parlamento, Conselho e Comissão Europeus proclamaram a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que contém 7 Capítulos: 'Dignidade', 'Liberdade', 'Igualdade', 'Solidariedade', 'Cidadania', 'Justiça' e 'Disposições Gerais'. Seu objetivo é aumentar e sistematizar o rol de direitos sociais em relação à Convenção. Entre outros temas, veda a pena de morte, bem como a extradição e expulsão em caso dessa sanção ser imposta a alguém, bem como assegura a liberdade acadêmica, a bioética, a propriedade intelectual, a diversidade cultural, a proporcionalidade de penas[40]. O Tratado que constitui a União Europeia foi alterado pelo Tratado de Lisboa, após o que a base jurídica da União Europeia incorporou a Carta dos Direitos Fundamentais União Europeia. A partir disso, a Carta passou a ser um documento juridicamente vinculante.

Com relação à Corte Europeia, cabe menção à ressalva feita por André de Carvalho RAMOS[41], quanto à falta de força executiva de suas decisões, devido das disposições do artigo 41 da Convenção[42]. Pela leitura desse Artigo verifica-se que o Estado infrator poderá pagar verbas indenizatórias às vítimas, mas não poderá ser compelido a interromper as condutas violadoras dos Direitos tutelados pela Convenção, *por força do Direito Interno* dos Estados violadores que, portanto, prepondera sobre essa Convenção de Direitos Humanos.

Quanto ao *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos do Homem*, guarda semelhança ao original europeu. Flávia PIOVESAN enfatiza sua importância ao recordar que a região é marcada por elevado grau de desigualdade e exclusão sociais[43]. Seus principais diplomas são a Carta da Organização dos Estados

---

39 MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 319.

40 *Ibidem*, p. 323.

41 RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos na Integração Econômica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 396.

42 "**Art. 41** – Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou de seus Protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma satisfação equitativa, se necessário."

43 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça**..., p. 85.

Americanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Carta Internacional Americana das Garantias Sociais, todas de 1948.

O instrumento principal desse Sistema é, no entanto, a Convenção Americana dos Direitos do Homem assinada em San José da Costa Rica em 1969 e seu Protocolo Adicional de 1988. Essa Convenção somente entrou em vigor em 1978. Reconhece e assegura direitos semelhantes àqueles previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da O.N.U.[44].

O Pacto de San José se limita a determinar aos Estados a adoção de medidas que permitam a plena realização de direitos sociais, econômicos e culturais sem enunciá-los, o que foi feito com o Protocolo Adicional de 1988[45].

Conforme Jorge MIRANDA, há grande minúcia e sistematização na descrição dos direitos abrangidos, seu caráter é obrigatório. Há previsão de dois órgãos, Comissão e Tribunal, diverso do que ocorre na Europa[46].

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, composta por 7 membros eleitos dentre os nacionais dos Estados-Membros dotados de "alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de Direitos Humanos"[47] para um mandato de 4 anos. Tem como função a observância desses direitos tutelados nas Américas. Para tanto, podem preparar estudos, solicitar informações e expedir recomendações aos Estados--Membros, além de examinar comunicações encaminhadas por indivíduos ou organizações, governamentais ou não.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é composta por 7 juízes nacionais de Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (O.E.A.) eleitos pelos Estados-Membros. Sua competência é consultiva e contenciosa[48]. Não há, porém, diferentemente do que ocorre na Europa, legitimação aos indivíduos para submeter um caso à Corte[49].

---

44 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 228.
45 *Idem*.
46 MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 325.
47 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça**..., p. 91.
48 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito**..., p. 238.
49 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça**..., p. 97.

Uma vez mais, verifica-se a supremacia da soberania em face da tutela dos interesses dos indivíduos e o caráter meramente sugestivo das decisões desse Sistema. Embora indique transgressões e responsáveis, sob o aspecto prático, o poder de modificação de um contexto interno por força dessas decisões é restrito. Como de hábito, isso é mais perceptível de acordo com a capacidade econômica ou bélica e a representatividade no contexto internacional dos Estados envolvidos.

Por fim, o *Sistema Regional Africano*, ainda em caráter inicial, possui uma Convenção da Organização da Unidade Africana, de 1969, que trata da questão dos refugiados naquele continente, e a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, de 1981 e que passou a vigorar em 1986[50].

Importante enfatizar, diante das pretensões desta dissertação, que essa Carta confere atenção às *tradições históricas continentais*, adotando *valores locais* em sua estruturação teórica[51]. Outro aspecto importante que distingue a Carta Africana dos diplomas europeu e interamericano é o cunho não individualista, mediante a proteção coletivista de tutela aos direitos *dos povos* africanos, bem como a proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais do continente.

A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos tem sede na Gâmbia e atua desde 1987, sendo órgão político ou "quase judicial"[52], composta por 11 membros eleitos dentre os nacionais dos Estados-Membros. Suas atribuições incluem a elaboração de estudos e pesquisas sobre o os direitos promovidos, investigações, produção de resoluções e atuação consultiva e de resolução amistosa de conflitos.

Há previsão da instauração de processo perante a Comissão Africana em caso de infração aos dispositivos e de fiscalização mediante relatórios bienais da Comissão e sujeição das questões à Assembleia dos Chefes de Estado e de Governo[53].

A Carta Africana não previa a formação de uma Corte específica. Um Protocolo de 1998 foi criado com esse fim e passou a vigorar em 2004. A missão da Corte, com sede em Addis Abeba, Etiópia, é complementar e fortalecer as funções da

---

50 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça**..., p. 119.
51 *Ibidem*, p. 121.
52 *Ibidem*, p. 125.
53 MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 326.

Comissão Africana, devendo ser composta por 11 membros eleitos dentre os nacionais dos Estados-Membros para mandato de 6 anos. Tem competência contenciosa e consultiva. Pode apreciar casos enviados tanto por Estados, organizações ou indivíduos, buscando solução amistosa dos casos ou a estipulação de indenizações aos infratores[54].

Se disso resulta uma maior autenticidade e legitimidade das decisões adotadas, também reforça aquilo que já se sabe: a grande diversidade de valores entre essas três realidades regionais.

Outro movimento democrático importante se deu com a criação do Tratado Reformador de Lisboa, já mencionado. Vigente desde 1º de dezembro de 2009, visa a dar maior transparência e legitimidade às políticas da União Europeia, concedendo maior espaço de atuação aos parlamentos nacionais e aos cidadãos. Introduziu a Carta dos Direitos Fundamentais no Direito primário europeu e cria novos mecanismos de solidariedade entre Estados-Membros[55]. O objetivo é a aplicação do *princípio da solidariedade*, mediante o reconhecimento das diferenças culturais e dos direitos das minorias (mesmo num contexto não tão díspar quanto o da U.E., se comparado com o restante do mundo) e do *princípio da não indiferença*, ou seja, que todas as políticas lá adotadas levem em consideração os interesses da Humanidade[56].

Como diz HABERMAS, um dos requisitos para que os membros de uma sociedade possam conviver democraticamente e exercer influência política nas suas condições de vida é "o caráter *auto*-referencial da *auto*-determinação e da *auto*-influenciação política do sujeito coletivo"[57]. Essa exigência da identidade do sujeito coletivo é preenchida pelo Estado nacional, onde, explica o mesmo autor, para que o ente coletivo e os cidadãos possam, além de assumir sua autogestão, modelar-se politicamente, é essencial a ausência de influências externas[58].

---

54 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça**..., p. 130.
55 GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos**..., p. 70-73.
56 GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 90-95 *Apud* Id., p. 106-107.
57 HABERMAS, Jürgen. **A Constelação**..., p. 105.
58 *Ibidem*, p. 106.

Em outra obra, “A Constelação Pós-Nacional”, HABERMAS diz que “a organização de uma ‘cidadania multicultural’ exige políticas e regulamentações que abalam a fundamentação nacional da solidariedade dos cidadãos transformada em uma segunda natureza” e ainda que

> “uma política que vise a coexistência igualitária de formas de vida de diferentes comunidades étnicas, grupos linguísticos, confissões, etc., evidentemente põe em andamento nos Estados nacionais um processo tão precário quanto doloroso” e alerta que poder-se-ia cogitar de um “patriotismo constitucional”, abstrato, mas que, se fracassado, fará com que “a coletividade se esfacele em subculturas que se fecham umas às outras”[59].

Parece lógica a associação feita por ZAFFARONI, citada anteriormente, de um paralelo entre a prática delitiva individual e estatal.

Em sua obra, afirma ser inquestionável que “o poder condiciona o saber”[60]. Dessa forma, as estruturas de poder podem se valer de ideologias que acabam por encobrir a verdadeira finalidade de seus atos, ou seja, a dominação.

É o temor que se busca debater ao tratar dos processos de integração com argumentação universalista. Indica-se que nada mais seriam que a transposição para o âmbito da política internacional, via Direito Internacional Público, na esfera penal, desses mecanismos de controle e dominação a que se presta, desde há muito, o Direito Penal interno.

Como leciona ZAFFARONI:

> “O poder instrumentaliza as ideologias na parte que lhe são úteis e as descarta quanto ao resto. Deste modo, recolhe do sistema de idéias de qualquer autor a parte que lhe convém, com o qual frequentemente tergiversa. Assim, o autoritarismo não tomou de HEGEL a parte liberal, e sim a exaltação do Estado; o racismo não tomou do evolucionismo as advertências prudentes, mas ostentou uma ‘ortodoxia’ evolucionista jamais sustentada com seriedade por seus criadores; as tendências teocráticas tomam das espiritualistas tudo o que faz a resignação em função da justiça do ‘além’, esquecendo que quase todas estas afirmam que é seu pressuposto o obrar justo nesse mundo; o psicologismo quietista toma de FREUD ou das

---

59 HABERMAS, Jürgen. **A Constelação**..., p. 94-95.

60 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1, parte geral. São Paulo: RT, 2006, p. 57.

> outras correntes psicanalíticas o seu aspecto de 'técnica', mas passam por alto os contextos sociológicos originários etc."[61].

O fato é que, conforme Salo de CARVALHO,

> "o entendimento de que o crime é fenômeno normal em qualquer agrupamento social, e de que a violência, manifesta das mais variadas formas, constitui a humanidade do humano, enclausura-se no âmbito acadêmico. Enquanto isso são reforçadas as práticas violentas sustentadas pela lógica da **supressão da alteridade**"[62]. (grifo nosso)

O modelo do positivismo criminológico, que ainda serve de base para a legislação penal, aprofundado por teorias como "Lei e Ordem" e "Tolerância Zero" se caracteriza, como diz o mesmo autor[63], "pela negação da alteridade e supressão do outro e pelo não reconhecimento da diversidade com a criação de mecanismos policialescos de repressão formal".

Flávia PIOVESAN discute a insuficiência de tratar o indivíduo de "forma genérica, geral e abstrata". Aduz que, paralelamente ao direito à igualdade como direito fundamental, surge o direito à diferença[64].

A mesma autora cita Boaventura de Souza SANTOS, que afirma:

> "**Temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza**. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades"[65]. (grifo nosso)

Até o presente momento, parecem de difícil conciliação os conceitos de universalismo e democracia à medida que o que se entende por "democracia" é o conceito de um único segmento social (seja no campo interno ou em esfera mundial).

---

61 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 59.

62 CARVALHO, Salo de. **Anti Manual de Criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 150.

63 *Ibidem*, p. 151.

64 *Ibidem*, p. 28.

65 SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In:* Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. *Apud* PIOVESAN, **Direitos Humanos e Justiça**..., p. 29.

O risco da imposição de valores tidos como inequívocos, irrefutáveis, formadores de um "núcleo rígido de felicidade e liberdade universais" parecem um argumento adicional de imposição de poder, porém mediante mecanismo diverso que o da força militar ou econômica.

A compatibilização da soberania com a diversidade poderia se dar mediante a flexibilização de conceitos a partir de um avanço histórico. Noções axiológicas como "democracia", "Direitos Humanos", construídas a partir de parâmetros eminentemente ocidentais deveriam ter ampliados seus horizontes teóricos e abranger conceitos múltiplos para poderem ser aplicados de forma legítima por um judiciário que se pretenda universal. Esse regramento internalizado pela via dos tratados seria, portanto, um vetor democrático para os Estados sem, contudo, ofender a princípios e valores inerentes a determinadas civilizações.

Não se trata, portanto, de criticar e propor a extinção do pretendido Sistema de Justiça Internacional Penal, mas de convertê-lo, antes de mero instrumento punitivo e impositor de dominação unilateral rescendendo ainda à antiga divisão mundial pós-II Guerra, em ferramenta construtora de dignidade humana pela via da autêntica democracia.

Uma vertente de *pax romana* (ou "*pax americana*") mediante a imposição de um conceito unilateral de "democracia" como via de coexistência pacífica entre os povos, se agrava sob a hipótese de coação via norma penal internacional. Isso aponta para a repetição da fragmentação social que o sistema de justiça penal já criou e consolidou no campo interno e cujos moldes se repetem no Estatuto de Roma.

Parece tratar-se de grande ferramenta de manutenção do *status quo* sob argumento de ser "mecanismo de tutela de bens jurídicos consagrados pela sociedade" e "provedor de paz social". O Direito Penal, mesmo acionado em *ultima ratio* (ou de forma complementar, como pretende ser a aplicação do Estatuto de Roma), acaba por se configurar em instrumento de exclusão e legitimação do arbítrio.

Não se consegue perceber diversidade na evolução da história do Direito Penal Internacional para com a trajetória do Direito Penal Interno, considerando-se que o primeiro se localizaria num instante próximo à implantação de modelos como o

Direito Penal do Inimigo (conforme será visto no item 3.9) para legitimar atos que, de outra forma, seriam materializados pela via bélica.

Mais ainda, teme-se que, ao se adotar sistemas universalizantes, se produza aquilo que Luigi FERRAJOLI alertou:

> "...acusações como as de 'obsceno', 'subversivo' ou 'inimigo do povo' – ou inclusive 'ultraje', 'desacato', 'plágio', 'atentado' e similares – não só impedem a verificação, mas também a defesa, pois equivalem a caixas vazias ou semivazias, preenchidas potestativamente pelo juiz ao teor de juízos *constitutivos* e não simplesmente *declarativos* dos tipos puníveis"[66].

Eis que o universalismo e a "justiça universal" poderão ser não mais que um manto de legalidade e juridicidade para o exercício da discriminação, a supressão da diversidade e a cabal imposição de um padrão ocidental mediante a criminalização do 'outro'.

A proposta, portanto, é do caminho inverso: o Direito Internacional como carreador de institutos democráticos para os ordenamentos estatais, visando a autêntica tutela aos Direitos Humanos, vistos, porém de forma plural e, com isso, democrática.

A crítica é voltada ao atual contexto: as normas internacionais penais como meros transportadores das verdades unívocas das antigas forças vitoriosas de 1945. As grandes possibilidades democráticas à disposição do Direito Internacional (e não utilizadas por força dos retrógrados poderes que comandam a O.N.U.) serão objeto de nova discussão no Capítulo 3.

1.2. PERTENCIMENTO, UNIVERSALISMO E RELATIVISMO NO DIREITO PENAL

Jean-Pierre WARNIER leciona que, embora se diga que *ação*, *língua* e *cultura* permitiriam a alguém reconhecer-se vinculado a certo grupo social, deve-se ter em mente que "identidade não depende somente do nascimento ou das escolhas realizadas

---

[66] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

pelos sujeitos. No campo político das relações de poder, os grupos podem fornecer uma identidade aos indivíduos”[67].

Como afirma a linguista C. LINDE[68], as narrativas unem as pessoas e criam sentimento de pertencimento. Em tempos de incerteza tentam reconstruir o sistema de significados que dão sentido ao mundo para determinado grupo.

Dessa forma, a cultura adquirida desde a infância impregna a alma do indivíduo de forma indelével. Essa identificação cultural gera *alteridade* mas – e nisso vem o aspecto que essa dissertação pretende debater – se por meio da cultura se forma uma comunidade, o *contato intercomunitário,* como apontado por esse autor,

> “suscita reações muito diversas: idealização do outro, atração pelo exótico, pelo ‘bom selvagem’ de ROUSSEAU, **mas também desprezo, incompreensão, rejeição, podendo terminar em xenofobia e aniquilamento**”[69]. (grifo nosso)

Não se crê ser possível desconsiderar esses liames sociais ou étnicos mediante a simples ratificação de um tratado ou por outras conveniências políticas.

Não parece factível ou crível semelhante mudança de paradigma mediante imposição de decisões de cúpula, a se tomar como exemplo o modelo de gestão da União Europeia.

Cabe, portanto, nova menção às afirmações de Jürgen HABERMAS de que políticas no âmbito da União Europeia não podem ser deliberadas em Bruxelas, mas necessitam de uma *legitimação democrática*[70]. Conforme reconhece, “o Estado nacional é, foi e será, durante muito tempo, o principal ator político. Não seria possível eliminá-lo tão cedo”[71]. Embora isso possa confrontar o atual discurso dominante de setores acadêmicos, que afirmam ser o Estado nacional um ente do passado, a realidade parece apontar no sentido diverso, indicando que mudanças de tal magnitude

---

67 WARNIER, Jean-Pierre. **A mundialização da cultura.** Bauru: EDUSC, 2003, p. 17.

68 LINDE, C. Life stories: the creation of coherence. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 114. *In:* PECEQUILO, Cristina Soreanu; RESENDE, Érica Simone; DINIZ, Eugenio (Orgs.). **Os Estados Unidos no mundo atual.** Curitiba: Juruá, 2010 (no prelo), p. 164.

69 WARNIER, Jean-Pierre. *Op. cit.,* p. 18.

70 HABERMAS, Jürgen. **A Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25.

71 *Idem.*

devem se dar de forma natural e não ser impostas por motivos não inteligíveis ou palatáveis para a sociedade.

Como diz HABERMAS, "o sentimento da população não está tão inclinado para a distante Bruxelas"[72].

A corrosão do referencial de identidade (e, por conseguinte, de valores) inerente ao momento histórico, sobretudo diante do fenômeno da "globalização" hoje vivido não pode ser utilizada de forma inversa, ou seja, politicamente, com vistas a justificar a adoção de certos critérios legais como o Estatuto de Roma, sob o argumento de que, embora a pós-modernidade traga consigo novos critérios de identidade, é ainda defensável um "núcleo" de valores universais relacionados à Humanidade como um todo. Isso, como se visa demonstrar, pode ser uma forma de dar um manto de juridicidade a atos que representam não mais que a usual imposição unilateral de valores no sentido do Ocidente ao Oriente e do Norte ao Sul.

Como diz Anselmo BORGES citado por Paulo Silva FERNANDES, "o tipo de *ratio* que preside esta 'situação do mundo', a 'lógica subjacente a este estado de coisas' é 'uma *ratio* instrumental de domínio, uma razão eurocêntrica e da racionalidade do *homo oeconomicus*'"[73].

Cabe, portanto, discutir as formas teóricas relacionadas ao reconhecimento e aplicação de conceitos.

1.2.1. Universalismo e Relativismo

Essa discussão leva à contraposição entre universalismo e relativismo, para o que se busca o ensinamento de Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

Esse autor considera que a diversidade de culturas não é obstáculo à universalidade dos Direitos Humanos, já que todas revelam conhecimento da dignidade humana[74].

---

72 HABERMAS, Jürgen. **A Era das Transições**..., p. 27.

73 BORGES, Anselmo. O crime económico. *Apud* FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal.** Coimbra: Almedina, 2001, p. 111.

74 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003, p. 336-337.

Ocorre que, embora todos os povos certamente prezem e almejem a dignidade e liberdade, dentre tantos outros valores, cabe suscitar questão com relação ao *conteúdo material* desses conceitos que pode *variar* entre as diversas culturas.

Assim, nem tudo que possa significar "dignidade" para determinado grupo o será para outro. O mesmo poderia ser dito até com relação à vida, vez que alguns povos, por cultura ou fé, têm conceitos como "guerra santa" e sacrifício individual como inerentes à vida, o que não é adequadamente entendido – e portanto estigmatizado – pelo prisma ocidental dominante.

1.2.1.1. Universalismo cultural

Entende-se por **Universalismo** a aceitação da existência de valores universais superiores e fundamentais a toda a temática da criação de uma jurisdição internacional, ou seja, um núcleo de valores comuns a toda a Humanidade.

Cabe breve remissão aos autores clássicos do Direito Internacional Público sobre o tema. Hugo GROTIUS[75], em 1625, já dava atenção ao papel da sociedade civil. Afirma que o Estado não é um fim em si mesmo e assegura um ordenamento jurídico para aperfeiçoar uma sociedade comum que abarcaria toda a Humanidade.

Deve-se ao holandês GROTIUS a retomada da visão medieval de divisão do Direito Internacional em Direito da guerra e Direito da paz, somados à visão Católica de guerra "justa" e "injusta", concebida para não condenar as batalhas contra os "infiéis". Assim, a morte de um desses *inimigos*[76] seria considerada aceitável, mesmo ante os dogmas cristãos[77]. Formulou a mais completa teoria do Direito Natural, segundo a qual, a partir da *reta-razão*, pode-se conceituar uma ação como moralmente

---

[75] GROTIUS, Hugo. ***De Jure Belli ac Pacis,*** 1625.

[76] São também dessa época conceitos que toleram a "guerra-sanção", ou seja um conflito que visa punir uma injustiça praticada por outro príncipe legítimo. Conceitos que parecem se reproduzir nas Teorias do Direito Penal do Inimigo – item 3.9.

[77] DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. cit.*, p. 42.

honesta ou não por seu grau de conformidade com uma natureza racional ou sociável[78].

A partir desses conceitos, se toda norma jurídica, seja de Direito Interno ou de Direito Internacional, cria obrigações e direitos aos destinatários e, para que o Direito Internacional tenha efetividade, as relações internacionais estão sujeitas a *normas jurídicas* e não primordialmente às "razões de Estado" (o que seria incompatível com a existência de uma "comunidade internacional"). Essas normas deveriam refletir a ética da sociedade que tutelam. Como elaborar e legitimar tais normas sem cair na abstração de que possa existir uma comunidade internacional *homogênea*?

Se esse tipo de visão, embora fantasiosa, é aplicada no âmbito doméstico e remete aos ideais liberais, arcando-se com todas as distorções geradas, que dizer quanto aos destinatários das normas internacionais ou comunitárias.

Há, entretanto, outros autores anteriores a GROTIUS ligados à teoria tradicional do Direito Natural. Com matriz em Aristóteles e na Escola Estoica, essa Teoria considera o homem como ser sociável protegido pelo Direito Natural – anterior e superior ao Direito positivo – que tenta conciliar a liberdade inerente ao ser humano com essa sociabilidade[79]. Na origem histórica da teoria que afirma que a comunidade internacional prima sobre o arbítrio dos Estados, cabe menção aos teólogos espanhóis Francisco de VITÓRIA e Francisco SUÁREZ; o primeiro, ao escrever, em 1538, suas "*Relecciones Theologicae*" reconhece a soberania de um Estado limitado pelo Direito Natural, que lhe é superior. Defende o Estado de Direito, ou seja, que o ordenamento jurídico obriga a todos: governados e governantes. No campo internacional defende uma comunidade de Estados regida por regras jurídicas. O segundo, em sua obra "*Tratatus de Legibus ac Deo Legislatore*", de 1612, segue as ideias de VITÓRIA, mas distingue o Direito Natural do Direito das Gentes, por ser esse último evolutivo e contingente, diferentemente daquele. Equivale, portanto, ao Direito positivo. Defende a unidade e universalidade do gênero humano; contrapõe-se ao modelo que viria

---

78 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. cit.*, p. 48.
79 *Ibidem*, p. 47.

adiante: o Absolutismo, no qual não há submissão do Estado às leis que dele mesmo emanam[80].

O abandono dessas teorias universalistas clássicas se dá com o advento da Guerra dos 30 Anos, de fundo religioso, que ocorreu entre 1618 e 1648. Consistiu em uma série de conflitos interligados e sucessivos, a maioria travados em território alemão e que se inicia com a rivalidade política e conflito armado entre o Imperador Habsburg, do Sacro Império Romano-Germânico (católico e ligado ao Papado), e as cidades-Estado comerciais protestantes (luteranas e calvinistas) do norte da Alemanha, que escapavam ao seu controle.

Em especial Espanha e a Áustria, potências católicas, apoiaram o Sacro Império e tentaram estabelecer hegemonia na Europa, criando um Império supranacional.

Do outro lado da disputa estão potências protestantes escandinavas que apoiam as cidades comerciais e principados protestantes.

A França, católica, próximo à vitória do campo católico, entra no conflito em apoio aos protestantes, salvando-os. Esse aparente paradoxo se explica pela inimizade francesa com relação aos Habsburgos.

O fim do conflito é firmado com a Paz de Westphalia (nome proveniente de região do norte alemão), que consiste na assinatura de um conjunto de tratados diplomáticos em 1648. Dois tratados que puseram fim à Guerra dos 30 Anos, o de Osnabrück de 14 de outubro de 1648 e o de Münster, do dia 24 do mesmo mês. Consagraram as derrotas do imperador Habsburgo e do Papa e marcaram o nascimento dos novos Estados soberanos[81].

Como resultados do conflito tem-se a legitimação do *status quo* anterior, ou seja, a garantia da existência dos Estados protestantes, mas também assegura a ascensão da França como principal poder europeu, com o consequente declínio da Espanha e o fim do sonho Habsburgo de um Império Universal.

---

80 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. cit.*, p. 47.
81 *Ibidem*, p. 44.

Alemanha é destruída e fragmentada, mantendo-se apenas como um aglomerado de Estados independentes sobre os quais o imperador mantém autoridade apenas nominal. Sua unificação é atrasada em dois séculos e meio.

Tem-se a garantia do direito de cada Estado em manter seu regime e religião, sem interferência externa. Estabelece-se, portanto, o princípio de tolerância e liberdade religiosa, escolhida pelo Príncipe (*cuius regio, eius religio*) e uma concepção secular das relações internacionais, com a substituição definitiva da ideia medieval de autoridade religiosa universal agindo como árbitro maior da cristandade.

Com múltiplas implicações, *todas* as formas de governo passam a ser legítimas.

Dentro do tema a que se pretende ater esta dissertação, tem-se como repercussão da Paz de Westphalia o início do sistema laico de Relações Internacionais, com a adoção da estrutura legal e política das relações interestatais modernas. Forma-se uma *sociedade de Estados* fundada no princípio da soberania territorial, na *não intervenção* em assuntos internos dos demais Estados e o *respeito à independência* dos Estados, todos eles detentores de direitos jurídicos iguais.

Como assevera Luís Alexandre Carta WINTER, surge aí a verdadeira "construção de uma identidade"[82]. Isso pode ser constatado em casos como o dos cinco países[83] forçados a unir-se ao final da II Guerra Mundial, formando a extinta Iugoslávia e que, com o fim do regime comunista, readquiriram sua independência, mas também retomaram conflitos pretéritos que tinham como pano de fundo suas profundas diferenças culturais.

Tem-se, portanto, a superação da noção de Universalismo, substituído por conceitos como "razões de Estado" e "balança de poder", instrumentos decisivos para a formulação e implementação da política internacional até a atualidade.

---

[82] WINTER, Luis Alexandre Carta; WACHOWICZ, Marcos. **Construção de uma identidade.** XVI Congresso Nacional do Compedi. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/luis_alexandre_carta_winter.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2010.

[83] Sérvia, Croácia, Eslovênia, Bósnia-Herzegovina, Macedônia e Montenegro.

É adequada a lembrança das palavras de Boaventura de Souza SANTOS: "Todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, *mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais*"[84]. (grifo nosso)

1.2.1.2. Relativismo cultural

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é questionada pelo relativismo cultural para se saber se essas normas têm sentido culturalmente relativo ou não. Essa corrente afirma que a noção de Direitos Humanos está relacionada ao sistema político, cultural, social e moral de cada sociedade[85], Isso impediria a formação de uma *moral universal.*

Os jusnaturalistas, observa Hans KELSEN[86], asseveram que as normas são deduzidas do homem "normal". A conduta "natural" é a conduta "normal", do homem médio. Continua o autor ao constatar que "a natureza para o *Direito natural* seria, no essencial, a mesma que a da ciência natural descritiva"[87]. Disso se depreende que a visão jusnaturalista é a de que o homem age, sob determinadas condições, de determinada maneira, a partir da lei da causalidade.

KELSEN discorda dessa generalização; diz que isso só é possível no contexto de grupos determinados e por período de tempo delimitado. A isso denomina-se "costumes", que variam, portanto, de acordo com lugar e tempo[88].

Na visão **Relativista**, a noção de direito está relacionada ao sistema político, econômico, social e moral vigente em cada sociedade.

---

84 SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões da modernidade**. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html> Acesso em: 20 dez. 2009.

85 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 142.

86 KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 82.

87 *Idem*.

88 *Ibidem*, p. 83.

Na leitura kelseniana apresentada, a normalidade somente é válida se relacionada a grupos individualizados. Por isso, KELSEN sublinha que uma escola teológica abraçaria a tese de que:

> "a norma segundo a qual o homem deve se conduzir da forma como regularmente se conduz a maioria dos homens apenas poderia ser apresentada como de direito natural se pudesse tratar-se de uma maioria de toda a humanidade e se pudesse conferir a esta norma validade absoluta" .[89]

Constata que o primeiro requisito dificilmente será possível e o segundo somente o será sob o pressuposto de se acreditar que é da vontade de Deus que o homem se conduza daquela forma e que, portanto,

> "na conduta regular da maioria dos homens, e apenas nesta, *mas não na conduta da minoria*, se exprime a natureza do homem, a natureza que nele foi implanta por Deus – que, por conseguinte, a natureza dos homens é em regra boa e só excepcionalmente é má"[90]. (grifo nosso)

KELSEN também estabelece visão antagônica à de Santo AGOSTINHO. A linha teológica de AGOSTINHO vê a *civitas terrena* como distorção da *civitas divina:* resta claro que sua tese é que a natureza humana é *corrompida* (portanto a maioria não está "correta" ou "normal") o que é de profundo pessimismo e descrença quanto à espécie humana[91].

O sistema Relativista espalha-se pelo mundo com a expansão colonial do século XIX e a descolonização do século XX.

Tem-se a cristalização de um contexto jurídico internacional baseado na coordenação de Estados-nação independentes que detêm o monopólio da titularidade de direitos na esfera internacional.

O *Estado*, por sua vez, é entendido como um "fenômeno histórico, sociológico e político considerado pelo Direito"[92] e definido como "coletividade que se compõe de um território e de uma população submetidos a um poder político organizado e

---

89 KENSEN, Hans. **O problema**..., p. 84.
90 *Idem*.
91 *Ibidem*, p. 84.

caracterizado pela soberania”[93], a partir daí não se subordinando a qualquer membro da comunidade internacional.

Esse universo, portanto, compõe-se de uma justaposição de soberanias absolutas com a exclusão do indivíduo que é, em última análise, o destinatário derradeiro das normas jurídicas.

Observa-se a personificação do Estado como dotado de “vontade própria”, com a redução dos direitos dos cidadãos àquilo que o Estado “concede”.

É o que se denomina *positivismo voluntarista*: o consentimento ou vontade dos Estados é critério predominante no Direito Internacional.

Positivistas tradicionais como TRIEPPEL, ANZILOTTI, STRUPP E KAUFMANN também reforçam a noção de que somente os Estados são sujeitos de Direito Internacional Público.

Com isso se dá o enfraquecimento do Direito Internacional: resume-se a um Direito estritamente *inter-estatal.*

O Estado, como disse HEGEL[94], é o “espirito do povo” ou “repositório final da liberdade e responsabilidade dos indivíduos que o compõe”.

Na concepção teórica de que o Estado ocupa esse papel central, tem-se uma filosofia cujo ponto central é a interpenetração dos elementos histórico e religioso[95]. Justifica a crueldade fática como “encarnação da razão”. O Estado é “pré-requisito da História”, e esse Estado é produto de uma nação identificável.

É inequívoca a influência da filosofia de HEGEL no desenvolvimento do pensamento político moderno.

Outras teorias do Estado como a de KANT influenciaram o pensamento político mas tiveram papel discreto na vida política prática[96].

No século XVIII a filosofia era o foco da atividade intelectual. Os autores desse século, na opinião de CASSIRER, não tinham intenção de ser originais em

---

92 DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. cit.*, p. 374.
93 *Idem*.
94 HABERMAS, Jürgen. **A Era**..., p. 83.
95 CASSIRER, Ernst. **O Mito do Estado.** Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Códex, 2003, p. 300.

matéria política. O interesse residia mais na prática política que na teoria. Muito do que então se escreveu seguiu os modelos de LOCKE, GROTIUS ou PUFENDORF[97]. Se o século XVII criou uma metafísica da natureza e uma metafísica da moral, nelas o iluminismo não apresentava interesse. O foco não estava na abstração, mas na criação de argumentos para a batalha política. Eis que Thomas JEFFERSON afirmou que o objeto da Declaração da Independência norte-americana não foi descobrir novos princípios ou argumentos, mas "colocar perante a humanidade o senso comum do sujeito, em termos tão simples e firmes que imponham sua concordância" [98].

KANT era admirador dos valores revolucionários franceses e do valor ético dos pensamentos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, afirmava, "prova que na natureza existe uma inclinação para o melhor que nenhum político jamais tinha sido capaz de predizer pela análise do curso dos acontecimentos anteriores"[99]. Fala de um *Direito Cosmopolita* ligado a uma *hospitalidade universal*[100] que "completa o código não-escrito do Direito político e do Direito das Gentes em um Direito Público da Humanidade, sendo um complemento da paz perpétua ao constituir-se em condição para uma contínua aproximação a ela"[101].

R. J. VINCENT afirma que o princípio de universalidade clamado por KANT é uma "versão imperialista" que tenta fazer gerais valores de uma única cultura[102].

Segundo Jack DONNELLY há diversas correntes relativistas, desde as mais extremadas que veem a cultura como única fonte de validade de um direito ou regra moral, até as moderadas que veem na cultura um dos elementos para tal[103].

---

96 CASSIRER, Ernst. *Op. cit.*, p. 289.

97 *Ibidem*, p. 211.

98 JEFFERSON, Thomas. ***Writings***. Org. Paul Chester Ford. Nova York: O. P. Putnam's Sons, 1899, X, 343. *Ed. Modern Library*, p. 719. *In:* CASSIRER, Ernst. *Op. cit.*, p. 212.

99 KANT, Immanuel. *Der Streit der Fakultäten* (1798), seção II, "*Werke*", org. E. Cassirer, VII, 397 e ss., 401. *In:* CASSIRER, Ernst. *Op. cit.*, p. 213.

100 KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua.** Tradução de Barbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e Paz, 2006, p. 79.

101 *Ibidem*, p. 82.

102 VINCENT, R. J. Human rights and international relations, p. 37-38. *Apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito**..., p. 143.

103 DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**, p. 109-110 *Apud* id.

Conforme pondera Flávia PIOVESAN[104], para dialogar com DONNELLY poder-se-ia falar também de "graus de universalismo", em grau decrescente até chegar a um "mínimo ético irredutível", cujo teor, acredita-se, também é questionável.

É de se ver que defensores do Estatuto de Roma em sua conformação atual adotam esse argumento, sob a alegação de ser preferível a existência de regras *aparentemente inquestionáveis* que a anomia completa. Não se trata, acredita-se, de levantar questões sobre quem seria favorável ao genocídio ou à morte de inocentes durante conflitos, como costumam fazer os defensores do modelo atual do T.P.I. Trata-se de questionar qual o significado que a vida e a liberdade têm para as diversas culturas. Não se pode, a partir dessa linha argumentativa, buscar nivelar – para punir – culturas como a oriental, a hindu ou a islâmica. Nesta dissertação busca-se demonstrar que não se trata apenas de um argumento simplista, mas de uma nova e elaborada vestimenta jurídica para a perpetração de um mecanismo de dominação que já se praticou pela via da colonização e posteriormente pela força militar.

Merecem destaque as posições de Joaquín Herrera FLORES e Boaventura de Souza SANTOS, abordadas com mais vagar nos tópicos subsequentes.

Dada a grande repercussão obtida, o hegelianismo pagou o preço da perda da unidade e harmonia internas. Hajo HOLBORN afirma que a guerra entre russos e invasores alemães em 1943 "não era mais que um conflito entre as alas direita e esquerda hegelianas"[105].

HEGEL supera o Estado fundado num "contrato social" nos moldes de ROUSSEAU, com fundamento na moralidade; o Estado não tem qualquer obrigação moral, sendo seu único dever sua própria continuidade[106].

De forma diametralmente oposta às ideias de Santo AGOSTINHO, HEGEL vê no Estado a *civitas divina* em terra.

A ideia da essencialidade da guerra é também oposta à noção de paz perpétua de KANT, que conduziu ao desastre da ingênua Liga das Nações.

---

[104] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça**..., p. 17.

[105] HOLBORN, Hajo. The Science of History. *In:* STRAYER, Joseph R. (org). The Interpretation of History. Princeton University Press, 1943, p. 62. *Apud* CASSIRER, Ernst. *Op. cit.*, p. 290.

[106] CASSIRER, Ernst. *Op. cit.*, p. 308.

Segundo HEGEL, “o papel negativo da política compete à guerra. Abolir ou terminar a guerra seria matar a vida política”[107].

Por todo o visto não se torna difícil deduzir que o homem é um mero instrumento ou personagem secundário na História Universal. Mas o poder pertence ao homem, e o exercício do poder gera a criação da “verdade” histórica. A História é a materialização disso.

Tem-se por essa via fundamento à crítica a certos modelos coletivistas impostos verticalmente, como a União Europeia, mas, acredita-se, não chega a justificar os modelos adotados pelos internacionalistas e jusnaturalistas, de um “núcleo de valores universais” que justificaria uma “justiça universal”.

Embora certas crenças possam ser comuns, a forma de abordar os temas e seus conteúdos materiais é diversa. A *moral* é diversa entre os povos. A forma e os motivos para criminalização de condutas e aplicação de sanções também o são.

Assim, se muitos têm pensamentos comuns com relação à herança cultural, cada sociedade maneja esses valores de forma que lhe é peculiar.

A forma como se constroem as figuras delitivas são diversas, embora a maioria das sociedades preze valores assemelhados como vida e patrimônio. Não se pode punir, entretanto, a partir de paradigmas diferentes, muito menos impor modelos (ocidentais) a povos distintos ou, menos ainda, atribuir valoração aos costumes alheios.

Essa noção ocidentalizante embutida nesses modelos coletivistas costuma atender a interesses outros que os de face.

Parece que a visão como a daqueles que veem a possibilidade desse *homem universal* como factível (seja por autêntica convicção acadêmica, seja por interesses políticos e econômicos) e apoiam a existência de propostas político-econômicas como a União Europeia (mesmo que essa desconsidere e desrespeite valores atávicos, sentimentos nacionais), costuma resultar na geração de fatores que levaram à maioria dos movimentos de intolerância ao poder ao longo da História. A mesma preocupação se aplica ao Estatuto de Roma.

---

[107] *Phylosophy of Right*, tradução de Dyde, p. 338. *Apud* CASSIRER, Ernst. *Op. cit.*, p. 309.

O Estado nacional, lembra HABERMAS, é uma abstração que transformou uma consciência local e dinástica numa consciência nacional e democrática. Mais que isso, salienta, mudou uma "solidariedade familiar numa solidariedade civil entre estranhos, mediada através do direito"[108].

Como poderia isso ocorrer sem um vínculo qualquer entre esses indivíduos? Esse vínculo de identidade, acredita-se, é a cultura.

No século XX ocorreu uma insurgência frente ao Positivismo, com tentativas de retorno ao Jusnaturalismo por parte dos jusinternacionalistas.

Com isso, somente os indivíduos, destinatários das normas jurídicas, são sujeitos de Direito Internacional. Seria uma volta ao Universalismo. É o que leciona Georges SCELLE[109] ao investir contra a ficção de uma sociedade inter-estatal, contrapondo-lhe uma sociedade *de indivíduos*. É um movimento de extensão da personalidade jurídica aos indivíduos.

Destarte tem-se a restituição do ser humano à posição central do sistema jurídico internacional, que passa a adquirir o direito de petição frente às Cortes Internacionais, conforme lhe é garantido nas Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948. O exercício do direito individual de petição representa uma mudança nos ordenamentos internos dos Estados.

As primeiras Convenções de Direito Internacional Humanitário do final do século XIX já reconheciam o indivíduo como *beneficiário direto* das obrigações convencionais estatais, mas as quatro Convenções de Genebra de Direito Internacional Humanitário (1949): pessoas protegidas não são simples *objeto da regulamentação*; reconhecem a possibilidade de atribuição de deveres ao ser humano *diretamente* pelo Direito Internacional.

Com isso tem-se a superação do caráter absoluto da soberania dos Estados e internacionalização dos Direitos Humanos como forma de repúdio aos crimes praticados durante a II Guerra Mundial.

---

108 HABERMAS, Jürgen. **A Era**..., p. 12.

109 SCELLE, Georges. ***Précis du droit des gens,*** 1932. *Apud* CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado...**

1.3. A VISÃO CONCILIADORA DE JOAQUÍN HERRERA FLORES: MULTICULTURALISMO E INTERCULTURALISMO:

Como o Direito, com sua hipotética imparcialidade[110], visa garantir a todos um marco que permita a convivência, tem-se que a partir de uma racionalidade jurídico--formal e sua visão abstrata, surgiriam argumentos que justificassem práticas universalistas. Fala-se de uma *identidade humana comum*, prévia à diferença gerada pela diversidade cultural.

Isso, porém, desconsidera aquilo que se busca salientar nesta dissertação: a importância da ideia de *cultura* e do *valor da diferença*. A racionalidade material--cultural, mediante uma visão localista, conduz a práticas que levam em conta as particularidades segmentares. A partir da análise da obra de Joaquín Herrera FLORES[111] constata-se que, dentre outras funções, a cultura visa preservar símbolos e tradições de um grupo. Pode ocorrer, porém, que determinada cultura encerre ideais que superioridade ou antagonismo com outro grupo cultural. Nesse momento impõe-se a atuação do Direito.

Conclui-se que, não se pode tentar reduzir a abordagem a uma forma simplista, adotando uma visão "neutra" como aquela conferida ao Direito, nem "fechada", como a supostamente ligada à Cultura.

O argumento trazido por Herrera FLORES aponta para uma visão complexa: a construção de uma cultura dos Direitos que abarque tanto a universalidade das garantias quanto o respeito pela diferença[112]. Esse autor diz que as duas visões isoladas são reducionistas e excludentes e exemplifica com o exemplo de uma fotografia que salienta determinado ponto e ao centrar o foco nesse, exclui as demais imagens que o cercam; tem-se, ao final, que *o excluído acaba por se tornar mais importante que o*

---

[110] Nesse sentido: COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 13.

[111] FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos Direitos Humanos.** Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 155.

[112] *Ibidem*, p. 156.

incluído. E ainda assim, lembra, esse excluído será regido pelo núcleo axiológico imposto ao conhecimento e à ação[113].

A partir do momento em que se vê o mundo a partir de um suposto "centro" e não a partir da "periferia" (como sugere FLORES), incorre-se no erro de se imaginar viver num mundo que é diverso daquele do observador, o que o autoriza a tentar explorá-lo e dominá-lo, impondo à "periferia" um raciocínio que lhe é alheio. A *visão centralista* acaba por resumir-se num caminho à *dominação e violência*.

Já a *visão periférica* de FLORES permite observar o mundo como um conjunto interligado, interna e externamente, o que conduz ao *diálogo e à convivência*.

A análise contextual efetuada a partir dessa *visão complexa* incorpora diversos contextos físicos, simbólicos e culturais. Trata-se, portanto, de uma concepção democrática, participativa e coletiva.

Outra constatação de FLORES, que se busca enfatizar nesta dissertação, é a da existência do chamado "**universalismo de partida**" ou "**universalismo *a priori***"[114].

Trata-se da *universalização de um particularismo*: as práticas e relações capitalistas. Toda a realidade deve ser lida e adaptada a partir desse prisma previamente estabelecido (ou imposto). A partir daí são deixados de lado a diversidade e as desigualdades.

A consequência diante dessa via impositiva, como seria previsível, é o surgimento de movimentos que exigem o retorno ao local diante, se não da natureza dos valores impostos, mas principalmente, da imposição em si.

O *universal*, que deveria ser fruto de interação e contingência não impositiva passou, por esse mecanismo, a ser o *particular* elevado à condição de verdade absoluta.

Eis o fundamento daquilo que Herrera FLORES denomina "**multiculturalismo crítico ou de resistência**"[115].

---

113 FLORES, Joaquín Herrera. *Op. cit.*, p. 157.
114 *Ibidem*, p. 160.
115 *Ibidem*, p. 164.

Não se trata de rechaçar, no todo, as ideias ocidentais, nas quais está inserida a visão de Direitos Humanos. Cabe, porém, lembrar que também nos países não ocidentais ocorre a luta pela dignidade humana.

A resistência objetivaria a diversidade de ideias na constituição de valores, criada a partir do entrecruzamento de conceitos. Como diz esse autor, "necessitamos de uma racionalidade sem lar, descentrada e exilada do convencional e do dominante"[116].

Não se trata também de **multiculturalismo,** mas sim **interculturalismo**, obtido através de uma intersecção de culturas e não do aglomerado de uma plêiade delas. Não se trata, também, de apenas *reconhecer* o outro, mas de "transferir poder aos excluídos dos processos de construção da hegemonia"[117].

Para FLORES, o *interculturalismo* está ligado a uma prática de "superposições *entrelaçadas*, não meramente sobrepostas"[118]. Trabalha-se, portanto, com direitos *inseridos em seus contextos e espaços.* Observa-se uma "prática social nômade que não procura impor pontos finais", possibilitando uma "mobilidade intelectual"[119].

Eduardo Biacchi GOMES[120] estabelece clara distinção entre esses conceitos. Multiculturalismo e Interculturalismo têm em comum a finalidade de examinar as questões culturais de determinado grupo em determinado local; as abordagens sobre a cultura, porém, são diversas.

Enquanto o primeiro visa examinar a forma como diversas culturas podem viver em harmonia sob uma mesma jurisdição, o segundo relaciona-se com o diálogo entre essas culturas visando a harmonia.

---

116 FLORES, Joaquín Herrera. *Op. cit.*, p. 165.
117 *Ibidem*, p. 170.
118 *Ibidem*, p. 166.
119 *Idem*.
120 GOMES, Eduardo Biacchi. **União**..., p. 35.

O Multiculturalismo visa inserir uma minoria cultural no seio de uma sociedade: já o Interculturalismo busca vias dialógicas entre os segmentos sociais envolvidos, visando sua convivência harmônica[121].

A visão de Joaquín Herrera FLORES de um diálogo Intercultural relacionado ao Direito Internacional Penal passa pela noção de que a complexidade dos Direitos Humanos não pode ser superada a partir de ideias de cunho unilateral e impositivo. Há diversos pontos de complexidade reconhecidos por Herrera FLORES[122] que justificam uma 'nova cultura' desses Direitos.

Como reconhece esse importante doutrinador, seus fundamentos culturais (ideológicos e filosóficos) são ocidentais e é nesse contexto que devem ser analisados.

Embora afirme que a difusão, ou seja, a "universalização" dos Direitos Humanos seja necessária para que se obtenha uma base ética sobre a qual povos que em seu entender não têm qualquer noção de direito (mesmo em sua base linguística – mencionando como exemplo algumas nações indígenas), isso deve ocorrer "sem imposições ou colonialismos" [123].

Além disso, reconhece FLORES, nem sempre os povos envolvidos desejarão incluir em sua cultura os valores trazidos por esse rol de 'direitos'[124].

Disto se depreende a dificuldade na elaboração de uma norma (especialmente se for penal) internacional que se pretenda de fato legítima.

É descabido imaginar uma norma penal que seja considerada neutra (ou melhor, imparcial). A análise criminológica demonstra que essa imparcialidade é apenas aparente e visa a defesa da 'sociedade', entendida como o *status quo*. É a ferramenta de preservação de valores e interesses segmentares que se busca preservar mesmo que isso implique em criminalizar a existência do diverso (nesse sentido, ver a questão do Direito Penal do Inimigo, item 3.9). A própria denominação da Teoria, a

---

121 GOMES, Eduardo Biacchi. **União**..., p. 35.
122 FLORES, Joaquín Herrera. *Op. cit.*, p 41-56.
123 *Ibidem*, p. 43.
124 *Ibidem*, p. 44.

Ideologia da Defesa Social, como afirma Alessandro BARATTA[125], tem função legitimante das ações adotadas como forma de sobrevivência de um modelo sabidamente desigual. Nesta teoria chama a atenção o *Princípio do Interesse Social e do Delito Natural*, que pode ser enunciado como

> "o núcleo central dos delitos contidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo Direito Penal são interesses comuns a todos os cidadãos"[126]. (grifos nossos)

Esse Princípio, além de seu caráter excludente, faz uso da expressão "nações civilizadas", inspirado no Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que é fonte do Direito Internacional (tema abordado adiante, no item 2.4). Cabe menção a outro dos Princípios da Teoria em questão, o *Princípio do Bem e do Mal*, de acordo com o qual a transgressão a essas normas penais é um dano a *toda a sociedade.* O delito é ato de um *elemento disfuncional*, que deve ser combatido, pois representa o *mal.* A sociedade estruturada, representa o *bem*[127]. Sem meio termo, coloca-se que os valores expressos na legislação penal são absolutos pois representam a verdade, e todos os que, ao questioná-los mediante a transgressão às normas, tornam-se não só ofensores da vítima, mas inimigos *da sociedade* que deve, unida, preservar os interesses lá plasmados (e crer que são, de fato, seus).

A criação da norma penal é consequência de um modelo cultural vigente. Visa preservar valores e forças dominantes, no âmbito doméstico. No espaço internacional, isso se repete. A partir de quando se propõe a criação de tribunais e regramentos penais internacionais, verifica-se claro reflexo dessa *concepção unívoca da História*. Os mecanismos de criação da norma, visando expor a procedência dessa afirmação devem ser analisados, conforme se buscará fazer a seguir.

---

125 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 44.

126 *Ibidem*, p. 117.

127 *Ibidem*, p. 44.

1.4. HUMANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS: A VISÃO DE BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS: A DIALÉTICA DIATÓPICA E O DIREITO PENAL

Há mais de uma década Boaventura de Souza SANTOS[128] vincula, conforme visto, multiculturalismo a cosmopolitismo. A proposta desse autor também vai além do debate entre relativismo e universalismo, abordado acima (item 1.2.1).

SANTOS afirma que essa discussão é superada, vez que ambas as propostas são vistas como nocivas a uma desejada concepção de Direitos Humanos que adote o papel de bandeira emancipatória, numa *transformação cosmopolita*. Para isso indica *cinco premissas*[129]: primeiramente, em lugar do Universalismo, propõe *diálogos interculturais* sobre temas de interesse comum. Em lugar do Relativismo, sugere o desenvolvimento de critérios que permitam distinguir as políticas progressistas das conservadoras. Ao invés da competição entre culturas, sugere-se a formação de coligações transnacionais.

Em segundo lugar, aconselha ater-se ao fato que "todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos". Significa dizer que é preciso identificar no diálogo das diversas culturas preocupações "isomórficas" que sejam pontos em comum na construção desses valores.

Terceiro, lembrar que "todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana". Essa incompletude é reflexo da pluralidade cultural. Nenhuma cultura é "completa" a ponto de exaurir o conteúdo desses conceitos. Mais importante, alerta Boaventura, é a necessidade do *reconhecimento da existência* e da magnitude dessa incompletude por parte dos membros de determinado grupo cultural.

---

128 SANTOS, Boaventura de Souza. Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. **Lua Nova - Revista de Cultura e Política**, n. 39. São Paulo: CEDEC, 1997, p. 105-124.

129 SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões da modernidade**. Disponível em <www. dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html> Acesso em: 20 dez. 2009.

Em quarto lugar, ponderar que todas as culturas trazem uma noção peculiar do sentido de "dignidade da pessoa humana". Impende verificar, dentre as culturas que dialogam, qual apresenta espectro mais abrangente de reciprocidade que viabilize essa troca entre os atores.

Por fim, a constatação de que todas as culturas tendem a distribuir as pessoas "entre dois princípios de pertença hierárquica": os Princípios da Igualdade e da Diferença. No primeiro parte-se de uma classificação por parâmetros de homogeneidade, como o *status* socioeconômico; no segundo, a hierarquia se dá pela distinção, por exemplo, entre etnias ou sexos.

Assim, sua proposta é de uma *forma coletiva de pensar* que possa, mediante a prévia aceitação da incompletude das culturas e de seu diálogo recíproco, expandir os conceitos de "dignidade da pessoa humana", "justiça" e "Direito", e não impor conteúdos pré-estabelecidos.

Entende-se que somente a partir dessa base teórica é que uma legislação internacional poderá ser revestida de *legitimidade*. Certamente esse arcabouço será de conteúdo diverso do atualmente existente no Estatuto do T.P.I.

Em recente artigo[130], o professor Boaventura de Souza SANTOS conclui que da forma atual como os direitos humanos são atualmente entendidos, converteram-se em discurso que dificilmente terá efetividade na proteção da dignidade humana nas diferentes regiões do globo.

Para tentar superar esse quadro, delega a tarefa à **hermenêutica diatópica** explanada no texto aqui analisado. Ela terá o papel de converter os direitos humanos, do formato que hoje se apresentam, em uma política cosmopolita que "ligue em rede línguas nativas de emancipação, tornando-as mutuamente inteligíveis e traduzíveis"[131].

A pluralidade de universos culturais envolvidos nessa troca de saberes é uma plêiade de *topoi*[132] fortes que, no entanto, perdem essa condição de força quando

---

130 SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões...**

131 *Idem*.

132 Os *topoi* são, de acordo com SANTOS "os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem,

aplicados em culturas diversas. Sua força argumentativa somente persiste quando relacionada à sua cultura de origem.

SANTOS aduz que, a aplicação desses *topoi* a outras culturas pode ser difícil, mas não impossível, vez que os *topoi* de uma cultura podem não ser tão incompletos a ponto de não apresentarem qualquer grau de aplicabilidade a outras. É a razão pela qual esse autor propõe a Hermenêutica Diatópica como forma procedimental quando diante desse tipo de situação.

Verifique-se que o caráter diatópico dessa hermenêutica é justamente dado por não ser seu objetivo atingir a completude (o que é impossível), mas, "pelo contrário, **ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua** através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra"[133]. (grifo nosso)

Ao agir assim não ocorrerá o que SANTOS chamou de "canibalização cultural", mas sim apropriação e absorção a partir *da cultura local* das possibilidades emancipatórias dos direitos humanos para aquelas sociedades.

Exemplo da aplicação dessa dialética é dado por SANTOS contrapondo o *topos* dos Direitos Humanos (conceito ocidental) e o *topos* da *Umma*[134] na cultura islâmica. Vista a partir *Umma*, a concepção ocidental dos Direitos Humanos está permeada por uma simetria simplista mecanicista de direitos e deveres: garante direitos apenas àqueles a quem pode exigir deveres. Observa SANTOS:

> "Isto explica por que razão, na concepção ocidental dos direitos humanos, a natureza não possui direitos: porque não lhe podem ser impostos deveres. Pelo mesmo motivo, é impossível garantir direitos às gerações futuras: não possuem direitos porque não possuem deveres"[135].

---

dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos".)SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões**....).

133 *Idem*.

134 Termo árabe que exprime a ideia de nação, comunidade. o conceito de umma refere-se sempre a entidades étnicas, lingüísticas ou religiosas de pessoas que são o objeto do plano divino de salvação

135 SANTOS, Boaventura de Souza. **As Tensões**...

A partir do *topos* da *Umma*, a noção ocidental de Direitos Humanos individuais mostra-se incompleta pois com base neles torna-se "impossível fundar os laços e as solidariedades coletivas"[136] essenciais à sobrevivência e prosperidade de uma sociedade. Nesse ponto SANTOS explica a dificuldade de assimilar, a partir da noção ocidental de Direitos Humanos, direitos coletivos de povos, gêneros ou etnias. Mais ainda, a dificuldade em definir a dificuldade em definir "a comunidade enquanto arena de solidariedades concretas, campo político dominado por uma obrigação política horizontal"[137].

A necessidade de reconhecimento prévio das incompletudes mútuas é imprescindível ao diálogo intercultural.

Com a adoção dessas premissas e com o uso da Hermenêutica Diatópica é que se consegue perceber uma fraqueza fundamental da cultura ocidental que é viabilizar o excessivo individualismo, desenvolvido desde o final da Idade Média, como já visto anteriormente nesta dissertação (item 2.2.1.1), e que é resultado de uma dicotomia rígida entre indivíduo e sociedade.

O exercício da Hermenêutica Diatópica, por sua própria essência deve ser produto "coletivo, intersubjetivo e reticular"[138] e não a prática individual inserida num único contexto cultural de tarefa para uma só pessoa, escrevendo dentro de uma única cultura.

Há um fator que deve ser levado em conta para a viabilidade do diálogo proposto: embora os parceiros de diálogo sejam contemporâneos, veem a si próprios como o *produto contemporâneo de uma tradição cultural*; dessa forma, deve-se considerar que o diálogo muito provavelmente será travado entre culturas que guardam reflexos de um passado de trocas desiguais (combates bélicos pretéritos ou outras formas de violação).

SANTOS se debruça sobre o procedimento adequado para que o diálogo não resulte infrutífero ou se constitua em fraude (como sói ocorrer nos grandes foros de

---

136 SANTOS, Boaventura de Souza. **As Tensões....**
137 *Idem.*
138 *Idem.*

debate internacionais, a exemplo do acontecido na Dinamarca no final de 2009 relativamente às questões climáticas).

Por vezes o relacionamento entre os parceiros está tão desgastado pelos eventos passados que acredita-se que pouco se dirá ou obterá.

Aponta o autor que não há necessidade que algumas aspirações silenciem para que outras possam ser manifestadas (o que acabaria por levar a maior ressentimento e maior fechamento das vias de entendimento).

Afirma que "é precisamente no campo dos Direitos Humanos que a cultura ocidental tem de aprender com o Sul para que a falsa universalidade atribuída aos Direitos Humanos no contexto imperial seja convertida, na translocalidade do cosmopolitismo, num diálogo intercultural"[139].

Não se pode reduzir e converter o Interculturalismo em mais uma forma de política reacionária. Para tanto, conclui SANTOS, ao apontar dois imperativos culturais a serem adotados pelos grupos culturais dedicados à Dialética Diatópica: primeiro, dentre as diversas versões que determinada cultura possa apresentar, optar sempre por aquela que mais amplamente apresente caráter recíproco, ou seja, mais abertamente reconheça o *outro*; por exemplo, entre a visão capitalista e marxista, SANTOS indica a segunda. Segundo (e mais difícil de conseguir), ocorrer a usual distribuição de pessoas e grupos de acordo com princípios de pertença hierárquica, levar em conta que "as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza"[140]. (grifo nosso)

As ideias de Boaventura de Souza SANTOS voltarão ao debate quando for abordado o tema da *globalização* (item 2.2.1.2).

Acredita-se que o regramento penal internacional aqui analisado não é produto de um mecanismo lógico como o descrito. Ao contrário, desconsidera valores e diferenças, e utiliza-se do discurso da preservação da dignidade e dos Direitos Humanos para exatamente desrespeitá-los, suprimindo culturas e indivíduos com

---

139 SANTOS, Boaventura de Souza. **As Tensões...**.
140 *Idem*.

vistas unicamente à preservação de uma ordem desigual de forças que é imposta pela O.N.U. há mais de 50 anos. Por outro lado, um tratado da amplitude e abrangência do Tratado de Roma poderia, como já dito, ter sido utilizado como instrumento não só para implantação de normas penais em âmbito internacional, mas principalmente como instrumento para introdução de verdadeira democracia nessa Comunidade.

1.5. JURISDIÇÃO INTERNACIONAL PENAL, DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS NA VISÃO DE BARBARA HUDSON E O DIREITO PENAL

Em artigo publicado em 2009 no Reino Unido[141], Barbara HUDSON trata das ações norte-americanas e britânicas, incluindo suspensão de liberdades civis, supressão do devido processo legal e brutalidades praticadas contra nacionais dos países invadidos praticadas em nome da "guerra ao terror"[142].

Esse movimento suscita a análise do *Direito Penal de Autor* (item 3.10) e coloca diante do leitor o confronto teórico entre *Justiça* e *vingança*.

A Justiça, diz HUDSON, chama ao diálogo, e baseia-se no entendimento dos motivos, anseios e necessidades do próximo. Possui aspectos legais, políticos e éticos. Pressupõe o respeito ao próximo *somente pelo fato desse ser também um ser humano*, além do respeito às leis locais e internacionais. A "guerra ao terror", nos moldes em que se dá, é incompatível com isso[143].

Embora fenômeno de difícil conceituação, pode-se buscar definir o "terrorismo" nos termos da Resolução 53, de dezembro de 1995, da Assembleia das Nações Unidas como "atos criminosos internacionais ou calculados a fim de provocar o estado de terror no público em geral, realizados por um grupo de pessoas ou individualmente com propósitos políticos".

Em "tempos de terror", afirma HUDSON, o senso de Justiça deve ser pensado acima de conceitos de nacionalidade ou etnia. Seria o que Amartya SEN denomina

---

141 HUDSON, Barbara. "Justice in a time of terror". **British Journal of Criminology,** (2009) 49, 702-717. Oxford (GB): Oxford University Press, 2009.

142 *Ibidem*, p. 702.

143 Nesse sentido, ver "Direito Penal do Inimigo", item 3.9.

"grande universalismo"[144] ou o que Paul GILROY nomeou "humanismo planetário"[145].

Deve-se, avançar do *simples legalismo da Justiça Internacional* para uma *Justiça Global* onde se compreenda que o dever para com a Justiça não pode ser posto de lado, por mais que a diferença o sugira. As prisões sem julgamento dos nacionais capturados após as invasões do Afeganistão e Iraque no complexo prisional norte-americano em Guantânamo (Cuba), é prova de que Justiça e lei não são exatamente o mesmo.

Mesmo a chamada "contra-violência" ou "mal menor"[146] aplicado para repelir um "mal maior", o terrorismo, não pode ser aplicada sem que se tenha consciência que não deixa de ser um mal e uma ofensa à democracia.

Nas palavras de Michael IGNATIEFF, o terrorismo tenta as sociedades democráticas a abandonar seus tradicionais valores democráticos para poder combatê--lo. É a "tentação do niilismo"[147], a ausência de toda crença.

Tanto o terror quanto a "guerra ao terror" interrompem o discurso da Justiça. HABERMAS propõe a remoção das barreiras à comunicação entre pessoas, impostas pela violência. A partir disso se perceberá a existência de uma razão universal que pode vigorar mesmo entre indivíduos marcados pela diferença[148].

Para atingir esse objetivo defende o uso de uma *Justiça Cosmopolita* de inspiração kantiana, a regulação das relações entre as sociedades por meios de *institutos cosmopolitas* e de um *direito de hospitalidade*, que significa que o *outro*, o *estranho*, indesejado e não convidado, cuja presença causa desconforto e é considerada potencialmente perigosa deve ser recebido sem violência. Caso sua liberdade tenha de

---

144 SEN, Amartya. Justice across borders. *In: P*. De Grieff and C. Cronin, eds. **Global Justice and Transnational Politics.** Cambridge, MA: MIT Press, 2002 *Apud* Id., p. 715.

145 GILROY, P. **Between Camps, Nations, Cultures and the Allure of Race.** Cambridge, MA:Harvard University Press, 2004 *Apud* HUDSON, Barbara. *Op. cit.*, p. 715.

146 Nesse sentido, HUDSON fala da obra **Lesser Evil** de Drucilla Cornell (CORNELL, Drucilla. **Defending Ideals:** War, Democracy, and Political Struggles. London & New York: Routledge, 2004). *In*: HUDSON, Barbara. Op.*cit.*, p. 707.

147 IGNATIEFF, Michael. **The lesser evil: political ethics in na Age of Terror.** Edinburg: Edinburg University Press, 2004. *In*: HUDSON, Barbara. *Op. cit.*, p. 710.

148 HABERMAS, Jürgen. "Fundamentalism and terror". *In:* **Philosophy in times of terror**. Chicago: Chicago University Press, 2003. *In:* HUDSON, Barbara. *Op. cit.*, p. 713.

ser restrita, que o seja dentro de parâmetros legais e, principalmente, que não seja "rotulado" antes que suas intenções sejam esclarecidas[149].

O cosmopolitismo é uma teoria universalista, que visa permitir a comunicação e o entendimento com todas as pessoas, e não somente com aquelas que detêm valores liberais de inspiração europeia/ocidental.

Esse Universalismo Cosmopolita significa, portanto, reconhecer como equivalentes pessoas que não sejam da mesma família ou nacionalidade. A aplicação prática desses conceitos poderá auxiliar a evitar que a "guerra ao terror" se converta em simples guerra de agressão e com fins de expansão territorial e econômica.

Barbara HUDSON, dessa forma, questiona qual o destino da Justiça quando um Estado põe de lado seus valores democráticos em nome da excepcionalidade do momento. Defende que é exatamente no contexto em que se cogita desconsiderar esses valores que eles devem ser defendidos com maior vigor. Não há objetivo em lutar pela democracia e liberdade suprimindo-as.

São esses valores que se busca demonstrar necessários na construção de um Direito Penal que se pretende legítimo e aplicável ao contexto internacional.

1.6. ADEQUAÇÃO DO POSSÍVEL: O VIÉS DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS HUMANOS

A desigualdade social e a criminalidade costumam caminhar paralelamente. Países como o Brasil, que exibem um quadro considerável de desnível social e econômico, com grande concentração de renda e desigualdades regionais importantes estão aí incluídos.

Ao grande individualismo que caracteriza as últimas duas décadas associado a um modelo de sociedade como o descrito foi ainda acrescentada um equívoco adicional: a concepção de que o Sistema de Justiça Penal, mediante a criminalização de condutas será o meio para resolver os problemas de insegurança e violência sociais.

---

[149] HABERMAS, Jürgen. "Fundamentalism and terror". *In:* **Philosophy in times of terror**. Chicago: Chicago University Press, 2003. *In:* HUDSON, Barbara. *Op. cit.*, p. 714.

O sistema penal brasileiro (mas não é exclusivo da realidade nacional, reconheça-se) confirma as ideias de Georg RUSCHE e posteriormente de H. STEINERT:

> "A instituição do Direito Penal pode ser considerada, ao lado das instituições de socialização, como a instância de asseguramento da realidade social. O Direito Penal realiza, no extremo inferior do *continuum*, o que a escola realiza na zona média e superior dele: a separação do joio do trigo, cujo efeito ao mesmo tempo constitui e legitima a escala social existente e, desse modo, assegura uma parte essencial da realidade social"[150].

Conforme será abordado no Capítulo 3, ao invés do ataque às causas do problema, volta-se o Estado apenas às consequências e, dessa forma, opta pela adoção de modelo norte-americano de política criminal como o "Lei e Ordem"[151]. No Brasil isso tem como marco a edição da "Lei dos crimes hediondos" (Lei 8.072) em 1990.

Os agentes estatais claramente optam por uma postura de tutela às vítimas como resposta às críticas veiculadas (e fomentadas) pela mídia com relação à morosidade e impunidade aparentes, em detrimento da cautela para com a condição de hipossuficiência do réu penal. Opta-se por "prestar contas" à sociedade a qualquer custo, visando evitar críticas, mesmo que isso implique em correr o risco de suprimir garantias ou politizar em demasia a produção normativa. Ilustrativo desse modelo também é a Lei 11.340 de 2006, que pune a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Embora denominada democrática, a sociedade neoliberal mantém um modelo estamental rígido, com oportunidades de acesso desiguais e mobilidade social restrita de acordo com a procedência social ou, utilizando a terminologia aplicada por Alessandro BARATTA, o "auto-recrutamento" dos grupos sociais[152] (e o consequente distanciamento entre os grupos socais, desde a fase escolar).

---

150 STEINERT, H. **Der prozess der kriminalisierung.** München, 1973, p. 22. *Apud* BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 172.

151 MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Criminologia** V. 5, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 516.

152 BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 172.

Uma legislação penal internacional poderia introduzir um novo modelo teórico nos ordenamentos dos Estados-Membros. Mediante a adoção de critérios *efetivamente* democráticos, construídos de forma plural, auxiliaria a difundir a tutela a *autênticos* Direitos Humanos na comunidade internacional e, ainda, seria um esteio de garantia desses valores quando o contexto estatal não os observasse.

A necessária adequação dos ordenamentos jurídicos ao Estatuto de um Tribunal Penal Internacional é uma oportunidade única para introduzir onde necessário princípios e valores que efetivamente convertam positivamente a realidade do Direito Penal em algo mais favorável do que aquilo que se crê seja o contexto atual.

Para que isso possa ocorrer num futuro não muito distante, é necessário assegurar, como se discutirá a seguir, que as normas internacionais estejam permeadas de valores legítimos e realmente direcionadas à tutela da dignidade humana, para que se convertam em vetores de verdadeira democracia e Direitos Humanos.

CAPÍTULO 2. A BUSCA DA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO INTERNACIONAL PENAL A PARTIR DA DEMOCRACIA

Neste Capítulo são abordadas as experiências na criação de normas penais aplicáveis além das fronteiras estatais e as Cortes correlatas. Além da sequência histórica, pretende-se tratar do tema dos Direitos Humanos, cuja tutela justifica as iniciativas descritas. Aponta-se os mecanismos de criação desse conceito de Direitos e os parâmetros utilizados, visando questionar aquilo que se pretende apresentar como absoluto, ou *nuclear*. Fala-se dos equívocos que se acredita existirem nesses conceitos, bem como, ao final, do contraste entre as recentes normas penais criadas para tutelar esses Direitos e os Princípios norteadores do Direito brasileiro após 1988.

Inicialmente, cabe estabelecer distinção entre *Direito Internacional Penal* e *Direito Penal Internacional.* Ao primeiro corresponde a "disciplina que abriga o conjunto de normas e princípios que tipificam os crimes internacionais, julgam os acusados e punem os culpados por esses crimes"[153]. Inclui, portanto, o direito material, processual e de execução, sendo, nas palavras de Jean DAUTRICOURT o "direito dos crimes internacionais".

Para esse autor o Direito Internacional Penal decorre de relação contratual, vez que é produto da relação entre Estados soberanos[154]. Assim, o que será considerado ou não passível de sanção será objeto de acordo pela via dos tratados. O Direito Internacional Penal é ramo do Direito Internacional Público (D.I.P.).

Já o *Direito Penal Internacional* tem conotação diversa. De acordo com VABRES, citado por Fernanda JANKOV, é a "ciência que determina a competência das jurisdições penais do Estado *vis-à-vis* as jurisdições estrangeiras, a aplicação de suas leis criminais – lei de fundo e lei de forma – em relação aos lugares e às pessoas as quais regem, a autoridade, dentro do seu território, dos julgamentos repressivos

---

153 CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Penal.** Ijuí: Unijuí, 2008, p. 23.

154 "*Le Droit Pénal International est la branche du Droit répressif qui a pour objet la définition et le châtiment des crimes contre l'ordre public international, en tant qu'il est la somme des ordres publiques internes et qu'entreÉtats souverains, il repose sur un foundemant contractuelle*". In:

estrangeiros”[155]. Visam, os Ordenamentos Internos, evitar o ‘vazio legislativo’ que porventura resulte de questões que envolvam conflitos de leis penais no tempo e espaço. Por essa denominação entende-se a delimitação da eficácia de uma lei penal interna quando o ilícito envolver fatos que ultrapassam os limites territoriais do Estado ou quando a norma regular fatos que possam afetar a ordem jurídica de mais de um Estado[156]. É preferível a competição de dois ou mais ordenamentos jurídicos sobre um mesmo fato que a impossibilidade do processamento do caso por carência de jurisdição. Isso é observável, no caso brasileiro, pela análise dos artigos 5º a 9º do Código Penal[157]. Busca-se, portanto, o devido ajuste interno aos compromissos decorrentes de tratados internacionais.

DAUTRICOURT, Jean Y. Le Droit International Pénal. **37 Revue de Droit Pénal et de Criminologie 243, 1957.** *Apud* CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 27.

155 JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal – Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

156 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** V. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 184.

157 “Art. **5º** - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.
§ **1º** - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.
§ **2º** - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.
Art. **6º** - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.
Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:
I - os crimes: **a)** contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;**b)** contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; **c)** contra a administração pública, por quem está a seu serviço;**d)** de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;
II - os crimes: **a)** que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; **b)** praticados por brasileiro; **c)** praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.
§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.
§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: **a)** entrar o agente no território nacional; **b)** ser o fato punível também no país em que foi praticado; **c)** estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; **d)** não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; **e)** não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

Impende lembrar que os crimes ou procedimentos previstos nesses instrumentos costumam estar delineados em termos genéricos de forma a viabilizar, através dessa vagueza terminológica, a aceitação e implementação do texto convencional pelo maior número de Estados. Para que se possa falar em um *Direito Internacional Penal* deve ser verificada a presença de dois requisitos: "um núcleo de normas penais voltadas à tutela dos direitos internacionais da pessoa humana e a *criação de órgãos de Justiça internacional premanentes, que permitam a repressão de crimes cometidos por indivíduos*"[158]. (grifo nosso)

Quando se defende um 'judiciário internacional', especialmente na esfera penal, o primeiro pensamento que ocorre ao analista se refere a qual legislação será aplicada, ou quais fundamentos serão adequados a embasá-la e, ainda quem ocupará polo passivo de seus julgamentos[159].

Essa preocupação tem fundamento à medida que o multiculturalismo e o interculturalismo resultantes da criação de blocos econômicos e uniões aduaneiras resultam em aspectos que transcendem o estudo cultural, inserindo valores por vezes contraditórios ou antagônicos que podem ter reflexo direto sobre questões penais.

Eduardo Biacchi GOMES questiona a forma com que se dará a convivência desses grupos sob uma mesma jurisdição[160]. Indaga como se dará a expressão dos grupos minoritários em tal contexto.

Nesse ponto é relevante o alerta de Otfried HÖFFE:

---

§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: **a)** não foi pedida ou foi negada a extradição; **b)** houve requisição do Ministro da Justiça.
Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.
Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para:
I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;
II - sujeitá-lo a medida de segurança.
Parágrafo único - A homologação depende: **a)** para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; **b)** para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça."

158 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit, p. 184.

159 CORREIA, José de Matos. **Tribunais Penais Internacionais – colectânea de textos**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2004. p. 09.

160 GOMES, Eduardo Biacchi. **União**..., p. 35.

> "*Cuando en este proceso se traspasan no sólo fronteras nacionales sino también socioculturales, se plantea urgentemente la pregunta de como hán de reaccionar dos órdenes jurídicos ante las personas que traspasan esas fronteras, ante extranjeros, especialmente cuando se trata de los llamados* ***"exóticos"****, provenientes ya no de un Estado culturalmente vecino, sino de una cultura juridica distinta*"[161].

Desta forma, não é difícil imaginar que determinadas práticas, inclusive na esfera penal, violem a noção ocidental de Direitos Humanos, mas sejam culturalmente aceitas e praticadas desde remota antiguidade por esses grupos que possam ser considerados "exóticos"[162], isso entendido como diverso dos valores ocidentais praticados.

A afirmação de que possa existir um *núcleo rígido* de valores a nortear a produção legislativa e as decisões jurisdicionais consiste, no entender manifestado nessa dissertação, uma forma adicional de dominação e exercício de poder, revestida (ou camuflada) sob o manto dos conceitos jurídicos relativos a essas populações.

Como ensina GOMES,

> "o diálogo entre as culturas (interculturalismo) e a construção de um sistema assegurando o direito de proteção das minorias culturais, de forma a tutelar, por exemplo, o respectivo direito de liberdade de expressão (multiculturalismo), são de vital importância para a eliminação dos conflitos dentro da sociedade internacional"[163].

Torna-se impossível, conclui esse autor, desejar que valores artificialmente (ou impositivamente) unificados sejam aplicáveis para construção de tipos legais e que, portanto, seja possível aplicação de sanções penais legítimas através deles.

Se o pluralismo é tão desejado como tanto se alardeia na pós-modernidade, embora o que se aplique como referenciais teóricos para esse fim sejam apenas os valores ocidentais, dever-se-ia levar em conta que, conforme esse autor, os fundamentos das demais culturas envolvidas nos conflitos devam ser considerados. Por isso GOMES apresenta determinadas premissas, antes de analisar de conceitos

---

[161] HÖFFE, Otfried. *Op. cit.*, p. 17.

[162] Termo utilizado por HÖFFE: "...**exóticos**, provenientes ya no de un Estado culturalmente vecino, sino de una cultura juridica distinta." (HÖFFE, Otfried. *Op. cit.*, p. 17).

sobre interculturalismo e multuculturalismo, entre elas a definição do que seja *cultura* bem como o estabelecimento dos valores supranacionais envolvidos[164].

Se esses cuidados essenciais são de complexa materialização para um conjunto de 27 membros, que guardam entre si certo grau de proximidade cultural, como é a União Europeia, e pautada por um marco normativo único, o Tratado de Lisboa de 2007, vigente desde dezembro de 2009, o que dizer de um Estatuto Penal que pretende atingir a Humanidade. O Tratado de Lisboa, já abordado no item 1.1, substituiu a denominada "Constituição Europeia" assinada em 2004. A proposta que parece mais adequada deve levar em conta a diversidade e construir normas mediante a ponderação de valores que não leve em conta somente a hegemonia econômica ou militar, mas a condição humana em si como requisito para que não se considere aquilo que é diferente do padrão estabelecido como "exótico", a usar a terminologia de HÖFFE supramencionada, mas como um elemento cultural que deve ser adicionado ao diálogo para que as conclusões às quais ele conduza sejam de fato democráticas.

À medida que são elaboradas regras fundadas em valores que não encontram respaldo em determinada cultura e, ainda assim, se impõe semelhante legislação unilateral e suas sanções, volta à discussão a questão da legitimidade desse tipo de corte, bem como dos argumentos que fizeram com que o Direito Internacional fosse dotado de baixa efetividade.

Mesmo em um contexto de relações entre Estados que coexistem ainda sob um paradigma de soberania tradicional, a existência de uma corte que resguarde a dignidade da pessoa humana contra transgressões praticadas por grupos ou mesmo pelos próprios Estados contra seus nacionais é algo desejável, desde que balizada por normas legítimas, ou seja, que visem de fato promover a dignidade humana, e não privilegiar outros interesses.

Um Tribunal com esse perfil seria, mais que um órgão sancionador, uma garantia a indivíduos ou grupos contra violências ou abusos. Esse atributo garantista

---

[163] GOMES, Eduardo Biacchi. **União**..., p. 37.
[164] *Ibidem*, p. 38.

que poderia revestir o T.P.I. parece que não foi aproveitado, em prol de outros interesses.

A essa abordagem garantista pode-se aduzir as críticas ao Direito Internacional feitas por Herbert HART que em sua obra "O Conceito de Direito"[165].

Esse autor confere ao Direito Internacional tratamento diverso do atribuído ao Direito Interno. Para tanto, parte da ideia de um mecanismo de *ordens e ameaças* existente no direito interno e constata as claras distinções. Os Estados, a se partir de um conceito de soberania absoluta, são incapazes de ser sujeitos de obrigações.

Embora sem Legislativo internacional ou uma Jurisdição internacional obrigatória, o Direito Internacional enfrenta o problema de não dispor de regras secundárias, carecendo em muitos momentos, portanto, de efetividade.

Quem nega o Direito Internacional em função da falta da efetividade ligada à sanção não leva em conta as próprias características do contexto internacional. A sanção pode ser considerada condição de *eficácia* desse Direito, mas não de sua *existência*[166]. A descentralização normativa característica do Direito Internacional corresponde a uma descentralização da sanção. A guerra seria o mecanismo para fazer respeitar determinada regra. Hoje, porém, há limitação dessa justiça feita pela força bélica a partir da criação de um sistema de segurança em torno das Nações Unidas. Ademais, contrariamente àquilo que ensinou KELSEN, que dizia não existir Direito sem coação organizada, pode-se falar que a relação sanção-repressão pode não ser necessariamente a marca do Direito, mas o "sentimento de obrigação" dos destinatários das normas[167].

Em virtude desse um modelo de soberania, que não prevê sanções aos Estados, HART questiona, ao longo da obra mencionada, a efetividade do Direito Internacional. Esse tipo de argumento não é usado no Direito Interno onde as regras vinculam por uma ideia de obrigação jurídica (não de ameaça).

---

165 HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

166 DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. cit.*, p. 83.

167 *Idem.*

Quanto à relação obrigação – soberania, um Estado soberano não poderia estar vinculado a regras, ser soberano e sujeito de Direito a um tempo. A questão da complementariedade do direito penal internacional (item 2.6.6.6) não parece suprir essa questão, à medida que as regras penais de Roma somente se aplicam àqueles que as aceitam mediante ratificação e, principalmente, pela atuação seletiva do Conselho de Segurança da O.N.U., conforme se verá ao longo deste Capítulo.

