ADHEMAR DELLA TORRE NETTO

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A ORDEM DE *SURRENDER*: RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA DO ESTADO E IMPLICAÇÕES QUANTO AO DIREITO HUMANITÁRIO

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
2010

ADHEMAR DELLA TORRE NETTO

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A ORDEM DE *SURRENDER*: RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA DO ESTADO E IMPLICAÇÕES QUANTO AO DIREITO HUMANITÁRIO

Dissertação apresentada para o curso de Mestrado em Direito, da Universidade Metodista de Piracicaba, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do professor Dr. Rui Décio Martins.

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
2010

“Um homem viaja em um balão. Há mau tempo. Ele fica perdido. O tempo clareia e ele vê uma pessoa e uma praça e pergunta:
– Onde estou?
– Em um balão.
– O senhor é internacionalista?
– Como adivinhou?
– É que a sua resposta foi precisa e correta, mas totalmente inútil!
Esta é a sina ou o karma de todos os internacionalistas.” (Celso D. Albuquerque Mello, março de 2001).

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A ORDEM DE *SURRENDER*: RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA DO ESTADO E IMPLICAÇÃO QUANTO AO DIREITO HUMANITÁRIO

Autor: Adhemar Della Torre Netto

Orientador: Rui Décio Martins

Comissão Julgadora: Prof. Dr. Rui Décio Martins
Prof. Dr. Jorge Luís Mialhe
Prof. Dr. Sérgio Salomão Shecaira

Este exemplar corresponde à redação final da Dissertação de Mestrado defendida por Adhemar Della Torre Netto e aprovada pela Comissão Julgadora.

Data: 16/12/2010

Assinatura: _____

A Banca, após examinar o candidato, considerou-o _____, com o conceito _____.

Piracicaba, São Paulo, 16 de dezembro de 2010.

2010

Dedico a presente obra a Adhemar e Sueli, pais e exemplos, pelo apoio incondicional, carinho e – sobretudo – o grande esforço que aplicaram em minha formação, durante toda esta dura empreitada. Ao meu irmão, José Henrique, pela amizade e paciência durante todos esses anos de convivência.

Agradeço, em primeiro lugar, ao Professor Doutor Rui Décio Martins, pela amizade humildemente oferecida, por todas as sábias orientações e por compartilhar comigo, ao longo desses anos, seu imenso conhecimento e cultura.

Agradeço à advogada Tabiane Ferreira de Sousa Andrade, pelo apoio e motivação em relação ao presente estudo. Este trabalho não existiria sem seus valorosos préstimos.

Aos meus colegas e amigos pelo apoio e compreensão durante a clausura essencial à elaboração desta dissertação, e também aos meus familiares, em especial ao meu tio, Luis Arlindo Feriani, meus primos Eleonora e Luis, além ao colega Luis Henrique.

Agradeço, por fim, aos professores Jorge Luís Mialhe, Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez, Sérgio Resende de Barros, Rosa Gitana Krob Meneghetti e Paulo Affonso Leme Machado, insignes mestres da casa, os quais contribuíram profundamente para a formação de minha atual visão sobre a ciência do Direito.