Trata-se de aspecto mais complexo na abordagem do Direito Internacional, que a mera questão de ter poder sancionatório ou não, mas da própria estrutura atual do Direito Internacional que, a exemplo do que ocorre com o sistema penal estatal, tem graves distorções históricas que lhe subtraem legitimidade. Um importante momento para reverter esse panorama seria o da implantação de uma Corte Permanente de Justiça Criminal, oportunidade essa que, entende-se, não foi aproveitada adequadamente com o Estatuto do T.P.I.

Não é frutífero falar em conceitos ultrapassados como “voluntarismo” ou “auto-limitação” que representam tentativa de conciliar a ideia de Direito Internacional a uma “soberania plena”.

Na relação entre Direito Internacional e Moral, o Direito Internacional se assemelha às regras primárias, estáticas, das sociedades primitivas que só se alteram com o lento passar do tempo.

Essa semelhança existe, mesmo que o conteúdo de regras do Direito Internacional seja diverso daquele do Direito Interno, e seus métodos também.

Não parecem adequadas, entretanto, posições que comparam o Direito Internacional com um “Direito Moral”, para distingui-lo do Direito Interno. Isso é criticável à medida que o termo “moral” se reveste de um obscurantismo e nebulosidade que torna suas normas de difícil aceitação mediante um viés garantista. O caráter valorativo, entretanto, é inerente às regras penais, pois os tipos penais sempre atribuem desvalor a uma conduta.

Além disso, uma regra produzida por um Poder Legislativo não pode receber o conceito de “regra moral” ou “tradicional” pois sua elaboração é diversa (aspecto formal). Uma regra moral, por outro lado, não pode ser alterada pelo Legislativo.

Herbert HART não analisa uma "obrigação moral de obediência" aplicada ao Direito Internacional, mas se poderia conceber tal hipótese – um Estado assumir para si um ônus por achar "moralmente adequado" – e nesse sentido tem-se o questionamento ao artigo 124 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional[168], que faculta aos Estados-Partes do T.P.I. um período isenção de sanção de 7 anos para crimes da competência da Corte que tenham sido praticados por seus nacionais.

Ao se falar em Moral tem-se sua representação valorativa através dos Direitos Humanos, tidos como de caráter *universal* (item 2.2.1). É questionável diante da diversidade humana, que algum conceito previamente estabelecido possa ser considerado 'universal'.

As ideias de indivisibilidade dos Direitos Humanos carecem de reparos no sentido de uma maior vulnerabilidade dos direitos sociais e políticos que tem relação direta com aspectos econômico-sociais[169]. Isso coloca em evidência que fatores locais ou regionais produzem peculiaridades que relativizam essa suposta "unicidade substancial" sobre a matéria.

O conteúdo material de um 'núcleo rígido' de valores morais gerais, de Direitos Humanos convertidos em princípios norteadores dessa ordem jurídica internacional é discutível. Em verdade, debate-se sua factibilidade.

Flávia PIOVESAN fala da insuficiência de tratar o indivíduo de "forma genérica, geral e abstrata". Aduz que, paralelamente ao direito à igualdade como direito fundamental, surge o *direito à diferença*[170]. Dessa forma, explica a autora, além da *igualdade formal*, que colocava todos os indivíduos em condição idêntica perante a lei, necessária a seu tempo para extinção dos privilégios existentes no Antigo Regime, pode-se falar em *igualdade material*, que visa a justiça social e distributiva, mas

---

[168] "**Artigo 124 - Disposição Transitória -** Não obstante o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 12, um Estado que se torne Parte no presente Estatuto, poderá declarar que, durante um período de sete anos a contar da data da entrada em vigor do Estatuto no seu território, não aceitará a competência do Tribunal relativamente à categoria de crimes referidos no artigo 8º, quando haja indícios de que um crime tenha sido praticado por nacionais seus ou no seu território. A declaração formulada ao abrigo deste artigo poderá ser retirada a qualquer momento. O disposto neste artigo será reexaminado na Conferência de Revisão a convocar em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 123".

[169] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça**..., p. 27.

também se pode falar em igualdade material "correspondente ao ideal de justiça enquanto *reconhecimento de identidades* (igualdade orientada por critérios como gênero, orientação sexual, idade, raça e etnia)"[171]. (grifo nosso)

Fundamenta-se a autora em Boaventura de Souza SANTOS, já mencionada nesta dissertação (item 1.4) que afirma que se tem o direito à igualdade quando a diferença inferioriza, e o direito à diferença quando a igualdade descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que "reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades"[172]. (grifo nosso)

É o que aqui se propõe: se determinados temas ou situações-problema não podem ser restritas ao entendimento dos diretamente envolvidos e do ordenamento jurídico local, por estarem ligadas a temas que são de interesse que supera as divisas estatais, que se pondere inicialmente os valores *locais* no critério decisório, não derivando para a aplicação de parâmetros estranhos ao local das questões, parâmetros que somente têm sentido para um dos interlocutores, ou para nenhum deles.

Ademais, que se possa ao menos questionar se a via penal é de fato a melhor opção, e se ela é dirigida à solução de conflitos, se é revestida de alguma legitimidade.

Naturalmente no Tribunal Penal Internacional Permanente, se distingue dada a possibilidade do indivíduo figurar no polo passivo e a legitimidade desse em buscar individualmente a tutela dessa Corte quando verificar inobservância de Direitos que lhe caibam a partir do Direito Interno, o que é um passo adiante a superar a ideia de soberania estatal.

Cabe, no entanto, a discussão sobre a forma da construção das normas que são aplicadas nessa Corte.

---

[170] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça**..., p. 28.

[171] *Idem*.

[172] SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In*: **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. *Apud* PIOVESAN. **Direitos Humanos e Justiça**...., p. 29.

2.1. O DIREITO INTERNACIONAL PENAL COMO ELEMENTO PACIFICADOR DA COMUNIDADE INTERNACIONAL: LIMITES E POSSIBILIDADES

Produzir legislação de qualquer natureza afastada do marco estatal é tarefa complexa cujos marcadores teóricos devem ser observados cautelosamente. Para que se possa produzir tal Regramento é necessário buscar pontos convergentes nos Ordenamentos Internos dos Estados envolvidos para, posteriormente, introduzir as normas de aceitação comum às partes.

A viabilidade desse projeto de elaboração de legislação internacional penal passa, segundo Maíra MACHADO, por *unificação*, *uniformização* e *harmonização* de normas jurídicas[173]. O primeiro conceito consiste em substituir regras distintas por um corpo único, válido para diversos Estados, que as apliquem através de seus órgãos competentes. O segundo corresponderia à introdução dessas normas nos ordenamentos internos com forma e conteúdo idêntico em todos. O terceiro conceito liga-se ao respeito à pluralidade dos direitos estatais.

Verifica-se, portanto, que os três conceitos não são complementares, mas sim constituintes de um processo de *ponderação*, na qual se tenta mitigar um deles: a *unificação pura e simples*.

Enquanto a *harmonização* deveria ser observada quando da *elaboração* do instrumental normativo, a *uniformização* é aplicada na *recepção* dessa produção normativa.

No âmbito das Organizações Internacionais, incumbe à Comissão de Direito Internacional (C.D.I.) da Organização das Nações Unidas os papéis de preparar novos projetos para fins de regulação pelo Direito Internacional e de formular novas regras e sistematizar as já existentes na prática interestatal, na doutrina e na jurisprudência[174].

À medida que se constata que no momento em que a produção normativa internacional ocorre, a relação entre os Estados envolvidos é *horizontal*, abre-se

---

[173] MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do Direito Penal – A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena.** São Paulo: Editora 34 /Edesp – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2004, p. 26.

[174] *Ibidem*, p. 30.

espaço para as distorções que certamente daí decorrerão quando esses instrumentos vierem a ser aplicados.

Resta claro, portanto, que um fator é de essencial ponderação nesse processo: a *soberania*. O conceito tradicional de *soberania* consolidou a existência dos Estados que se firmavam na Europa contra a tutela papal e do Sacro Império Romano--Germânico[175] e, com base nas teorias de Jean BODIN[176] foi fundamento para o absolutismo que prevaleceu até o século XVIII[177].

Trata-se de um conceito com diversos desdobramentos. Como leciona Dalmo de Abreu DALLARI[178], no âmbito estatal, consiste em poder superior ao de indivíduos ou grupos; na relação com outros Estados, implica em independência e no ambiente internacional, significa dizer que há outros poderes equivalentes, mas não superiores.

Esse conceito se soberania, porém, foi relativizado, como indica Paulo BONAVIDES[179], no século XX, com o desejo de se criar uma ordem internacional que primasse sobre a ordem interna e, após os trabalhos de Georg JELLINEK, não é mais apontado como dado essencial constitutivo do Estado.

A soberania acaba por ser vista como um obstáculo à criação de uma comunidade internacional e, para Norberto BOBBIO[180], também para a proteção aos Direitos Humanos, através da atividade de organizações internacionais, em muitos lugares do mundo. Para comprovar essa afirmação, aponta três motivos: primeiro, pois essa atividade implica em induzir os Estados a adotarem ou aprimorarem disciplinas de tutela a esses Direitos; segundo, pois o controle dessa atividade é obstado, terceiro

---

175 Nesse sentido, ver item 1.2.1.1.

176 Para Jean BODIN, a finalidade do Estado era a consolidação do poder real. Estado e República são sinônimos. A soberania, é característica essencial do Estado, e pode pertencer ao príncipe ou ao povo, mas por ser una, indivisível, perpétua e suprema deveria, naquele momento histórico, pertencer a um monarca hereditário. Formar-se-ia então o tríptico Estado-soberania-monarca aplicável tanto internamente ao Estado (contra o feudalismo) e externamente, contra o papado e o império. *In:* DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. cit.*, p. 44.

177 Idbidem, p. 383.

178 DALLARI, Dalmo de Abreu. *In:* GUERRA, Sidney (Coord.). **Tratado de Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 40-41.

179 BONAVIDES, Paulo. *In:* GUERRA, Sidney (Coord..). **Tratado**..., p. 41.

180 BOBBIO, Norberto. *In:* GUERRA, Sidney (Coord.). **Tratado**..., p. 41.

pela necessidade de se atingir uma tutela jurisdicional voltada e esses Direitos de nível internacional que substitua a nacional. E O TERCEIRO????

O ambiente internacional é nitidamente marcado pela desigualdade sob diversos aspectos: econômico, cultural, político, militar. Não observar tal desnível quando dessa pretendida elaboração normativa implica em incorrer nos mesmos erros e consequências que levaram ao declínio do liberalismo, mediante adoção de mera *isomonia formal*[181].

Critérios para o exercício da jurisdição em matéria internacional penal foram criados na década de 1990, caracterizando-se pela ruptura com os modelos anteriores, de tribunais *ad hoc*, levando ao Tribunal Penal Internacional.

Quatro parâmetros são utilizados para fins comparativos: em primeiro lugar, o momento de criação da Corte e sua competência temporal; em segundo lugar a relação com os Estados nos planos político e jurisdicional; em terceiro lugar a participação ativa das vítimas e, por último, a capacidade de atuação da Corte.

Nos Tribunais *ad hoc* do período posterior à II Guerra Mundial, a criação das Cortes e suas regras de organização judiciária ocorreram *post facto.* Nisso que difere favoravelmente o T.P.I., cuja jurisdição somente recairá sobre fatos posteriores à vigência de seu Estatuto, o que atende ao Princípio da Legalidade e supera a crítica recorrente àquelas Cortes de exceção. Isso está assegurado no artigo 11, nº 1 do Estatuto de Roma (Anexo I).

No plano político, a aceitação dos Tribunais *ad hoc* por parte dos Estados tinha um papel menor, podendo ser até desconsiderada, como foi o caso de Ruanda, que foi voto vencido no Conselho de Segurança da O.N.U. contra a constituição daquele Tribunal de exceção. Já com o Tribunal Penal Internacional, o Estado deve ser parte no Estatuto de Roma ou aceitar a jurisdição da Corte num caso específico. A exceção se dá apenas quando o Conselho de Segurança da O.N.U. permite de ofício, o

---

[181] Entendida como igualdade perante a Lei, sem levar em conta distinções, nos termos do *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988. *In:* SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 213.

conhecimento da Corte sobre determinado conflito. A crítica, portanto, se reserva ao cunho sempre autoritário da própria existência do anacrônico Conselho.

No plano jurisdicional, enquanto nos Tribunais *ad hoc* ocorria a primazia das Cortes de exceção sobre os Tribunais nacionais, o Estatuto de Roma prevê, em seu Preâmbulo e no Artigo 17 (Anexo I), a *complementaridade* entre o Tribunal e os Judiciários estatais.

As vítimas, em ambos os modelos, não são partes legítimas para iniciar o processo. No T.P.I. elas podem ter participação ao longo do trâmite processual, mas esta é de pequena magnitude. Determinantes são as opiniões do Estado que as representa, do Promotor de Justiça e, por fim, do Conselho de Segurança da O.N.U.

Finalmente, com relação à "capacidade universal" do exercício da jurisdição penal, ou seja, da prerrogativa de julgar determinados casos sem qualquer vínculo, territorial ou pessoal, a limitação se encontra, como de hábito, nas iniciativas do Conselho de Segurança da O.N.U., que decide tanto quanto à criação de novos Tribunais *ad hoc* (o que se assemelha mais a uma noção de "intervenção jurisdicional"[182]) quanto à remessa de assuntos ao T.P.I.

No Tribunal Permanente, à exceção da atuação onipotente do Conselho de Segurança, a "universalidade" está limitada aos Estados-Partes do Estatuto de Roma, ou aos Estados que aceitem sua atuação em situações concretas.

2.2. A TUTELA DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS

2.2.1. Direitos Humanos

Poucas são as definições de *Direitos Humanos.* A se considerar, como fez VIERDAG[183], que são "Direitos fundamentais da pessoa humana", cabe questionar

---

[182] MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 115.

[183] VERDAG, E. W. Some remarks about special features of human rights treaties. XXV Netherlands Yearbook of International Law, 1994, p. 120. *In:* RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em juízo.** São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 34.

quais seriam esses Direitos. André de Carvalho RAMOS entende que seriam aqueles direitos assim denominados nas convenções internacionais de Direitos Humanos[184].

A proteção dos Direitos Humanos somente passou a receber a devida relevância no século XX, em virtude dos conflitos bélicos então ocorridos, principalmente após a II Guerra Mundial, embora a abordagem teórica do tema seja bastante anterior, remetendo-se ao século XVIII.

A teoria tradicional dos Direitos Humanos, de origem ocidental, é fundada no modelo do Estado moderno; parte da normatização de direitos e previsão de garantias consideradas suficientes para refrear os excessos estatais em face do indivíduo. Desse pensamento decorre a ideia de serem esses Direitos uma *concessão por parte do poder público* e não o reconhecimento de *conquistas históricas* da sociedade[185]. Ou seja, à medida que a concretização desses Direitos ocorre, há também o risco de sua limitação (ou delimitação) apenas àquilo que é reconhecido pelos Estados[186].

Além disso, esse pensamento leva, como aponta Salo de CARVALHO[187], à ideia que a esses *benefícios* concedidos pelo poder público se sobrepõe direitos das instituições, que impõe obrigações aos jurisdicionados e acabam por prevalecer sobre seus direitos.

Em outras palavras, as garantias individuais acabam por ser preteridas em prol da efetividade do 'interesse público', o que revela o perfil pouco democrático da preponderância dos interesses estatais sobre os individuais. Isso decorre das ideias liberais de isonomia formal sem, portanto, levar em conta as desigualdades inerentes a todas as sociedades e a necessidade do tratamento diferenciado a cada caso visando uma isonomia de cunho material.

Os direitos e garantias individuais, frisa esse autor, não devem ser percebidos como de natureza privada, de caráter egoístico[188]. Há uma dimensão pública assim

---

184 VERDAG, E. W. Some remarks about special features of human rights treaties. XXV Netherlands Yearbook of International Law, 1994, p. 120. *In:* RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em juízo.** São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 34.

185 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 105.

186 RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em**..., p. 36.

187 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 105.

188 *Ibidem*, p. 107.

como ocorre com a tutela dos direitos coletivos – ao trabalho, educação, saúde, aos princípios consagradores do devido processo[189] e do direito penal de garantias[190].

Não se pode estabelecer uma hierarquia entre esses direitos, sacrificando alguns em favor de outros. O que se impõe é uma nova concepção dos Direitos Humanos que supere os conceitos pós-revolucionários franceses e aqueles expressos pela O.N.U. em 1948, que acabaram por estruturar o Estatuto de Roma.

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos se inicia pela afirmação teórica e filosófica desses direitos. Isso se dá com LOCKE e ROUSSEAU e, mais recentemente, com as primeiras Convenções de Direito Internacional Humanitário, ao final do século XIX. Esses diplomas reconhecem o indivíduo como beneficiário direto das obrigações convencionais estatais.

Segundo Thomas BUERGENTHAL, as violações ocorridas ao longo da II Guerra poderiam ter sido evitadas se um efetivo sistema de proteção dos Direitos Humanos já existisse[191]. Naquele conflito bélico, o ser humano era considerado supérfluo e descartável. Impôs-se, ao final, a necessidade de restauração da lógica a partir de um paradigma ético que situasse o ser humano acima das 'razões de Estado' que visassem justificar a insanidade recém experimentada.

Esse objetivo tenta ser atingido com as Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948. Buscou-se construir uma nova mentalidade. Conferiu-se ao indivíduo o exercício do direito de petição através de mudança nos Ordenamentos Internos dos Estados-Membros.

Em 1949 as quatro Convenções de Genebra de Direito Internacional Humanitário adicionaram a afirmação que as pessoas protegidas não são simples "objeto da regulamentação". Trazem a possibilidade de atribuição de deveres ao ser humano *diretamente* pelo Direito Internacional.

---

189 Ampla defesa, duplo grau de jurisdição, presunção de inocência, fundamentação das decisões, juiz natural, proibição de provas ilícitas.

190 Legalidade de delitos e penas, taxatividade e anterioridade da lei penal, proporcionalidade e humanidade das penas, responsabilidade pessoal e subjetiva.

191 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito...**

Com isso se visa também a superação do caráter absoluto da soberania dos Estados e a crescente internacionalização dos Direitos Humanos.

A dignidade inerente ao ser humano, independentemente de quaisquer outras variáveis (inclusive uma nacionalidade definida pelo Direito) é o fundamento da proteção jurídica ao homem na Comunidade Internacional após o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Cabe lembrar, porém, que esse projeto não contou à época com significativa diversidade de membros quando de sua elaboração, sendo, essencialmente, representantes dos países vitoriosos na II Guerra Mundial.

A pessoa humana deve ser tutelada pelo simples fato de existir: eis o fundamento do **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Isso coloca em xeque o conceito moderno de soberania e exige a prática da tolerância para com a diferença.

Essa tolerância, no entanto, não deve ser entendida como mera *aceitação* da pluralidade, mas criação de políticas de *reconhecimento* das diversas culturas e de promoção da igualdade em seu aspecto formal.

A elevação da pessoa humana a sujeito de Direito Internacional foi resultado de um longo caminho a superar as visões ultrapassadas do século XIX. É consequência da criação do **Direito Internacional Humanitário** (conjunto de normas internacionais protetivas às pessoas, civis ou não, de alguma forma envolvidas em conflitos armados, seja limitando os meio utilizados em guerras – Direito da Haia –, seja protegendo pessoas e bens afetados – Direito de Genebra), com a formação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, pelas melhores condições laborais e pessoais que defende para o trabalhador[192].

---

[192] GUERRA, Sidney. Três grandes vertentes na proteção internacional da pessoa humana: direito internacional humanitário, direito internacional dos direitos humanos e direito dos refugiados (uma introdução). *In:* PRONER, Carol; GUERRA, Sidney e cols. **Direito Internacional Humanitário e proteção internacional do indivíduo.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008, p. 74-75.

Com isso questionava-se a soberania em seu conceito tradicional, diretamente decorrente da existência do Estado-Nação, pois as "razões de Estado" não mais poderiam ser arguidas como justificativas à violação de Direitos Humanos.

Os fatos levaram à necessidade de uma regulação pouco mais pragmática dos conflitos em si, na tentativa de limitar a violência e proteger de alguma forma pessoas e bens, ou seja, um aprimoramento do *jus in bello*, como apontam Carol PRONER e Gisele RICOBOM[193]. A Convenção de Genebra de 1864 tratou do tema, sendo uma de diversas sobre o tema, a ter o Brasil como um dos Estados a ratificá-la[194].

---

[193] PRONER, Carol; RICOBOM, Gisele. O Brasil e o Direito Humanitário: atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e regulamentação do Tribunal Penal Internacional. *In:* PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. *Op. cit.*, p. 95.

[194] PRONER E RICOBOM relacionam os seguintes instrumentos de Direito Internacional Humanitário ratificados pelo Brasil: "Declaração de Paris sobre a guerra marítima (1856), Convenção de Genebra para a melhoria da sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha (1864); Declaração de São Petersburgo para proscrever, em tempo de guerra, o emprego de projéteis explosivos ou inflamáveis (1868); Convenção II da Haia relativa às leis e usos de guerra e seu anexo (1899); Convenção III da Haia para a adaptação à guerra marítima dos princípios da Convenção de Genebra de 1864 (1899); Convenção de Genebra sobre o melhoramento da sorte dos doentes e feridos (1907); Convenção III da Haia de 1907 sobre o rompimento das hostilidades (1907); Convenção IV da Haia relativa às leis e usos da guerra terrestre e seus anexos (1907); Convenção V da Haia sobre direitos e deveres dos neutros em caso de guerra terrestre (1907); Convenção VI da Haia relativas a navios mercantes inimigos no início das hostilidades (1907); Convenção VII da Haia relativa à transformação de navios mercantes em navios de guerra (1907); Convenção VIII da Haia relativa à colocação de minas submarinas automáticas de contato (1907); Convenção IX da Haia sobre o bombardeio por forças navais em tempo de guerra (1907); Convenção X da Haia para adaptação à guerra marítima dos princípios da Convenção de Genebra de 1864 (1907); Convenção IX da Haia relativa a certas restrições ao exercício do direito de captura ma guerra marítima (1907); Convenção XII da Haia sobre direitos e deveres dos neutros em caso de guerra marítima (1907); Convenção XIV da Haia relativa à proibição de lançar projéteis e explosivos dos balões (1907); Ata final da Conferência de 1907 e projeto de uma Convenção relativa ao estabelecimento de uma Corte de Justiça Arbitral; convenção relativa ao comércio de armas e munições (1919); Protocolo de Genebra sobre a proibição do emprego na guerra de gasese asfixiantes, tóxicos ou similares e de meios bacteriológicos de guerra (1925); Convenção relativa aos deveres e direitos dos Estados em caso de lutas civis (1928); Convenção para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos nos exércitos em campanha (1929); Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra (1929); Tratados sobre a proteção das instituições artísticas e científicas e dos monumentos históricos (1935); Protocolo de Londres de 1936 relativo ao uso da força por parte dos submarinos contra navios mercantes (1936. Compromisso por adesão); Convenção para a prevenção do crime de genocídio (1948); As quatro Convenções de Genebra de 1949 (1949); Convenção para a proteção de bens culturais em caso de conflitos armados e seu Primeiro Protocolo (1954); Tratado para a proscrição das armas nucleares na América Latina e no Caribe (1967); Tratado sobre a não proliferação de armas nucleares (1968); Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, produção e estocagem de armas bacteriológicas (biológicas) à base de toxinas e sua destruição (1972); Convenção sobre a proibição do uso de técnicas de modificação ambiental para fins militares e outros fins hostis

O Direito Internacional Humanitário é, portanto, um conjunto de tratados e costumes internacionais que visam a proteção de pessoas e bens afetados pelas guerras. É ramo do Direito Internacional Público e tem na atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha importante fator de promoção e difusão[195].

As autoras citadas reconhecem, entretanto que, em vista da ilegalidade que cerca os conflitos bélicos, não há qualquer órgão regulador que assegure a efetividade desse direito[196]. Eis o fundamento de se criar normas e cortes que visem sancionar essas violações, após encerrado o conflito – o *jus pos bello* (os desdobramentos histórico e normativo das cortes que sobrevieram desse fundamento de legitimidade são discutidos no item 2.5).

O Direito Internacional Humanitário era inicialmente aplicável somente a conflitos armados e a militares envolvidos. Com a Convenção de Genebra de 1929 foi estendido aos civis envolvidos e a Convenção de 1949 ampliou seu campo de atuação aos conflitos domésticos[197]. Com o aumento da proteção aos Direitos Humanos, tornou-se aplicável também em tempos de paz como, por exemplo, nos atos genocidas, que não exigem situações de guerra para ocorrer.

Segundo Celso Albuquerque de MELLO distingue-se o Direito Internacional Humanitário do **Direito Internacional dos Direitos Humanos**, sendo esse um

---

(1976); Protocolos I e II às Convenções de Genebra de 1949 (1977); Convenção de 1980 sobre proibições ou restrições ao emprego de certas armas convencionais que podem ser consideradas como execessivamente lesivas ou geradoras de efeitos indiscriminados (1980); Convenção relativa aos direitos da criança (1989); Convenção internacional sobre a proibição do desenvolvimento, produção, estocagem e uso de armas químicas e sobre a destruição de armas químicas existentes no mundo (1993); Protocolo IV à Convenção de 1980 referente a minas, armadilhas e outros artefatos (1996); Convenção Interamericana contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, munições, explosivos e outros materiais correlatos (1997); Convenção sobre a proibição do uso, armazenamento, produção e transferência de minas antipessoal e sobre sua destruição (1997); **Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1998)**; Convenção nº 182 da OIT sobre as piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para a sua eliminação (1999); Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados (2000); Segundo Protocolo adicional à Convenção para a proteção de bens culturais em caso de conflitos armados (1999).” (grifo nosso). *In:* PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. *Op. cit.*, p. 102-103.

[195] *Ibidem*, p. 97.

[196] *Ibidem*, p. 96.

[197] MOGHALU, Kingsley Chiedu. **Global justice – the politics of war crimes.** Westport, CT: Preager Security International, 2006, p. 3.

"conjunto de normas que estabelecem os direitos que os seres humanos possuem para o desempenho de sua personalidade e estabelecem mecanismos para proteção a tais direitos"[198].

A criação da Organização das Nações Unidas foi marco relevante nas relações internacionais. Em sua Carta (Anexo IV), pretende fomentar relações internacionais baseadas na igualdade de direitos e autodeterminação entre os povos.

A mencionada Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 enunciou direitos fundamentais a todos os seres humanos, sem distinções, demonstrando a tendência à internacionalização dos Direitos Humanos, não somente na relação entre Estados, mas a própria relação de um Estado para com seus nacionais passa a ser tema de interesse internacional.

Conforme narra Leonardo Estrela BORGES[199], a ONU passou a conferir maior atenção ao tema do Direito Internacional Humanitário após a Conferência de Teerã de 1968, quando se adotou a Resolução XXIII, voltada ao respeito aos Direitos Humanos em tempos de guerra. Foi seguida por outras no mesmo sentido, culminando com a Conferência Diplomática sobre Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável aos Conflitos Armados de 1977, que marca a união entre as três vertentes jurídicas: o *Direito da Haia*[200], o *Direito de Genebra*[201] e o *Direito de Nova York*[202].

Com a passagem do tema dos Direitos Humanos da esfera do Direito Interno, para a do Direito Internacional, no século XX, diversos mecanismos internacionais foram criados para sua proteção, visando também a responsabilização internacional do

---

198 MELLO, Celso Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público.** 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 9. *Apud* PRONER, Carol; GUERRA, Sidney e cols. *Op. cit.,* p. 84.

199 BORGES, Leonardo Estrela. **O direito internacional humanitário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 31. *Apud* PRONER, Carol; GUERRA, Sidney e cols. *Op. cit.,* p. 80.

200 Direito limitador de métodos e meios utilizados em conflitos armados, desde a Declaração de São Petersburgo de 1868, destacando-se ainda a 1ª e 2ª Conferências de Paz da Haia de 1899 e 1907, e a Convenção da Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado. *In:* PRONER, Carol; GUERRA, Sidney e cols. *Op. cit.,* p. 79.

201 Direito protetor dos não combatentes e não envolvidos e das vítimas dos conflitos armados, contendo Convenções e Protocolos a partir de 1906 (com a revisão da Convenção de Genebra de 1864) subsequentes ao longo do século XX. *In:* PRONER, Carol; GUERRA, Sidney e cols. Op.. *cit.,* p. 78.

202 Conjunto de normas concebidas no âmbito da O.N.U., a partir de 1945.

Estado violador, tais como as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Mais importante, ressalta MELLO, é "quase que a morte da soberania estatal em matéria de Direitos Humanos"[203].

Resta claro, porém, que todas as iniciativas desencadeadas após os conflitos mundiais do século XX, e por eles motivadas, se deram por inciativa dos Estados que ganharam ou consolidaram a hegemonia mundial.

Embora inquestionável a necessidade da valoração e tutela à pessoa humana, cuja inobservância levou à tragédia materializada principalmente na II Guerra Mundial, fica maculada essa página jurídica pelo argumento recorrente da 'justiça de vitoriosos'. Além disso, cabe lembrar que, em certa proporção, foram as iniciativas desses Estados no período pós-Primeira Guerra Mundial que acabaram por conduzir à deflagração do Segundo conflito, dadas as condições impostas aos Estados vencidos, com claro reflexo em suas populações.

Mesmo na atualidade desvios dessa espécie podem ser observados. A prática de 'terrorismo de Estado' como a observável no Oriente Médio, mantida impune graças ao peso do voto desses mesmos Estados vitoriosos que preponderam no Conselho de Segurança da O.N.U., é tema que deveria ser objeto de maiores iniciativas por parte da 'Comunidade Internacional'.

Por conveniência, acomodação ou outros motivos a manutenção da estrutura anacrônica do Conselho de Segurança, se acaba por deslegitimar ou colocar em dúvida a credibilidade das ações de toda a estrutura das Nações Unidas.

Ainda em tempo de considerações finais desta dissertação ocorreu evento que pode ilustrar de forma nítida o quadro da política internacional e da atuação do Conselho: a morte de ativistas civis que transportavam, por via marítima, provisões e demais materiais de auxílio humanitário para a população cativa em Gaza, ao final de maio de 2010. Tão grave quanto o evento foi o tratamento leniente dado por parte da Organização e pelo governo norte-americano, que denominou o ocorrido como um mero "incidente".

---

[203] MELLO, Celso Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público.** 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 9. *Apud* PRONER, Carol; GUERRA, Sidney e cols. *Op. cit.*, p. 84.

É de se ver que o Estado israelense reiteradamente pratica atos de violência desmedida, sob a sombra protetiva norte-americana e adota como política de Estado teorias como do "espaço vital", da "separação física protetiva" com muros, cercas e outros e, em triste ironia, do confinamento de seus inimigos em *guetos* como o de Gaza. São ações de Estado inspiradas exatamente naquilo que ocorreu na Europa quando da II Guerra mundial e cujo repúdio levou ao apoio internacional que permitiu a criação desse país, no final da década de 1940.

Se houvesse a devida observância às normas internacionais de Direito Humanitário no âmbito da O.N.U., ou se esse não fosse refreado quando o acusado de infrações fizesse parte do *bloco imunizado* da Comunidade Internacional, talvez o contexto da tutela aos Direitos Humanos já tivesse observado avanços mais significativos.

Parece que enquanto a relação de forças no âmbito da ONU, em especial no Conselho de Segurança (talvez mesmo culminando com sua improvável extinção, dado seu histórico moralmente pouco favorável), a legitimidade das normas do chamado "Direito de Nova York", entre elas a que é objeto desta dissertação, poderá ser facilmente convertida em objeto de questionamentos.

A construção de um conceito mais democrático de Direitos Humanos é também objeto de análise de Eliezer Gomes da SILVA, que defende a superação da teoria dos bens jurídicos como justificativa e fundamento ao poder punitivo e à criminalização de condutas[204]. Nessa obra, defende que a tutela dos Direitos Humanos ocupe o lugar central (ora destinado a bens jurídicos selecionados) ao se discutir o conteúdo material de um crime. Além disso, faz importante observação no sentido que uma crítica ao Direito Penal de cunho material e ético é tem maior potencial transformador que aquela de viés garantista[205].

---

[204] SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos Humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime – uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. *In:* CLEVE, Clèmerson Mèrlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coords.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 237-276.

[205] SILVA, Eliezer Gomes da. *Op. cit.*, p. 263.

Ao conceituar crime como "toda conduta contrária ao humanamente exigível, a significar um interesse, cuja lesão ou perigo de lesão autoriza uma censura ou uma sanção estatal direcionada a seu autor"[206], tem-se a um fundamento *moral, ético* à noção de crime, cujo reconhecimento é, para esse autor, requisito essencial à legitimidade do Direito Penal.

Assim, afirma SILVA,

> "o conteúdo do que deva ser considerado 'humanamente exigível' deverá ser buscado na ética, confrontada com uma investigação, no âmbito dos Direitos Humanos, sobre quais são as necessidades e condições fundamentais para a existência digna e o desenvolvimento pleno do ser humano numa sociedade civilizada. Deve-se conhecer o humano para que se possa preencher o conteúdo material do conceito de crime"[207].

Por esse "humanamente exigível" entende o autor falar em Direitos Humanos, nos termos constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que delimita um mínimo ético em termos de dignidade humana, sendo, nas palavras de Fábio Konder COMPARATO, citado pelo autor, "um sistema objetivo de valores formando a base ética da sociedade"[208].

Seriam esses 'interesses humanos': *vida, liberdade, confiança, igualdade, solidariedade e alteridade*[209]. A partir dessa Teoria dos Interesses, SILVA desenvolve análise da existência e legitimidade dos crimes ora existentes no ordenamento jurídico interno e de forma admirável lança luz sobre novos caminhos para a estruturação de um sistema de justiça penal, mediante a desconstrução de algumas e construção de outras figuras penais, convertendo os criminólogos não mais em defensores da *ordem*, mas em "guardiões dos Direitos Humanos"[210].

No âmbito internacional, a se adotar tal Teoria, ter-se-ia um evidente ganho de legitimidade a uma legislação internacional penal. Com o parâmetro da *alteridade*,

---

206 SILVA, Eliezer Gomes da. *Op. cit.*, p. 263.
207 *Ibidem*, p. 264.
208 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 2.e d. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 14. *In:* SILVA, Eliezer Gomes da. *Op. cit.*, p. 266.
209 *Ibidem*, p. 267.
210 SILVA, Eliezer Gomes da. *Op. cit.*, p. 272.

definida na obra analisada como "projeção de nossa imagem a partir do outro"[211], a balizar a construção das figuras penais, certamente os interesses humanos que seriam ponderados na criação das normas penais seriam diversos dos ora observáveis (exceto se a alteridade ponderada se restringisse àquela que se limitasse ao ocidente). A alteridade considerada em sua amplitude *humana* (e não somente ocidental ou setentrional) tornaria incompatível a atual estrutura do que se tem por Direitos Humanos, convertendo-os em conceito autêntico e legítimo a balizar uma legislação internacional.

Cabe a proposta de uma nova concepção de Direitos Humanos que constitua num avanço mediante o respeito à alteridade e à dignidade humana, afastando as noções de Direitos Humanos dadas pelas instituições formais, podendo, inclusive ser utilizados em face dessas mesmas instâncias.

O reconhecimento e a preservação da diversidade mediante uma nova concepção de Direitos Humanos é debatida a seguir.

2.2.1.1. A visão antropológica dos Direitos Humanos

Conforme Konrad HESSE, Direitos Humanos são um "conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade"[212]. André de Carvalho RAMOS entende, porém, que esses Direitos devam ser tidos como Direitos Fundamentais da pessoa humana, mas, por evolução histórica, abordados a partir de *conceito aberto e fluido*[213], com conceitos móveis de acordo com a sociedade para constante manutenção da dignidade humana nos diversos contextos históricos.

Sendo assim, não é possível a elaboração de um rol fixo, taxativo de Direitos Humanos, sob o risco de inobservância dessa dinâmica histórica e da diversidade

---

211 SILVA, Eliezer Gomes da. *Op. cit.*, p. 267.

212 HESSE, Konrad. Grundrechte, in Sttatslexikon, Heraugegeben von Goeresgesellschaft, Bd 2.7, Auflage 1986. *In:* RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em**..., p. 27.

213 *Ibidem*, p. 29.

cultural. Sobretudo, a se lembrar que esses Direitos terão reflexo na formação das normas penais internacionais, tema dessa dissertação.

O tema dos Direitos Humanos tem sido abordado pela Antropologia de forma por vezes contraditória. É possível afirmar, como fez Alcida RAMOS[214], que a grande abrangência do tema pode tornar determinados grupos, como por exemplo, os indígenas da América Latina, visíveis na arena política internacional.

Já Gustavo ESTEVA[215] assevera que os Direitos Humanos seriam um novo "Cavalo de Tróia" para a *recolonização*. Isso pode ser explicado pela constatação da imposição, por parte do Ocidente, aos demais povos de valores que não os compartilham, no viés que se tenta trazer à discussão nesta dissertação.

Nas palavras de Patrícia JERÓNIMO, "pelas evidentes marcas de ocidentalidade que apresentam, – na sua fundamentação e na sua tradução normativa, os Direitos Humanos não constituem matéria para uma ética mundial"[216].

Os valores básicos do Ocidente se firmaram a partir do final da Idade Média. Enquanto o catolicismo prega um "ascetismo "extra-mundano", o protestantismo propõe um "ascetismo intra-mundano", com a salvação eterna tendo como pré--condição o sucesso econômico, produzido através do trabalho, conforme WEBER citado por SOUSA[217]. Prossegue esse autor ao citar que a Igreja vai gradualmente se imiscuindo nos assuntos terrenos. Esse progressivo individualismo vai atingindo diversos aspectos da vida social, entre eles o campo jurídico-filosófico.

O nascimento do sujeito de direito, no modernismo, resulta da convergência de três vetores: o *político*, com a Igreja passando a intervir em temas mundanos, coroando reis e declarando guerras; o *econômico*, relacionado com o protestantismo, conforme dito acima, e o *filosófico-jurídico*, que introduz o indivíduo no mundo dos

---

[214] RAMOS, Alcida, Cutting through State and class sources and strategies of self-representation in Latin America. *In:* Indigenous movements, self-representation, and the State in Latin America. JACKSON, Jean; WARREN, Kay (Orgs.). 1999 (no prelo). *Apud* NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant. **Antropologia e Direitos Humanos.** Niterói: EdUFF, 2001, p. 47.

[215] ESTEVA, Gustavo. Derechos humanos como abuso de poder, *n. Kwira, num. 44, oct-dec*., 1995 *Apud* Id., p. 47.

[216] JERÓNIMO, Patrícia. **Os direitos do homem à escala das civilizações**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 264.

direitos. Como disse Guilherme de OCCAM, no século XIV, “os universais não têm existência real, pois o mundo não é um cosmos ordenado, mas um agregado de individualidades isoladas que são a base da realidade”[218].

Cabe constatar que esses vetores são parte da história do Ocidente. Encontram sua expressão mais significativa nos ideais iluministas da Revolução Francesa. Naquele momento histórico, todos os privilégios que caracterizaram o Antigo Regime foram derrubados. Cada ser humano, a partir daí, é mais um integrante de um gênero único, sendo insustentável qualquer forma de distinção substancial.

As demais partes do mundo não podem receber, séculos após, os desdobramentos desses fundamentos de forma imposta a título de “generalização de conceitos *universais*” ou “direitos *universais* do Homem”, pois não compartilham dessa mesma raiz histórica.

Eis que se deve proceder à necessária distinção entre *igualdade* entre os homens, nos termos revolucionários de 1789 e a suposta *identidade* entre eles. Ocorre que o novo Estado burguês tem *pretensões universalisadoras* em tentar generalizar os ditames de uma vida submetida a uma “lei natural”, uma “cidadania englobante”. Seu constitucionalismo é posto como *condição de civilidade* que leva ao descrédito do Direito Natural e sua substituição pela Filosofia do Direito no final do século XVIII[219].

É a Escola Historicista do Direito alemão, influenciada pelo Romantismo que, pela primeira vez, aborda a questão da *diversidade histórica dos Direitos.* Através do conceito de *volksgeist* contrapõe-se à razão abstrata do Direito Natural. Há, portanto, a confrontação de universalismo e particularismo para a qual o pensamento antropológico pode ser esclarecedor[220].

No contexto Revolucionário de 1789, visava-se a “incorporação por assimilação da diferença”, ou seja, nesse momento, a *diferença era equiparada à desigualdade* e, portanto, deveria ser eliminada.

---

217 SOUSA, Rosinaldo Silva de. Direitos Humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. *In:* NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant. *Op. cit.*, p. 49.

218 SOUSA, Rosinaldo Silva de. *Op. cit.*, p. 50.

219 LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos:** Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 16.

Conforme exemplifica Lia Zanotta MACHADO, a incorporação dos negros e dos judeus ao *status* de cidadãos franceses em 1793 e 1796 respectivamente, implicava em despojá-los de seus atributos particulares, tornando-os não somente iguais aos franceses com relação a direitos, mas sim *idênticos*, pela via da assimilação[221]. Com relação esse tipo de fenômeno, Johann Gottfried von HERDER vê como consequência aquilo que denominou "descontinuidade cultural"[222].

A preservação da identidade de um povo, sem com isso legitimar a desigualdade social, converte-se em imperativo ético. Reconhecer a legitimidade da persistência da diferença cultural, porém, é uma importante contribuição do discurso antropológico para se pensar em novos direitos humanos – como os direitos culturais e de autodeterminação dos povos.

Em 1972 Ruth BENEDICT afirmava em sua obra "O Crisântemo e a Espada" que a cultura é a lente pela qual o homem vê o mundo[223]. Eis que homens de culturas diversas terão, necessariamente, visões diversas de um mesmo objeto, sem que para tal, algum deles possa ter seus conceitos classificados como *incorretos*.

O estabelecimento dessa forma de qualificação somente é possível a partir de um referencial fixo, o que, por essa perspectiva, tornar-se-ia impossível diante da diversidade cultural.

O mecanismo cultural opera de forma que a herança cultural acaba por condicionar determinadas reações, entendidas como *reações naturais*.

Com isso, a forma de ver o mundo, os comportamentos sociais e mesmo as posturas corporais são produto e fazem parte da herança de determinada cultura.

Se hábitos de vestimenta, alimentação e linguajar podem facilmente distinguir os indivíduos a partir do ambiente cultural de onde procedem, mesmo o exercício de certas atividades fisiológicas humanas pode refletir diferenças culturais[224].

---

220 SOUSA, Rosinaldo Silva de. *Op. cit.*, p. 54.

221 MACHADO, Lia Zanotta. Estudo de gênero: para além do jogo entre intelectuais e feministas. *In:* NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant. *Op. cit.*, p. 55.

222 *Idem*.

223 BENEDICT, Ruth. **O Crisântemo e a Espada**. São Paulo: Perspectiva, 1972.

224 LARAIA, Roque de Barros. **Cultura. Um conceito antropológico** 11. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 71.

Assim, o *riso* pode ser utilizado para exemplificar: embora todos os homens e primatas superiores possuam os centros nervosos para possibilitar essa reação, as maneiras e os motivos que podem levar indivíduos a rir são de grande diversidade. Pessoas de culturas diversas riem de coisas diferentes.

Como bem indica LARAIA[225], embora determinado pela fisiologia para indicar um estado de alegria, o riso é totalmente condicionado por padrões culturais.

O mesmo ocorre com a utilização do corpo, que varia, por exemplo, em função do sexo, quanto à forma de falar, gesticular, caminhar.

Embora dotados de anatomia igual, o uso do corpo varia de acordo com os padrões culturais do grupo ao qual determinado indivíduo pertence.

Se por um lado é inequívoco considerar que, historicamente, o homem existiu vivendo em grupos pequenos ou grandes, não é difícil deduzir, a supor que esses grupos tenham desenvolvido hábitos e costumes próprios, que o integrante dessa coletividade passe a considerar seu modo de vida como o mais *natural*, senão como mais *correto.*

A forma exacerbada dessa manifestação é o *etnocentrismo*. Em diversos povos se verifica a tendência a considerar sua sociedade como centro da humanidade: os índios norte-americanos Cheyenne e Navajo se autodenominavam respectivamente "os entes humanos" e "o povo"; os índios Akuáwa do Pará e os esquimós se denominam "os homens" [226].

A crença construída em determinado coletivo de ser um "povo eleito", estabelecendo dicotomia entre si próprios e os "outros" é a matriz da intolerância, de onde emergem diversos fenômenos, como a xenofobia e o racismo.

Não é raro observar a qualificação de outros sistemas culturais como manifestações "absurdas", "degradantes", "deprimentes" ou "*imorais"*.

Da mesma forma que surge a supervalorização de conceitos próprios, vem, portanto, o desmerecimento aos valores alheios.

---

[225] LARAIA, Roque de Barros. **Cultura. Um conceito antropológico** 11. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 71.

[226] *Ibidem*, p. 75.

Há ainda outro indicador, conforme aponta LARAIA: um aspecto importante paralelo ao etnocentrismo: a *apatia*. Em momentos de crise ou de perda de valores ocorreria a perda da motivação que une determinado grupo, e a vontade de viver. Isso foi observado em africanos removidos de seu continente em virtude da escravidão, que experimentavam, em virtude da perda do contato com seu meio, um processo depressivo que os levava ao suicídio.

Outra comprovação da influência da cultura sobre o biológico é a existência das chamadas *doenças psicossomáticas* a também a cura de enfermidades por fatores culturais como a *fé*.

Embora nenhum indivíduo participe ou domine sua cultura na totalidade, já que sempre há participação seletiva por gênero, idade ou segmento social, é imperativo que participe, ainda que minimamente, da pauta de conhecimentos do grupo para que possa se articular com os demais membros daquela sociedade[227].

Isso é requisito para a existência de um mínimo de previsibilidade e controle das atividades de um grupo social.

Se a comunicação intersubjetiva pode não ocorrer pela quebra de um padrão de comportamento regido pela previsibilidade dada pela cultura (por exemplo: um candidato a emprego sabe que o empregador dispõe de duas alternativas: contratá-lo ou não para determinada função; a surpresa ocorrerá se sobrevier um terceiro comportamento) poderá também não se dar devido ao fato de os padrões daquela cultura não cobrirem determinada situação concreta.

Isso pode ser observado na recente pandemia de gripe (2009), durante a qual as pessoas sentiam constrangimento ou titubeavam ao aproximar-se fisicamente de outras. Relutavam entre manter uma tradição cultural – que no caso brasileiro, envolve grande contato físico mesmo entre indivíduos não muito íntimos socialmente – e a adoção das medidas sugeridas para evitar o contágio.

O desconhecimento – ou a impossibilidade do conhecimento – dos padrões culturais de determinada sociedade é motivo, inclusive, para afastamento da sanção criminal. É situação que se relaciona com o que tecnicamente se denomina **erro de**

proibição[228]. Há, inclusive, modalidade desse *erro*, conforme JESCHECK[229], em que o agente não crê que seus atos transgridam as normas. Esse erro é, conforme aponta BITENCOURT, sobre a norma permissiva, sobre sua existência, natureza, abrangência ou requisitos e não sobre circunstâncias que configurem descriminante, o agente se considera autorizado pela norma a agir ou se omitir[230]. Não se imagina incidir em transgressão.

As situações concretas, os hábitos e costumes diversos ao indivíduo podem conduzi-lo, ainda, à falsa noção sobre a realidade levando-o erro a sobre um fundamento de justificação de seus atos, como ensina Hans WELZEL[231].

Em outra hipótese doutrinariamente analisada, está o agente que, por inadequada percepção da realidade, não sabe que sua conduta incide no âmbito de proibição da norma. É o que se denomina **erro de tipo**[232].

Essa tendência a considerar aceitável, desejável ou *lícito* apenas aquilo que é peculiar ao próprio grupo social leva à construção de conceitos tais como considerar que apenas o próprio sistema é dotado de *lógica*, sendo os demais *irracionais*.

Questiona-se, portanto, como punir a partir de um Estatuto penal claramente construído a partir de uma visão unívoca da realidade.

---

227 LARAIA, Roque de Barros. *Op. cit.*, p. 84.

228 Situação em que o agente supõe agir dentro dos limites dados pelo ordenamento jurídico, quando na verdade o viola, sem ter meios a seu alcançe para vencer a barreira que o impede de compreender o caráter ilícito de seus atos. Essa desobediência à norma pode se dar tanto em condutas dolosas ou culposas. Esse agente tem, no ordenamento jurídico brasileiro, isenção ou redução de pena, conforme o artigo 21 do Código Penal. A isenção se dá se o erro sobre a ilicitude da conduta é *invencível*. Se *vencível*, ou seja, se o erro era *evitável*, sobrevirá sanção, mas com redução de um sexto a um terço no *quantum* da sanção penal. (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral.** Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81-82).

229 Trata-se do *erro de proibição indireto* (a que JESCHECK chamou de *erro de permissão*). (JESCHECK, H.H. **Tratado de Derecho Penal.** Trad. de Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 632).

230 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 423-425.

231 "Seja que o autor se engane sobre os pressupostos reais, ou sobre os limites jurídicos de um fundamento de justificação, seja que suponha erroneamente um fundamento de justificação não reconhecido pelo Direito, nesses casos faz equívoco acerca da antijuridicidade de sua concreção dolosa do tipo.". (WELZEL, Hans. **Direito Penal.** São Paulo: Romana, 2003, p. 253).

232 A diferença, ainda conforme WELZEL, está no antagonismo fato-antijuridicidade: quem subtrai objeto alheio que supõe próprio comete erro de tipo; quem, no entanto, subtrai coisa alheia por crer (erroneamente) ter assegurado a si esse direito se encontra em erro de proibição. (WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 251).

De acordo com o antropólogo inglês Rodney NEEDHAM, cada cultura ordenou a seu modo o mundo que a cerca, dando-lhe um sentido, superando a natural aflição do ser humano diante do caos e do desconhecido[233].

Num primeiro momento essas explicações acabam por adotar uma conotação *mágica*, posteriormente substituída pela visão *religiosa*, que se distingue da anterior por ser dotada de maior sistematização, sendo, adiante, englobada pela *ciência.*

LARAIA refuta a existência necessária de um contínuo entre magia – religião – ciência. O que há é a existência simultânea desses sistemas na história da humanidade[234].

E as explicações que cada cultura busca para determinados fenômenos não podem ser valoradas mediante critérios comparativos entre estruturas culturais. A coerência das explicações e teorias concebidas se dá *dentro do próprio sistema* em que foram estruturadas.

De acordo com estudo realizado por H.G. BARNETT em 1953 na Universidade de Stanford (E.U.A.)[235], todos os sistemas culturais estão em constante processo de modificação, resultado direto da dinamicidade da cultura. Essa modificação pode se dar de duas formas: uma interna, resultante do efeito do tempo sobre o sistema e outra resultante do contato entre sistemas culturais. Esse segundo processo, mais rápido e perceptível, por vezes danoso, é o mais atuante na maioria das sociedades humanas.

Como atualmente é de difícil concepção a ideia de um grupo social afetado apenas pela primeira modalidade de mudança (somente interna), já que demandaria a existência uma sociedade completamente isolada das demais, a Antropologia sempre conferiu especial atenção à segunda modalidade, chamada de *aculturação*.

Um exemplo significativo desta natureza de contato é o processo de *globalização*. Paralelamente aos processos integracionistas que ocorrem

---

233 NEEDHAM, Rodney. “Introduction”. *In:* DURKHEIM, Emile; MAUSS, Marcel. Primitive classification. Londres: Cohen & West, 1963, p. viii. *Apud* LARAIA, Roque de Barros. *Op. cit.*, p. 95.

234 *Ibidem*, p. 91.

235 BARNETT, H. G. **Innovation:** The Basis of Culture Change. New York, 1953.

principalmente desde a segunda metade do século XX, conforme Ivo DANTAS, citado por GOMES, a globalização já foi descrita por Lênin em "Imperialismo, estágio superior do Capitalismo" como "crescimento e primazia das exportações de capital, desenvolvimento da divisão internacional do trabalho, dos trustes multinacionais, interconexão das economias dos diferentes países"[236].

Para melhor entendimento do conceito e efeitos da 'globalização', é necessário discutir as culturas nacionais na visão moderna.

No final do século XX pode-se observar uma mudança estrutural diferente nas sociedades modernas. Ocorreu, conforme Suart HALL[237], uma fragmentação nas visões culturais que anteriormente tinham fornecido sólidas localizações aos indivíduos sociais: classe, gênero, sexualidade, etnia, raça, nacionalidade. Essa perda de um "sentido de si" estável, a que HALL também denomina "descentração do sujeito"[238] gera aos envolvidos no processo uma crise de identidade tanto com relação a si próprios como quanto ao seu lugar no mundo social e cultural. Para tanto, parte de três concepções de identidade: do *sujeito do Iluminismo*, do *sujeito sociológico* e do *sujeito pós-moderno*[239].

Se no primeiro caso tem-se uma concepção individualista, de um sujeito unificado através da razão, centrado num núcleo interior autônomo e autossuficiente, no segundo caso isso já não ocorre.

O sujeito sociológico, a seu tempo, parte de noções diversas: reconhece não ser dotado de tamanha autonomia, sendo sua identidade formada a partir da relação com outras pessoas que lhe mediam valores, sentidos e símbolos ou, em outras palavras, cultura. Assim, nessa visão sociológica, a identidade é formada a partir da interação entre a pessoa singular e a sociedade, que faz com que o núcleo interior do indivíduo dialogue com as demais identidades que o circulam. Por essa concepção

---

236 GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos**..., p. 39.

237 HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Tradução Tomáz Tadeu da Silva, Guacira Lopes Louro. 5. ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2001, p. 9.

238 *Idem*.

239 *Ibidem*, p. 10-12.

sociológica citada por HALL, a identidade "preenche o espaço entre o 'interior' e o 'exterior' – entre o mundo pessoal e o mundo público"[240].

Disso se depreende que o mundo público se torna, mediante essa interação, parte do indivíduo, mediante sensação de *pertencimento* que se dá pela estabilidade e previsibilidade das relações.

A partir do processo transformativo, que leva ao terceiro caso, verifica-se que essa definitividade de identidade se compromete. O processo se torna variável e provisório, chegando-se ao sujeito pós-moderno. Para esse indivíduo, a identidade é algo formado e transformado continuamente à medida que interage com as diversas culturas que o cercam.

Essa *identidade pós-moderna* é, portanto, definida *historicamente* e não biologicamente. Assume diferentes matizes ao longo do tempo, não mais unificada em torno de um "eu" coerente[241].

Questiona-se se seria plausível estender esse conceito às relações entre sociedades, povos, como defende Peter HÄBERLE em sua doutrina pró-europeia, quando afirma que os países-membros da União, em virtude de troncos culturais comuns, teriam adotado em suas Constituições valores assemelhados[242].

Tendo em vista a abrangência do processo, poder-se-ia questionar se a transformação não é da própria modernidade.

2.2.1.2. Direitos Humanos, Democracia e a Globalização

Assim, no final do século XX o avanço das ciências técnicas e em especial da informação possibilitou que exercessem um papel de 'elo' entre as demais ciências,

---

240 HALL, Stuart. *Op. cit.*, p.11.
241 *Ibidem*, p. 13.
242 HÄBERLE, Peter. Derecho Constitucional comun europeo. *In:* LUNO, Antonio Enrique Pérez (Coord.). **Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio.** Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 187-224.

assegurando uma presença global a esse novo sistema técnico. A isso se chamou *globalização*[243].

Trata-se, portanto, de um fenômeno que supera o campo da Economia dirigindo reflexos ao Direito Público, história, sociologia, política e à soberania estatal.

Conforme afirmam BAYARDO e LACARRIEU[244], num sentido estrito a globalização corresponde a uma etapa do capitalismo, que visa uniformização e surgimento de padrões supranacionais que se tornam novos polos de poder econômico e político.

Restringir o processo à mera unidade técnica seria de grande simplismo. A ela se somam outros aspectos. Embora seja o primeiro momento em que uma técnica se faz sentir quase simultaneamente em todo o planeta, não pode ser vista como um dado absoluto.

Apesar de não se poder dizer que o progresso científico e técnico tenha uniformizado o mundo, a existência dos meios de comunicação dele decorrentes não permitem que se possa mais ficar alheio ao outro e às diferenças[245].

Esse processo técnico tem características que podem ter um viés nocivo, como a *invasividade*; as chamadas "empresas globais" são exemplos disso. Determinada produção pode ser fragmentada em diversos locais e países, centralizada via computador, a partir de uma sede transnacional. Além de gerar um sistema de finanças mundial, desdobra-se na imposição de uma "mais-valia mundial"[246].

Conforme Reinaldo GONÇALVES, "globalização" é interação de três processos distintos: a expansão dos fluxos internacionais de bens, serviços e capitais, a maior concorrência nos mercados internacionais e a maior integração entre os sistemas econômicos nacionais[247].

---

243 SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização.** 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 23.

244 BAYARDO, Rubens; LACARRIEU, Monica (compiladores). *In:* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Globalização e Estado contemporâneo.** São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 48.

245 JERÓNIMO, Patrícia. *Op. cit.*, p. 264.

246 SANTOS, Milton. *Op. cit.*, p. 27.

247 GONÇALVES, Reinaldo. Globalização e desnacionalização *In:* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Globalização e Estado contemporâneo.** São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 49.

Outro fator frontalmente atingido pelo processo é a *soberania*. Com a globalização, os Estados se convertem em "territórios nacionais da economia internacional"[248], ou seja, território e suas normas são preservados, mas as forças econômicas mais relevantes são de origem externa.

Algumas fases econômicas precederam a "globalização" na opinião de Ricardo STEINFUS e Deisy VENTURA[249]: o *bilateralismo,* compreendido entre as descobertas marítimas do século XVI até o início da II Guerra Mundial. Na economia foi caracterizado pelo mercantilismo, colonialismo e primeira Revolução Industrial. Nas relações internacionais, apenas vínculos bilaterais, embora se observasse tentativas diversas como a Santa Aliança, no século XIX e a Liga das Nações no início do século XX. A segunda fase, o *multilateralismo,* entre 1940 e 1960, foi uma tentativa de estabelecer relações internacionais através de organismos permanentes, mas restritos à dimensão intergovernamental. Recebem, portanto, pouca delegação de poder por parte dos Estados. A terceira fase, o *transnacionalismo,* nos anos 1960 a 1980 tem a cooperação internacional impelida pelas empresas transnacionais dos países desenvolvidos, que passam a estabelecer-se nos mercados consumidores.

Dessa forma, embora já se tivesse movimentos de uma "economia-mundo"[250] desde o século XVI, é inquestionável a aceleração do processo nas últimas quatro décadas. A "globalização" é uma nova ordem transnacional fundada em princípios econômicos e tecnológicos, que vai afastando o caráter territorial das relações comerciais. Esse descolamento do território estatal acaba por ter reflexos que vão além da economia.

Naturalmente a globalização impôs, na modernidade tardia, também um importante impacto sobre a *identidade cultural*.

---

248 SANTOS, Milton. *Op. cit.,* p 76.

249 STEINFUS, Ricardo: VENTURA, Deisy. Introdução ao Direito Internacional Público. *In:* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Op. cit.,* p. 51-52.

250 Termo utilizado por Boaventura de Souza SANTOS em: SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. *In:* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Op. cit.,* p. 53.

HABERMAS[251] diz que por significar transgressão, remoção de fronteiras, representa uma ameaça ao conceito tradicional de Estado-nação. Cita ainda Anthony GIDDENS, que define o fenômeno como "intensificação das relações mundiais que ligam localidades distantes, de tal maneira que os acontecimentos locais são moldados por eventos que são a muitos quilômetros de distância e vice-versa"[252].

O mundo "globalizado", diz Maria da Conceição TAVARES, parafraseando Paul Joseph Göbbels, "erige como verdade certo número de fantasias cuja repetição, entretanto, acaba por se tornar uma base aparentemente sólida de sua interpretação"[253]. Dessa forma, um grande mercado se apresenta como capaz de homogeneizar o planeta e superar as diferenças quando, na verdade, elas são aprofundadas. O que se poderia chamar de 'morte da ideologia', acaba por se converter em 'ideologização maciça', como afirma Milton SANTOS[254].

Vista por esse prisma, a globalização se resume no ápice do processo de expansão do capitalismo, como já dito, mas sem que para isso precise colonizar ou invadir por meios militares.

Sob o aspecto cultural, mais diretamente relacionado a esta dissertação, o fenômeno da globalização acaba por gerar o "deslocamento" ou "descentração do sujeito" que é a forma de Suart HALL[255] denominar a crise de identidade que acomete os indivíduos nesse processo. Começam a se perder as identidades nacionais o que, quando percebido, pode gerar um processo de resistência[256].

É fato que a partir da 'aproximação' das culturas decorrente das novas tecnologias de comunicação, o diálogo torna-se forçoso. Para que ele possa ocorrer, referenciais comuns precisam ser buscados. Importa, porém que não sejam *pré-*

---

251 HABERMAS, Jürgen. **O Estado-nação frente aos desafios da globalização.** Disponível em <revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/intuitio/article/.../5388/3948>. Acesso em: 22 jun. 2010.

252 *Idem*.

253 TAVARES, Maria da Conceição. Destruição não criadora, 1999. *Apud* SANTOS, Milton. *Op. cit.*, p. 18.

254 *Ibidem*, p. 19.

255 HALL, Stuart. *Op. cit.*, p. 9.

256 *Ibidem*, p. 74.

definidos, que decorram do reconhecimento e respeito mútuos, e não de uma "misteriosa natureza universal"[257].

As sociedades assumem um papel de constante e rápida mudança. Como anteviram MARX e ENGELS:

> "A contínua revolução da produção, o abalo constante de todas as condições sociais, a incerteza e a agitação eternas distinguem a época burguesa de todas as precedentes. Todas as relações fixas e cristalizadas, com seu séquito de crenças e opiniões tornadas veneráveis pelo tempo, são dissolvidas, e as novas envelhecem antes mesmo de se consolidarem. Tudo o que é sólido e estável se volatiliza, tudo o que é sagrado é profanado, e os homens são finalmente obrigados a encarar com sobriedade e sem ilusões sua posição na vida, suas relações recíprocas"[258].

Assim, o recurso às *tradições* presente nos grupos sociais consiste em forma de inserir na atualidade experiência passada, como forma de dar-lhe continuidade.

O processo de colonização desenvolvido pelas metrópoles europeias e o mais recente processo de interdependência global atuam em ambos os sentidos.

Embora imponham valores e "ocidentalizem" culturas ancestrais, geram um outro fenômeno: o dos movimentos migratórios. Seja pela pobreza, pelo subdesenvolvimento ou pelos conflitos locais, essas populações acabam por "acreditar" na mensagem do consumismo global e mudam para onde creem que terão maiores chances de sobrevivência. Isso se torna dia a dia mais nítido e de mais fácil consecução tendo em vista a facilidade crescente de deslocamento por via aérea[259].

Cabe indagar se a profusão de legislações xenófobas preventivas do "terrorismo" e da migração das últimas duas décadas não se destina, quase que exclusivamente, a conter esse problema social (enfatize-se: criado pelas metrópoles) fazendo uso da ferramenta judicial criminal.

Internamente, as sociedades colonizadoras desenvolvem mecanismos de defesa, tendo em vista, por exemplo, os dados da "migração econômica" latino-

---

257 JERÓNIMO, Patrícia. *Op. cit.*, p. 264.

258 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista.** Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 48.

259 HALL, Stuart. *Op. cit.*, p. 81.

-americana e caribenha para os Estados Unidos. Nesse país constatou-se o que foi chamado de "mistura étnica" desde as primeiras décadas do século XX. De acordo com estatística demográfica norte-americana[260], em 1980, um em cada cinco americanos tinha origem afro-americana, asiática ou indígena. Em 1990 essa proporção subiu para um a cada quatro. Em grandes cidades daquele país, como Los Angeles ou Nova York, os brancos são minoria.

Outros casos que podem ser mencionados são a migração de árabes do Maghreb (Marrocos, Argélia, Tunísia) para a Europa e a de africanos do Senegal e Zaire para a França e Bélgica.

As populações desses locais, vendo seus costumes e tradições comprometidos pelo contato com os novos hábitos trazidos pelos imigrantes e refugiados, acabam por adotar uma atitude defensiva (muitas vezes estimulada pela posição adotada por seus governos com relação aos estrangeiros) e que pode ser exemplificada, no caso do Reino Unido, com o advento da *englishness* (uma "inglesidade" ou "inglesismo" agressivo e um recuo ao absolutismo étnico[261]).

Na questão das (novas) identidades está em jogo é que, como ensina Kobena MERCER citado por HALL[262], as paisagens políticas do mundo moderno são fraturadas por identificações rivais e deslocantes resultantes da erosão da "identidade mestra" bem como da emergência de novas identidades. Dessa forma, nenhuma identidade singular, como a classe social, por exemplo, poderia alinhar todas as diversas identidades. As consequentes divisões sociais provocam lutas e solidariedades distintas ao longo do tecido social. O mesmo indivíduo pode experimentar simultaneamente diversos tipos de subordinações, como afirma Guacira Lopes LOURO[263], mas também pode, a um tempo, atuar no polo opressor em outras relações.

---

260 Fonte: censo dos E.U.A., 1991, citado por PLATT, A. Defending the canon. Fernand Braudel Centre and Institute of Global Studies. Binghamton: State University of New York, 1991. *In* HALL, Stuart. Op.*cit.*, p. 82.

261 *Ibidem*, p. 85.

262 MERCER, Kobena. Welcome to the jungle. *In:* RUTHERFORD, J. (Org.). **Indentity.** Londres: Lawrence and Wishart, 1990. *Apud* HALL, Stuart. *Op. cit.*, p. 21.

263 LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação – uma perspectiva pós-estruturalista.** 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 52.

A crítica à suposta "homogeneização cultural" provocada pela globalização chama a atenção para o fato que, embora se diga que ao contrário de acabar com as identidades locais, seria geradora de *novas identificações globais* e *novas identificações locais*, existem, indubitavelmente, relações desiguais de poder cultural entre o Ocidente e o "resto" do mundo. Como afirma Kevin ROBINS:

> "Embora tenha se projetado a si próprio como trans-histórico e transnacional, como a força transcendente e universalizadora da modernização e da modernidade, o capitalismo global é, na verdade, um processo de ocidentalização – a exportação das mercadorias, dos valores, das prioridades, das formas de vida ocidentais. Em um processo de desencontro cultural desigual, as populações "estrangeiras" têm sido compelidas a ser os sujeitos e os subalternos do império ocidental, ao mesmo tempo em que, de forma não menos importante, o **Ocidente, vê-se face a face com a cultura "alienígena" e "exótica" de seu "Outro". A globalização, à medida que dissolve as barreiras da distância, torna o encontro entre o centro colonial e a periferia colonizada imediato e intenso**"[264]. (grifo nosso)

Entretanto, HALL adverte que sugerir que sem esse processo as sociedades "periféricas" estariam salvaguardadas da influência ocidental seria uma "fantasia colonial", do Ocidente quanto à "periferia" que "tende a gostar de seus nativos apenas como 'puros', e de seus lugares exóticos apenas como 'intocados'"[265]. Neste tipo de sociedade existe um processo interno de atualização, por vezes mais lento com relação aos padrões impostos pelo Ocidente, porém presente.

Sigmund BAUMANN fala desse "ressurgimento da etnia", indica a "crescente separação entre o pertencimento ao corpo político e o pertencimento étnico" ou cultural. E a etnia, segundo o mesmo sociólogo e filósofo, vem se tornando um "totem" em torno do qual identidades são construídas e afirmadas[266].

HALL considera esse fenômeno uma "virada inesperada", tanto na visão iluminista modernizante quanto mesmo na posição marxista (já que ambas indicavam que o apego ao local daria espaço a valores e identidades cada vez mais universalistas

---

[264] ROBINS, Kevin. Tradition and translation: natural culture in global context. *In:* CORNER, J.; HARVEY, S. (Orgs.). **Enterprise and heritage:** crosscurrents of national culture. Londres: Routledge, 1991, p. 25.

[265] HALL, Stuart. *Op. cit.*, p. 80.

ou cosmopolitas)[267]. Talvez, a adoção de valores pela via dos tratados sem respaldo social (como se pode observar na formação da União Europeia), a imposição por parte da mídia e de governos de comportamentos "politicamente corretos" (e que acabam por criar privilégios a certos estamentos, podendo também gerar eventuais "mártires", seja em virtude de geração de conflitos étnicos ou religiosos, seja pelos possíveis 'julgamentos políticos' da nova Corte Penal Internacional) possam explicar essas reações como não tão surpreendentes assim.

Em outras palavras, cria-se um ambiente de conflito para depois punir àqueles que se deseja tratar como *inimigos* e para poder, agora com 'respaldo jurídico' artificial, continuar a proteger aos *amigos*[268].

Leciona Otfried HÖFFE que a "globalização" vai muito além do campo da economia e das finanças; quando as fronteiras socioculturais também são atravessadas torna-se necessário questionar se pode existir uma **competência penal intercultural**, uma competência que se mantenha legítima mesmo sob o prisma da diversidade cultural[269].

Pertinente a isso, cabe nova menção a artigo de Boaventura de Souza SANTOS, abordado no item 1.4, onde o autor trata do papel dos Direitos Humanos e as tensões da modernidade[270]. Afirma que o papel transformador dos Direitos Humanos se modificou.

No período que engloba o final da II Guerra Mundial e a Guerra Fria foi visto como parte do discurso da esquerda a forma leniente como as potências protagônicas do mundo bipolarizado – Estados Unidos e a antiga União Soviética – tratavam do tema dos Direitos Humanos, quando politicamente lhes convinha silenciar ou não, e levaram essa bandeira a perder credibilidade emancipatória. Esse papel foi ocupado pela linguagem da revolução e do socialismo.

---

266 BAUMANN, Sigmund, Modernity and ambivalence. *In:* FEATHERSTONE, M. (Org.). Global Culture**.** Londres: Sage, 1990. *Apud* HALL, Stuart. *Op. cit.*, p. 96.

267 *Idem*.

268 "Direito Penal do Inimigo" – item 3.9.

269 HÖFFE, Otfried. *Op. cit.*, p. 17.

270 SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões....**

SANTOS crê que os Direitos Humanos e a democracia podem ocupar o vazio deixado pelo socialismo, discutindo nesse artigo as condições em que isso pode se dar.

Para tanto, de início analisa as tensões dialéticas que informam a modernidade ocidental. Uma delas, diretamente relacionada a este manuscrito, ocorre entre o Estado-nação e a chamada *globalização*.

A rede de relações entre os Estados-nação, regida por uma legalidade muito tênue, encontra-se erodida em virtude do fenômeno da "globalização". Com a crise da soberania, SANTOS aponta discursos que incluem termos como "sociedade civil global", "governo global" e "equidade global".

Lembra, porém que "na primeira linha deste processo, está o reconhecimento mundial da política dos Direitos Humanos". Ocorre que tanto as violações dos Direitos Humanos como as lutas em sua defesa continuam a ocorrer em dimensão nacional, e que as atitudes relativas aos Direitos Humanos costumam se assentar em pressupostos culturais específicos. Ou seja: "a política dos Direitos Humanos é, basicamente, uma política *cultural*" e "falar de cultura e de religião é falar de *diferença, de fronteiras, de particularismos*" (grifos nossos).

Questiona, portanto, como será possível existir uma política de direitos humanos simultaneamente cultural e global.

O desafio aceito por SANTOS é, exatamente, "justificar uma política progressista de Direitos Humanos com *âmbito global* e com *legitimidade local*".

Ao verificar a existência apontada pelo doutrinador de mais de uma forma de "globalização", constata-se que o conceito de Direitos Humanos pode ser entendido por um prisma hegemônico ou não.

SANTOS visa demonstrar as "condições culturais através das quais os Direitos Humanos podem ser concebidos como *cosmopolitismo ou globalização contra-hegemônica*". (grifo nosso)

A constatação de BOAVENTURA, pensamento seguido por esta dissertação, é que qualquer tentativa de interpretação "universal" dos Direitos Humanos acabará por trazer uma versão hegemônica, ou seja, mediante a concepção dominante ou, como

disse SANTOS, de "cima para baixo". Como bem alertou: "**sua abrangência global será obtida à custa da sua legitimidade local.**" (grifo nosso)

Numa visão cosmopolita – contra-hegemônica, portanto – os direitos humanos devem receber conceituação *intercultural*.

O Interculturalismo (item 1.3) é, para SANTOS, o **ponto de equilíbrio entre a competência global e a legitimidade local**.

Assim, o desenvolvimento de discursos contra-hegemônicos de Direitos Humanos fará com que eles assumam seu papel emancipatório, mediante a adoção de concepções não exclusivamente ocidentais desses direitos. Isso será possível através de *diálogos interculturais de Direitos Humanos*.

Assim, insiste SANTOS, o papel emancipatório dos Direitos Humanos chegará quando, mediante a transformação conceitual proposta, o discurso e a prática desses direitos se converta num *projeto cosmopolita*.

A própria Declaração Universal de 1948, conforme já mencionado, foi elaborada sem a participação da maioria dos povos. Lembra BOAVENTURA que:

> "no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com a única exceção do direito coletivo à autodeterminação, o qual, no entanto, foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos cívicos e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e no reconhecimento do direito de propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito econômico".

Cita o autor que aquilo que se costuma denominar "globalização" é uma coleção de "conjuntos diferenciados de relações sociais", que dão origem a *diferentes fenômenos de "globalização"*. Não há, portanto, uma única "globalização", impondo-se utilizar o termo sempre no plural.

Estas relações sociais ligadas às "globalizações", afirma, envolvem conflitos existindo, necessariamente, vencedores e vencidos. Como bem menciona: "freqüentemente, o discurso sobre globalização é a história dos vencedores contada pelos próprios. Na verdade, a *vitória é aparentemente tão absoluta que os derrotados acabam por desaparecer totalmente de cena*". (grifo nosso)

Chega, portanto, SANTOS a propor uma definição: “globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival”.

Dada a parcialidade ou unilateralidade comuns ao processo, conclui-se que não existe aquilo que se entenderia, *prima facie*, como sendo “globalização”; o que há é a “globalização bem sucedida de determinado localismo”. Em outras palavras: *imposição de valores*. É esse o sentido de outra expressão utilizada pelo autor: “globalização pressupõe a localização”. Ou seja, o discurso hegemônico privilegia a versão dos vencedores.

Essa pluralidade de “globalizações” se reflete na concepção de Boaventura SANTOS de quatro formas de “globalização”:

a) a primeira que denominou “**localismo globalizado**”: é o processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso como, por exemplo, a globalização do *fast food* norte-americano ou de sua música popular.

b) à segunda forma denominou “**globalismo localizado**”: é o impacto específico de práticas transnacionais nas condições locais, desestruturando-as e reestruturando-as de modo a responder a esses imperativos transnacionais. Como exemplos aponta: “a desflorestação e destruição maciça dos recursos naturais para pagamento da dívida externa, o uso turístico de tesouros históricos, lugares ou cerimônias religiosos, artesanato e vida selvagem, e o *dumping* ecológico”[271].

Se por um lado os países dominantes praticam a primeira modalidade, os periféricos praticam a segunda.

Há ainda duas outras modalidades diversas:

c) o **Cosmopolitismo** (abordado no item 1.3): consiste na organização de Estados-nação ou de grupos sociais diversos com vistas a defenderem interesses comuns, fazendo uso das ferramentas de interação transnacional criadas pelo sistema mundial.

---

[271] A “compra” pelos países do Terceiro Mundo de dejetos e resíduos tóxicos produzidos nos países centrais para gerar divisas externas.

Como exemplo, Boaventura cita: diálogos e organizações Sul-Sul, organizações mundiais de trabalhadores, filantropia transnacional Norte-Sul, redes mundiais de movimentos feministas, redes de movimentos e associações ecológicas e de desenvolvimento alternativo, movimentos literários, artísticos e científicos na periferia do sistema mundial em busca de valores culturais alternativos.

d) a última modalidade citada envolve temas globais como o "patrimônio comum da humanidade": são matérias que somente podem ser discutidas em âmbito global, que necessariamente devem "ser geridos por fideicomissos[272] da comunidade internacional em nome das gerações presentes e futuras", como a sustentabilidade da vida humana na Terra ou temas ambientais.

Como se pode perceber, SANTOS trouxe duas vertentes de "globalização": as primeiras duas modalidades descritas acima são exemplos de "globalização de cima para baixo" ao passo que as duas últimas ilustram o que seria "globalização de baixo para cima". Em outras palavras: há "globalizações hegemônicas" e "globalizações contra-hegemônicas".

Assim, o que se propõe nesta dissertação como elemento necessário à legitimidade de um poder punitivo internacional é aquilo que Boaventura de Souza SANTOS nomeia de "**concepção mestiça de direitos humanos**", que somente poderá ser atingida através do diálogo multicultural autêntico, "sem recorrer a falsos universalismos". Com isso obter-se-á noção de valores mutuamente inteligíveis, já que relacionados às dimensões sociais, políticas e culturais.

As normas penais daí oriundas terão a necessária legitimidade para aplicação no âmbito internacional, fato bastante diverso do que hoje ocorre.

---

[272] "Fideicomisso é o "herdeiro ou legatário que tem a obrigação de transmitir a herança ou legado verificando a condição. É considerado proprietário temporário". GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19. ed. Atualizado por Luiz Edson Fachin, Coordenador Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 270.

2.3. O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA NORMA PENAL INTERNACIONAL: O VIÉS DEMOCRÁTICO

2.3.1. O Conceito de Norma e o Mundo do Ser

Embora a efetividade do Direito Internacional Público seja crescente nas últimas décadas, inclusive em matéria penal, cabe ressalva com relação ao conteúdo dessas normas internacionais.

Para desenvolvimento deste raciocínio é necessária análise da norma, e nesse aspecto é essencial recorrer aos ensinamentos de Miguel REALE.

Para esse jurista, Direito é norma, fato e valor. REALE criou, em 1940, aquilo que KUNZ chamou de fórmula realeana: "Direito é integração normativa de fatos segundo valores"[273].

Em 1953 apresentou nova ideia, adicional à primeira, no sentido que os três elementos da *Fórmula* não apenas se relacionam, mas se *dialetizam*[274].

Num momento posterior, REALE apresentou uma outra expressão dialética mediante um diagrama de *nomogênese jurídica*. Nesse esquema, incidem vários vetores denominados *complexo axiológico* sobre a figura que representa o *fato* e de lá saem outros vetores, as *proposições normativas* dirigindo-se ao *Poder* e, mediante sua interferência essas proposições se convertem em *norma jurídica*[275].

Com isso REALE afirma que a participação do poder é imprescindível na decisão quanto à oportunidade ou conveniência de uma norma.

Norma é, portanto, integração de algo da realidade social numa estrutura regulativa obrigatória. A norma jurídica está imersa no mundo da vida, por isso pode, ao longo do tempo, sem ter alterada sua redação, significar algo diverso. Disso implica dizer que *de acordo com os fatos envolvidos e os valores vigentes, a norma pode variar ao longo do tempo*.

---

[273] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 536.

[274] REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** 5. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 117-128.

[275] *Ibidem*, p. 123.

Deve haver, entretanto, *limites à elasticidade da norma*, visando evitar sua ruptura. Quando uma norma não comporta mais essa *elasticidade*, ou seja, não mais corresponde às necessidades da vida, ela deve ser revogada.

Como ensina ZAFFARONI, "o delito não existe sociologicamente se prescindimos da solução institucional comum"[276]. Essa solução é a lei penal positivada, reflexo da ética de um dado momento. Prossegue esse autor ao apontar que muitas condutas menores, embora lesivas a bens jurídicos tutelados, são punidas em virtude da adequação a essa lei (subsunção), tal como o furto de um objeto de pequeno valor.

Ao se observar o panorama mundial, verifica o jurista argentino, "a máxima quantidade de dano causada ao maior número de pessoas, ao menos no século XX, não provém daqueles que são detectados ou classificados como 'criminosos' ou 'delinquentes', mas de *órgão dos Estados*, em guerra ou fora dela"[277]. (grifo nosso)

Conclui ZAFFARONI ao afirmar que o delito não é uma realidade social individualizável, mas "uma *construção* destinada a cumprir certa função sobre algumas pessoas e acerca de outras"[278].

Não se poderia afastar essa afirmação de âmbito interno do campo político internacional. O estabelecimento de uma estrutura de centralização-marginalização serve a não mais que uma forma de controle social mediado pelo aparato penal.