RESUMO

Os direitos humanos – dentre eles, os humanitários – se apresentam como os mais fundamentais direitos atinentes ao homem. Portanto, dada a sua indiscutível importância, ensejam proteção especial por parte do Estado e, principalmente, da comunidade internacional, de forma que sejam garantidos e efetivados, atingindo a todos os indivíduos. O reconhecimento e a proteção a esses indisponíveis direitos se deram ao longo da história, sendo marcante sua presença nos instrumentos jurídicos reguladores das relações sociais das comunidades antigas. Porém, por sua proteção e reconhecimento ser fruto da evolução da sociedade, é necessária a luta constante para que sejam estes direitos fundamentais do homem respeitados. Nessa esteira, eventos históricos de magnitude global – como as revoluções federalista, nos EUA, e liberal burguesa, na França – estão entre os mais importantes da história do homem, se apresentando como paradigmas no que concerne à proteção aos direitos humanos. Contemporaneamente, a sociedade internacional viu surgir, no século XX, grandes guerras mundiais que menosprezaram os mais comezinhos princípios de proteção à vida e à dignidade humanas. Assim, fortes movimentos para a universalização dos direitos humanos e sua efetividade roubaram a cena a partir da segunda metade do século XX. Entre eles, a criação de um Tribunal Internacional Penal guardião dos direitos humanos merece destaque, sendo que o tratado que lhe conferiu personalidade jurídica foi combatido pela doutrina pátria que, prematuramente, apontou sua incompatibilidade em relação à ordem constitucional brasileira. Contudo, não se pode deixar de reconhecer sua constitucionalidade, mormente perante o Estado Democrático brasileiro, pautado no respeito aos direitos humanos. Assim, a entrega de pessoas ao Tribunal, para ali serem processadas e julgadas, cerne do presente trabalho acadêmico, nada mais é do que manifestação da soberania do Estado que, de forma evoluída, manifestou o desejo da criação de uma jurisdição internacional – e não supranacional. A conclusão lógica é única: o Tribunal Penal Internacional de Haia é órgão do Poder Judiciário brasileiro, da mesma forma que o é em relação a todos os Estados Partes signatários do Estatuto de Roma.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS HUMANITÁRIOS – PROTEÇÃO – EFETIVAÇÃO – TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL – ENTREGA – CONSTITUCIONALIDADE.

ABSTRACT

Human rights – as gender of humanitarian rights – are presented as the most fundamental rights relating to the man kind. Therefore, given its unquestionable importance, require special protection by the State and the international community, so that they are secured and made effective, reaching all individuals. The recognition and protection of these rights was made throughout history, as seen by the analysis of the earliest documents written by members of the ancient civilizations to deal whit that society. However, their protection and recognition are the result of changes in society that the ancient bills are not enough: we need a constant struggle for these fundamental human rights being respected. In this process, historical events of global magnitude – as the Federalist Revolution, in the U.S., and the French Revolution – are among the most important in history of the man, introducing himself as paradigms regarding the protection of human rights. Finally, contemporary society has seen in the twentieth century world wars that despised the most homely principles of protection of life and dignity. Thus, strong movement for universal human rights and its effectiveness grew strong in the second half of the twentieth century. Among them, the implement of the International Criminal Court to kept the human rights protected is very important. Nevertheless, The Rome Statute was criticized by the Brazilian law writers which, very sooner, seeks an constitutional incompatibility in its *Magna Charta*. By the way, the compatibility of the ICC with the Brazilian Constitution is evident. The obedience to the surrender order is a manifestation of the State's sobering which had assent the international treaty. The most important thing to know is that the ICC has an international – not supranational – jurisdiction. The conclusion about that subject points only one direction: the Hague ICC is an internal organism of the Brazilian Juridical State Republic Power – and so it is of all the States that signet the Rome Statute.

KEYWORDS: HUMANITARIAN RIGHTS – PROTECTION – EFFECTIVE – INTERNATIONAL CRIMINAL COURT – SURRENDER – CONSTITUTIONALITY.

RESUMEN

Los derechos humanos – inclusos los humanitários – son presentados como los derechos más fundamentales relacionados con el hombre. Por lo tanto, dada su indudable importancia, permiten la protección especial del Estado y, especialmente, la comunidad internacional, de manera que sean garantizados y pagados, llegando a todos los individuos. El reconocimiento y la protección a estos derechos se dieron a través de la historia no está disponible, lo que demuestra su presencia en los instrumentos jurídicos que regulan las relaciones sociales de las comunidades antiguas. Sin embargo, para su protección y reconocimiento a ser el resultado de cambios en la sociedad, los textos antiguos no es suficiente: necesitamos una lucha constante para aquellos que son los derechos fundamentales del respeto humano. En esta pista, los acontecimientos históricos de la magnitud a escala mundial – como las revoluciones del federalismo, en los EE.UU., y el liberal burguesa en Francia – se encuentran entre los más importantes de la historia del hombre, presentándose como paradigmas en materia de protección de los derechos humanos. Contemporáneamente, la sociedad internacional fue testigo de la aparición en el siglo XX de guerras mundiales que despreciaba a los principios más básicos de la protección de la vida y la dignidad. Así, el movimiento fuerte de los derechos humanos universales y su eficacia se robó el centro de atención de la segunda mitad del siglo XX. Entre ellos, la creación de una Corte Penal Internacional de los derechos humanos debe ser resaltado, y el tratado que le confiere personalidad jurídica ha sofrido la oposición de la doctrina brasileña, que no mostró su inconsistencia con respecto al orden constitucional en Brasil. Sin embargo, no se puede dejar de reconocer su constitucionalidad, sobre todo en el Estado Democrático de Brasil, basado en el respeto constitucional de los derechos humanos. Por lo tanto, la entrega de personas a la Corte, para ser procesados y juzgados, no es más que expresiones de la soberanía estatal que, de forma evolucionada, expresó su esperanza de establecer un tribunal internacional – y no supranacionale. La única conclusión lógica es: la Corte Penal Internacional en La Haya es un órgano del Poder Judicial brasileño, como lo es en relación a todos los Estados signatarios del Estatuto de Roma.