Miguel REALE afirma ainda que a "Justiça não é um valor que tenha um fim em si mesmo: é um valor supremo, cuja valia consiste em permitir que todos os valores valham, numa harmonia coerente de idéias e de atitudes"[279] e ainda define o Direito como: "concretização da idéia de Justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores"[280].

Com isso tem-se o Direito como algo posto, uma *criação humana*, atendendo à ética do momento da criação. Isso se reflete na área penal, quando se afirma a

---

[276] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 53.
[277] *Idem*.
[278] *Ibidem*, p. 56.
[279] REALE, Miguel. **Teoria**..., p. 128.
[280] *Idem*.

existência do delito como criação humana, e não produto histórico. As figuras penais criadas atendem às necessidades do momento e, ao não mais fazê-lo, são *desconstruídas*. É o que se encontra nas palavras de REALE e pode ser aferido na própria evolução do arcabouço normativo interno. O número de diplomas legais alteradores em matéria penal é significativo no Brasil.

Questiona-se como se dá esse mecanismo quando da elaboração da norma internacional. Quais os valores e parâmetros aplicados.

Pergunta-se como se pode atribuir valores a fatos e daí elaborar normas em semelhante contexto de diversidade, narrado por Stuart HALL como uma "perda do sentido de si", ou seja, o colapso das identidades modernas a partir do final do século XX e o consequente abalo nos parâmetros de pertencimento do indivíduo[281].

Que *valores autênticos* ou *nucleares* poderiam ser inferidos em tal momento?

HALL apresentou três momentos na concepção da identidade[282]:

1) existiria o *sujeito do iluminismo*, entendido como fundado numa visão de pessoa humana cujo "centro" seria um núcleo interior imutável desde o nascimento;

2) o *sujeito sociológico* que reflete a verificação que essa autonomia e autossuficiência que o iluminismo sugere estar relativizada. O núcleo interior desse sujeito consiste na relação com outras pessoas importantes para ele, e que lhe mediavam valores, sentidos e símbolos; em resumo: a *cultura*. Trata-se, portanto, de uma concepção interativa. A identidade desse sujeito, portanto, é formada mediante o preenchimento do espaço existente entre o *eu* interior e o *eu* exterior, já que a internalização desses valores passados pelos demais passa a fazer parte do indivíduo que interage. Ocorre que, como alertou HALL, essas "paisagens sociais", em virtude das mudanças estruturais e institucionais, estão entrando em colapso, o que inviabilizaria esse processo de formação da identidade cultural[283].

---

281 HALL, Stuart. *Op. cit.*, p. 9.
282 *Ibidem*, p. 10-13.
283 *Ibidem*, p. 12.

3) Resta, ainda, o terceiro momento, o do *sujeito pós-moderno*, que não têm uma identidade fixa, permanente. Ela se torna uma "celebração móvel", definida *historicamente* e não *biologicamente*[284].

Afirmou ainda esse autor que:

> "A identidade plenamente unificada, completa, segura e coerente é uma fantasia. Ao invés disso, à medida em que os sistemas de significação e representação cultural se multiplicam, somos confrontados por uma multiplicidade desconcertante e cambiante de identidades possíveis, com cada uma das quais poderíamos nos identificar – ao menos temporariamente"[285].

Essa realidade intercultural, diversamente do que ocorre, deveria ser o critério para formação e parâmetro de legitimidade das normas internacionais, sobretudo aquelas que versem sobre matéria penal.

Sabe-se, porém que as fontes do Direito Internacional Público são, para fins didáticos, divididas em *fontes formais* e *materiais*, conforme se passará a discutir.

2.4. A COMUNIDADE INTERNACIONAL E A NORMA INTERNACIONAL COMO ELEMENTOS FORMADORES DE UMA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL DEMOCRÁTICA

O estudo das fontes do Direito Internacional é relevante como introdução ao tema pois ressalta a estrutura descentralizada desse ambiente.

DINH, DAILLIER e PELLET dividem as fontes, inicialmente, em *formais* e *materiais*.

As primeiras consistem nos processos de elaboração do Direito Internacional, enquanto as segundas são os fundamentos sociológicos, ou seja, políticos, morais, econômicos, das normas internacionais[286].

---

284 HALL, Stuart. *Op. cit.*, p. 13.
285 *Idem*.
286 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. cit.*, p. 101.

Assim, o conteúdo das normas do Direito Internacional deriva das fontes materiais, enquanto as fontes formais, descritas de forma *não exaustiva* no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça[287] correspondem à "formulação e à introdução desse conteúdo do Direito positivo"[288], ou seja, são as *convenções* e *costumes internacionais, princípios gerais do Direito, doutrina e jurisprudência*.

Há outros conceitos doutrinários sobre as fontes. Essa divisão de opiniões se justifica pois o referencial teórico, o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, também fornece mais de uma acepção do termo.

Ademais, a redação desse artigo é criticável por manter o termo "nações civilizadas" (nº 1, alínea 'c'), inicialmente porque não cabe falar em 'nações', mas em Estados soberanos, e dentre esses não é aceitável estabelecer distinções. Além disso, os Princípios Gerais Internacionais, assim como as decisões das organizações internacionais não costumam ser outra coisa que normas costumeiras e convencionais. Jurisprudência e doutrina são colocadas em pé de igualdade, no mesmo nº 1, alínea 'd'[289]. O artigo 38 tem como aspecto favorável não estabelecer hierarquia entre as fontes que enumera[290].

Além dessas fontes, cabe mencionar outras, tais como as decisões unilaterais dos Estados com implicações para o Direito Internacional Público, decisões adotadas por organizações internacionais (que não poderiam ser mencionadas quando do Estatuto da C.I.J. pois tais organizações não possuíam à época personalidade jurídica de Direito Internacional), e o *soft law* que, embora não seja fonte de Direito Internacional, pode ser a elas equiparado. Entende-se por *soft law* os instrumentos

---

287 "**Artigo 38 -** 1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar; 2. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; 4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; 5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59. 6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes."

288 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. cit.*, p. 102.

289 MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 44-45.

290 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

elaborados por Estados e outros atores do Direito Internacional, não vinculantes juridicamente, mas que exercem influência sobre a conduta dos sujeitos de Direito Internacional. Como exemplo dessa última fonte pode-se citar as resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas ou instrumentos elaborados pelo Banco Mundial[291].

Quanto aos costumes internacionais disse Friedrich Carl von SAVIGNY, em 1814, que

> "todo direito se forma de maneira que o uso corrente – não de todo apropriado – qualifica de costumeira, ou seja, é produzido primeiro pelos usos e pelas convicções do povo, depois pela jurisprudência e o é assim, pelas forças internas, silenciosas, não de modo arbitrário, por um legislador"[292].

Sendo assim, se o Direito caminhar de forma dissociada da vida dos homens carecerá de realidade própria. O costume é fruto dos usos aceitos por longo tempo e tem papel preservado no Direito Internacional apesar de sua alegada lentidão evolutiva.

Os críticos do uso dos costumes como fonte do Direito Internacional usam como argumento ainda na atualidade, o não atendimento a situações que exigem soluções imediatas, preferindo-se para tanto a via dos tratados. Outro aspecto negativo dessa fonte seria o fato de constituir forma de preservação da hegemonia de valores ocidentais burgueses na formação de normas internacionais. Os tratados – e o Estatuto de Roma no entender desta dissertação é um bom exemplo – são igualmente pouco imunes à influência dos ventos políticos.

Ademais, quem afirma que os atos constitutivos dos tratados respeitam a isonomia soberana dos Estados tem uma visão simplista, pois certamente o poder negocial de todos Estados não é equivalente.

---

291 MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 45-46.

292 Von SAVIGNY, Friedrich Carl. Vom Beruf Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. *In* ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Op. cit.*, p. 124.

Hildebrando ACCIOLY afirma que as Resoluções das Organizações Internacionais, embora não figurem na enumeração ao artigo 38 da C.I.J., podem ser invocadas como "eventual manifestação do costume"[293].

Os tratados e convenções internacionais tornaram-se fonte preponderante do Direito Internacional Penal com o Estatuto de Roma, ocupando o lugar tradicionalmente ocupado pelos costumes.

Já Ian BROWNLIE afirma que essa divisão em fontes formais e materiais é de difícil sustentação a se partir do conceito que as primeiras seriam os processos jurídicos de criação de normas e as segundas os meios de comprovar a existência de regras que "quando reveladas, têm o estatuto (*status*) de normas de aplicação geral juridicamente vinculativas" [294]. Com relação às "fontes formais", o equívoco reside na falsa impressão que se pode passar de haver um processo de criação de leis nos moldes do que ocorre no âmbito doméstico, a partir de determinações constitucionais. Não há vinculação dos destinatários das normas produzidas (no caso, os Estados), como ocorre no âmbito interno, apenas que o consentimento geral dos Estados com relação a determinado dispositivo, converte-lo-ia em norma de aplicação geral[295].

Quanto às "fontes materiais", segundo BROWNLIE, decisões da Corte Internacional de Justiça, ou tratados normativos multilaterais são prova da presença ou não de consenso dos Estados quanto a regras específicas, bem como de sua interação, o que deveria conferir a tais evidências um *status* mais elevado que esse[296].

O Estatuto de Roma estabeleceu, nos artigos 21 e 22 (anexo I), uma hierarquia entre as fontes e indicou quais Princípios do Direito Internacional Penal devem ser observados. Estabeleceu ainda como Princípios Gerais: o *non bis in Idem*, *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* e a irretroatividade *ratione personae*, presentes, respectivamente nos artigos 20, 22, 23 e 24.

---

[293] ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Op. cit.*, p. 171.
[294] BROWNLIE, Ian. *Op. cit.*, p. 13.
[295] *Ibidem*, p. 14.
[296] *Idem*.

Esses Princípios não devem ter o mesmo tratamento jurídico que lhes é dado pelo Direito interno, vez que o ambiente internacional é diverso; além da *disparidade de forças* entre os membros dessa comunidade, ela é *descentralizada* e de *coordenação*, ao passo que nos Estados verifica-se *centralização* e *subordinação* dos súditos a uma autoridade.

Os princípios fundamentais do Direito Internacional foram estabelecidos no século XX e são limitadores da soberania. Hubert THIERRY lembra que a soberania em si é um princípio do Direito Internacional, mas de cunho negativo, pois confere poder discricionário aos Estados, que pode ser limitado por normas[297]. Já como princípios limitadores da soberania pode-se mencionar a proibição da agressão e do uso unilateral da força armada nas relações internacionais como norma de *Jus Cogens*, o direito de autodeterminação dos povos e o respeito aos Direitos Humanos[298].

A jurisprudência dos tribunais *ad hoc* criados após a II Guerra Mundial tem relevância restrita, dada a forma com que essas cortes foram instituídas, com regramentos bastante sucintos, e com clara intenção de sanar com rapidez (e com os consequentes erros) os graves traumas decorrentes do conflito recém-encerrado.

O artigo 21, nº 2, do Estatuto de Roma prevê o uso de suas próprias decisões pretéritas. Somente o tempo e a prática dessa corte poderão demonstrar o valor atribuído à jurisprudência por seus julgadores.

Os atos unilaterais de Organizações Internacionais podem ser representados pelo artigo 25 da Carta da O.N.U. que compele seus membros à cooperação com as Cortes Internacionais, bem como declara a prevalência destas sobre os tribunais internos dos Estados sede das infrações.

Também exercem influência os relatórios da Comissão de Direito Internacional, e trabalhos de associações privadas relevantes na área do Direito Internacional, como a *Association International de Droit Pénal*, a *Law Association* e o *Institut de Droit International.*

---

[297] THIERRY, Hubert. L'evolution du Droit International: cours general de Droit International Public, 1990**.** *Apud* ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Op. cit.*, p. 892.

[298] *Idem.*

Alguns atos internos legislativos ou administrativos já exerceram influência sobre decisões de cortes internacionais penais, como o Código Alemão sobre Cortes Internacionais de 2002 (VStGB – *Völkerstrafgesetzbuch*) ou a decisão do Comando Militar Norte-Americano relativo ao tratamento dado a inimigos capturados à época da guerra do Vietnã, que ampliava o conceito de "prisioneiro de guerra" além daquilo que exigia a Convenção III de Genebra[299].

O estabelecimento por parte do artigo 21 do Estatuto de Roma[300] de uma *hierarquia* entre as fontes do Direito Internacional Penal, e a indicação, no artigo 22 e seguintes, de *quais Princípios* desse ramo do Direito *devem ser observados*, gerou o que William SCHABAS denominou de *hierarquia tripla* (*three-tiered hierarchy*).

Com isso, o Estatuto, os Elementos dos Crimes e as Regras Processuais e Provas estão no topo, seguidos de tratados, princípios e normas do Direito Internacional aplicáveis (com destaque as Convenções de Haia de 1899 e 1907, de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais de 1977, todas referentes ao Direito Internacional dos conflitos armados). Em terceiro lugar está o Direito Interno dos Estados, em especial os princípios gerais deste, como fontes independentes, mas subsidiárias, como se pode verificar à leitura do artigo 21 do Estatuto[301]. Também o

---

[299] CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 157.

[300] "**Artigo 21 - Direito Aplicável:**
1. O Tribunal aplicará: **a**) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual; **b**) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados; **c**) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.
2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.
3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3º do artigo 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição."

[301] SCHABAS, William. An Introduction to the International Criminal Court**.** 2. ed. Cambridge, UK: University Press, 2004, p. 90. *Apud* JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Op. cit.*, p. 34.

artigo 22 é demonstrativo, pois determina aplicação restrita das fontes tradicionais do Direito Internacional Penal[302].

Cabe ressalva com relação aos Princípios, que sempre tiveram caráter subsidiário no Direito Internacional, ou seja, não havendo convenção ou costume referente ao tema em análise, seriam eles o instrumento aplicável para colmatar lacunas ou interpretar as regras aplicáveis.

As fontes são interdependentes, com precedência para os costumes. A obrigatoriedade das normas internacionais, porém, não se baseia nos costumes, mas em *princípios objetivos*.

O papel dos Princípios é dar coerência e consistência a um ordenamento. No Direito Internacional, permitem decidir sem sair do direito positivo, quando não há resposta convencional ou consuetudinária ao litígio. São, com isso, uma fonte supletiva e subsidiária do Direito Internacional[303].

Dentre os Princípios do Direito Internacional, um grupo ganha destaque: os Princípios de *Jus Cogens*, princípios que estão além da manifestação de vontade dos sujeitos de Direito Internacional sendo, portanto, cogentes, imperativos, respeitados de forma incondicionada. Nesse sentido a consagração da primazia dessas normas imperativas é dada pelo artigo 53 da Convenção de Viena de 1969:

> "É nulo todo tratado que, no momento de sua conclusão, é incompatível com uma norma imperativa de Direito Internacional Geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional Geral é a que for aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto como norma à qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de Direito Internacional Geral com a mesma natureza".

---

302 "**Artigo 22 - *Nullum Crimen Sine Lege:***
1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.
2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.
3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto".

A possibilidade de derrogação dessas normas por outras de igual hierarquia fez com que se previsse, no artigo 64 dessa Convenção que todo novo tratado celebrado que for incompatível com a nova norma de *Jus Cogens* será nulo e perderá sua vigência. A título exemplificativo se poderia falar em tratados que regulassem o tráfico de escravos ou a pirataria[304].

DINH, DAILLIER e PELLET fazem ressalva quanto à obscuridade dessa Convenção de Viena quanto ao processo de formação de tais normas. Nesse aspecto, diretamente ligado ao tema desta dissertação, salientam que embora o artigo acima transcrito fale em temas aceitos e reconhecidos pela "Comunidade Internacional em seu conjunto", a expressão não exige unanimidade, nem estabelece número mínimo de Estados favoráveis à aceitação do caráter imperativo de uma norma. Ainda, não fala da existência de normas imperativas regionais[305].

O Estatuto de Roma faz menção aos Princípios que o regem, conforme anteriormente dito, nos artigos 20, 22, 23 e 24 (Anexo I). Esse tema será objeto de nova abordagem no item 2.6.6.1.

Ocorre que dentre os princípios aplicáveis existem aqueles denominados ***Princípios de Nuremberg***[306], designação devida a terem sido estabelecidos no Estatuto

---

303 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. cit.*, p. 317.

304 *Ibidem*, p. 185-187.

305 *Idem*.

306 "I – Qualquer pessoa que cometa um ato que constitua crime com base no Direito Internacional será por ele responsável e, portanto, sujeito a punição.
II – O fato de que as leis internas não imponham punição por um ato que constitua crime com base no Direito Internacional não exime a pessoa que o cometeu de sua responsabilidade com base do Direito Internacional.
III – O fato de que uma pessoa que tenha cometido um ato que constitua crime com base no Direito Internacional seja chefe de Estado ou agente oficial responsável não a exime da responsabilidade de acordo com o Direito Internacional.
IV – O fato de que uma pessoa agiu com base em ordem de seu governo ou de um superior não a exime de responsabilidade de acordo com o Direito Internacional, desde que uma escolha moral lhe fosse possível.
V – Qualquer pessoa acusada de um crime com base no Direito Internacional tem direito a um julgamento justo com base nos fatos e na lei.
VI – Os crimes enumerados a seguir são puníveis como crimes com base no Direito Internacional:
a) crimes contra a paz:
i – planejamento, preparação, iniciação ou desfecho de uma guerra de agressão ou uma guerra que viole os tratados internacionais, os acordos ou as promessas;

dessa corte de exceção e utilizados pelas subsequentes. Foram confirmados posteriormente em Resoluções da Assembleia Geral da ONU e em decisões da Corte Internacional de Justiça, constituindo hoje o "núcleo material" do Direito Internacional Penal.

O evidente caráter direcionado para o momento em que foram criados parece marcar esses "princípios" de forma que sua aplicação sempre refletirá a existência da lei do mais forte que parece ser preponderante no âmbito internacional enquanto vigir o sistema das Nações Unidas na atual conformação.

Ocorre que as normas internacionais, aplicáveis diretamente pelas Cortes Internacionais, podem ser utilizadas pelas Cortes dos Estados, desde que incorporadas pelo Direito Interno.

Exemplo disso é a questão da extradição, e a aplicação do conceito de *Aut Dedere Aut Judicare* (extraditar ou processar e julgar). Inspirada em Hugo GROTIUS, que afirmava que dificilmente um Estado soberano permitiria a outro enviar tropas a seu território para buscar um criminoso de guerra, impunha-se ao Estado hospedeiro o dever de extraditá-lo ou puni-lo (*Aut Dedere Aut Punire*)[307]. Hoje entendido como *Aut Dedere Aut Judicare*, é parte essencial da cooperação internacional penal.

---

ii – participação em um plano comum ou conspiração para a prática de quaisquer dos atos mencionados em (i);
b) crimes de guerra:
Violações das leis ou costumes da guerra que incluem, mas não se limitam a, assassinato, tratamento desumano ou deportação como escravos ou para qualquer outro propósito da população civil de um território ocupado;
Assassinato ou tratamento desumano de prisioneiros de guerra ou pessoas no mar, assassinato de reféns, pilhagem de propriedade pública ou privada, destruição injustificada de cidades, povoados, ou aldeias, ou devastação não justificada por necessidade militar.
c) crimes contra a Humanidade:
Assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou quaisquer outros atos desumanos praticados contra qualquer população civil, ou perseguição por motivos religiosos, raciais ou políticos, quando tais atos ou perseguições forem praticados para a execução ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou com qualquer crime de guerra.
VII – Cumplicidade no cometimento de um crime contra a paz, de um crime de guerra ou de um crime contra a Humanidade, conforme estabelecidos no Princípio VI, é um crime com base no Direito Internacional.". *In:* CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 143-144.

[307] GROTIUS, Hugo. Le droit de la guerre et de la paix, 1625, LII, ch. XX, LX, 3. *Apud* JANKOV, Fernanda. *Op. cit.*, p. 181.

Além disso, a presença do acusado no território do Estado do processo é condição processual para o exercício da jurisdição universal e é adotada em grande número de tratados sobre o tema.

Não havendo tratado, as Cortes têm decidido com base em Princípios Gerais do Direito Internacional, como o Princípio da Dupla Incriminação (ou seja, que o ilícito seja crime na legislação de ambos os Estados) ou Princípio da Especialidade (que obriga ao processamento do extraditado somente pelo crime que motivou o pedido).

Há ainda reservas observáveis, como a possibilidade de recusa na extradição fundada no receio que o julgamento se dê sem observância ao Devido Processo Legal, e a não extradição de nacionais.

De forma geral, o que se entende por consensual na atualidade, com relação a crimes comuns, é que não há obrigação de extraditar na ausência de tratado específico. Ao se falar no Tribunal Penal Internacional, porém, cabe questionar se os crimes internacionais que seu Estatuto prevê são exceção a essa regra. Fato é que a *entrega* é essencial para a ocorrência do processamento. Bardo FASSBENDER afirma tratar-se de dever diante da Comunidade Internacional[308]. Os tratados, porém, trazem cláusulas referentes ao dever de extraditar ou processar, o que reforça o Princípio *Aut Dedere Aut Judicare* como norma de Direito Internacional Geral. Esse princípio é condição essencial à repressão dos crimes internacionais, sendo entendida como regra de *Jus Cogens* da mesma forma que se entende o serem os crimes internacionais tipificados.

Com relação à jurisdição penal internacional, entende-se que o Estatuto de Roma não teria conferido a devida importância ao tema vez que já em seu Preâmbulo não se dá conta da relevância do tema, não definindo o exercício desse direito, nem determinando as mínimas condições obrigatórias deste, ou seja, a aplicação da máxima *Aut Dedere Aut Judicare*[309]. Isso se comprova ao analisar a questão da autorização

---

[308] FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as Constitution of the International Community. Columbia Journal of Transnational Law, 36, (1998), p. 529-620. *Apud* JANKOV, Fernanda. *Op. cit.*, p. 209.

[309] *Ibidem*, p. 237.

para processamento e julgamento dos crimes ocorridos em Estados que não ratificaram o Estatuto, ou cometidos por cidadãos desses Estados.

Dessa forma, parece que o Estatuto, ao invés de reforçar a noção de uma desejável jurisdição universal (desde que com bases jurídicas diversas das atuais), a enfraquece. O Tribunal Penal Internacional exerce *de forma derivada* o Princípio da jurisdição universal. Mesmo que os "Princípios de Nuremberg" deem primazia às obrigações internacionais em face do dever de obediência às normas internas, observa-se que atual forma do Estatuto do T.P.I. deixa em segundo plano a jurisdição universal para talvez atender a outros valores e interesses. Cabe lembrar que (salvo intervenção dos poderes dominantes na O.N.U.), não somente os nacionais dos Estados *vulneráveis* têm em risco sua esfera de liberdade.

Poder-se-ia afirmar, por outro lado, que essa aparente falha na redação do Estatuto não é sinal de desdouro, mas de desnecessidade da abordagem do tema, vez que a finalidade do T.P.I. que transparece é outra que não a administração da justiça universal.

2.4.1. Dificuldades de Conciliação da Ordem Jurídica Internacional Penal com a Democracia

Se, internamente, o sistema de justiça penal é antidemocrático, porque trata de valores impostos e pré-definidos, hegemônicos, no Direito Internacional Penal os obstáculos impostos pela estrutura de poder da Organização das Nações Unidas à democracia em âmbito internacional são vastos.

Em primeiro lugar a forma como se construiu o regramento penal aqui discutido, mediante um ambiente negocial com forças que apresentavam grande índice de desigualdade a atuar. Em segundo lugar (e decorrente do primeiro), os parâmetros aplicados seja na formulação de normas, seja em sua aplicação.

Entende-se que somente se terá um regramento internacional democrático à medida que determinados fatores forem considerados.

É necessário lembrar que as regras produzidas em 1998 visavam aplicação mundial (embora restritas aos Estados-Partes do Tratado). Isso, a prevalecer a razoabilidade, inviabiliza o uso de critérios eurocêntricos, ocidentais, como fundamentos das normas estabelecidas. Cabe a menção de GOMES que embora a sociedade internacional seja antidemocrática, o Direito Internacional deve ser mecanismo de proteção e tutela dos direitos humanos, no âmbito internacional e dos direitos fundamentais no ambiente interno[310].

Eis porque esse autor assevera que o relativismo cultural (já discutido – item 1.2.1.2) é o mecanismo adequado a compatibilizar os valores multiculturais envolvidos, mediante a tolerância, e a democracia. O resultado disso, é claro, é a promoção da dignidade humana.

Ao se falar, porém, em Direitos Humanos e Democracia como forma de viabilização de uma sociedade internacional intercultural deve-se enfatizar que se está a falar desses conceitos em acepção *autêntica*, ou seja, construídos mediante a observância das diversas culturas e valores dos povos na elaboração de regras que os visam futuramente tutelar. À medida que se tiver uma estrutura de poder relativa ao espaço internacional nos moldes como a atual, onde prevalece a lei do mais forte e a vontade de alguns em detrimento dos demais, que impõe conceitos artificiais de 'democracia' e 'direitos humanos' será inconcebível atribuir legitimidade às normas criadas e aos objetivos traçados. Isso é observável na breve descrição histórica que se segue, relacionada às Cortes Internacionais Penais pretéritas até chegar ao T.P.I.

2.5. AS CORTES INTERNACIONAIS PENAIS

2.5.1. Relato Histórico dos Tribunais Internacionais Penais

O estabelecimento de uma responsabilidade internacional penal sobre o indivíduo e, conforme enfatiza Jorge MIRANDA, sobretudo para defesa dos direitos

---

[310] GOMES, Eduardo Biacchi. **União**..., p. 94.

do Homem é relativamente nova, verificável na História nos últimos 60 anos[311], embora se encontrem precursores dessa ideia em épocas anteriores, conforme será exposto abaixo.

Dois requisitos são necessários para que possa existir um Direito Internacional Penal, segundo José CRETELLA NETO: um núcleo de normas penais destinadas a tutelar direitos internacionais da pessoa humana e órgãos de Justiça internacional permanentes[312].

A participação de terceiros com atuação jurisdicional na solução de controvérsias internacionais remete à História antiga.

Diversos textos registram o uso da arbitragem entre os séculos VIII a I a. C. Leonardo BRANT cita como exemplos decisões com características arbitrais observadas na Grécia e China antigas, em tribos árabes, bem como no direito costumeiro europeu e na prática dos Papas[313]. Muitos desses compromissos ou sentenças apresentavam uma cláusula penal.

Em Breisach, Alemanha, surge, em 1474, a Corte do Sacro Império Romano, que foi o primeiro Tribunal Penal Internacional, na esfera militar. Composto por 27 juízes, condenou Peter von Hagenbusch por "crimes contra as leis de Deus e da Humanidade" pelo tratamento desumano que teria conferido à população dessa cidade quando comandou sua ocupação militar[314].

O advento do Estado moderno levou ao declínio da arbitragem a partir do século XVI. Não era plausível, sob o paradigma da soberania incondicional e do absolutismo real a submissão de um Estado a uma decisão de terceiros.

O Tratado Jay de 1794 entre EUA e Reino Unido, que visava por fim à guerra de independência norte-americana, marca o retorno da arbitragem. No caso, a

---

311 MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 333-334.
312 CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p.28.
313 BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça e a construção do direito internacional**. Belo Horizonte: O Lutador, 2005, p. 31.
314 CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 29.

arbitragem diplomática. Além de estabelecer vínculos de amizade, comércio, navegação e constituir comissões mistas com decisões obrigatórias[315].

Uma segunda fase na evolução da arbitragem pode ser demonstrada a partir de um episódio célebre, relatado por Leonardo BRANT[316]: o caso Alabama, ocorrido durante a Guerra de Secessão norte-americana.

Esse sucesso na atuação arbitral levou à crença que uma jurisdição internacional poderia ser instrumento adequado para dirimir conflitos entre Estados, o que orientou as Convenções de Paz de Haia, de 1899 e 1907, e levou, mais adiante, ao surgimento da Corte Permanente de Justiça e, posteriormente, da Corte Internacional de Justiça.

A partir de uma visão de soberania absoluta, ocorre a submissão a uma decisão de um terceiro jurisdicional. Por outro lado, havia o anseio por mecanismos que trouxessem a paz. A solução encontrada foi um via intermediária, a Corte Permanente de Arbitragem (C.P.A.).

Em 1913, obedecendo previsão da Convenção de 1899, a C.P.A. foi instalada em Haia. Apesar da denominação, não era nem um tribunal, nem era permanente; sustentava-se no argumento de suas sentenças possuírem natureza semi-diplomática: o Tribunal buscava realizar negociações que satisfizessem as partes envolvidas[317].

Várias lacunas envolviam a instituição e funcionamento da C.P.A.: seu corpo de árbitros era formado por nomes indicados pelos Estados signatários, mas os Estados podiam recorrer a árbitros não listados. Não havia nas Convenções de Haia previsão de obrigatoriedade de submissão de controvérsias à Corte. Nem mesmo traziam obrigatoriedade de vinculação às suas regras processuais em caso de conflitos.

---

315 CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 29.

316 O governo dos EUA acusou os britânicos de apoio à marinha sulista. Pelo Tratado de Washington de 1871, o caso deveria ser levado a um tribunal arbitral *ad hoc* composto de cinco árbitros. Neste caso, além de um árbitro da nacionalidade de cada parte, o tribunal contava com árbitros de países neutros: Itália, Suíça e Brasil. O direito aplicado não estava ligado a regras de oportunidade ou equidade, mas a regras de neutralidade, ou seja, o Direito Internacional. A vitória coube, ao governo dos EUA, por quatro votos a um (do árbitro britânico), cabendo-lhe receber indenização de quinze milhões de dólares. *In:* BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte**..., p. 33.

317 *Ibidem*, p. 38.

Com o Tratado de Versailles, que pôs fim à I Guerra Mundial, mas desastroso por seus desdobramentos políticos e sociais futuros, estabelece-se a possibilidade da responsabilização penal internacional do indivíduo. O artigo 227 desse instrumento possibilitava que o *Kaiser* Guilherme II da Alemanha sofresse persecução penal, o que não ocorreu apenas devido a seu refúgio na Holanda.

O pretendido julgamento do líder alemão durante a I Guerra Mundial não ocorreu no Tribunal Penal Internacional previsto no Tratado de Versailles, pois a Holanda recusou-se a extraditar o governante lá refugiado.

O estigma de "corte de exceção" que sempre circunda essas cortes criadas pelos vencedores de conflitos internacionais já era preocupação no século XIX.

Gustave Moynier, um dos fundadores da Cruz Vermelha, se manifestava nesse sentido em 1872[318].

A Turquia foi advertida em 1915 pelos governos da Grã-Bretanha, Rússia e França de que os membros do governo otomano seriam responsabilizados por crimes cometidos contra o povo armênio. O chamado Genocídio Armênio ocorreu entre 1915 e 1917 e nada foi feito para com os responsáveis.

Se o primeiro conflito bélico mundial trouxe à tona de forma mais vívida referências a uma moral e jurisdição internacionais e que daí adviessem iniciativas louváveis, "resta essencialmente a tradução de uma *lógica dos vencedores* que tenha necessidade de aparelhar-se com o Direito e a moral internacionais"[319]. Com isso,

> "o primeiro esboço de jurisdição internacional foi fruto quase exclusivo de países que afirmavam sua **supremacia política** e militar, e **não decorrência de uma consciência coletiva e da necessidade de criar uma resposta jurisdicional internacional a crimes da mesma natureza**"[320].(grifo nosso)

---

318 CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 30.
319 *Ibidem*, p. 31.
320 *Idem*.

A Comissão estabelecida em 1919 para a persecução dos crimes cometidos durante a 1ª Guerra Mundial teve como alicerce a *Cláusula Martens*[321], existente no Preâmbulo da Convenção da Haia de 1907.

A necessidade de um modelo jurisdicional de solução de controvérsias permanente e obrigatório se fazia evidente. Isso se tornou inescusável após a Primeira Guerra Mundial.

O Pacto da Sociedade das Nações, em seu artigo 14, previa a constituição de uma Corte Permanente de Justiça Internacional (C.P.J.I.)[322] a ser sediada também em Haia, composta por juízes representantes de diversos sistemas jurídicos.

Para ter acesso à Corte as partes deveriam previamente ter ratificado a Cláusula de Jurisdição Obrigatória (ou buscar o juízo mediante tratado geral ou acordo especial). O protocolo relativo à adoção do Estatuto da Corte entrou em vigor em 1921.

Uma contribuição relevante da C.P.J.I. foi o reconhecimento de que os Estados não poderiam se esquivar do cumprimento de uma obrigação internacional protegendo-se atrás de suas legislações internas[323].

Isso abriu caminho ao estabelecimento de uma jurisprudência internacional e deu origem ao artigo 27 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados[324].

---

321 "Até que um código mais completo das leis de guerra tenha sido elaborado, as Altas Partes Contratantes consideram ser apropriado declarar que, nos casos não incluídos nas Regulamentações adotadas por elas, os habitantes e os beligerantes permanecem sob a proteção dos princípios do Direito das Nações, na medida em que resultam de usos consagrados entre os povos civilizados, das leis da Humanidade, e dos ditames da consciência pública."

322 "Art 14: O Conselho fica encarregado de elaborar o projeto da Corte Permanente de Justiça Internacional e de submetê-lo aos membros da Sociedade. Competirá a este Tribunal conhecer todas as questões de caráter internacional que as partes lhe submetam. Este Tribunal deverá igualmente dar seu parecer consultivo sobre qualquer controvérsia ou quaisquer outros assuntos que lhe sejam submetidos pelo Conselho ou pela Assembléia". *In:* BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte**..., p. 40.

323 *Ibidem*, p. 42.

324 "Art. 27 - Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de uma tratado." MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *In:* GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 143.

Nesse tocante, é importante trazer desde logo a ressalva apontada por Valério MAZZUOLI[325], trazida no Parágrafo 1º do Artigo 46 da mesma Convenção de Viena: o único dispositivo interno que um Estado pode arguir nessa circunstância é norma constitucional que trate da competência para celebrar tratados.

Assim, no caso brasileiro, somente o artigo 49 da Constituição da República poderia ser invocado para demonstrar que o tratado em questão não foi celebrado por autoridade competente.

Por outro lado, com a C.P.J.I. ficou claro que o *consentimento* seria o único caminho possível para que se estabelecesse uma jurisdição internacional.

A C.P.J.I. enfrentou problemas, o que resultou em sua posterior substituição pela Corte Internacional de Justiça (C.I.J.); os juízes eram eleitos pela Assembleia e pelo Conselho da Sociedade das Nações. Se esses dois órgãos requeressem opiniões consultivas à Corte, esta não poderia ser considerada parte integrante do Pacto da Sociedade das Nações[326]. Assim, embora vinculadas pelo artigo 14 do Pacto dessa Sociedade, a C.P.J.I. não era admitida como um órgão da Sociedade. Assim, os Estados-membros da Sociedade não eram considerados automaticamente parte do Estatuto dessa corte[327].

A C.P.J.I., embora represente a institucionalização de um sistema jurisdicional internacional permanente, foi extinta, assim como a Sociedade das Nações, no início da II Guerra Mundial.

Verifica-se, portanto, que embora as primeiras iniciativas de atribuir responsabilidade penal a indivíduos remontam a época anterior ao final dessa Guerra, nenhum tribunal acabou por ser estabelecido para esse fim.

A necessidade de estruturar criar e a conformação de uma Organização da Comunidade Internacional já era objeto de debate entre os ministros de relações

---

325 "Art. 46 – ...
§ 1º - Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu Direito interno sobre competência para concluir tratado, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu Direito interno de importâcia fundamental". *Idem*.

326 BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte**..., p. 44.

327 *Idem*, p. 44.

exteriores dos países americanos em reunião de Comitê Jurídico Interamericano no Rio de Janeiro, em 1942.

Sua concepção veio juntamente com a iniciativa da China, Estados Unidos, Reino Unido e União Soviética de criar uma Organização Internacional que contivesse uma Corte de Justiça. O projeto do estatuto da Corte foi redigido em Washington, em 1945, para incorporar as discussões da Conferência de São Francisco (EUA) em junho do mesmo ano que tinha como finalidade elaborar a Carta das Nações Unidas. A Carta das Nações Unidas, que entrou em vigor em 24 de outubro de 1945, foi ratificada por 50 Estados[328].

A Corte Internacional de Justiça (C.I.J.) de Haia, jurisdição permanente que iniciou suas atividades em 1947, é condicionada a uma estrutura de coordenação de Estados soberanos.

O Capítulo XIV da Carta das Nações Unidas (Anexo IV) trata da Corte. De forma diversa do previsto para a C.P.J.I., o artigo 93da Carta[329] preve que todos os membros da ONU são partes do Estatuto da C.I.J. Cabe mencionar que 17 dos 43 Estados que ratificaram o Estatuto da C.P.J.I. em 1945 não eram membros da O.N.U.[330].

Além da elevada discricionariedade, e consequente possibilidade de distorções mediante seletividade – tema desta dissertação – é perceptível na comparação das regras da Sociedade das Nações com relação às da Organização das Nações Unidas, no tocante à execução de sentenças proferidas pela sua Corte de Justiça. Assim, se todos os Estados, conforme o Capítulo XIV, estão vinculados às decisões da Corte, a Carta traz a possibilidade de ação variável por parte do Conselho de Segurança quanto à adoção ou não de medidas em caso de inexecução de sentenças. O Conselho, com sua

---

328 BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte**..., p. 44.

329 Carta das Nações Unidas - "Capítulo XIV - O Tribunal Internacional de Justiça –
Artigo 93.º
1 - Todos os membros das Nações Unidas são *ipso facto* partes no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.
2 - Um Estado que não for membro das Nações Unidas poderá tornar-se parte no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça em condições que serão determinadas em cada caso pela Assembléia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança."
Disponível em: <www.onu-brasil.org.br/doc7.php>. Acesso em: 26 jan. 2010.

composição permanente ainda composta pelos Estados vencedores da Segunda Guerra Mundial, decidirá se agirá em conformidade com o Capítulo VI ou o Capítulo VII da Carta (Anexo IV), ou seja, se haverá uma solução pacífica ou intervenção no caso de descumprimento das decisões.

Se por um lado a Carta da O.N.U. é mais abrangente quanto à vinculação às decisões de sua Corte de Justiça, por outro lado abre o precedente de que essas decisões tenham sua eficácia comprometida se vierem a afetar Estado *relevante* ou *periférico*. O papel coadjuvante que a grande maioria dos Estados exerce nos quadros da Organização sempre foi de fácil percepção.

A competência da Corte compreende as funções consultiva e contenciosa. A primeira compreende a emissão de pareceres, de natureza geralmente não obrigatória às partes, em resposta a questionamentos sobre qualquer questão de ordem jurídica, nos termos do artigo 96 da Carta das Nações Unidas[331] e do artigo 65 do Estatuto da Corte[332], formulados pela Assembleia Geral, Conselho de Segurança e outros órgãos da O.N.U., bem como por instituições autorizadas nesses dois diplomas[333]. Além dessa delimitação de competência consultiva *ratione personae*, há delimitação em razão da matéria pois, embora se diga que as consultas podem ser sobre qualquer questão "de ordem jurídica", deve ser entendido qualquer questão *de Direito Internacional*, conforme se pode verificar pela leitura do parágrafo 2º do artigo 96 da Carta, já transcrito.

Há, além dessa competência material consultiva ordinária, a admissão na prática da C.I.J. de duas outras formas excepcionais de vínculo dessa competência. Ressalta

---

330 BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte**..., p. 50.

331 "Artigo 96. - 1 - A Assembléia Geral ou Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo ao Tribunal Internacional de Justiça sobre qualquer questão jurídica.
2 - Outros órgãos das Nações Unidas e organizações especializadas que forem em qualquer momento devidamente autorizadas pela Assembleia Geral, poderão lambem solicitar pareceres consultivos ao Tribunal sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera das suas atividades."

332 "Art. 65 – 1 – A Corte poderá dar parecer consultivo sobre qualquer questão jurídica a pedido do órgão que, de acordo com a Carta das Nações Unidas ou por ela autorizado, estiver em condições de fazer tal pedido. 2 – As questões sobre as quais for pedido o parecer consultivo da Corte serão submetidas a ela por meio de petição escrita, que deverá conter uma exposição do assunto sobre o qual é solicitado o parecer e será acompanhada de todos os documentos que possam elucidar a questão."

333 BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte**..., p. 161.

QUENEUDEC citado por BRANT[334] que nestas situações o parecer pode ser considerado obrigatório pelo solicitante, desde que convencionalmente previsto: é possível a consulta ao Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho (T.A.O.I.T.) por parte de organizações internacionais para fins de dirimir conflitos trabalhistas de seus próprios empregados. Isso é relevante pois a partir daí o indivíduo passa a ter *jus standi* diante da Corte, ainda que limitado à função consultiva.

A outra forma se dá quando ocorre conflito entre Estado e Organização Internacional, onde o parecer emanado poderá ser obrigatório entre as partes, desde que previsto no tratado firmado entre as elas.

A segunda competência da Corte, a jurisdição contenciosa, exige, como condição material, a existência de uma controvérsia de fato ou de Direito entre Estados, a ser verificada pela Corte quanto à sua capacidade de responder à demanda. A provocação da Corte representa um ato soberano dos Estados litigantes. Assim, representa *autorização* dada à Corte para que tome conhecimento da demanda e exerça seu poder jurisdicional[335]. Por outro lado, disso se depreende que essa competência pode faltar em razão do território (*ratione loci*), dos sujeitos (*ratione personae*), em razão da matéria (*ratione materiae*) e em razão do tempo (*ratione temporis*). Em resumo, a análise da competência para exercício da jurisdição contenciosa da C.I.J. consiste na verificação da existência ou não de impedimentos ao recebimento do caso concreto[336].

As controvérsias internacionais podem ser de duas naturezas: jurídicas e políticas. A Corte, no entanto, está restrita à primeira, conforme se verifica pela leitura dos artigos 36, parágrafo 3º e 95 da Carta das Nações Unidas (anexo IV) e dos artigos

---

[334] QUENEUDEC, J. E.T. à la CIJ. "Meditatións d'un extra-terrestre sur deux avis consultatifs", RGDIP, 1996-4. *Apud* BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte**..., p. 177.

[335] *Ibidem*, p. 222.

[336] *Idem*.

36, paragrafo 2º e 65, parágrafo 1º do Estatuto da CIJ[337], embora não se possa negar que questões jurídicas possam conter componentes políticos.

A Corte utiliza o Direito Internacional para solução de controvérsias, conforme o parágrafo 1º do artigo 38 de seu Estatuto, não esgotando, porém, as outras fontes do Direito Internacional[338], ou seja, convenções internacionais, costumes, princípios gerais do Direito, jurisprudência e equidade. Cabe apontar, conforme já falado, que na visão do Estatuto somente são considerados Princípios gerais do Direito aqueles reconhecidos pelas "nações civilizadas" (art. 38, § 4º).

Embora se afirme que não se pode estabelecer paralelos entre a realidade interna e a internacional, dificilmente se poderá deixar de visualizar o caráter estamental da Organização. Se as normas criminais são reflexo da ordem social e

---

337 "Artigo 36 - 1. A competência da Corte se estende a todos os litígios que as partes a submetam e a todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou nos tratados e convenções vigentes. 2. Os Estados partes neste presente Estatuto que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tratem sobre: 3. a interpretação de um tratado; 4. qualquer questão de direito internacional; 5. a existência de todo feito que, se for estabelecido, constituirá violação de uma obrigação internacional; 6. a natureza ou extensão da reparação que seja feita pela quebra de uma obrigação internacional. 7. A declaração a que se refere este Artigo poderá ser feita incondicionalmente ou sob condição de reciprocidade por parte de vários ou determinados Estados, ou por determinado tempo. 8. Estas declarações serão remetidas para seu depósito ao secretário Geral das Nações Unidas, que transmitirá cópias delas às partes neste Estatuto e ao Secretário da Corte.
9. As declarações feitas de acordo com o Artigo 36 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional que estiverem ainda em vigor, serão consideradas, respeito das partes no presente Estatuto, como aceitação da jurisdição da Corte internacional de Justiça pelo período que ainda fique em vigência e conforme os termos de tais declarações. 10. Em caso de disputa sobre se a Corte tem ou não jurisdição, a Corte decidirá."
"Artigo 65 - 1. A Corte poderá emitir opiniões consultivas sobre qualquer questão jurídica, sob solicitação de qualquer organismo autorizado para isso por Carta das Nações Unidas, ou de acordo com as disposições da mesma. 2. As questões sobre as quais seja solicitada opinião consultiva serão expostas à Corte mediante uma solicitação por escrito, Em que estejam determinados os prazos exatos da questão a respeito da qual se faça a consulta. Em solicitação estarão anexados todos os documentos que possam esclarecer a questão."

338 "Artigo 38 - 1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar; 2. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; 4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; 5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59. 6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes".

econômica[339], então não se poderia esperar que os efeitos fossem outros. A partir da análise do processo de formação de normas, e da simples observação do contexto internacional, refletido na estrutura normativa da Organização, percebe-se que algum dispositivo, de forma mais explícita ou encoberta, resguardaria os interesses dominantes.

Esse procedimento, conforme se visa demonstrar nesta dissertação, é também presente no Estatuto de Roma, mero desdobramento de um processo histórico, ideológico e bélico de relação de forças, de dominação e de neutralização de valores conflitantes com aqueles dos Estados centrais, as "nações civilizadas" a que o Estatuto da C.I.J. se refere.

2.5.1.1. Tribunal Militar de Nuremberg (1945)

O verdadeiro marco de reconhecimento da responsabilidade penal internacional do indivíduo ocorre com o advento dos tribunais *ad hoc* formados ao final da II Guerra Mundial.

A Corte em comento, especialmente, estabeleceu um conjunto de princípios de direito internacional, os ***Princípios de Nuremberg*** já citados (item 2.4) que depois foram confirmados pela Assembleia Geral da ONU e acolhidos pela Comissão de Direito Internacional para elaboração do Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da Humanidade[340].

Com sede em Berlim e presidido inicialmente pelo juiz soviético Nikitchenko, essa Corte iniciou seus trabalhos em outubro de 1945, processando 24 indivíduos tidos como "criminosos de guerra" e 8 "organizações criminosas": o Governo do *Reich*, O Comando Supremo das Forças Armadas, o Estado Maior do Exército, a *Sturmabteilung* ("SA"), a *Reiter-SS* (Cavalaria da "SS"), a "SS", o *NSDAP* (Partido

---

339 MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). *Op. cit.*, p. 335-336.

340 As primeiras iniciativas de codificação tiveram início em 1948 por incentivo da Assembléia Geral da ONU. Em 1949 foi criada a Comissão de Direito Internacional a quem coube elaborar um projeto de código. Esses trabalhos foram interrompidos em 1954 e retomados em 1982. Em 1996 a Comissão aprova o texto definitivo. *In* MACHADO, Maíra. *Op. cit.*, p. 122.

Nacional-Socialista) e a *Gestapo*. Sua base jurídica era o Estatuto de Londres (item 2.6.3).

Os crimes imputados foram:

- Participação em um plano comum ou conspiração para a perpetração de crime contra a paz (crime de conspiração);

- planejamento, iniciativa e realização de guerras de agressão e outros crimes contra a paz (crimes contra a paz);

- crimes de guerra;

- crimes contra a Humanidade.

Os réus iniciais foram: Martin Bormann, Karl Dönitz, Hans Frank, Wilhelm Frick, Hans Fritsche, Walter Funk, Herman Göring, Walter Richard Rudolf Hess, Alfred Jodl, Ernst Kaltenbrunner, Wilhelm Keitel, Gustav Krupp von Bohlen und Halbach, Robert Ley, Franz von Pappen, Erich Raeder, Ulrich von Ribbentrop, Alfred Rosenberg, Ernst Sauckel, Hjalmar Schacht, Baldur von Schirach, Arthur Seyss-Inquart, Berthold Konrad Hermann Arbert Speer, Julius Streicher.

As sentenças foram lidas um ano após, sob a presidência do magistrado britânico Lawrence. Os 10 condenados à morte foram executados quinze dias após a leitura das sentenças, em 16 de outubro de 1946, sendo enforcados, pois considerou-se que não seriam dignos de execução conforme a tradição militar (fuzilamento). Seus corpos foram incinerados e as cinzas jogadas em um rio. Um deles foi considerado postumamente inocente. Outros dois se suicidaram antes da execução.

Das organizações consideradas criminosas, somente as últimas 3 das listadas acima foram consideradas culpadas.

Após esses julgamentos, outros 12 ainda ocorreram em Nuremberg, tendo com réus militares ligados ao *Eixo* de menor destaque. Nesses *subsequent trials* os juízes foram todos norte-americanos.

Num total, 209 pessoas foram indiciadas perante esse tribunal; 199 foram julgadas, 36 foram condenados à morte, 23 foram condenados à prisão perpétua, 102 foram condenados a penas de prisão, 38 foram absolvidos[341].

Esses julgamentos originaram o chamado "Código de Nuremberg" fundado sobre os "Princípios de Nuremberg". O "Código" contém diretrizes para limitar nortear experiências médico-científicas.

A observação da atuação desta Corte e dos resultados obtidos acaba por fornecer substancial fundamentação aos críticos dos Tribunais *ad hoc* e do sistema posteriormente estabelecido pelas Nações Unidas, sobretudo com a estrutura que concentra decisões essencialmente nas mãos de 5 membros permanentes do Conselho de Segurança. Resta claro que qualquer iniciativa que não passe por uma reestruturação dessa Organização estará sujeita a críticas de parcialidade.

O Tribunal de Tóquio analisado a seguir apresenta também falhas elementares.

2.5.1.2. Tribunal Militar de Tóquio (1946)

Essa Corte, diversamente daquela de Nuremberg, que resultava de um tratado multilateral, teve sua implementação por iniciativa direta de apenas um Estado Aliado, os Estados Unidos[342].

Na Declaração de Potsdam, em 26 de julho de 1945, Reino Unido, França, União Soviética e Estados Unidos anunciaram que promoveriam processos em face dos líderes japoneses a exemplo do que ocorrera na Alemanha[343]. Em 19 de janeiro de 1946, o "Comandante-em-Chefe Supremo para as Potências Aliadas" general Douglas MacArthur, emanou ordem executiva, chamada "Carta de Tóquio", que estabeleceu a

---

341 TAYLOR, Telford. **The Nuremberg War Crimes Trials.** International Conciliation, N. 450, april 1949, p. 371. Disponível em: <Stuart.Stein@uwe.ac.uk>. Acesso em: 14 maio 2010.

342 CORREIA, José de Mattos. *Op. cit.*, p. 20.

343 CASSESE, Antônio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. *In:* AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma:** Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 7.

jurisdição, constituição e funções do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente. A Corte funcionou naquela cidade entre maio de 1946 e novembro de 1948.

Sua estrutura funcional era semelhante àquela da corte alemã, mas, os tipos legais eram pouco diversos. Enquanto no tribunal alemão a obediência hierárquica não era aceita para afastamento da responsabilidade do réu, em Tóquio, embora também não eximisse o acusado de sanção, era fator atenuante da pena, dado o caráter "divino" da pessoa do Imperador, comandante das forças armadas.

Dos 28 réus julgados por essa corte, 25 foram condenados, sendo 7 condenados à morte e 16 à prisão perpétua[344].

2.5.1.3. Tribunal Penal para a antiga Iugoslávia (1993)

Com a Guerra Fria, os temas 'Crimes de Guerra' e 'Genocídio' foram deixados temporariamente em segundo plano. Mas com o final do regime comunista no leste europeu, a matéria voltou ao interesse.

A Iugoslávia deu lugar a diversas Repúblicas divididas por critérios étnicos. Com a unificação forçada pelo regime comunista, essas etnias acabaram por se misturar em movimentos migratórios. Com a fragmentação iugoslava, esse convívio deu lugar a lutas entre facções que geraram resultados trágicos qualificados como "crimes de guerra" e práticas genocidas.

Isso foi verificado por Comissão enviada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas à Bósnia no final de 1992[345].

Por fim, a Resolução 827 do Conselho de Segurança de 25 de maio de 1993, cria o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a antiga Iugoslávia, com sede em Haia, que recebeu a incumbência de "julgar pessoas responsáveis por sérias violações do Direito Internacional Humanitário cometidas naquele território desde 1991"[346], de

---

344 Disponível em: <www.humanum.arts.cuhk.edu.hk/NanjingMassacre/NMTT.html>. Acesso em: 14 maio 2010.

345 JANKOV, Fernanda. *Op. cit.*, p. 27.

346 CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 47.

acordo com as normas de seu Estatuto, muito assemelhado àquele de Nuremberg, que era, em essência, baseado em preconceito anti-sérvio[347].

Outras críticas direcionadas a essa corte indicam que sua instalação veio como paliativo para compensar as falhas na diplomacia e na atuação do Conselho de Segurança em dirimir os conflitos[348].

2.5.1.4. Tribunal Penal de Ruanda (1994)

No ano seguinte, 1994, esta corte de exceção foi criada pela Resolução 827 do Conselho de Segurança da O.N.U., em 8 de novembro. Sua sede era localizada em Arusha, Tanzânia, com competência para "julgar as pessoas responsáveis por violações graves ao Direito Internacional Humanitário cometidas no território de Ruanda, bem como os cidadãos ruandenses responsáveis por essas violações cometidas no território de Estados vizinhos, entre 1º de janeiro de 1994 e 31 de dezembro de 1994, em conformidade com as disposições contidas no Estatuto"[349].

Tanto a criação desta Corte quanto da anterior foi precedida de uma série de intervenções do Conselho de Segurança nos conflitos, com a emissão de advertências e condenações, incitando ao respeito ao Direito Internacional Humanitário[350].

O Estatuto da Corte foi adotado na Resolução 955 do Conselho de Segurança, após análise de relatórios que citavam práticas de genocídio e outras violências, constatando a Comissão responsável pelo documento que isso "constituía ameaça à paz e à segurança internacionais"[351].

Cabe mencionar que o Estatuto, embora similar ao da Corte anteriormente descrita, fala em "crimes de guerra" porém, ao tratar de conflito armado interno, afasta violações às Convenções de Genebra[352].

---

347 CASSESE, Antônio. **De Nuremberg**..., p. 14.
348 *Idem*, p. 14.
349 CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 47.
350 MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 99.
351 CASSESE, Antônio. *Op. cit.*, p. 15.

2.5.1.5. Tribunal Especial para Serra Leoa (2002)

Resta ainda mencionar a existência dessa Corte, criada por um acordo entre esse país africano e a O.N.U., pela Resolução do Conselho de Segurança de número 1.315, de 14 de agosto de 2000. O Parlamento de Serra Leoa ratificou o acordo em março de 2002.

A Corte visa responsabilizar os autores de violações ao Direito Internacional Humanitário lá cometidas desde 1996 tendo como vítimas tanto cidadãos daquele país quanto estrangeiros. O Tribunal Especial continua em atividade ainda em 2010. Os juízes que atuam na corte, localizada na capital do país, Freetown, são, em sua maioria, apontados pelo Secretário-Geral da O.N.U., a partir de indicações feitas por Estados da África Ocidental. Recebe funcionários e apoio técnico do T.P.I.[353].

O primeiro caso julgado pela Corte tem como réu o ex-presidente da Libéria, Charles Taylor.

Os julgamentos dos três ex-líderes do Conselho das Forças Armadas Revolucionárias, de dois membros das Forças de Defesa Civil e de três ex-líderes da Frente Unida Revolucionária foram concluídos, incluindo recursos. O julgamento do ex-Presidente Taylor está em fase de defesa na Haia, para onde foi transferido por questões de segurança em 2006, três meses após sua captura, na Nigéria[354].

As críticas recorrentes, de se tratarem de Cortes de exceção, bem como de serem regidas por regras que criminalizaram condutas após sua prática atingiram a todos os Tribunais acima mencionados.

Visando inaugurar uma nova etapa no Direito Internacional Penal, mediante a criação de uma Corte Penal Permanente, com regras que tipificam condutas e delimitam sanções antes de sua eventual prática veio, em 1998, o Tribunal Penal Internacional, abordado a seguir.

---

[352] JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Op. cit.*, p. 28.
[353] Disponível em: <www.sc-sl.org/>. Acesso em: 04 jul. 2010.
[354] *Idem*.

2.6. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

O Tribunal Penal Internacional é definido por Fernanda JANKOV como sendo "uma instituição permanente estabelecida por um tratado, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional"[355]. São crimes de sua competência o genocídio, crimes de guerra, de 'agressão' e crimes contra a Humanidade (item 2.6.3).

Outra definição é dada por M. Cherif BASSIOUNI:

> "O T.P.I. é uma instituição baseada no Estatuto de Roma, o qual tem força vinculante apenas entre os Estados-Partes. O T.P.I. não é um órgão supranacional, mas um órgão internacional semelhante aos existentes. O T.P.I. não é um substituto da jurisdição penal nacional e não suplanta os sistemas penais nacionais, mas, ao contrário, é 'complementar' a eles (artigos 1 e 17). O T.P.I. não faz mais do que cada Estado individualmente tomado e todos os Estados da Comunidade Internacional podem fazer conforme o direito internacional existente. Configura-se como expressão da ação coletiva dos Estados-Partes para a realização de um tratado que estabelece uma instituição para administrar a justiça coletiva com relação a certos crimes. Nesse sentido o T.P.I. é uma extensão da jurisdição penal nacional, conforme estabelecida em um tratado cuja ratificação, subordinada à autoridade parlamentar, o torna parte da legislação nacional. Consequentemente, o T.P.I. não infringe a soberania nacional, nem desprestigia os sistemas jurídicos nacionais que desejam e podem cumprir suas obrigações internacionais"[356].

O T.P.I. é um Organização Internacional, que complementa, não substitui nem suplanta as legislações internas dos Estados-Partes, dos quais é produto de ação coletiva. Pode-se dizer que é uma extensão da jurisdição penal nacional, já que o tratado que o constitui deve ser ratificado, ato subordinado ao legislativo dos Estados, e que, após, torna-se parte da legislação nacional[357].

A justificativa oficial para a criação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional era a garantia de acesso à justiça, porém, com o resguardo da soberania

---

[355] JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Op. cit.*, p. 238.

[356] BASSIOUNI, M. Cherif. International Criminal Court. Ratification and National Implementing Legislation. Association International de Droit Pénal. Explanatory Note on the ICC Statute. International Rewiew on Penal Law, v. 71, 1er et 2ème trismestres (2000) p. 4. *Apud* JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Op. cit.*, p. 239.

[357] JANKOV, Fernanda. *Op. cit.*, p. 239.

dos Estados, a partir da sua aplicação mediante o Princípio da Complementaridade (item 2.6.6.6) e da cooperação. Visa também incutir a ideia de combate à impunidade relativa às condutas criminalizadas e superar a crítica feita às demais Cortes já discutidas: seu caráter permanente que afasta o estigma de Corte de exceção.

Além disso, ao contrário das predecessoras, para atuar sobre determinado território e pessoas a Corte deve ter recebido anuência prévia sob forma de ratificação ao Tratado constitutivo.

O T.P.I. atua, portanto, após receber dos Estados, por delegação, a jurisdição, ensejando àquela corte exercer sua competência descrita no seu Estatuto.

Além dessa qualificação como Organização Internacional, pode também ser considerado supranacional, com relação específica à Comunidade Europeia[358].

2.6.1. Histórico do processo diplomático até o Estatuto de Roma de 1998

Como fundamento histórico da Corte deve-se mencionar a Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio aprovada em 9 de dezembro de 1948 (Anexo III), na qual os Estados signatários se comprometem a prevenir e a punir essa conduta. Os tribunais competentes seriam Cortes dos territórios em que foi praticado o crime. Como exemplo pode-se citar os tribunais *Ad hoc* da Bósnia e de Ruanda.

As bases para esse Tribunal ocorreram com o Comitê Preparatório da Conferência da O.N.U. de 1996 sobre o Estabelecimento de um T.P.I. que optou pelo Princípio da Complementaridade como forma de relação da futura Corte com o Ordenamento Interno dos Estados. Dessa forma, a jurisdição do T.P.I. é complementar às legislações internas, ou seja, reconhece primazia aos ordenamentos internos, o que é expresso nos artigos 12 a 14 do Estatuto.

São crimes da competência do T.P.I. os chamados ‘crimes nucleares’ ou *core crimes* (item 2.6.3). Essa tipificação foi definida a partir das sessões de 1997 do Comitê.

---

[358] JANKOV, Fernanda. *Op. cit.*, p. 242.

Em 1998 ocorreu a Conferência de Roma da O.N.U. que tratou do estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional. Em 17 de julho daquele ano foi aprovado o Estatuto da Corte, contando com 13 partes e 128 artigos, além de seus Anexos e Ata final.

O Estatuto ficou aberto até 31 de dezembro de 2000 sendo necessárias 60 ratificações ou adesões para que entrasse em vigor, conforme previsão do Artigo 126.

O Estatuto foi aprovado por 120 votos contra 7, atribuídos *supostamente* a Estados já apontados como supostos infratores dos Direitos Humanos como EUA, Israel, China e Turquia, e 21 abstenções [359]. Essa dúvida se deve ao fato de os Estados Unidos lograrem êxito em conseguir que o Estatuto fosse votado sem registro dos votos. Dessa forma, não se saberia com certeza quais Estados votaram a favor, contra ou se abstiveram. Sabe-se que a aprovação foi, portanto, por 120 votos, com 7 votos contrários e 21 abstenções, às 22 horas de 17 de julho de 1998[360]. Os nomes dos países contrários, mencionados acima, são conhecidos, mas não constam dos anais da O.N.U. por essa iniciativa norte-americana.

A submissão (mediante ratificação do Estatuto) ao Tribunal é voluntária. Somente serão réus no T.P.I. *indivíduos* (não Estados) que porventura cometam delitos de sua competência, mesmo que os ordenamentos jurídicos dos países aos quais pertençam não prevejam os delitos de sua competência como figuras penais.

A ratificação ao tratado implica na vinculação a seus termos. No caso do Estatuto de Roma, sem possibilidade de estabelecimento de reservas ou escusas, conforme o Artigo 120 (Anexo I).

O Tribunal Penal Internacional e seu Estatuto são, conforme dito, uma tentativa de superar as críticas recorrentes aos Tribunais *ad hoc* já analisados. O estabelecimento de normas *prévias aos fatos* analisados torna-se uma necessidade para conferir legalidade e legitimidade às decisões e eventuais sanções adotadas.

A regulação pós-II Guerra Mundial traz como marca, entre outros aspectos, a substituição do *jus ad bellum* pelo *jus contra bellum*, ou seja, a proibição à guerra

---

[359] PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e Justiça**..., p. 46.
[360] AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Op. cit.*, p. 32.

imposta pelo Direito Internacional. Perde-se com isso o monopólio do uso legítimo da força por parte dos Estados, bem como o desencadeamento de conflitos passa a ser visto como violação do Direito Internacional[361].

A realidade do ambiente internacional traz a realidade cotidiana do conflito armado, interno e internacional. A regulação dos conflitos, o chamado *jus in bello*, que visa estabelecer limites à violência, não encontra efetividade mediante criação de órgão regulador.

Diante disso, a necessária punição àqueles transgressores do *jus in bello* levou a se cogitar do *jus pos bello* materializado no Estatuto de Roma[362].

O então Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, Kofi Annan afirmou, ao final dos trabalhos da Conferência de Roma, em 17 de julho de 1998, que a criação de uma Corte Penal Permanente seria um "presente de esperança para as futuras gerações e um gigantesco passo adiante na marcha dos Direitos Humanos Internacionais e na obediência à Lei".

Essa Corte pode exercer sua competência sobre crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto (conforme seu Artigo 11), mediante provocação de um Estado-Partes (Artigos 13, alínea '*a*', e 14), a partir de uma investigação promovida por promotor competente (Artigos 13, alínea '*c*' e 15) ou mediante solicitação do Conselho de Segurança da O.N.U.[363].

O aspecto negocial do Tratado é claro no âmbito do Comitê Preparatório. Questões de natureza técnica e política dificultavam o andamento do processo, sobretudo a previsível constatação por parte de representantes dos diversos sistemas jurídicos presentes que os conceitos e abordagens jurídicos propostos por alguns se configuravam inaceitáveis aos outros.

A maioria das controvérsias girava em torno da Parte 2 do futuro Estatuto, no tocante à definição dos crimes e do exercício da jurisdição. Ainda, com relação à competência, havia divergências sobre a abrangência ou definição dos crimes.

---

361 PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. **Direito Internacional**..., p. 94.
362 *Ibidem*, p. 96.
363 MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 107.

Discutia-se se, por exemplo, a que nível a jurisdição abarcaria os crimes de guerra cometidos em conflitos internos ou, em virtude da Complementaridade, se o T.P.I. deveria ter ou não poder de participar onde houvesse um processo nacional que fosse uma farsa para impedir a aplicação da justiça internacional. Havia divergências importantes quanto à possibilidade do Conselho de Segurança da O.N.U. poder promover a ação penal, mesmo sem iniciativa dos Estados-Membros envolvidos[364].

Não havia grupo de Estados que agisse como um bloco; o que ocorria, ocasionalmente, era a aglutinação de grupos em torno de ideias comuns, embora os mesmos personagens pudessem divergir em outros pontos. Cabe destaque a um grupo de aproximadamente 60 países, de diversas regiões, que se comprometia com a criação de um Tribunal independente e eficaz. Desejava uma jurisdição automática, um rol de crimes que envolvesse os conflitos armados internos, e a existência de um promotor independente que pudesse promover ações penais. A maioria dos membros desse grupo desejava uma *jurisdição universal*, ou seja, aquela cuja prática não necessitasse de qualquer aceitação por parte dos Estados envolvidos. Denominava-se *Like-Minded Group*, ou L.M.G., e que acabou por contar com a adesão do Reino Unido.

Por sua vez, os membros permanentes do Conselho de Segurança ("P-5"), à exceção do Reino Unido, mostravam-se preocupados, desejando ocupar uma função central com relação às decisões, podendo inclusive obstruir casos antes que chegassem à Corte. Além disso, não queriam que crimes de agressão ou uso de armas nucleares fossem incluídos no Estatuto[365].

A Plenária inicial ocorreu em Roma, em 15 de junho de 1998, presidida pelo italiano Giovani Conso, com participação de diversos Ministros da Justiça e das Relações Exteriores. O presidente do Comitê Pleno foi o canadense Philippe Kirsch e Cherif Bassiouni presidia o Comitê de Redação.

Os temas eram debatidos no Comitê Pleno e depois encaminhados a um grupo de trabalho para elaboração de um termo de compromisso, retornando ao Comitê

---

364 AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **O Direito Penal**..., p. 22-23.
365 *Ibidem*, p. 25.

Pleno para aprovação. Após irem ao Comitê de Redação para revisão técnica, retornavam ao Comitê Pleno.

A sessão final do Comitê Pleno ocorreu no dia 17 de julho de 1998. Mesmo nesse dia não havia consenso quanto ao formato final do Estatuto. Foram levantadas propostas pela Índia para limitar o papel do Conselho de Segurança e introduzir a proibição de "armas nucleares"; os Estados Unidos tentavam, pela via de propositura de emendas, limitar a jurisdição do Tribunal. Ambas as propostas foram derrubadas por moções de *no action*, ou seja, de que nenhuma ação fosse adotada com relação às propostas apresentadas.

O Estatuto de Roma foi assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000 e ratificado em 20 de junho de 2002. Foi aprovado pelo Congresso Nacional em 6 de junho de 2002 por meio do Decreto Legislativo 112 e promulgado em 25 de setembro de 202 pelo Decreto 4.338:

> "Decreto Legislativo nº 112 –
> Art. 1º - Fica aprovado o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aprovado em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000.
> Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Estatuto, bem como quaisquer ajustes complementares que nos termos do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.
> Art 2º - Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação"[366].

Por fim, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 acrescentou o § 4º ao artigo 5º da Constituição da República, que declara a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

É de se observar que a Argentina, por exemplo, assinou o Tratado em janeiro de 1999 e o ratificou em fevereiro de 2001. Fauzi Hassan CHOUKR[367] aponta os motivos da demora brasileira: após a ratificação do Estatuto por parte de sessenta

---

366 Senado Federal, em 6 de junho de 2002.

367 CHOUKR, Fauzi Hassan. *In* AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **O Direito Penal**..., p. 63.

países, foi aprovada, em 2002, a resolução 1422 do Conselho de Segurança da ONU. Esse documento criava imunidade penal aos integrantes das forças de paz que atuaram na antiga Iugoslávia, utilizando para isso o artigo 16 do Estatuto que acabaria por gerar impunidade:

> **"Artigo 16 - Adiamento do Inquérito e do Procedimento Criminal**
> Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições."

O Brasil solicitou a manifestação do Conselho de Segurança contra a adoção da medida dias antes da edição da Resolução e mesmo depois, repudiando-a, o que fez juntamente com os governos do Canadá, Nova Zelândia e África do Sul.

Após esse incidente, e em período posterior à assinatura, houve intensa discussão interna, sendo temas de Direito Constitucional um dos pontos de entrave à ratificação do Estatuto.

Ante a necessidade de adaptação do arcabouço jurídico, tanto penal quanto processual penal, e de regulação das formas de cooperação com o Tribunal Penal Internacional, antes da ratificação, o Ministério da Justiça formou, mediante Portaria de número 1.036, um Grupo de Trabalho coordenado por Tarciso Dal Maso Jardim e composto por Adriana Lorandi, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Ela Wieko de Castilho, George Rodrigo Bandeira Galindo, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Raquel Elias Ferreira Dodge, Rafael Koerig Gessinger e Sylvia Maria Steiner[368].

O material produzido pelo Grupo foi enviado à Subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República, que o apreciou e, em 24 de maio de 2004, sugeriu alterações. Para esse fim, a Secretaria Especial de Direitos Humanos formou um novo Grupo de Trabalho coordenado por Adriana Lorandi e composto por Antônio

Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Carolina Yumi de Souza, Denise Figueiral, Eugênio José Guilherme de Aragão, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Raquel Elias Ferreira Dodge e Talcisio Del Maso Jardim[369].

Os obstáculos à implementação do Tratado de Roma foram relacionados: ao Princípio da Legalidade, à previsão no Estatuto de prisão perpétua, à questão das imunidades, à vedação ou não da entrega de nacionais para julgamento ante a Corte, à imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal e ainda, com relação ao Princípio da Complementaridade, seu choque com a coisa julgada e as Leis internas de Anistia.

Além disso, ficou claro que o Direito Penal Interno estava à frente das disposições internacionais, como, por exemplo, a não verificação da existência de outro tipo de pena a ser aplicada aos condenados ("penas alternativas")[370] conforme se pode verificar nas alíneas '*a*' e '*b*' do nº 1 do artigo 77 do Estatuto, que prevê somente a pena privativa de liberdade.

Com a Emenda Constitucional número 45, de 8 de dezembro de 2004, publicada em 31 de dezembro daquele ano, conforme já mencionado, veio o acréscimo dos §§ 3º e 4º ao artigo 5º da Constituição da República. Têm eles a seguinte redação:

> "Art. 5º -
> § 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais"
> § 4º - O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

---

368 AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Coords.). **Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional**. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 82.

369 *Idem.*

370 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. cit.*, p. 64.

Foi aventada hipótese de possível inconstitucionalidade do § 3º ao se afirmar, como fez Tarcísio Del Maso JARDIM[371], que restringiria a previsão do §2º do mesmo artigo[372], pelo qual, até então, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos seriam inseridos automaticamente no rol de direitos e garantias fundamentais da Carta.

Maria Thereza Rocha de Assis MOURA e outros signatários do Relatório brasileiro referente às dificuldades para implementação do Estatuto de Roma à legislação nacional[373] entendem de forma diversa. De fato, o Estatuto de Roma não é Tratado que proclama Direitos Fundamentais do homem, mas sim, pela via punitiva, visa assegurar (ao menos no discurso oficial) a paz internacional e o cumprimento de Direitos já reconhecidos anteriormente. Eis que a discussão sobre a constitucionalidade ou não do § 3º não afetaria sua implementação ao Ordenamento Jurídico brasileiro.

Já o § 4º constitui um endosso explícito do Brasil ao Estatuto de Roma.

2.6.2. Competência

O projeto do Estatuto da Comissão de Direito Internacional, em seu artigo 20 previa uma competência mais ampla à futura Corte. Incluía, além dos abaixo descritos, nove crimes convencionais (*Treaty Crimes*) que abrangiam crimes internacionais e o aspecto transnacional dos crimes previstos nos ordenamentos internos[374].

---

371 No Seminário "Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil", promovido pelo Centro de Estudos Judiciários e pelo Conselho da Justiça Federal em Brasília, em maio de 2005.

372 "§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

373 MOURA, Maria Thereza de Assis; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *In:* AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Coords.). *Op. cit.*, p. 84.

374 Seriam os seguintes crimes: 1 – graves transgressões das quatro Convenções de Genebra de 1949 além do Protocolo Adicional de 1977 às Convenções de Genebra, relativo à proteção às vítimas de conflitos armados; 2 – o sequestro de aeronave na forma definida na Convenção de Haia de 1970; 3 – crimes definidos no artigo 1º da Convenção de Montreal para supressão de atos ilícitos contra a segurança da aviação civil, de 1971; 4 – *Apartheid* e crimes correlatos previstos na Convenção sobre *Apartheid* de 1973; 5 – crimes contra pessoas internacionalmente protegidas conforme definido em Convenção de 1973; 6 – Sequestro de pessoas e crimes correlatos conforme definido na Convenção de 1979 contra a tomada de reféns; 7 – tortura, conforme

Conforme previsão estatutária (Artigo 5.1), esse Tribunal é competente *ratione materiae* para julgar crimes denominados "nucleares" ou *core crimes*, já mencionados: genocídio, crimes contra a Humanidade, crimes de guerra, crime de "agressão", e graves violações das Convenções de Genebra de 1949.

Além disso, sua competência pode ser subdividida em: *ratione temporis*, vez que de acordo com o artigo 11 do Estatuto, combinado com os artigos 24 (não retroatividade *ratione personae*) e 23 (*nulla poena sine lege*), somente poderá atuar para crimes praticados após sua vigência.

A competência *ratione loci*, observável no artigo 12, nº 2, 'a', do Estatuto, determina que o Tribunal é competente para julgar crimes cometidos no território dos Estados-membros, independentemente da nacionalidade do acusado.

Somente pessoas naturais e maiores de 18 anos poderão ser rés no Tribunal, de acordo com a competência *ratione personae*. Isso de depreende da leitura combinada dos artigos 1º, 25 e 26 do Estatuto.

A jurisdição do T.P.I. também pode ser aceita *ad hoc*, mediante convênio entre o Estado e o Tribunal para julgar nacionais de países que não ratificaram o Estatuto, conforme os artigos 12, nº 3, e 85, nº 5.

O Estatuto deve ser lido à luz do Direito consuetudinário e dos Tratados de Direito Internacional Humanitário. Não admite, entretanto, escusas ou reservas em sua ratificação quando da implementação à legislação interna, conforme prevê seu artigo 120, já mencionado.

2.6.3. Crimes internacionais

O Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998, entrou em vigor em 1º de julho de 2002 e mudou a forma como os Tratados são vistos em relação ao Direito

---

definida em Convenção de 1984; 8 – crimes marítimos, conforme definidos em Convenção de 1988 e em Convenção contra crimes relacionados a plataformas marítimas, também de 1988; 9 – crimes envolvendo o tráfico ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas. *In:* SADAT, Leila. The Proposed Permanent International Criminal Court: na appraisal. **Cornell International Law**

Internacional Penal. Passam a ser sua principal fonte, ficando os costumes, que anteriormente ocupavam essa posição, ainda com considerável importância para esse ramo do Direito[375].

Além dos dispositivos do Estatuto há ainda os *Elementos dos Crimes*, que auxiliam na análise dos artigos 6 a 8 deste, em conformidade com o artigo 9, nº 1, e as *Normas de Procedimento e Provas* que esclarecem e complementam dispositivos relacionados aos procedimentos contidos no Estatuto. Os Estados Unidos exerceram influência no sentido da elaboração de um documento em separado para esses "Elementos", que deveria conter definições de itens que devem ser demonstrados pelo promotor de justiça para comprovar o cometimento do delito[376].

Com o Tratado de Versailles, de 28 de junho de 1919, no final da I Guerra Mundial, além de outras sanções impostas à Alemanha, havia a determinação das nações vitoriosas em processar penalmente o Kaiser Guilherme II. Isso só não ocorreu, conforme mencionado anteriormente, pois o dirigente alemão refugiou-se na Holanda, que recusou-se a extraditá-lo. Os vitoriosos pretendiam também que a Alemanha entregasse para julgamento 890 supostos criminosos de guerra, o que também não se concretizou.

Disto restou que o esboço de jurisdição internacional então traçado foi produto de países que afirmavam sua supremacia, tanto militar quanto política. Não foi, ao contrário do que se deseja fazer crer, decorrência de uma "consciência coletiva" e anseio de fornecer resposta jurisdicional a condutas assemelhadas.

A ideia de codificação dos chamados "crimes de guerra" presente no Estatuto de Roma (art. 8), é produto da quarta Convenção da Haia de 1907 relativa a leis e costumes da guerra, pois no Preâmbulo dessa Convenção há a *Cláusula Martens* (já mencionada) sobre "Leis da Humanidade", sobre a qual se baseou a Comissão de 1919

Journal, v. 29 (1996), p. 690. Disponível em: <www. 2.lib.uchicago.edu/~llou/icc.html>. Acesso em: 29 maio 2010.

375 CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 136.

376 Kirsch, Philippe; Oosterveld, Valerie. A Comissão proparatória pós-Conferência de Roma. *In:* AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgss). **O Direito Penal**..., p. 53.

para tentar punir tanto os autores de crimes durante a I Guerra quanto os turcos que agiram contra a população armênia.

Atualmente é amplamente aceito o conceito que os autores de violações das "leis de guerra", sobretudo as transgressões aos dispositivos da Convenção de Haia de 1907 acima mencionada, e da Convenção de Genebra de 1949, podem ser punidos por qualquer Estado que logre capturá-los[377].

A Assembleia da Sociedade das Nações incumbiu uma Comissão de juristas, em 1920, de elaborar um projeto de um Tribunal de Justiça Permanente para a Sociedade julgar crimes que violassem a "Lei Internacional das Nações"[378]. Posteriormente um Comitê de especialistas foi incumbido de elaborar projeto de convenção para punir o crime de "terrorismo" e organizar uma corte para julgar esses acusados. Atentados como o que levou à morte do Estadista francês Jean-Louis Barthou e do rei Alexandre I da Iugoslávia em 1934 ensejaram a Convenção para Prevenção e Punição do Terrorismo que, ao final, foi ratificada apenas pela Índia.

Essa Convenção, a primeira a tratar da matéria, falava em "atos de terrorismo", não definindo "terrorismo" em si. Dizia serem esses "atos criminosos dirigidos contra um Estado cujo objetivo ou natureza é a de provocar um estado de terror em determinadas personalidades, em grupos de pessoas, ou no público em geral"[379].

O Tribunal Penal Internacional que essa Convenção previa destinava-se a punir somente esses atos. O terrorismo passou, portanto, a ser considerado um "crime de guerra" cometido em período entreguerras.

Em 1942 foi criada em Londres uma Comissão de Crimes de Guerra, destinada a punir esse tipo de atividade. Após a constatação dos atos praticados ao longo da II Guerra Mundial é que se passou a cogitar da punição de outra categoria de crimes, os "crimes contra a Humanidade".

---

377 BROWNLIE, Ian. *Op. cit.*, p. 326.
378 CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 32.
379 *Ibidem*, p. 33.

Isso foi incorporado ao Acordo de Londres que instituiu o Tribunal de Nuremberg e foi aplicado também no tribunal de exceção de Tóquio, este último criado por determinação pessoal do comandante das forças aliadas (item 2.5.1.2).

Foram essas Cortes, apesar de seu inegável caráter de "justiça de vencedores" já mencionado em outros pontos dessa dissertação, carreadoras de alguns princípios que são mantidos hoje no Estatuto de Roma: a responsabilidade penal individual perante o Direito Internacional, a inexistência de imunidade de jurisdição de chefe ou ministro de Estado e ainda a inexcusabilidade da alegação da prática de condutas por ordem superior (*respondeat superior*).

No final dos anos 1940 a Comissão de Direito Internacional da O.N.U. (C.D.I.), atendendo a requisição da Assembleia Geral, criou um subcomitê, cujo relator era Jean Spiropoulos, com a incumbência de criar um *Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind.*

Esse Subcomitê encontrou dificuldades, inicialmente, em definir o que seriam "crimes de agressão". Essa definição era fundamental à elaboração do código, assim, criou-se uma via paralela de discussão apenas com esse fim (Comissão Especial para Estudar a Questão da Definição da "Agressão"), ao mesmo tempo em que se elaborava o *Draft Code* e ainda uma minuta do Estatuto para o futuro Tribunal Penal.

A minuta de Estatuto apresentada em 1951 era baseada no Estatuto da Corte Internacional de Justiça (C.I.J.) e destinava a futura Corte a julgar chefes de Estado – não outros funcionários governamentais – nem conferia responsabilidade penal aos Estados.

A Comissão de Direito Internacional opinou contrariamente à criação de uma câmara criminal junto à C.I.J., optando por criar uma nova Corte, um Tribunal Penal Internacional.

No início dos anos 1950 havia posição na Comunidade Internacional no sentido que a criação dessa Corte que, embora desejável, era algo ainda distante, vez que o consenso quanto à matéria ainda não havia sido atingido. Os Estados Unidos, embora defendessem a criação da Corte, declaravam-se não preparados para aceitar sua existência. Dentre aqueles atores internacionais cuja posição era relevante sob o

aspecto decisório, ou seja, os membros do Conselho de Segurança da ONU, o único abertamente favorável era a França[380].

As minutas produzidas, tanto do Código quanto relativos ao Tribunal, sofreram diversas modificações ao longo do tempo.

Em 1954, a Assembleia Geral da O.N.U., percebendo que havia óbvia ligação entre os dois projetos, ordenou a suspensão do projeto do Tribunal enquanto o projeto do Código não fosse concluído, o que ocorreu no mesmo ano. Havia ainda uma terceira linha em andamento, a do Comitê Especial que pretendia definir o "crime de agressão", previsto no artigo 2 do Código, o que impediu que ele fosse analisado até esse trabalho ser também concluído. Isso só se deu de forma definitiva vinte anos após, em 1974, sendo a definição adotada por consenso por uma Resolução da Assembleia Geral.

Essa definição de 'agressão' "não foi incluída nem em uma convenção multilateral nem mesmo votada na resolução que a adotou"[381]. Daí a afirmação por parte dos Estados-membros que esse "crime de agressão" é um crime *político*, não jurídico.

Somente em 1981 a C.D.I. voltou a apreciar o *Draft Code* de 1954, sendo emitido o primeiro relatório no ano seguinte. Esse relatório assinado por Doudou Thiam, teve como efeito retomar os trabalhos da estaca zero. Foram incluídos novos crimes como "mercenarismo", "colonialismo" e "crimes contra o meio ambiente", que não existiam em nenhuma convenção internacional até aquele momento. Vieram outros relatórios da mesma gestão também em 1983 e 1984 com poucas inovações.

Novos trabalhos foram desenvolvidos em 1985 e 1986. Havia, no entanto, consciência da alta probabilidade de rejeição de todo o material produzido, se submetido à Assembleia Geral, dada a singeleza técnica, apesar do tempo dispendido.

A versão mais recente deste *Draft Code* sobre Crimes Contra a Paz e Segurança é de 1996, e desde a primeira versão, de 1950, tem sido aplicado *ratione*

---

380 CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 33.
381 *Ibidem*, p. 43.

personae a indivíduos acusados de crimes internacionais descritos *ratione materiae* no *Code*, excluindo assim a responsabilidade penal dos Estados[382].

Em 1992 a C.D.I. retomou os trabalhos para a criação do Estatuto de um Tribunal Penal Internacional, projeto que foi aprovado em 1994 e recomendado à Assembleia Geral.

Isso foi ainda acelerado quando o Conselho de Segurança criou dois novos tribunais de exceção, para a ex-Iugoslávia (resolução 827 de 25 de maio de 1993) e para Ruanda (resolução 827 de 8 de novembro de 1994), já abordados (itens 2.5.1.3 e 2.5.1.4).

O fim da Guerra Fria foi também fator de aceleração do processo de criação do Tribunal Penal Internacional.

Em 1995 a Assembleia Geral cria uma Comissão Preparatória para a elaboração de uma Convenção Internacional cujo texto inicial era o Estatuto do Tribunal criado pela C.D.I. Em 17 de julho de 1998 foi, por fim, criado o Tribunal Penal Internacional após diversas reuniões preparatórias que ocorreram entre 1996 e 1998. O projeto do *Draft Code*, porém, permanece paralisado.

Poder-se-á verificar nos tópicos que seguem que os crimes em espécie de competência do T.P.I. têm como característica comum constituírem *tipos penais abertos*, ou seja, aqueles em que, nas palavras de Eugenio Raul ZAFFARONI, "o tipo não individualiza totalmente a conduta proibida, exigindo que o juiz o faça, para o que deverá recorrer a normas ou regras gerais, que estão fora do tipo penal"[383]. Esse autor explica que, embora uma forma de legislação penal que permita ao juiz discricionariedade elevada é indesejável, há situações em que isso, por ser inevitável, acaba por ser aceito, cabendo ao juiz, no caso concreto, o fechamento do tipo. Exemplo disso são casos em que o tipo indica certo grau de gravidade da conduta num conceito que admite quantificação[384].

---

[382] CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 42.

[383] ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 384.

[384] No ordenamento interno brasileiro, pode-se mencionar o artigo 171 do Código Penal, que sanciona o autor que obtiver "para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio

Além disso, e conforme se dirá no item 3.6, a sanção penal tem *funções simbólicas* que vão além da simples punição a uma conduta que transgride normas penais. Os crimes internacionais do Estatuto de Roma têm essa função bastante clara e, sob a ótica desta dissertação, essas funções preponderam sobre as do discurso oficial do Direito Penal: punição, proteção de bens jurídicos e contramotivação à transgressão e à reincidência.

Nos crimes internacionais, dada a variedade de situações que se pretende abarcar, e principalmente as modalidades pelas quais determinadas práticas podem ser realizadas, acaba-se por tangenciar os limites da legalidade na redação dos tipos, conforme se poderá observar a seguir.

2.6.3.1. Genocídio (artigo 6)

"Genocídio" foi termo cunhado por Raphael LEMKIN a partir da expressão grega *genos* (espécie, raça, tribo) e da latina *cide* (matar) durante a II Guerra Mundial para descrever os crimes cometidos contra dos ciganos e judeus naquele período[385].

Entendido como ameaça à paz e à Humanidade, esse crime não fazia parte do Estatuto dos Tribunais de Nuremberg ou Tóquio. Foi definido na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 11 de dezembro de 1948, que foi o primeiro Tratado multilateral relacionado a um crime internacional a vigorar. Hoje é parte do Direito Internacional costumeiro.

De acordo com o artigo 3º dessa Convenção, são puníveis: o genocídio, o conluio para cometê-lo, bem como a tentativa e a cumplicidade na prática do delito. Também é punível a incitação direta e pública para o mesmo fim.

Foi aprovada pelo Brasil em 11 de abril de 1951 e promulgada pelo Decreto 30.822 de 6 de maio de 1952. O instrumento de ratificação foi depositado em abril desse ano.

---

fraudulento". Somente as fraudes cometidas mediante artifício ou ardil são punidas por essa via. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 385).

385 JANKOV, Fernanda. *Op. cit.*, p. 60.

No Brasil, o genocídio é tipificado no artigo 1º da Lei 2.889 de 1956[386].

A Convenção prevê que os Estados onde o crime ocorresse são competentes para seu processamento e julgamento, o que pode levar à impunidade, vez que muitas vezes esses crimes são cometidos por agentes estatais. Também equivoca-se quanto à não fixação de regras relativas à extradição. Dessa forma, se alguém pratica esse crime em Estado diverso daquele que é nacional e retorna para o país de origem pode ficar impune, pois o Estado originário não é competente para punir e pode ter restrições à extradição de seu nacional para esse fim em território estrangeiro.

Quando da elaboração do Estatuto de Roma acabou-se por repetir, no artigo 6º, que trata do crime[387], o artigo 2º da referida Convenção contra o Genocídio. O foco central é a existência de um *plano* com esse *fim específico* bem como os tipos de grupos ou segmentos que podem ser alvos desse delito, selecionados a partir da *nacionalidade, etnia, raça* ou *religião.*

2.6.3.2. Crimes contra a Humanidade (artigo 7)

Expressão utilizada pela primeira vez em na *Cláusula Martens* incluída nas Convenções II e IV de Genebra, respectivamente em 1899 e 1907.

Muitas das referências aos crimes contra a Humanidade já existiam no *Lieber Code* de 1863 do presidente norte-americano Abraham Lincoln, bem como das

---

386 **Lei 2.889/56** - "**Art. 1º** - Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:
a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo; Será punido:
Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a; Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b; Com as penas do art. 270, no caso da letra c; Com as penas do art. 125, no caso da letra d; Com as penas do art. 148, no caso da letra 'e'".

387 "**Artigo 6º - Crime de Genocídio -** Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:
a) Homicídio de membros do grupo; **b**) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; **c**) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; **d**) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; **e**) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo."

Regulamentações de Guerra Terrestre alemãs de 1902, 1911 e 1935, além de figurarem no Oxford Manual of Military Law de 1929 e 1940 do Departamento de Guerra da Grã-Bretanha[388].

A expressão "leis da Humanidade" é vaga, motivo pelo qual os Estados Unidos após a I Guerra Mundial marcaram posição contrária à persecução penal por condutas que fossem consideradas como violações a elas.

Os crimes contra a Humanidade são definidos no artigo 6, 'c' do Estatuto de Londres, que serviu como base para o Tribunal *ad hoc* de Nuremberg instalado após a II Guerra Mundial. Seriam esses crimes:

> "assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou outro ato desumano cometido contra a população civil antes ou durante a guerra, ou perseguições baseadas em critérios raciais, políticos ou religiosos, para a execução de crime ou em conexão com crime de jurisdição do Tribunal, **independentemente de serem praticados ou não em violação do Direito doméstico do país**" [389]. (grifo nosso)

Esse diploma conceituava esse crime como prática de violações do Direito convencional e consuetudinário, bem como aos Princípios Gerais do Direito, gerando ameaças à paz, à segurança e ao bem-estar da 'Comunidade Internacional' mediante ofensa aos Direitos Humanos fundamentais de determinada população. Seria uma forma de colocar a *Humanidade como sujeito de Direito Internacional.* Quanto a isso manifestou-se Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE:

> "O exame da Humanidade como sujeito de Direito Internacional não se esgota na identificação e na afirmação de seus interesses comuns e superiores. Exige que se levem em consideração os princípios fundamentais de humanidade, que, atualmente, marcam sua presença em todo *corpus iuris* do moderno Direito Internacional, e das consequências jurídicas da emergência da Humanidade do Direito Internacional, da importância da moldura dos Direitos Humanos e, muito especialmente, da capacidade de a Humanidade agir um juízo, e de sua representação legal"[390].

---

388 BASSIOUNI, M. Cherif. Crimes against Humanity, p. 59. *Apud* CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 352.

389 PIOVESAN, **Direitos Humanos e Direito**..., p. 34.

390 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium**.** Recueil des Cours de l'ADI, t. 316, 2006, p. 9-440. *Apud* CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 346.

Após a II Guerra Mundial, a caracterização objetiva dos crimes contra a Humanidade é dada pelos estatutos dos Tribunais *ad hoc* de Tóquio e Nuremberg[391]. Distingue-se o Estatuto do Tribunal *ad hoc* de Tóquio (artigo 5, 'c') por não incluir a expressão "motivos religiosos" (item 2.5.1.2) existente no outro regimento.

As condutas assim qualificadas deveriam ter sido cometidas durante, ou ser relacionadas com uma guerra, praticadas contra população civil, inclusive a do próprio país (no que se distingue com o previsto no Direito da Guerra), e ter como autores pessoas que atuavam no interesse do Estado. Especificamente era mencionada a vinculação a "países europeus ligados ao 'Eixo'[392].

Quanto à possibilidade de imputação dessa conduta a particulares, há divergência. Entende a jurisprudência militar norte-americana que somente caberia imputação de crimes contra a Humanidade a agentes estatais[393]. As linhas opostas deixam aos cuidados do Direito Interno essas ações, que incluiriam grupos organizados, máfias e outros, restringindo a ação do Direito Internacional às situações em que esses grupos lograssem dominar parte do território do Estado.

A mínima vinculação com algum tipo de autoridade ou exercício do poder político é o que vai distinguir esse crime dos crimes comuns. E nesse sentido vai o artigo 7º, parágrafo 2º, do Estatuto de Roma, que exige que as ações delituosas estejam "de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política".

---

391 Artigo 6, 'c' do Estatuto do Tribunal de Nuremberg – "crimes contra a Humanidade: Assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou quaisquer outros atos desumanos praticados contra qualquer população civil, ou perseguição por motivos religiosos, raciais ou políticos, quando tais atos ou perseguições forem praticados para a execução ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou com qualquer crime de guerra."

392 GIL GIL, Alícia. "Los crímenes contra la Humanidad y el Genocídio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a da Luz de "Los Elementos de los crímenes". *In:* AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **O Direito Penal**..., p. 226.

393 *"only where there is a proof on conscious participation in sistematic government organized or approved procedures amounting to atrocities and offenses of the kind specified in the act and commited against populations ou amounting to persecutions on political, racial ou religious grounds"*. *In*: Strafsachen, vol I, Berlim-Hamburg, 1948, caso nº 3, p. 14; vol II, Berlim 1950, caso nº 45, p. 234 e nº 78, p. 385. *Apud* AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **O Direito Penal**..., p. 231.

Não há qualquer menção à motivação dos autores. Com relação à possibilidade de as condutas poderem ser praticadas sem relação direta com o conflito, em especial aquelas que antecederam à conflagração bélica, era tema vedado nos Estatutos de Nuremberg e Tóquio. Criar algo diverso disso seria inovar juridicamente, criando nova figura penal. O artigo 5º do Estatuto do Tribunal *ad hoc* da antiga Iugoslávia manteve a vinculação, exigindo nexo com conflito armado para que o crime fosse julgado pelo Tribunal.

Já nos estatutos do Tribunal *ad hoc* de Ruanda (art. 3º) e do T.P.I., há essa independência com relação aos crimes de guerra e os crimes contra a paz. A única exigência é que os atos sejam cometidos no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil[394].

As modalidades da prática desse crime são descritas nas onze alíneas do artigo 7º, parágrafo 2º, do Estatuto do T.P.I. Cabe esclarecer algumas delas. Quanto ao *homicídio* (alínea 'a'), a única exigência apresentada é a da existência do dolo, não importando os métodos utilizados para atingir essa finalidade. Com relação ao *extermínio* (alínea 'b'), seria o homicídio em massa, seja de forma ativa, seja comissiva por omissão, mediante a privação de alimentos ou remédios à população vitimada, sempre de forma dolosa.

A *escravidão* (alínea 'c') consiste no comércio de seres humanos, bem como na manutenção destes em condição servil. Com relação à *tortura* (alínea 'f') exige-se que o sujeito ativo seja agente estatal (no que difere da legislação brasileira, Lei 9.455 de abril de 1997) ou que a instigação feita por agente não estatal por esse autor praticada conte com o consentimento ou aquiescência pública.

A *escravidão sexual* (alínea 'g') consiste em obrigar pessoa ou pessoas com relação às quais se tenha exercido compra, venda, ou outro tipo de transação comercial a praticar atos de natureza sexual.

A *gravidez forçada* (mesma alínea) é a tentativa de alterar composição étnica de determinada população, mediante uma gravidez contraída contra a vontade da

---

[394] GIL GIL, Alícia. "Los crímenes contra la Humanidad y el Genocídio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a da Luz de "Los Elementos de los crímenes". *In: Idem*, p. 230.

vítima. Deve, portanto, ser precedido de um crime sexual por alguém de etnia diversa daquela da vítima, bem como o confinamento da vítima grávida para assegurar a continuidade da gestação.

Alícia GIL GIL define os crimes contra a Humanidade como:

> "os atentados contra bens jurídicos individuais fundamentais (vidam integridade física, saúde, liberdade...) cometidos, tanto em tempo de guerra como em tempo de paz, como parte de um ataque generalizado ou sistemático realizado com a participação ou tolerância do poder político de direito ou de fato"[395].

Cabe apenas a ressalva, relativa ao objeto desta dissertação, que os valores da Humanidade são plurais. Assim, condutas que supostamente a ofendam deveriam ser tipificadas a partir desse paradigma, e não de um ponto de partida ocidental.

2.6.3.3. Crimes de Guerra (artigo 8)

São entendidos como tal aqueles crimes praticados durante conflitos armados, sobretudo, como salienta Carol PRONER[396], quando fazem parte de um plano de larga escala, e não consistem em ocorrência isolada.

Entende-se por 'guerra' os conflitos armados internacionais, excluindo, portanto, distúrbios e conflitos internos dos Estados.

O Estatuto do T.P.I. (Anexo I), em seu artigo 8º, prevê e tipifica minuciosamente essas condutas. Além disso, esses crimes, conforme o *caput* do mesmo artigo, podem ser considerados violações ao Direito Humanitário à medida que ofendem as Convenções de Genebra.

São também englobados nessa categoria aqueles crimes praticados após a cessação do conflito, enquanto a vítima continuar sob o domínio da parte beligerante[397].

---

395 GIL GIL, Alícia. *Op. cit.*, p. 248.

396 PRONER, Carol; Ricobom, GISELE. O Brasil e o Direito Humanitário: atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Regulamentação do Tribunal Penal Internacional. *In:* PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. **Direito**..., p. 113.

O Estatuto do Tribunal de Nuremberg, em seu “Princípio nº 7” considerava crimes de guerra como “violação das leis e costumes da guerra”, o mesmo fazendo o Estatuto do Tribunal de Tóquio.

Esses crimes são imprescritíveis de acordo com a Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, o que foi reafirmado pela Resolução 3.074 da Assembleia Geral da O.N.U. de novembro de 1973.

O uso da força militar, porém, é ainda tolerado pelo Direito Internacional, em hipóteses como a legítima defesa ou mediante autorização do Conselho de Segurança da O.N.U.

Condutas internacionalmente punidas como o homicídio e o dano material são autorizadas através desse mecanismo. Essas condutas, porém, não ocorrem no vácuo legislativo; através do *ius in bello* verifica-se o produto de um dado histórico de mais de 14.500 conflitos armados de que se tem registro entre 3.600 a.C. e o ano 2.000 e que foram consolidados principalmente a partir de 1899 em uma série de instrumentos jurídicos concluídos principalmente em Haia e Genebra[398].

Importante também lembrar que o artigo 124 do Estatuto de Roma permite a não aceitação da jurisdição do T.P.I. sobre crimes de guerra mesmo praticados por Estado que tenha ratificado o Tratado, por um período de 7 anos desde a entrada em vigor do Estatuto com relação àquele Estado. Trata-se de uma “disposição transitória” que revela o caráter negocial do Estatuto.

2.6.3.4. Crime de agressão (artigo 5, II, artigo 121 e artigo 123)

Historicamente o conceito de “agressão” pode ser localizado na expressão “guerras de agressão” utilizado em 1919, ao final da I Guerra Mundial.

A Assembleia da Sociedade das Nações declarou, em 1927, que a “agressão” era um “crime internacional”. Ainda assim, a conduta permanecia indefinida.

---

397 PRONER, Carol; Ricobom, GISELE. **O Brasil e o Direito**..., p. 114.
398 CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 390.

Após a II Guerra Mundial, na tentativa de punir esse crime, nos Tribunais de exceção de Nuremberg e Tóquio, as potências vitoriosas no conflito também não conseguiram descrevê-lo adequadamente. O que se fez foi descrever os "crimes contra a paz", conforme o Estatuto do Tribunal de Nuremberg, no artigo 6, alínea 'a', que inicia tipificando criminalmente as condutas de "planejamento, preparação, iniciação ou desfecho de uma guerra de agressão ou uma guerra que viole os tratados internacionais, os acordos ou as promessas" (item 2.4).

Embora com definição controversa ao longo da Comissão Preparatória e na Conferência de Revisão, chegou-se à conclusão que para ser caracterizado o crime, deve ser praticado por líderes políticos ou militares estatais e que a caracterização se dará no caso concreto.[399] É de se lembrar que atualmente quem avalia essa legalidade de conflito armado é o Conselho de Segurança da O.N.U.

Os julgamentos de Nuremberg consideraram "crimes contra a paz" os atos de agressão cometidos por autoridades de um Estado contra uma ou mais nações.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional também não explica o aspecto objetivo do crime de 'agressão". Durante as negociações quanto ao Estatuto de Roma houve, no entanto, grande apoio quanto à inclusão dessa figura típica. A discórdia se referia à sua definição. Havia também divergência quanto ao papel do Conselho de Segurança da O.N.U. que, de acordo com a Carta das Nações Unidas (Anexo IV) seria o órgão competente para dizer se o crime ocorreu ou não. O acordo a que se chegou foi no sentido de que haveria a previsão do crime, mas não haveria jurisdição sobre essa matéria até que fosse definido.

Desta forma, o Artigo 5º, nº 2, do Estatuto de Roma diz que será exercida somente quando houver regulamentação do tipo, nos termos dos Artigos 121 e 123 do mesmo diploma (Anexo I), criando sobre o tema o que Philippe KIRSCH e Darryl ROBINSON denominam *jurisdição latente*[400].

---

399 AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **O Direito Penal**..., p. 58.

400 KIRSCH, Philippe; ROBINSON, Darryl. A construção do Acordo na Conferência de Roma. *In:* AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **O Direito**..., p. 33.

Do rol de ilícitos acima pode-se constatar, como fez CASSESSE[401], que o Direito Internacional Penal é *rudimentar* se comparado com o Interno, vez que quando se estabelece uma nova categoria de crimes, seus elementos constituintes (aspectos objetivos e subjetivos) bem como as penas estabelecidas não ficam claros. Fernanda JANKOV vê três possíveis motivos para isso: em primeiro lugar, o fato de tratados e costumes terem por hábito condenar determinada conduta, sem, porém estabelecer sanção em caso de sua prática; em segundo lugar, o papel até então exclusivo dos tribunais estatais em sancionarem criminosos e, em terceiro lugar, os Tribunais Internacionais *ad hoc* estabeleciam sua competência *ratione materiae*, de modo a não constituir um 'Código Penal', mas apenas uma especificação do seu âmbito de jurisdição[402].

2.6.4. Organização do Tribunal

De acordo com Capítulo IV o Estatuto de Roma (Anexo I), o Tribunal Penal Internacional é composto por: Presidência, Seção de Recursos, Seção de Instrução e Julgamento em Primeira Instância e Seção de Instrução, Gabinete do Procurador e Secretaria.

O Tribunal será composto de 18 juízes (artigo 36, nº 1) eleitos em votação secreta em Assembleia Especial dos Estados-Partes (artigo 36, nº 6), com candidatos inscritos que deverão ser juízes, advogados, procuradores ou ocupantes de 'funções semelhantes' em seus Estados de origem, sendo dotados de reconhecida competência e conhecimento jurídico-penal (artigo 36, nº3) para um mandato de 9 anos (artigo 36, nº 9, alínea 'a'). Não poderá haver mais de um juiz de um mesmo Estado-Parte (artigo 36, nº 7).

O artigo 40 do Estatuto assegura independência aos magistrados, vedando-lhes exercício de outras atividades incompatíveis com as funções (nº 2). O artigo 41 traz as

---

401 CASSESSE, Antonio. International Criminal Law. New York: Oxford Universty Press, 2001, p. 17. *Apud* JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Op. cit.*, p. 37.

402 JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Op. cit.*, p. 37.

hipóteses de impedimento e “desqualificação” dos juízes, que se assemelham, respectivamente, às hipóteses de suspeição e impedimento existentes no Código de Processo Penal brasileiro (artigos 252 a 256).

Os ocupantes dos cargos de Presidente e de Primeiro e Segundo Vice--Presidente serão eleitos por maioria absoluta dos juízes, para um mandato de 3 anos, com direito a uma reeleição (artigo 38, nº 1).

As Seções de Instrução e de Julgamento em Primeira Instância serão formadas por pelo menos seis juízes com experiência em processo penal (artigo 39, nº 1).

Cabe aos Juízes de Instrução, de acordo com o artigo 61 do Estatuto, realizar audiência para apreciar os fatos constantes da acusação, que poderá ser à revelia (artigos 61, nº 2, e 63), e ao final proferir despacho quanto à procedência ou não da acusação.

Cabe aos Juízes de Primeira Instância zelar pela regularidade processual (art. 64). A decisão de primeiro grau tem seus requisitos descritos no artigo 74, que determina que todos os membros do Juízo de Julgamento em Primeira Instância estarão presentes em cada uma das fases do julgamento e nas deliberações (nº 1).

As decisões serão unânimes. Não sendo possível, por maioria, e sempre fundamentadas nas provas produzidas ou examinadas em audiência de julgamento, não poderão exorbitar dos fatos e circunstâncias descritos na acusação ou nas alterações que lhe tenham sido feitas (nº 2). As deliberações do Juízo de Julgamento em Primeira Instância serão secretas (nº 4), sendo proferidas por escrito e conterá uma exposição completa e fundamentada da apreciação das provas e as conclusões do Juízo (nº 5).

A Seção de Recursos será formada pelo Presidente e quatro juízes (artigo 39, nº1). Cabem recursos de ambas as ‘partes’. O artigo 81 prevê as hipóteses de recurso da Procuradoria, que terá por base vício processual, erro de fato, erro de direito ou ”qualquer outro motivo suscetível de afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença”.

O nº 3 deste artigo prevê que a regra seja da manutenção do condenado preso enquanto aguarda julgamento de recurso.

O artigo 84 faculta ao condenado, mediante apresentação de novas provas, não apreciadas no julgamento, a possibilidade de revisão da condenação.

O Gabinete do Procurador, órgão autônomo do Tribunal, é composto pelo Procurador e Procuradores Adjuntos. O primeiro será eleito em votação secreta pelos representantes dos Estados-Parte em Assembleia específica. Os Adjuntos também o serão, a partir de uma lista elaborada pelo Procurador (artigo 42, nº4).

O Procurador tem função investigava, podendo inclusive fazer diligências de investigação no território de um Estado, bem como proceder interrogatórios e celebrar acordos (artigo 54, números 1 a 3).

Por fim, a Secretaria, que cuida de aspectos não judiciais do funcionamento do Tribunal, sendo chefiada por um Secretário eleito para um mandato de 5 anos, com direito e uma reeleição (artigo 43, *caput* e nº5).

2.6.5. Sanções Previstas

De acordo com o Artigo 77 do Estatuto de Roma, são previstas aos condenados pela Corte, a pena privativa de liberdade por um prazo máximo de 30 anos ou, em caso de "elevado grau de ilicitude e das condições pessoais do réu" (artigo 77, nº1, alínea 'a'), a prisão perpétua.

> **"Artigo 77**
> **Penas Aplicáveis**
> **1**. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:
> **a**) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou
> **b**) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem,
> **2**. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:
> **a**) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;
> **b**) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé."

A essas penas podem ser combinadas, de acordo com o mesmo artigo, inciso nº 2, uma pena de multa (alínea ‘a’) ou, de acordo com a alínea ‘b’, com a “perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé”.

O local de cumprimento da pena privativa de liberdade será, de acordo com o art. 103 do Estatuto, “um Estado indicado pelo Tribunal a partir de uma lista de Estados que lhe tenham manifestado a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas”. Significa que o condenado poderá cumprir a pena em local diverso daquele de sua nacionalidade (embora ela seja um fator influente na decisão, de acordo com o art. 103, nº 3, alínea ‘d’) ou mesmo daquele em que o delito foi cometido.

Embora o mesmo artigo traga, em seu nº 3, a recomendação de que os Estados-Parte partilhem da responsabilidade na execução das penas privativas de liberdade, não há imposição para tanto.

Na seleção do local para cumprimento há previsão de que a opinião do condenado seja considerada (alínea ‘c’) mas, acredita-se, somente a prática irá demonstrar qual relevância essa terá quando da decisão.

Durante o cumprimento da pena, o condenado tem direito de requerer transferência, mas o Tribunal, de ofício, também poderá proceder sua remoção para outro Estado de sua conveniência, conforme regra do artigo 104.

Não se observa, como ocorre na Lei de Execução Penal brasileira (Lei 7.210 de 1984), a observação quanto à proximidade do condenado com seus vínculos familiares ou sociais, visando a hipotética “ressocialização” ou mesmo para não transferir ônus aos familiares do condenado para fins da visitação, o que, no Direito pátrio, caracterizaria transcendência da pena além da pessoa do condenado, hipótese vedada pelo artigo 5º, XLV da Constituição. Com isso, o caráter eminentemente retributivo dessas sanções é visível.

Conforme leciona Guilherme de Souza NUCCI, “o Direito Penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade somente porque infringiram

a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas”[403]. Descreve assim o Princípio da Humanidade, norteador do Direito Penal brasileiro.

Esse tema tem previsão no artigo 5º, inciso XLVII da Constituição de 1988, que veda as penas cruéis (em caráter genérico, devendo ser entendida, nos termos de suas alíneas, a proibição a penas de morte, *de caráter perpétuo*, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis). Esse artigo deve ser analisado conjuntamente com o inciso XLIX do mesmo artigo 5º, que determina o respeito à integridade física e moral do preso.

Ademais, quando da ratificação brasileira ao Estatuto de Roma, coube questionar se as penas lá previstas não se chocavam com os Princípios Constitucionais relacionados.

Resta claro o contraste das penas previstas no artigo 103 com o artigo 5º, inciso XLVII, alínea ‘b’, da Constituição de 1988, onde se observa a expressa vedação à prisão de natureza perpétua.

Embora se fale da prevalência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (categoria que se entende meramente *tangenciada* pelo Estatuto de Roma) sobre normas internas, inclusive as de matriz constitucional, e autores da magnitude de Flávia PIOVESAN[404] e Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE[405] há anos reconheçam o *status* de norma constitucional e sua incorporação automática ao ordenamento nacional, somando-se a isso o novo parágrafo 4ª do artigo 5º da Carta, cabe questionar qual proteção a Constituição efetivamente pode dar ao nacional se, a partir de tratados, mesmo suas cláusulas pétreas podem ser flexibilizadas.

A vedação do Constituinte originário é clara, quando estabeleceu um “núcleo imodificável”[406] conforme se observa no artigo 60, § 4º. No inciso IV desse artigo estão os Direitos e Garantias Fundamentais como componentes inalteráveis pela via da Emenda Constitucional. Diz José Afonso da SILVA que essa vedação

---

403 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 73.
404 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito**..., p. 111.
405 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado**..., p. 407.
406 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 66.

> "atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou de outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, "tenda" (emendas *tendentes* diz o texto) para sua abolição"[407]. (grifo nosso)

Importa sublinhar que, além da infração às normas constitucionais, nesse caso, o que mais se parece observar é a insuperável habilidade nacional em "justificar o injustificável", ou convertê-lo em "aparentemente injustificável", conforme se discutirá adiante (item 2.6.6.2), que, em resumo, fez **prevalecer regra que confere menos proteção à pessoa humana**.

Merece menção também o Princípio da Individualização da Pena, previsto no artigo 5º, XLVI da Constituição da República que afirma que a simples prática de uma conduta semelhante não é bastante para nivelar dois seres humanos.

A pena deve ser individualizada, a partir de parâmetros legais. Cabe observar que os artigos que trazem os crimes em espécie de competência da Corte não trazem, ao final a pena cominada para cada delito internacional.

O artigo 77 do Estatuto, por sua vez, embora preveja que a pena deva ser fixada de forma individual, ponderando as condições pessoais de cada condenado, não explica como se dará a escolha dentre as sanções possíveis.

Isso gera um contexto de insegurança jurídica e abre possibilidades para, a partir de julgamentos que têm como filtro para sua ocorrência ou não a anuência do Conselho de Segurança da ONU, um instrumento adicional para tutela diferenciada e eventuais favorecimentos de acordo com as partes envolvidas.

Conforme será visto neste Capítulo (**item 2.6.6.6**), o Estatuto de Roma se relaciona com os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros em relação de complementaridade. Passa-se a discutir como se deu a aparentemente impossível superação das incompatibilidades axiológicas entre o Direito brasileiro e as regras do T.P.I. necessária à ratificação, sem reservas, desse Estatuto, e como esse Direito de Roma afetou a ordem jurídica nacional.

---

[407] SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 67.

2.6.6. Estatuto de Roma, 1998: ratificação diante das normas do Ordenamento Jurídico interno: críticas e imperfeições apontadas

Para além da discussão sobre a dicotomia entre Monismo e Dualismo (a ser abordada no Capítulo 3), com relação a possíveis conflitos entre a forma de proceder dos tribunais internacionais e internos, Gerald FITZMAURICE estabelece crítica a ambas. Em especial ao Monismo, ao afirmar que o Estado não pode ser "meramente considerado como uma agregação de indivíduos"[408]. Para esse autor, monismo e dualismo não conflitam como sistemas, pois atuam em esferas diferentes, mas quais cada um é absoluto.

O que pode ocorrer é uma incapacidade do Estado para agir internamente em conformidade com o que determina o Direito Internacional. A consequência, disso, aponta, não é a invalidade do Direito Interno, mas a responsabilidade desse Estado no plano internacional[409], à semelhança do que fez ROUSSEAU ao caracterizar o Direito Internacional como *Direito de coordenação*, sem, portanto, prever anulação automática das regras internas que fossem de encontro às obrigações internacionais[410].

O conceito tradicional de soberania, como asseveram DINH, DAILLIER e PELLET, não implica em não vinculação dos Estados às regras do Direito Internacional. Ao contrário, afirmam esses autores, "o Estado só é soberano se estiver submetido direta e imediatamente ao Direito Internacional"[411], já que um dos atributos da soberania estatal é contrair compromissos internacionais.

Paralelamente ao dever de conformar o Direito Interno às obrigações internacionais assumidas, um fracasso nesse intento não significa uma violação do Direito Internacional. Essa somente ocorre quando o Estado descumpre obrigações no caso concreto. Pode ocorrer, porém, que a existência ou permanência de algum tipo de

---

408 FITZMAURICE, Gerald. 92 Hague *Recueil* (1957, II), p. 68-84. *In:* BROWNLIE, Ian. *Op. cit.*, p. 46.

409 ANZILOTTI, Dionisio. **Cours de Droit International**, v. I, 1929, p. 57. *In:* Id.

410 *Idem*.

411 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. cit.*, p. 385.

legislação interna possa, por si consistir em violação de tratado. Pode-se solicitar a um Tribunal que se manifeste quanto a isso[412].

O Brasil possui, como aponta Tarcísio dal Maso JARDIM, tradição em apoiar soluções pacíficas para conflitos bem como a se comprometer com tratados humanitários[413]. Deve-se mencionar que atualmente no Brasil, em matéria de Direitos Humanos, de acordo com os novos parágrafos do artigo 5º da Constituição da República, deve prevalecer a norma internacional e ambas as ordens jurídicas devem conviver harmonicamente.

O autor mencionado reconhece, no entanto, a dificuldade na implementação do pactuado no ordenamento jurídico nacional. Desde 1856, com a Declaração de Paris sobre Guerra Marítima, diversos instrumentos fazem parte do rol de tratados de Direito Internacional Humanitário ratificados pelo Brasil. JARDIM crê que a tipificação dos crimes de guerra e o consequente ajuste da legislação brasileira ao Estatuto de Roma superará um descompasso que entende existir na adaptação da realidade normativa nacional a esses instrumentos[414].

Não há dúvida que a adaptação à legislação produzida fora do âmbito do Estado sempre será revestida de alguma dificuldade, que implicará em cedência. No caso do Estatuto de Roma, porém, não há hipótese de reservas quando da ratificação, de acordo com o artigo 120 do Estatuto. Portanto, a cedência, se houver, será sempre estatal.

É verdade que o anteprojeto de lei para implementação do Estatuto de Roma no Direito brasileiro debatido desde 2002 não pretendia substituir a legislação penal interna que previa condutas equivalentes como homicídio[415], tortura[416] ou redução da vítima a condição análoga à de escravo[417], sendo aplicável somente quando praticadas situações classificadas como *crime contra a humanidade* praticados durante conflitos

---

412 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. cit.*, p. 48.
413 JARDIM, Tarciso Dal Maso. **O Brasil e o Direito Internacional dos conflitos armados.** V. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 21.
414 JARDIM, Tarciso Dal Maso. *Op. cit.*, p. 50.
415 Artigo 121 do Código Penal.
416 Lei 9.455 de 1997.
417 Artigo 149 do Código Penal.

armados, internacionais ou internos[418]. Implica dizer que em situações de normalidade institucional não cabe cogitar da aplicação do Estatuto de Roma.

Cabe lembrar, conforme PRONER, que dentre as poucas possibilidades de assistência às vítimas não beligerantes de atos praticados durante esses conflitos cabe a organismos e entidades de assistência humanitária, como é o caso do Comitê Internacional da Cruz Vermelha[419].

Na sequência serão analisados alguns conflitos entre o Estatuto e a Constituição de 1988, bem como apresentados os argumentos proferidos em defesa do Tratado.

Importante mencionar ainda que, dada a impossibilidade de estabelecimento de escusas ou reservas quando da ratificação do Estatuto de Roma, os Estados-Partes, dentre eles o Brasil, por esse ato consentiriam em assumir obrigação com relação aos termos pactuados.

Por essa interpretação se estende essa obrigação de cooperação com o Tribunal também a outros aspectos como auxílio em investigações e procedimentos, sob pena de violação do Tratado e exposição a aplicação de sanções[420].

O Princípio *Pacta Sunt Servanda* é expresso no artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados: "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé".

Não poderá um Estado utilizar sua legislação interna como fundamento para descumprir o Tratado. Caso isso ocorra, o T.P.I. poderá elaborar um relatório e remetê-lo à Assembleia dos Estados-Partes ou ao Conselho de Segurança da ONU, conforme previsto no artigo 87, nº 7 do Estatuto[421].

---

418 PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. *Op. cit.*, p. 112.

419 *Ibidem*, p. 113.

420 JANKOV, Fernanda. *Op. cit.*, p. 269.

421 "**Artigo 87 - Pedidos de Cooperação: Disposições Gerais**
nº 7. Se, contrariamente ao disposto no presente Estatuto, um Estado Parte recusar um pedido de cooperação formulado pelo Tribunal, impedindo-o assim de exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, o Tribunal poderá elaborar um relatório e remeter a questão à Assembléia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o fato ao Tribunal."

Dessa forma, é válido abordar como se pode fazer essa adequação legislativa a partir da ratificação do Estatuto de Roma, mediante análise da adequação dos principais Princípios norteadores do Ordenamento Jurídico brasileiro e esse diploma internacional.

2.6.6.1. Estatuto de Roma e o princípio da legalidade

Quanto a esse Princípio, cabe mencionar os artigos 22, 23 e 24 do Estatuto de Roma:

> **"Artigo 22**
> ***Nullum Crimen Sine Lege***
> **1**. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.
> **2**. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.
> **3**. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto."
>
> **"Artigo 23**
> ***Nulla Poena Sine Lege***
> Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto."
>
> **"Artigo 24**
> **Não Retroatividade *Ratione Personae***
> **1**. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.
> **2**. Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada."

As falhas estariam dispostas primeiramente por não limitar as condutas tipificadas às regras do próprio Estatuto (nº 3 do artigo 22) e por não haver previsão de pena especifica para cada uma das figuras típicas. Isso é observável também com a leitura do artigo 77 do Estatuto, já transcrito, que não confere certeza nem restrição à pena.

Isso esbarraria na legislação brasileira, especificamente no artigo 5º da Constituição da República, incisos XXXIX e XLVI:

> "Art. 5º -
> XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina nem, pena sem prévia cominação legal."
> "XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;
> b) perda de bens;
> c) multa;
> d) prestação social alternativa;
> e) suspensão ou interdição de direitos."

A ponderação em sentido contrário à violação dos Princípios citados é apresentada pelo grupo de Maria Thereza de Assis MOURA que traz a argumentação de que o Princípio da Reserva Legal no Direito Internacional apresenta distinções com relação àquele do Direito Interno: "Natural, portanto, que a existência de um poder central dotado de mecanismos de coerção e persecução faça-se acompanhar de maiores garantias".

Na esfera internacional, entretanto, consideram uma visão diversa dos Princípios: "... na esfera internacional, a pulverização de forças torna frágil a implementação de um sistema punitivo. A exigência do mesmo grau de taxatividade, portanto, não levaria em consideração as especificidades e complexidades do Direito Internacional Penal"[422].

Caberia ponderar se essa leniência com as particularidades e a aparente defasagem evolutiva do Direito Internacional deveria ser tolerada e ainda assim ser aceita a criação dessa ferramenta penal internacional permanente e deficitária em garantias consagradas no direito interno há longa data.

Tal tolerância parece, portanto, deixar à vista aquilo que se busca debater nesta dissertação: que a Corte Penal Internacional não seria mais que uma "máscara de juridicidade" ao exercício de poder de um certo setor no espaço internacional. Eis

---

[422] MOURA, Maria Thereza de Assis; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *In:* AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Op. cit.*, p. 86.

porque não ater-se a "detalhes" como direitos e garantias da clientela em potencial, mesmo porque, suspeita-se, as sentenças dessa Corte comportarão um componente de cunho mais político que jurídico.

2.6.6.2. Estatuto de Roma e a prisão perpétua

A imediata repulsa da doutrina brasileira pela previsão desse tipo de sanção previsto no artigo 77, 1, alínea '*a*' do Estatuto – sem a leitura da cláusula de revisão obrigatória inserida no mesmo diploma – já que há muito é repudiada pelo Direito Interno. Foi proibida pelas Constituições de 1946 e 1967 (artigos 141, § 31 e 150, §11[423] respectivamente). As penas perpétua e de morte retornaram com o Ato Institucional nº 14, de setembro de 1969.

Pela leitura do inciso XLVII, alínea '*b*', do artigo 5º da Carta de 1988, verifica-se como cláusula pétrea a impossibilidade de prisão perpétua. Seria então caminho inevitável a não ratificação do Estatuto pelo Brasil, vez que ele não admite reservas (artigo 120).

Conforme leciona NUCCI, "o Direito Penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas"[424].

O Princípio da Humanidade materializado no artigo 5º, XLVII da Constituição, que veda as penas cruéis, incluindo-se aí a proibição a penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e de banimento, deve ser analisado conjuntamente com o inciso XLIX do mesmo artigo, que determina o respeito à integridade física e moral do preso.

---

[423] Constituição da República/1967: "Art. 150, §11 – Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confiaco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta."

[424] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito...,** p. 73.

O grupo de Maria Thereza Rocha de Assis MOURA entende que nesse aspecto: "não se deve adotar o Princípio da Prevalência dos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos sobre as normas internas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais"[425].

Flávia PIOVESAN[426] e Antônio Augusto Cançado TRINDADE[427] apontam que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm *status* de norma constitucional, em virtude do § 1º do artigo 5º da atual Constituição.

Ocorre que, por claramente não ser norma mais benéfica ao comparar com a interna, o Tratado de Roma não pode ser incorporado automaticamente ao Ordenamento Jurídico brasileiro.

Não há, por esse viés, como adequar a Constituição de 1988 às regras do T.P.I., e nem o inverso, dada a já mencionada vedação às reservas. A leitura direta do § 4º do artigo 60 da atual Constituição deixa claro o que não será objeto de proposta de reforma constitucional:

> "Art. 60 – A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
> § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> I – a forma federativa de Estado;
> II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
> III – a separação dos Poderes;
> IV – os direitos e garantias individuais."

Conforme José Afonso da SILVA, essa vedação atinge qualquer tentativa de modificar qualquer elemento conceitual da Constituição, bastando que a proposta de emenda "se encaminhe ainda que remotamente para sua abolição" [428].

Luiz Vicente CERNICCHIARO, no artigo "Pena de Prisão Perpétua" da "Revista CEJ" do Conselho da Justiça Federal, citado por MOURA[429] afirmou, que:

---

425 MOURA, Maria Thereza de Assis; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos *in* AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Op. cit.*, p. 87.

426 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito**..., p. 111.

427 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado**..., p. 407.

428 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 67.

429 CERNICCHIARO, Luiz Vicente; BITENCOURT, Cezar Roberto; LUISI, Luiz**. Pena de prisão perpétua. Revista CEJ/Conselho da Justiça Fed**eral, Centro de Estudos Judiciários, Brasília,

> "Todavia, por norma submissa à Constituição, ao aceitar o Estatuto, o Brasil, sem dúvida, por via oblíqua, estará renunciando à própria soberania. **É certo que no momento em que a política entra na sala, o direito sai pela janela**"[430]. (grifo nosso)

Entretanto, no atual contexto nacional, as leis parecem ser meros obstáculos de fácil modelagem ou remoção aos objetivos político-partidários. No mesmo artigo há a afirmação de Cezar Roberto BITENCOURT de que a sanção perpétua aceita pela ratificação do Estatuto: "viola o princípio da Humanidade e é vedada a sua instituição no Brasil, seja por meio de tratados internacionais ou por emendas constitucionais"[431]. Por fim, a opinião de Luiz LUISI expressa na mesma publicação: "São, pois, insuperáveis as dificuldades que a infeliz previsão das penas perpétuas no Estatuto criou para a sua ratificação para muitos países, mormente porque inadmitida a ratificação sem reserva"[432].

A posição adotada pelo Brasil ao final foi a de Antônio Paulo Cachapuz de MEDEIROS, que afirmou que o conflito entre o Estatuto de Roma e a Constituição da República seria apenas aparente, pois a vedação à prisão perpétua é dirigida ao legislador interno e para crimes reprimidos pela legislação nacional[433].

Além disso, há argumentos no sentido que, por cuidar o Tribunal de crimes diversos dos previstos na legislação interna, e de danosidade que ultrapassa o território nacional, a vedação constitucional para sanção não poderia ser estendida a esses casos, nem necessidade de qualquer adaptação no texto constitucional[434]. Ademais, diz Sylvia

---

CJF, n. 11, p. 37-50, 2000. *Apud* MOURA, Maria Thereza de Assis; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *In:* AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Op. cit.*, p. 89.

430 CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Op. cit.*, p. 37-40.

431 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 41-47.

432 LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 48-50.

433 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. *In:* **O que é o Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 14-15. *Apud* MOURA, Maria Thereza de Assis; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos *in* AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Op. cit.*, p. 90.

434 STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional. *In:* **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo: IBCCRIM, n. 83, 1999, p. 12-13.

STEINER, o artigo 80 do Estatuto não prejudica a aplicação da legislação de Estados que não preveem as penas do T.P.I.:

> **"Artigo 80 - Não Interferência no Regime de Aplicação de Penas Nacionais e nos Direitos Internos:**
> Nada no presente Capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas neste capítulo."

O Brasil, ao longo dos trabalhos para elaboração do Estatuto, posicionou-se contra a adoção da pena de morte e patrocinou a possibilidade de prisão perpétua em seu lugar.

A Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional do Congresso Nacional através da Mensagem nº 1.084 de 2001 aprovou o projeto de Decreto Legislativo nº 152 que também foi apreciado e aprovado no Senado Federal com o mesmo texto de André CARVALHO:

> "Tendo em vista a natureza das funções outorgadas, à luz do Regimento Interno do Senado Federal, a esta Comissão, não nos cabe realizar, nesse parecer, análise da matéria do ponto de vista de sua compatibilidade com a Constituição Federal. Todavia, pela leitura dos pareceres do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores e da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, podemos concluir pela inexistência de óbices, quanto à constitucionalidade, que possam impedir a adesão do Brasil ao Estatuto de Roma. Cabe lembrar que a Constituição Federal, no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determina que "O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos". Com efeito, **somente uma instituição com a importância e a independência conferidas ao TPI estará capacitada a afastar as ameaças do unilateralismo e da seletividade no tratamento dos crime contra a humanidade**. Como órgão que expressa o mais moderno multilateralismo e da cooperação entre os Estados, o Tribunal Penal Internacional vem sanar um antigo vácuo jurídico existente no sistema internacional, contribuindo, ademais, para prevenir as violações maciças dos direitos humanos e as ameaças contra a paz e a segurança dos Estados e, em última análise, da humanidade."[435] (grifos nossos)

---

[435] **Diário do Senado Federal**, 6 de junho de 2002, p. 10.587 e seguintes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Resenha/2002/12_dezembro.htm>. Acesso em: 01 jun. 2010.

Além desse parecer, associou-se a posição do Supremo Tribunal Federal, cuja maioria desaprovava a extensão transnacional da proibição da pena de prisão perpétua se não baseada em tratado ou lei. Cabe menção à extradição nº 693, da qual era requerente o governo da República Federal da Alemanha e que foi deferido, tendo como relator o então ministro Maurício Correa. Foi ressaltado na decisão que: "a cominação de prisão perpétua ao delito de homicídio prevista em legislação penal estrangeira, não inviabiliza a extradição, consoante reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal".

Além disso, os defensores da ratificação afirmam que a prisão perpétua na forma como se apresentava era um

> "mecanismo de exceção que se torna ainda mais residual porque, em primeiro lugar, a jurisdição internacional é, em si mesma, complementar em relação à nacional; em segundo lugar porque, dentro das penas, a perpétua é também residual e, em terceiro, porque sua própria condição de perpetuidade pode ser questionada, a partir de mecanismos de revisão obrigatória que a relativizam"[436].

Fato é que a possibilidade de aplicação de prisão perpétua a brasileiro que se encontrasse em território nacional era algo dissociado da realidade constitucional pátria até a ratificação do Estatuto.

2.6.6.3. Estatuto de Roma e a entrega de nacionais

Dentre as obrigações conferidas aos Estados que ratificaram o Estatuto está a captura e entrega de indivíduos para julgamento pela Corte, prevista no artigo 89, sejam eles estrangeiros ou nacionais. Esse dispositivo leva a cogitar de conflito com o inciso LI do artigo 5º da Constituição, que poderia ser impeditivo à ratificação. Esse inciso veda a extradição de brasileiros:

> "Art. 5º
> LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado

---

[436] CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. cit.*, p. 69.

> envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei".

O artigo 102 do Estatuto de Roma estabelece dois conceitos: *extradição* e *entrega* de nacionais:

> **"Artigo 102 - Termos Usados para os Fins do Presente Estatuto**:
> **a**) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.
> **b**) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno."

Os Tribunais Internacionais optam entre dois posicionamentos com relação à matéria: o primeiro fundado no Princípio da isonomia formal, não autoriza os Estados a invocar sua legislação interna para descumprir obrigação internacional. O segundo, inovador e que estabelece *hierarquia* na interpretação de normas diz que as normas constitucionais se aplicam apenas às relações *entre Estados soberanos*; os tribunais internacionais são organizações, daí surgir a distinção entre ***extradição*** e ***entrega*** do acusado[437].

Se a Constituição veda, em regra, a *extradição* de brasileiros, limitação essa *ratione personae*, já traz no próprio inciso LI as duas únicas possibilidades de extradição de nacionais[438].

Apesar da distinção terminológica trazida pelo artigo 102 acima, a *entrega* nada mais é que o atendimento a pedido da Corte Penal Internacional que resultará em remessa de brasileiro para fins de julgamento e eventual execução de pena fora do território nacional.

Alguns autores, como Tarcísio Dal Maso JARDIM[439], consideram que essa remessa não constitui impedimento para a ratificação do Estatuto pelo Brasil. A

---

437 JANKOV, Fernanda. *Op. cit.*, p. 268.

438 "Art. 5º - LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei."

439 JARDIM, Tarcísio Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. *In:* **O que é o Tribunal Penal Internacional.** Brasília: Centro de Documentação e

entrega é instituto *sui generis* em que determinado Estado transfere acusado para jurisdição penal que *ajudou a construir*.

Para esse autor não haveria qualquer impedimento baseado no § 2º do artigo 5º da Constituição que afirma que os direitos e garantias previstos não excluem outros decorrentes do sistema, do regime por ela adotado ou ainda de tratados de que o Brasil seja parte. Os Tratados de Direitos Humanos têm *status* de emenda constitucional, desde que cumprido o previsto no § 3º do mesmo artigo.

Ademais, cabe mencionar que, dada a impossibilidade de estabelecimento de escusas ou reservas quando da ratificação do Estatuto, os Estados-Membros, dentre eles o Brasil, por esse ato consentiriam em assumir obrigação com relação aos termos pactuados, entre eles a entrega de acusado à corte, independentemente de sua nacionalidade (brasileiro ou não), de sua capacidade oficial ou da pena a que poderá ser sujeitado[440].

Por essa interpretação, a obrigação de cooperação com o Tribunal se estende também a outros aspectos tais como o auxílio em investigações e procedimentos, sob pena de violação do Tratado e exposição a aplicação de sanções[441].

O Princípio *Pacta Sunt Servanda*, expresso no artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados determina que: "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé".

Com isso conclui-se que na visão doutrinária a distinção entre "extradição" e "entrega" não é meramente semântica: enquanto a primeira é a transferência de um indivíduo por um Estado a outro, para ser julgado ou ter a pena aplicada ante ordenamento jurídico estrangeiro, a segunda seria a cessão de brasileiro ou estrangeiro presente no território nacional para julgamento perante um Tribunal Internacional do qual o Brasil é Estado-Parte[442].

Informação, 2000, p. 31. *Apud* AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Op. cit.*, p. 94.

440 International Review of Penal Law (v.72), 3e et 4e trimestres 2001, Section I – The International Criminal Court: Selected Considerations for Ratification and National Inplementing Legislation, p. 793. *Apud* JANKOV, Fernanda. *Op. cit.*, p. 269.

441 JANKOV, Fernanda. *Op. cit.*, p. 269.

442 *Ibidem*, p. 268.

Outro ponto que merece destaque é a proteção constitucional dada a estrangeiros que cometem crimes políticos ou de opinião.

Algumas condutas punidas no Estatuto de Roma, como o genocídio (art. 6º) tiveram definição anterior. Conforme já mencionado no item 2.6.3, o genocídio é descrito objetivamente já na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 11 de dezembro de 1948, e hoje é parte do Direito Internacional costumeiro. No artigo 3º dessa Convenção, além do genocídio em si são também puníveis: o conluio para cometê-lo, bem como a tentativa e a cumplicidade na prática do delito. Também é punível a incitação direta e pública para o mesmo fim.

Eis que cabe o questionamento quanto à possível natureza política desses últimos atos. Caso alguém fosse envolvido em semelhante acusação de "conluio" ou "cumplicidade" para com essas práticas, tendo atribuído a si mero papel acessório imputado mais por questões de coloração política que evidências práticas ocorridas no Estado de origem, sendo esse país vinculado por ratificação ou convênio *ad hoc* com o T.P.I., e estivesse em território brasileiro, qual poderia ser o posicionamento oficial do Brasil quando solicitado a entregar esse acusado.

Pelo já analisado entende-se que, a predominar a interpretação vigente, não haveria opção ao Brasil, ainda que diante de um perseguido político a quem foi concedido asilo, senão entregá-lo aos cuidados da Corte Internacional, desconsiderando o inciso LII do Artigo 5º da Carta Magna.

2.6.6.4. Estatuto de Roma e a questão das imunidades

A mesma vinculação se observa com relação ao artigo 27 do Estatuto, que afasta o reconhecimento por aquela Corte de qualquer hipótese de imunidade, parlamentar ou diplomática, decorrente de lei interna ou internacional:

> **"Artigo 27 - Irrelevância da Qualidade Oficial**
> **1**. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso

> algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.
> **2**. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa."

Ao se analisar o artigo 25, nº 3, alínea '*e*' do Estatuto verifica-se que

> **"Artigo 25 - Responsabilidade Criminal Individual**
> **1**. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.
> **2**. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.
> **3**. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:
> **....**
> **e**) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática;"

Desta forma, seria possível que o parlamentar cuja palavra proferida no âmbito do mandato, e cujo entendimento fosse considerado como de incitação ao genocídio poderia responder ante o T.P.I., tendo em vista a ratificação do Estatuto.

A Constituição da República, nos artigos 53 e 29, VIII, confere imunidade aos parlamentares para o exercício independente de suas funções. O professor René Ariel DOTTI classifica essa imunidade absoluta como "prerrogativa funcional de exclusão da ilicitude"[443]. A conduta em questão seria a do artigo 286 do Código Penal, ou seja, incitação ao crime:

> "Art. 286 – Incitar, publicamente, a prática de crime:
> Pena: detenção de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa."

Ocorre que, entre as obrigações assumidas com a ratificação do Estatuto de Roma, pelo Princípio previsto artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos

---

[443] DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – parte geral** 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 283.

Tratados, o *Pacta Sunt Servanda*, já mencionado, há obrigação de entrega de nacionais sem restrições com relação à sua ‘capacidade oficial’.

Com isso, embora haja no Brasil imunidade absoluta conferida aos parlamentares pelo artigo 53 da Constituição com relação à opinião, à palavra e ao voto, com essa previsão para entrega irrestrita há a exceção a essa prerrogativa, conferindo entendimento que, após a ratificação, alguma dessas autoridades nacionais, possam ser entregues e julgadas perante essa Corte Internacional.

Dada a subjetividade do tema, cabe ressalva quanto à necessidade de esclarecimento da *natureza* e *intensidade* desse ‘incitamento’ que deverá ser feito quando da análise dos ‘elementos do crime’, visando a prevenção da abertura desmedida do tipo.

A primeira questão é o efeito que determinada expressão pode gerar sobre a coletividade, causado a eclosão ou agravamento de processo de genocídio. Exemplo disso são as transmissões das estações de rádio de Ruanda durante o conflito de 1994. O Tribunal Penal *ad hoc* lá instalado condenou um acusado com base apenas com base em declarações que teria feito em público e que foram consideradas como motivadoras de violências contra os *Tutsis*.

De acordo com decisão de 02 de setembro de 1998, no parágrafo 555, o Tribunal *ad hoc* de Ruanda pondera que meras expressões provocativas não podem ser consideradas suficientes para a imputação desse crime, mas que o termo ‘genocídio’ sequer precisa ser utilizado textualmente.

Verifica-se, portanto, um problema adicional: *prima facie*, poderia o crime do artigo 25, nº 3, alínea ‘*e*’, ser considerado *tipo penal aberto*, passível, portanto de temerárias interpretações ao interesse e conveniência do julgador.

2.6.6.5. Estatuto de Roma e a imprescritibilidade de crimes

Existe previsão para imprescritibilidade de crimes tanto na Constituição brasileira quanto no Estatuto do T.P.I. Ocorre que os crimes imprescritíveis são diferentes nos dois diplomas. Enquanto a Carta, nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º,

prevê imprescritibilidade para a prática de racismo, ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático, o Estatuto de Roma, no artigo 29, estabelece de forma clara que todos os crimes de sua competência são imprescritíveis e dolosos – devem ter sido cometidos com intenção e conhecimentos dos elementos materiais do crime[444]:

> **"Artigo 29 - Imprescritibilidade**
> Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem."

À medida que o estabelecimento por parte do constituinte de apenas duas causas de imprescritibilidade, de forma taxativa, configura-se vedação ao legislador infraconstitucional de criar novas hipóteses de imprescritibilidade.

Como ensina René Ariel DOTTI[445], a opção pela imprescritibilidade, tanto da pretensão punitiva quanto da executória, "atenta contra o espírito da própria Constituição". Lembra o jurista que da forma como está representa "ameaça eterna de sacrifício de bens jurídicos do infrator", indo contra outro inciso do próprio artigo 5º da Carta, que proíbe a pena de caráter perpétuo (XLVII, 'b'), já transcrito.

A tendência do Direito Internacional a aceitar a imprescritibilidade de certos delitos é observável na Resolução 2.391 da ONU de 1968 que adotou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes Contra a Humanidade (Anexo II). Esta Convenção entrou em vigor em novembro de 1970 após a décima adesão. Cabe lembrar que o Brasil *não ratificou essa Convenção*.

Para indicar quais crimes seriam imprescritíveis a Convenção remete aos crimes referidos no Estatuto de Nuremberg e, quanto aos crimes de guerra, menciona a Convenção de Genebra de 1949, enfatizando os delitos mais graves. Ao se referir aos crimes contra a humanidade não faz distinção se cometidos em tempo de guerra ou de paz.

---

444 MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 110.
445 DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 682.

Embora pareça de difícil assimilação em face à existência do artigo 109 do Código Penal, a argumentação trazida a favor da ratificação do Estatuto – e que prevaleceu – é de que o óbice é aparente e não merece acolhida:

> "quando o legislador mencionar uma ou duas hipóteses, não se pode deduzir, necessária e automaticamente, a exclusão de todas as outras. Até mesmo porque, no caso brasileiro, não há previsão explícita de uma regra geral de prescritibilidade de delitos" [446].

Dessa forma, noções que estão intimamente relacionadas com a existência do Direito Penal em si, a segurança jurídica e a pacificação social mediante a sensação de ausência de impunidade, mas também através da razoabilidade de estabelecer um fim previsível à possibilidade de constrição da liberdade individual por parte do Estado pela via penal sucumbem ante essas regras. Resta, portanto, a noção de um Direito de claro viés retributivo, vingativo, inequívoco retrocesso característico dos movimentos dos últimos 20 anos em matéria criminal que, no âmbito doméstico é denominado por MOLINA e GOMES de "**modelo político-criminal *paleorepressivo***"[447].

2.6.6.6. Estatuto de Roma e o princípio da complementaridade

O artigo 1º do Estatuto de Roma afirma que a jurisdição do T.P.I. é complementar à dos tribunais nacionais. A partir dessa premissa deve ser analisado o artigo 17 (Anexo I).

Nas alíneas '*a*', '*b*' e '*c*' do nº 1 desse artigo, como critério para fixação de competência dessa Corte está o fato da jurisdição nacional não se apresentar "disposta" ou "capaz" de atuar[448].

Maíra MACHADO[449] analisa os termos: "ausência de disposição para atuar" compreende a situação em que o Judiciário nacional processaria o caso somente com o

---

[446] MOURA, Maria Thereza de Assis; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos *In:* AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Op. cit.,* p. 96.

[447] MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Op. cit.,* p. 515.

[448] MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.,* p. 108.

intuito de subtrair o acusado de sua responsabilidade perante o T.P.I., conforme o artigo 17, nº 2, alínea '*a*'. Pela alínea '*b*' do mesmo dispositivo abarca-se a situação em que a excessiva duração do processamento é injustificada, tendo o mesmo intuito do caso anterior. A alínea '*c*' visa interferir quando o processo se deu de forma não independente ou imparcial.

Quanto à "capacidade para investigar ou processar" verificará e avaliará se as condições de funcionamento da Justiça de determinado Estado impedem que se leve a cabo o processo no âmbito doméstico, conforme o nº 3 do mesmo artigo.

MACHADO[450] alerta que o Estatuto não esclarece se essas condições de admissibilidade se estendem às três partes capazes de iniciar um procedimento no T.P.I., os Estados-parte, promotor e Conselho de Segurança da ONU, ou se o último não é incluído.

A mesma autora traz outra importante ressalva[451]: o exercício da jurisdição do T.P.I. independente de provocação do Conselho de Segurança, depende do consentimento do Estado onde ocorreu o crime ou do Estado de nacionalidade do acusado. Além disso, o Estatuto somente fala em "Estados-Partes", sem se ater às distintas populações ou etnias que neles possam existir.

Ambos os aspectos podem levar a situações problemáticas; a se tomar como exemplo o conflito entre China e Tibet, se a primeira vier a intervir sobre a população do segundo (a ponderar que o território tibetano foi ocupado pela China em 1950), a China seria o "Estado onde ocorreu o crime" e dessa forma duvida-se que o TPI teria consentimento para atuar nos crimes eventualmente lá cometidos. Além disso, a China seria o "Estado de nacionalidade" dos possíveis acusados. Ter-se-ia grande possibilidade de impunidade por falha do Estatuto.

---

449 MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 108.
450 *Ibidem*, p. 108.
451 *Ibidem*, p. 112.

2.6.6.7. Estatuto de Roma e a garantia da coisa julgada

Prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, a garantia da coisa julgada é criação jurídica que, nas palavras de Guilherme de Souza NUCCI, dá imutabilidade a decisão judicial na tentativa de que insegurança na solução de determinado conflito não se perpetue[452]. Conforme o mesmo autor, "o mal de uma justiça imutável pode ser menor do que a busca incessante de justiça, no fundo, igualmente impalpável e sempre discutível"[453].

A coisa julgada é afastada pela ratificação do Estatuto de Roma nos casos em que, *unilateralmente*, se considerar que houve simulacro de processo.

Ao se falar em coisa julgada, fala-se em coisa julgada *material*, ou seja, quando o mérito da causa foi decidido, reconhecendo ou afastando a pretensão punitiva estatal. No processo penal, é de se lembrar, sempre é possível pela via da revisão criminal, a correção de erro judiciário quando a decisão que adquiriu definitividade é condenatória. Quando, no entanto, a decisão de mérito que transitou em julgado é absolutória, não é cabível a revisão *pro societate*, adquirindo essa decisão qualidade de *coisa soberanamente julgada*[454].

Importante lembrar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, que entrou em vigor no Brasil em 1992 (Decreto 678 de 6 de novembro de 1992) em seu artigo 8º, nº 4, já mencionado anteriormente, prevê a coisa julgada como garantia processual mínima – preceito que deve ser considerado assimilado constitucionalmente pelo Parágrafo 2º do Artigo 5º da Carta – e, finalmente, que o Código de Processo Penal brasileiro prevê a exceção de coisa julgada no § 2º do artigo 110.

> "Art. 8º - Garantias Judiciais
> 4 – O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos motivos."

---

452 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 332.

453 *Idem*.

454 NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo**..., p. 334.

Dessa forma, a ratificação do Estatuto de Roma pode pôr em xeque essa garantia inerente ao Estado de Direito.

Flexibiliza-se a impossibilidade de novo processo, com os mesmos sujeitos processuais, pedidos e causa de pedir, a chamada *função negativa da coisa julgada*[455], impeditiva até mesmo da revisão criminal quando *in malam partem.*

Embora o artigo 20 o Estatuto de Roma preveja a garantia do *ne bis in Idem*, mediante o respeito à coisa julgada, o mesmo dispositivo, em seu nº 3 abre possibilidade de afastamento da vedação:

> **"Artigo 20 - *Ne Bis in Idem***
> **1**. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.
> **2**. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.
> **3**. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, **a menos que** o processo nesse outro tribunal:
> **a**) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
> **b**) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo eqüitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça." (grifo nosso).

Assim, as alíneas *'a'* e *'b'* do nº 3 desse Artigo trazem hipóteses de "simulacros de processos" já discutidos anteriormente. Ocorre que a decisão acerca da ocorrência ou não do "simulacro" será *unilateral*, geradora, portanto, de inequívoca insegurança jurídica, o que deveria ter sido suficiente para levar a não ratificação do Estatuto por parte do Brasil.

Parecem descabidas as linhas argumentativas mencionadas por MOURA no sentido de viabilizar o afastamento do óbice à ratificação, seja pela suposta não

---

[455] GRINOVER, Ada Pellegrini. Eficácia e autoridade da sentença penal. São Paulo: RT, 1978, p. 14. *Apud* MOURA, Maria Thereza de Assis; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *In:* AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Op. cit.,* p. 97.

existência de identidade de demandas, ou seja, o processo que se desenvolveria perante a Corte Internacional seria diverso daquele ocorrido internamente ou ainda pela não identidade de partes por haver novo órgão acusador[456].

Essa linha argumentativa justifica que jurisdição internacional não reconhece a coisa julgada produzida pelo Direito interno pois, embora a matéria debatida possa ser a mesma, as partes são outras (com relação ao polo ativo) e os aspectos debatidos serão diferentes[457]. Ian BROWNLIE faz ressalva de que o instrumento constitutivo de um Tribunal Internacional pode estabelecer, ao contrário do ocorre com o Estatuto de Roma, o reconhecimento da coisa julgada produzida pelos Estados-Membros[458].

O discurso oficial do Direito Penal afirma que ele visa, em última análise, trazer a paz social (Capítulo 3). Institutos como a prescrição e a coisa julgada são manifestação desse objetivo. Dispositivos como a imprescritibilidade e a flexibilização da coisa julgada material não parecem ser mais que demonstrações claras daquilo a que veio o Estatuto de Roma e sua corte: ser instrumento de exercício de poder unilateral, cristalizando ainda mais a divisão mundial de forças e consolidando as relações de domínio e submissão na esfera internacional. É a conhecida "justiça de vencedores" ainda a agir, porém agora semioculta sob um manto de juridicidade. A demonstração disso é, afinal, objetivo desta dissertação.

2.6.6.8. Estatuto de Roma e leis nacionais de anistia

O Princípio da Complementaridade da jurisdição do T.P.I. implica, conforme o já analisado Artigo 17 do Estatuto, que essa Corte somente poderá processar e julgar caso que o Judiciário nacional não quiser ou não for capaz de julgar.

Não há, porém, exceção referente às leis de anistia que costumam surgir após grandes conflitos internos e que visam, como no caso brasileiro, permitir acordos

---

456 MOURA, Maria Thereza de Assis; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos *In:* AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Op. cit.*, p. 99.

457 BROWNLIE, Ian. *Op. cit.*, p. 65.

458 *Idem.*

nacionais e possibilitar transições político-jurídicas para modelos mais democráticos sem maiores tensões.

Eis que o Estatuto de Roma, uma vez ratificado, não reconhece essas leis, e poderá, além de criar ou aumentar tensões internas, não resolver questões relativas a violações de direitos humanos.

Diversos pontos do Estatuto de Roma são motivos de preocupação quanto ao teor democrático. Um ponto de destaque se encontra já na abertura do Preâmbulo do referido Tratado e em seu artigo 1º:

> "PREÂMBULO
> Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns, de que suas culturas configuram um patrimônio comum e observando com preocupação que esse delicado mosaico pode se romper a qualquer momento,
> Tendo presente que, neste século, milhões de crianças, mulheres e homens têm sido vítimas de atrocidades que desafiam a imaginação e chocam profundamente a consciência da humanidade,
> Reconhecendo que esses graves crimes constituem uma ameaça para a paz, a segurança e o bem-estar da humanidade,
> ...
> Dedicados a por um fim à impunidade dos autores desses crimes e contribuir assim para a prevenção de novos crimes,"
>
> "Art 1º - Fica instituído pelo presente um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, estará facultada a exercer sua jurisdição sobre indivíduos com relação aos crimes mais graves de transcendência internacional, em conformidade com o presente Estatuto, e terá caráter complementar às jurisdições penais nacionais. A jurisdição e o funcionamento do Tribunal serão regidos pelas disposições do presente Estatuto"[459].

Dessa forma, o Estatuto deixa clara sua intenção de trazer ante si os *indivíduos* (não Estados) que porventura cometam delitos de sua competência, mesmo que os ordenamentos jurídicos dos países aos quais pertençam não prevejam os delitos de sua competência como figuras penais, impondo-se o ajuste do ordenamento interno.

Diferentemente do previsto nos Tribunais *ad hoc* que puniam por crimes não previstos à época do cometimento (em desacordo, portanto, com o Princípio da

---

[459] MAIA, Marielle. **Tribunal Penal Internacional, Aspectos Institucionais, Jurisdição e Princípio da Complementaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 137-138.

Legalidade, e em claro exercício de vingança privada), esta corte, a exemplo do que se fez nos ordenamentos internos, passa a adotar esse Princípio.

Embora restrinja sua atuação a condutas cometidas após a entrada em vigor do Estatuto (artigo 11), o artigo 12 e principalmente o artigo 124 ferem diretamente essa condição isonômica, demonstrando que a *complementaridade* do T.P.I. pode ser também vista como nada mais que uma submissão à soberania do Estado nacional.

> "Art. 12 – Condições prévias para o exercício da Jurisdição
> ...
> § 3º – Se a aceitação de um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária, em conformidade com o parágrafo 2º, tal Estado **poderá**, mediante declaração depositada junto ao Secretário**, consentir que o Tribunal exerça sua jurisdição** sobre o crime em apreço. O referido Estado cooperará com o Tribunal sem demora nem exceções, em conformidade com a Parte IX." (grifos nossos)
>
> Art. 124 – Não obstante o disposto no parágrafo 1º do art. 12, um Estado, ao se tornar parte no presente Estatuto, poderá declarar que, durante um período **de sete anos** contados a partir da data em que o Estatuto entrar em vigor para esse Estado, **não aceitará a jurisdição do Tribunal** sobre a categoria de crimes referida no artigo 8º (os chamados "crimes de guerra" N. do A.), quando o crime presumivelmente tiver sido cometido por seus nacionais ou em seu território. **A declaração prevista no presente artigo poderá ser retirada a todo momento**...." (grifos nossos).

Assim sendo, conclui-se que ***somente se submeterão àquele Tribunal os que assim o desejarem***. Os criticados jusnaturalistas precisavam de artifícios hermenêuticos para defender interesses segmentares.

Com isso, o Estatuto de Roma, à forma que se encontra, nada mais é que uma forma de dar aspecto jurídico para a manutenção do *status quo* internacional, ou seja, o predomínio da força mediante imposição de valores segmentares.

Abole-se os Tribunais *ad hoc*, mas estabelece-se o absolutismo no campo internacional. Pune-se não quem delinque, mas quem desagrada à autoridade. Dá-se foro ao **direito penal do inimigo** (item 3.9).

Cabe lembrança à crítica feita já há quase 250 anos por BECCARIA[460] ao exercício do *potestas puniendi* dos governos absolutistas, onde sugere uma eficácia da máquina punitiva estatal obtida através da certeza da punição, o que seria obtido através de leis justas, mediante previsão de penas mais brandas e proporcionais às condutas, mas inexoráveis e aplicáveis a *todos* que praticassem os crimes previstos.

Sob aspecto cronológico, o Direito Internacional ainda aguarda seu período das luzes.

Constituem paradigma as palavras da promotora Louise ARBOUR:

> "...eu defendo um Tribunal cujo campo de ação seja restrito mas que tenha verdadeiros poderes de coação em relação aos Estados. [...] Necessitamos de uma Corte forte encarregada de fazer com que a verdade venha a tona em uma área que conta com um consenso universal: o genocídio, os crimes contra a humanidade, etc."[461].

O paradoxo está em que foram proferidas pela Procuradora dos Tribunais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda, cortes de exceção.

Naturalmente é desejável a limitação internacional da soberania estatal, desde que essa não se caracterize pela imposição de valores que não os de uma verdadeira Comunidade Internacional pretendida fundada em princípios de democracia e promoção da dignidade humana.

Acredita-se haver superado o 'estado de natureza' hobbesiano, de um 'direito natural' significando um direito de autopreservação sem limites. Talvez se possa crer ser ao menos o 'bom selvagem' de ROUSSEAU, aquele que exibia "qualidades superiores" aos indivíduos que viviam no "estado de natureza".

Questiona-se, portanto, se tal Humanidade seria capaz de criar uma ordem jurídica que a legitimasse a *julgar* de forma adequada o que lhe é diverso, mas o homem contemporâneo, "pós-moderno", não suporta o *contrário*, o *diverso*.

---

460 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

461 BALEZAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A Justiça Penal Internacional. Sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia.** Barueri: Manole, 2004. p. 67.

O primeiro passo a superar o Estado Natural (LOCKE) ou de Natureza (HOBBES, ROUSSEAU) é a submissão de *todos* os membros de um pacto social às regras emanadas do conjunto social. Isso está longe de acontecer.

O T.P.I., embora isento da pecha de tribunal de exceção, não tem como evitar o rótulo será daquela de ser *instrumento togado da lei do mais forte* a se manter intacto seu Estatuto. Sua simples pré-existência não lhe tirará o aspecto pejorativo. Não será *ad hoc*, mas tampouco será menos ilegítimo.

Um aspecto de relevância foi aventado por EIROA[462], ao relatar controvérsia suscitada pela Índia durante a Conferência de Roma, quando se discutiu a possibilidade de uma acusação penal da competência da corte internacional a ser criada poder sofrer qualquer intervenção por parte dos Estados membros do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Isso, disse o orador, colocaria ainda mais em evidência:

> "...constituiria uma violação da igualdade soberana, tanto no sentido da igualdade em si mesma, como no sentido da igualdade ante à lei, pois implica que os cidadãos dos cinco membros permanentes dos Conselho de Segurança, por definição, não cometerão os delitos previstos no Estatuto da Corte Penal Internacional ou, em todo caso, se os cometessem, estariam em posição superior à lei e, de tal forma, teriam impunidade de iure, enquanto o resto dos indivíduos em todo o mundo seriam sempre vistos como potenciais autores desses crimes."

Verifica-se, no entanto, que o art. 13 do Estatuto prevê que os processos poderão ser desencadeados por denúncia de um dos Estados-Parte (alínea *a*), mas *também* do Conselho de Segurança ao Procurador (alínea *b*), e por fim pelo Procurador, de ofício, (alínea *c* e art. 15, § 1º).

Pior situação, conclui o relato de EIROA[463], é aquela que envolve acusados que são nacionais de Estados que não ratificaram o Estatuto e que cometeram crimes nesses Estados. Nesse caso o problema se transfere à esfera política, cuja intromissão em aspectos jurisdicionais é temerária e faz sucumbir a legitimidade da Corte. Há

---

[462] EIROA, Pablo. **La Corte Penal Internacional. Fundamentos y Jurisdición.** Buenos Aires: Ad Hoc, 2003. p. 172-173.

[463] *Ibidem*, p. 173.

ainda questões como a política adotada pelos Estados Unidos de, através de acordos bilaterais ou multilaterais, visam garantir a não entrega de seus nacionais que venham a cometer crimes da competência do T.P.I. no território de Estados que tenham ratificado o Estatuto de Roma.

Como bem salientam BAZELAIRE e CRETIN, há a demonstração de um "***continuum* que levou de Nuremberg a Roma**"[464].

A solução que se consegue vislumbrar passa pela alteração do Estatuto de Roma, mediante adoção de dispositivos democráticos mediante a consideração dos valores das múltiplas culturas e povos envolvidos, afastando a imposição de conceitos ocidentais ou regionais a civilizações diversas. A se crer num objetivo de pacificação do ambiente internacional, e não de mera perpetuação de um jogo geopolítico de forças anacrônicas, vislumbra-se que somente a implementação de valores que tenham por escopo principal a dignidade humana dos destinatários das normas criadas (entendidos individualmente ou de forma coletiva), poderá conferir legitimidade ao Estatuto de um Tribunal dessa espécie.

Por fim, cabe verificar, os efeitos gerados a partir da incorporação das normas do Estatuto de Roma ao Direito Penal Interno brasileiro, o que será feito no próximo Capítulo.

---

[464] BALEZAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *Op. cit.*, p. 73.

CAPÍTULO 3. INFLUÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO: A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO

Conforme se buscou debater, o importante ganho de efetividade conferido ao Direito Internacional, em especial na área penal com o novo paradigma criado a partir do estabelecimento de uma Corte Permanente terá reflexo nas Constituições dos Estados-Partes e no conceito de dignidade da pessoa humana materializado pelos Direitos Humanos aos quais esse Estatuto, ao menos tangencialmente, visa tutelar.

Este Capítulo objetiva demonstrar quais reflexos a legislação penal internacional pode trazer aos Ordenamentos Internos dos Estados-Partes, mediante as adequações necessárias que nestes se teve de promover em vista da ratificação do Estatuto do T.P.I. A partir do perfil do Direito Penal contido no Estatuto de Roma, procura-se aqui constatar qual contribuição pode ter trazido aos regramentos penais internos e apontar se essa participação poderia ter sido mais ampla ou voltada para outros fins diversos dos atingidos.

Para isso, é necessária a constatação das peculiaridades e problemas do Direito Penal Interno, de forma a se verificar em que um Direito Internacional Penal democrático e efetivamente promotor da dignidade humana poderia contribuir, não só para a tutela desses valores na esfera internacional, mas para seu aprimoramento no âmbito dos Estados, bem como breve exame da natureza da relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional.

Quanto a essa última questão, o confronto teórico se dá entre as Escolas do *Monismo* e do *Dualismo*. Embora ambas pressuponham a possibilidade de tanto o Direito Interno quanto o Internacional atuarem sobre um mesmo objeto, questionam qual ramo deve prevalecer[465].

Como leciona GOMES, o confronto entre Monismo e Dualismo se refere ao posicionamento hierárquico que os ordenamentos estatais conferem às normas

---

[465] BROWNLIE, Ian. *Op. cit.*, p. 44.

internacionais. Isso se relaciona diretamente com aspectos da soberania e "concepções relativas à unidade ou não do Direito Interno e Internacional"[466].

Podem ocorrer conflitos entre normas internacionais e normas internas e esses podem ser solucionados de quatro modos distintos, de acordo com os dispositivos constitucionais dos Estados envolvidos, a saber: pode haver previsão de adoção irrestrita das normas internacionais pelo Direito Interno, sem estabelecimento de primazia entre as ambas. Em segunda hipótese, além da adoção global da norma internacional, há ainda previsão constitucional de primazia dessa com relação ao Direito Interno. Na terceira possibilidade os Estados aceitam o sistema de incorporação obrigatória da norma internacional, mas não de forma automática e, por fim, a hipótese daqueles Estados cuja Constituição prevê a submissão às normas internacionais, mas sem tratar da integração dessas ao ordenamento interno[467].