PALABRAS CLAVE: DERECHOS HUMANITÁRIOS – PROTECCIÓN - EFECTIVO - CORTE PENAL INTERNACIONAL – ENTREGA – CONSTITUCIONALIDAD.

SUMÁRIO

Introdução 13

Capítulo I

1. Breve histórico e evolução dos direitos humanos 18
1.1. Germens dos direitos humanos no Código de Hammurabi 21
1.2. Contribuição da Lei das XII Tábuas para a codificação do Direito 23
1.3. Período pré-direitos humanos: instrumentos de proteção aos direitos humanos na Idade Média e no Pós-Renascimento 24
1.3.1. *Magna Charta Libertatum* 25
1.3.2. Presença de germens dos direitos humanos na *Petition of Rights,* no *Habeas Corpus Act,* no *Bill of Rights* e no *Act of Settlement* 27
1.4. O Federalismo 29
1.5. A Revolução Francesa 39
1.5.1. A revolta da aristocracia 41
1.5.2. A revolução da burguesia 45
1.6. Comparação entre as Declarações de Direitos e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 50
1.7. Constitucionalismo liberal dos séculos XIX e XX 50
1.8. A universalização dos direitos humanos 54
1.8.1. A Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos 55
1.9. Teoria das gerações de direitos humanos 56

Capítulo II

2. A defesa dos direitos humanos no plano internacional 62
2.1. Tribunais *ad hoc* no pós-Primeira Grande Guerra 65
2.2. Tribunais militares de Nuremberg e Tóquio 69
2.2.1. A questão da legitimidade dos tribunais militares *ad hoc* 73
2.3. Tribunais penais contemporâneos 76
2.3.1. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia 76

2.3.2. Tribunal Penal Internacional para Ruanda 81

Capítulo III

3. Tribunal Penal Internacional 86
3.1. Atos preparatórios à Conferência dos Plenipotenciários e constitucionalidade do Tribunal Penal Internacional à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 92
3.2. Conferência Diplomática de Plenipotenciários 100
3.3. O Estatuto de Roma 105
3.3.1. Princípios de Direito Penal aplicáveis 107
3.3.1.1. Princípio da responsabilidade penal internacional individual 110
3.3.1.2. Princípio da complementaridade e jurisdição universal 113
3.3.1.3. Princípio da Legalidade e da não aplicação da lei por analogia 115
3.3.1.4. Princípio do *ne bis in idem* 117
3.3.1.5. Princípio da irretroatividade e imprescritibilidade 120
3.3.1.6. Princípio da irrelevância da função oficial: responsabilidade de comandantes e superiores hierárquicos 122
3.3.2. Hipóteses de exclusão da responsabilidade criminal 123
3.3.2.1. Enfermidade ou deficiência mental 125
3.3.2.2. Intoxicação e *actio libera in causa* 126
3.3.2.3. Estado de defesa 127
3.4. Competência do Tribunal Internacional Penal 128
3.4.1. Crime de Genocídio 132
3.4.2. Crimes contra a humanidade 136
3.4.3. Crimes de guerra 139
3.4.4. Crime de agressão 142

Capítulo IV

4. Submissão de nacional à jurisdição do Tribunal Penal Internacional 147
4.1. Extradição e *surrender* 148
4.1.1. Extradição: Breve histórico e regime jurídico 148
4.1.2. Ordem de *surrender* 155

4.2. Antagonismos presentes entre os institutos *extradição* e *surrender* 158
4.3. A constitucionalidade da ordem de *surrender* 161
4.3.1. Caráter coercitivo do instituto da entrega 162
4.3.2. A compatibilidade da entrega face ao ordenamento jurídico brasileiro 165

Considerações finais 172

Referências Bibliográficas 178

Anexo único 189

Introdução

A humanidade apresenta, como um dos principais marcos de seu desenvolvimento, a organização em sociedade – que remonta ao comunismo primitivo dos povos pré-históricos. A partir deste momento, o ser humano passou a demonstrar preocupação com a segurança de sua comunidade.

No decorrer das eras, a consequente evolução humana passou a sofrer com fenômenos decorrentes da vida em sociedade. Dentre eles, merece destaque o surgimento da marginalização e seu reflexo: a criminalidade.

Por um lado, a população humana sempre enfrentou ascensão no que tange ao número de indivíduos, de forma que o homem, enquanto ser racional, cada vez mais passou a utilizar os recursos naturais, procurando sua otimização através das descobertas tecnológicas.

Como resultado, a humanidade enfrenta, às portas do novo milênio, a escassez e degradação dos recursos naturais não renováveis, visto que são cada vez mais utilizados. Somado a isso, o cenário global demonstra sua concentração nas mãos de poucos grupos econômicos, indivíduos e Estados que detêm o poder. O resultado desta desigual equação não poderia ser outro: o surgimento, no decorrer da história, da criminalidade, oriunda das massas descontentes com as parcas condições de vida gozada pela opulência dos grupos capitalistas detentores dos meios de produção.

Tal fenômeno se constata através das eras, especialmente quando observado o avanço sociocultural e tecnológico das antigas comunidades, organizando-se de acordo com suas etnias para a formação do que hoje conhecemos como Estados.

No entanto, o resultado da equação acima se manteve constante: os poucos grupos detentores do poder acumulando riquezas e o pouco que sobra apresenta como destino os mais necessitados, compreendidos no contexto do mundo globalizado. E, como não se pode deixar de observar, tal fenômeno é fator – não o único, porém – que contribui para o crescimento da criminalidade, que se aproveita da marginalização para ganhar força.

Contudo, a complexa organização social também se constata nos movimentos criminosos que, por sua vez, extrapolam as fronteiras territoriais dos Estados e demandam, portanto, esforços conjuntos para sua contenção.

Como forma de regulamentação e repressão dos fenômenos delitivos supranacionais, a comunidade internacional organizada se viu diante da necessidade de criação de institutos cujo escopo é coibir os avanços das mais diversas atividades criminosas. Porém, há uma categoria de delitos que extravasam as normas ordinárias de proteção aos bens jurídicos tutelados, posto que sua prática coloca em cheque a proteção da integridade do próprio ser humano.

Tais condutas, tipificadas como crimes contra a humanidade, possuem fundamento na proteção aos chamados direitos humanos. Sua proteção remonta aos primeiros textos normativos criados pelo homem, de forma que perdura no tempo e demanda a intervenção da comunidade internacional para sua efetivação.

Com o atual estado da evolução tecnológica, deparamo-nos com um mundo sem barreiras, globalizado, onde a proteção aos direitos das pessoas deve ser pensada em um âmbito igualmente internacional. Portanto, como forma de adequação do princípio constitucional da soberania estatal – absoluto até o século XIX – ao novo Direito Constitucional Internacional, surge um pensar filosófico e de cunho protecionista sobre a humanidade, eis que consiste em um fim em si mesma.

Ante a relatada realidade, surge a natural necessidade de evolução dos organismos combatentes dos crimes que lesionam a humanidade. Para a consecução de tais anseios, a comunidade internacional se movimenta para a criação de instituições cuja jurisdição abranja todo o globo e cujo escopo seja a repressão aos ataques contrários à paz e segurança mundial.