Para o *Dualismo* de Carl Heinrich TRIEPPEL e Alfred VERDROSS, Direito Interno e Internacional regulam duas ordens jurídicas diferentes e igualmente válidas. O primeiro regula relações entre Estados soberanos, o segundo as relações entre os súditos e destes para com o Estado a que estão ligados. Cada ramo não teria poder de criação ou modificação sobre as regras do outro. Assim, quando o Direito Interno aplica alguma regra do Direito Internacional em sua jurisdição, em verdade o que faz é exercício de sua autoridade em adotar tal dispositivo[468].

As duas ordens caminham em paralelo, observando-se eventuais conflitos quando da internalização de normas internacionais.

O *Monismo* de KELSEN, DUGUIT e SCELLE se divide em duas categorias. Uma afirma a primazia do Direito Internacional mesmo no âmbito interno, partindo do conceito do indivíduo como sujeito de Direito Internacional. É um conceito, naturalmente, incompatível com a noção de soberania estatal tradicional. Por essa linha, as normas internacionais, além de ter aplicabilidade direta no ordenamento estatal, teriam poder de derrogar regras internas que lhes fossem contrárias[469]. De

---

466 GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos**..., p. 173.
467 *Ibidem*, p. 174.
468 BROWNLIE, Ian. *Op. cit.*, p. 44.
469 GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos**..., p. 178.

acordo com Hans KELSEN, os dois ramos fazem parte de um mesmo sistema de normas cuja validade é dada a partir de uma *norma fundamental*. O sistema de Direito Internacional fornece a norma fundamental para as ordens jurídicas internas. Dessa forma, as normas fundamentais dos ordenamentos internos são determinadas por uma norma de Direito Internacional, essas normas internas podem ser rotuladas de normas em sentido relativo. Quem daria o fundamento último de validade dos ordenamentos internos seria a norma fundamental do Direito Internacional, estabelecendo-se uma relação de interdependência, senão de *hierarquia* entre elas[470].

A segunda categoria monista reconhece aplicabilidade direta das normas internacionais no ordenamento interno, mas nega-lhes vigência quando há incompatibilidades entre ambas[471].

Por fim, há *teorias de coordenação* que tentam fugir à dicotomia sumariamente mencionada acima. Gerald FITZMAURICE, conforme mencionado anteriormente (item 2.6.6), atribui supremacia a cada sistema, Interno e Internacional, em suas esferas. O que pode ocorrer é um *conflito de obrigações*, ou seja, uma impossibilidade – criada ao Estado pelo Direito Interno – de agir internamente em conformidade com o que determina o Direito Internacional. Isso geraria não uma invalidade do Direito Interno, mas uma responsabilização do Estado diante do Direito Internacional[472].

Ocorre que um Estado não pode invocar seu Direito para descumprir obrigações internacionalmente assumidas por tratado. Embora haja um dever de conformar o Direito Interno ao Direito Internacional para atender a essas obrigações, só constitui violação das regras internacionais quando o descumprimento é observável não em abstrato, mas no caso concreto[473].

Cabe mencionar a dubiedade da posição brasileira, quando não expressa de forma clara na Constituição qual forma de recepção de normas internacionais adota.

---

470 BROWNLIE, Ian. *Op. cit.*, p. 46.
471 GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos**..., p. 178.
472 BROWNLIE, Ian. *Op. cit.*, p. 46.
473 *Idem*.

Segundo GOMES, ao não esclarecer a hierarquia entre as ordens, o Brasil adota a teoria *Dualista* e o princípio da *lex posteriori derrogat anteriori*[474].

Por outro lado, o Direito Penal tem, em sua estrutura teórica e instrumental (Direito Processual Penal), distorções que necessitam ser reconhecidas e superadas. O que se discute a seguir são esses desdobramentos do monopólio estatal da administração da justiça criminal, para, ao final, sugerir como um Direito Internacional Penal efetivamente democrático poderia contribuir para a superação ou atenuação desses problemas históricos.

Reflexo de um discurso liberal que parte de valores relacionados a uma isonomia meramente formal, de igualdade perante a Lei, confere-se acesso ao Judiciário para a busca de direitos eventualmente inobservados e proteção de bens jurídicos, independentemente das possibilidades individuais. O Direito Penal, dado seu grande poder interventor sobre a sociedade, acaba por se converter em ferramenta para concretização de outros objetivos.

O discurso da proteção de bens jurídicos e a harmonização da sociedade mediante a intervenção pública ante a prática de ilícitos não consegue se sustentar a uma análise mais detida. As funções paralelas do Direito Penal acabam por rapidamente se sobressair.

A partir do momento em que se pretende criar uma Corte Penal Internacional prévia à prática de delitos e à qual, além dos Estados e organizações, mesmo o indivíduo possa recorrer diante de infrações que o Estado tenha praticado em seu desfavor se apresenta um horizonte favorável à necessária promoção da dignidade humana e superação das claras desigualdades entre os povos.

O T.P.I. distingue-se de outras Cortes em que o indivíduo tem legitimidade ativa, podendo demandar contra Estado que tenha praticado algum ilícito; no T.P.I. há a peculiaridade de não ser Estado, mas pessoa humana a ocupar a condição de réu.

Simultaneamente, porém, surge o questionamento a partir da observação de seu regramento: o que se constata é que o Direito criado no Estatuto de Roma que poderia consistir em fluxo de autêntica promoção e garantia a valores essenciais à

---

[474] GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos**...., p. 179.

humanidade, entra em cena simplesmente repetindo o desgastado discurso criminal do Direito Interno, apenas expandindo-o a um contexto mais amplo. O Estatuto parece converter o ambiente internacional em um “grande Estado”.

As claras distorções e privilégios que o uso (e a existência) da máquina penal trazem no contexto estatal podem (e é o foco dessa dissertação) conduzir a fenômenos ainda mais danosos se meramente reproduzidas no campo internacional, dada a maior diversidade conceitual e social que este contém.

Ademais, no âmbito interno, as normas penais são produto de trabalho legislativo com (relativa) representatividade social. Na elaboração do Estatuto de Roma, conforme já discutido (item 2.6.1), essa representatividade de todos os segmentos dos tutelados é ainda menor, levando à produção de normas com baixa legitimidade. A responsável por isso é, indubitavelmente, a estrutura da Organização das Nações Unidas, sobretudo de seu Conselho de Segurança. As possibilidades favoráveis à Humanidade deixam com isso de ser exploradas.

O objetivo, portanto, que se pretende atingir neste Capítulo é demonstrar os desvios presentes no Direito Penal tradicional que ainda adota o mesmo discurso liberal de tutela de bens jurídicos e trabalha a partir de valores pré-concebidos pertinentes somente a determinados grupos de uma sociedade, e apontar que esses estão claramente presentes no Estatuto de Roma.

Mais que isso, se discute como esse regramento poderia servir a interesses maiores da Humanidade e deixou de fazê-lo, justamente por ser oriundo de uma estrutura que é tolerante com a desigualdade, ou melhor, que é um importante exemplo de ausência de isonomia e de imposição de valores a partir da força bélica e econômica, como é o caso da O.N.U. Para tanto, passa-se a discutir inicialmente o Direito Penal Interno e suas normas, seus objetivos oficiais e paralelos.

3.1. DIREITO PENAL: CONCEITOS E OBJETIVOS

Disse Hans WELZEL que o Direito Penal é “a parte do ordenamento jurídico que determina as ações de natureza criminal e as vincula com uma pena ou medida de

segurança”[475]. Sendo assim, entende-se que o papel atribuído a esse ramo do Direito é o de proteger bens jurídicos elementares de uma sociedade.

Mais que isso, lembra esse autor, visa promover o respeito a esses valores[476].

O Direito Penal, portanto, tem uma função ético-social que transcende à mera tutela de bens jurídicos.

WELZEL indica ainda que não é adequada a visão de bem jurídico como algo individual. O Direito Penal teria como missão a proteção de valores ético-sociais antes de amparar bens jurídicos individuais[477].

A multiplicidade de discursos de justificação do Direito Penal é reflexo da divisão estamental das sociedades.

O delito é uma construção social. Atende às necessidades, peculiaridades e anseios de um conjunto social, seus costumes e valores. As figuras penais são, por isso, construídas e desconstruídas à medida que atendem ou não a essa realidade.

Como diz Eugenio Raúl ZAFFARONI, o delito é uma construção que “cumpre certa função sobre algumas pessoas e acerca de outras, e não uma *realidade* social individualizável”[478].

Prova recente dessa afirmação é vislumbrada na Lei 11.106 de 2005 que revoga tipos penais, bem como altera outros.

A título exemplificativo, desapareceu o tipo penal de ‘sedução’ (antigo artigo 217 do Código Penal), dado seu anacronismo, bem como termos como “mulher honesta” que figurava em outras figuras típicas.

A ideia de um *delito natural*, conduta que, nas palavras de BARATTA[479] teria um seu núcleo ofensa a valores e interesses fundamentais das sociedades ou nações *civilizadas* revela-se, portanto, carente de substrato e portadora de preconceitos.

---

475 WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 27.
476 *Ibidem*, p. 30.
477 *Ibidem*, p. 32.
478 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 53-56.
479 BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 42.

As tentativas de *universalização de valores* que levariam à estruturação de um ordenamento jurídico comum à humanidade não são compatíveis com o ambiente social ou jurídico internacional.

Se no campo doméstico o jogo de forças e poderes que leva à criminalização primária (de pessoas) e secundária (de condutas) atende a interesses setoriais ou estamentais, essa realidade pode ser potencializada se vista no contexto do convívio entre as nações.

As críticas feitas ao jusnaturalismo, dentre elas de criação de uma nebulosidade jurídica que visava beneficiar determinados segmentos sociais, podem ser pertinentes ao quadro jurídico internacional atual.

Para se fazer um paralelo com a Criminologia, cabe breve menção à Teoria das Subculturas Criminais de Edwin SUTHERLAND e Albert K. COHEN, e a negação do Princípio da Culpabilidade. À medida que não se vê no 'outro' um semelhante, barreiras morais que impediriam a prática de ilícitos ou a violência deixam de influir no comportamento dos indivíduos. Assim, em momentos de confronto social ou internacional, a estratégia da desumanização do inimigo como forma de motivação ou convencimento ao combate é usual (tema que será abordado no item 3.9).

No estudo criminológico, à medida que as teorias sociológicas norte--americanas do século XX tentam se afastar do paradigma etiológico e sua ligação com a legitimação do Sistema de Justiça Penal, acabam por oferecer também explicações para a criminalidade como fenômeno social, e não como produto de determinismo biológico ou de ação decorrente de simples exercício do livre arbítrio.

A partir dessa análise tem-se que em um universo social há um padrão cultural dominante que impõe valores. À medida que ocorre diversidade de culturas poderá haver choque de valores entre os subgrupos. Se a partir dos valores dominantes é que se estruturam os ordenamentos jurídicos internos, torna-se de fácil previsão que condutas diversas a esses valores acabarão por ser criminalizadas como forma de controle social. Da mesma forma, torna-se contígua a conclusão que o arcabouço penal

se configura em forma de imposição e reafirmação dos valores de um segmento social dominante[480].

Teme-se que essa realidade interna já analisada há tempo pela Criminologia venha a se reproduzir agora em âmbito internacional, não mais sob forma de uma Corte de exceção, mas de um Tribunal Permanente, fundado na lei do mais forte e com o objetivo maior de perpetuar como absolutos valores segmentares.

Uma alternativa trazida pela doutrina são os **Sistemas Regionais de Proteção**, já discutidos no Capítulo 1, que têm por objetivo internacionalizar os Direitos Humanos no plano *regional* e trazer uma maior autenticidade das decisões.

Resta claro, como já visto na análise inicial do artigo de Boaventura de Souza SANTOS[481] (item 1.4), que a identificação desses Regimes Regionais de aplicação de Direitos Humanos demonstra que eles não podem ser "universais" em sua aplicação e deveriam ter seus conceitos construídos de forma diversa e mais autêntica.

Conclui-se que todas as civilizações tendem a considerar seus valores como os mais adequados, mas, lembra SANTOS, somente o Ocidente os formula como "universais". Universalidade e "Universalismo", paradoxalmente, somente existem na cultura ocidental.

O Direito Penal, na lição de Juarez Cirino dos SANTOS, é "o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis nos autores de condutas incriminadas"[482].

O mesmo autor lembra que o *objetivo declarado* do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, valores relevantes à sociedade, selecionados mediante critérios político-criminais, e o faz mediante a ameaça de uma *pena*[483]. Em última análise, busca a *pacificação social* mediante alguma forma de tutela aos envolvidos.

---

480 BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p 69-83.
481 SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões....**
482 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal parte geral.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.
483 *Ibidem*, p. 4-5.

Já os *objetivos reais* do Direito Penal, o colocam como "centro de estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas" [484].

Isso se dá em virtude de os aparelhos de poder estatais reproduzirem, mediante proteção diferenciada, interesses, desigualdades e condições materiais da vida social.

Eis que a pretensa *neutralidade* do Direito Penal, à medida que o exercício do *jus puniendi* passa, em forma de monopólio, às mãos do Estado[485], é apenas aparente[486]:

> "os titulares desses bens jurídicos pertencentes aos contingentes marginalizados do mercado de trabalho, sem função na reprodução do capital (a força de trabalho excedente das necessidades do mercado), não são protegidos nem como sujeitos, nem como objetos: são destruídos ou eliminados pela violência estrutural das relações de produção, ou pela violência institucional do sistema de controle social, sem conseqüências penais"[487].

Cabe, inclusive, questionar, como fez Jacinto COUTINHO, até que ponto a neutralidade e imparcialidade do Direito são reais e desejáveis[488]. A ação estatal poderia ser mais desejável que sua neutralidade, tentando fazer do Direito Penal um instrumento de produção de igualdade material e não o inverso, como se vê atualmente.

COUTINHO lembra que a busca dessa *neutralidade* se devia à crença em uma razão de *validade universal.* Diz o autor que "a época de aceitar discursos universalistas, com o devido respeito de quem possa pensar o contrário, passou"[489].

---

484 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 6-14.

485 Ensina Ada Pellegrini GRINOVER: "Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se. A única atividade admitida pela lei quando surge o conflito é, como vimos, a do Estado que substitui as partes." *In:* CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiro, 2003, p. 132.

486 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 7.

487 *Ibidem*, p. 11-12.

488 COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda (Coord..). *Op. cit.*, p. 44.

489 *Ibidem*, p. 42- 45.

A partir da consciência de que os indivíduos podem determinar o rumo da História, não há motivos para alguém esconder sua ideologia. Eis porque esse autor defende a imparcialidade jurisdicional somente no sentido de não pender previamente a nenhuma das partes envolvidas. É direito e dever do julgador e do Direito, transmitir valores, construir.

Essa ação, entretanto, pode ser direcionada de diversas formas. A partir de uma atuação do Judiciário Internacional se poderia, conforme se tenta aqui demonstrar, converter a Corte Penal Internacional num foro de preservação das garantias da pessoa humana. Ao contrário, o que se faz é dotar essa organização do mesmo discurso de justificação pela proteção de bens jurídicos do Direito interno, já tão desgastado e não mais convincente. Acredita-se, seja isso uma forma de desperdiçar uma grande oportunidade em prol do desenvolvimento do Direito Internacional, mas sobretudo, da dignidade humana.

A manutenção do regramento penal internacional nos moldes em que se encontra configura-se na perda de um valioso mecanismo para correção de erros históricos do Direito Penal.

3.2. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL COMO ELEMENTO PACIFICADOR DA SOCIEDADE: O VIÉS DA DEMOCRACIA

Ao observar a história das primeiras comunidades organizadas verifica-se não haver distinção entre Direito, Moral e Religião. O primeiro ramo jurídico a ser desenvolvido, certamente, foi o Direito Penal, porém, é claro, não nos moldes atuais. A sofisticação de um grupo social pode ser aferida pela forma com que conceitua os delitos, como apura responsabilidade e como os pune[490].

O que é observável na análise comparativa das sociedades é que o crime é uma *mácula* que deve ser *apagada* a qualquer custo. A "*punição é a destruição simbólica*

---

[490] BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas – um estudo sobre os preconceitos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55.

do crime"[491]; é, portanto, providência essencial à preservação do grupo, e assim, ainda que se puna sem a certeza da autoria, a tendência é buscar dentro de um *subgrupo* os possíveis autores *em potencial*.

A punição de culpado (ou mesmo de inocente) é essencial para acalmar o rumor do grupo. *A noção de impunidade é mais desastrosa que a da injustiça*.

Esse pensamento persiste até a atualidade. Em determinado período a vingança deixa de ser privada e passa a ser divina, com a dosimetria das punições feita pelos sacerdotes. Posteriormente, com a fixação do homem à terra e com institutos jurídicos como o casamento, a propriedade, a sucessão já consolidados, tem-se que a vingança passa a ser pública, limitando o poder familiar ou individual de castigar.

Surge, porém, a pena de natureza aflitiva visando, pelo viés expiatório, a exemplaridade, como já observável no Código de Hamurabi de cerca de 1950 a.C.[492] que, entretanto, também apresenta preocupação com o acusado e o critério proporcional da pena. As sanções estatais, observáveis em diversos povos antigos, ainda que distantes entre si, são sempre de caráter cruel. Supõe-se que o Estado, ao punir com severidade desmedida, busca reafirmar seu papel centralizador do *ius puniendi*, mais que propriamente sancionar a transgressão.

O cárcere como pena vem somente com o Direito Canônico, que supunha que o isolamento e o sofrimento seriam a via adequada para a expiação dos pecados[493].

Anteriormente, o aprisionamento do réu era mera medida cautelar para aplicação de outras sanções corporais.

Com o Iluminismo, que teve entre suas fontes a revolução científica que mudou os conceitos que o homem tinha do mundo e de si próprio, a Razão passa a ser a norteadora das atividades humanas.

Tem-se como reflexo a discussão que se abriu sobre a *necessidade* e natureza das sanções penais, como se observa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que considera que deveriam se restringir ao "estritamente

---

[491] BACILA, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 56.
[492] DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 126-127.
[493] *Ibidem*, p. 136.

necessário". A obra já mencionada do Marquês de BECCARIA, "Dos Delitos e das Penas", de 1764, é um importante marco teórico daquele momento. Representou, como diz DOTTI, "uma síntese da filosofia francesa aplicada ao Direito e ao Processo Penal"[494], onde expressa sua preocupação com as "violências físicas e morais praticadas no nome da justiça criminal"[495].

Sempre atual, a obra, acredita-se é, até hoje, ferramenta essencial no exercício do magistério jurídico, sobremaneira na área criminal.

BECCARIA defende a clareza das leis e a moderação das penas, que devem ser proporcionais aos delitos praticados e, principalmente, como relação ao tema aqui debatido, denuncia o uso da lei penal em favor de minorias dominantes. Uma lei da Toscana, região da Itália, onde foi primeiramente publicada sua obra, e por ela inspirada, aboliu, em 1786, a pena de morte. Sua contribuição foi essencial à promoção do Direito, e sobretudo de valores que até hoje se busca atingir por seu intermédio.

Com o *Corpus Iuris Canonici*, do século XV[496] surgem outros institutos como o subjetivismo, superando o modelo germânico baseado apenas na responsabilidade objetiva, e aprimorando aquilo que já previa o Direito Romano. Como indica Nilo BATISTA, fez-se o "uso teórico da vontade na atribuição do fato a seu autor...explorando minuciosamente as relações entre vontade, fins e meios"[497].

Passa-se a distinguir a conduta dolosa da culposa e os fatos resultantes de caso fortuito. Leva-se em conta também a imputabilidade do acusado, bem como a coação física ou moral e o erro[498].

O receio diante do Estatuto de Roma é que, por conveniência política, se deixe de proceda a um importante passo evolutivo nesse caminhar lento percorrido pelas ciências penais e se converta a primeira Corte Penal Permanente em mecanismo de retrocesso. Causa preocupação, no caso brasileiro, o convívio imposto pela ratificação

---

494 DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 144.
495 *Idem*.
496 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 166.
497 BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 206.

do Tratado entre os valores proveniente do Estatuto de Roma com aqueles constantes da Constituição de 1988, que, apesar da retórica que se tente utilizar para compatibilizá-los, acredita-se, sejam de difícil harmonização.

Essa discussão entre os valores norteadores da Constituição e aqueles que balizam o Estatuto do T.P.I. é abordada a seguir.

3.3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está presente já no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República.

José Afonso da SILVA[499] afirma que o *Princípio da Igualdade Jurisdicional* se dirige primariamente *ao legislador*, e não simplesmente ao aplicador. Consiste numa limitação, sob pena de inconstitucionalidade, da regra produzida. Dirige-se também *ao magistrado*, que deverá, ao interpretar as leis, evitar distinções.

A lei não pode criar situações de desigualdade. Seja no momento de condenar o juízo de exceção, seja ao estabelecer parâmetros hermenêuticos que visem tratamento isonômico (de natureza *substancial*), ou ao tentar criar, mediante argumentação de cunho demagógico, dispositivos que, mediante análise sistemática, são incompatíveis com seus valores maiores.

Esses institutos, lembra SILVA, são indissociáveis da *Democracia*.

Cabe discutir, entretanto, a existência de um ***Princípio Penal da Dignidade da Pessoa Humana***, que deveria ser o regente dos demais e que levaria a afirmar que toda lei que o afrontasse seria inconstitucional.

Nesse sentido, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO[500] afirma que o **respeito ao ser humano** (no caso, o ocupante do polo passivo na relação jurídico--processual penal: o réu) **não pode ser sacrificado em nome do interesse coletivo**.

---

498 DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 137.
499 SILVA. José Afonso da. *Op. cit.*, p. 217.
500 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito..., p. 76-7.

Trata-se, como dizem Celso BASTOS e Ives Gandra MARTINS[501] "não apenas de um princípio penal, mas de um fundamento do Estado Democrático de Direito".

José Afonso da SILVA ao falar em tutela 'jurisdicional do hipossuficiente', remete-se apenas à institucionalização do Direito do Trabalho[502].

Torna-se objeto de preocupação quando, ao contemplar o texto Constitucional, que recentemente completou 20 anos, verificar qual a visão e a tutela que confere a um segmento da sociedade que é também *hipossuficiente*: a clientela do Sistema de Justiça Penal.

Constata-se que a Carta Magna, embora possa não parecer num primeiro momento, é um texto fortemente penalizador. O Constituinte admite a punição, sem se preocupar em fundamentar sua existência, restringindo-se ao papel de *limitador da punição 'excessiva'*[503]. Com a ratificação do T.P.I. mesmo essas limitações acabam por ser flexibilizadas, expondo-se o nacional brasileiro, mediante o mecanismo da "entrega", a punições das quais até então estava imune.

3.4. A JUSTIÇA RETRIBUTIVA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A análise quanto à homogeneidade do texto constitucional pode acabar por demonstrar, como dito, que o amplo caráter democrático do texto Constitucional não é observável quanto trata de temas penais. Transforma-se em retórica que evanesce e expõe uma face penalizadora retributivista pela omissão em estampar na Constituição a finalidade que o Estado brasileiro atribui à sanção penal.

É justamente o Direito Penal que parece suprir essa deficiência constitucional. Somente na lei ordinária, em particular na Lei de Execução Penal[504], se encontra a

---

501 MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil.** v. 1 São Paulo: Saraiva, 1988, p. 425. *Apud* Id.

502 SILVA. José Afonso da. *Op. cit.*, p. 463.

503 Art. 5º XLVI, alíneas.

504 O artigo 1º da Lei 7.210 de 1984 diz que "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

finalidade pretendida pelo legislador nacional para punir (e essa seria a retribuição, mas também a prevenção e a *humanização*[505]).

A necessária vinculação do Direito Penal aos Direitos e Garantias Fundamentais traz uma visão mais relacionada à proteção do indivíduo frente aos abusos do Estado que à punição propriamente dita. Visa-se superar o discurso oficial do Sistema de Justiça Penal em desempenhar o papel de tutelar bens jurídicos e punir para atenuar as angústias sociais.

Se o crime sempre existirá, a 'pacificação social' poderá se dar mediante a atuação estatal sobre a infração e o infrator, sem que isso implique em violência ou desrespeito a direitos que lhe são assegurados, tanto como cidadão, quanto por sua condição de hipossuficiente enquanto mantido sob tutela estatal.

O respeito ao devido processo legal caracteriza, portanto, a superação da *vingança privada*. Nessa linha, a "pacificação social" mediante a atuação do Sistema de Justiça Penal se dá pelo desestímulo à autotutela, enquanto a sociedade for capaz de observar a ausência de inércia estatal diante da transgressão.

De acordo com a visão de Renato Sócrates Gomes PINTO[506], são implicações de um modelo de Justiça meramente Retributiva conceitos como:

> *ser o "crime ato contra a sociedade, representada pelo Estado;*
> *o interesse na punição é publico;*
> *a responsabilidade do agente é individual;*
> *há o uso estritamente dogmático do Direito Penal;*
> *utiliza-se de procedimentos formais e rígidos;*
> *predomina a indisponibilidade da ação penal;*
> *a concentração do foco punitivo volta-se ao infrator;*
> *há o predomínio de penas privativas de liberdade;*
> *existem penas cruéis e humilhantes;*
> *consagra-se a pouca assistência à vítima."*

Ao passo que uma Justiça Restaurativa é caracterizada pelo mesmo autor como aquela em que se observa, de acordo com a mesma doutrina:

---

505 MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

506 PINTO, Renato Sócrates Gomes. Carta Forense. n. 51, agosto de 2007, p. 45. *In* NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito...,** p. 376-378.

> *"o crime é ato contra a comunidade, contra a vítima e contra o próprio autor;*
> *o interesse de punir ou reparar é das pessoas envolvidas no caso;*
> *há responsabilidade social pelo ocorrido;*
> *predomina o uso alternativo e crítico do Direito Penal;*
> *existem procedimentos informais e flexíveis;*
> *predomina a disponibilidade da ação penal;*
> *há uma concentração no foco conciliador;*
> *existe o predomínio da reparação do dano causado ou da prestação de serviços comunitários;*
> *as penas são proporcionais e humanizadas;*
> *o foco de assistência é voltado à vítima;"*

É recomendável a adoção de um modelo que não priorize simplesmente a retribuição. À medida que se opta pela importação e adoção dos modelos estrangeiros repressivos como "Lei e Ordem" e "Tolerância Zero", transforma-se o Sistema de Justiça Penal em ferramenta para, sob o discurso penalizador, disfarçar a falta de alternativas ou o despreparo na atuação sobre a questão criminal (e social) num contexto de profunda desigualdade social como o brasileiro.

Nesses modelos de justiça criminal largamente adotados no Brasil desde a década de 1990, não se pune *adequadamente* visando contramotivar a criminalidade, mas se acaba por punir *indiscriminadamente* sob a denominação de "rigor" ou atendimento ao "clamor popular".

O desgastado modelo de adoção de constantes elevações do *quantum* da sanção e de criação de novos tipos penais é ineficaz no combate à delinquência, vez que desconsidera suas causas e atua (mal) somente nas consequências.

É o que Antonio García-Pablos de MOLINA e Luiz Flávio GOMES denominam ***modelo paleorepressivo***, caracterizado pelo corte de direitos e garantias fundamentais, agravamento da execução penal e, naturalmente, incremento de penas e na criminalização de condutas[507].

Nesse contexto, leis que beiram o absurdo são criadas sem levar em conta seus desdobramentos, eventuais ou necessários. Isso acaba por dar visibilidade a uma nefasta "tradição" nacional de que certas regras são criadas para não ser observadas, nem por seus destinatários nem ao menos por aqueles que têm atribuição de aplicá-las

---

[507] MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. (Coord.). *Op. cit.*, p. 515.

ou zelar por seu cumprimento. Seria, portanto, uma forma de “acordo tácito” ou “cumplicidade” entre Estado e sociedade, onde se tolera uma realidade em que certas leis são cumpridas ao passo que outras têm papel meramente decorativo. Com esse peculiar “pacto” nacional de convívio entre leis ‘efetivas’ e ‘figurativas’, o legislador tem duplo proveito: pode demagogicamente afirmar tanto o cumprimento do “dever” quanto não haver causado dano à esfera jurídica de ninguém com leis excessivamente repressivas, pois o que se produziu sabidamente foi reduzido a “letra morta”. Ainda assim, não se deixa de introduzir no Ordenamento jurídico instrumentos que são desconformes a seus objetivos sistematicamente analisados pela ótica constitucional. Um Estatuto Penal Internacional democrático poderia ser o freio a essas iniciativas internas que encontrariam nas regras internacionais incluídas no arcabouço jurídico o necessário contraponto.

Como exemplo de Justiça Restaurativa e de interação positiva entre Estado e sociedade, cabe menção ao período de transição ocorrido na África do Sul, na passagem do modelo discriminatório estatal (*Apartheid*) para a normalidade democrática. Sob a administração de Nelson Mandela pode-se observar a *depuração através do luto*, ou seja, o amplo debate social das questões que envolveram o incompreensível regime pautado por parâmetros raciais. Graças a esse período de transição as inúmeras mazelas sociais puderam ser gradualmente superadas ou atenuadas. Impôs-se, porém, graças à racionalidade daquele governo, a vedação a movimentos persecutórios e revanchistas que poderiam levar à violência étnica e à guerra civil.

Num paralelo a isso se pode colocar o recente debate ocorrido no Brasil sobre a Lei 6.683/79, a Lei da Anistia. As iniciativas que tentam, passados mais de 30 anos de sua promulgação, alterar a *mens legis* de então – anistia bilateral – a representantes tanto da repressão estatal quanto dos militantes em grupos armados (então chamados “subversivos”) visando a pronta pacificação social, encontram fundamento exatamente nesse caráter amplo dessa legislação.

A crítica a essa Lei se encontra justamente no fato que teria impedido esse período “depurativo” e é o que fundamentaria, em outros Estados, o julgamento de

réus acusados de crimes de guerra praticados há décadas, como os julgamentos de militares participantes dos governos ditatoriais argentinos dos anos 1970. Não seria apenas o desejo de punição (retribuição) dos males praticados, até porque punir corporalmente nonagenários em nada engrandeceria o Direito ou a Humanidade, mas acaba por gerar a oportunidade de discutir à exaustão o ocorrido em si, de prantear os mortos e desparecidos e de oportunizar à sociedade foro para externar seu repúdio a tais atos, para poder então esquecê-los definitivamente.

Embora psicologicamente inteligível, o que não parece adequado é o uso do Judiciário para esse fim depurativo. Permitido isso, ele abriria mão de institutos e princípios essenciais para saciar o (explicável) "clamor" ou anseio populares sobre determinado tema.

Dessa forma, parece, abrir-se-ia brechas a julgamentos convertidos em espetáculos e se confirmaria realidade facilmente observável na justiça criminal (sobretudo com o sistema inquisitório vigente): a conversão do réu em mero em objeto de análise, reificando-o e, na hipótese acima discutida, o abandono de sua condição humana, transformando-o em mero coadjuvante num processo de depuração psicológica coletiva, por mais compreensível que seja.

Não parece que nenhum fim possa justificar o uso do Direito e de seus instrumentos para relegar a pessoa humana (qualquer que seja a conduta que tenha praticado) a condição diversa daquela que sua dignidade inerente exige.

A condição de hipossuficiência do réu frente ao Estado-juiz transfere à entidade pública responsabilidade sobre esse patrimônio humano inalienável do réu.

O Estado não pode ceder ante o discurso da *revanche* ou da *catarse coletiva* sob pena de perder totalmente sua legitimidade como julgador, e converter-se, assim como seus magistrados-*presentantes*[508], em simples membros de um comitê de linchamento, como se acredita ter ocorrido nos tribunais *ad hoc* aqui mencionados (Capítulo 2)[509].

---

[508] Termo utilizado por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO. Nesse sentido ver: COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Op. cit.*, p. 11.

[509] Quanto a isso cabe menção à suposta afirmação de Winston Churchill que, sugeriria que, ao final da II Guerra Mundial, os líderes do 'Eixo' fossem "colocados em uma calçada e fuzilados".

Ante as críticas feitas aos muitos erros e excessos cometidos pelas Cortes de exceção, argumentou-se, em sua defesa (e de seus mentores) com a excepcionalidade do momento de sua criação. Esse argumento, porém, não poderá ser usado em favor do T.P.I., dada sua anterioridade aos fatos que julga. Não se pode permitir que se transforme, como parece ser seu destino, em organismo permanente da imposição unilateral de valores ou de expiação das dores sociais a atuar sob um manto de juridicidade precária que tenta ocultar os interesses segmentares hegemônicos.

3.5. A SELETIVIDADE E FRAGMENTARIEDADE DO DIREITO PENAL

A se partir da premissa que a vida em sociedade é pautada a partir de valores que posteriormente são transcritos em normas portadoras de uma ameaça de sanção, tem-se esses ditames convertidos em requisito para a continuidade do grupo mediante a reafirmação de seus valores. É de se mencionar que esses critérios axiológicos são decorrentes do processo de estruturação cultural de uma sociedade.

Ocorre que o exercício da aplicação da justiça não pode ser analisado de forma limitada à mera incidência do ordenamento jurídico a um fato. Como indica Katia Duarte de CASTRO, além da sujeição dos membros do grupo social a certos valores através da norma (sobretudo a norma penal), há outro mecanismo mais sutil que visa tornar os indivíduos ativos na preservação e resguardo de valores cultuados num grupo social[510]. É o que se observa, por exemplo, no rito do Júri, em que membros da comunidade, inscritos ou convocados, se tornam coautores de uma decisão judicial. O mesmo raciocínio ocorre quando o legislador processual penal justifica a decretação de prisão cautelar fundada na "garantia da ordem pública" ou "clamor popular"[511].

Embora revelador da personalidade desse governante, que em pouco parece diferir daquela dos que pretendia executar, ao menos não pretendeu esconder-se sob o manto de uma *legalidade ad hoc* para praticar o ato homicida.

[510] CASTRO, Katia Duarte de. **O Júri como instrumento do controle social.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 100.

[511] Código de Processo Penal: "*Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*".

Dessa forma, a legislação penal é um mecanismo de controle social mediante a limitação das ações individuais pelo grupo cuja vontade seria expressa a partir de um consenso de valores.

Conforme já discutido (item 1.2.1), o Estado nasce da superação da comunidade primitiva fundada em grupos familiares, sendo o marco da passagem do estado de natureza ao estado civil[512].

Na doutrina encontram-se visões diversas a respeito da finalidade do controle social, como a de ENGELS que afirma que a finalidade do controle social resultante da produção normativa estatal visa manter o *status quo* do segmento dominante do grupo social, evitando que a luta de classes conduza à anarquia[513].

São regras que externam a reação da coletividade (ou de um segmento preponderante dela) diante de ações que ameaçam a ordem estabelecida naquele grupo.

Os mecanismos psicológicos de desencadeamento do chamado 'comportamento desviado' são objetos recorrentes de estudo, que parecem se dirigir à preservação de um modelo que contesta ou não se adequa aos interesses preponderantes.

Emile DURKHEIM, sob a influência de Auguste COMTE e Herbert SPENCER, afirma que toda sociedade, visando a manutenção do controle interno, tem mecanismos externos ao indivíduo que o pressionam a adotar determinado comportamento[514]. Ocorre que essa linha *funcionalista* pressupõe um *consenso* prévio entre os membros de um grupo quanto aos valores adotados, algo idealizado, como ocorre com o pacto social de ROUSSEAU.

Pode-se, de forma mais condizente com a realidade, admitir que esse alinhamento comportamental pretendido não seja determinado pelo grupo em face de um indivíduo *desviante*, mas sim *entre grupos ou segmentos*, prevalecendo o rol normativo dominante, sob ameaça de sanção[515].

---

512 CASTRO, Katia Duarte de. *Op. cit.*, p. 101.

513 BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade. Para uma teoria geral da política.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 74.

514 CASTRO, Katia Duarte de. *Op. cit.*, p. 104.

515 MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Op. cit.*, p. 303.

A Sociologia criminal contemporânea pode ser analisada por seu ramo europeu (vinculado a DURKHEIM), ou norte-americano (que pode ser identificado pela Escola de Chicago)[516]. Há em ambos o reconhecimento de que o crime é resultado de uma tentativa de adaptação de indivíduo ou grupo a imposições sociais ou culturais de uma sociedade. Dessa forma, a criminalização de hábitos ou costumes é mais claramente mecanismo de domínio que de preservação da 'ordem'.

A denominada Criminologia da Reação Social demonstra que as análises realizadas pelos modelos criminológicos anteriores utilizavam-se de métodos e traziam dados cuja utilidade maior era a de atender aos interesses das classes dominantes.

É, portanto, inequívoco o caráter fragmentário e seletivo do Direito Penal e do sistema de justiça que o operacionaliza. Alessandro BARATTA[517] alerta para o aprofundamento desse caráter e de seus mecanismos de atuação na sociedade capitalista, para atender a valores que servem, em última análise, à manutenção de seu *status quo* mais que à tutela dos valores constantes do discurso oficial.

Juarez Cirino dos SANTOS aponta que a proteção de bens jurídicos realizada pelo Direito Penal é de natureza *subsidiária* e *fragmentária*[518]. Subsidiária, pois pressupõe um atuar principal realizado por outros meios (mais efetivos) do instrumental sócio-político-jurídico estatal. Fragmentária, pois se destina à proteção de apenas *alguns* bens jurídicos (os selecionados para esse fim) e não todos aqueles definidos pela Constituição da República. Numa sociedade capitalista, *vida*, *liberdade* e *patrimônio* são os polos em torno dos quais orbita o Direito.

Há uma estreita relação entre Direito Penal e desigualdade social, tanto na criação das regras penais como quando em sua aplicação. O fenômeno aprofunda-se ainda mais na extremidade final do Sistema de Justiça Penal, o encarceramento.

O cárcere representa, como bem ensina BARATTA, "a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal"[519].

---

[516] MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Op. cit.*, p. 303.
[517] BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 166-7.
[518] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 5.
[519] BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 167.

Assim, lembra Cirino dos SANTOS, se a seleção de bens jurídicos que serão tutelados mediante tipificação de condutas que os ofendam – a "criminalização primária" – parece *neutra*, o processo de seleção dentre os indivíduos que transgrediram regras, definido quais serão submetidos ao Sistema Penal – a "criminalização secundária" – reflete claramente a posição social dos indivíduos selecionados[520].

A ampla efetividade dos Princípios constitucionais pode ser o caminho para contenção do processo de estigmatização dos segmentos sociais desfavorecidos. Isso é possível num contexto estatal, com uma ordem constitucional vinculante; no campo internacional, entretanto, dadas suas peculiaridades, a dificuldade em se atingir alguma forma de isonomia, ainda que formal, é significativa.

Conforme se tenta demonstrar, o Direito Penal é utilizado como mecanismo de controle social e político, sendo instrumento de manutenção de um estado de coisas conveniente a um segmento dominante. A legislação penal internacional vigente (Estatuto de Roma) parece ser um mero reflexo dessa prática estatal.

Ocorre que, uma vez selecionado pela via da criminalização primária ou secundária, o indivíduo, embora autor de conduta tida como ilícita – e portanto reprovável pela sociedade, conforme noção clássica de 'dano social' (o delito não ofende apenas à vítima, mas toda a sociedade[521]) – ao sofrer a persecução estatal, sempre estará em condição de hipossuficiência. Assim, o acusado torna-se credor de uma tutela estatal, da mesma forma que o ofendido.

As recentes alterações legislativas penais brasileiras demonstram preocupação do legislador diante do ofendido, numa forma (ao se utilizar o termo já desgastado pelo mau uso) de *resgate* da vítima da criminalidade[522]. Mas a condição do réu como mero "objeto de análise" persiste, como reflexo do sistema inquisitório ainda vigente.

---

520 BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 167.

521 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 102.

522 Emblemático disso é o novo artigo 201 do Código de Processo Penal que veio com a Lei 11.690 de junho de 2008, que determina que se comunique à vítima quando o réu adentrou ou deixou o cárcere.

Por outro lado, submetido o acusado à avaliação estatal, mediante o processo, e condenado, resta saber da finalidade (e da necessidade) da sanção penal.

Se se pode afirmar que a sanção é necessária para que a sensação de impunidade seja afastada e com ela se restabeleça a confiança na atuação estatal e com isso, afinal, preserve-se os liames sociais institucionalizados, por outro lado a crença na finalidade da sanção voltada ao condenado (retributiva) não parece sustentar-se em outro fundamento que não a simples *vingança*.

O questionamento da existência da sanção penal nos moldes atuais é tema relevante no direito interno. Ao se observar o mesmo ponto no âmbito do atual Direito Internacional Penal, pode-se colocar de forma mais clara quais finalidades são embutidas nas penas lá previstas. Anteriormente ao Estatuto de Roma se podia falar em sanção internacional com característica mais difusa que a interna. O viés político dos processos previstos na atual conformação desse Estatuto deixa visível que aspectos inerentes à pessoa do réu são tão ou mais determinantes do deslinde do caso penal que os fatos delitivos em si. Necessário é, portanto, o debate sobre a sanção penal, a partir dos conceitos do Direito Interno.

3.6. FUNÇÕES DA SANÇÃO PENAL – OFICIAIS E SIMBÓLICAS

O discurso *oficial* do direito penal quanto à existência e finalidade da sanção consiste em afirmar que esta é[523]:

a) *denúncia*: por levar à demonstração da desaprovação da sociedade àquele crime;

b) *dissuasão*: pois visa a contramotivação à prática de certa conduta e do crime em geral;

c) *incapacitação*: por proteger a sociedade do criminoso mediante sua remoção do seio do grupo social;

---

[523] NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

d) *reabilitação*: já que visa a reeducação do ofensor no sentido do cumprimento das determinações legais;

e) *retribuição*: ao aplicar ao condenado sanção proporcional ao crime praticado.

Cabe lembrar, entretanto, que a *pena tem funções simbólicas*[524], dentre as quais a punição de certos comportamentos para cobrir um número maior de condutas que permanecem, por esse mecanismo de interação e autopreservação das instâncias sociais dominantes, imunes ao processo de criminalização.

Por essa linha lógica, torna-se uma *legislação álibi*[525] que visa realizar os *resgates históricos* (expressão de uso corriqueiro na atualidade e que parece refletir não mais que os clichês neoliberais), e, por esse *mecanismo dissuasório*, desviar atenções e preservar interesses dominantes historicamente protegidos da ação legal.

Acontece que, para que esses mecanismos "político-jurídicos" possam iludir a sociedade, alguns terão de sofrer consequências e esses, necessariamente, serão os *clientes habituais* do Sistema de Justiça Penal. Ou seja, se para atender ao "clamor popular", como já dito, cria-se ou eleva-se determinada sanção em abstrato, abre-se a possibilidade que alguém, em determinado momento, venha efetivamente a ser submetido a ela.

Se, por questões de política eleitoral ou controle social há necessidade, em certos períodos, de atender a demandas desse cariz, o estamento dominante cuida para que ninguém *relevante* seja sacrificado.

Ora, se para compatibilizar interesses de geopolítica internacional foi necessário inserir institutos desconformes com o perfil do texto constitucional, como a imprescritibilidade, inafiançabilidade, insuscetibilidade de indulto ou graça[526], é

---

524 BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 166.

525 Termo utilizado por Marcelo NEVES ao falar em "Constitucionalização simbólica" em NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã – uma relação difícil.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 256.

526 Entende-se por prescrição a "perda do direito do Estado de punir ou executar a pena em razão do decurso do tempo, tornando inútil a aplicação da sanção penal, seja porque a sociedade esqueceu-se do fato, seja porque o criminoso, de algum modo, modificou se comportamento ou expiou sua culpa". *In* NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito**..., p. 593.

possível que se tenha agido, no caso brasileiro, sabendo que não se pretendia colocar em prática tais dispositivos (atendendo a uma 'tradição' pátria já abordada). Isso ocorre não tanto por não se crer em seu efeito contramotivador, mas simplesmente como álibi, como demonstração de "boas intenções" do legislador, dando-lhe oportunidade de se omitir em outros temas relevantes.

O recrudescimento da legislação penal já mencionado tem, além de outros, o efeito imediatista de mostrar que o Estado não está apático, quando, em verdade, atesta sua incapacidade em manejar o problema criminal (e por conseguinte a desigualdade social). O máximo que se tem observado no Brasil dos últimos tempos é o mero assistencialismo paralelo à perpetuação da política criminal eminentemente retributiva.

Acredita-se estar, também, diante de outro expediente comum no meio nacional: o uso político-eleitoral da legislação penal. Sabe-se que a Política é diversa da 'política' dos palanques, dos discursos inflamados e inconsequentes que buscam o apoio popular imediato, sobretudo dos menos esclarecidos, que ainda se impressionam com frases de efeito e retóricas vazias de candidatos e ocupantes de cargos eletivos.

Esse discurso deveria, após a investidura no cargo, ser substituído pela razão, pela ação possível, sob a égide da Lei, colocando de lado o falar vazio da 'política' em seu significado menor. Essa lógica histórica parece ser esquecida em alguns momentos e o tema que se discute nesta dissertação parece retratar um deles.

Fiança é garantia real, pagamento em dinheiro ou entrega de valores ao Estado como forma de asseguar a permanência em liberdade durante um processo penal. É uma forma de caução. *In* NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo...,** p. 600-1.

Graça é a clemência destinada a *determinada pessoa*, mediante perdão concedido discricionariamente pelo Presidente da República. Pode afetar todas as sanções impostas ao condenado, sendo então chamada "total" ou apenas alguns aspectos da condenação, quando é nomeada "parcial" e então, por não extinguir a punibilidade, é chamada de "comutação" da pena *In* NUCCI, **Manual de Processo**..., p. 564.

Anistia é a "declaração, pelo Poder Público, de que determinados fatos se tornam impuníveis por motivo de utilidade social". É, portanto, instituto voltado a *fatos*, e não a pessoas. *In* NUCCI, **Manual de Processo**..., p. 563.

São negados esses institutos aos agentes acusados ou condenados pela prática dos delitos abarcados pelos incisos XLII, XLIII e XLIV do artigo 5º da Carta Política, bem como, conforme se verá no Capítulo 2, pelo Estatuto de Roma, que desconsidera essas iniciativas internas, ante a jurisdição internacional.

Como aponta Luiz MOREIRA[527], "A soberania do povo na democracia representativa é autônoma apenas para se fazer representar". Cabe discutir se aquilo que é produzido mediante essa representação está ou não em conformidade com os valores sociais, ou se atende apenas aos interesses dos representantes.

A determinação, por exemplo, de sanção ou persecução eternas, mediante a imprescritibilidade, não é condizente com a vontade social. Embora se saiba que o conjunto social é segmentado e que nem todos os setores têm adequada representação, isso se choca, sistematicamente, conforme dito, com os valores maiores trazidos pela própria Constituição.

O Estatuto de Roma reforça essa dissociação de valores, e mesmo assim foi ratificado e teve seus conceitos introjetados no Ordenamento Jurídico nacional.

Isso aumenta a tendência a questionar a própria existência do Sistema de Justiça Penal, já que cada vez mais se deixa claro que sua finalidade real é diversa daquela que tenta apresentar. Nesse sentido vão as teorias do Agnosticismo e do Abolicionismo Penal que passam a ser debatidas.

3.7. ABOLICIONISMO PENAL E TEORIA AGNÓSTICA DA SANÇÃO PENAL

Vislumbrados os objetivos do Sistema de Justiça Penal e da sanção criminal, torna-se necessário não apenas o questionamento quanto às funções da pena que se acaba de fazer, mas também *quanto à própria existência do Sistema Penal*, seja no âmbito interno ou no contexto internacional. Nesse sentido, deve-se superar a análise doutrinária apenas na questão da retribuição de um mal praticado ou da prevenção do mal futuro através da contramotivação que o risco da punição possa trazer.

O Abolicionismo Penal discute alternativas externas ao sistema punitivo, negando a matriz teórica da atividade sancionadora estatal por ilegítima e devolvendo ao âmbito civil a solução[528]. Trata-se de um movimento que busca alternativas à

---

527 MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 86.
528 MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Op. cit.*, p. 460.

sanção penal e ao *potestas puniendi*[529]. Não se pode, entretanto, confundir abolicionismo penal com *penas alternativas* ou *penas substitutivas*. Essas, ao contrário do que se possa imaginar, não mitigam o papel social da pena privativa de liberdade, e sim enfatizam-na.

Embora aparentemente paradoxal, à medida que se fala em modalidades de substitutivos penais, como as penas restritivas de direitos, o que se faz, de fato, é reforçar o sistema como se encontra, conforme alerta Juarez Cirino dos SANTOS[530]. Isso se explica, pois é com a possibilidade do encarceramento em hipótese de descumprimento das determinações alternativas que essas ganham efetividade. A sombra ameaçadora da privação de liberdade é o incentivo para cumprimento das medidas não encarceradoras propostas.

O abolicionismo pode ser analisado por matrizes teóricas diversas, como em Michel FOUCAULT[531], Thomas MATHIESEN[532], Nils CHRISTIE[533] ou Louk HULSMAN[534]. Passa por flexibilização da pena privativa de liberdade, descriminalização de condutas, e negação de técnicas psiquiátricas de "ressocialização".

---

529 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 125.

530 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** a nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 299 *Apud* CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 133.

531 FOUCAULT afirma que, dada a capilarização do poder nem sociedade torna-se complexo saber quem é seu detentor e, portanto, quem seria legitimado a punir. Nesse sentido: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

532 MATHIESEN defende desde os anos 1970 a abolição gradual do cárcere, sem propostas substitutivas, dada sua absoluta falta de utilidade prática. Defende o combate à desigualdade e à pobreza, a compensação financeira estatal às vítimas de delitos e a descriminalização das drogas. Nesse sentido: MATHIESEN, Thomas. **A caminho do século XXI:** abolição um sonho possível. São Paulo: IBCCrim/PEPG Ciências Sociais PUC-SP, 1997.

533 CHRISTIE vê na sanção penal apenas um mecanismo de produção de sofrimento, buscando opções aos castigos (e não *castigos alternativos*) mediante a construção de formas de justiça participativa e comunitária, com a participação da vítima, mais próxima das relações privadas e, portanto, afastando a estatização do conflito. Obra de referência: CHRISTIE, Nils. ***Los limites del dolor.*** Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

534 HULSMAN entende que o sistema penal não produz nada senão o mal. Afirma que a maior parte dos conflitos significativos está na esfera da cifra oculta da criminalidade e, portanto, são resolvidos fora do sistema penal. portanto, sugere que se pratiquem as possibilidade de acertamento dos conflitos mediante outras vias como a mediação, a arbitragem, a compensação, a terapia e a educação, devolvendo aos envolvidos a solução de seus conflitos. Obras de referência: HULSMAN, Louk. Criminología Crítica y Concepto del Delito. *In* SCHEERER, Sebastian *et al*

No Brasil a aceitação implícita da existência da sanção penal está presente na Constituição da República de 1988, na forma de privação de liberdade (artigo 5º, inciso XLVI, alínea '*a*').

A Carta, conforme analisado anteriormente, não fundamenta a pena, apenas a limita em forma e duração. Ou seja: a Constituição fala em *como punir*, mas não declina o *porquê de punir*[535]. Sua preocupação é tão somente com o possível transbordamento punitivo, vedando as penas cruéis e o excesso punitivo (embora acredita-se essa proibição também esteja flexibilizada em virtude da ratificação do Estatuto de Roma – (item 2.6.6)).

Negar justificações às funções declaradas da sanção penal é o fundamento da Teoria Agnóstica da Pena. Demonstra essa teoria que, afastados os discursos criminológicos que visam atribuir à sanção criminal finalidades "nobres" como a utópica "ressocialização", resta desnudada sua verdadeira finalidade, seja no campo interno ou internacional: ser manifestação concreta de poder.

Como aponta Juarez Cirino dos SANTOS, a Teoria Agnóstica parte de dois modelos ideais de Estado: o Estado de polícia (item 3.8), verticalizado, autoritário e paternalista atuando a partir de noções de pena criminal *retribuitiva* e *preventiva* a serviço do grupo hegemônico, e, no outro extremo, o Estado de Direito, horizontal e democrático, com distribuição de justiça procedimental da maioria, refletindo Direitos Humanos fraternos e com poder punitivo estatal reduzido ou limitado[536].

A partir da rejeição de todos os discursos justificadores da pena, a Teoria Agnóstica define a sanção penal, conforme ZAFFARONI e BATISTA[537] e posteriormente Cirino dos SANTOS[538], como *ato de poder político correspondente ao fundamento jurídico da guerra.*

Abolicionismo. Buenos Aires: Ediar, 1989 e HULSMAN, Louk; CELIS, J. B. **Penas Perdidas.** Niterói: Luam, 1993.

535 CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 134.

536 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 467.

537 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ZLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 109.

538 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 467.

Essa Teoria rejeita também as *funções latentes da pena* que decorrem da *seletividade* e *estigmatização* sociais que são observáveis no agir do sistema punitivo. O objetivo é proporcionar segurança jurídica a *todos*, mediante a limitação do poder das instâncias punitivas e ênfase no poder das agências jurídicas.

O 'estigma', entendido como sinal depreciativo, decorre de um *estereótipo que é confirmado pelas instituições*. O 'estereótipo', por sua vez, é a *generalização do preconceito*[539].

Observa-se a estigmatização sob o aspecto *objetivo* referindo-se a alguma característica externa: característica física, prática religiosa, estamento social. Em seu aspecto *subjetivo* é a conotação negativa que se dá aos primeiros. Assim, por exemplo, associa-se a pobreza com um *mal*[540].

Como leciona Carlos Roberto BACILA, o estigma é uma *meta-regra*: se alguém se enquadra em determinada categoria, associa-se a esse indivíduo uma característica negativa e dessa decorrem regras derivadas, entre elas a condição de *suspeito potencial* da prática de ilícitos[541].

A adoção da Teoria Agnóstica nega os universalismos das teorias metafísicas dos Direitos Humanos e, como afirma Joaquín Herrera FLORES, conduz a um novo universalismo, um *universalismo de contraste*, que descreve como

> "*un universalismo impuro que* ***pretende la interrelación más que la superposición****. Un universalismo que no acepta la visión microscópica que de nosotros mismos nos impone el universalismo de partida o de rectas paralelas. Un universalismo que nos sirva de impulso para abandonar todo tipo de cierre, sea cultural o epistémico, a favor de energias nómadas, migratórias, móviles, que permitan desplazarnos por los diferentes puntos de vista sin pretensión de negarles, ni de ni de nacernos, la possibilidad de lucha por la dignidad humana*"[542]. (grifo nosso)

---

539 BACILA, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 30-31.
540 *Ibidem*, p. 26.
541 *Ibidem*, p. 25.
542 FLORES, Joaquín Herrera. Hacia una visión compleja de los Derechos Humanos. *In*: **El Vuelo de Anteo:** derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, p. 77. *Apud* CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 120.

Com relação ao T.P.I., é inegável o caráter negocial que gerou os diversos acordos que impuseram cedências entre as partes envolvidas para que se viabilizasse o Tratado de Roma. Cabe enfatizar a possível oportunidade perdida (e que continua a desperdiçar) a se manter a estrutura normativa do Tribunal no formato atual, para superar alguns dos problemas acima descritos, e colocar em prática novos paradigmas que consistam em evolução no campo das Ciências Penais.

Como afirma Salo de CARVALHO, no Estatuto de Roma o que se verifica é o antigo e desacreditado discurso justificacionista de uma missão de tutela de bens jurídicos, que acaba por ofuscar as possibilidades que o T.P.I. poderia suprir. O que se observa é o recrudescimento da máquina punitiva[543].

Essa estrutura somente reforça a crítica ao Direito Penal de ser instrumento de consolidação da desigualdade dado o claro caráter de seletividade dos aparelhos repressivos. **Sua ação se resume aos vulneráveis, os vencidos no jogo social**[544].

Ao se falar na esfera internacional, não se pode afastar do T.P.I. também a pecha de "Tribunal dos vencedores" já utilizada para outras Cortes assemelhadas, das quais se distinguiria apenas por não ter a mácula de ser corte de exceção.

Mantido o discurso justificacionista baseado no hipotético "núcleo rígido" de valores universais (de base norte-ocidental), a nada mais servirá que a instrumentalizar um novo tipo de seletividade.

A grande expectativa, frustrada até momento, é de uma alternativa discursiva que semelhante Estatuto poderia ter trazido à Humanidade, a converter-se em importante *avanço democrático*, transcendendo o discurso justificacionaista tradicional do Direito Penal e adotando vias que visassem efetivamente à proteção da dignidade da pessoa humana.

Mesmo em análise superficial do Estatuto verifica-se que ele não adota sequer aquilo que poderia e deveria ser seu papel mínimo: uma *função garantista*.

Por motivos que parecem claros, não há previsão no Estatuto de ser o acesso ao T.P.I. um *direito do acusado*. Ao contrário.

---

543 AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (Orgs.). **O Direito Penal**..., p. 91-94.
544 *Ibidem*, p. 91.

Diante de uma acusação de prática de conduta prevista no Estatuto de Roma como crime contra a Humanidade, em que se verifique um contexto doméstico de legislação e/ou prática jurisdicional parciais, o acusado poderia buscar o T.P.I. visando uma decisão idônea. Seria uma forma de demonstrar importante passo na promoção da dignidade humana, demonstrando que mesmo indivíduos acusados da prática de condutas extremamente reprováveis têm acesso a um foro onde seus direitos são observados, sem a "passionalidade" e os "irracionalismos" comuns a essas situações.

O que se observa, porém, é o nascimento, como diz CARVALHO, de uma jurisdição internacional "impregnada pelos vícios de seletividade e pela concepção autoritária e defensivista que o processo penal carrega"[545].

O Agnosticismo, diante de semelhante quadro de forças, doméstico ou (agora) internacional, nega as Teorias da Pena visando minimizar os danos produzidos pelo discurso inverídico do *fim nobre* da sanção, que mascara as relações de poder subjacentes.

Através do Agnosticismo tem-se a negativa dos universalismos *a priori*, e busca-se a tutela do ocupante do polo passivo da relação jurídico-processual penal (réu) ante a vingança emotiva que caracteriza o agir das instâncias penais.

Ao proceder o mecanismo social seletivo tem-se, ademais, a constituição de segmentos, mais ou menos imunes à ação do sistema de justiça penal. A exacerbação desse mecanismo fundado nessa relação de poder perpetrado pela máquina repressiva passa a ser analisado a seguir.

3.8. O ESTADO PENAL

O fenômeno do Estado Penal é entendido por Loïc WACQUANT[546] como uma hipertrofia da máquina e do aparato jurídico repressivo ora discutidos, e que se

---

545 AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de, organizadores. **O Direito Penal**..., p. 94.

546 WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres:** a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 27.

instala a partir da percepção que a grande massa dos marginalizados pelo Estado acaba por engrossar as estatísticas de violência.

Essa constatação é resultado de uma sequência de erros, cuja origem é atacada pela Teoria Agnóstica apresentada acima.

As providências adotadas visam fazer frente a uma situação criada pelo próprio Estado e suas opções políticas e político-criminais.

É o que chama de troca da *rede de segurança* (‘*safety net*’) do Estado caritativo pela *malha do Estado disciplinar* (‘*dragnet*’)[547].

Eis que, como bem indica Sylvio Lourenço da SILVEIRA FILHO, se tenta “remediar com *mais Estado* policial e penitenciário o *menos Estado* econômico e social”[548].

Mais ainda, mediante (ou devido) os serviços da “mídia”, se produz a modulação dos sentimentos de medo da sociedade e se introjeta na consciência coletiva que o principal problema social é a criminalidade (ou o criminoso), abrindo caminho para uma legislação de terror[549], que permitirá, inclusive, a perpetuação no poder mediante um governo fulcrado nesse arcabouço legal *paleorepressivo*[550].

Criado esse ambiente de terror e insegurança, tem-se confirmada a prevalência das funções latentes sobre as funções manifestas da atividade legislativa penal[551].

Consagra-se, por fim, uma **legislação de pânico** com *efeito sedativo* sobre os sentidos da sociedade, que passa a, mediante a falsa sensação de segurança, a não perceber as demais carências no agir estatal[552].

O papel da Carta Magna, num momento de dirigismo constitucional é (ou deveria ser) justamente o de contraponto a essa espécie de movimento.

---

547 WACQUANT, Loïc. *Op. cit.*, p. 27.

548 ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático:** crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47.

549 *Idem*.

550 MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Op. cit.*, p. 515.

551 SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Op. cit.*, p. 47.

552 *Ibidem*, p. 49.

Eis que, no entanto, é justamente na Constituição que se observa omissão com relação a esse quadro, como já apontado, o que prejudica sua atuação como parâmetro, balizadora e limitadora da atuação do legislador infraconstitucional e da magistratura.

Se a própria Constituição carrega em seu texto manifestações de natureza repressiva, que destoam de seu discurso sistemático, observa-se comprometido seu papel, ou revela-se uma falha que denota o caráter das negociações políticas que viabilizaram a conclusão de sua prolongada elaboração na década de 1980.

Cabe recordar a lição de Ada Pellegrini GRINOVER[553] no sentido de se assegurar o direito a uma *Ordem jurídica Justa*, vez que, a determinação do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta traz que:

> "Art 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> § 2º - **os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem os outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." (grifo nosso)

Sendo assim, a Constituição parece quebrar sua unidade sistemática ao não contemplar (ou transgredir) Direitos que ela mesma contempla. Da mesma forma parece de difícil compreensão, como se vê no Capítulo 2, a compatibilização dos valores constitucionais com o texto e os princípios constantes do Estatuto de Roma.

É digna de nota também, a observação de que as normas do artigo 5º citado são complementadas, com hierarquia constitucional (parágrafo 3º, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004) por aquelas asseguradas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, integrado ao ordenamento nacional pelo Decreto Presidencial nº 678 de 6 de novembro de 1992.

---

[553] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 84-5.

Nesse diploma observa-se que todos têm direito, à isonomia formal, à igual proteção da lei (Artigo 24), o que não se vê no Estatuto do T.P.I. ratificado pelo Brasil e que se aplica, portanto a nacionais brasileiros.

Impende lembrar, que, de acordo com o parágrafo 3º do mesmo artigo 5º:

> "§ 3º - os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

Dessa forma, o tratamento desigual dado a esses acusados parece desrespeitar essa Convenção, à qual também foi dado *status* constitucional.

A sobriedade e a visão de longo prazo do Constituinte é festejada atualmente; decorrem mais de vinte anos da promulgação da Carta e da nova ordem inaugurada por seus ideais e princípios.

Parece inadequada a presença, no corpo do texto constitucional de dispositivos penalizadores dessa natureza, que destoam de sua verdadeira essência.

Fala-se que o Direito Constitucional silencia ao ser questionado sobre matéria penal de forma mais contundente, como por exemplo, sobre a finalidade que a Carta atribui à pena. Mesmo as limitações à sanção do inciso XLVII do artigo 5º, conforme já dito, são flexibilizadas com a ratificação do Estatuto de Roma. No entanto, é com base justamente nos Princípios Constitucionais que se fundamenta esta crítica e a esperança que ao menos o texto constitucional seja preservado da politização (no sentido menor do termo) que contamina o Direito Penal pátrio.

3.9. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Um dos fenômenos mais criticáveis com relação ao uso da máquina penal se liga a determinados padrões criminalizadores da Teoria do "**Direito Penal do**

Inimigo", de Gunther JAKOBS[554]. Por esse mecanismo se objetiva separar da sociedade indivíduos rotulados como "inimigos", dando-lhes as mais diversas denominações (a mais utilizada atualmente, na esfera internacional é a de "terrorista").

Os indivíduos assim selecionados passam, portanto, por um processo de "animalização" ou "desumanização" que acaba por ensejar o desrespeito e, pior, a *não atribuição* a esses indivíduos dos mesmos direitos consagrados aos demais.

Assevera Barbara HUDSON que o "terrorismo nos confronta com o outro que parece irredutível e incompreensivelmente diferente"[555]. Não é surpreendente que a reação ao terror seja guiada mais pela vingança que pelos sentimentos de justiça inerentes à pessoa humana.

Como afirma Eduardo GOMES, embora não existam critérios específicos para se conceituar o de ato de terrorismo, é certo que essa definição passa pela aferição dos valores adotados por uma sociedade[556]. Assim, não se poderá querer analisar determinada conduta rotulada como "terrorista" sem levar em conta o choque cultural envolvido em sua motivação.

Trata-se de um mecanismo de ação psicológica que visa afastar a condição de semelhante que se pudesse vislumbrar nessas pessoas, a partir do que as mais diversas práticas sancionatórias que normalmente não seriam adotas ser remorsos são utilizadas e, principalmente, a concretização de um quadro de *excepcionalidade* no agir estatal (e social) com relação a esses agentes leva a se crer que não houve ruptura institucional.

Retoma-se o perigoso discurso de que "para momentos excepcionais justificam-se medidas excepcionais."

Dessa forma, o discurso é de elaboração de um contexto de "guerra circunstanciada", direcionada, para não ter de 'contaminar' todo o Direito Penal de normas específicas e rígidas (que pudessem inclusive vir um dia a atingir os setores

---

554 JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo:** noções e críticas. Org. e Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

555 HUDSON, Barbara. "***Justice...***", p. 714.

556 GOMES, Eduardo Biacchi. Direito Humanitário e Terrorismo. *In:* PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. *Op. cit.*, p. 357.

dominantes / imunizados); cria-se um *Direito Penal Simbólico*[557] que pretende pacificar e gerar "tranquilidade" ao conjunto social a partir da edição de normas que não serão efetivamente aplicadas, mas que por sua simples existência se prestam a dar a confortável noção de que o Estado está *presente.*

Ocorre que, para que tudo isso ser possível, impende *eleger o inimigo*. Seja ele o "terrorista", o "subversivo", a "bruxa", o "herege", ou o "comunista", esse *inimigo perigoso e especial* necessita de *regras específicas*, dada sua peculiaridade e o risco diferenciado que traz à sociedade.

Além disso, psicologicamente é fator de união sócia,l pois dá a noção de aglutinação de um contingente sociedade (*bem*) que precisa superar eventuais diferenças e unir-se para enfrentar o segmento minoritário (*mal*), e ao qual não se deve conferir alteridade. A estigmatização e criminalização do *outro*, como lembra BARATTA, é resultado de um mecanismo de discriminação e marginalização que visa romper eventuais laços de solidariedade entre a sociedade e os punidos[558].

Como assevera Carlos Roberto BACILA, "é mais fácil generalizar e reclamar do sistema ou criar inimigos artificiais responsáveis pelos nossos males do que procurar um espelho para ver o *eu* e o que este *eu* está refletindo e como está interagindo com os outros"[559].

Em tempos de enfrentamento, afirma essa Teoria, não cabe, dada a excepcionalidade do momento, atar-se a necessária ação estatal com "entraves" como garantias constitucionais ou direitos dos acusados. Os fins são justificadores da excepcionalidade do agir que, inclusive não comporta questionamentos maiores sob pena de suspeição de alguma forma de engajamento com o inimigo.

Como se vê, é o discurso ideal para dar suporte a governos totalitários e com ambições políticas não publicáveis. O recente exemplo norte-americano pós 11 de Setembro de 2001 é emblemático, inclusive com a legislação produzida e seus

---

557 JAKOBS, Gunther. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Thompson-Civitas, 2003, p. 69.
558 BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 175.
559 BACILA, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 30.

desdobramentos (sobretudo as "prisões especiais" e o chamado *Ato Patriótico* de 2001).

Conforme RESENDE, esse tipo de situação (e reação) acaba por validar a Teoria de HUNTINGTON do *Choque de Civilizações* reforçando a visão bilateral de mundo tão usual à mentalidade norte-americana, substituindo a bipolaridade ocidente--oriente ideológica (tendo como inimigo a antiga União Soviética) pela bipolaridade religiosa, tendo no polo oposto o islã[560]. Embora simplista, a tese supriu no momento adequado as necessidades psicológicas daquela nação, não só apontando *culpados*, mas também fornecendo *motivações* – civilização, cultura, religião – e ainda apontando *soluções*: o confronto entre civilizações.

Trata-se de uma *biopolítica* que inclui ou exclui indivíduos ou grupos. Conforme FOUCAULT, por esse critério passa-se a decidir quem deve viver ou morrer para que a vida em geral melhore[561].

O *inimigo* não é um mero "elemento desviante do conjunto social"[562], mas de alguém (ou *algo*) diferente de "nós".

Nada mais lógico que se criem regras punitivas especiais, rigorosas, mesmo que ofensivas a Direitos e Garantias individuais constitucionalmente consagradas já e que esse rigor não se destina aos *cidadãos*, mas a um inimigo em tempo de "guerra"; não serão estendidas aos demais indivíduos.

Nas palavras de Giorgio AGAMBEN reproduzidas por RESENDE, cria-se uma nova categoria de vida humana, onde o fundamento da democracia deixa de ser o

---

560 RESENDE, Érica Simone Almeida. *In:* PECEQUILO, Cristina Soreanu; RESENDE, Érica Simone; DINIZ, Eugenio (Orgs.). **Os Estados Unidos no mundo atual.** Curitiba: Juruá, 2010 (no prelo).

561 FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no *Collège de France*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 305.

562 Nesse sentido leciona BARATTA (*Op. cit.*, p. 42) que, num contexto de Ideologia da Defesa Social, convergem os pensamentos das duas correntes teóricas, Escolas Clássica e Positivista do Direito Penal. A Ideologia da Defesa Social (ou "do fim") nasce com as Revoluções burguesas e que passa a fazer parte da filosofia dominante do Direito. Um de seus princípios regentes, o "princípio do bem e do mal" reforça a noção de dano social do delito (o crime quando cometido não ofende apenas a vítima, mas toda a sociedade). Classifica o delinqüente como "elemento negativo e disfuncional do sistema social", sendo portanto, o desvio criminal entendido como o "mal" e sociedade constituída (entenda-se, *a burguesia*) o "bem". É dever do Direito protegê-la, extirpando e afastando o "mal".

homem livre, mas a vida nua, a "vida matável e sacrificável do *homo sacer*, vida que se pode deixar morrer, porque foi excluída da jurisdição humana"[563].

Encontra-se portanto um mecanismo de justificação. Não há inobservância de garantias do cidadão, pois *não se trata de cidadão*. Não há desrespeito de Direitos Humanos, *pois não se trata de ser humano*. Justifica-se a atrocidade pela descaracterização do destinatário como semelhante ao aplicador da sanção[564]. Como diz JAKOBS, trata-se de "demonizar" o inimigo, combatendo-o no sentido *pseudoreligioso* e não no sentido *propriamente militar*[565].

Assim, quem não se insere naquilo que "a sociedade" (leia-se, o segmento que tem o poder para definir conceitos) classifica como "cidadãos" não pode esperar usufruir dos direitos a eles concedidos.

Exemplo pertinente é o caso da recente *Diretiva do Retorno*[566] aprovada na União Europeia em 2008. Trata-se de um conjunto de regras que visa promover o retorno voluntário de imigrantes ilegais que lá estejam, embora se saiba que a mão-de--obra de baixo custo que eles representam é importante à economia do Bloco. Na Diretiva são previstos, além da fixação de um prazo (entre 7 e 30 dias) para sua saída voluntária que, se não obedecido poderá levar inclusive à sua detenção (o que inclui até menores) e ainda a proibição de nova entrada no Bloco por até 5 anos[567].

Outro aspecto relevante relacionado ao "Direito Penal do Inimigo" é apontado por Manuel Cancio MELIÁ[568], que é a característica **prospectiva** desse Direito; seu ponto de referência é voltado a *fato futuro*, diverso da habitual visão do Direito Penal, mediante o Princípio da Legalidade, que é **retrospectiva**, ou seja, atinente ao *fato cometido*.

---

563 AGAMBEN, Giorgio. *In* PECEQUILO, Cristina Soreanu; RESENDE, Érica Simone; DINIZ, Eugenio (Orgs.). **Os Estados Unidos no mundo atual.** Curitiba: Juruá, 2010 (no prelo), p. 172.

564 JAKOBS, Gunther. *Op. cit.*, p. 55.

565 JAKOBS, Gunther. *Op. cit.*, p. 88.

566 GOMES, Eduardo Biacchi. **União**..., p. 125-127.

567 Disponível em: <www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=PT&type=IM-PRESS&reference=20080625FCS32672>. Acesso em: 28 jun. 2010.

568 MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo?. *In:* JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo, p. 65. *Apud* SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Op. cit.*, p. 50.

"Tempo de terror", como apontam Jürgen HABERMAS[569] e Jacques DERRIDA[570], não é apenas aquele em que o terrorismo ocorre, mas também quando o terrorismo se insere no imaginário da sociedade.

Alexandre Morais da ROSA e Sylvio Lourenço SILVEIRA FILHO lembram que na adoção de determinados modelos sociais repressivos, pela via penal, em pouco se distinguem os matizes políticos dos governos, variando apenas a ferramenta escolhida ou o *modus operandi*:

> "ao contrário do que acontece nos países centrais, na região marginal latino-americana as campanhas do "Movimento Lei e Ordem" são executadas na vigência de governos constitucionais progressistas, uma vez que nos regimes ditatoriais haveria o impedimento, ou pela censura oficial ou pela autocensura dos próprios meios de comunicação de massa"[571].

Dessa forma, se confirma aquilo que uma breve revisão histórica do Direito Penal demonstra: uma constante sequência no sentido da criminalização crescente, o que esses autores chamam de "política criminal do terror", tanto no Brasil quanto nos demais países ocidentais, sobremaneira nos últimos 15 anos.

Não seria completo despropósito cogitar que seria a opção neoliberal de controle social, de supressão do desemprego exagerado dos últimos anos, de eliminação da ociosidade via sistema de justiça penal. A criminalização de condutas (ou *de existências*) como forma de manipulação social não é algo inédito.

A Teoria das Subculturas de Edwin SUTHERLAND e Albert COHEN descreve os problemas criados pela coexistência, convivência e embates de grupos que apresentam crenças e valores diversos da *cultura dominante* que os circunda[572].

---

569 HABERMAS, Jürgen. "Fundamentalism and terror". *In:* Philosophy in times of terror. Chicago: Chicago University Press, 2003. *In:* HUDSON, Barbara. "Justice in a time of terror". *In:* ***British Journal of Criminology,*** (2009) 49, 702-717. Oxford (GB): Oxford University Press, 2009, p. 703.

570 DERRIDA, Jacques. "Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides". *In:* Philosophy in times of terror. Chicago: Chicago University Press, 2003. In: HUDSON, Barbara. "Justice in a time of terror". *In:* ***British Journal of Criminology,*** (2009) 49, 702-717. Oxford (GB): Oxford University Press, 2009, p. 703.

571 ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Op. cit.*, p. 45.

572 BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 73.

Na obra de COHEN[573] tem-se explicação para a não possibilidade de adaptação dos adolescentes da classe operária norte-americana dos anos 1950 aos *standards* da cultura oficial, além de gerar-lhes problemas de autoestima.

Os atos resultantes desses choques, embora típicos em sua objetividade penal, não poderiam ser entendidos como delitivos por um critério analítico, dada a ausência de culpabilidade que esse isolamento social em grupos estanques leva, anulando a noção de alteridade essencial à existência da culpa[574].

Se não se consegue ver na vítima um semelhante, mas o *outro*, o inimigo, produz-se a retificação desse e, com isso, o afastamento dos freios morais que poderiam impedir a prática do delito.

Não é algo novo. Em qualquer propaganda estatal em que se pretende motivar a sociedade contra o *inimigo comum*, o primeiro passo é caracterizá-lo como *diferente*, rotulado, *estereotipado*.

É o que se fez com o anticomunismo e hoje com o antiterrorismo. Tenta-se incutir a noção que esses agentes "não são humanos", e como tal, combatê-los e eliminá-los não esbarrará em qualquer obstáculo moral.

É de se ver que o que se denomina "terrorismo" pode ser entendido, por outro lado, como uma ação anti-hegemônica que visa alterar um estado de coisas.[575] Questiona o monopólio do uso legítimo da força por parte do Estado.

A estigmatização de "minorias"[576] é praxe. Torna-se mais fácil vincular o delito com a miserabilidade social (a exemplo da Teoria da Anomia de DURKHEIM,

---

573 COHEN, A. K. **Delinquent boys: the culture of the gang.** (1955)

574 MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Criminologia** V. 5., 6.e d., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 318

575 BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coordenador). **Terrorismo e direito – os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil:** perspectivas político-jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 442.

576 Cabe menção ao alerta feito por Pablo Bonilla CHAVES em obra recente que, ao se falar em *minorias* não se está a levar em conta necessariamente o critério numérico, mas sim algum parâmetro que coloque determinado grupo social em relação díspar para com os demais. *In* CHAVES, Pablo Bonilla. **Uma leitura do papel da educação à luz da Constituição Brasileira de 1988.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 103.

sobretudo a partir da conversão desta em teoria da criminalidade por MERTON[577]) ou com subgrupos étnicos.

A posição estatal, entretanto, é da repressão e da criminalização crescente da *existência* desses subgrupos como forma de controle de seus atos.

São três os elementos teóricos básicos do chamado Direito Penal do Inimigo, como apontam ROSA e SILVEIRA FILHO[578]: em primeiro lugar, um amplo adiantamento da punibilidade, com ênfase ao *fato futuro* em contraposição ao usual, que é o fato pretérito, ou seja, a conduta cometida pelo agente acusado. Ao se identificar o *inimigo*, age-se sobre ele pelo que ele poderá *vir a fazer* e não pelos atos já cometidos. A intervenção se dá de modo *preventivo*, punindo-se o selecionado pelo que ele *é* e não pelo que *fez*. Em segundo lugar, grande desproporção de penas, já que o objetivo é a exclusão desse *elemento perigoso* do restante do conjunto social pelo maior tempo possível, não importando os efeitos da pena sobre o condenado. Por fim, a gradual supressão ou relativização de garantias do cidadão, que constituam obstáculo à implementação do modelo.

Elabora-se um *padrão de criminoso* numa perspectiva ontologizante. Nega-se a possibilidade de que o delito não constitua *qualidade intrínseca* de certas pessoas (ou grupos) legitimando a negação da alteridade e vulnerabilizando esses segmentos à ação repressiva estatal legitimada pelo convencimento da sociedade quanto à veracidade dessas premissas e a necessidade dessas ações, ainda que ao arrepio de direitos e garantias individuais.

Como afirmou NIETZSCHE, citado por Salo de CARVALHO, "todo conceito nasce por igualação do não-igual"[579].

Segue CARVALHO ao afirmar que

---

577 MERTON, R.K.. Estructura social y anomia: revisión y ampliación. *In:* FROMM, E. *et al.* La Família, p. 67-107. *Apud* MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Criminologia .** V. 5. , 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 311

578 ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Op. cit.*, p. 50-51.

579 NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre a verdade e a mentira no sentido extra-moral.** p. 48. *Apud* CARVALHO, Salo. *Op. cit.*, p. 154-155.

> "a desconsideração do individual, de suas diferenças e das desigualdades de suas condutas e de suas reações, bem como dos motivos que as potencializaram, sempre estiveram em prol de fórmulas universalizantes, características do pensamento metafísico ocidental dominante até o século passado"[580].

Desta forma continua a criminologia oficial servil ao Sistema Jurídico-Penal e à Psiquiatria; continua a criminalizar a alteridade por não entender a temporalidade do outro[581].

Conforme já dito nesta dissertação, caberia ao novo Estatuto Penal Internacional a missão de superar esse contexto. Acrescentaria algo relevante ao universo jurídico mediante a criação e aplicação de normas fundadas em contra-hegemônicos de democracia e Direitos Humanos. Ainda, seria a ferramenta de introdução desses conceitos nos ordenamentos internos dos Estados, mediante a ratificação do Tratado. Ao contrário, acredita-se pelo já debatido, que o Estatuto de Roma simplesmente reproduz os equívocos conceituais do Direito Penal tradicional, com seu discurso justificador de defesa de bens jurídicos segmentares e garante nichos de prosperidade a alguns em troca de desigualdade, discriminação e criminalização da existência do 'outro'.

Poderia ser esse Estatuto a pedra angular de um novo momento do Direito Penal, a difundir Direitos *da Humanidade*, entendida em sua verdadeira acepção que tem na *diversidade* sua melhor qualidade, e não mera apologia ao discurso rançoso do pós-Guerra, um suspiro adicional ao liberalismo.

O Estatuto de Roma prevê amplos poderes ao Conselho de Segurança da O.N.U. Consagra privilégios e preconceitos. Assegura o tripúdio eterno do pós-Guerra de 1945. Cristaliza conceitos de seres humanos ou sociedades de 'segunda categoria', como tão bem soube fazer o Direito Penal Interno. Converte, como já dito, o 'diferente' em 'inimigo', e admite a punição não por condutas praticadas, mas por posturas ou atitudes. Consolida, agora entre os povos, o que o Direito Penal construiu entre os indivíduos, como se verá adiante.