Buscando a compreensão do cenário evolutivo humano que levou à necessidade de estabelecimento de tais instituições, é objetivo deste trabalho a compreensão, por intermédio de pensamento crítico no que tange aos mecanismos de combate a essa importante espécie de criminalidade, do mais recente organismo internacional de jurisdição penal, além de justificar o legítimo comportamento constitucional do Estado brasileiro quanto à legitimidade do Tribunal Internacional Penal.

Para tanto, busca esta dissertação a demonstração da necessidade de proteção aos direitos humanos, ocupando-se de sua evolução histórica, focando-se no movimento de internacionalização desta proteção, eis que resultou na criação do Tribunal Penal Internacional.

Contudo, não se pode olvidar a existência de tribunais *ad hoc* – e não de exceção[1] –, criados principalmente após a Segunda Guerra Mundial (tribunais de Nuremberg e Tóquio), a fim de sancionar as pessoas responsáveis pelos delitos cometidos durante o conflito bélico e que chocaram o mundo.

Mais recentemente, durante a década de 1990, novas violações aos direitos humanos cometidas no território da antiga Iugoslávia e em Ruanda assombraram a humanidade e ensejaram a movimentação da comunidade internacional, através da Organização das Nações Unidas, a fim de reprimir os

[1] Tribunal de exceção, conforme festejada denominação jurídica, refere-se ao "órgão judicial que é instituído à margem da ordem jurídica e do Estado de Direito, para julgar causas específicas, geralmente de natureza política", o que denota organismos autoritários típicos de regimes totalitários. Ao contrário, os tribunais *ad hoc* são criados à luz do direito vigente, contudo, com o propósito de processo e/ou julgamento de fatos específicos, mesmo quando cometidos anteriormente à sua instituição, de acordo com a competência delimitada em seu instrumento de criação. Sobre o assunto, *v*. SIDOU, J. M. Othon (Org.). **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 871.

perpetrados atos criminosos. O resultado foi a instalação de novos tribunais *ad hoc* – sendo uma corte independente para cada um dos territórios envolvidos.

Tais fatores levaram os Estados a repensar a necessidade de criação de um órgão internacional, com jurisdição permanente e com o objetivo de processar e julgar os criminosos praticantes de atos graves e que acarretem lesão aos direitos humanos universalmente consagrados, criado, de forma efetiva, entre e final do século XX e início do século XXI.

Nesse diapasão, é necessário o estudo focado na constitucionalidade do referido organismo internacional. Para tanto, traçar-se-á paralelo entre os instrumentos de proteção da Lei 6815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), e os novéis mecanismos constantes no Estatuto de Roma, de 1998 – tratado que criou o já citado Tribunal Internacional.

Será, também, discutida a constitucionalidade da ordem de entrega contemplada do Estatuto de Roma – denominada *surrender* –, principalmente face ao instituto da extradição constante do Estatuto do Estrangeiro e no ordenamento constitucional brasileiro, uma vez que diversos são seus requisitos.

Dessa forma, enfrentará este trabalho o cerne das discussões acadêmicas acerca da absoluta impossibilidade de extradição de brasileiros natos e naturalizados – salvo, quanto aos últimos, se o crime por eles fora cometido anteriormente a naturalização ou, se crime de tráfico de drogas, a qualquer tempo (antes ou após a concessão da naturalidade brasileira) – para, baseando-se na proteção absoluta dos direitos humanos, justificar a constitucionalidade da ordem de *surrender* – que não se submete a tais vedações.

Para tanto, será necessário o estudo direcionado do Tribunal Penal Internacional e seu funcionamento, além de seu instrumento de criação – o Estatuto de Roma –, de forma a se inferir ser sua criação devida ao processo de positivação e proteção internacional dos direitos humanos e ao processo de codificação do Direito Internacional face à internacionalização das regras de convivência entre as nações, de maneira a concluir-se que o Tribunal Penal Internacional coaduna com a

almejada paz social e defesa dos direitos humanos, visto a crescente conscientização global acerca do tema.