---

580 CARVALHO, Salo. *Op. cit.*, p. 155.
581 *Ibidem*, p. 154-155.

3.10. DIREITO PENAL DE AUTOR

Nessa linha merece menção o ensinamento de ZAFFARONI com relação ao chamado **Direito Penal de Autor**, ao que denomina "uma corrupção do Direito Penal"[582], onde a punição recai não sobre o delito praticado, mas sobre a "forma de ser" do autor. Conforme dito, "não se condena tanto o furto, mas o "ser ladrão"[583].

Dentro deste conceito há duas vertentes: uma *antropológica* que afirma que o ato delitivo é sintoma de uma "personalidade perigosa", portanto de um doente mental, sem condições de autodeterminação, incapaz de distinguir entre o "bem" e o "mal". Os conceitos de periculosidade são hoje aplicáveis aos inimputáveis por mal psiquiátrico, para fins de aferição de *quantum* no cumprimento de medida de segurança, mas ainda assim com o limite objetivo da pena privativa de liberdade que seria aplicada a agente imputável em situação análoga[584].

Há uma segunda corrente, relevante para o tema desta dissertação, que não nega a autonomia moral do homem e pleiteia a reprovação penal do acusado não em virtude do *ato*, mas *em virtude da personalidade que este ato revela*[585], a chamada "culpabilidade de autor". Não se proíbe o ato, mas a *personalidade do agente*.

Cabem os alertas de autores como Eugenio ZAFFARONI, Loïc WACQUANT, Alexandre Morais da ROSA e Sylvio Lourenço da SILVEIRA FILHO; diversamente do que ocorre no Hemisfério Norte, em especial nos Estados Unidos, a adoção de políticas penalizadoras como o *Movimento Lei e Ordem*, nos países latino-americanos são executadas *na vigência de governos constitucionais progressistas*. Isso se explica pelo fato que durante governos ditatoriais isso seria impedido pela censura oficial ou pela autocensura dos meios de comunicação[586].

Ocorre que esse setor político progressista será paulatinamente sitiado pela máquina repressiva que, em pouco tempo, terá aberto caminho para a ditadura.

---

582 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Op. cit.*, p. 105.
583 *Idem*.
584 MARCÃO, Renato. *Op. cit.*, p. 263.
585 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Op. cit.*, p. 105.
586 ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Op. cit.*, p. 44-5.

Não se deve olvidar do recente impulso que a atual administração manifestou de impor, embora negasse, controle oficial sobre a veiculação de informações, mediante a implantação de um "Conselho Federal de Jornalismo".

Não devem restar equívocos sobre o papel que certos setores da imprensa de massa exercem, e que nem sempre é positivo. A "mídia" de há muito assumiu papel central nos acontecimentos, moldando-os (e às vezes criando-os) de acordo aos interesses que tutela, e não simplesmente *relatando-os*, seu efetivo mister.

Parece claro o papel deletério que a atuação dessa instância de controle social pode exercer. Como bem lembra Aury LOPES JUNIOR[587], o sinal que o Brasil foi "contaminado" pelo modelo repressivo penalizador/"saneador" se deu com a Lei dos "crimes hediondos" (Lei 8.072) de 1990, já mencionada. Foi nítido o papel que os meios de comunicação[588] exerceram na opção por essa via de atuação estatal. E foi repetido em momentos posteriores.

O papel ideológico de um Estado repressor, cujo modelo foi importado e adotado no Brasil, é enganoso quanto às perspectivas de superação de um contexto de criminalidade elevada. Se esse modelo tivesse a eficácia propalada, a criminalidade já teria desaparecido nos países onde ele se originou.

Cabe ponderação quanto às chamadas **estatísticas criminais**: é necessário verificar se elas indicam, com seus números sempre crescentes, um aumento na *criminalidade* ou um aumento na *criminalização*. Significa dizer: se um número cada vez maior de condutas é criminalizada, naturalmente o número de transgressões será crescente. E isso se torna argumento para justificar ainda maior produção de dispositivos repressores.

---

587 LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. *Apud* ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Op. cit.*, p. 45.

588 Quando, porém a mídia acaba por ofender Princípios e Direitos Fundamentais no exercício de suas atividades, argumenta com o pleno exercício da Liberdade de Expressão. Esse instituto inestimável à Democracia, não deveria ser convertido em autorização irrestrita para atuação ao arrepio da lei e da *ética* por parte dessas organizações. A preservação dos interesses a que essas corporações servem, ou simplesmente a captação de audiência não pode suplantar os valores preservados na Constituição. Apesar disso, não se pode admitir, conforme dito, que algum governo queira exteriorizar tendência centralizadora e totalitária mediante o monitoramento da comunicação de massa.

À medida que se trabalha sob um paradigma de pluralidade, não de *aceitação* do outro, mas de ***reconhecimento*** daquilo que é diverso, torna-se de difícil a negação da existência e convivência (nem sempre harmônica) de valores (ou conceitos) que nos são estranhos, e também da existência de valores *dominantes*, seja no campo interno, seja no internacional.

Deve-se ponderar também que esses valores ou conceitos dominantes adquiriram intensidade impositiva nunca antes vista, dada a abrangência das redes de informação hodiernas. As culturas dominam mediante imposição direta – pacífica ou não –, ininterrupta, e até subliminar, de seus modelos.

Os meios de comunicação de massa são verdadeiros 'filtros' conceituais, que indicam não somente o que se conforma ou não aos conceitos regentes, mas impõe ao destinatário da informação valores que antes se contrastariam com os que ele já possuía e que hoje aceita (passivamente ou não – seja para adquirir uma sensação de pertencimento a esse segmento "adequado" seja por temor de represálias).

Assim, tem-se a pretensão (e os meios para tal) de criar uma "verdade absoluta", unívoca, tanto no contexto interno quanto no internacional. Tem-se o discurso da pluralidade em dissonância com um momento nacional e externo de radicalismo.

Há o difícil embate entre o "direito da força e a força do Direito"[589].

Como bem menciona Eugenio Raúl ZAFFARONI, há reações que resumem quatro estilos diversos para resolver um conflito: o punitivo, o reparatório, o terapêutico e o conciliatório[590].

Os conflitos contemporâneos são exemplo disso. Há combates reais, mas paralelamente há a *guerra de informações*. Quem a vence estabelece qual é o lado *bom* e quem é o *inimigo*. A exemplo do Direito Penal, que ainda adota ideias positivistas de uma 'Ideologia da Defesa Social', com princípios como o "Princípio do Bem e do

---

589 ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Op. cit.*, p. 31.
590 ZAFFARONI. *Op. cit.*, p. 55.

Mal", onde a sociedade constituída é o 'bem' e o desvio criminal, representado pelo delinquente – *elemento disfuncional do conjunto social* – é o 'mal' a ser combatido[591].

Resultado dessa forma de agir é a *estigmatização* de populações, grupos ou pessoas. 'Estigma' entendido como sinal sempre depreciativo, seja sob o aspecto objetivo ou subjetivo.

O estigmatizado representa inferioridade e perigo, não sendo levadas em conta, consciente ou inconscientemente suas qualidades[592]. No campo político, porém, parece operar-se uma diferença com relação ao que de regra se dá com relação a essas pessoas ou grupos: a "invisibilidade" que lhes costuma atribuir é substituída por medo e repulsa, que pode chegar ao desejo de sua extinção por instinto de preservação. Assim, como diz Eckhart TOLLE citado por Carlos Roberto BACILA, dá-se uma tendência a ignorar de forma completa essas pessoas quando se preferiria que lá não estivessem, dado o poder que o estigma exerce sobre os sentidos[593]. Ademais, ao se estigmatizar pessoa ou grupo, busca-se sua neutralização e diminui-se artificialmente seu valor. Não é difícil a percepção desse mecanismo quando adotado de forma consciente e voluntária, como se dá com as produções cinematográficas que sempre colocam o 'inimigo' em atitude estereotipada a partir de chavões pejorativos, como tem se dado recentemente, por exemplo, com os personagens islâmicos.

Isso gera, gradualmente, a internalização do 'padrão' do terrorista, assim como já existe essa imagem quanto ao 'ladrão', ao 'louco', ao 'homossexual' e outros personagens que a indústria do entretenimento se incumbe de estereotipar. Mesmo porque, torna-se mais fácil combater um inimigo que tem uma 'face' que outro que não tenha um perfil definido. Ainda que esse seja totalmente artificial (e por vezes conveniente). Melhor criminalizar e punir ao *outro* que a si próprio.

Estigmatizar a *raça* ou *estirpe* dos vencidos é praxe desde os tempos remotos, sendo fundamento do surgimento da prática do racismo.

---

591 BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 42.
592 BACILA, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 28.
593 *Idem*.

A criação de *inimigos*, como disseram Cláudia ARADAU e Rens van MUNSTER em artigo publicado em 2009[594], não depende apenas daquilo que é ou não *lícito*, mas segue parâmetros que tentam separar a "barbárie" da "civilização", a partir de critérios unilaterais.

Esses autores citam Rob WALKER, que estuda a construção das relações de amizade/inimizade no campo internacional e que apresenta três conceitos para analisar o mundo. O primeiro deles, o "internacional", relativo às negociações e relações comerciais entre Estados, que ocorrem num ambiente de anarquia, ou "estado de natureza" hobbesiano. O segundo, "imperial", de concepção recente, supera o conceito anterior e se dá em relação vertical de poder, que esse autor associa à "globalização" ou neoliberalismo. O terceiro, "excepcional", levanta questionamentos sobre a soberania e qual forma de soberania é prioritária: se a estatal, a hegemônica ou imperial, ou a da democracia[595].

Para responder a essa questão, a via excepcional constrói o *outro* como alguém que precisa ser 'civilizado' (ser ajudado a se 'modernizar') *ou ser destruído*.

ARADAU e MUNSTER indicam os desdobramentos da "guerra ao terror", na qual se justifica o uso de "meios excepcionais pela excepcionalidade do momento", pela obra de Carl SCHMITT, utilizada para suspender o conceito de pluralidade de Estados concebida no século XIX por meio da *desumanização dos inimigos do liberalismo*[596] (não europeus), que se convertem no *mal*.

As guerras entre os países liberais europeus, porém, podia ser travada no espaço colonial. Com a descolonização e a emergência da *condição humana* como conceito global, reforçam-se as crenças de SCHMITT de que a definição de fronteiras e a divisão de espaços ou territórios é fundamental à construção de uma ordem estável.

---

594 ARADAU, Claudia; MUNSTER, Rens van. Exceptionalism and the "War on terror". *In:* **British Journal of Criminology,** (2009) 49, 686-701. Oxford (GB): Oxford University Press, 2009.

595 WALKER, Rob. Lines of Insecurity: International, Imperial, Exceptional. Security Dialogue, 37:65-82. *In:* ARADAU, Claudia; MUNSTER, Rens van. *Op. cit.*, p. 692.

596 Referem-se à obra de 1950: SCHMITT, Carl. *Nomos of the Earth in the International Law* of *Jus Publicum Europaeum.* Londres: Telos Press, 2003 *in* Id.

Eis porque se diz que o colonialismo seria a "base rejeitada do Direito Internacional moderno" [597]; assim como o Direito interno, o Direito Internacional dependeria da exceção.

Giorgio AGAMBEN fala das implicações de relegar o inimigo a condição inferior à humana mediante relações de poder coloniais. Em obra de 1998, afirma que a decisão sobre o uso da *exceção* "suspende a ordem legal e cria um espaço em que norma e exceção se tornam indistintas"[598]. Nesse contexto, a violência contra a pessoa humana considerada *inimiga* permanece impune. AGAMBEN propõe a reformulação do conceito de *inimigo*, a partir da criação da figura do *Homo Sacer* mediante a aplicação dos Direitos Humanos como meio de resistência ao excepcionalismo internacional.[599] Longe se se propor com isso uma panaceia contra o autoritarismo e a discriminação, o caráter transnacional dos Direitos Humanos deve constituir um excepcionalismo em si, buscando mitigar ou evitar essas situações.

O que não pode ocorrer é o excepcionalismo, a discriminação e a violência impune ocorrerem *em nome dos Direitos Humanos* (de alguns), na medida em que se impõe um conceito unívoco desses Direitos, dissociado da realidade não ocidental.

O Estatuto de Roma, de acordo com o que se busca demonstrar nesta dissertação, trabalha dessa forma. Parte de valores unilaterais ligados aos interesses e cultura dos países vitoriosos de uma guerra finda há décadas, mas que insistem em controlar a Comunidade internacional por meio da força bélica ou econômica. Consideram esses valores como supremos e os impõe como "universais" e essenciais à preservação e promoção de algo que se denominou "Direitos Humanos", embora, como dito, não representam uma ponderação de valores da *Humanidade*.

Se criminaliza e pune aqueles que discordam desses conceitos. Enquanto isso ocorre, esse mesmo regramento mostra sua verdadeira face ao permitir a impunidade àqueles que se alinhem com os países hegemônicos, ou seja, aqueles com assento permanente no Conselho de Segurança da O.N.U. e seus aliados.

---

[597] ARADAU, Claudia; MUNSTER, Rens van. *Op. cit.*, p. 692.

[598] AGAMBEN, Giorgio. ***Homo Sacer:*** *sovereign power and bare life*. Trad. Daniel Heller-Roazen. Stanford: Stanford University Press, 1998, p. 29.

[599] *Idem*.

Em nome da permanente demonstração de poder desse grupo de 5 Estados, crimes de mesma natureza podem ser mantidos impunes ou não, independentemente da existência do T.P.I. e de seu Estatuto.

Exemplos de tratamento diverso conferido à prática do mesmo crime não faltam. Comparando-se dois casos de genocídio, o exemplo notório de imunidade às sanções é o do genocídio palestino (praticado por Estado alinhado – e, por conseguinte imune às regras) e o exemplo de vulnerabilidade às penas é o genocídio dos povos da antiga Iugoslávia, com desdobramentos largamente divulgados.

A desumanização do inimigo é a etapa psicológica de um processo que visa obter apoio social a essas práticas de Estado. O respaldo jurídico ao claro exercício da lei do mais forte, linha mestra do Conselho de Segurança, se perpetua, enfim, com o Estatuto de Roma.

3.11. A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E DEMOCRACIA

A legislação jurídico-penal aqui debatida (Estatuto de Roma) oficialmente se destina a trabalhar *problemas de repercussão internacional*, ou seja, aqueles que de alguma forma abrangem ou requerem a atenção e intervenção da comunidade internacional, ainda que ocorridos no âmbito de um único Estado. E isso se dá à medida que se identifica na questão concreta algum componente supra ou interestatal[600].

Um mesmo problema concreto pode ser percebido e abordado de forma diversa de acordo com a sociedade ou população envolvida. Como exemplifica Maíra MACHADO, a produção de folhas de coca é percebida de forma diversa pela população andina, pelo Estado colombiano e pelas diversas instâncias coercitivas, jurídicas, políticas e militares no plano mundial[601].

---

600 MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 15.
601 *Idem*.

O que parece carente de sentido é a intensa ou total desconsideração das realidades locais, ao se tentar julgar situações assemelhadas em seus resultados, mas ocorridas em contextos por vezes diametralmente opostos.

A Ordem Internacional estabelecida após a Paz de Westphalia (1648) baseada na tolerância e reconhecimento recíprocos de Estados soberanos era válida para o continente europeu; soube conviver com três séculos de colonialismo, onde nenhum desses valores era praticado além das fronteiras europeias, pois não se reconhecia no dominado outro ser humano, nem a ordem estabelecida nesses locais, algo *civilizado* a ser considerado.

Com a Carta da O.N.U. e os diversos organismos dela decorrentes houve aumento dos atores na política internacional, passou-se a reconhecer internacionalmente povos sob dominação colonial, tentou-se ainda a restrição do uso da força bélica. O que não se pode deixar de constatar é que a estrutura da O.N.U. preserva a estrutura de poder do pós-II Guerra Mundial e ajudou a consolidar e expandir a estrutura da ordem internacional westaphaliana. Isso pode ser comprovado no campo jurídico, como afirma MACHADO:

> "No plano jurídico há muito já se diagnostica que as funções reguladoras dos Estados-Nação derivam e dependem dos imperativos formulados por organizações internacionais (FMI, OMC, Banco Mundial, etc.) e pelas empresas multinacionais dos Estados hegemônicos. Se o impulso à transnacionalização do campo jurídico teve início no âmbito do direito econômico e no esforço de regulação jurídica do fenômeno da internacionalização do capital, hoje parece alcançar, sob diferentes formas e intensidades, todo o direito estatal"[602].

Ora, o que se parece buscar mediante um regramento jurídico da sorte do que se discute aqui é a consolidação da prática política colonialista, porém de forma menos onerosa e explícita: sob o manto de uma legalidade conveniente unilateralmente e mediante um discurso cujo ardil está no uso dos termos "democracia" e "Direitos Humanos". A se pensar que ninguém poderia ser contrário ao direito à vida ou à liberdade seria a resposta para a existência do chamado "núcleo de valores universais".

---

[602] MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 18.

Cabe a ressalva que o sentido desses termos pode possuir conotação e valores diversos que aqueles convencionados na cultura ocidental.

Isso não é desconhecido para os mentores da estratégia de controle da O.N.U. e seus Organismos, mas o poder bélico associado à mídia e à produção científica ocidental que proclama "democracia" e "Direitos Humanos" como a panaceia da Humanidade, sem lhes dar (ou conhecer) o devido sentido, mas apenas para não destoar da voz dominante, servem de ferramenta teórica à implementação desse modelo neocolonizador.

Se para os colonizadores portugueses do século XVI caminhar despido ou não professar o catolicismo romano, mas sim algum ritual incompreensível seria algo inadmissível, para os habitantes do território brasileiro dessa época tratava-se de hábito de vida. A imposição dos valores e leis europeias a essa população teve desdobramentos nefastos, levou a conflitos e culminou com o extermínio de muitos desses grupos.

Buscar gerir problemas em "escala mundial" a partir de ferramentas jurídicas unificadas sob o pretexto de existência de um "núcleo axiológico rígido" universal, parece ser impraticável sem que se esteja de fato a colocar em prática outros objetivos que não a proteção de bens jurídicos amplamente valorados.

Como afirmou Robert JACKSON, "A antiga fronteira medieval entre o mundo cristão e o mundo não cristão foi redefinida como uma linha entre o mundo ocidental civilizado e o ainda não completamente civilizado resto do mundo"[603].

Se a internacionalização da *lex mercatoria* parece ser o fundamento de um Direito Comercial e Econômico Internacional, na esfera penal a tendência a internacionalizar se liga à maior facilidade na circulação de pessoas, bens e capitais ocorrida nas últimas décadas.

Há, porém, outro fator paralelo, que é a maior visibilidade de *alguns* eventos locais, ou seja, aqueles que "merecem" divulgação por parte dos órgãos de imprensa.

---

[603] JACKSON, Robert. Sovereignty in World Politics: a Glance at the Conceptual and Historical Landscape in Political Studies, Special Issue "Sovereignty at the Millenium", v. 47, n. 3, 1999, p. 431-456. *Apud* MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 17.

Buscar gestionar problemas e conflitos internacionais por meio da pena consequente da criminalização é uma opção que é, como se tenta demonstrar, adotada a partir de matriz equivocada.

O que leva determinada conduta classificada como criminosa a adquirir o *status* de "internacional", ainda que sua prática não atravesse as fronteiras nacionais se refere, segundo MACHADO, àquelas condutas que, se não cruzam fronteiras, podem vir a fazê-lo, como é o caso do tráfico de drogas e outras que são elevadas a esse patamar através de Tratados Internacionais, como os crimes de guerra ou a tortura[604].

É, portanto, um sentido desenvolvido (ou imposto) internacionalmente. O conceito bastante vago de reprovação que determinada conduta possa vir a causar à comunidade internacional não poderia ser suficiente para gerar a criminalização e a sanção. Sobretudo se as forças e interesses envolvidos optaram por um caminho diverso das tradicionais sanções internacionais não bélicas, via de regra envolvendo questões materiais – comércio, circulação de pessoas. Trata-se aqui de incidir sobre bens jurídicos que não têm possibilidade de restar novamente indenes: liberdade e vida.

O que se observa (item 2.5.1) quando se adota uma justiça eminentemente retributiva é o atropelo de formalidades rituais, sempre sob o argumento do privilégio à *celeridade processual*. O estudo histórico comparativo desses episódios mostra que aqueles que promovem esse tipo de "justiça" buscam levá-la a cabo valendo-se de sentimentos ainda aflorados para tentar legitimar aquilo que sabem ser mero exercício de poder e vingança. Esse tipo de ação, mais política que jurídica, necessita do "*clamor popular*" para que se crie uma cortina emocional que, temporariamente, não permita aos envolvidos perceberem que praticam ato de transgressão tão grave quanto aquele que tentam punir. Mais: busca-se o estabelecimento do conceito de *inimigo comum*, para tentar unir a todos nos atos retaliatórios, de forma que, superado o *frenesi* retributivo, todos se sintam de certa forma cúmplices e, portanto, silenciem as críticas à insanidade praticada.

Ocorre que outros atores que não os Estados vêm desenvolvendo papel cada vez mais relevante neste espaço. Elementos geopolíticos são associados a fatores

econômicos e comerciais privados. Acredita-se que em poucas outras ocasiões isso ficou tão exposto quanto na recente invasão do Iraque, em 2003. Sabia-se que os argumentos que visavam legitimar a ação militar (presença de armas de "destruição em massa") eram inverídicos. Sabia-se que aquele governo, embora tirânico, não estava envolvido direta ou indiretamente com os eventos terroristas que afetaram o Estado invasor poucos anos antes. Ainda assim, a ação foi posta em prática. Nenhuma sanção do organismo internacional foi aplicada aos E.U.A. (como certamente o seria se o agente ativo fosse outro) e a "justiça" política foi novamente posta em ação. Execuções na calada da noite, tribunais de exceção, extermínio de toda a estirpe biológica do ditador derrubado.

Em que a humanidade evoluiu desde os tempos remotos? Em que a O.N.U. se distinguiu no sentido de resguardar alguma forma de Direito mesmo em tempos de guerra? Quem quis ouvir o discurso politicamente palatável dos "Direitos Humanos e democracia" quando se tratava de confrontar a força hegemônica?

Questiona-se, portanto, a legitimidade dessa Organização e seus ramos ao constituírem uma Corte Penal Internacional.

Falar-se que finalmente há um Sistema de Justiça Penal Internacional e observar-se que, passados dez anos da ratificação de seu Estatuto, somente meia dúzia de ditadores periféricos, africanos ou eslavos, foi objeto de sua jurisdição é de tal forma digno de ironia que esse Organismo somente merece atenção pelo fato que, ainda que ilegítimas, suas sentenças podem tirar vidas e cercear liberdades, e isso simplesmente para concretizar projetos político-econômicos.

Naturalmente não se poderia, a partir de um mínimo de propriedade científica, querer comparar o espaço interno dos Estados com a arena internacional, mas os equívocos praticados – ao menos na esfera penal – em muito se assemelham.

Assim, é de grande importância a análise tanto da *produção* desse Direito Internacional Penal quanto da *atividade jurisdicional* instrumental a ele conforme se busca aqui demonstrar.

---

[604] MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 20.

Caberia uma mudança importante nos paradigmas aplicados. A resposta que se vislumbra reside na reconstrução de valores como Democracia e Direitos Humanos, não mais como conceitos determinados *a priori*, mas construídos com participação multilateral. Cada sociedade tem elementos culturais relevantes a acrescentar, que são produto de prolongada evolução. A aceitação e, principalmente, o reconhecimento do outro, a construção de conceitos a partir de pontos de convergência que então teriam legitimidade para se denominarem Direitos *Humanos* seria o ponto inicial de uma construção normativa democrática.

O diálogo entre Ordenamentos Jurídicos estatais e o Regramento Internacional pela via dos Tratados abriria caminhos de comunicação e tolerância inéditos e traria a perspectiva de um foro democrático que preservaria e tutelaria a dignidade humana ante possíveis agressões, domésticas ou internacionais.

Tal Corte Internacional estabeleceria, portanto, um inestimável canal democrático entre Direito Interno e Direito Internacional, alimentado reciprocamente Ordenamentos Jurídicos estatais e o universo normativo internacional com valores e princípios sempre renovados, com vistas unicamente à tutela da dignidade humana.

Este mecanismo superaria o conceito do 'outro' tão importante às teorias repressivas e aos mecanismos geradores de preconceitos e levaria à lógica constatação que o outro não ninguém mais que a continuidade de si próprio, uma grande oportunidade de aprendizado.

Conforme lembram DINH, DAILLIER e PELLET[605], embora a solidariedade entre os povos seja fraca, a possibilidade da promoção de uma autêntica Comunidade Internacional, ou seja, da existência de uma ligação entre os Estados pautada pelo vínculo subjetivo da confiança e solidariedade é possível, e o Direito – devidamente orientado a esse fim – certamente seria a ferramenta adequada a viabilizar esse processo.

Será, portanto, a via da Democracia e dos Direitos Humanos *autênticos* a resposta que se vislumbra como parâmetro a viabilizar o necessário diálogo internacional e a criação de normas legítimas mediante a adoção de um conceito aberto de 'moral' a ser preenchido pela Humanidade e a regular e aprimorar esse novo ambiente.

---

[605] DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. cit.*, p. 32.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passível de crítica em seu fundamento, como toda legislação penal, sobretudo se for adotada uma postura Agnóstica, as críticas ou ponderações trazidas nesta dissertação à legitimidade do Tribunal Penal Internacional e seu Estatuto, seja esse criado pelo Tratado de Roma é pertinente à medida que os possíveis desvios são previsíveis já à leitura inicial do Estatuto.

Acredita-se ser desejável a existência de um núcleo axiológico capaz de preencher vazios e prescrever condutas, desde que seja de formação *plural*. Se, contrariamente, se cogitar um modelo jurídico de regras a serem completadas mediante a discricionariedade jurisdicional, estar-se-á a adotar um modelo dissociado de valores, ou ligado a valores unilaterais, relegando uma vez mais o Direito Internacional às críticas recorrentes.

Procederia a crítica de que o Direito Internacional trilharia caminho oposto daquele desejado por Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE ao dizer que "o estabelecimento de uma jurisdição penal internacional é visto em nossos dias como um elemento que fortalece o próprio Direito Internacional, superando a carência básica e suas insuficiências do passado quanto à incapacidade de punir criminosos de guerra"[606].

No âmbito nacional tem-se valores representados em Direitos Fundamentais carreados por Princípios Constitucionais para viabilizar ou aprimorar a democracia (e não ser um obstáculo a ela). Somente será possível reproduzir esse modelo no espaço internacional quando a pluralidade humana for observada e respeitada, de modo a que tal mecanismo de justiça internacional não se torne – como foram até o momento os tribunais penais *ad hoc* – instrumento de cristalização de privilégios e desigualdades, meros aplicadores da verdade do mais forte.

Somente a possibilidade de um rol de *princípios contra-hegemônicos* viabilizará esse horizonte.

---

[606] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *In* MAIA, Marielle. *Op. cit.*, Prefácio.

Mais: esse modelo fortalece a intolerância tanto das "maiorias" quanto das "minorias"; o mecanismo ao qual Stuart HALL se refere como "**racismo cultural**", é a resposta ocidental à perda da identidade na visão clássica: "o fortalecimento das identidades locais pode ser visto na reação defensiva daqueles membros dos grupos étnicos dominantes que se sentem ameaçados pela presença de outras culturas"[607]. Trata-se de reação violenta no sentido do resgate de uma identidade que se imagina comprometida pela influência multicultural, por vezes oculta no arcabouço ideológico de partidos políticos legais, tanto de direita quanto de esquerda.

Aquilo que se concebeu para (ao menos oficialmente) *aproximar* pode acabar por repelir. E para aqueles que detêm o polo dominante na geometria política, a "criminalização do outro" pode ser vista como caminho natural de preservação de uma individualidade narcisista que somente tem contribuído para a degradação da Humanidade. O Direito não pode ser prestar, *pela segunda vez*, a isso.

O caminho do diálogo abrangente e *receptivo* proposto pelo Cosmopolitismo pode ser essa via. O que não se pode, porém, é, num ambiente de tamanha desigualdade e dominação como é o espaço internacional, prosseguir com um sistema de empirismo primitivo. Não parece possível atuar no campo intercultural através de experiências apenas porque se sabe que os prováveis efeitos negativos irão atingir somente os atores periféricos.

O Cosmopolitismo e o Interculturalismo tentam prescrever um caminho, se não de tolerância, de reconhecimento da existência do outro como semelhante e procuram recomendar a autocrítica dos modelos dominantes.

A conclusão que se alcançou ao final desta dissertação é que determinadas opções adotadas, casualmente ou não, no intuito de criar uma jurisdição internacional legítima para atuar em matéria penal esbarram em pontos que podem ser geradores de conflitos, ao invés de solucioná-los.

O primeiro ponto que se pode observar como carente de reconhecimento é a possibilidade que outras culturas que não a Ocidental poderem desenvolver conceitos e

---

[607] HALL, Stuart. *Op. cit.*, p. 85.

figuras jurídicas que também tenham como intuito preservar a dignidade humana, porém sob outro prisma, decorrente ou compatível com sua cultura.

A imposição de uma visão unívoca da realidade (bem como da História) não parece ter como intenção outra que não a dominação.

Conforme ensinou Boaventura de Souza SANTOS, é imprescindível que se reconheça e promova o diálogo intercultural, que cada cultura possa contribuir com seus valores e princípios para que se supra as lacunas existentes no diálogo, tornando-o democrático. Democracia é, afinal, a possibilidade da pluralidade, da expressão e representatividade de todos os segmentos e matizes sociais, não apenas os majoritários. Só então se poderá cogitar a criação de normas que sancionem a transgressão a um modelo de conduta legitimamente estabelecido.

Por outro caminho, a possibilidade da crítica quanto à ilegitimidade tanto da legislação quanto da sanção persiste.

Por mais que a civilização ocidental creia piamente na correção de seus valores, não pode exigir, sobretudo pela via penal, que esses sejam incorporados e aplicados pelos demais povos.

Certos conceitos e valores somente podem ser explicados no contexto da cultura em que se formaram. No Estatuto de Roma, isso não foi considerado.

Importante trazer, nestas ponderações finais, a lembrança de Patrícia JERÓNIMO[608] que, embora os referenciais culturais de uma sociedade sejam importantes, não implica dizer que os homens estão cativos dessa cultura. É possível incorporar conceitos alienígenas, desde que de forma *consensual* e *voluntária*.

O diálogo entre culturas proposto por Boaventura de Souza SANTOS será profícuo nesse engrandecimento cultural e na sensibilização para com as desigualdades, tão necessária num momento de grande intolerância como o atual.

Os referenciais culturais, assim, não serão tomados como absolutos, como no contexto da nebulosidade universalista *a priori*, mas sim ferramentas para que se possa construir, pela via dialógica, o reconhecimento e respeito mútuos.

---

[608] JERÓNIMO, Patrícia. *Op. cit.*, p. 262.

Se de um lado temos semelhante amplitude de horizontes e propostas trazidas pela doutrina, por outro lado, temos na legislação do Tribunal Penal Internacional (aproveitando a expressão de Salo de CARVALHO) o mesmo conhecido 'discurso narcísico justificador fundado na tutela de bens jurídicos'[609].

Conforme falado, a se manter essa legislação penal internacional no estado em que se encontra, restará perdida uma grande possibilidade de avanço democrático. Será desperdiçada a possibilidade de estabelecer, a partir da prática dialógica um núcleo de garantia da Dignidade Humana. Uma das melhores características do ser humano é justamente sua diversidade. Isso poderia ser obtido mediante o estabelecimento de uma Corte que preservasse tais valores, ao invés de existir para desconsiderá-los.

Acredita-se que seria insuficiente e de pouca utilidade o mero estabelecimento de uma crítica sem a proposição de alternativas. Da mesma forma que o Direito Penal Interno se encontra em uma situação que se acredita de crise, o mesmo se estabelece com a nova Corte Penal Internacional.

No Brasil, o Direito Penal optou pela importação do simplismo, do discurso míope da vingança estatal explícita e vazia, sob o argumento da celeridade na tutela às vítimas, palatável à mídia de massa e ao eleitor pouco esclarecido.

O "clamor popular" é tomado como fator determinante e justificativa para a desconsideração de garantias fundamentais do acusado. Não se discute a etiologia da transgressão penal, menos ainda a sistemática da criminalização de condutas, mas somente a quantidade de pena aplicável – sempre crescente – e a criação constante de novas figuras penais.

Não é improvável que razoável parte dos juristas brasileiros, aí também incluídos magistrados e membros do Ministério Público, sequer saibam quantas figuras típicas existem atualmente no país, dada a incontinência na sua produção.

Ainda assim, o que se nomina "rigor" é, em verdade, desespero ante a inépcia dos Estados ante o problema da criminalidade (e do problema ainda maior e *autêntico* que é o Sistema de Justiça Penal, que vai do Legislativo ao sistema carcerário).

---

[609] AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Op. cit.*, p. 91.

Não se trata de resolver estatísticas constantemente apresentadas pelas autoridades do setor para justificar a descontrolada produção normativa penal, mas sim de questioná-las em sua autenticidade.

À medida que a criação de ilícitos aumenta de forma geométrica, é previsível que o número de transgressões (e transgressores) cresça exponencialmente. A questão parece se resumir na formulação equivocada da política criminal doméstica que visa criminalizar *pessoas* antes de condutas. A falta de alternativas no manejo social desses segmentos sociais excluídos para a garantia da saciedade dos interesses de outros é a responsável pelo fenômeno. A torpeza da resposta estatal, ao criminalizar a existência dessas pessoas, como forma de excluí-los de um cenário que não as comporta chama muito mais a atenção.

Na Comunidade Internacional o contexto não parece diferir em grande proporção. As forças hegemônicas têm interesses geoeconômicos a preservar. Com o exaurimento da via colonial, o desgaste e o alto custo da máquina bélica como via de expansão territorial e de obtenção de riquezas, e principalmente a constatação que não se pode deflagrar guerra a pessoas ou comunidades, mas apenas a Estados, fez surgir uma via para a extinção daqueles indivíduos e grupos que não se amoldam aos interesses predominantes: aquela já adotada no âmbito estatal com sucesso: a via da criminalização seletiva.

O T.P.I. e seu Estatuto são, no entendimento que se procura declinar nesta dissertação, a materialização desses interesses e objetivos. Não visam assegurar qualquer valor nuclear positivo do ser humano, ao contrário, demonstram que ele pode excluir, expulsar de territórios, criminalizar e exterminar pessoas e ainda justificar suas ações em nome da liberdade, da democracia ou da proteção de um “rol inquestionável de Direitos inerentes ao ser humano”.

Por outro lado, não se pode deixar de apontar para a possibilidade de se converter a ideia de estabelecimento de *verdadeiros* valores comuns à Humanidade como um caminho para a superação das diferenças que advém desses interesses conflitantes. O diálogo entre as culturas e a construção contra-hegemônica de Princípios poderá, acredita-se construir um ponto de convergência autêntico entre os

homens. Será possível, pela via dos Tratados, verter tais valores ao âmbito do Direito dos Estados e tutelar àqueles que hoje são vítimas de um sistema decadente. Poderá ser uma Corte Penal Internacional, de fato, a guardiã de garantias e Direitos essenciais à pessoa humana, se as necessárias mudanças um dia vierem a ocorrer.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público.** 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Globalização e Estado contemporâneo.** São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Coord.). **Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional.** São Paulo: IBCCRIM, 2006.

AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (organizadores). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARANA, Josycler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Direito Internacional, seus tribunais e meios de solução de conflitos.** Curitiba: Juruá, 2007.

ARADAU, Claudia; MUNSTER, Rens van. ***Exceptionalism and the "War on terror".*** *in* ***British Journal of Criminology,*** (2009) 49, 686-701. Oxford (GB): Oxford University Press, 2009.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas – um estudo sobre os preconceitos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BARNETT, H. G. **Innovation:** The Basis of Culture Change. New York: McGraw Hill, 1953.

BATAILLE, Georges. **Lo que entiendo por soberanía**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1996.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BEDIN, Gilmar Antônio. **A sociedade internacional e o século XXI.** Ijuí: Unijuí, 2001.

BENEDICT, Ruth. **O Crisântemo e a Espada**. São Paulo: Perspectiva, 1972.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade. Tratado de Sociologia do conhecimento.** 3. ed. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. São Paulo: Vozes, 1976.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade. Para uma teoria geral da política.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

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.

_____. **A corte internacional de justiça e a construção do direito internacional.** Belo Horizonte: O Lutador, 2005.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral.** Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BYERS, Michael. **A lei da guerra – Direito Internacional e conflito armado.** Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.

_____. **A Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Quadro Atual e Perspectivas na Passagem do Século**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais - Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

CARVALHO, Salo de. **Anti Manual de Criminologia.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASSIRER, Ernst. **O Mito do Estado.** Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Códex, 2003.

CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. **Sociologia e Direito.** São Paulo: Atlas, 1979.

CASTRO, Katia Duarte de. **O Júri como instrumento do controle social.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CHAVES, Pablo Bonilla. **Uma leitura do papel da educação à luz da Constituição Brasileira de 1988.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

CHYNOI, Ely. **Sociedade (uma introdução à Sociologia).** 11. ed. São Paulo: Cultrix, 1991.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLEVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CORREIA, José de Matos. **Tribunais Penais Internacionais – colectânea de textos**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2004.

COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Penal.** Ijuí: Unijuí, 2008.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público.** Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – parte geral** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DUROSELLE, Jean-Baptiste. **Todo império perecerá – Teoria das Relações Internacionais.** São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

EIROA, Pablo. **La Corte Penal Internacional. Fundamentos y Jurisdición.** Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 2003.

FACCHI, Alessandra. **Los derechos en la Europa multicultural.** Buenos Aires: La Ley, 2005.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FERNANDES, Paulo Silva**. Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal.** Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos Direitos Humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade:** curso no *Collège de France*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. **Microfísica do Poder**. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

FRIEDMAN, Thomas L. **Longitudes & Atitudes – exploring the world after september 11.** New York: Farrar, Straus and Giroux, 2002.

GARCIA JUNIOR, Álvaro Álvares. **Direito Internacional.** 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

GEARY, Patrick. **O Mito das Nações:** a invenção do nacionalismo. Tradução de Fábio Pinto. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2005.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito.** 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos Econômicos – solução de contorvérsias.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **União Européia e multiculturalismo.** Curitiba: Juruá, 2010.

_____; REIS, Tarcísio Hardmann. **O Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Lex, 2007.

_____. **A globalização econômica e a integração no continente americano.** Ijuí: Unijuí, 2004.

_____; REIS Tarcísio Hardmann (Orgs.). **Desafios do Direito Internacional no século XXI.** Ijuí: Unijuí, 2007.

GOMES, José Luis Caramelo. **O juiz nacional e o Direito Comunitário.** Coimbra: Almedina, 2003.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19. ed. Atualizado por Luiz Edson Fachin, Coordenador Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUERRA, Sidney (Coord.). **Tratado de Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

_____. **Hermenêutica, poderação e colisão de Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional.** Tradução de Ignácio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

_____. **Derecho Constitucional comun europeo** in LUNO, Antonio Enrique Pérez (coord). **Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio.** Madrid: Marcial Pons, 1996

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional.** Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **A Era das Transições.** Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A inclusão do outro.** Tradução de George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. **A Constelação pós-nacional.** São Paulo: Littera mundi, 2001**.**

HABERMAS, Jürgen. **O Estado-nação frente aos desafios da globalização.** Disponível em**:** <revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/intuitio/article/.../5388/3948>. Acesso em: 22 jun. 2010.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Tradução Tomáz Tadeu da Silva, Guacira Lopes Louro. 5. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

_____. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Tradução de Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HÖFFE, Otfried. ***Derecho Intercultural***. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

HUDSON, Barbara. "***Justice in a time of terror".*** *in* ***British Journal of Criminology,*** (2009) 49, 702-717. Oxford (GB): Oxford University Press, 2009.

_____; WALTERS, Reece. "***Introduction"*** *in:* ***British Journal of Criminology,*** (2009) 49, 603-608. Oxford (GB): Oxford University Press, 2009.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günther. ***Derecho penal del enemigo*.** Madrid: Thompson-Civitas, 2003.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal – Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JARDIM, Tarciso Del Maso. **O Brasil e o Direito Internacional dos conflitos armados.** V. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

JARDIM, Tarciso Del Maso. **O Brasil e o Direito Internacional dos conflitos armados.** V. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

JERÓNIMO, Patrícia. **Os direitos do homem à escala das civilizações.** Coimbra: Almedina, 2001.

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua.** Tradução de Barbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e Paz, 2006.

KELSEN, Hans. **O Estado como integração.** Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O Problema da Justiça.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Teoria Pura do Direito.** 5. ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARAIA, Roque de Barros (Coord). **Cultura. Um conceito antropológico** 11. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

LOPES, Luiz Alberto Azeredo. **Tratados Históricos de Direito e das Relações Internacionais.** Braga: Coimbra Editora, 1999.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação – uma perspectiva pós-estruturalista.** 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

LUNO, Antonio Enrique Pérez (coord). ***Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio.*** Madrid: Marcial Pons, 1996.

MAIA, Marielle. **Tribunal Penal Internacional, Aspectos Institucionais, Jurisdição e Princípio da Complementaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do Direito Penal – A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena.** São Paulo: Editora 34 Ltda/Edesp – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2004.

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada.** V. 2. Tradução de J.J. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1984.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista.** Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O poder de celebrar tratados.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público.** 3. ed. São João do Estoril: Princípia, 2006.

MOGHALU, Kingsley Chiedu. ***Global justice – the politics of war crimes.*** Westport, CT: Preager Security International, 2006.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Criminologia** V.5. , 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NASSER, Hikmat Salem. **Fontes e normas do Direito Internacional.** São Paulo: Atlas, 2005.

NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant. **Antropologia e Direitos Humanos.** Niterói: EdUFF, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Processo e Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Individualização da Pena.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, M. Jacinto. **De Roma a Maastrich.** Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

OLSSON, Giovanni. **Poder político e sociedade internacional contemporânea.** Ijuí: Unijuí, 2007.

PECEQUILO, Cristina Soreanu; RESENDE, Érica Simone; DINIZ, Eugenio (Orgs.).**Os Estados Unidos no mundo atual.** Curitiba: Juruá, 2010 (no prelo).

PINHEIRO, Carla. **Direito Internacional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

_____. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** 7ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____; GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Humanitário e Proteção Internacional do Indivíduo.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

RAMINA, Larissa. **Direito Internacional Convencional.** Ijuí: Unijuí, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos na Integração Econômica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Direitos Humanos em juízo.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

Regimento do Programa de Pós-Graduação em Direito das Faculdades Integradas do Brasil, 2007.

Resolução nº 002/2008 do Colegiado do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil, 2008.

ROBINS, Kevin, *Tradition and translation: natural culture in global context. In* CORNER, J.; HARVEY, S. (Orgs.) *Enterprise and heritage: crosscurrents of national culture.* Londres: Routledge, 1991.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático:** crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SADAT, Leila. ***The Proposed Permanent International Criminal Court: na appraisal.*** *Cornell International Law Journal,* v. 29 (1996), p. 690. Disponível em: <www. 2.lib.uchicago.edu/~llou/icc.html>. Acesso em: 29 maio 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos**. Lua Nova - Revista de Cultura e Política** n. 39. São Paulo: CEDEC, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões da modernidade**. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html> Acesso em 20 dez. 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte geral. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização.** 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Denise de Souza; DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Penal – tratados e convenções.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Helbo Marcus Lobo de. **Direito Internacional Costumeiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo: IBCCRIM, n. 83, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso - Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas no Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Tribunal do Júri – símbolos & rituais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAYLOR, Telford. ***The Nuremberg War Crimes Trials.*** *International Conciliation, N. 450, april 1949,* p. 371. Disponível em <Stuart.Stein@uwe.ac.uk> Acesso em: 14 maio 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

WARNIER, Jean-Pierre. **A mundialização da cultura**. Bauru: EDUSC, 2003.

WELZEL, Hans. **Direito Penal.** São Paulo: Romana, 2003.

WINTER, Luiz Alexandre Carta (Xoord). **Múltiplas facetas do Estado-Região.** Curitiba: Juruá, 2004.

_____; WACHOWICZ, Marcos. **Construção de uma identidade.** XVI Congresso Nacional do Compedi. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/luis_alexandre_carta_winter.pdf>. Acesso em 27 jun. 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1, parte geral. São Paulo: RT: 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ZLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro**:** Revan, 2004.

ANEXO I

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

Preâmbulo

Os Estados Partes no presente Estatuto, conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante,

Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade,

Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade,

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 por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes,

Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais,

Reafirmando os Objetivos e Princípios consignados na Carta das Nações Unidas e, em particular, que todos os Estados se devem abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força, contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de atuar por qualquer outra forma incompatível com os Objetivos das Nações Unidas,

Salientando, a este propósito, que nada no presente Estatuto deverá ser entendido como autorizando qualquer Estado Parte a intervir em um conflito armado ou nos assuntos internos de qualquer Estado,

Determinados em perseguir este objetivo e no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto,

Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais,

Decididos a garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional,

Convieram no seguinte:

Capítulo I

Criação do Tribunal

Artigo 1º

O Tribunal

É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

Artigo 2º

Relação do Tribunal com as Nações Unidas

A relação entre o Tribunal e as Nações Unidas será estabelecida através de um acordo a ser aprovado pela Assembléia dos Estados Partes no presente Estatuto e, em seguida, concluído pelo Presidente do Tribunal em nome deste.

Artigo 3º

Sede do Tribunal

1. A sede do Tribunal será na Haia, Países Baixos ("o Estado anfitrião").

2. O Tribunal estabelecerá um acordo de sede com o Estado anfitrião, a ser aprovado pela Assembléia dos Estados Partes e em seguida concluído pelo Presidente do Tribunal em nome deste.

3. Sempre que entender conveniente, o Tribunal poderá funcionar em outro local, nos termos do presente Estatuto.

Artigo 4º

Regime Jurídico e Poderes do Tribunal

1. O Tribunal terá personalidade jurídica internacional. Possuirá, igualmente, a capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e à prossecução dos seus objetivos.

2. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado.

Capítulo II

Competência, Admissibilidade e Direito Aplicável

Artigo 5º

Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

a) O crime de genocídio;

b) Crimes contra a humanidade;

c) Crimes de guerra;

d) O crime de agressão.

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

Artigo 6º

Crime de Genocídio

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

a) Homicídio de membros do grupo;

b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;

c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;

d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;

e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Artigo 7º

Crimes Contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

a) Homicídio;

b) Extermínio;

c) Escravidão;

d) Deportação ou transferência forçada de uma população;

e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;

f) Tortura;

g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;

h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

j) Crime de apartheid;

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;

b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;

c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

d) Por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;

e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;

f) Por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;

g) Por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;

h) Por "crime de apartheid" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;

i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo "gênero" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

Artigo 8º
Crimes de Guerra

1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":

a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

i) Homicídio doloso;

ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;

iii) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;

iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;

v) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;

vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;

vii) Deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade;

viii) Tomada de reféns;

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja bens que não sejam objetivos militares;

iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados;

iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa;

v) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares;

vi) Matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido;

vii) Utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves;

viii) A transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território;

ix) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

x) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou coloquem seriamente em perigo a sua saúde;

xi) Matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo;

xii) Declarar que não será dado quartel;

xiii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que tais destruições ou apreensões sejam imperativamente determinadas pelas necessidades da guerra;

xiv) Declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga;

xv) Obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra;

xvi) Saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto;

xvii) Utilizar veneno ou armas envenenadas;

xviii) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo;

xix) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões;

xx) Utilizar armas, projéteis; materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projéteis, materiais e métodos de combate sejam objeto de uma proibição geral e estejam incluídos em um anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121 e 123;

xxi) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

xxii) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do parágrafo 2º do artigo 7º, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave às Convenções de Genebra;

xxiii) Utilizar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares;

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, assim como o pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional;

xxv) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, inclusive, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra;

xxvi) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:

i) Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura;

ii) Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

iii) A tomada de reféns;

iv) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis.

d) A alínea c) do parágrafo 2º do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante;

e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos:

i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como ao pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida pelo direito internacional dos conflitos armados aos civis e aos bens civis;

iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

v) Saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto;

vi) Cometer atos de agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f do parágrafo 2º do artigo 7º;

esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra;

vii) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

viii) Ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas;

ix) Matar ou ferir à traição um combatente de uma parte beligerante;

x) Declarar que não será dado quartel;

xi) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de outra parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar nem sejam efetuadas no interesse dessa pessoa, e que causem a morte ou ponham seriamente a sua saúde em perigo;

xii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam;

f) A alínea e) do parágrafo 2º do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.

3. O disposto nas alíneas c) e e) do parágrafo 2º, em nada afetará a responsabilidade que incumbe a todo o Governo de manter e de restabelecer a ordem pública no Estado, e de defender a unidade e a integridade territorial do Estado por qualquer meio legítimo.

Artigo 9º

Elementos Constitutivos dos Crimes

1. Os elementos constitutivos dos crimes que auxiliarão o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos 6º, 7º e 8º do presente Estatuto, deverão ser adotados por uma maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes.

2. As alterações aos elementos constitutivos dos crimes poderão ser propostas por:

a) Qualquer Estado Parte;

b) Os juízes, através de deliberação tomada por maioria absoluta;

c) O Procurador.

As referidas alterações entram em vigor depois de aprovadas por uma maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes.

3. Os elementos constitutivos dos crimes e respectivas alterações deverão ser compatíveis com as disposições contidas no presente Estatuto.

Artigo 10

Nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de direito internacional com fins distintos dos do presente Estatuto.

Artigo 11

Competência *Ratione Temporis*

1. O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto.

2. Se um Estado se tornar Parte no presente Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto relativamente a esse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração nos termos do parágrafo 3º do artigo 12.

Artigo 12

Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição

1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5º.

2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º:

a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;

b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.

3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, pode o referido

Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX.

Artigo 13

Exercício da Jurisdição

O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:

a) Um Estado Parte denunciar ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;

b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou

c) O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.

Artigo 14

Denúncia por Um Estado Parte

1. Qualquer Estado Parte poderá denunciar ao Procurador uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes da competência do Tribunal e solicitar ao Procurador que a investigue, com vista a determinar se uma ou mais pessoas identificadas deverão ser acusadas da prática desses crimes.

2. O Estado que proceder à denúncia deverá, tanto quanto possível, especificar as circunstâncias relevantes do caso e anexar toda a documentação de que disponha.

Artigo 15

Procurador

1. O Procurador poderá, por sua própria iniciativa, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal.

2. O Procurador apreciará a seriedade da informação recebida. Para tal, poderá recolher informações suplementares junto aos Estados, aos órgãos da Organização das Nações Unidas, às Organizações Intergovernamentais ou Não Governamentais ou outras fontes fidedignas que considere apropriadas, bem como recolher depoimentos escritos ou orais na sede do Tribunal.

3. Se concluir que existe fundamento suficiente para abrir um inquérito, o Procurador apresentará um pedido de autorização nesse sentido ao Juízo de Instrução, acompanhado da documentação de apoio que tiver reunido. As vítimas poderão apresentar representações no Juízo de Instrução, de acordo com o Regulamento Processual.

4. Se, após examinar o pedido e a documentação que o acompanha, o Juízo de Instrução considerar que há fundamento suficiente para abrir um Inquérito e que o caso parece caber na jurisdição do Tribunal, autorizará a abertura do inquérito, sem prejuízo das decisões que o Tribunal vier a tomar posteriormente em matéria de competência e de admissibilidade.

5. A recusa do Juízo de Instrução em autorizar a abertura do inquérito não impedirá o Procurador de formular ulteriormente outro pedido com base em novos fatos ou provas respeitantes à mesma situação.

6. Se, depois da análise preliminar a que se referem os parágrafos 1º e 2º, o Procurador concluir que a informação apresentada não constitui fundamento suficiente para um inquérito, o Procurador informará quem a tiver apresentado de tal entendimento. Tal não impede que o Procurador examine, à luz de novos fatos ou provas, qualquer outra informação que lhe venha a ser comunicada sobre o mesmo caso.

Artigo 16

Adiamento do Inquérito e do Procedimento Criminal

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

Artigo 17

Questões Relativas à Admissibilidade

1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se:

a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer;

b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer;

c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 20;

d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo eqüitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5º;

b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;

c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça;

3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

Artigo 18

Decisões Preliminares sobre Admissibilidade

1. Se uma situação for denunciada ao Tribunal nos termos do artigo 13, parágrafo a), e o Procurador determinar que existem fundamentos para abrir um inquérito ou der início a um inquérito de acordo com os artigos 13, parágrafo c) e 15, deverá notificar todos os Estados Partes e os Estados que, de acordo com a informação disponível, teriam jurisdição sobre esses crimes. O Procurador poderá proceder à notificação a título confidencial e, sempre que o considere necessário com vista a proteger pessoas, impedir a destruição de provas ou a fuga de pessoas, poderá limitar o âmbito da informação a transmitir aos Estados.

2. No prazo de um mês após a recepção da referida notificação, qualquer Estado poderá informar o Tribunal de que está procedendo, ou já procedeu, a um

inquérito sobre nacionais seus ou outras pessoas sob a sua jurisdição, por atos que possam constituir crimes a que se refere o artigo 5º e digam respeito à informação constante na respectiva notificação. A pedido desse Estado, o Procurador transferirá para ele o inquérito sobre essas pessoas, a menos que, a pedido do Procurador, o Juízo de Instrução decida autorizar o inquérito.

3. A transferência do inquérito poderá ser reexaminada pelo Procurador seis meses após a data em que tiver sido decidida ou, a todo o momento, quando tenha ocorrido uma alteração significativa de circunstâncias, decorrente da falta de vontade ou da incapacidade efetiva do Estado de levar a cabo o inquérito.

4. O Estado interessado ou o Procurador poderão interpor recurso para o Juízo de Recursos da decisão proferida por um Juízo de Instrução, tal como previsto no artigo 82. Este recurso poderá seguir uma forma sumária.

5. Se o Procurador transferir o inquérito, nos termos do parágrafo 2º, poderá solicitar ao Estado interessado que o informe periodicamente do andamento do mesmo e de qualquer outro procedimento subseqüente. Os Estados Partes responderão a estes pedidos sem atrasos injustificados.

6. O Procurador poderá, enquanto aguardar uma decisão a proferir no Juízo de Instrução, ou a todo o momento se tiver transferido o inquérito nos termos do presente artigo, solicitar ao tribunal de instrução, a título excepcional, que o autorize a efetuar as investigações que considere necessárias para preservar elementos de prova, quando exista uma oportunidade única de obter provas relevantes ou um risco significativo de que essas provas possam não estar disponíveis numa fase ulterior.

7. O Estado que tenha recorrido de uma decisão do Juízo de Instrução nos termos do presente artigo poderá impugnar a admissibilidade de um caso nos termos do artigo 19, invocando fatos novos relevantes ou uma alteração significativa de circunstâncias.

Artigo 19

Impugnação da Jurisdição do Tribunal ou da Admissibilidade do Caso

1. O Tribunal deverá certificar-se de que detém jurisdição sobre todos os casos que lhe sejam submetidos. O Tribunal poderá pronunciar-se de ofício sobre a admissibilidade do caso em conformidade com o artigo 17.

2. Poderão impugnar a admissibilidade do caso, por um dos motivos referidos no artigo 17, ou impugnar a jurisdição do Tribunal:

a) O acusado ou a pessoa contra a qual tenha sido emitido um mandado ou ordem de detenção ou de comparecimento, nos termos do artigo 58;

b) Um Estado que detenha o poder de jurisdição sobre um caso, pelo fato de o estar investigando ou julgando, ou por já o ter feito antes; ou

c) Um Estado cuja aceitação da competência do Tribunal seja exigida, de acordo com o artigo 12.

3. O Procurador poderá solicitar ao Tribunal que se pronuncie sobre questões de jurisdição ou admissibilidade. Nas ações relativas a jurisdição ou admissibilidade, aqueles que tiverem denunciado um caso ao abrigo do artigo 13, bem como as vítimas, poderão também apresentar as suas observações ao Tribunal.

4. A admissibilidade de um caso ou a jurisdição do Tribunal só poderão ser impugnadas uma única vez por qualquer pessoa ou Estado a que se faz referência no parágrafo 2º. A impugnação deverá ser feita antes do julgamento ou no seu início. Em circunstâncias excepcionais, o Tribunal poderá autorizar que a impugnação se faça mais de uma vez ou depois do início do julgamento. As impugnações à admissibilidade de um caso feitas no início do julgamento, ou posteriormente com a autorização do Tribunal, só poderão fundamentar-se no disposto no parágrafo 1º, alínea c) do artigo 17.

5. Os Estados a que se referem as alíneas b) e c) do parágrafo 2º do presente artigo deverão deduzir impugnação logo que possível.

6. Antes da confirmação da acusação, a impugnação da admissibilidade de um caso ou da jurisdição do Tribunal será submetida ao Juízo de Instrução e, após confirmação, ao Juízo de Julgamento em Primeira Instância. Das decisões relativas à

jurisdição ou admissibilidade caberá recurso para o Juízo de Recursos, de acordo com o artigo 82.

7. Se a impugnação for feita pelo Estado referido nas alíneas b) e c) do parágrafo 2º, o Procurador suspenderá o inquérito até que o Tribunal decida em conformidade com o artigo 17.

8. Enquanto aguardar uma decisão, o Procurador poderá solicitar ao Tribunal autorização para:

a) Proceder às investigações necessárias previstas no parágrafo 6º do artigo 18;

b) Recolher declarações ou o depoimento de uma testemunha ou completar o recolhimento e o exame das provas que tenha iniciado antes da impugnação; e

c) Impedir, em colaboração com os Estados interessados, a fuga de pessoas em relação às quais já tenha solicitado um mandado de detenção, nos termos do artigo 58.

9. A impugnação não afetará a validade de nenhum ato realizado pelo Procurador, nem de nenhuma decisão ou mandado anteriormente emitido pelo Tribunal.

10. Se o Tribunal tiver declarado que um caso não é admissível, de acordo com o artigo 17, o Procurador poderá pedir a revisão dessa decisão, após se ter certificado de que surgiram novos fatos que invalidam os motivos pelos quais o caso havia sido considerado inadmissível nos termos do artigo 17.

11. Se o Procurador, tendo em consideração as questões referidas no artigo 17, decidir transferir um inquérito, poderá pedir ao Estado em questão que o mantenha informado do seguimento do processo. Esta informação deverá, se esse Estado o solicitar, ser mantida confidencial. Se o Procurador decidir, posteriormente, abrir um inquérito, comunicará a sua decisão ao Estado para o qual foi transferido o processo.

Artigo 20

Ne Bis in Idem

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

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

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

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

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

Artigo 21

Direito Aplicável

1. O Tribunal aplicará:

a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;

b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;

c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for

o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.

3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3º do artigo 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.

Capítulo III

Princípios Gerais de Direito Penal

Artigo 22

Nullum Crimen Sine Lege

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.

2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.

Artigo 23

Nulla Poena Sine Lege

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

Artigo 24

Não Retroatividade *Ratione Personae*

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.

2. Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

Artigo 25

Responsabilidade Criminal Individual

1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.

2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.

3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;

b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;

c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;

d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:

i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou

ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime;

e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática;

f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumar devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.

4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.

Artigo 26

Exclusão da Jurisdição Relativamente a Menores de 18 anos

O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.

Artigo 27

Irrelevância da Qualidade Oficial

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

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

Artigo 28

Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos

Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e

c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

Artigo 29

Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

Artigo 30

Elementos Psicológicos

1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.

2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que atua intencionalmente quem:

a) Relativamente a uma conduta, se propuser adotá-la;

b) Relativamente a um efeito do crime, se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos .

3. Nos termos do presente artigo, entende-se por "conhecimento" a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos. As expressões "ter conhecimento" e "com conhecimento" deverão ser entendidas em conformidade.

Artigo 31

Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal

Sem prejuízo de outros fundamentos para a exclusão de responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto, não será considerada criminalmente responsável a pessoa que, no momento da prática de determinada conduta:

a) Sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei;

b) Estiver em estado de intoxicação que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não transgredir a lei, a menos que se tenha intoxicado voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em conseqüência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou, de que haveria o risco de tal suceder;

c) Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O fato de participar em uma força que realize uma operação de defesa não será

causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea;

d) Tiver incorrido numa conduta que presumivelmente constitui crime da competência do Tribunal, em conseqüência de coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem, e em que se veja compelida a atuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se propunha evitar. Essa ameaça tanto poderá:

i) Ter sido feita por outras pessoas; ou

ii) Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade.

2. O Tribunal determinará se os fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto serão aplicáveis no caso em apreço.

3. No julgamento, o Tribunal poderá levar em consideração outros fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal; distintos dos referidos no parágrafo 1º, sempre que esses fundamentos resultem do direito aplicável em conformidade com o artigo 21. O processo de exame de um fundamento de exclusão deste tipo será definido no Regulamento Processual.

Artigo 32

Erro de Fato ou Erro de Direito

1. O erro de fato só excluirá a responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime.

2. O erro de direito sobre se determinado tipo de conduta constitui crime da competência do Tribunal não será considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal. No entanto, o erro de direito poderá ser considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime ou se decorrer do artigo 33 do presente Estatuto.

Artigo 33

Decisão Hierárquica e Disposições Legais

1. Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um Governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, não será isento de responsabilidade criminal, a menos que:

a) Estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do Governo ou superior hierárquico em questão;

b) Não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; e

c) A decisão não fosse manifestamente ilegal.

2. Para os efeitos do presente artigo, qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal.

Capítulo IV
Composição e Administração do Tribunal

Artigo 34
Órgãos do Tribunal

O Tribunal será composto pelos seguintes órgãos:

a) A Presidência;

b) Uma Seção de Recursos, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução;

c) O Gabinete do Procurador;

d) A Secretaria.

Artigo 35
Exercício das Funções de Juiz

1. Os juízes serão eleitos membros do Tribunal para exercer funções em regime de exclusividade e deverão estar disponíveis para desempenhar o respectivo cargo desde o início do seu mandato.

2. Os juízes que comporão a Presidência desempenharão as suas funções em regime de exclusividade desde a sua eleição.

3. A Presidência poderá, em função do volume de trabalho do Tribunal, e após consulta dos seus membros, decidir periodicamente em que medida é que será necessário que os restantes juízes desempenhem as suas funções em regime de exclusividade. Estas decisões não prejudicarão o disposto no artigo 40.

4. Os ajustes de ordem financeira relativos aos juízes que não tenham de exercer os respectivos cargos em regime de exclusividade serão adotadas em conformidade com o disposto no artigo 49.

Artigo 36

Qualificações, Candidatura e Eleição dos Juízes

1. Sob reserva do disposto no parágrafo 2º, o Tribunal será composto por 18 juízes.

2. **a**) A Presidência, agindo em nome do Tribunal, poderá propor o aumento do número de juízes referido no parágrafo 1º fundamentando as razões pelas quais considera necessária e apropriada tal medida. O Secretário comunicará imediatamente a proposta a todos os Estados Partes;

b) A proposta será seguidamente apreciada em sessão da Assembléia dos Estados Partes convocada nos termos do artigo 112 e deverá ser considerada adotada se for aprovada na sessão por maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes; a proposta entrará em vigor na data fixada pela Assembléia dos Estados Partes;

c) **i**) Logo que seja aprovada a proposta de aumento do número de juízes, de acordo com o disposto na alínea b), a eleição dos juízes adicionais terá lugar no período seguinte de sessões da Assembléia dos Estados Partes, nos termos dos parágrafos 3º a 8º do presente artigo e do parágrafo 2º do artigo 37;

ii) Após a aprovação e a entrada em vigor de uma proposta de aumento do número de juízes, de acordo com o disposto nas alíneas b) e c) i), a Presidência poderá, a qualquer momento, se o volume de trabalho do Tribunal assim o justificar, propor que o número de juízes seja reduzido, mas nunca para um número inferior ao fixado no parágrafo 1º. A proposta será apreciada de acordo com o procedimento definido nas alíneas a) e b). Caso a proposta seja aprovada, o número de juízes será progressivamente reduzido, à medida que expirem os mandatos e até que se alcance o número previsto.

3. **a**) Os juízes serão eleitos dentre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reunam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países.

b) Os candidatos a juízes deverão possuir:

i) Reconhecida competência em direito penal e direito processual penal e a necessária experiência em processos penais na qualidade de juiz, procurador, advogado ou outra função semelhante; ou

ii) Reconhecida competência em matérias relevantes de direito internacional, tais como o direito internacional humanitário e os direitos humanos, assim como vasta experiência em profissões jurídicas com relevância para a função judicial do Tribunal;

c) Os candidatos a juízes deverão possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. **a**) Qualquer Estado Parte no presente Estatuto poderá propor candidatos às eleições para juiz do Tribunal mediante:

i) O procedimento previsto para propor candidatos aos mais altos cargos judiciais do país; ou

ii) O procedimento previsto no Estatuto da Corte Internacional de Justiça para propor candidatos a esse Tribunal.

As propostas de candidatura deverão ser acompanhadas de uma exposição detalhada comprovativa de que o candidato possui os requisitos enunciados no parágrafo 3º;

b) Qualquer Estado Parte poderá apresentar uma candidatura de uma pessoa que não tenha necessariamente a sua nacionalidade, mas que seja nacional de um Estado Parte;

c) A Assembléia dos Estados Partes poderá decidir constituir, se apropriado, uma Comissão consultiva para o exame das candidaturas, neste caso, a Assembléia dos Estados Partes determinará a composição e o mandato da Comissão.

5. Para efeitos da eleição, serão estabelecidas duas listas de candidatos:

A lista A, com os nomes dos candidatos que reúnam os requisitos enunciados na alínea b) i) do parágrafo 3º; e

A lista B, com os nomes dos candidatos que reúnam os requisitos enunciados na alínea b) ii) do parágrafo 3º.

O candidato que reuna os requisitos constantes de ambas as listas, poderá escolher em qual delas deseja figurar. Na primeira eleição de membros do Tribunal, pelo menos nove juízes serão eleitos entre os candidatos da lista A e pelo menos cinco entre os candidatos da lista B. As eleições subseqüentes serão organizadas por forma a que se mantenha no Tribunal uma proporção equivalente de juízes de ambas as listas.

6. **a**) Os juízes serão eleitos por escrutínio secreto, em sessão da Assembléia dos Estados Partes convocada para esse efeito, nos termos do artigo 112. Sob reserva do disposto no parágrafo 7, serão eleitos os 18 candidatos que obtenham o maior número de votos e uma maioria de dois terços dos Estados Partes presentes e votantes;

b) No caso em que da primeira votação não resulte eleito um número suficiente de juízes, proceder-se-á a nova votação, de acordo com os procedimentos estabelecidos na alínea a), até provimento dos lugares restantes.

7. O Tribunal não poderá ter mais de um juiz nacional do mesmo Estado. Para este efeito, a pessoa que for considerada nacional de mais de um Estado será

considerada nacional do Estado onde exerce habitualmente os seus direitos civis e políticos.

8. **a**) Na seleção dos juízes, os Estados Partes ponderarão sobre a necessidade de assegurar que a composição do Tribunal inclua:

i) A representação dos principais sistemas jurídicos do mundo;

ii) Uma representação geográfica eqüitativa; e

iii) Uma representação justa de juízes do sexo feminino e do sexo masculino;

b) Os Estados Partes levarão igualmente em consideração a necessidade de assegurar a presença de juízes especializados em determinadas matérias incluindo, entre outras, a violência contra mulheres ou crianças.

9. **a**) Salvo o disposto na alínea b), os juízes serão eleitos por um mandato de nove anos e não poderão ser reeleitos, salvo o disposto na alínea c) e no parágrafo 2º do artigo 37;

b) Na primeira eleição, um terço dos juízes eleitos será selecionado por sorteio para exercer um mandato de três anos; outro terço será selecionado, também por sorteio, para exercer um mandato de seis anos; e os restantes exercerão um mandato de nove anos;

c) Um juiz selecionado para exercer um mandato de três anos, em conformidade com a alínea b), poderá ser reeleito para um mandato completo.

10. Não obstante o disposto no parágrafo 9, um juiz afeto a um Juízo de Julgamento em Primeira Instância ou de Recurso, em conformidade com o artigo 39, permanecerá em funções até à conclusão do julgamento ou do recurso dos casos que tiver a seu cargo.

Artigo 37

Vagas

1. Caso ocorra uma vaga, realizar-se-á uma eleição para o seu provimento, de acordo com o artigo 36.

2. O juiz eleito para prover uma vaga, concluirá o mandato do seu antecessor e, se esse período for igual ou inferior a três anos, poderá ser reeleito para um mandato completo, nos termos do artigo 36.

Artigo 38

A Presidência

1. O Presidente, o Primeiro Vice-Presidente e o Segundo Vice-Presidente serão eleitos por maioria absoluta dos juízes. Cada um desempenhará o respectivo cargo por um período de três anos ou até ao termo do seu mandato como juiz, conforme o que expirar em primeiro lugar. Poderão ser reeleitos uma única vez.

2. O Primeiro Vice-Presidente substituirá o Presidente em caso de impossibilidade ou recusa deste. O Segundo Vice-Presidente substituirá o Presidente em caso de impedimento ou recusa deste ou do Primeiro Vice-Presidente.

3. O Presidente, o Primeiro Vice-Presidente e o Segundo Vice-Presidente constituirão a Presidência, que ficará encarregada:

a) Da adequada administração do Tribunal, com exceção do Gabinete do Procurador; e

b) Das restantes funções que lhe forem conferidas de acordo com o presente Estatuto.

4. Embora eximindo-se da sua responsabilidade nos termos do parágrafo 3º a), a Presidência atuará em coordenação com o Gabinete do Procurador e deverá obter a aprovação deste em todos os assuntos de interesse comum.

Artigo 39

Juízos

1. Após a eleição dos juízes e logo que possível, o Tribunal deverá organizar-se nas seções referidas no artigo 34 b). A Seção de Recursos será composta pelo

Presidente e quatro juízes, a Seção de Julgamento em Primeira Instância por, pelo menos, seis juízes e a Seção de Instrução por, pelo menos, seis juízes. Os juízes serão adstritos às Seções de acordo com a natureza das funções que corresponderem a cada um e com as respectivas qualificações e experiência, por forma a que cada Seção disponha de um conjunto adequado de especialistas em direito penal e processual penal e em direito internacional. A Seção de Julgamento em Primeira Instância e a Seção de Instrução serão predominantemente compostas por juízes com experiência em processo penal.

2. **a**) As funções judiciais do Tribunal serão desempenhadas em cada Seção pelos juízos.

b) **i**) O Juízo de Recursos será composto por todos os juízes da Seção de Recursos;

ii) As funções do Juízo de Julgamento em Primeira Instância serão desempenhadas por três juízes da Seção de Julgamento em Primeira Instância;

iii) As funções do Juízo de Instrução serão desempenhadas por três juízes da Seção de Instrução ou por um só juiz da referida Seção, em conformidade com o presente Estatuto e com o Regulamento Processual;

c) Nada no presente número obstará a que se constituam simultaneamente mais de um Juízo de Julgamento em Primeira Instância ou Juízo de Instrução, sempre que a gestão eficiente do trabalho do Tribunal assim o exigir.

3. **a**) Os juízes adstritos às Seções de Julgamento em Primeira Instância e de Instrução desempenharão o cargo nessas Seções por um período de três anos ou, decorrido esse período, até à conclusão dos casos que lhes tenham sido cometidos pela respectiva Seção;

b) Os juízes adstritos à Seção de Recursos desempenharão o cargo nessa Seção durante todo o seu mandato.

4. Os juízes adstritos à Seção de Recursos desempenharão o cargo unicamente nessa Seção. Nada no presente artigo obstará a que sejam adstritos temporariamente juízes da Seção de Julgamento em Primeira Instância à Seção de Instrução, ou inversamente, se a Presidência entender que a gestão eficiente do trabalho do Tribunal assim o exige; porém, o juiz que tenha participado na fase instrutória não poderá, em caso algum, fazer parte do Juízo de Julgamento em Primeira Instância encarregado do caso.

Artigo 40

Independência dos Juízes

1. Os juízes serão independentes no desempenho das suas funções.

2. Os juízes não desenvolverão qualquer atividade que possa ser incompatível com o exercício das suas funções judiciais ou prejudicar a confiança na sua independência.

3. Os juízes que devam desempenhar os seus cargos em regime de exclusividade na sede do Tribunal não poderão ter qualquer outra ocupação de natureza profissional.

4. As questões relativas à aplicação dos parágrafo 2º e 3º serão decididas por maioria absoluta dos juízes. Nenhum juiz participará na decisão de uma questão que lhe diga respeito.

Artigo 41

Impedimento e Desqualificação de Juízes

1. A Presidência poderá, a pedido de um juiz, declarar seu impedimento para o exercício de alguma das funções que lhe confere o presente Estatuto, em conformidade com o Regulamento Processual.

2. **a**) Nenhum juiz pode participar num caso em que, por qualquer motivo, seja posta em dúvida a sua imparcialidade. Será desqualificado, em conformidade com o disposto neste número, entre outras razões, se tiver intervindo anteriormente, a qualquer titulo, em um caso submetido ao Tribunal ou em um procedimento criminal

conexo em nível nacional que envolva a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal. Pode ser igualmente desqualificado por qualquer outro dos motivos definidos no Regulamento Processual;

b) O Procurador ou a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal poderá solicitar a desqualificação de um juiz em virtude do disposto no presente número;

c) As questões relativas à desqualificação de juízes serão decididas por maioria absoluta dos juízes. O juiz cuja desqualificação for solicitada, poderá pronunciar-se sobre a questão, mas não poderá tomar parte na decisão.

Artigo 42

O Gabinete do Procurador

1. O Gabinete do Procurador atuará de forma independente, enquanto órgão autônomo do Tribunal. Competir-lhe-á recolher comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de os examinar e investigar e de exercer a ação penal junto ao Tribunal. Os membros do Gabinete do Procurador não solicitarão nem cumprirão ordens de fontes externas ao Tribunal.

2. O Gabinete do Procurador será presidido pelo Procurador, que terá plena autoridade para dirigir e administrar o Gabinete do Procurador, incluindo o pessoal, as instalações e outros recursos. O Procurador será coadjuvado por um ou mais Procuradores-Adjuntos, que poderão desempenhar qualquer uma das funções que incumbam àquele, em conformidade com o disposto no presente Estatuto. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos terão nacionalidades diferentes e desempenharão o respectivo cargo em regime de exclusividade.

3. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos deverão ter elevada idoneidade moral, elevado nível de competência e vasta experiência prática em matéria de processo penal. Deverão possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. O Procurador será eleito por escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos dos membros da Assembléia dos Estados Partes. Os Procuradores-Adjuntos serão eleitos da mesma forma, de entre uma lista de candidatos apresentada pelo Procurador. O Procurador proporá três candidatos para cada cargo de Procurador-Adjunto a prover. A menos que, ao tempo da eleição, seja fixado um período mais curto, o Procurador e os Procuradores-Adjuntos exercerão os respectivos cargos por um período de nove anos e não poderão ser reeleitos.

5. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos não deverão desenvolver qualquer atividade que possa interferir com o exercício das suas funções ou afetar a confiança na sua independência e não poderão desempenhar qualquer outra função de caráter profissional.

6. A Presidência poderá, a pedido do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, escusá-lo de intervir num determinado caso.

7. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos não poderão participar em qualquer processo em que, por qualquer motivo, a sua imparcialidade possa ser posta em causa. Serão recusados, em conformidade com o disposto no presente número, entre outras razões, se tiverem intervindo anteriormente, a qualquer título, num caso submetido ao Tribunal ou num procedimento crime conexo em nível nacional, que envolva a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal.

8. As questões relativas à recusa do Procurador ou de um Procurador-Adjunto serão decididas pelo Juízo de Recursos.

a) A pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal poderá solicitar, a todo o momento, a recusa do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, pelos motivos previstos no presente artigo;

b) O Procurador ou o Procurador-Adjunto, segundo o caso, poderão pronunciar-se sobre a questão.

9. O Procurador nomeará assessores jurídicos especializados em determinadas áreas incluindo, entre outras, as da violência sexual ou violência por motivos

relacionados com a pertença a um determinado gênero e da violência contra as crianças.

Artigo 43

A Secretaria

1. A Secretaria será responsável pelos aspectos não judiciais da administração e do funcionamento do Tribunal, sem prejuízo das funções e atribuições do Procurador definidas no artigo 42.

2. A Secretaria será dirigida pelo Secretário, principal responsável administrativo do Tribunal. O Secretário exercerá as suas funções na dependência do Presidente do Tribunal.

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

4. Os juízes elegerão o Secretário em escrutínio secreto, por maioria absoluta, tendo em consideração as recomendações da Assembléia dos Estados Partes. Se necessário, elegerão um Secretário-Adjunto, por recomendação do Secretário e pela mesma forma.

5. O Secretário será eleito por um período de cinco anos para exercer funções em regime de exclusividade e só poderá ser reeleito uma vez. O Secretário-Adjunto será eleito por um período de cinco anos, ou por um período mais curto se assim o decidirem os juízes por deliberação tomada por maioria absoluta, e exercerá as suas funções de acordo com as exigências de serviço.

6. O Secretário criará, no âmbito da Secretaria, uma Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas. Esta Unidade, em conjunto com o Gabinete do Procurador, adotará medidas de proteção e dispositivos de segurança e prestará assessoria e outro tipo de assistência às testemunhas e vítimas que compareçam perante o Tribunal e a outras pessoas ameaçadas em virtude do testemunho prestado por aquelas. A Unidade incluirá pessoal especializado para atender as vítimas de traumas, nomeadamente os relacionados com crimes de violência sexual.

Artigo 44

O Pessoal

1. O Procurador e o Secretário nomearão o pessoal qualificado necessário aos respectivos serviços, nomeadamente, no caso do Procurador, o pessoal encarregado de efetuar diligências no âmbito do inquérito.

2. No tocante ao recrutamento de pessoal, o Procurador e o Secretário assegurarão os mais altos padrões de eficiência, competência e integridade, tendo em consideração, mutatis mutandis, os critérios estabelecidos no parágrafo 8 do artigo 36.

3. O Secretário, com o acordo da Presidência e do Procurador, proporá o Estatuto do Pessoal, que fixará as condições de nomeação, remuneração e cessação de funções do pessoal do Tribunal. O Estatuto do Pessoal será aprovado pela Assembléia dos Estados Partes.

4. O Tribunal poderá, em circunstâncias excepcionais, recorrer aos serviços de pessoal colocado à sua disposição, a título gratuito, pelos Estados Partes, organizações intergovernamentais e organizações não governamentais, com vista a colaborar com qualquer um dos órgãos do Tribunal. O Procurador poderá anuir a tal eventualidade em nome do Gabinete do Procurador. A utilização do pessoal disponibilizado a título gratuito ficará sujeita às diretivas estabelecidas pela Assembléia dos Estados Partes.

Artigo 45

Compromisso Solene

Antes de assumir as funções previstas no presente Estatuto, os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário e o Secretário-Adjunto declararão solenemente, em sessão pública,

que exercerão as suas funções imparcial e conscienciosamente.

Artigo 46

Cessação de Funções

1. Um Juiz, o Procurador, um Procurador-Adjunto, o Secretário ou o Secretário-Adjunto cessará as respectivas funções, por decisão adotada de acordo com o disposto no parágrafo 2º, nos casos em que:

a) Se conclua que a pessoa em causa incorreu em falta grave ou incumprimento grave das funções conferidas pelo presente Estatuto, de acordo com o previsto no Regulamento Processual; ou

b) A pessoa em causa se encontre impossibilitada de desempenhar as funções definidas no presente Estatuto.

2. A decisão relativa à cessação de funções de um juiz, do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, de acordo com o parágrafo 1º, será adotada pela Assembléia dos Estados Partes em escrutínio secreto:

a) No caso de um juiz, por maioria de dois terços dos Estados Partes, com base em recomendação adotada por maioria de dois terços dos restantes juízes;

b) No caso do Procurador, por maioria absoluta dos Estados Partes;

c) No caso de um Procurador-Adjunto, por maioria absoluta dos Estados Partes, com base na recomendação do Procurador.

3. A decisão relativa à cessação de funções do Secretário ou do Secretário-Adjunto, será adotada por maioria absoluta de votos dos juízes.

4. Os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário ou o Secretário-Adjunto, cuja conduta ou idoneidade para o exercício das funções inerentes ao cargo em conformidade com o presente Estatuto tiver sido contestada ao abrigo do presente artigo, terão plena possibilidade de apresentar e obter meios de prova e produzir alegações de acordo com o Regulamento Processual; não poderão, no entanto, participar, de qualquer outra forma, na apreciação do caso.