Não se olvide tratar o Tribunal Penal Internacional de matérias afetas aos direitos humanos – em perfeita consonância ao disposto no artigo 5º, § 4º, da Constituição Federal –, contudo, sua área específica de atuação o enquadra na categoria de tribunal de direito humanitário ante sua vocação aos delitos praticados em estado de guerra – que configuram direitos humanos *strictu sensu.*

Finalmente, consigna-se que a redação deste trabalho é fruto de pesquisa bibliográfica, fundada em doutrinas, revistas jurídicas e artigos científicos nacionais e internacionais sobre o tema, cujas reflexões são recentes ante sua contemporaneidade e, por derradeiro, a compilação das informações colhidas, sem afastar-se da ótica crítica que fundamentou os pensamentos aqui descritos.

1. Breve histórico e evolução dos direitos humanos

Os direitos humanos, aqui englobados os direitos do homem e os direitos fundamentais[2], estão presentes em toda e qualquer sociedade democrática – em maior ou menor número –, se caracterizando como um dos pilares do Estado de Direito. Por disporem de elevada importância, carecem de proteção do Estado, a fim de que as liberdades individuais possam ser exercidas com a garantia da não intervenção estatal. Dessa forma, protege-se o seu conteúdo, visando conferi-lhos efetividade jurídica. Porém, para que haja a tão almejada efetividade plena dos direitos humanos, é necessária uma constante evolução social, de forma que cada Estado aja no sentido de concretizar, em seu território, sua aplicação e respeito.

Classicamente, os doutrinadores costumam seguir a divisão metodológica de Karel Vašák, que acusa a existência de três gerações de direitos humanos[3]. Seu embasamento repousa na constatação de que todos os direitos humanos – apesar de residir seu fundamento no jusnaturalismo – encontram proteção e eficácia através do produto de uma evolução histórico-social.

---

[2] Com base na teoria positivista professada por Alexandre de Moraes, que se fundamenta na supremacia da ordem normativa – posto que legítima manifestação da soberania popular – os direitos fundamentais compreendem exclusivamente aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico positivado. *V*. MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 34.

[3] *Cf*. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 146, e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 06.

Sergio Resende de Barros, dissertando sobre o assunto, aponta que o nascimento e consolidação destes importantes direitos se dão ao longo e como fruto da natural evolução social e da civilização humana. Nessa esteira, na medida em que se consolidam, contribuem para a construção da sociedade política civilizada, à qual vão atribuindo feições individualizadoras. Resultam, portanto, da própria evolução da sociedade humana e exprimem o progresso moral e jurídico no aprimoramento constante e contínuo das regras de conduta, no interior e no exterior das nações contemporâneas.[4]

BOBBIO (1992:25), por sua vez, critica a existência de diversas classificações doutrinárias acerca do tema, entendendo ser fácil a teorização e a justificação dos direitos humanos, residindo a dificuldade em sua garantia e proteção efetivas.

Porém, a evolução doutrinária restaria infundada se não retratasse os milhares de anos que impuseram ao homem a percepção da necessidade da defesa dos direitos humanos.

Quando se busca a localização histórica da origem da proteção aos direitos humanos, alguns documentos antigos se destacam. Porém, dada a dinamicidade das relações jurídicas e seu constante desenvolvimento, defendemos a tese de que os direitos humanos são inatos, encontrando fundamento na teoria jusnaturalista.

Não obstante, o seu reconhecimento e proteção são frutos da evolução histórica da sociedade. E deste reconhecimento e proteção se ocupam os documentos históricos que versam sobre direitos humanos.

Assevera SILVA (2003:149):

> O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas

[4] BARROS, Sergio Resende de. **Três gerações de direitos humanos**. Disponível em <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=33>. Acesso em 14 mar. 2010.

> possibilidades, já que cada passo na evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários.

Não se pode olvidar que com o desenvolvimento do sistema de apropriação da propriedade privada, no momento em que a evolução social superou o comunismo primitivo – peculiar das aldeias – e galgou a privatização das terras, também surgiu uma forma de opressão e de subordinação dos semelhantes, visto que o titular da propriedade impõe seu domínio e subordina aqueles que se relacionarem ou, de alguma forma, dela dependerem.[5]

ROUSSEAU (1989) também atenta para tal fato. Apesar de seus estudos acerca do tema encontrarem-se no contexto do estado de natureza – onde está o homem em perfeito equilíbrio entre o que busca e o que efetivamente possui, apresentando a natureza interna humana exata correspondência à natureza externa –, e que permeou sua obra em meados do século XVIII, alerta que o surgimento da propriedade divide os homens entre ricos e pobres, criando uma relação de domínio e subordinação entre aqueles que detêm a terra e os demais que dela necessitam para sobreviver[6].

Os instrumentos normativos que, historicamente, se ocuparam da defesa dos direitos humanos, buscavam a igualdade de tratamento entre os homens, além da limitação do exercício do poder pelo soberano. Abaixo, passa-se à análise dos mais importantes documentos sobre direitos humanos fundamentais.

Antes, porém, observa-se a concepção de Michel Villey, que leciona a existência dos direitos humanos somente após a época moderna, negando categoricamente o seu reconhecimento na antiguidade[7].

---

[5] *Cf.* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 149.

[6] *V.* ROUSSEAU, Jean-Jacques**. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Ática, 1989.

[7] Frisa-se que a posição defendida por Michel Villey encontra fundamento no fato de que a própria idéia de direito subjetivo – inegável integrante do conceito de direitos humanos – não existia na antiguidade, somente se fazendo presente nos ordenamentos jurídicos modernos. Nesse sentido:

Apesar da consistência de seu posicionamento, são muitos os que elencam germens daquilo que atualmente se conhece como direitos humanos em importantes documentos antigos. Em atenção às divergentes posições, traremos breves notas acerca dos textos elaborados na antiguidade e concentraremos o estudo dos direitos humanos após a idade moderna.

1.1. Germens dos direitos humanos no Código de Hammurabi

As primeiras codificações de texto legal que se têm notícia na história da humanidade datam de cerca de 2050 a.C. PEREIRA (1978:293) observa que

> É velhíssima a tendência à codificação. Da antiguidade remota, vem o famoso Código de Hammurabi, que liga sua existência à do povo babilônico, retratando tanto ou mais do que os monumentos arquitetônicos o teor de sua civilização.

O Código de Hammurabi, por refletir a realidade sociocultural de uma sociedade antiga, possuía cunho normativo genérico, abrangendo normas jurídicas, sociais e religiosas.

Vários povos habitaram a antiga região mesopotâmica, dos quais, a princípio, se destacaram os sumérios, depois os acádios – que originaram os caldeus. Entre os sumérios, alguns principados merecem destaque: Ur, Nipur e Lagash. A cidade de Babilônia, por sua vez, formada por contingentes étnicos sumérios e acádios, tornou-se, à época, o centro cultural da Caldéia, chegando a atingir – pouco antes de Hammurabi, conforme destaca SALDANHA (1978:412) – um adiantamento material que nenhum outro povo da Ásia Menor provavelmente igualou. Porém, com a chegada dos assírios, a cidade entrou em declínio.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Os registros históricos apontam Hammurabi como tendo sido um rei eficiente e provedor, de grandes atos em tempos de paz e guerra. Havia, também na hierarquia social, conotações religiosas que, contudo, não se assemelham ao sistema indiano de castas. A sociedade era predominantemente patriarcal, feudal, escravista e com tendências etnocêntricas.

A fim de regular as relações intersubjetivas necessárias à pacificação social de seu reino, Hammurabi, através de seu código, revelou um grande esforço no sentido de unificar a aplicação do direito, sistematizando a administração da justiça e a estimação das condutas.

Apesar de ser encarado por parte da doutrina como o mais antigo código da humanidade, encontramos alguns instrumentos normativos ainda mais remotos. Hoje, de acordo com SALDANHA (1978:412), muitos consideram que o mais antigo código sumério foi o de Ur-Nammu, rei de Ur, que o teria outorgado a seu povo por volta de 2050 a. C.