Artigo 47

Medidas Disciplinares

Os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário ou o Secretário-Adjunto que tiverem cometido uma falta menos grave que a prevista no parágrafo 1º do artigo 46 incorrerão em responsabilidade disciplinar nos termos do Regulamento Processual.

Artigo 48

Privilégios e Imunidades

1. O Tribunal gozará, no território dos Estados Partes, dos privilégios e imunidades que se mostrem necessários ao cumprimento das suas funções.

2. Os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos e o Secretário gozarão, no exercício das suas funções ou em relação a estas, dos mesmos privilégios e imunidades reconhecidos aos chefes das missões diplomáticas, continuando a usufruir de absoluta imunidade judicial relativamente às suas declarações, orais ou escritas, e aos atos que pratiquem no desempenho de funções oficiais após o termo do respectivo mandato.

3. O Secretário-Adjunto, o pessoal do Gabinete do Procurador e o pessoal da Secretaria gozarão dos mesmos privilégios e imunidades e das facilidades necessárias ao cumprimento das respectivas funções, nos termos do acordo sobre os privilégios e imunidades do Tribunal.

4. Os advogados, peritos, testemunhas e outras pessoas, cuja presença seja requerida na sede do Tribunal, beneficiarão do tratamento que se mostre necessário ao funcionamento adequado deste, nos termos do acordo sobre os privilégios e imunidades do Tribunal.

5. Os privilégios e imunidades poderão ser levantados:

a) No caso de um juiz ou do Procurador, por decisão adotada por maioria absoluta dos juízes;

b) No caso do Secretário, pela Presidência;

c) No caso dos Procuradores-Adjuntos e do pessoal do Gabinete do Procurador, pelo Procurador;

d) No caso do Secretário-Adjunto e do pessoal da Secretaria, pelo Secretário.

Artigo 49

Vencimentos, Subsídios e Despesas

Os juízes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário e o Secretário-Adjunto auferirão os vencimentos e terão direito aos subsídios e ao reembolso de despesas que forem estabelecidos em Assembléia dos Estados Partes. Estes vencimentos e subsídios não serão reduzidos no decurso do mandato.

Artigo 50

Línguas Oficiais e Línguas de Trabalho

1. As línguas árabe, chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa serão as línguas oficiais do Tribunal. As sentenças proferidas pelo Tribunal, bem como outras decisões sobre questões fundamentais submetidas ao Tribunal, serão publicadas nas línguas oficiais. A Presidência, de acordo com os critérios definidos no Regulamento Processual, determinará quais as decisões que poderão ser consideradas como decisões sobre questões fundamentais, para os efeitos do presente parágrafo.

2. As línguas francesa e inglesa serão as línguas de trabalho do Tribunal. O Regulamento Processual definirá os casos em que outras línguas oficiais poderão ser usadas como línguas de trabalho.

3. A pedido de qualquer Parte ou qualquer Estado que tenha sido admitido a intervir num processo, o Tribunal autorizará o uso de uma língua que não seja a francesa ou a inglesa, sempre que considere que tal autorização se justifica.

Artigo 51

Regulamento Processual

1. O Regulamento Processual entrará em vigor mediante a sua aprovação por uma maioria de dois terços dos votos dos membros da Assembléia dos Estados Partes.

2. Poderão propor alterações ao Regulamento Processual:

a) Qualquer Estado Parte;

b) Os juízes, por maioria absoluta; ou

c) O Procurador.

Estas alterações entrarão em vigor mediante a aprovação por uma maioria de dois terços dos votos dos membros da Assembléia dos Estados partes.

3. Após a aprovação do Regulamento Processual, em casos urgentes em que a situação concreta suscitada em Tribunal não se encontre prevista no Regulamento Processual, os juízes poderão, por maioria de dois terços, estabelecer normas provisórias a serem aplicadas até que a Assembléia dos Estados Partes as aprove, altere ou rejeite na sessão ordinária ou extraordinária seguinte.

4. O Regulamento Processual, e respectivas alterações, bem como quaisquer normas provisórias, deverão estar em consonância com o presente Estatuto. As alterações ao Regulamento Processual, assim como as normas provisórias aprovadas em conformidade com o parágrafo 3º, não serão aplicadas com caráter retroativo em detrimento de qualquer pessoa que seja objeto de inquérito ou de procedimento criminal, ou que tenha sido condenada.

5. Em caso de conflito entre as disposições do Estatuto e as do Regulamento Processual, o Estatuto prevalecerá.

Artigo 52

Regimento do Tribunal

1. De acordo com o presente Estatuto e com o Regulamento Processual, os juízes aprovarão, por maioria absoluta, o Regimento necessário ao normal funcionamento do Tribunal.

2. O Procurador e o Secretário serão consultados sobre a elaboração do Regimento ou sobre qualquer alteração que lhe seja introduzida.

3. O Regimento do Tribunal e qualquer alteração posterior entrarão em vigor mediante a sua aprovação, salvo decisão em contrário dos juízes. Imediatamente após a adoção, serão circulados pelos Estados Partes para observações e continuarão em

vigor se, dentro de seis meses, não forem formuladas objeções pela maioria dos Estados Partes.

Capítulo V

Inquérito e Procedimento Criminal

Artigo 53

Abertura do Inquérito

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

a) A informação de que dispõe constitui fundamento razoável para crer que foi, ou está sendo, cometido um crime da competência do Tribunal;

b) O caso é ou seria admissível nos termos do artigo 17; e

c) Tendo em consideração a gravidade do crime e os interesses das vítimas, não existirão, contudo, razões substanciais para crer que o inquérito não serve os interesses da justiça.

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

2. Se, concluído o inquérito, o Procurador chegar à conclusão de que não há fundamento suficiente para proceder criminalmente, na medida em que:

a) Não existam elementos suficientes, de fato ou de direito, para requerer a emissão de um mandado de detenção ou notificação para comparência, de acordo com o artigo 58;

b) O caso seja inadmissível, de acordo com o artigo 17; ou

c) O procedimento não serviria o interesse da justiça, consideradas todas as circunstâncias, tais como a gravidade do crime, os interesses das vítimas e a idade ou o estado de saúde do presumível autor e o grau de participação no alegado crime, comunicará a sua decisão, devidamente fundamentada, ao Juízo de Instrução e ao Estado que lhe submeteu o caso, de acordo com o artigo 14, ou ao Conselho de Segurança, se se tratar de um caso previsto no parágrafo b) do artigo 13.

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

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

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

Artigo 54

Funções e Poderes do Procurador em Matéria de Inquérito

1. O Procurador deverá:

a) A fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa;

b) Adotar as medidas adequadas para assegurar a eficácia do inquérito e do procedimento criminal relativamente aos crimes da jurisdição do Tribunal e,

na sua atuação, o Procurador terá em conta os interesses e a situação pessoal das vítimas e testemunhas, incluindo a idade, o gênero tal como definido no parágrafo 3º do artigo 7º, e o estado de saúde; terá igualmente em conta a natureza do crime, em particular quando envolva violência sexual, violência por motivos relacionados com a pertença a um determinado gênero e violência contra as crianças; e

c) Respeitar plenamente os direitos conferidos às pessoas pelo presente Estatuto.

2. O Procurador poderá realizar investigações no âmbito de um inquérito no território de um Estado:

a) De acordo com o disposto na Parte IX; ou

b) Mediante autorização do Juízo de Instrução, dada nos termos do parágrafo 3º, alínea d), do artigo 57.

3. O Procurador poderá:

a) Reunir e examinar provas;

b) Convocar e interrogar pessoas objeto de inquérito e convocar e tomar o depoimento de vítimas e testemunhas;

c) Procurar obter a cooperação de qualquer Estado ou organização intergovernamental ou instrumento intergovernamental, de acordo com a respectiva competência e/ou mandato;

d) Celebrar acordos ou convênios compatíveis com o presente Estatuto, que se mostrem necessários para facilitar a cooperação de um Estado, de uma organização intergovernamental ou de uma pessoa;

e) Concordar em não divulgar, em qualquer fase do processo, documentos ou informação que tiver obtido, com a condição de preservar o seu caráter confidencial e com o objetivo único de obter novas provas, a menos que quem tiver facilitado a informação consinta na sua divulgação; e

f) Adotar ou requerer que se adotem as medidas necessárias para assegurar o caráter confidencial da informação, a proteção de pessoas ou a preservação da prova.

Artigo 55

Direitos das Pessoas no Decurso do Inquérito

1. No decurso de um inquérito aberto nos termos do presente Estatuto:

a) Nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada;

b) Nenhuma pessoa poderá ser submetida a qualquer forma de coação, intimidação ou ameaça, tortura ou outras formas de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; e

c) Qualquer pessoa que for interrogada numa língua que não compreenda ou não fale fluentemente, será assistida, gratuitamente, por um intérprete competente e disporá das traduções que são necessárias às exigências de equidade;

d) Nenhuma pessoa poderá ser presa ou detida arbitrariamente, nem ser privada da sua liberdade, salvo pelos motivos previstos no presente Estatuto e em conformidade com os procedimentos nele estabelecidos.

2. Sempre que existam motivos para crer que uma pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal e que deve ser interrogada pelo Procurador ou pelas autoridades nacionais, em virtude de um pedido feito em conformidade com o disposto na Parte IX do presente Estatuto, essa pessoa será .informada, antes do interrogatório, de que goza ainda dos seguintes direitos:

a) A ser informada antes de ser interrogada de que existem indícios de que cometeu um crime da competência do Tribunal;

b) A guardar silêncio, sem que tal seja tido em consideração para efeitos de determinação da sua culpa ou inocência;

c) A ser assistida por um advogado da sua escolha ou, se não o tiver, a solicitar que lhe seja designado um defensor dativo, em todas as situações em que o interesse da justiça assim o exija e sem qualquer encargo se não possuir meios suficientes para lhe pagar; e

d) A ser interrogada na presença do seu advogado, a menos que tenha renunciado voluntariamente ao direito de ser assistida por um advogado.

Artigo 56

Intervenção do Juízo de Instrução em Caso de Oportunidade Única de Proceder a um Inquérito

1. **a**) Sempre que considere que um inquérito oferece uma oportunidade única de recolher depoimentos ou declarações de uma testemunha ou de examinar, reunir ou verificar provas, o Procurador comunicará esse fato ao Juízo de Instrução;

b) Nesse caso, o Juízo de Instrução, a pedido do Procurador, poderá adotar as medidas que entender necessárias para assegurar a eficácia e a integridade do processo e, em particular, para proteger os direitos de defesa;

c) Salvo decisão em contrário do Juízo de Instrução, o Procurador transmitirá a informação relevante à pessoa que tenha sido detida, ou que tenha comparecido na seqüência de notificação emitida no âmbito do inquérito a que se refere a alínea a), para que possa ser ouvida sobre a matéria em causa.

2. As medidas a que se faz referência na alínea b) do parágrafo 1º poderão consistir em:

a) Fazer recomendações ou proferir despachos sobre o procedimento a seguir;

b) Ordenar que seja lavrado o processo;

c) Nomear um perito;

d) Autorizar o advogado de defesa do detido, ou de quem tiver comparecido no Tribunal na seqüência de notificação, a participar no processo ou, no caso dessa detenção ou comparecimento não se ter ainda verificado ou não tiver ainda sido designado advogado, a nomear outro defensor que se encarregará dos interesses da defesa e os representará;

e) Encarregar um dos seus membros ou, se necessário, outro juiz disponível da Seção de Instrução ou da Seção de Julgamento em Primeira Instância, de formular recomendações ou proferir despachos sobre o recolhimento e a preservação de meios de prova e a inquirição de pessoas;

f) Adotar todas as medidas necessárias para reunir ou preservar meios de prova.

3. a) Se o Procurador não tiver solicitado as medidas previstas no presente artigo mas o Juízo de Instrução considerar que tais medidas serão necessárias para preservar meios de prova que lhe pareçam essenciais para a defesa no julgamento, o Juízo consultará o Procurador a fim de saber se existem motivos poderosos para este não requerer as referidas medidas. Se, após consulta, o Juízo concluir que a omissão de requerimento de tais medidas é injustificada, poderá adotar essas medidas de ofício.

b) O Procurador poderá recorrer da decisão do Juízo de Instrução de ofício, nos termos do presente número. O recurso seguirá uma forma sumária.

4. A admissibilidade dos meios de prova preservados ou recolhidos para efeitos do processo ou o respectivo registro, em conformidade com o presente artigo, reger-se-ão, em julgamento, pelo disposto no artigo 69, e terão o valor que lhes for atribuído pelo Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

Artigo 57

Funções e Poderes do Juízo de Instrução

1. Salvo disposição em contrário contida no presente Estatuto, o Juízo de Instrução exercerá as suas funções em conformidade com o presente artigo.

2. a) Para os despachos do Juízo de Instrução proferidos ao abrigo dos artigos 15, 18, 19, 54, parágrafo 2º, 61, parágrafo 7, e 72, deve concorrer maioria de votos dos juízes que o compõem;

b) Em todos os outros casos, um único juiz do Juízo de Instrução poderá exercer as funções definidas no presente Estatuto, salvo disposição em contrário contida no Regulamento Processual ou decisão em contrário do Juízo de Instrução tomada por maioria de votos.

3. Independentemente das outras funções conferidas pelo presente Estatuto, o Juízo de Instrução poderá:

a) A pedido do Procurador, proferir os despachos e emitir os mandados que se revelem necessários para um inquérito;

b) A pedido de qualquer pessoa que tenha sido detida ou tenha comparecido na seqüência de notificação expedida nos termos do artigo 58, proferir despachos, incluindo medidas tais como as indicadas no artigo 56, ou procurar obter, nos termos do disposto na Parte IX, a cooperação necessária para auxiliar essa pessoa a preparar a sua defesa;

c) Sempre que necessário, assegurar a proteção e o respeito pela privacidade de vítimas e testemunhas, a preservação da prova, a proteção de pessoas detidas ou que tenham comparecido na seqüência de notificação para comparecimento, assim como a proteção de informação que afete a segurança nacional;

d) Autorizar o Procurador a adotar medidas específicas no âmbito de um inquérito, no território de um Estado Parte sem ter obtido a cooperação deste nos termos do disposto na Parte IX, caso o Juízo de Instrução determine que, tendo em consideração, na medida do possível, a posição do referido Estado, este último não está manifestamente em condições de satisfazer um pedido de cooperação face à incapacidade de todas as autoridades ou órgãos do

seu sistema judiciário com competência para dar seguimento a um pedido de cooperação formulado nos termos do disposto na Parte IX.

e) Quando tiver emitido um mandado de detenção ou uma notificação para comparecimento nos termos do artigo 58, e levando em consideração o valor das provas e os direitos das partes em questão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto e no Regulamento Processual, procurar obter a cooperação dos Estados, nos termos do parágrafo 1º, alínea k) do artigo 93, para adoção de medidas cautelares que visem à apreensão, em particular no interesse superior das vítimas.

Artigo 58

Mandado de Detenção e Notificação para Comparecimento do Juízo de Instrução

1. A todo o momento após a abertura do inquérito, o Juízo de Instrução poderá, a pedido do Procurador, emitir um mandado de detenção contra uma pessoa se, após examinar o pedido e as provas ou outras informações submetidas pelo Procurador, considerar que:

a) Existem motivos suficientes para crer que essa pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal; e

b) A detenção dessa pessoa se mostra necessária para:

i) Garantir o seu comparecimento em tribunal;

ii) Garantir que não obstruirá, nem porá em perigo, o inquérito ou a ação do Tribunal; ou

iii) Se for o caso, impedir que a pessoa continue a cometer esse crime ou um crime conexo que seja da competência do Tribunal e tenha a sua origem nas mesmas circunstâncias.

2. Do requerimento do Procurador deverão constar os seguintes elementos:

a) O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;

b) A referência precisa do crime da competência do Tribunal que a pessoa tenha presumivelmente cometido;

c) Uma descrição sucinta dos fatos que alegadamente constituem o crime;

d) Um resumo das provas e de qualquer outra informação que constitua motivo suficiente para crer que a pessoa cometeu o crime; e

e) Os motivos pelos quais o Procurador considere necessário proceder à detenção daquela pessoa.

3. Do mandado de detenção deverão constar os seguintes elementos:

a) O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;

b) A referência precisa do crime da competência do Tribunal que justifique o pedido de detenção; e

c) Uma descrição sucinta dos fatos que alegadamente constituem o crime.

4. O mandado de detenção manter-se-á válido até decisão em contrário do Tribunal.

5. Com base no mandado de detenção, o Tribunal poderá solicitar a prisão preventiva ou a detenção e entrega da pessoa em conformidade com o disposto na Parte IX do presente Estatuto.

6. O Procurador poderá solicitar ao Juízo de Instrução que altere o mandado de detenção no sentido de requalificar os crimes aí indicados ou de adicionar outros. O Juízo de Instrução alterará o mandado de detenção se considerar que existem motivos suficientes para crer que a pessoa cometeu quer os crimes na forma que se indica nessa requalificação, quer os novos crimes.

7. O Procurador poderá solicitar ao Juízo de Instrução que, em vez de um mandado de detenção, emita uma notificação para comparecimento. Se o Juízo considerar que existem motivos suficientes para crer que a pessoa cometeu o crime que lhe é imputado e que uma notificação para comparecimento será suficiente para garantir a sua presença efetiva em tribunal, emitirá uma notificação para que a pessoa compareça, com ou sem a imposição de medidas restritivas de liberdade (distintas da detenção) se previstas no direito interno. Da notificação para comparecimento deverão constar os seguintes elementos:

a) O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;

b) A data de comparecimento;

c) A referência precisa ao crime da competência do Tribunal que a pessoa alegadamente tenha cometido; e

d) Uma descrição sucinta dos fatos que alegadamente constituem o crime.

Esta notificação será diretamente feita à pessoa em causa.

Artigo 59

Procedimento de Detenção no Estado da Detenção

1. O Estado Parte que receber um pedido de prisão preventiva ou de detenção e entrega, adotará imediatamente as medidas necessárias para proceder à detenção, em conformidade com o respectivo direito interno e com o disposto na Parte IX.

2. O detido será imediatamente levado à presença da autoridade judiciária competente do Estado da detenção que determinará se, de acordo com a legislação desse Estado:

a) O mandado de detenção é aplicável à pessoa em causa;

b) A detenção foi executada de acordo com a lei;

c) Os direitos do detido foram respeitados,

3. O detido terá direito a solicitar à autoridade competente do Estado da detenção autorização para aguardar a sua entrega em liberdade.

4. Ao decidir sobre o pedido, a autoridade competente do Estado da detenção determinará se, em face da gravidade dos crimes imputados, se verificam circunstâncias urgentes e excepcionais que justifiquem a liberdade provisória e se existem as garantias necessárias para que o Estado de detenção possa cumprir a sua obrigação de entregar a pessoa ao Tribunal. Essa autoridade não terá competência para examinar se o mandado de detenção foi regularmente emitido, nos termos das alíneas a) e b) do parágrafo 1º do artigo 58.

5. O pedido de liberdade provisória será notificado ao Juízo de Instrução, o qual fará recomendações à autoridade competente do Estado da detenção. Antes de tomar uma decisão, a autoridade competente do Estado da detenção terá em conta essas recomendações, incluindo as relativas a medidas adequadas para impedir a fuga da pessoa.

6. Se a liberdade provisória for concedida, o Juízo de Instrução poderá solicitar informações periódicas sobre a situação de liberdade provisória.

7. Uma vez que o Estado da detenção tenha ordenado a entrega, o detido será colocado, o mais rapidamente possível, à disposição do Tribunal.

Artigo 60

Início da Fase Instrutória

1. Logo que uma pessoa seja entregue ao Tribunal ou nele compareça voluntariamente em cumprimento de uma notificação para comparecimento, o Juízo de Instrução deverá assegurar-se de que essa pessoa foi informada dos crimes que lhe são imputados e dos direitos que o presente Estatuto lhe confere, incluindo o direito de solicitar autorização para aguardar o julgamento em liberdade.

2. A pessoa objeto de um mandado de detenção poderá solicitar autorização para aguardar julgamento em liberdade. Se o Juízo de Instrução considerar verificadas as condições enunciadas no parágrafo 1º do artigo 58, a detenção será mantida. Caso contrário, a pessoa será posta em liberdade, com ou sem condições.

3. O Juízo de Instrução reexaminará periodicamente a sua decisão quanto à liberdade provisória ou à detenção, podendo fazê-lo a todo o momento, a pedido do Procurador ou do interessado. Ao tempo da revisão, o Juízo poderá modificar a sua decisão quanto à detenção, à liberdade provisória ou às condições desta, se considerar que a alteração das circunstâncias o justifica.

4. O Juízo de Instrução certificar-se-á de que a detenção não será prolongada por período não razoável devido a demora injustificada por parte do Procurador. Caso se produza a referida demora, o Tribunal considerará a possibilidade de por o interessado em liberdade, com ou sem condições.

5. Se necessário, o Juízo de Instrução poderá emitir um mandado de detenção para garantir o comparecimento de uma pessoa que tenha sido posta em liberdade.

Artigo 61

Apreciação da Acusação Antes do Julgamento

1. Salvo o disposto no parágrafo 2º, e em um prazo razoável após a entrega da pessoa ao Tribunal ou ao seu comparecimento voluntário perante este, o Juízo de Instrução realizará uma audiência para apreciar os fatos constantes da acusação com base nos quais o Procurador pretende requerer o julgamento. A audiência ocorrerá lugar na presença do Procurador e do acusado, assim como do defensor deste.

2. O Juízo de Instrução, de ofício ou a pedido do Procurador, poderá realizar a audiência na ausência do acusado, a fim de apreciar os fatos constantes da acusação com base nos quais o Procurador pretende requerer o julgamento, se o acusado:

a) Tiver renunciado ao seu direito a estar presente; ou

b) Tiver fugido ou não for possível encontrá-lo, tendo sido tomadas todas as medidas razoáveis para assegurar o seu comparecimento em Tribunal e para o informar dos fatos constantes da acusação e da realização de uma audiência para apreciação dos mesmos.

Neste caso, o acusado será representado por um defensor, se o Juízo de Instrução decidir que tal servirá os interesses da justiça.

3. Num prazo razoável antes da audiência, o acusado:

a) Receberá uma cópia do documento especificando os fatos constantes da acusação com base nos quais o Procurador pretende requerer o julgamento; e

b) Será informado das provas que o Procurador pretende apresentar em audiência.

O Juízo de Instrução poderá proferir despacho sobre a divulgação de informação para efeitos da audiência.

4. Antes da audiência, o Procurador poderá reabrir o inquérito e alterar ou retirar parte dos fatos constantes da acusação. O acusado será notificado de qualquer alteração ou retirada em tempo razoável, antes da realização da audiência. No caso de retirada de parte dos fatos constantes da acusação, o Procurador informará o Juízo de Instrução dos motivos da mesma.

5. Na audiência, o Procurador produzirá provas satisfatórias dos fatos constantes da acusação, nos quais baseou a sua convicção de que o acusado cometeu o crime que lhe é imputado. O Procurador poderá basear-se em provas documentais ou um resumo das provas, não sendo obrigado a chamar as testemunhas que irão depor no julgamento.

6. Na audiência, o acusado poderá:

a) Contestar as acusações;

b) Impugnar as provas apresentadas pelo Procurador; e

c) Apresentar provas.

7. Com base nos fatos apreciados durante a audiência, o Juízo de Instrução decidirá se existem provas suficientes de que o acusado cometeu os crimes que lhe são imputados. De acordo com essa decisão, o Juízo de Instrução:

a) Declarará procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou terem sido reunidas provas suficientes e remeterá o acusado para o juízo de Julgamento em Primeira Instância, a fim de aí ser julgado pelos fatos confirmados;

b) Não declarará procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou não terem sido reunidas provas suficientes;

c) Adiará a audiência e solicitará ao Procurador que considere a possibilidade de:

i) Apresentar novas provas ou efetuar novo inquérito relativamente a um determinado fato constante da acusação; ou

ii) Modificar parte da acusação, se as provas reunidas parecerem indicar que um crime distinto, da competência do Tribunal, foi cometido.

8. A declaração de não procedência relativamente a parte de uma acusação, proferida pelo Juízo de Instrução, não obstará a que o Procurador solicite novamente a sua apreciação, na condição de apresentar provas adicionais.

9. Tendo os fatos constantes da acusação sido declarados procedentes, e antes do início do julgamento, o Procurador poderá, mediante autorização do Juízo de Instrução e notificação prévia do acusado, alterar alguns fatos constantes da acusação. Se o Procurador pretender acrescentar novos fatos ou substituí-los por outros de natureza mais grave, deverá, nos termos do preserve artigo, requerer uma audiência para a respectiva apreciação. Após o início do julgamento, o Procurador poderá retirar a acusação, com autorização do Juízo de Instrução.

10. Qualquer mandado emitido deixará de ser válido relativamente aos fatos constantes da acusação que tenham sido declarados não procedentes pelo Juízo de Instrução ou que tenham sido retirados pelo Procurador.

11. Tendo a acusação sido declarada procedente nos termos do presente artigo, a Presidência designará um Juízo de Julgamento em Primeira Instância que, sob reserva do disposto no parágrafo 9 do presente artigo e no parágrafo 4º do artigo 64, se encarregará da fase seguinte do processo e poderá exercer as funções do Juízo de Instrução que se mostrem pertinentes e apropriadas nessa fase do processo.

Capítulo VI
O Julgamento

Artigo 62

Local do Julgamento

Salvo decisão em contrário, o julgamento terá lugar na sede do Tribunal.

Artigo 63

Presença do Acusado em Julgamento

1. O acusado estará presente durante o julgamento.

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

Artigo 64

Funções e Poderes do Juízo de Julgamento em Primeira Instância

1. As funções e poderes do Juízo de Julgamento em Primeira Instância, enunciadas no presente artigo, deverão ser exercidas em conformidade com o presente Estatuto e o Regulamento Processual.

2. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância zelará para que o julgamento seja conduzido de maneira eqüitativa e célere, com total respeito dos direitos do acusado e tendo em devida conta a proteção das vítimas e testemunhas.

3. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância a que seja submetido um caso nos termos do presente Estatuto:

a) Consultará as partes e adotará as medidas necessárias para que o processo se desenrole de maneira eqüitativa e célere;

b) Determinará qual a língua, ou quais as línguas, a utilizar no julgamento; e

c) Sob reserva de qualquer outra disposição pertinente do presente Estatuto, providenciará pela revelação de quaisquer documentos ou da informação que não tenha sido divulgada anteriormente, com suficiente antecedência relativamente ao início do julgamento, a fim de permitir a sua preparação adequada para o julgamento.

4. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, se mostrar necessário para o seu funcionamento eficaz e imparcial, remeter questões preliminares ao Juízo de Instrução ou, se necessário, a um outro juiz disponível da Seção de Instrução.

5. Mediante notificação às partes, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, conforme se lhe afigure mais adequado, ordenar que as acusações contra mais de um acusado sejam deduzidas conjunta ou separadamente.

6. No desempenho das suas funções, antes ou no decurso de um julgamento, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, se necessário:

a) Exercer qualquer uma das funções do Juízo de Instrução consignadas no parágrafo 11 do artigo 61;

b) Ordenar a comparência e a audição de testemunhas e a apresentação de documentos e outras provas, obtendo para tal, se necessário, o auxílio de outros Estados, conforme previsto no presente Estatuto;

c) Adotar medidas para a proteção da informação confidencial;

d) Ordenar a apresentação de provas adicionais às reunidas antes do julgamento ou às apresentadas no decurso do julgamento pelas partes;

e) Adotar medidas para a proteção do acusado, testemunhas e vítimas; e

f) Decidir sobre qualquer outra questão pertinente.

7. A audiência de julgamento será pública. No entanto, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá decidir que determinadas diligências se efetuem à porta fechada, em conformidade com os objetivos enunciados no artigo 68 ou com vista a

proteger informação de caráter confidencial ou restrita que venha a ser apresentada como prova.

8. **a**) No início da audiência de julgamento, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância ordenará a leitura ao acusado, dos fatos constantes da acusação previamente confirmados pelo Juízo de Instrução. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância deverá certificar-se de que o acusado compreende a natureza dos fatos que lhe são imputados e dar-lhe a oportunidade de os confessar, de acordo com o disposto no artigo 65, ou de se declarar inocente;

b) Durante o julgamento, o juiz presidente poderá dar instruções sobre a condução da audiência, nomeadamente para assegurar que esta se desenrole de maneira eqüitativa e imparcial. Salvo qualquer orientação do juiz presidente, as partes poderão apresentar provas em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

9. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, inclusive, de ofício ou a pedido de uma das partes, a saber:

a) Decidir sobre a admissibilidade ou pertinência das provas; e

b) Tomar todas as medidas necessárias para manter a ordem na audiência.

10. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância providenciará para que o Secretário proceda a um registro completo da audiência de julgamento onde sejam fielmente relatadas todas as diligências efetuadas, registro que deverá manter e preservar.

Artigo 65

Procedimento em Caso de Confissão

1. Se o acusado confessar nos termos do parágrafo 8, alínea a), do artigo 64, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância apurará:

a) Se o acusado compreende a natureza e as conseqüências da sua confissão;

b) Se essa confissão foi feita livremente, após devida consulta ao seu advogado de defesa; e

c) Se a confissão é corroborada pelos fatos que resultam:

i) Da acusação deduzida pelo Procurador e aceita pelo acusado;

ii) De quaisquer meios de prova que confirmam os fatos constantes da acusação deduzida pelo Procurador e aceita pelo acusado; e

iii) De quaisquer outros meios de prova, tais como depoimentos de testemunhas, apresentados pelo Procurador ou pelo acusado.

2. Se o Juízo de Julgamento em Primeira Instância estimar que estão reunidas as condições referidas no parágrafo 1º, considerará que a confissão, juntamente com quaisquer provas adicionais produzidas, constitui um reconhecimento de todos os elementos essenciais constitutivos do crime pelo qual o acusado se declarou culpado e poderá condená-lo por esse crime.

3. Se o Juízo de Julgamento em Primeira Instância estimar que não estão reunidas as condições referidas no parágrafo 1º, considerará a confissão como não tendo tido lugar e, nesse caso, ordenará que o julgamento prossiga de acordo com o procedimento comum estipulado no presente Estatuto, podendo transmitir o processo a outro Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

4. Se o Juízo de Julgamento em Primeira Instância considerar necessária, no interesse da justiça, e em particular no interesse das vítimas, uma explanação mais detalhada dos fatos integrantes do caso, poderá:

a) Solicitar ao Procurador que apresente provas adicionais, incluindo depoimentos de testemunhas; ou

b) Ordenar que o processo prossiga de acordo com o procedimento comum estipulado no presente Estatuto, caso em que considerará a confissão como não tendo tido lugar e poderá transmitir o processo a outro Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

5. Quaisquer consultas entre o Procurador e a defesa, no que diz respeito à alteração dos fatos constantes da acusação, à confissão ou à pena a ser imposta, não vincularão o Tribunal.

Artigo 66

Presunção de Inocência

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.

2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.

3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

Artigo 67

Direitos do Acusado

1. Durante a apreciação de quaisquer fatos constantes da acusação, o acusado tem direito a ser ouvido em audiência pública, levando em conta o disposto no presente Estatuto, a uma audiência conduzida de forma eqüitativa e imparcial e às seguintes garantias mínimas, em situação de plena igualdade:

a) A ser informado, sem demora e de forma detalhada, numa língua que compreenda e fale fluentemente, da natureza, motivo e conteúdo dos fatos que lhe são imputados;

b) A dispor de tempo e de meios adequados para a preparação da sua defesa e a comunicar-se livre e confidencialmente com um defensor da sua escolha;

c) A ser julgado sem atrasos indevidos;

d) Salvo o disposto no parágrafo 2º do artigo 63, o acusado terá direito a estar presente na audiência de julgamento e a defender-se a si próprio ou a ser assistido por um defensor da sua escolha; se não o tiver, a ser informado do direito de o tribunal lhe nomear um defensor sempre que o interesse da justiça o

exija, sendo tal assistência gratuita se o acusado carecer de meios suficientes para remunerar o defensor assim nomeado;

e) A inquirir ou a fazer inquirir as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação. O acusado terá também direito a apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto;

f) A ser assistido gratuitamente por um intérprete competente e a serem-lhe facultadas as traduções necessárias que a equidade exija, se não compreender perfeitamente ou não falar a língua utilizada em qualquer ato processual ou documento produzido em tribunal;

g) A não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja levado em conta na determinação da sua culpa ou inocência;

h) A prestar declarações não ajuramentadas, oralmente ou por escrito, em sua defesa; e

i) A que não lhe seja imposta quer a inversão do ônus da prova, quer a impugnação.

2. 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.

Artigo 68

Proteção das Vítimas e das Testemunhas e sua Participação no Processo

1. O Tribunal adotará as medidas adequadas para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas. Para tal, o Tribunal levará em conta todos os fatores pertinentes, incluindo a idade, o gênero tal como definido no parágrafo 3º do artigo 7º, e o estado de saúde, assim como a natureza do crime, em particular, mas não apenas quando este envolva elementos de agressão sexual, de violência relacionada com a pertença a um determinado gênero ou de violência contra crianças. O Procurador adotará estas medidas, nomeadamente durante o inquérito e o procedimento criminal. Tais medidas não poderão prejudicar nem ser incompatíveis com os direitos do acusado ou com a realização de um julgamento eqüitativo e imparcial.

2. Enquanto excepção ao princípio do caráter público das audiências estabelecido no artigo 67, qualquer um dos Juízos que compõem o Tribunal poderá, a fim de proteger as vítimas e as testemunhas ou o acusado, decretar que um ato processual se realize, no todo ou em parte, à porta fechada ou permitir a produção de prova por meios eletrônicos ou outros meios especiais. Estas medidas aplicar-se-ão, nomeadamente, no caso de uma vítima de violência sexual ou de um menor que seja vítima ou testemunha, salvo decisão em contrário adotada pelo Tribunal, ponderadas todas as circunstâncias, particularmente a opinião da vítima ou da testemunha.

3. Se os interesses pessoais das vítimas forem 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 eqüitativo e imparcial. Os representantes legais das vítimas poderão apresentar as referidas opiniões e preocupações quando o Tribunal o considerar oportuno e em conformidade com o Regulamento Processual.

4. A Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas poderá aconselhar o Procurador e o Tribunal relativamente a medidas adequadas de proteção, mecanismos de segurança, assessoria e assistência a que se faz referência no parágrafo 6 do artigo 43.

5. Quando a divulgação de provas ou de informação, de acordo com o presente Estatuto, representar um grave perigo para a segurança de uma testemunha ou da sua família, o Procurador poderá, para efeitos de qualquer diligência anterior ao julgamento, não apresentar as referidas provas ou informação, mas antes um resumo das mesmas. As medidas desta natureza deverão ser postas em prática de uma forma que não seja prejudicial aos direitos do acusado ou incompatível com estes e com a realização de um julgamento eqüitativo e imparcial.

6. Qualquer Estado poderá solicitar que sejam tomadas as medidas necessárias para assegurar a proteção dos seus funcionários ou agentes, bem como a proteção de toda a informação de caráter confidencial ou restrito.

Artigo 69

Prova

1. Em conformidade com o Regulamento Processual e antes de depor, qualquer testemunha se comprometerá a fazer o seu depoimento com verdade.

2. A prova testemunhal deverá ser prestada pela própria pessoa no decurso do julgamento, salvo quando se apliquem as medidas estabelecidas no artigo 68 ou no Regulamento Processual. De igual modo, o Tribunal poderá permitir que uma testemunha preste declarações oralmente ou por meio de gravação em vídeo ou áudio, ou que sejam apresentados documentos ou transcrições escritas, nos termos do presente Estatuto e de acordo com o Regulamento Processual. Estas medidas não poderão prejudicar os direitos do acusado, nem ser incompatíveis com eles.

3. As partes poderão apresentar provas que interessem ao caso, nos termos do artigo 64. O Tribunal será competente para solicitar de ofício a produção de todas as provas que entender necessárias para determinar a veracidade dos fatos.

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

5. O Tribunal respeitará e atenderá aos privilégios de confidencialidade estabelecidos no Regulamento Processual.

6. O Tribunal não exigirá prova dos fatos do domínio público, mas poderá fazê-los constar dos autos.

7. Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando:

a) Essa violação suscite sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas; ou

b) A sua admissão atente contra a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste.

8. O Tribunal, ao decidir sobre a relevância ou admissibilidade das provas apresentadas por um Estado, não poderá pronunciar-se sobre a aplicação do direito interno desse Estado.

Artigo 70

Infrações Contra a Administração da Justiça

1. O Tribunal terá competência para conhecer das seguintes infrações contra a sua administração da justiça, quando cometidas intencionalmente:

a) Prestação de falso testemunho, quando há a obrigação de dizer a verdade, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 69;

b) Apresentação de provas, tendo a parte conhecimento de que são falsas ou que foram falsificadas;

c) Suborno de uma testemunha, impedimento ou interferência no seu comparecimento ou depoimento, represálias contra uma testemunha por esta ter prestado depoimento, destruição ou alteração de provas ou interferência nas diligências de obtenção de prova;

d) Entrave, intimidação ou corrupção de um funcionário do Tribunal, com a finalidade de o obrigar ou o induzir a não cumprir as suas funções ou a fazê-lo de maneira indevida;

e) Represálias contra um funcionário do Tribunal, em virtude das funções que ele ou outro funcionário tenham desempenhado; e

f) Solicitação ou aceitação de suborno na qualidade de funcionário do Tribunal, e em relação com o desempenho das respectivas funções oficiais.

2. O Regulamento Processual estabelecerá os princípios e procedimentos que regularão o exercício da competência do Tribunal relativamente às infrações a que se faz referência no presente artigo. As condições de cooperação internacional com o Tribunal, relativamente ao procedimento que adote de acordo com o presente artigo, reger-se-ão pelo direito interno do Estado requerido.

3. Em caso de decisão condenatória, o Tribunal poderá impor uma pena de prisão não superior a cinco anos, ou de multa, de acordo com o Regulamento Processual, ou ambas.

4. **a**) Cada Estado Parte tornará extensivas as normas penais de direito interno que punem as infrações contra a realização da justiça às infrações contra a administração da justiça a que se faz referência no presente artigo, e que sejam cometidas no seu território ou por um dos seus nacionais;

b) A pedido do Tribunal, qualquer Estado Parte submeterá, sempre que o entender necessário, o caso à apreciação das suas autoridades competentes para fins de procedimento criminal. Essas autoridades conhecerão do caso com diligência e acionarão os meios necessários para a sua eficaz condução.

Artigo 71

Sanções por Desrespeito ao Tribunal

1. Em caso de atitudes de desrespeito ao Tribunal, tal como perturbar a audiência ou recusar-se deliberadamente a cumprir as suas instruções, o Tribunal poderá impor sanções administrativas que não impliquem privação de liberdade, como,

por exemplo, a expulsão temporária ou permanente da sala de audiências, a multa ou outra medida similar prevista no Regulamento Processual.

2. O processo de imposição das medidas a que se refere o número anterior reger-se-á pelo Regulamento Processual.

Artigo 72

Proteção de Informação Relativa à Segurança Nacional

1. O presente artigo aplicar-se-á a todos os casos em que a divulgação de informação ou de documentos de um Estado possa, no entender deste, afetar os interesses da sua segurança nacional. Tais casos incluem os abrangidos pelas disposições constantes dos parágrafos 2º e 3º do artigo 56, parágrafo 3º do artigo 61, parágrafo 3º do artigo 64, parágrafo 2º do artigo 67, parágrafo 6 do artigo 68, parágrafo 6 do artigo 87 e do artigo 93, assim como os que se apresentem em qualquer outra fase do processo em que uma tal divulgação possa estar em causa.

2. O presente artigo aplicar-se-á igualmente aos casos em que uma pessoa a quem tenha sido solicitada a prestação de informação ou provas, se tenha recusado a apresenta-las ou tenha entregue a questão ao Estado, invocando que tal divulgação afetaria os interesses da segurança nacional do Estado, e o Estado em causa confirme que, no seu entender, essa divulgação afetaria os interesses da sua segurança nacional.

3. Nada no presente artigo afetará os requisitos de confidencialidade a que se referem as alíneas e) e f) do parágrafo 3º do artigo 54, nem a aplicação do artigo 73.

4. Se um Estado tiver conhecimento de que informações ou documentos do Estado estão a ser, ou poderão vir a ser, divulgados em qualquer fase do processo, e considerar que essa divulgação afetaria os seus interesses de segurança nacional, tal Estado terá o direito de intervir com vista a ver alcançada a resolução desta questão em conformidade com o presente artigo.

5. O Estado que considere que a divulgação de determinada informação poderá afetar os seus interesses de segurança nacional adotará, em conjunto com o Procurador, a defesa, o Juízo de Instrução ou o Juízo de Julgamento em Primeira

Instância, conforme o caso, todas as medidas razoavelmente possíveis para encontrar uma solução através da concertação. Estas medidas poderão incluir:

a) A alteração ou o esclarecimento dos motivos do pedido;

b) Uma decisão do Tribunal relativa à relevância das informações ou dos elementos de prova solicitados, ou uma decisão sobre se as provas, ainda que relevantes, não poderiam ser ou ter sido obtidas junto de fonte distinta do Estado requerido;

c) A obtenção da informação ou de provas de fonte distinta ou em uma forma diferente; ou

d) Um acordo sobre as condições em que a assistência poderá ser prestada, incluindo, entre outras, a disponibilização de resumos ou exposições, restrições à divulgação, recurso ao procedimento à porta fechada ou à revelia de uma das partes, ou aplicação de outras medidas de proteção permitidas pelo Estatuto ou pelas Regulamento Processual.

6. Realizadas todas as diligências razoavelmente possíveis com vista a resolver a questão por meio de concertação, e se o Estado considerar não haver meios nem condições para que as informações ou os documentos possam ser fornecidos ou revelados sem prejuízo dos seus interesses de segurança nacional, notificará o Procurador ou o Tribunal nesse sentido, indicando as razões precisas que fundamentaram a sua decisão, a menos que a descrição específica dessas razões prejudique, necessariamente, os interesses de segurança nacional do Estado.

7. Posteriormente, se decidir que a prova é relevante e necessária para a determinação da culpa ou inocência do acusado, o Tribunal poderá adotar as seguintes medidas:

a) Quando a divulgação da informação ou do documento for solicitada no âmbito de um pedido de cooperação, nos termos da Parte IX do presente Estatuto ou nas circunstâncias a que se refere o parágrafo 2º do presente artigo, e o Estado invocar o motivo de recusa estatuído no parágrafo 4º do artigo 93:

i) O Tribunal poderá, antes de chegar a qualquer uma das conclusões a que se refere o ponto ii) da alínea a) do parágrafo 7º, solicitar consultas suplementares com o fim de ouvir o Estado, incluindo, se for caso disso, a sua realização à porta fechada ou à revelia de uma das partes;

ii) Se o Tribunal concluir que, ao invocar o motivo de recusa estatuído no parágrafo 4º do artigo 93, dadas as circunstâncias do caso, o Estado requerido não está a atuar de harmonia com as obrigações impostas pelo presente Estatuto, poderá remeter a questão nos termos do parágrafo 7 do artigo 87, especificando as razões da sua conclusão; e

iii) O Tribunal poderá tirar as conclusões, que entender apropriadas, em razão das circunstâncias, ao julgar o acusado, quanto à existência ou inexistência de um fato; ou

b) Em todas as restantes circunstâncias:

i) Ordenar a revelação; ou

ii) Se não ordenar a revelação, inferir, no julgamento do acusado, quanto à existência ou inexistência de um fato, conforme se mostrar apropriado.

Artigo 73

Informação ou Documentos Disponibilizados por Terceiros

Se um Estado Parte receber um pedido do Tribunal para que lhe forneça uma informação ou um documento que esteja sob sua custódia, posse ou controle, e que lhe tenha sido comunicado a título confidencial por um Estado, uma organização intergovernamental ou uma organização internacional, tal Estado Parte deverá obter o consentimento do seu autor para a divulgação dessa informação ou documento. Se o autor for um Estado Parte, este poderá consentir em divulgar a referida informação ou documento ou comprometer-se a resolver a questão com o Tribunal, salvaguardando-

se o disposto no artigo 72. Se o autor não for um Estado Parte e não consentir em divulgar a informação ou o documento, o Estado requerido comunicará ao Tribunal que não lhe será possível fornecer a informação ou o documento em causa, devido à obrigação previamente assumida com o respectivo autor de preservar o seu caráter confidencial.

Artigo 74

Requisitos para a Decisão

1. Todos os juízes do Juízo de Julgamento em Primeira Instância estarão presentes em cada uma das fases do julgamento e nas deliberações. A Presidência poderá designar, conforme o caso, um ou vários juízes substitutos, em função das disponibilidades, para estarem presentes em todas as fases do julgamento, bem coma para substituírem qualquer membro do Juízo de Julgamento em Primeira Instância que se encontre impossibilitado de continuar a participar no julgamento.

2. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância fundamentará a sua decisão com base na apreciação das provas e do processo no seu conjunto. A decisão não exorbitará dos fatos e circunstâncias descritos na acusação ou nas alterações que lhe tenham sido feitas. O Tribunal fundamentará a sua decisão exclusivamente nas provas produzidas ou examinadas em audiência de julgamento.

3. Os juízes procurarão tomar uma decisão por unanimidade e, não sendo possível, por maioria.

4. As deliberações do Juízo de Julgamento em Primeira Instância serão e permanecerão secretas.

5. A decisão será proferida por escrito e conterá uma exposição completa e fundamentada da apreciação das provas e as conclusões do Juízo de Julgamento em Primeira Instância. Será proferida uma só decisão pelo Juízo de Julgamento em Primeira Instância. Se não houver unanimidade, a decisão do Juízo de Julgamento em Primeira Instância conterá as opiniões tanto da maioria como da minoria dos juízes. A leitura da decisão ou de uma sua súmula far-se-á em audiência pública.

Artigo 75

Reparação em Favor das Vítimas

1. O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indenização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito. Nesta base, o Tribunal poderá, de ofício ou por requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou a sua decisão.

2. O Tribunal poderá lavrar despacho contra a pessoa condenada, no qual determinará a reparação adequada a ser atribuída às vítimas ou aos titulares de tal direito. Esta reparação poderá, nomeadamente, assumir a forma de restituição, indenização ou reabilitação. Se for caso disso, o Tribunal poderá ordenar que a indenização atribuída a título de reparação seja paga por intermédio do Fundo previsto no artigo 79.

3. Antes de lavrar qualquer despacho ao abrigo do presente artigo, o Tribunal poderá solicitar e levar em consideração as pretensões formuladas pela pessoa condenada, pelas vítimas, por outras pessoas interessadas ou por outros Estados interessados, bem como as observações formuladas em nome dessas pessoas ou desses Estados.

4. Ao exercer os poderes conferidos pelo presente artigo, o Tribunal poderá, após a condenação por crime que seja da sua competência, determinar se, para fins de aplicação dos despachos que lavrar ao abrigo do presente artigo, será necessário tomar quaisquer medidas em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 93.

5. Os Estados Partes observarão as decisões proferidas nos termos deste artigo como se as disposições do artigo 109 se aplicassem ao presente artigo.

6. Nada no presente artigo será interpretado como prejudicando os direitos reconhecidos às vítimas pelo direito interno ou internacional.

Artigo 76

Aplicação da Pena

1. Em caso de condenação, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância determinará a pena a aplicar tendo em conta os elementos de prova e as exposições relevantes produzidos no decurso do julgamento,

2. Salvo nos casos em que seja aplicado o artigo 65 e antes de concluído o julgamento, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, oficiosamente, e deverá, a requerimento do Procurador ou do acusado, convocar uma audiência suplementar, a fim de conhecer de quaisquer novos elementos de prova ou exposições relevantes para a determinação da pena, de harmonia com o Regulamento Processual.

3. Sempre que o parágrafo 2º for aplicável, as pretensões previstas no artigo 75 serão ouvidas pelo Juízo de Julgamento em Primeira Instância no decorrer da audiência suplementar referida no parágrafo 2º e, se necessário, no decorrer de qualquer nova audiência.

4. A sentença será proferida em audiência pública e, sempre que possível, na presença do acusado.

Capítulo VII
As Penas

Artigo 77
Penas Aplicáveis

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou

b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem,

2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:

a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;

b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

Artigo 78

Determinação da Pena

1. Na determinação da pena, o Tribunal atenderá, em harmonia com o Regulamento Processual, a fatores tais como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado.

2. O Tribunal descontará, na pena de prisão que vier a aplicar, o período durante o qual o acusado esteve sob detenção por ordem daquele. O Tribunal poderá ainda descontar qualquer outro período de detenção que tenha sido cumprido em razão de uma conduta constitutiva do crime.

3. Se uma pessoa for condenada pela prática de vários crimes, o Tribunal aplicará penas de prisão parcelares relativamente a cada um dos crimes e uma pena única, na qual será especificada a duração total da pena de prisão. Esta duração não poderá ser inferior à da pena parcelar mais elevada e não poderá ser superior a 30 anos de prisão ou ir além da pena de prisão perpétua prevista no artigo 77, parágrafo 1º, alínea b).

Artigo 79

Fundo em Favor das Vítimas

1. Por decisão da Assembléia dos Estados Partes, será criado um Fundo a favor das vítimas de crimes da competência do Tribunal, bem como das respectivas famílias.

2. O Tribunal poderá ordenar que o produto das multas e quaisquer outros bens declarados perdidos revertam para o Fundo.

3. O Fundo será gerido em harmonia com os critérios a serem adotados pela Assembléia dos Estados Partes.

Artigo 80

Não Interferência no Regime de Aplicação de Penas Nacionais e nos Direitos Internos

Nada no presente Capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas neste capítulo.

Capítulo VIII

Recurso e Revisão

Artigo 81

Recurso da Sentença Condenatória ou Absolutória ou da Pena

1. A sentença proferida nos termos do artigo 74 é recorrível em conformidade com o disposto no Regulamento Processual nos seguintes termos:

a) O Procurador poderá interpor recurso com base num dos seguintes fundamentos:

i) Vício processual

ii) Erro de fato; ou

iii) Erro de direito;

b) O condenado ou o Procurador, no interesse daquele; poderá interpor recurso com base num dos seguintes fundamentos:

i) Vício processual;

ii) Erro de fato;

iii) Erro de direito; ou

iv) Qualquer outro motivo suscetível de afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença.

2. **a**) O Procurador ou o condenado poderá, em conformidade com o Regulamento Processual, interpor recurso da pena decretada invocando desproporção entre esta e o crime;

b) Se, ao conhecer de recurso interposto da pena decretada, o Tribunal considerar que há fundamentos suscetíveis de justificar a anulação, no todo ou em parte, da sentença condenatória, poderá convidar o Procurador e o condenado a motivarem a sua posição nos termos da alínea a) ou b) do parágrafo 1º do artigo 81, após o que poderá pronunciar-se sobre a sentença condenatória nos termos do artigo 83;

c) O mesmo procedimento será aplicado sempre que o Tribunal, ao conhecer de recurso interposto unicamente da sentença condenatória, considerar haver fundamentos comprovativos de uma redução da pena nos termos da alínea a) do parágrafo 2º.

3. **a**) Salvo decisão em contrário do Juízo de Julgamento em Primeira Instância, o condenado permanecerá sob prisão preventiva durante a tramitação do recurso;

b) Se o período de prisão preventiva ultrapassar a duração da pena decretada, o condenado será posto em liberdade; todavia, se o Procurador também interpuser recurso, a libertação ficará sujeita às condições enunciadas na alínea c) infra;

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

i) Em circunstâncias excepcionais e tendo em conta, nomeadamente, o risco de fuga, a gravidade da infração e as probabilidades de o recurso ser julgado procedente, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, a requerimento do Procurador,

ordenar que o acusado seja mantido em regime de prisão preventiva durante a tramitação do recurso;

ii) A decisão proferida pelo juízo de julgamento em primeira instância nos termos da sub-alínea i), será recorrível em harmonia com as Regulamento Processual.

4. Sem prejuízo do disposto nas alíneas a) e b) do parágrafo 3º, a execução da sentença condenatória ou da pena ficará suspensa pelo período fixado para a interposição do recurso, bem como durante a fase de tramitação do recurso.

Artigo 82

Recurso de Outras Decisões

1. Em conformidade com o Regulamento Processual, qualquer uma das Partes poderá recorrer das seguintes decisões:

a) Decisão sobre a competência ou a admissibilidade do caso;

b) Decisão que autorize ou recuse a libertação da pessoa objeto de inquérito ou de procedimento criminal;

c) Decisão do Juízo de Instrução de agir por iniciativa própria, nos termos do parágrafo 3º do artigo 56;

d) Decisão relativa a uma questão suscetível de afetar significativamente a tramitação eqüitativa e célere do processo ou o resultado do julgamento, e cuja resolução imediata pelo Juízo de Recursos poderia, no entender do Juízo de Instrução ou do Juízo de Julgamento em Primeira Instância, acelerar a marcha do processo.

2. Quer o Estado interessado quer o Procurador poderão recorrer da decisão proferida pelo Juízo de Instrução, mediante autorização deste, nos termos do artigo 57, parágrafo 3º, alínea d). Este recurso adotará uma forma sumária.

3. O recurso só terá efeito suspensivo se o Juízo de Recursos assim o ordenar, mediante requerimento, em conformidade com o Regulamento Processual.

4. O representante legal das vítimas, o condenado ou o proprietário de boa fé de bens que hajam sido afetados por um despacho proferido ao abrigo do artigo 75 poderá recorrer de tal despacho, em conformidade com o Regulamento Processual.

Artigo 83

Processo Sujeito a Recurso

1. Para os fins do procedimentos referido no artigo 81 e no presente artigo, o Juízo de Recursos terá todos os poderes conferidos ao Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

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

a) Anular ou modificar a decisão ou a pena; ou

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

Para os fins mencionados, poderá o Juízo de Recursos reenviar uma questão de fato para o Juízo de Julgamento em Primeira Instância à qual foi submetida originariamente, a fim de que esta decida a questão e lhe apresente um relatório, ou pedir, ela própria, elementos de prova para decidir. Tendo o recurso da decisão ou da pena sido interposto somente pelo condenado, ou pelo Procurador no interesse daquele, não poderão aquelas ser modificadas em prejuízo do condenado.

3. Se, ao conhecer, do recurso de uma pena, o Juízo de Recursos considerar que a pena é desproporcionada relativamente ao crime, poderá modificá-la nos termos do Capítulo VII.

4. O acórdão do Juízo de Recursos será tirado por maioria dos juízes e proferido em audiência pública. O acórdão será sempre fundamentado. Não havendo unanimidade, deverá conter as opiniões da parte maioria e da minoria de juízes;

contudo, qualquer juiz poderá exprimir uma opinião separada ou discordante sobre uma questão de direito.

5. O Juízo de Recursos poderá emitir o seu acórdão na ausência da pessoa absolvida ou condenada.

Artigo 84

Revisão da Sentença Condenatória ou da Pena

1. O condenado ou, se este tiver falecido, o cônjuge sobrevivo, os filhos, os pais ou qualquer pessoa que, em vida do condenado, dele tenha recebido incumbência expressa, por escrito, nesse sentido, ou o Procurador no seu interesse, poderá submeter ao Juízo de Recursos um requerimento solicitando a revisão da sentença condenatória ou da pena pelos seguintes motivos:

a) A descoberta de novos elementos de prova:

i) De que não dispunha ao tempo do julgamento, sem que essa circunstância pudesse ser imputada, no todo ou em parte, ao requerente; e

ii) De tal forma importantes que, se tivessem ficado provados no julgamento, teriam provavelmente conduzido a um veredicto diferente;

b) A descoberta de que elementos de prova, apreciados no julgamento e decisivos para a determinação da culpa, eram falsos ou tinham sido objeto de contrafação ou falsificação;

c) Um ou vários dos juízes que intervieram na sentença condenatória ou confirmaram a acusação hajam praticado atos de conduta reprovável ou de incumprimento dos respectivos deveres de tal forma graves que justifiquem a sua cessação de funções nos termos do artigo 46.

2. O Juízo de Recursos rejeitará o pedido se o considerar manifestamente infundado. Caso contrário, poderá o Juízo, se julgar oportuno:

a) Convocar de novo o Juízo de Julgamento em Primeira Instância que proferiu a sentença inicial;

b) Constituir um novo Juízo de Julgamento em Primeira Instância; ou

c) Manter a sua competência para conhecer da causa, a fim de determinar se, após a audição das partes nos termos do Regulamento Processual, haverá lugar à revisão da sentença.

Artigo 85

Indenização do Detido ou Condenado

1. Quem tiver sido objeto de detenção ou prisão ilegal terá direito a reparação.

2. Sempre que uma decisão final seja posteriormente anulada em razão de fatos novos ou recentemente descobertos que apontem inequivocamente para um erro judiciário, a pessoa que tiver cumprido pena em resultado de tal sentença condenatória será indenizada, em conformidade com a lei, a menos que fique provado que a não revelação, em tempo útil, do fato desconhecido lhe seja imputável, no todo ou em parte.

3. Em circunstâncias excepcionais e em face de fatos que conclusivamente demonstrem a existência de erro judiciário grave e manifesto, o Tribunal poderá, no uso do seu poder discricionário, atribuir uma indenização, de acordo com os critérios enunciados no Regulamento Processual, à pessoa que, em virtude de sentença absolutória ou de extinção da instância por tal motivo, haja sido posta em liberdade.

Capítulo IX

Cooperação Internacional e Auxílio Judiciário

Artigo 86

Obrigação Geral de Cooperar

Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.

Artigo 87

Pedidos de Cooperação: Disposições Gerais

1. **a**) O Tribunal estará habilitado a dirigir pedidos de cooperação aos Estados Partes. Estes pedidos serão transmitidos pela via diplomática ou por qualquer outra via apropriada escolhida pelo Estado Parte no momento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ao presente Estatuto.

Qualquer Estado Parte poderá alterar posteriormente a escolha feita nos termos do Regulamento Processual.

b) Se for caso disso, e sem prejuízo do disposto na alínea a), os pedidos poderão ser igualmente transmitidos pela Organização internacional de Polícia Criminal (INTERPOL) ou por qualquer outra organização regional competente.

2. Os pedidos de cooperação e os documentos comprovativos que os instruam serão redigidos na língua oficial do Estado requerido ou acompanhados de uma tradução nessa língua, ou numa das línguas de trabalho do Tribunal ou acompanhados de uma tradução numa dessas línguas, de acordo com a escolha feita pelo Estado requerido no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ao presente Estatuto.

Qualquer alteração posterior será feita de harmonia com o Regulamento Processual.

3. O Estado requerido manterá a confidencialidade dos pedidos de cooperação e dos documentos comprovativos que os instruam, salvo quando a sua revelação for necessária para a execução do pedido.

4. Relativamente aos pedidos de auxílio formulados ao abrigo do presente Capítulo, o Tribunal poderá, nomeadamente em matéria de proteção da informação, tomar as medidas necessárias à garantia da segurança e do bem-estar físico ou psicológico das vítimas, das potenciais testemunhas e dos seus familiares. O Tribunal

poderá solicitar que as informações fornecidas ao abrigo do presente Capítulo sejam comunicadas e tratadas por forma a que a segurança e o bem-estar físico ou psicológico das vítimas, das potenciais testemunhas e dos seus familiares sejam devidamente preservados.

5. **a**) O Tribunal poderá convidar qualquer Estado que não seja Parte no presente Estatuto a prestar auxílio ao abrigo do presente Capítulo com base num convênio ad hoc, num acordo celebrado com esse Estado ou por qualquer outro modo apropriado.

b) Se, após a celebração de um convênio ad hoc ou de um acordo com o Tribunal, um Estado que não seja Parte no presente Estatuto se recusar a cooperar nos termos de tal convênio ou acordo, o Tribunal dará conhecimento desse fato à Assembléia dos Estados Parles ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a referenciar o fato ao Tribunal.

6. O Tribunal poderá solicitar informações ou documentos a qualquer organização intergovernamental. Poderá igualmente requerer outras formas de cooperação e auxílio a serem acordadas com tal organização e que estejam em conformidade com a sua competência ou o seu mandato.

7. Se, contrariamente ao disposto no presente Estatuto, um Estado Parte recusar um pedido de cooperação formulado pelo Tribunal, impedindo-o assim de exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, o Tribunal poderá elaborar um relatório e remeter a questão à Assembléia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o fato ao Tribunal.

Artigo 88

Procedimentos Previstos no Direito Interno

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

Artigo 89

Entrega de Pessoas ao Tribunal

1. O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.

2. Sempre que a pessoa cuja entrega é solicitada impugnar a sua entrega perante um tribunal nacional com, base no princípio ne bis in *Idem* previsto no artigo 20, o Estado requerido consultará, de imediato, o Tribunal para determinar se houve uma decisão relevante sobre a admissibilidade. Se o caso for considerado admissível, o Estado requerido dará seguimento ao pedido. Se estiver pendente decisão sobre a admissibilidade, o Estado requerido poderá diferir a execução do pedido até que o Tribunal se pronuncie.

3. **a**) Os Estados Partes autorizarão, de acordo com os procedimentos previstos na respectiva legislação nacional, o trânsito, pelo seu território, de uma pessoa entregue ao Tribunal por um outro Estado, salvo quando o trânsito por esse Estado impedir ou retardar a entrega.

b) Um pedido de trânsito formulado pelo Tribunal será transmitido em conformidade com o artigo 87. Do pedido de trânsito constarão:

i) A identificação da pessoa transportada;

ii) Um resumo dos fatos e da respectiva qualificação jurídica;

iii) O mandado de detenção e entrega.

c) A pessoa transportada será mantida sob custódia no decurso do trânsito.

d) Nenhuma autorização será necessária se a pessoa for transportada por via aérea e não esteja prevista qualquer aterrissagem no território do Estado de trânsito.

e) Se ocorrer, uma aterrissagem imprevista no território do Estado de trânsito, poderá este exigir ao Tribunal a apresentação de um pedido de trânsito nos termos previstos na alínea b). O Estado de trânsito manterá a pessoa sob detenção até a recepção do pedido de trânsito e a efetivação do trânsito. Todavia, a detenção ao abrigo da presente alínea não poderá prolongar-se para além das 96 horas subseqüentes à aterrissagem imprevista se o pedido não for recebido dentro desse prazo.

4. Se a pessoa reclamada for objeto de procedimento criminal ou estiver cumprindo uma pena no Estado requerido por crime diverso do que motivou o pedido de entrega ao Tribunal, este Estado consultará o Tribunal após ter decidido anuir ao pedido

Artigo 90

Pedidos Concorrentes

1. Um Estado Parte que, nos termos do artigo 89, receba um pedido de entrega de uma pessoa formulado pelo Tribunal, e receba igualmente, de qualquer outro Estado, um pedido de extradição relativo à mesma pessoa, pelos mesmos fatos que motivaram o pedido de entrega por parte do Tribunal, deverá notificar o Tribunal e o Estado requerente de tal fato.

2. Se o Estado requerente for um Estado Parte, o Estado requerido dará prioridade ao pedido do Tribunal:

a) Se o Tribunal tiver decidido, nos termos do artigo 18 ou 19, da admissibilidade do caso a que respeita o pedido de entrega, e tal determinação tiver levado em conta o inquérito ou o procedimento criminal conduzido pelo Estado requerente relativamente ao pedido de extradição por este formulado; ou

b) Se o Tribunal tiver tomado a decisão referida na alínea a) em conformidade com a notificação feita pelo Estado requerido, em aplicação do parágrafo 1º.

3. Se o Tribunal não tiver tomado uma decisão nos termos da alínea a) do parágrafo 2º, o Estado requerido poderá, se assim o entender, estando pendente a determinação do Tribunal nos termos da alínea b) do parágrafo 2º, dar seguimento ao pedido de extradição formulado pelo Estado requerente sem, contudo, extraditar a pessoa até que o Tribunal decida sobre a admissibilidade do caso. A decisão do Tribunal seguirá a forma sumária.

4. Se o Estado requerente não for Parte no presente Estatuto, o Estado requerido, desde que não esteja obrigado por uma norma internacional a extraditar o acusado para o Estado requerente, dará prioridade ao pedido de entrega formulado pelo Tribunal, no caso de este se ter decidido pela admissibilidade do caso.

5. Quando um caso previsto no parágrafo 4º não tiver sido declarado admissível pelo Tribunal, o Estado requerido poderá, se assim o entender, dar seguimento ao pedido de extradição formulado pelo Estado requerente.

6. Relativamente aos casos em que o disposto no parágrafo 4º seja aplicável, mas o Estado requerido se veja obrigado, por força de uma norma internacional, a extraditar a pessoa para o Estado requerente que não seja Parte no presente Estatuto, o Estado requerido decidirá se procederá à entrega da pessoa em causa ao Tribunal ou se a extraditará para o Estado requerente. Na sua decisão, o Estado requerido terá em conta todos os fatores relevantes, incluindo, entre outros

a) A ordem cronológica dos pedidos;

b) Os interesses do Estado requerente, incluindo, se relevante, se o crime foi cometido no seu território bem como a nacionalidade das vítimas e da pessoa reclamada; e

c) A possibilidade de o Estado requerente vir a proceder posteriormente à entrega da pessoa ao Tribunal.

7. Se um Estado Parte receber um pedido de entrega de uma pessoa formulado pelo Tribunal e um pedido de extradição formulado por um outro Estado Parte relativamente à mesma pessoa, por fatos diferentes dos que constituem o crime objeto do pedido de entrega:

a) O Estado requerido dará prioridade ao pedido do Tribunal, se não estiver obrigado por uma norma internacional a extraditar a pessoa para o Estado requerente;

b) O Estado requerido terá de decidir se entrega a pessoa ao Tribunal ou a extradita para o Estado requerente, se estiver obrigado por uma norma internacional a extraditar a pessoa para o Estado requerente. Na sua decisão, o Estado requerido considerará todos os fatores relevantes, incluindo, entre outros, os constantes do parágrafo 6; todavia, deverá dar especial atenção à natureza e à gravidade dos fatos em causa.

8. Se, em conformidade com a notificação prevista no presente artigo, o Tribunal se tiver pronunciado pela inadmissibilidade do caso e, posteriormente, a extradição para o Estado requerente for recusada, o Estado requerido notificará o Tribunal dessa decisão.

Artigo 91

Conteúdo do Pedido de Detenção e de Entrega

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

2. O pedido de detenção e entrega de uma pessoa relativamente à qual o Juízo de Instrução tiver emitido um mandado de detenção ao abrigo do artigo 58, deverá conter ou ser acompanhado dos seguintes documentos:

a) Uma descrição da pessoa procurada, contendo informação suficiente que permita a sua identificação, bem como informação sobre a sua provável localização;

b) Uma cópia do mandado de detenção; e

c) Os documentos, declarações e informações necessários para satisfazer os requisitos do processo de entrega pelo Estado requerido; contudo, tais requisitos não deverão ser mais rigorosos dos que os que devem ser observados em caso de um pedido de extradição em conformidade com tratados ou convênios celebrados entre o Estado requerido e outros Estados, devendo, se possível, ser menos rigorosos face à natureza específica de que se reveste o Tribunal.

3. Se o pedido respeitar à detenção e à entrega de uma pessoa já condenada, deverá conter ou ser acompanhado dos seguintes documentos:

a) Uma cópia do mandado de detenção dessa pessoa;

b) Uma cópia da sentença condenatória;

c) Elementos que demonstrem que a pessoa procurada é a mesma a que se refere a sentença condenatória; e

d) Se a pessoa já tiver sido condenada, uma cópia da sentença e, em caso de pena de prisão, a indicação do período que já tiver cumprido, bem como o período que ainda lhe falte cumprir.

4. Mediante requerimento do Tribunal, um Estado Parte manterá, no que respeite a questões genéricas ou a uma questão específica, consultas com o Tribunal sobre quaisquer requisitos previstos no seu direito interno que possam ser aplicados nos termos da alínea c) do parágrafo 2º. No decurso de tais consultas, o Estado Parte informará o Tribunal dos requisitos específicos constantes do seu direito interno.

Artigo 92

Prisão Preventiva

1. Em caso de urgência, o Tribunal poderá solicitar a prisão preventiva da pessoa procurada até a apresentação do pedido de entrega e os documentos de apoio referidos no artigo 91.

2. O pedido de prisão preventiva será transmitido por qualquer meio de que fique registro escrito e conterá:

a) Uma descrição da pessoa procurada, contendo informação suficiente que permita a sua identificação, bem como informação sobre a sua provável localização;

b) Uma exposição sucinta dos crimes pelos quais a pessoa é procurada, bem como dos fatos alegadamente constitutivos de tais crimes incluindo, se possível, a data e o local da sua prática;

c) Uma declaração que certifique a existência de um mandado de detenção ou de uma decisão condenatória contra a pessoa procurada; e

d) Uma declaração de que o pedido de entrega relativo à pessoa procurada será enviado posteriormente.

3. Qualquer pessoa mantida sob prisão preventiva poderá ser posta em liberdade se o Estado requerido não tiver recebido, em conformidade com o artigo 91, o pedido de entrega e os respectivos documentos no prazo fixado pelo Regulamento Processual. Todavia, essa pessoa poderá consentir na sua entrega antes do termo do período se a legislação do Estado requerido o permitir. Nesse caso, o Estado requerido procede à entrega da pessoa reclamada ao Tribunal, o mais rapidamente possível.

4. O fato de a pessoa reclamada ter sido posta em liberdade em conformidade com o parágrafo 3º não obstará a que seja de novo detida e entregue se o pedido de entrega e os documentos em apoio, vierem a ser apresentados posteriormente.

Artigo 93

Outras Formas de Cooperação

1. Em conformidade com o disposto no presente Capítulo e nos termos dos procedimentos previstos nos respectivos direitos internos, os Estados Partes darão seguimento aos pedidos formulados pelo Tribunal para concessão de auxílio, no âmbito de inquéritos ou procedimentos criminais, no que se refere a:

a) Identificar uma pessoa e o local onde se encontra, ou localizar objetos;

b) Reunir elementos de prova, incluindo os depoimentos prestados sob juramento, bem como produzir elementos de prova, incluindo perícias e relatórios de que o Tribunal necessita;

c) Interrogar qualquer pessoa que seja objeto de inquérito ou de procedimento criminal;

d) Notificar documentos, nomeadamente documentos judiciários;

e) Facilitar o comparecimento voluntária, perante o Tribunal, de pessoas que deponham na qualidade de testemunhas ou de peritos;

f) Proceder à transferência temporária de pessoas, em conformidade com o parágrafo 7º;

g) Realizar inspeções, nomeadamente a exumação e o exame de cadáveres enterrados em fossas comuns;

h) Realizar buscas e apreensões;

i) Transmitir registros e documentos, nomeadamente registros e documentos oficiais;

j) Proteger vítimas e testemunhas, bem como preservar elementos de prova;

k) Identificar, localizar e congelar ou apreender o produto de crimes, bens, haveres e instrumentos ligados aos crimes, com vista à sua eventual declaração de perda, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé; e

l) Prestar qualquer outra forma de auxílio não proibida pela legislação do Estado requerido, destinada a facilitar o inquérito e o julgamento por crimes da competência do Tribunal.

2. O Tribunal tem poderes para garantir à testemunha ou ao perito que perante ele compareça de que não serão perseguidos, detidos ou sujeitos a qualquer outra restrição da sua liberdade pessoal, por fato ou omissão anteriores à sua saída do território do Estado requerido.

3. Se a execução de uma determinada medida de auxílio constante de um pedido apresentado ao abrigo do parágrafo 1º não for permitida no Estado requerido em virtude de um princípio jurídico fundamental de aplicação geral, o Estado em causa iniciará sem demora consultas com o Tribunal com vista à solução dessa questão. No decurso das consultas, serão consideradas outras formas de auxílio, bem como as condições da sua realização. Se, concluídas as consultas, a questão não estiver resolvida, o Tribunal alterará o conteúdo do pedido conforme se mostrar necessário.

4. Nos termos do disposto no artigo 72, um Estado Parte só poderá recusar, no todo ou em parte, um pedido de auxílio formulado pelo Tribunal se tal pedido se reportar unicamente à produção de documentos ou à divulgação de elementos de prova que atentem contra a sua segurança nacional.

5. Antes de denegar o pedido de auxílio previsto na alínea l) do parágrafo 1º, o Estado requerido considerará se o auxílio poderá ser concedido sob determinadas condições ou se poderá sê-lo em data ulterior ou sob uma outra forma, com a ressalva de que, se o Tribunal ou o Procurador aceitarem tais condições, deverão observá-las.

6. O Estado requerido que recusar um pedido de auxílio comunicará, sem demora, os motivos ao Tribunal ou ao Procurador.

7. **a**) O Tribunal poderá pedir a transferência temporária de uma pessoa detida para fins de identificação ou para obter um depoimento ou outras forma de auxílio. A transferência realizar-se-á sempre que:

i) A pessoa der o seu consentimento, livremente e com conhecimento de causa; e

ii) O Estado requerido concordar com a transferência, sem prejuízo das condições que esse Estado e o Tribunal possam acordar;

b) A pessoa transferida permanecerá detida. Esgotado o fim que determinou a transferência, o Tribunal reenviá-la-á imediatamente para o Estado requerido.

8. **a**) O Tribunal garantirá a confidencialidade dos documentos e das informações recolhidas, exceto se necessários para o inquérito e os procedimentos descritos no pedido;

b) O Estado requerido poderá, se necessário, comunicar os documentos ou as informações ao Procurador a título confidencial. O Procurador só poderá utilizá-los para recolher novos elementos de prova;

c) O Estado requerido poderá, de ofício ou a pedido do Procurador, autorizar a divulgação posterior de tais documentos ou informações; os quais poderão ser utilizados como meios de prova, nos termos do disposto nos Capítulos V e VI e no Regulamento Processual.

9. **a**) **i**) Se um Estado Parte receber pedidos concorrentes formulados pelo Tribunal e por um outro Estado, no âmbito de uma obrigação internacional, e cujo objeto não seja nem a entrega nem a extradição, esforçar-se-á, mediante consultas com o Tribunal e esse outro Estado, por dar satisfação a ambos os pedidos adiando ou estabelecendo determinadas condições a um ou outro pedido, se necessário.

ii) Não sendo possível, os pedidos concorrentes observarão os princípios fixados no artigo 90.

b) Todavia, sempre que o pedido formulado pelo Tribunal respeitar a informações, bens ou pessoas que estejam sob o controle de um Estado terceiro ou de uma organização internacional ao abrigo de um acordo internacional, os Estados requeridos informarão o Tribunal em conformidade, este dirigirá o seu pedido ao Estado terceiro ou à organização internacional.

10. **a**) Mediante pedido, o Tribunal cooperará com um Estado Parte e prestar-lhe-á auxílio na condução de um inquérito ou julgamento relacionado com fatos que constituam um crime da jurisdição do Tribunal ou que constituam um crime grave à luz do direito interno do Estado requerente.

b) **i**) O auxílio previsto na alínea a) deve compreender, a saber:

a. A transmissão de depoimentos, documentos e outros elementos de prova recolhidos no decurso do inquérito ou do julgamento conduzidos pelo Tribunal; e

b. O interrogatório de qualquer pessoa detida por ordem do Tribunal;

ii) No caso previsto na alínea b), i), a;

a. A transmissão dos documentos e de outros elementos de prova obtidos com o auxílio de um Estado necessita do consentimento desse Estado;

b. A transmissão de depoimentos, documentos e outros elementos de prova fornecidos quer por uma testemunha, quer por um perito, será feita em conformidade com o disposto no artigo 68.

c) O Tribunal poderá, em conformidade com as condições enunciadas neste número, deferir um pedido de auxílio formulado por um Estado que não seja parte no presente Estatuto.

Artigo 94

Suspensão da Execução de um Pedido Relativamente a um Inquérito ou a Procedimento Criminal em Curso

1. Se a imediata execução de um pedido prejudicar o desenrolar de um inquérito ou de um procedimento criminal relativos a um caso diferente daquele a que se reporta o pedido, o Estado requerido poderá suspender a execução do pedido por tempo determinado, acordado com o Tribunal. Contudo, a suspensão não deve prolongar-se além do necessário para que o inquérito ou o procedimento criminal em causa sejam efetuados no Estado requerido. Este, antes de decidir suspender a

execução do pedido, verificará se o auxílio não poderá ser concedido de imediato sob determinadas condições.

2. Se for decidida a suspensão de execução do pedido em conformidade com o parágrafo 1º, o Procurador poderá, no entanto, solicitar que sejam adotadas medidas para preservar os elementos de prova, nos termos da alínea j) do parágrafo 1º do artigo 93.

Artigo 95

Suspensão da Execução de um Pedido por Impugnação de Admissibilidade

Se o Tribunal estiver apreciando uma impugnação de admissibilidade, de acordo com os artigos 18 ou 19, o Estado requerido poderá suspender a execução de um pedido formulado ao abrigo do presente Capítulo enquanto aguarda que o Tribunal se pronuncie, a menos que o Tribunal tenha especificamente ordenado que o Procurador continue a reunir elementos de prova, nos termos dos artigos 18 ou 19.

Artigo 96

Conteúdo do Pedido sob Outras Formas de Cooperação previstas no Artigo 93

1. Todo o pedido relativo a outras formas de cooperação previstas no artigo 93 será formulado por escrito. Em caso de urgência, o pedido poderá ser feito por qualquer meio que permita manter um registro escrito, desde que seja confirmado através dos canais indicados na alínea a) do parágrafo 1º do artigo 87.

2. O pedido deverá conter, ou ser instruído com, os seguintes documentos:

a) Um resumo do objeto do pedido, bem como da natureza do auxílio solicitado, incluindo os fundamentos jurídicos e os motivos do pedido;

b) Informações tão completas quanto possível sobre a pessoa ou o lugar a identificar ou a localizar, por forma a que o auxílio solicitado possa ser prestado;

c) Um exposição sucinta dos fatos essenciais que fundamentam o pedido;

d) A exposição dos motivos e a explicação pormenorizada dos procedimentos ou das condições a respeitar;

e) Toda a informação que o Estado requerido possa exigir de acordo com o seu direito interno para dar seguimento ao pedido; e

f) Toda a informação útil para que o auxílio possa ser concedido.

3. A requerimento do Tribunal, um Estado Parte manterá, no que respeita a questões genéricas ou a uma questão específica, consultas com o Tribunal sobre as disposições aplicáveis do seu direito interno, susceptíveis de serem aplicadas em conformidade com a alínea e) do parágrafo 2º. No decurso de tais consultas, o Estado Parte informará o Tribunal das disposições específicas constantes do seu direito interno.

4. O presente artigo aplicar-se-á, se for caso disso, a qualquer pedido de auxílio dirigido ao Tribunal.

Artigo 97

Consultas

Sempre que, ao abrigo do presente Capítulo, um Estado Parte receba um pedido e verifique que este suscita dificuldades que possam obviar à sua execução ou impedi-la, o Estado em causa iniciará, sem demora, as consultas com o Tribunal com vista à solução desta questão. Tais dificuldades podem revestir as seguintes formas:

a) Informações insuficientes para dar seguimento ao pedido;

b) No caso de um pedido de entrega, o paradeiro da pessoa reclamada continuar desconhecido a despeito de todos os esforços ou a investigação realizada permitiu determinar que a pessoa que se encontra no Estado Requerido não é manifestamente a pessoa identificada no mandado; ou

c) O Estado requerido ver-se-ia compelido, para cumprimento do pedido na sua forma atual, a violar uma obrigação constante de um tratado anteriormente celebrado com outro Estado.

Artigo 98

Cooperação Relativa à Renúncia, à Imunidade e ao Consentimento na Entrega

1. O Tribunal pode não dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha, previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade.

2. O Tribunal pode não dar seguimento à execução de um pedido de entrega por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem em virtude de acordos internacionais à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que uma pessoa pertencente a esse Estado seja entregue ao Tribunal, a menos que o Tribunal consiga, previamente, obter a cooperação do Estado de envio para consentir na entrega.

Artigo 99

Execução dos Pedidos Apresentados ao Abrigo dos Artigos 93 e 96

1. Os pedidos de auxílio serão executados de harmonia com os procedimentos previstos na legislação interna do Estado requerido e, a menos que o seu direito interno o proíba, na forma especificada no pedido, aplicando qualquer procedimento nele indicado ou autorizando as pessoas nele indicadas a estarem presentes e a participarem na execução do pedido.

2. Em caso de pedido urgente, os documentos e os elementos de prova produzidos na resposta serão, a requerimento do Tribunal, enviados com urgência.

3. As respostas do Estado requerido serão transmitidas na sua língua e forma originais.

4. Sem prejuízo dos demais artigos do presente Capítulo, sempre que for necessário para a execução com sucesso de um pedido, e não haja que recorrer a medidas coercitivas, nomeadamente quando se trate de ouvir ou levar uma pessoa a depor de sua livre vontade, mesmo sem a presença das autoridades do Estado Parte requerido se tal for determinante para a execução do pedido, ou quando se trate de examinar, sem proceder a alterações, um lugar público ou um outro local público, o Procurador poderá dar cumprimento ao pedido diretamente no território de um Estado, de acordo com as seguintes modalidades:

a) Quando o Estado requerido for o Estado em cujo território haja indícios de ter sido cometido o crime e existir uma decisão sobre a admissibilidade tal como previsto nos artigos 18 e 19, o Procurador poderá executar diretamente o pedido, depois de ter levado a cabo consultas tão amplas quanto possível com o Estado requerido;

b) Em outros casos, o Procurador poderá executar o pedido após consultas com o Estado Parte requerido e tendo em conta as condições ou as preocupações razoáveis que esse Estado tenha eventualmente argumentado. Sempre que o Estado requerido verificar que a execução de um pedido nos termos da presente alínea suscita dificuldades, consultará de imediato o Tribunal para resolver a questão.

5. As disposições que autorizam a pessoa ouvida ou interrogada pelo Tribunal ao abrigo do artigo 72, a invocar as restrições previstas para impedir a divulgação de informações confidenciais relacionadas com a segurança nacional, aplicar-se-ão de igual modo à execução dos pedidos de auxílio referidos no presente artigo.

Artigo 100

Despesas

1. As despesas ordinárias decorrentes da execução dos pedidos no território do Estado requerido serão por este suportadas, com exceção das seguintes, que correrão a cargo do Tribunal:

a) As despesas relacionadas com as viagens e a proteção das testemunhas e dos peritos ou com a transferência de detidos ao abrigo do artigo 93;

b) As despesas de tradução, de interpretação e de transcrição;

c) As despesas de deslocação e de estada dos juízes, do Procurador, dos Procuradores-adjuntos, do Secretário, do Secretário-Adjunto e dos membros do pessoal de todos os órgãos do Tribunal;

d) Os custos das perícias ou dos relatórios periciais solicitados pelo Tribunal;

e) As despesas decorrentes do transporte das pessoas entregues ao Tribunal pelo Estado de detenção; e

f) Após consulta, quaisquer despesas extraordinárias decorrentes da execução de um pedido.

2. O disposto no parágrafo 1º aplicar-se-á, sempre que necessário, aos pedidos dirigidos pelos Estados Partes ao Tribunal. Neste caso, o Tribunal tomará a seu cargo as despesas ordinárias decorrentes da execução.

Artigo 101

Regra da Especialidade

1. Nenhuma pessoa entregue ao Tribunal nos termos do presente Estatuto poderá ser perseguida, condenada ou detida por condutas anteriores à sua entrega, salvo quando estas constituam crimes que tenham fundamentado a sua entrega.

2. O Tribunal poderá solicitar uma derrogação dos requisitos estabelecidos no parágrafo 1º ao Estado que lhe tenha entregue uma pessoa e, se necessário, facultar-lhe-á, em conformidade com o artigo 91, informações complementares. Os Estados

Partes estarão habilitados a conceder uma derrogação ao Tribunal e deverão envidar esforços nesse sentido.

Artigo 102

Termos Usados para os Fins do Presente Estatuto:

a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.

b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

Capítulo X

Execução da Pena

Artigo 103

Função dos Estados na Execução das Penas Privativas de Liberdade

1. **a**) As penas privativas de liberdade serão cumpridas num Estado indicado pelo Tribunal a partir de uma lista de Estados que lhe tenham manifestado a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas.

b) Ao declarar a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas, um Estado poderá formular condições acordadas com o Tribunal e em conformidade com o presente Capítulo.

c) O Estado indicado no âmbito de um determinado caso dará prontamente a conhecer se aceita ou não a indicação do Tribunal.

2. **a**) O Estado da execução informará o Tribunal de qualquer circunstância, incluindo o cumprimento de quaisquer condições acordadas nos termos do parágrafo 1º, que possam afetar materialmente as condições ou a duração da detenção. O Tribunal será informado com, pelo menos, 45 dias de antecedência sobre qualquer

circunstância dessa natureza, conhecida ou previsível. Durante este período, o Estado da execução não tomará qualquer medida que possa ser contrária às suas obrigações ao abrigo do artigo 110.

b) Se o Tribunal não puder aceitar as circunstâncias referidas na alínea a), deverá informar o Estado da execução e proceder em harmonia com o parágrafo 1º do artigo 104.

3. Sempre que exercer o seu poder de indicação em conformidade com o parágrafo 1º, o Tribunal levará em consideração:

a) O princípio segundo o qual os Estados Partes devem partilhar da responsabilidade na execução das penas privativas de liberdade, em conformidade com os princípios de distribuição eqüitativa estabelecidos no Regulamento Processual;

b) A aplicação de normas convencionais do direito internacional amplamente aceitas, que regulam o tratamento dos reclusos;

c) A opinião da pessoa condenada; e

d) A nacionalidade da pessoa condenada;

e) Outros fatores relativos às circunstâncias do crime, às condições pessoais da pessoa condenada ou à execução efetiva da pena, adequadas à indicação do Estado da execução.

4. Se nenhum Estado for designado nos termos do parágrafo 1º, a pena privativa de liberdade será cumprida num estabelecimento prisional designado pelo Estado anfitrião, em conformidade com as condições estipuladas no acordo que determinou o local da sede previsto no parágrafo 2º do artigo 3º. Neste caso, as despesas relacionadas com a execução da pena ficarão a cargo do Tribunal.

Artigo 104

Alteração da Indicação do Estado da Execução

1. O Tribunal poderá, a qualquer momento, decidir transferir um condenado para uma prisão de um outro Estado.

2. A pessoa condenada pelo Tribunal poderá, a qualquer momento, solicitar-lhe que a transfira do Estado encarregado da execução.

Artigo 105

Execução da Pena

1. Sem prejuízo das condições que um Estado haja estabelecido nos termos do artigo 103, parágrafo 1º, alínea b), a pena privativa de liberdade é vinculativa para os Estados Partes, não podendo estes modificá-la em caso algum.

2. Será da exclusiva competência do Tribunal pronunciar-se sobre qualquer pedido de revisão ou recurso. O Estado da execução não obstará a que o condenado apresente um tal pedido.

Artigo 106

Controle da Execução da Pena e das Condições de Detenção

1. A execução de uma pena privativa de liberdade será submetida ao controle do Tribunal e observará as regras convencionais internacionais amplamente aceitas em matéria de tratamento dos reclusos.

2. As condições de detenção serão reguladas pela legislação do Estado da execução e observarão as regras convencionais internacionais amplamente aceitas em matéria de tratamento dos reclusos. Em caso algum devem ser menos ou mais favoráveis do que as aplicáveis aos reclusos condenados no Estado da execução por infrações análogas.

3. As comunicações entre o condenado e o Tribunal serão livres e terão caráter confidencial.

Artigo 107

Transferência do Condenado depois de Cumprida a Pena

1. Cumprida a pena, a pessoa que não seja nacional do Estado da execução poderá, de acordo com a legislação desse mesmo Estado, ser transferida para um outro

Estado obrigado a aceitá-la ou ainda para um outro Estado que aceite acolhê-la tendo em conta a vontade expressa pela pessoa em ser transferida para esse Estado; a menos que o Estado da execução autorize essa pessoa a permanecer no seu território.

2. As despesas relativas à transferência do condenado para um outro Estado nos termos do parágrafo 1º serão suportadas pelo Tribunal se nenhum Estado as tomar a seu cargo.

3. Sem prejuízo do disposto no artigo 108, o Estado da execução poderá igualmente, em harmonia com o seu direito interno, extraditar ou entregar por qualquer outro modo a pessoa a um Estado que tenha solicitado a sua extradição ou a sua entrega para fins de julgamento ou de cumprimento de uma pena.

Artigo 108

Restrições ao Procedimento Criminal ou à Condenação por Outras Infrações

1. A pessoa condenada que esteja detida no Estado da execução não poderá ser objeto de procedimento criminal, condenação ou extradição para um Estado terceiro em virtude de uma conduta anterior à sua transferência para o Estado da execução, a menos que a Tribunal tenha dado a sua aprovação a tal procedimento, condenação ou extradição, a pedido do Estado da execução.

2. Ouvido o condenado, o Tribunal pronunciar-se-á sobre a questão.

3. O parágrafo 1º deixará de ser aplicável se o condenado permanecer voluntariamente no território do Estado da execução por um período superior a 30 dias após o cumprimento integral da pena proferida pelo Tribunal, ou se regressar ao território desse Estado após dele ter saído.

Artigo 109

Execução das Penas de Multa e das Medidas de Perda

1. Os Estados Partes aplicarão as penas de multa, bem como as medidas de perda ordenadas pelo Tribunal ao abrigo do Capítulo VII, sem prejuízo dos direitos de

terceiros de boa fé e em conformidade com os procedimentos previstos no respectivo direito interno.

2. Sempre que um Estado Parte não possa tornar efetiva a declaração de perda, deverá tomar medidas para recuperar o valor do produto, dos bens ou dos haveres cuja perda tenha sido declarada pelo Tribunal, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé.

3. Os bens, ou o produto da venda de bens imóveis ou, se for caso disso, da venda de outros bens, obtidos por um Estado Parte por força da execução de uma decisão do Tribunal, serão transferidos para o Tribunal.

Artigo 110

Reexame pelo Tribunal da Questão de Redução de Pena

1. O Estado da execução não poderá libertar o recluso antes de cumprida a totalidade da pena proferida pelo Tribunal.

2. Somente o Tribunal terá a faculdade de decidir sobre qualquer redução da pena e, ouvido o condenado, pronunciar-se-á a tal respeito,

3. Quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução. Tal reexame só será efetuado transcorrido o período acima referido.

4. No reexame a que se refere o parágrafo 3º, o Tribunal poderá reduzir a pena se constatar que se verificam uma ou várias das condições seguintes:

a) A pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento;

b) A pessoa tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou

c) Outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual;

5. Se, no reexame inicial a que se refere o parágrafo 3º, o Tribunal considerar não haver motivo para redução da pena, ele reexaminará subseqüentemente a questão da redução da pena com a periodicidade e nos termos previstos no Regulamento Processual.

Artigo 111

Evasão

Se um condenado se evadir do seu local de detenção e fugir do território do Estado da execução, este poderá, depois de ter consultado o Tribunal, pedir ao Estado no qual se encontra localizado o condenado que o entregue em conformidade com os acordos bilaterais ou multilaterais em vigor, ou requerer ao Tribunal que solicite a entrega dessa pessoa ao abrigo do Capítulo IX. O Tribunal poderá, ao solicitar a entrega da pessoa, determinar que esta seja entregue ao Estado no qual se encontrava a cumprir a sua pena, ou a outro Estado por ele indicado.

Capítulo XI

Assembléia dos Estados Partes

Artigo 112

Assembléia dos Estados Partes

1. É constituída, pelo presente instrumento, uma Assembléia dos Estados Partes. Cada um dos Estados Partes nela disporá de um representante, que poderá ser coadjuvado por substitutos e assessores. Outros Estados signatários do Estatuto ou da Ata Final poderão participar nos trabalhos da Assembléia na qualidade de observadores.

2. A Assembléia:

a) Examinará e adotará, se adequado, as recomendações da Comissão Preparatória;

b) Promoverá junto à Presidência, ao Procurador e ao Secretário as linhas orientadoras gerais no que toca à administração do Tribunal;

c) Examinará os relatórios e as atividades da Mesa estabelecido nos termos do parágrafo 3º e tomará as medidas apropriadas;

d) Examinará e aprovará o orçamento do Tribunal;

e) Decidirá, se for caso disso, alterar o número de juízes nos termos do artigo 36;

f) Examinará, em harmonia com os parágrafos 5 e 7 do artigo 87, qualquer questão relativa à não cooperação dos Estados;

g) Desempenhará qualquer outra função compatível com as disposições do presente Estatuto ou do Regulamento Processual;

3. **a**) A Assembléia será dotada de uma Mesa composta por um presidente, dois vice-presidentes e 18 membros por ela eleitos por períodos de três anos;

b) A Mesa terá um caráter representativo, atendendo nomeadamente ao princípio da distribuição geográfica eqüitativa e à necessidade de assegurar uma representação adequada dos principais sistemas jurídicos do mundo;

c) A Mesa reunir-se-á as vezes que forem necessárias, mas, pelo menos, uma vez por ano. Assistirá a Assembléia no desempenho das suas funções.

4. A Assembléia poderá criar outros órgãos subsidiários que julgue necessários, nomeadamente um mecanismo de controle independente que proceda a inspeções, avaliações e inquéritos em ordem a melhorar a eficiência e economia da administração do Tribunal.

5. O Presidente do Tribunal, o Procurador e o Secretário ou os respectivos representantes poderão participar, sempre que julguem oportuno, nas reuniões da Assembléia e da Mesa.

6. A Assembléia reunir-se-á na sede do Tribunal ou na sede da Organização das Nações Unidas uma vez por ano e, sempre que as circunstâncias o exigirem, reunir-se-á em sessão extraordinária. A menos que o presente Estatuto estabeleça em contrário, as sessões extraordinárias são convocadas pela Mesa, de ofício ou a pedido de um terço dos Estados Partes.

7. Cada um dos Estados Partes disporá de um voto. Todos os esforços deverão ser envidados para que as decisões da Assembléia e da Mesa sejam adotadas por consenso. Se tal não for possível, e a menos que o Estatuto estabeleça em contrário:

a) As decisões sobre as questões de fundo serão tomadas por maioria de dois terços dos membros presentes e votantes, sob a condição que a maioria absoluta dos Estados Partes constitua quorum para o escrutínio;

b) As decisões sobre as questões de procedimento serão tomadas por maioria simples dos Estados Partes presentes e votantes.

8. O Estado Parte em atraso no pagamento da sua contribuição financeira para as despesas do Tribunal não poderá votar nem na Assembléia nem na Mesa se o total das suas contribuições em atraso igualar ou exceder a soma das contribuições correspondentes aos dois anos anteriores completos por ele devidos. A Assembléia Geral poderá, no entanto, autorizar o Estado em causa a votar na Assembléia ou na Mesa se ficar provado que a falta de pagamento é devida a circunstâncias alheias ao controle do Estado Parte.

9. A Assembléia adotará o seu próprio Regimento.

10. As línguas oficiais e de trabalho da Assembléia dos Estados Partes serão as línguas oficiais e de trabalho da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas.

Capítulo XII
Financiamento

Artigo 113

Regulamento Financeiro

Salvo disposição expressa em contrário, todas as questões financeiras atinentes ao Tribunal e às reuniões da Assembléia dos Estados Partes, incluindo a sua Mesa e os seus órgãos subsidiários, serão reguladas pelo presente Estatuto, pelo Regulamento Financeiro e pelas normas de gestão financeira adotados pela Assembléia dos Estados Partes.

Artigo 114

Pagamento de Despesas

As despesas do Tribunal e da Assembléia dos Estados Partes, incluindo a sua Mesa e os seus órgãos subsidiários, serão pagas pelos fundos do Tribunal.

Artigo 115

Fundos do Tribunal e da Assembléia dos Estados Partes

As despesas do Tribunal e da Assembléia dos Estados Partes, incluindo a sua Mesa e os seus órgãos subsidiários, inscritas no orçamento aprovado pela Assembléia dos Estados Partes, serão financiadas:

a) Pelas quotas dos Estados Partes;

b) Pelos fundos provenientes da Organização das Nações Unidas, sujeitos à aprovação da Assembléia Geral, nomeadamente no que diz respeito às despesas relativas a questões remetidas para o Tribunal pelo Conselho de Segurança.

Artigo 116

Contribuições Voluntárias

Sem prejuízo do artigo 115, o Tribunal poderá receber e utilizar, a título de fundos adicionais, as contribuições voluntárias dos Governos, das organizações

internacionais, dos particulares, das empresas e demais entidades, de acordo com os critérios estabelecidos pela Assembléia dos Estados Partes nesta matéria.

Artigo 117

Cálculo das Quotas

As quotas dos Estados Partes serão calculadas em conformidade com uma tabela de quotas que tenha sido acordada, com base na tabela adotada pela Organização das Nações Unidas para o seu orçamento ordinário, e adaptada de harmonia com os princípios nos quais se baseia tal tabela.

Artigo 118

Verificação Anual de Contas

Os relatórios, livros e contas do Tribunal, incluindo os balanços financeiros anuais, serão verificados anualmente por um revisor de contas independente.

Capítulo XIII

Cláusulas Finais

Artigo 119

Resolução de Diferendos

1. Qualquer diferendo relativo às funções judiciais do Tribunal será resolvido por decisão do Tribunal.

2. Quaisquer diferendos entre dois ou mais Estados Partes relativos à interpretação ou à aplicação do presente Estatuto, que não forem resolvidos pela via negocial num período de três meses após o seu início, serão submetidos à Assembléia dos Estados Partes. A Assembléia poderá procurar resolver o diferendo ou fazer recomendações relativas a outros métodos de resolução, incluindo a submissão do diferendo à Corte Internacional de Justiça, em conformidade com o Estatuto dessa Corte.

Artigo 120

Reservas

Não são admitidas reservas a este Estatuto.

Artigo 121

Alterações

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

2. Decorridos pelo menos três meses após a data desta notificação, a Assembléia dos Estados Partes decidirá na reunião seguinte, por maioria dos seus membros presentes e votantes, se deverá examinar a proposta. A Assembléia poderá tratar desta proposta, ou convocar uma Conferência de Revisão se a questão suscitada o justificar.

3. A adoção de uma alteração numa reunião da Assembléia dos Estados Partes ou numa Conferência de Revisão exigirá a maioria de dois terços dos Estados Partes, quando não for possível chegar a um consenso.

4. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 5, qualquer alteração entrará em vigor, para todos os Estados Partes, um ano depois que sete oitavos de entre eles tenham depositado os respectivos instrumentos de ratificação ou de aceitação junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

5. Qualquer alteração ao artigo 5º, 6º, 7º e 8º do presente Estatuto entrará em vigor, para todos os Estados Partes que a tenham aceitado, um ano após o depósito dos seus instrumentos de ratificação ou de aceitação. O Tribunal não exercerá a sua competência relativamente a um crime abrangido pela alteração sempre que este tiver sido cometido por nacionais de um Estado Parte que não tenha aceitado a alteração, ou no território desse Estado Parte.

6. Se uma alteração tiver sido aceita por sete oitavos dos Estados Partes nos termos do parágrafo 4, qualquer Estado Parte que não a tenha aceito poderá retirar-se

do Estatuto com efeito imediato, não obstante o disposto no parágrafo 1º do artigo 127, mas sem prejuízo do disposto no parágrafo 2º do artigo 127, mediante notificação da sua retirada o mais tardar um ano após a entrada em vigor desta alteração.

7. O Secretário-Geral da Organização dás Nações Unidas comunicará a todos os Estados Partes quaisquer alterações que tenham sido adotadas em reunião da Assembléia dos Estados Partes ou numa Conferência de Revisão.

Artigo 122

Alteração de Disposições de Caráter Institucional

1. Não obstante o artigo 121, parágrafo 1º, qualquer Estado Parte poderá, em qualquer momento, propor alterações às disposições do Estatuto, de caráter exclusivamente institucional, a saber, artigos 35, 36, parágrafos 8 e 9, artigos 37, 38, 39, parágrafos 1º (as primeiras duas frases), 2º e 4º, artigo 42, parágrafos 4 a 9, artigo 43, parágrafos 2º e 3º e artigos 44, 46, 47 e 49. O texto de qualquer proposta será submetido ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas ou a qualquer outra pessoa designada pela Assembléia dos Estados Partes, que o comunicará sem demora a todos os Estados Partes e aos outros participantes na Assembléia.

2. As alterações apresentadas nos termos deste artigo, sobre as quais não seja possível chegar a um consenso, serão adotadas pela Assembléia dos Estados Partes ou por uma Conferência de Revisão ,por uma maioria de dois terços dos Estados Partes. Tais alterações entrarão em vigor, para todos os Estados Partes, seis meses após a sua adoção pela Assembléia ou, conforme o caso, pela Conferência de Revisão.

Artigo 123

Revisão do Estatuto

1. Sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocará uma Conferência de Revisão para examinar qualquer alteração ao presente Estatuto. A revisão poderá incidir nomeadamente, mas não exclusivamente, sobre a lista de crimes que figura no artigo

5º. A Conferência estará aberta aos participantes na Assembléia dos Estados Partes, nas mesmas condições.

2. A todo o momento ulterior, a requerimento de um Estado Parte e para os fins enunciados no parágrafo 1º, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, mediante aprovação da maioria dos Estados Partes, convocará uma Conferência de Revisão.

3. A adoção e a entrada em vigor de qualquer alteração ao Estatuto examinada numa Conferência de Revisão serão reguladas pelas disposições do artigo 121, parágrafos 3º a 7.

Artigo 124

Disposição Transitória

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

Artigo 125

Assinatura, Ratificação, Aceitação, Aprovação ou Adesão

1. O presente Estatuto estará aberto à assinatura de todos os Estados na sede da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, em Roma, a 17 de Julho de 1998, continuando aberto à assinatura no Ministério dos Negócios Estrangeiros de Itália, em Roma, até 17 de Outubro de 1998. Após esta data, o Estatuto continuará aberto na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque, até 31 de Dezembro de 2000.

2. O presente Estatuto ficará sujeito a ratificação, aceitação ou aprovação dos Estados signatários. Os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação serão depositados junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

3. O presente Estatuto ficará aberto à adesão de qualquer Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

Artigo 126

Entrada em Vigor

1. O presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

2. Em relação ao Estado que ratifique, aceite ou aprove o Estatuto ,ou a ele adira após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão, o Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do respectivo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão.

Artigo 127

Retirada

1. Qualquer Estado Parte poderá, mediante notificação escrita e dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, retirar-se do presente Estatuto. A retirada produzirá efeitos um ano após a data de recepção da notificação, salvo se esta indicar uma data ulterior.

2. A retirada não isentará o Estado das obrigações que lhe incumbem em virtude do presente Estatuto enquanto Parte do mesmo, incluindo as obrigações financeiras que tiver assumido, não afetando também a cooperação com o Tribunal no âmbito de inquéritos e de procedimentos criminais relativamente aos quais o Estado tinha o dever de cooperar e que se iniciaram antes da data em que a retirada começou a

produzir efeitos; a retirada em nada afetará a prossecução da apreciação das causas que o Tribunal já tivesse começado a apreciar antes da data em que a retirada começou a produzir efeitos.

Artigo 128

Textos Autênticos

O original do presente Estatuto, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo fazem igualmente fé, será depositado junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, que enviará cópia autenticada a todos os Estados.

Em fé do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados pelos respectivos Governos, assinaram o presente Estatuto.

Feito em Roma, aos dezessete dias do mês de julho de mil novecentos e noventa e oito.

ANEXO II

CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE - 1968[610]

Adotada pela Resolução 2.391 da Assembléia Geral em 26 de novembro de 1968. Entrada em vigor: 11 de novembro de 1970

Preâmbulo

Os Estados Membros na presente Convenção,

Lembrando as Resoluções nº3 (I) e 170 (II) da Assembléia Geral das Nações Unidas, datadas de 13 de fevereiro de 1946 e 31 de outubro de 1947, sobre a extradição e o castigo dos criminosos de guerra, e a Resolução n.º 95 (I) de 11 de dezembro de 1946, que confirma os princípios de direito internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e pelo julgamento deste tribunal, bem como as resoluções n.º 2184 (XXI) de 12 de dezembro de 1966 e 2202 (XXI) de 16 de dezembro de 1966, nas quais a Assembléia Geral condenou expressamente como crimes contra a humanidade, por um lado, a violação dos direitos econômicos e políticos das populações autóctones e por outro, a política de "Apartheid".

Lembrando as Resoluções n.º 1.074 D (XXXIX) e 1.158 (XLI) do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, datadas de 28 de julho de 1965 e 5 de agosto de 1966, sobre o castigo dos criminosos de guerra e dos indivíduos culpados de crimes contra a humanidade.

Constatando que em nenhuma das declarações solenes, atas e convenções que visam a perseguição e repressão dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade se previu a limitação no tempo.

---

[610] Disponível em: **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo** – USP <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html> Acesso em 10 de novembro de 2009.

Considerando que os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade se incluem entre os crimes de direito internacional mais graves.

Convencidos de que a repressão efetiva dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade é um elemento importante da prevenção desses crimes da proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, que encorajará a confiança, estimulará a cooperação entre os povos e irá favorecer a paz e a segurança internacionais.

Constatando que a aplicação aos crimes de guerra e aos crimes contra a humanidade das regras de direito interno relativas à prescrição dos crimes comuns inquieta profundamente a opinião pública mundial porque impede que os responsáveis por esses crimes sejam perseguidos e castigados.

Reconhecendo que é necessário e oportuno afirmar em direito internacional, por meio da presente Convenção o princípio da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade e assegurar sua aplicação universal.

Acordam no que segue:

ARTIGO 1º

São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes:

§1. Os crimes de guerra, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as "infrações graves" enumeradas na Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra

§2. Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de "Apartheid"; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na

Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos.

ARTIGO 2º

Sendo cometido qualquer crime mencionado no "Artigo 1º" as disposições da presente Convenção aplicar-se-ão aos representantes da autoridade do Estado e aos particulares que nele tenham participado como autores ou como cúmplices, ou que sejam culpados de incitamento direto à sua perpetração, ou que tenham participado de um acordo tendo em vista cometê-lo, seja qual for o seu grau de execução, assim como aos representantes do Estado que tenham tolerado a sua perpetração.

ARTIGO 3º

Os Estados Membros na presente Convenção obrigam-se a adotar todas as medidas internas, de ordem legislativa ou outra, que sejam necessárias afim de permitir a extradição, em conformidade com o direito internacional, das pessoas visadas pelo "artigo 2º" da presente Convenção.

ARTIGO 4º

Os Estados Membros na presente Convenção obrigam-se a adotar, em conformidade com os seus processos constitucionais, as medidas legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para assegurar a imprescritibilidade dos crimes referidos nos "artigos 1º e 2º" da presente Convenção, tanto no que diz respeito ao procedimento penal como à pena; abolir-se-á a prescrição quando vigorar por força da lei ou por outro modo, nesta matéria.

ARTIGO 5º

A presente Convenção estará até 31 de dezembro de 1969 aberta à assinatura dos Estados Membros da Organização das Nações Unidas, ou membros de uma das suas instituições especializadas ou membros da Agência Internacional de Energia Atômica, dos Estados Membros no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça,

assim como dos Estados que a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas tenha convidado a participar na presente Convenção.

ARTIGO 6º

A presente Convenção está sujeita a ratificação e os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário- Geral da Organização das Nações Unidas.

ARTIGO 7º

A presente Convenção está aberta à adesão dos Estados referidos no "artigo 5º". Os instrumentos de adesão serão depositados junto ao Secretário- Geral da Organização das Nações Unidas.

ARTIGO 8º

§1. A presente Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia após a data do depósito junto ao Secretário- Geral da Organização das Nações Unidas do décimo documento de adesão ou ratificação.

§2. Para os Estados que ratifiquem a presente Convenção ou a ela adiram após o depósito do décimo instrumento de ratificação ou de adesão, a Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia após a data do depósito por esses Estados dos seus instrumentos de ratificação ou de adesão.

ARTIGO 9º

§1. Após o termo de um período de dez anos a partir da data da entrada em vigor da presente Convenção, pode ser formulado um pedido de revisão da Convenção a todo o tempo por qualquer das Partes contratantes, por notificação escrita dirigida ao Secretário- Geral da Organização das Nações Unidas.

§2. A Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas decidirá sobre as medidas a tomar, se for o caso, sobre este pedido.

ARTIGO 10

§1. A presente Convenção será depositada junto do Secretário- Geral da Organização das Nações Unidas.

§2. O Secretário- Geral da Organização das Nações Unidas enviará cópia autenticada da presente Convenção a todos os Estados referidos no "artigo 5º".

§3. O Secretário- Geral da Organização das Nações Unidas informará todos os Estados referidos no "artigo 5º".

a) Das assinaturas da presente Convenção e dos instrumentos de ratificação e de adesão depositados de acordo com os "artigos 5º, 6º, 7º".

b) Da data de entrada em vigor da presente Convenção, de acordo com o "artigo 8º".

c) Das comunicações recebidas de acordo com o "artigo 9º".

ARTIGO 11

A presente Convenção, cujos textos inglês, chinês, espanhol, francês e russo são igualmente válidos, terá a data de 26 de novembro de 1968.

ANEXO III

CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO (1948)[611]

Aprovada e aberta à assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução n. 260 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 9 de dezembro de 1948.

As Partes - contratantes

Considerando que a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em sua Resolução n. 96 (I). de 11 de Dezembro de 1946, declarou que o genocídio é um crime contra o Direito Internacional, contrário ao espírito e aos fins das Nações Unidas e que o mundo civilizado condena;

Reconhecendo que em todos os períodos da história o genocídio causou grandes perdas à humanidade;

Convencidas de que, para libertar a humanidade de flagelo tão odioso, a cooperação internacional é necessária;

Convêm o seguinte:

Artigo I –

As partes - contratantes confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, o qual elas se comprometem a prevenir e a punir.

Artigo II –

[611] Disponível em <www.dhnet.org.br> Acesso em 10 de novembro de 2009.

Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como :

- assassinato de membros do grupo;
- dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;
- medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- transferência forçada de menores do grupo para outro.

Artigo III –

Serão punidos os seguintes atos :

- o genocídio;
- o conluio para cometer o genocídio;
- a incitação direta e pública a cometer o genocídio;
- a tentativa de genocídio;
- a cumplicidade no genocídio.

Artigo IV –

As pessoas que tiverem cometido o genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados do artigo III serão, sejam governantes, funcionários ou particulares.

Artigo V –

As Partes - contratantes assumem o compromisso de tomar, de acordo com as respectivas Constituições, as medias legislativas necessárias a assegurar a aplicação das disposições da presente Convenção e, sobretudo, a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III.

Artigo VI –

As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes - contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição.

Artigo VII –

O genocídio e os outros atos enumerados no artigo III não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição.

As Partes - contratantes se comprometem, em tal caso, a conceder a extradição de acordo com sua legislação e com os tratados em vigor.

Artigo VIII –

Qualquer Parte - contratante pode recorrer aos órgãos competentes das Nações Unidas, a fim de que estes tomem, de acordo com a Carta das Nações Unidas, as medidas que julguem necessárias para a prevenção e a repressão dos atos de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III.

Artigo IX –

As controvérsias entre as Partes - contratantes relativas à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção, bem como as referentes à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer do outros atos enumerados no artigo III, serão submetidos à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes na controvérsia.

Artigo X –

A presente Convenção, cujos textos em chinês, espanhol, rancês, inglês e russo serão igualmente autênticos, terá a data de 9 de Dezembro de 1948.

Artigo XI –

A presente Convenção ficará aberta, até 31 de Dezembro de 1949, à assinatura de todos os membros das Nações Unidas e de todo Estado não - membro ao qual a Assembléia Geral houver enviado um convite para esse fim.

A presente Convenção será ratificada e dos instrumentos de ratificação dar-se-á depósito no Secretariado das Nações Unidas.

A partir de 1º de Janeiro de 1950, qualquer membro das Nações Unidas e qualquer Estado não - membro que houver recebido o convite acima mencionado poderá aderir à presente Convenção.

Os instrumentos de adesão serão depositados no Secretariado das Nações Unidas.

Artigo XII –

Qualquer Parte - contratante poderá, a qualquer tempo, por notificação dirigida ao Secretário Geral das Nações Unidas, estender a aplicação da presente Convenção a todos os territórios ou a qualquer dos territórios de cujas relações exteriores seja responsável.

Artigo XIII –

Na data em que os vinte primeiros instrumentos de ratificação ou adesão tiverem sido depositados, o Secretário Geral lavrará a ata e transmitirá cópia da mesma a todos os membros das Nações Unidas e aos Estados não - membros a que se refere o artigo XI.

A presente Convenção entrará em vigor noventa dias após a data do depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão.

Qualquer ratificação ou adesão efetuada posteriormente à última data entrará em vigor noventa dias após o depósito do instrumento de ratificação ou adesão.

Artigo XIV –

A presente Convenção vigorará por dez anos a partir da data de sua entrada em vigor.

Ficará, posteriormente, em vigor por um período de cinco anos e assim sucessivamente, com relação às Partes - contratantes que não a tiverem denunciado pelo menos seis meses antes do termo do prazo.

A denúncia será feita por notificação escrita dirigida ao Secretário Geral das Nações Unidas.

Artigo XV –

Se, em conseqüência de denúncias, o número das Partes na presente Convenção se reduzir a menos de dezesseis, a Convenção cessará de vigorar a partir da data na qual a última dessas denúncias entrar em vigor.

Artigo XVI –

A qualquer tempo, qualquer Parte - contratante poderá formular pedido de revisão da presente Convenção, por meio de notificação escrita dirigida ao Secretário Geral.

A Assembléia Geral decidirá com relação às medidas que se devam tomar, se for o caso, com relação a esse pedido.

Artigo XVII –

O Secretário Geral das Nações Unidas notificará todos os membros das Nações Unidas e os Estados não - membros mencionados no artigo XI :

- das assinaturas, ratificações e adesões recebidas de acordo com o artigo XI;
- das notificações recebidas de acordo com o artigo XII;
- da data em que a presente Convenção entrar em vigor de acordo com o artigo XIII;
- das denúncias recebidas de acordo com o artigo XIV;
- da ab-rogação da Convenção de acordo com o artigo XV;
- das notificações recebidas de acordo com o artigo XVI;

Artigo XVIII –

O original da presente Convenção será depositado nos arquivos da Organização das Nações Unidas.

Enviar-se-á cópia autenticada a todos os membros das Nações Unidas e aos Estados não - membros mencionados no artigo XI.

Artigo XIX –

A presente Convenção será registrada pelo Secretário Geral das Nações Unidas na data de sua entrada em vigor.

ANEXO IV

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

Assinada em São Francisco a 26 de Junho de 1945.

Entrada em vigor na ordem internacional: 24 de Outubro de 1945 (de acordo com o artigo 110.º).

Nós, os povos das Nações Unidas, decididos:

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade;

a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas;

a estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito das obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional;

a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade;

e para tais fins:

a praticar a tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos;

a unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais;

a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum;

a empregar mecanismos internacionais para promover o progresso económico e social de todos os povos;

Resolvemos conjugar os nossos esforços para a consecução desses objectivos.

Em vista disso, os nossos respectivos governos, por intermédio dos seus representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem os seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, adoptaram a presente Carta das

Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

CAPÍTULO I
Objectivos e princípios

Artigo 1.º
Os objectivos das Nações Unidas são:

1) Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas colectivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os actos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz;

2) Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;

3) Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;

4) Ser um centro destinado a harmonizar a acção das nações para a consecução desses objectivos comuns.

Artigo 2.º
A Organização e os seus membros, para a realização dos objectivos mencionados no artigo 1, agirão de acordo com os seguintes princípios:

1) A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros;

2) Os membros da Organização, a fim de assegurarem a todos em geral os direitos e vantagens resultantes da sua qualidade de membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas em conformidade com a presente carta;

3) Os membros da Organização deverão resolver as suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo a que a paz e a segurança internacionais, bem como a justiça, não sejam ameaçadas;

4) Os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer que seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objectivos das Nações Unidas;

5) Os membros da Organização dar-lhe-ão toda a assistência em qualquer acção que ela empreender em conformidade com a presente Carta e se absterão de dar assistência a qualquer Estado contra o qual ela agir de modo preventivo ou coercitivo;

6) A Organização fará com que os Estados que não são membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais;

7) Nenhuma disposição da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado, ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas do capítulo VII.

CAPÍTULO II

Membros

Artigo 3.º

Os membros originários das Nações Unidas serão os Estados que, tendo participado na Conferência das Nações Unidas sobre a Organização Internacional, realizada em São Francisco, ou, tendo assinado previamente a Declaração das Nações

Unidas, de 1 de Janeiro de 1942, assinaram a presente Carta e a ratificaram, de acordo com o artigo 110.

Artigo 4.º

1 - A admissão como membro das Nações Unidas fica aberta a todos os outros Estados amantes da paz que aceitarem as obrigações contidas na presente carta e que, a juízo da Organização, estiverem aptos e dispostos a cumprir tais obrigações.

2 - A admissão de qualquer desses Estados como membros das Nações Unidas será efectuada por decisão da Assembleia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança.

Artigo 5.º

O membro das Nações Unidas contra o qual for levada a eleito qualquer acção preventiva ou coercitiva por parte do Conselho de Segurança poderá ser suspenso do exercício dos direitos e privilégios de membro pela Assembleia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança. O exercício desses direitos e privilégios poderá ser restabelecido pelo Conselho de Segurança.

Artigo 6.º

O membro das Nações Unidas que houver violado persistentemente os princípios contidos na presente Carta poderá ser expulso da Organização pela Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança.

CAPÍTULO III

Órgãos

Artigo 7.º

1 - Ficam estabelecidos como órgãos principais das Nações Unidas: uma Assembleia Geral, um Conselho de Segurança, um Conselho Económico e Social, um Conselho de Tutela, um Tribunal (*) Internacional de Justiça e um secretariado.

2 - Poderão ser criados, de acordo com a presente Carta, os órgãos subsidiários considerados necessários.

Artigo 8.º

As Nações Unidas não farão restrições quanto ao acesso de homens e mulheres, em condições de igualdade, a qualquer função nos seus órgãos principais e subsidiários.

CAPÍTULO IV

Assembleia Geral

Composição

Artigo 9.º

1 - A Assembleia Geral será constituída por todos os membros das Nações Unidas.

2 - Nenhum membro deverá ter mais de cinco representantes na Assembleia Geral.

Funções e poderes

Artigo 10.º

A Assembleia Geral poderá discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da presente Carta ou que se relacionarem com os poderes e funções de qualquer dos órgãos nela previstos, e, com excepção do estipulado no artigo 12, poderá fazer recomendações aos membros das Nações Unidas

ou ao Conselho de Segurança, ou a este e àqueles, conjuntamente, com a referência a quaisquer daquelas questões ou assuntos

Artigo 11.º

1 - A Assembleia Geral poderá considerar os princípios gerais de cooperação na manutenção da paz e da segurança internacionais, inclusive os princípios que disponham sobre o desarmamento e a regulamentação dos armamentos, e poderá fazer recomendações relativas a tais princípios aos membros ou ao Conselho de Segurança, ou a este e àqueles conjuntamente.

2 - A Assembleia Geral poderá discutir quaisquer questões relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais, que lhe forem submetidas por qualquer membro das Nações Unidas, ou pelo Conselho de Segurança, ou por um Estado que não seja membro das Nações Unidas, de acordo com o artigo 35, n.º 2, e, com excepção do que fica estipulado no artigo 12, poderá fazer recomendações relativas a quaisquer destas questões ao Estado ou Estados interessados ou ao Conselho de Segurança ou a este e àqueles. Qualquer destas questões, para cuja solução seja necessária uma acção, será submetida ao Conselho de Segurança pela Assembleia Geral, antes ou depois da discussão

3 - A Assembleia Geral poderá chamar a atenção do Conselho de Segurança para situações que possam constituir ameaça à paz e à segurança internacionais.

4 - Os poderes da Assembleia Geral enumerados neste artigo não limitarão o alcance geral do artigo 10.

Artigo 12.º

1 - Enquanto o Conselho de Segurança estiver a exercer, em relação a qualquer controvérsia ou situação, as funções que lhe são atribuídas na presente Carta, a Assembleia Geral não fará nenhuma recomendação a respeito dessa controvérsia ou situação, a menos que o Conselho de Segurança o solicite.

2 - O Secretário-Geral, com o consentimento do Conselho de Segurança, comunicará à Assembleia Geral, em cada sessão, quaisquer assuntos relativos à

manutenção da paz e da segurança internacionais que estiverem a ser tratados pelo Conselho de Segurança, e da mesma maneira dará conhecimento de tais assuntos à Assembleia Geral, ou aos membros das Nações Unidas se a Assembleia não estiver em sessão, logo que o Conselho de Segurança terminar o exame dos referidos assuntos

Artigo 13.º

1 - A Assembleia Geral promoverá estudos e fará recomendações, tendo em vista:

a) Fomentar a cooperação internacional no plano político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação;

b) Fomentar a cooperação internacional no domínio económico, social, cultural, educacional e da saúde e favorecer o pleno gozo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

2 - As demais responsabilidades, funções e poderes da Assembleia Geral em relação aos assuntos acima mencionados, no n· 1, alínea b), estão enumerados nos capítulos IX e X.

Artigo 14.º

A Assembleia Geral, com ressalva das disposições do artigo 12, poderá recomendar medidas para a solução pacifica de qualquer situação, qualquer que seja a sua origem, que julgue prejudicial ao bem-estar geral ou as relações amistosas entre nações, inclusive as situações que resultem da violação das disposições da presente Carta que estabelecem os objectivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo 15º

1 - A Assembleia Geral receberá e examinará os relatórios anuais e especiais do Conselho de Segurança. Esses relatórios incluirão uma relação das medidas que o Conselho de Segurança lenha adoptado ou aplicado a fim de manter a paz e a segurança internacionais.

2 - A Assembleia Geral receberá e examinará os relatórios dos outros órgãos das Nações Unidas.

Artigo 16º

A Assembleia Geral desempenhará, em relação ao regime internacional de tutela, as funções que lhe são atribuídas nos capítulos XII e XIII, inclusive as de aprovação de acordos de tutela referentes às zonas não designadas como estratégicas.

Artigo 17.º

1 - A Assembleia Geral apreciará e aprovará o orçamento da Organização.

2 - As despesas da Organização serão custeadas pelos membros segundo quotas fixadas pela Assembleia Geral.

3 - A Assembleia Geral apreciará e aprovará quaisquer ajustes financeiros e orçamentais com as organizações especializadas, a que se refere o artigo 57, e examinará os orçamentos administrativos das referidas instituições especializadas, com o fim de lhes fazer recomendações

Votação

Artigo 18.º

1 - Cada membro da Assembleia Geral terá um voto.

2 - As decisões da Assembleia Geral sobre questões importantes serão tomadas por maioria de dois terços dos membros presentes e votantes. Essas questões compreenderão as recomendações relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais, a eleição dos membros não permanentes do Conselho de Segurança, a eleição dos membros do Conselho Económico e Social, a eleição dos membros do Conselho de Tutela de acordo com o n.º 1, alínea c), do artigo 86, a admissão de novos membros das Nações Unidas, a suspensão dos direitos e privilégios de membros, a expulsão de membros, as questões referentes ao funcionamento do regime de tutela e questões orçamentais.

3 - As decisões sobre outras questões, inclusive a determinação de categorias adicionais de assuntos a serem debatidos por maioria de dois terços, serão tomadas por maioria dos membros presentes e votantes.

Artigo 19.º

O membro das Nações Unidas em atraso no pagamento da sua contribuição financeira à Organização não terá voto na Assembleia Geral, se o total das suas contribuições atrasadas igualar ou exceder a soma das contribuições correspondentes aos dois anos anteriores completos. A Assembleia Geral poderá, entretanto, permitir que o referido membro vote, se ficar provado que a falta de pagamento é devida a circunstâncias alheias à sua vontade.

Procedimento

Artigo 20.º

A Assembleia Geral reunir-se-á em sessões anuais ordinárias e em sessões extraordinárias sempre que as circunstâncias o exigirem. As sessões extraordinárias serão convocadas pelo Secretário-Geral, a pedido do Conselho de Segurança ou da maioria dos membros das Nações Unidas.

Artigo 21.º

A Assembleia Geral adoptará o seu próprio regulamento e elegerá o seu presidente para cada sessão.

Artigo 22º

A Assembleia Geral poderá estabelecer os órgãos subsidiários que julgar necessários ao desempenho das funções.

CAPÍTULO V

Conselho de Segurança

Composição

Artigo 23.º

1 - Conselho de Segurança será constituído por 15 membros das Nações Unidas. A República da China, a França, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e os Estados Unidos da América serão membros permanentes do Conselho de Segurança. A Assembleia Geral elegerá 10 outros membros das Nações Unidas para membros não permanentes do Conselho de Segurança, tendo especialmente em vista, em primeiro lugar, a contribuição dos membros das Nações Unidas para a manutenção da paz e da segurança internacionais e para outros objectivos da Organização e também uma distribuição geográfica equitativa.

2 - Os membros não permanentes do Conselho de Segurança serão eleitos por um período de dois anos. Na primeira eleição dos membros não permanentes, depois do aumento do número de membros do Conselho de Segurança de 11 para 15, dois dos quatro membros adicionais serão eleitos por um período de um ano. Nenhum membro que termine o seu mandato poderá ser reeleito para o período imediato.

3 - Cada membro do Conselho de Segurança terá um representante.

Funções e poderes

Artigo 24.º

1 - A fim de assegurar uma acção pronta e eficaz por parte das Nações Unidas, os seus membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que, no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade, o Conselho de Segurança aja em nome deles.

2 - No cumprimento desses deveres, o Conselho de Segurança agirá de acordo com os objectivos e os princípios das Nações Unidas. Os poderes específicos conferidos ao Conselho de Segurança para o cumprimento dos referidos deveres estão definidos nos capítulos VI, VII, VIII e XII.

3 - O Conselho de Segurança submeterá à apreciação da Assembleia Geral relatórios anuais e, quando necessário, relatórios especiais.

Artigo 25.º

Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.

Artigo 26 .º

A fim de promover o estabelecimento e a manutenção da paz e da segurança internacionais, desviando para armamentos o mínimo possível dos recursos humanos económicos do mundo, o conselho de Segurança terá o encargo de elaborar, com a assistência da Comissão de Estado-Maior a que se refere o artigo 47, os planos, a serem submetidos aos membros das Nações Unidas, tendo em vista estabelecer um sistema de regulamentação dos armamentos.

Votação

Artigo 27.º

1 - Cada membro do Conselho de Segurança terá um voto.

2 - As decisões do Conselho de Segurança, em questões de procedimento, serão tomadas por um voto afirmativo de nove membros.

3 - As decisões do Conselho de Segurança sobre quaisquer outros assuntos serão tomadas por voto favorável de nove membros, incluindo os votos de todos os membros permanentes, ficando entendido que, no que se refere às decisões tomadas nos termos do capítulo, VI e do n.º 3 do artigo 52, aquele que for parte numa controvérsia se absterá de votar.

Procedimento

Artigo 28.º

1 - O Conselho de Segurança será organizado de maneira que possa funcionar continuamente. Cada membro do Conselho de Segurança estará, para tal fim, em todos os momentos, representado na sede da Organização.

2 - O Conselho de Segurança terá reuniões periódicas, nas quais cada um dos seus membros poderá, se assim o desejar, ser representado por um membro do governo ou por outro representante especialmente designado.

3 - O Conselho de Segurança poderá reunir-se em outros lugares fora da sede da Organização, que julgue mais apropriados para facilitar o seu trabalho.

Artigo 29.º

O Conselho de Segurança poderá estabelecer os órgãos subsidiários que julgar necessários para o desempenho das suas funções.

Artigo 30.º

O Conselho de Segurança adoptará o seu próprio regulamento, que incluirá o modo de designação do seu presidente

Artigo 31.º

Qualquer membros das Nações Unidas que seja membro do Conselho de Segurança poderá participar, sem direito a voto, na discussão de qualquer questão submetida ao Conselho de Segurança, sempre que este considere que os interesses do referido membro estão especialmente cm jogo.

Artigo 32 .º

Qualquer membro das Nações Unidas que não seja membro do Conselho de Segurança ou qualquer Estado que não seja membro das Nações Unidas será

convidado, desde que seja parte numa controvérsia submetida ao Conselho de Segurança, a participar, sem direito voto, na discussão dessa controvérsia. O Conselho de Segurança determinará as condições que lhe parecerem justas para a participação de um Estado que não se seja membro das Nações Unidas.

CAPíTULO VI

Solução pacífica de controvérsias

Artigo 33.º

1 - As partes numa controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, via judicial, recurso a organizações ou acordos regionais, ou qualquer meio pacifico à sua escolha.

2 - O Conselho de Segurança convidará, se o julgar necessário, as referidas partes a resolver por tais meios as suas controvérsias.

Artigo 34.º

O Conselho de Segurança poderá investigar sobre qualquer controvérsia ou situação susceptível de provoca atritos entre as Nações ou de dar origem a uma controvérsia, a fim de determinar se a continuação de tal controvérsia ou situação pode constituir ameaça à manutenção da paz e da segurança internacionais.

Artigo 35.º

1 - Qualquer membro das Nações Unidas poderá chamar a atenção do Conselho de Segurança ou da Assembleia Geral para qualquer controvérsia ou qualquer situação da natureza das que se acham previstas no artigo 34

2 - Um Estado que não seja membro das Nações Unidas poderá chamar a atenção do Conselho de Segurança ou da Assembleia Geral para qualquer controvérsia

em que seja parte, uma vez que aceite previamente, em relação a essa controvérsia, as obrigações de solução pacifica previstas na presente Carta.

3 - Os da Assembleia Geral a respeito dos assuntos submetidos à sua atenção, de acordo com este artigo, estarão sujeitos a disposições dos artigos 11 e 12.

Artigo 36.º

1 - O Conselho de Segurança poderá, em qualquer fase de uma controvérsia da natureza daquelas a que se refere o artigo 33, ou de uma situação de natureza semelhante, recomendar os procedimentos ou métodos de solução apropriados.

2 - O Conselho de Segurança deverá tomar em consideração quaisquer procedimentos para a solução de uma controvérsia que já tenham sido adoptados pelas partes.

3 - Ao fazer recomendações, de acordo com este artigo, o Conselho de Segurança deverá também tomar em consideração que as controvérsias de carácter jurídico devem, em regra, ser submetidas pelas partes ao Tribunal (*) Internacional de Justiça, de acordo com as disposições do Estatuto do Tribunal (*).

Artigo 37.º

1 - Se as partes numa controvérsia da natureza daquelas a que se refere o artigo 33 não conseguirem resolvê-la pelos meios indicados no mesmo artigo, deverão submetê-la ao Conselho de Segurança.

2 - Se o Conselho de Segurança julgar que a continuação dessa controvérsia pode, de facto, constituir uma ameaça à manutenção da paz e da segurança internacionais, decidirá se deve agir de acordo com o artigo 36 ou recomendar os termos de solução que julgue adequados.

Artigo 38.º

1 - Sem prejuízo das disposições dos artigos 33 a 37, o Conselho de Segurança poderá, se todas as partes numa controvérsia assim o solicitarem, fazer recomendações às partes, tendo em vista uma solução pacífica da controvérsia.

CAPÍTULO VII

Ação em caso de ameaça à paz, ruptura da paz e acto de agressão

Artigo 39.º

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

Artigo 40.º

A fim de evitar que a situação se agrave, o Conselho de Segurança poderá, antes de fazer/cr as recomendações ou decidir a respeito das medidas previstas no artigo 39, instar as partes interessadas a aceitar as medidas provisórias que lhe pareçam necessárias ou aconselháveis. Tais medidas provisórias não prejudicarão os direitos ou pretensões nem a situação das partes interessadas. O Conselho de Segurança tomará devida nota do não cumprimento dessas medidas.

Artigo 41.º

O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efectivas as suas decisões e poderá instar os membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações económicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radioeléctricos, ou de outra qualquer espécie, e o rompimento das relações diplomáticas.

Artigo 42.º

Se o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no artigo 41 seriam ou demonstraram ser inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a acção que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal acção poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças áreas, navais ou terrestres dos membros da Nações Unidas.

Artigo 43.º

1 - Todos os membros das Nações Unidas se comprometem, a fim de contribuir para a manutenção da paz e da segurança internacionais, a proporcionar ao Conselho de Segurança, a seu pedido e em conformidade com um acordo ou acordos especiais, forças armadas, assistência e facilidades, inclusive direitos de passagem, necessários à manutenção da paz e da segurança internacionais.

2 - Tal ou tais acordos determinarão o número e tipos das forças, o seu grau de preparação e a sua localização geral, bem como a natureza das facilidades e da assistência a serem proporcionadas.

3 - Os acordos serão negociados o mais cedo possível, por iniciativa do Conselho de Segurança. Serão concluídos entre o Conselho de Segurança e membros da Organização ou entre o Conselho de Segurança e grupos de membros e submetidos à ratificação, pelos Estados signatários, em conformidade com os respectivos procedimentos constitucionais.

Artigo 44.º

Quando o Conselho de Segurança decidir recorrer ao uso da força, deverá, antes de solicitar a um membro nele não representado o fornecimento de forças armadas cm cumprimento das obrigações assumidas cm virtude do artigo 43, convidar o referido membro, se este assim o desejar, a participar nas decisões do Conselho de Segurança relativas ao emprego de contingentes das forças armadas do dito membro.

Artigo 45.º

A fim de habilitar as Nações Unidas a tomar medidas militares urgentes, os membros das Nações Unidas deverão manter, imediatamente utilizáveis, contingentes das forças aéreas nacionais para a execução combinada de uma acção coercitiva internacional. A potência e o grau de preparação desses contingentes, bem como os planos de acção combinada, serão determinados pelo Conselho de Segurança com a assistência da Comissão de Estado-Maior, dentro dos limites estabelecidos no acordo ou acordos especiais a que se refere o artigo 43.

Artigo 46.º

Os planos para a utilização da força armada serão elaborados pelo Conselho de Segurança com a assistência da Comissão de Estado-Maior.

Artigo 47.º

1 - Será estabelecida uma Comissão de Estado-Maior destinada a orientar e assistir o Conselho de Segurança, em todas as questões relativas às exigências militares do mesmo Conselho, para a manutenção da paz e da segurança internacionais, utilização e comando das forças colocadas à sua disposição, regulamentação de armamentos e possível desarmamento.

2 - A Comissão de Estado-Maior será composta pelos chefes de estado-maior dos membros permanentes do Conselho de Segurança ou pelos seus representantes. Qualquer membro das Nações Unidas que não estiver permanentemente representado na Comissão será por esta convidado a tomar parte nos seus trabalhos, sempre que a sua participação for necessária ao eficiente cumprimento das responsabilidades da Comissão.

3 - A Comissão de Estado-Maior será responsável, sob a autoridade do Conselho de Segurança, pela direcção estratégica de todas as forças armadas postas à disposição do dito Conselho. As questões relativas ao comando dessas forças serão resolvidas ulteriormente.

4 - A Comissão de Estado-Maior, com a autorização do Conselho de Segurança e depois de consultar os organismos regionais adequados, poderá estabelecer subcomissões regionais.

Artigo 48.º

1 - A acção necessária ao cumprimento das decisões do Conselho de Segurança para a manutenção da paz e da segurança internacionais será levada a efeito por todos os membros das Nações Unidas ou por alguns deles, conforme seja determinado pelo Conselho de Segurança.

2 - Essas decisões serão executadas pelos membros das Nações Unidas directamente e mediante a sua acção nos organismos internacionais apropriados de que façam parte.

Artigo 49.º

Os membros das Nações Unidas associar-se-ão para a prestação de assistência mútua na execução das medidas determinadas pelo Conselho de Segurança.

Artigo 50.º

Se um Estado for objecto de Medidas preventivas ou coercivas tomadas pelo Conselho de Segurança, qualquer outro Estado, quer seja ou não membro das Nações Unidas, que enfrente dificuldades económicas especiais resultantes da execução daquelas medidas terá o direito de consultar o Conselho de Segurança no que respeita à solução de tais dificuldades.

Artigo 51.º

Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou colectiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas

imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer momento, a acção que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.

Artigo 52.º

Acordos regionais

1 - Nada na presente Carta impede a existência de acordos ou de organizações regionais destinados a tratar dos assuntos relativos à manutenção da paz e da segurança internacionais que forem susceptíveis de uma acção regional, desde que tais acordos ou organizações regionais e suas actividades sejam compatíveis com os objectivos e princípios das Nações Unidas.

2 - Os membros das Nações Unidas que forem parte em tais acordos ou que constituírem tais organizações empregarão todos os esforços para chegar a uma solução pacífica das controvérsias locais por meio desses acordos e organizações regionais, antes de as submeter ao Conselho de Segurança.

3 - O Conselho de Segurança estimulará o desenvolvimento da solução pacífica de controvérsias locais mediante os referidos acordos ou organizações regionais, por iniciativa dos Estados interessados ou a instâncias do próprio Conselho de Segurança.

4 - Este artigo não prejudica de modo algum a aplicação dos artigos 34 e 35.

Artigo 53.º

1 - O Conselho de Segurança utilizará, quando for caso, tais acordos e organizações regionais para uma acção coercitiva sob a sua própria autoridade. Nenhuma acção coercitiva será, no entanto levada a efeito em conformidade com acordos ou organizações regionais sem autorização do Conselho de Segurança, com excepção das medidas contra, um Estado inimigo, como está definido no n.º 2 deste artigo, que forem determinadas em consequência do artigo 107 ou em acordos regionais destinados a impedir a renovação de uma política agressiva por parte de

qualquer desses Estados, até ao momento em que a Organização possa, a pedido dos Governos interessados, ser incumbida de impedir qualquer nova agressão por parte de tal Estado.

2 - O termo «Estado inimigo», usado no n.º 1 deste artigo, aplica-se a qualquer Estado que, durante a 2.ª Guerra Mundial, tenha sido inimigo de qualquer signatário da presente Carta.

Artigo 54.º

O Conselho de Segurança será sempre informado de toda a acção empreendida ou projectada em conformidade com os acordos ou organizações regionais para a manutenção da paz e da segurança internacionais.

CAPÍTULO IX

Cooperação económica e social internacional

Artigo 55.º

Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas promoverão:

a) A elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento económico e social;

b) A solução dos problemas internacionais económico, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de carácter cultural e educacional;

c) O respeito universal e efectivo dos direitos do homem das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Artigo 56.º

Para a realização dos objectivos enumerados no artigo 55, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.

Artigo 57.º

1 - As várias organizações especializadas, criadas por acordos intergovernamentais e com amplas responsabilidades internacionais, definidas nos seus estatutos, nos campos económico, social, cultural, educacional, de saúde e conexos, serão vinculadas às Nações Unidas, em conformidade com as disposições do artigo 63.

2 - Tais organizações assim vinculadas às Nações Unidas serão designadas, daqui em diante, como organizações especializadas.

Artigo 58.º

A Organização fará recomendações para coordenação dos programas e actividades das organizações especializadas.

Artigo 59.º

A Organização, quando for o caso, iniciará negociações entre os Estados interessados para a criação de novas organizações especializadas que forem necessárias ao cumprimento dos objectivos enumerados no artigo 55.

Artigo 60.º

A Assembleia Geral e, sob a sua autoridade, o Conselho Económico e Social, que dispõe, para esse efeito, da competência que lhe é atribuída no CAPITULO X, são incumbidos de exercer as funções da Organização estipuladas no presente CAPITULO.

CAPÍTULO X

Conselho Económico e Social

Composição

Artigo 61.º

1 - O Conselho Económico e Social será composto por 54 membros das Nações Unidas eleitos pela Assembleia Geral.

2 - Com ressalva do disposto no n.º 3, serão eleitos cada ano, para um período de três anos, 18 membros do Conselho Económico e Social. Um membro cessante pode ser reeleito para o período imediato.

3 - Na primeira eleição a realizar-se depois de elevado o número de 27 para 54 membros, 27 membros adicionais serão eleitos, além dos membros eleitos para a substituição dos nove membros cujo mandato expira ao fim daquele ano. Desses 27 membros adicionais, nove serão eleitos para um mandato que expirará ao fim de um ano, e nove outros para um mandato que expirará ao fim de dois anos, de acordo com disposições adoptadas pela Assembleia Geral.

4 - Cada membro do Conselho Económico e Social terá um representante.

Função e poderes

Artigo 62.º

1 - O Conselho Económico e Social poderá fazer ou iniciar estudos e relatórios a respeito de assuntos internacionais de carácter económico social cultural educacional de saúde e conexos e poderá fazer recomendações a respeito de tais assuntos à Assembleia Geral aos membros das Nações Unidas e às organizações especializadas interessadas.

2 - Poderá fazer recomendações destinadas a assegurar o respeito efectivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos.

3 - Poderá preparar sobre assuntos da sua competência projectos de convenções a serem submetidos à Assembleia Geral.

4 - Poderá convocar de acordo com as regras estipuladas pelas Nações Unidas conferências internacionais sobre assuntos da sua competência.

Artigo 63.º

1 - O Conselho Económico e Social poderá estabelecer acordos com qualquer das organizações a que se refere o artigo 57 a fim de determinar as condições em que a organização interessada será vinculada às Nações Unidas. Tais acordos serão submetidos à aprovação da Assembleia Geral.

2 - Poderá coordenar as actividades das organizações especializadas por meio de consultas e recomendações às mesmas e de recomendações à Assembleia Geral e aos membros das Nações Unidas.

Artigo 64.º

1 - O Conselho Económico e Social poderá tomar as medidas adequadas a fim de obter relatórios regulares das organizações especializadas. Poderá entrar em entendimento com os membros das Nações Unidas e com as organizações especializadas a fim de obter relatórios sobre as medidas tomadas para cumprimento das suas próprias recomendações e das que forem feitas pela Assembleia Geral sobre assuntos da competência do Conselho.

2 - Poderá comunicar à Assembleia Geral as suas observações a respeito desses relatórios.

Artigo 65.º

O Conselho Económico e Social poderá fornecer informações ao Conselho de Segurança e à pedido deste, prestar-lhe assistência.

Artigo 66.º

1 - O Conselho Económico e Social desempenhará as funções que forem da sua competência em cumprimento das recomendações da Assembleia Geral.

2 - Poderá mediante aprovação da Assembleia Geral prestar os serviços que lhe forem solicitados pelos membros das Nações Unidas e pelas organizações especializadas.

3 - Desempenhara as demais funções especificadas em outras partes da presente Carta ou as que lhe forem atribuídas pela Assembleia Geral.

Votação

Artigo 67.º

1 - Cada membro do Conselho Económico e Social terá um voto.

2 - As decisões do Conselho Económico e Social serão tomadas por maioria dos membros presentes e volantes.

Procedimento

Artigo 68.º

O Conselho Económico e Social criará comissões para os assuntos económicos e sociais e para a protecção dos direitos do homem, assim como outras comissões necessárias ao desempenho das suas funções.

Artigo 69.º

O Conselho Económico convidará qualquer membro das Nações Unidas a tomar parte, sem voto, nas deliberações sobre qualquer assunto que interesse particularmente a esse membro.

Artigo 70.º

O Conselho Económico e Social poderá entrar em para que representantes das organizações especializadas tomem parte, sem voto, nas suas deliberações e nas das comissões por ele criadas e para que os seus próprios representantes tomem parte nas deliberações das organizações especializadas.

Artigo 71.º

O Conselho Económico e Social poderá entrar em entendimentos convenientes para a consulta com organizações não governamentais que se ocupem de assuntos no âmbito da sua própria competência. Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais e, quando for o caso, com organizações nacionais, depois de efectuadas consultas com o membro das Nações Unidas interessado no caso.

Artigo 72.º

1 - O Conselho Económico e Social adoptará o seu, próprio regulamento, que incluirá o método de escolha do seu presidente.

2 - O Conselho Económico e Social reunir-se-á quando necessário, de acordo com o seu regulamento, que deverá incluir disposições referentes à convocação de reuniões a pedido da maioria dos seus membros.

CAPÍTULO XI

Declaração relativa a territórios não autónomos

Artigo 73.º

Os membros das Nações Unidas que assumiram ou assumam responsabilidades pela administração de territórios cujos povos ainda não se governem completamente a si mesmos reconhecem o princípio do primado dos interesses dos habitantes desses territórios e aceitam, como missão sagrada, a obrigação de promover no mais alto grau, dentro do sistema, de paz e segurança internacionais estabelecido na presente Carta, o bem-estar dos habitantes desses territórios, e, para tal fim:

a) Assegurar, com o devido respeito pela cultura dos povos interessados, o seu progresso político, económico, social e educacional, o seu tratamento equitativo e a sua protecção contra qualquer abuso;

b) Promover seu governo próprio, ter na devida conta as aspirações políticas dos povos e auxiliá-los no desenvolvimento progressivo das suas instituições políticas livres, de acordo com as circunstâncias peculiares a cada território e seus habitantes, e os diferentes graus do seu adiantamento;

c) Consolidar a paz e a segurança internacionais;

d) Favorecer medidas construtivas de desenvolvimento, estimular pesquisas, cooperar entre si e, quando e onde for caso, com organizações internacionais especializadas, tendo cm vista a realização prática dos objectivos de ordem social, económica e científica enumerados neste artigo;

e) Transmitir ao Secretário-Geral, para fins de informação, sujeitas às reservas impostas por considerações de segurança e de ordem constitucional, informações estatísticas ou de outro carácter técnico relativas às condições económicas, sociais e educacionais dos territórios pelos quais são respectivamente responsáveis e que não estejam compreendidos entre aqueles a que se referem os capítulos XII e XIII.

Artigo 74.º

Os membros das Nações Unidas concordam também em que a sua política relativa aos territórios a que se aplica o presente CAPITULO deve ser baseada, do mesmo modo que a política seguida nos respectivos territórios metropolitanos, no princípio geral de boa vizinhança, tendo na devida conta os interesses e o bem-estar do resto, do mundo no que se refere às questões sociais, económicas e comerciais

CAPÍTULO XII

Regime internacional de tutela

Artigo 75.º

As Nações Unidas estabelecerão sob a sua autoridade um regime internacional de tutela para a administração e fiscalização dos territórios que possam ser colocados

sob esse regime cm consequência de futuros acordos individuais. Esses territórios serão, daqui em diante, designados como territórios sob tutela.

Artigo 76.º

As finalidades básicas do regime de tutela de acordo com os objectivos das Nações Unidas enumerados no artigo 1 da presente Carta serão:

a) Consolidar a paz e a segurança internacionais;

b) Fomentar o programa político, económico e social e educacional dos habitantes dos territórios sob tutela e o seu desenvolvimento progressivo para alcançar governo próprio ou independência como mais convenha às circunstâncias particulares de cada território e dos seus habitantes e aos desejos livremente expressos dos povos interessados e como for previsto nos termos de cada acordo de tutela;

e) Encorajar o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça sexo, língua ou religião, e favorecer o reconhecimento da interdependência de todos os povos;

d) Assegurar igualdade de tratamento nos domínios social, económico e comercial a todos os membros das Nações Unidas e seus nacionais e a estes últimos igual tratamento na administração da justiça sem prejuízo dos objectivos acima expostos e sob reserva das disposições do artigo 80.

Artigo 77.º

1 - O regime de tutela será aplicado aos territórios das categorias seguintes que venham a ser colocados sob esse regime por meio de acordos de tutela:

a) Territórios actualmente sob mandato;

b) Territórios que possam ser separados de Estados inimigos em consequência da 2.ªGuerra Mundial;

e) Territórios colocados sob esse regime por Estados responsáveis pela sua administração;

2 - Será objecto de acordo ulterior a determinação dos territórios das categorias acima mencionadas a serem colocados sob o regime de tutela e das condições em que o serão.

Artigo 78.º

1 - O regime de tutela não será aplicado a territórios que se tenham tornado membros das Nações Unidas cujas relações mútuas deverão basear-se no respeito pelo princípio da igualdade soberana.

Artigo 79.º

As condições de tutela em que cada território será colocado sob este regime bem como qualquer alteração ou emenda serão determinadas por acordo entre os Estados directamente interessados inclusive a potência mandatária no caso de território sob mandato de um membro das Nações Unidas e serão aprovadas em conformidade com as disposições dos artigos 83 e 85.

Artigo 80.º

1 - Salvo o que for estabelecido em acordos individuais de tutela feitos em conformidade com os artigos 77 79 e 81 pelos quais se coloque cada território sob este regime e até que tais acordos tenham sido concluídos nada neste capítulo será interpretado como alteração de qualquer espécie nos direitos de qualquer Estado ou povo ou nos termos dos actos internacionais vigentes em que os membros das Nações Unidas forem partes.

2 - O n.º 1 deste artigo não será interpretado como motivo para demora ou adiamento da negociação e conclusão de acordos destinados a colocar territórios sob o regime de tutela, conforme as disposições do artigo 77.

Artigo 81.º

O acordo de tutela deverá, em cada caso, incluir as condições sob as quais o território sob tutela será administrado e designar a autoridade que exercerá essa

administração. Tal autoridade, daqui cm diante designada como autoridade administrante, poderá ser um ou mais Estados ou a própria Organização.

Artigo 82.º

Poderão designar-se, em qualquer acordo de tutela, uma ou várias zonas estratégicas que compreendam parte ou a totalidade do território sob tutela a que o mesmo se aplique, sem prejuízo de qualquer acordo ou acordos especiais feitos em conformidade com o artigo 43.

Artigo 83.º

1 - Todas as funções atribuídas às Nações Unidas relativamente às zonas estratégicas, inclusive a aprovação das condições dos acordos de tutela, assim como da sua alteração ou emendas, serão exercidas pelo Conselho de Segurança.

2 - As finalidades básicas enumeradas do artigo 76 serão aplicáveis às populações de cada zona estratégica.

3 - O Conselho do Segurança, ressalvadas as disposições dos acordos de tutela, e sem prejuízo das exigências do segurança, poderá valer-se da assistência do Conselho de Tutela para desempenhar as funções que cabem às Nações Unidas pelo regime de tutela, relativamente a matérias políticas, económicas, sociais ou educacionais dentro das zonas estratégicas.

Artigo 84.º

A autoridade administrante terá o dever de assegurar que o território sob tutela preste a sua colaboração à manutenção da paz e da segurança internacionais. Para tal fim, a autoridade administrante poderá fazer uso de forças voluntárias, de facilidades e de ajuda do território sob tutela para o desempenho das obrigações por ela assumidas a este respeito perante o Conselho de Segurança, assim como para a defesa local e para a manutenção da lei e da ordem dentro do território.

Artigo 85.º

1 - As funções das Nações Unidas relativas a acordos de tutela para todas as zonas não designadas como estratégicas, inclusive a aprovação das condições dos acordos de tutela e da sua alteração ou emenda, serão exercidas pela Assembleia Geral.

2 - O Conselho de Tutela, que funcionará sob a autoridade da Assembleia Geral, auxiliará esta no desempenho dessas atribuições.

CAPÍTULO XIII

O Conselho de Tutela

Composição

Artigo 86.º

1 - O Conselho de Tutela será composto dos seguintes Membros das Nações Unidas:

a) Os membros que administrem territórios sob tutela;

b) Aqueles de entre os membros mencionados nominalmente no artigo 23 que não administrem sob tutela;

c) Quantos outros membros eleitos por um período de três anos, pela Assembleia Geral, sejam necessários para assegurar que o número total de membros do Conselho de Tutela fique igualmente dividido entre os membros das Nações Unidas que administrem territórios sob tutela e aqueles que não o fazem.

2 - Cada membro do Conselho do Tutela designará uma pessoa especialmente qualificada para representá-lo perante o Conselho.

Funções e Poderes

Artigo 87.º

A Assembleia Geral e, sob a sua autoridade, o Conselho do Tutela, no desempenho das suas funções, poderão:

a) Examinar os relatórios que lhes tenham sido submetidos pela autoridade administrante;

b) Receber petições e examiná-las, em consulta com a autoridade administrante;

c) Providenciar sobre visitas periódicas aos territórios sob tutela em datas fixadas de acordo com a autoridade administrante;

d) Tomar estas e outras medidas em conformidade com os termos dos acordos de tutela.

Artigo 88.º

O Conselho de Tutela formulará um questionário sobre o desenvolvimento político, económico, social e educacional dos habitantes de cada território sob tutela e a autoridade administrante de cada um desses territórios, submetidos à competência da Assembleia Geral, fará um relatório anual Assembleia, baseado no referido questionário.

Votação

Artigo 89.º

1 - Cada membro do Conselho do Tutela terá um voto.

2 - As decisões do Conselho do Tutela serão tomadas por maioria dos membros presentes e votantes.

Procedimento

Artigo 90.º

1 - O Conselho de Tutela adoptará o seu próprio regulamento que incluirá o método escolha do seu presidente.

2 - Conselho de Tutela reunir-se-à quando for necessário de acordo com o seu regulamento que incluirá uma disposição referente à convocação de reuniões a pedido da maioria dos seus membros.

Artigo 91.º

O Conselho de Tutela valer-se-á quando for necessário, da colaboração do Conselho Económico e Social e das organizações especializadas, a respeito das matérias no âmbito das respectivas competências.

CAPÍTULO XIV

O Tribunal (*) Internacional de Justiça

Artigo 92.º

O Tribunal (*) Internacional de Justiça será o principal órgão judicial das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo que é baseado no Estatuto do Tribunal (*) Permanente de Justiça Internacional e forma parte integrante da presente Carta.

Artigo 93.º

1 - Todos os membros das Nações Unidas são *ipso facto* partes no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

2 - Um Estado que não for membro das Nações Unidas poderá tornar-se parte no Estatuto do Tribunal (*) Internacional de Justiça em condições que serão determinadas em cada caso pela Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança.

Artigo 94.º

1 - Cada membro das Nações Unidas compromete-se a conformar-se com a decisão do Tribunal (*) Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte.

2 - Se uma das partes em determinado caso deixar de cumprir as obrigações que lhe incumbem em virtude de sentença pelo Tribunal a outra terá direito de recorrer ao Conselho de Segurança que poderá se o julgar necessário fazer recomendações ou decidir sobre medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença.

Artigo 95.º

Nada na presente Carta impedirá os membros das Nações Unidas de confiarem a solução dos seus diferendos a outros tribunais, em virtude de acordos já vigentes ou que possam ser concluídos no futuro.

Artigo 96.º

1 - A Assembleia Geral ou Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo ao Tribunal Internacional de Justiça sobre qualquer questão jurídica.

2 - Outros órgãos das Nações Unidas e organizações especializadas que forem em qualquer momento devidamente autorizadas pela Assembleia Geral, poderão lambem solicitar pareceres consultivos ao Tribunal sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera das suas atividades.

CAPÍTULO XV

O Secretariado

Artigo 97.º

O Secretariado será composto por um Secretário-Geral e pelo pessoal exigido pela Organização. O Secretário-Geral será nomeado pela Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança. Será o principal funcionário administrativo da Organização.

Artigo 98.º

O Secretário-Geral actuará nesta qualidade em todas as reuniões da Assembleia Geral, do Conselho de Segurança, do Conselho Económico e Social e do Conselho de Tutela e desempenhará outras funções que lhe forem atribuídas por estes órgãos. O Secretário-Geral fará um relatório anual à Assembleia Geral sobre os trabalhos da Organização.

Artigo 99.º

O Secretário-Geral poderá chamar a atenção do Conselho de Segurança para qualquer assunto que em sua opinião possa ameaçar a manutenção da paz e da segurança internacionais.

Artigo 100.º

No cumprimento dos seus deveres, o Secretário-Geral e o pessoal do Secretariado não solicitarão nem receberão instruções de qualquer Governo ou de qualquer autoridade estranha à Organização. Abster-se-ão de qualquer acção que seja incompatível com a sua posição de funcionários internacionais responsáveis somente perante a Organização.

2 - Cada membro das Nações Unidas compromete-se a respeitar o carácter exclusivamente internacional das atribuições do Secretário-Geral e do pessoal do Secretariado e não procurará exercer qualquer influência sobre eles no desempenho das suas funções.

Artigo 101.º

1 - O pessoal do Secretariado será nomeado pelo Secretário-Geral, de acordo com regras estabelecidas pela Assembleia Geral.

2 - Será também nomeado, com carácter permanente, o pessoal adequado para o Conselho Económico e Social, para o Conselho de Tutela e, quando for necessário, para outros órgãos das Nações Unidas. Esses funcionários farão parte do Secretariado.

3 - A consideração principal quem prevalecerá no recrutamento do pessoal e na determinação das condições de serviço será a da necessidade de assegurar o mais

alto grau de eficiência, competência e integridade. Deverá ser levada na devida conta a importância de ser o recrutamento do pessoal feito dentro do mais amplo critério geográfico possível.

CAPÍTULO XVI

Disposições Diversas

Artigo 102.º

1 - Todos os tratados e todos os acordos internacionais concluídos por qualquer membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registados e publicados pelo Secretariado.

2 - Nenhuma parte em qualquer tratado ou acordo internacional que não lenha sido registado em conformidade com as disposições do n.º 1 deste artigo poderá invocar tal tratado ou acordo perante qualquer órgão das Nações Unidas.

Artigo 103.º

No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.

Artigo 104.º

A Organização gozará, no território de cada um dos seus membros, da capacidade jurídica necessária ao exercício das suas funções e à realização dos seus objectivos.

Artigo 105.º

1 - A Organização gozará, no território de cada um dos seus membros, dos privilégios e imunidade necessários à realização dos seus objectivos.

2 - Os representantes dos membros das Nações Unidas e os funcionários da Organização gozarão, igualmente, dos privilégios e imunidades necessário ao exercício independente das suas funções relacionadas com a Organização.

3 - A Assembleia Geral poderá fazer recomendações com o fim de determinar os pormenores da aplicação dos n.º 1 e 2 deste artigo ou poderá propor aos membros das Nações Unidas convenções neste sentido.

CAPÍTULO XVII

Disposições transitórias sobre segurança

Artigo 106.º

Antes da entrada em vigor dos acordos especiais a que se refere o artigo 43, que, a juízo do Conselho de Segurança, o habilitem ao exercício das suas funções previstas no artigo 42, as partes na Declaração das Quatro Nações, assinada em Moscovo a 30 de Outubro de 1943, e a França, deverão, de acordo com as disposições do parágrafo 5 daquela Declaração, concertar-se entre si e, sempre que a ocasião o exija, com outros membros das Nações Unidas, a fim de ser levada a efeito, em nome da Organização, qualquer acção conjunta que se torne necessária à manutenção da paz. e da segurança internacionais.

Artigo 107.º

Nada na presente Carta invalidará ou impedirá qualquer acção que, em relação a um Estado inimigo de qualquer dos signatários da presente Carta durante a 2.ª Guerra Mundial, for levada a efeito ou autorizada em consequência da dita guerra pelos governos responsáveis por tal acção.

CAPÍTULO XVIII

Emendas

Artigo 108.º

As emendas à presente Carta entrarão em vigor, para todos os membros das Nações Unidas, quando forem adoptadas pelos votos de dois terços dos membros da Assembleia Geral e ratificadas, de acordo com os seus respectivos métodos constitucionais, por dois terços dos membros das Nações Unidas, inclusive todos os membros permanentes do Conselho de Segurança.

Artigo 109.º

1 - Uma Conferência Geral dos membros das Nações Unidas, destinada a rever a presente Carta, poderá reunir-se em data e lugar a serem fixados pelo voto de dois terços dos membros da Assembleia Geral e de nove de quaisquer membros do Conselho de Segurança. Cada membro das Nações Unidas lerá um voto nessa Conferência.

2 - Qualquer modificação à presente Carta que for recomendada por dois terços dos votos da Conferência terá efeito depois de ratificada, de acordo com as respectivas regras constitucionais, por dois terços dos membros das Nações Unidas, inclusive todos os membros permanentes do Conselho de Segurança.

3 - Se essa Conferência não se realizar antes da 10.ª sessão anual da Assembleia Geral que se seguir à entrada em vigor da presente Carta, a proposta da sua convocação deverá figurar na agenda da referida sessão da Assembleia Geral e Conferência será realizada, se assim for decidido por maioria de votos dos membros da Assembleia Geral e pelo voto de sete membros quaisquer do Conselho de Segurança.

CAPÍTULO XIX

Ratificação e assinatura

Artigo 110.º

1 - A presente Carta deverá ser ratificada pelos Estados signatários, de acordo com as respectivas regras constitucionais.

2 - As ratificações serão depositadas junto do Governo dos Estados Unidos da América, que notificará de cada depósito todos os Estados signatários, assim como o Secretário-Geral da Organização depois da sua nomeação.

3 - A presente Carta entrará em vigor depois do depósito de ratificações pela República da China, França, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e Estados Unidos da América e pela maioria dos outros Estados signatários. O Governo dos Estados Unidos da América organizará, cm seguida, um protocolo das ratificações depositadas, o qual será comunicado, por meio de cópias, aos Estados signatários.

4 - Os Estados signatários da presente Carta que a ratificaram depois da sua entrada em vigor tornar-se-ão membros originários das Nações Unidas na data do depósito das suas ratificações respectivas.

Artigo 111.º

A presente Carta, cujos textos em chinês, francês, russo, inglês e espanhol fazem igualmente fé, ficará depositada nos arquivos do Governo dos Estados Unidos da América. Cópias da mesma, devidamente autenticadas, serão transmitidas por este último Governo aos Governos dos outros Estados signatários.

Em fé do que os representantes dos Governos das Nações Unidas assinaram a presente Carta.

Feita na cidade de São Francisco, aos 26 dias do mês de Junho de 1945