Não há como afastar a existência, também, dos códigos do rei Lipit-Istar, igualmente sumério da dinastia de Isin, promulgado por volta de 1860 a.C. Há, também, as leis de Esnuna – para alguns, posteriores às de Hammurabi. Esnuna consistia em um principado próximo a Bagdad, tendo recebido tais leis do rei Bilalama. Ficaram gravadas em escrita acádia. Sobre os citados instrumentos normativos, SALDANHA (1978:412) ensina que

> nestes códigos figuram, às vezes, preâmbulos e epílogos caracterizados pela retórica teocrática. O de Lipit-Istar e o de Ur-Nammu possuem tais partes. O de Hammurabi também apresenta claramente um prólogo e um epílogo.

O Código de Hammurabi, cujo reinado se estendeu de 1728 a 1686 a.C., é conhecido atualmente através da versão escrita em caracteres cuneiformes, cunhados sobre uma pedra de basalto encontrada em 1901 em Susa, no Irã. No alto da pedra, em exibição no museu do Louvre, em Paris, na França, encontram-se esculpidas as figuras do deus Shamash e do rei Hammurabi. SALDANHA (1978:412-413) se ocupa da descrição dos elementos característicos do instrumento normativo:

> O texto consta de 282 dispositivos legais, antecedidos pelas inovações do prólogo e sucedidas pelas apóstrofes do epílogo.
> Se bem que ao corpo de leis de Hammurabi faltem traços de técnica que só com os romanos se tornaram definitivas, podemos observar que o código quase não foge aos problemas jurídicos, aos quais regulamenta com estritos detalhes.

Por fim, o Código de Hammurabi apresenta relevante importância no campo dos direitos humanos por elencar indícios de direitos que, atualmente, são considerados inerentes a toda humanidade – apesar de redigido em época anterior à existência da noção de direitos subjetivos. Nesse sentido, consagrou um rol de direitos não restritos a castas ou classes sociais.

1.2. Contribuição da Lei das XII Tábuas para a codificação do Direito

A *Lex Duodecimum Tabularum* foi promulgada no ano de 302 *ab Urbe Condita*[8], correspondente ao ano de 452 a.C. Trata-se da primeira codificação escrita romana.

Seu objetivo principal centrava-se na limitação dos poderes dos cônsules romanos, sendo, para Pompônio (*Digesto*, 1.2.2,6), a origem do direito civil.

SIDOU (1980:531) retrata O impacto social oriundo do surgimento da Lei das XII Tábuas:

> O mais sensato raciocínio mostra hoje, passados vinte e quatro séculos sobre o evento, que as três fontes de reação manifestadas desde o implante da República – no setor político, a reivindicação das magistraturas pela plebe, meio de elidir o discricionarismo dos cônsules; no setor social, no intuito de nivelar aquela classe ao patriarcado; e no setor econômico, visando a reconhecer

[8] Expressão latina cuja tradução é “desde a fundação da cidade”, em alusão à fundação de Roma. *V*. <http://www.almanaque.cnt.br/AUC.htm>, acesso em 11 de junho de 2010.

> à plebe o rateio dos *agri publici*, exonerando-a de escorchantes tributos e suavizando o tratamento dos devedores insolventes – fontes apontadas por De Francisci como determinantes das perenes divergências sociais, confluíram para exigir o estabelecimento de um direito popular. Um direito coletivo, escrito, não um direito costumeiro, conformado com o hermetismo sacral; não um *ius* atrelado ao *ƒas* (sic), porém, um direito clarificado e consabido por uma coletividade a que três séculos de vivência e coexistência já assegurara, de sobra, certo amadurecimento jurídico-político; enfim, um direito civil na acepção de não religioso, ou monacal.

O grande avanço, para a época, não foi a criação de um direito, mas sim sua codificação. Ao delinear, por escrito, o direito vigente, foram expostas à população as normas em vigor, dando a elas publicidade.

Com maior influência helênica - conforme revela SIDOU (1980:535) – a Lei das XII Tábuas estabeleceu um complexo mecanismo que objetivava a proteção dos direitos individuais. Desta forma, pode-se considerar tal instrumento normativo a origem dos textos escritos e consagradores da proteção de direitos.

1.3. Período pré-direitos humanos: instrumentos de proteção a direitos na Idade Média e no Pós-Renascimento

Na Idade Média, a sociedade ocidental encontrava-se organizada no sistema feudal, sendo patente a rígida separação entre as classes sociais, onde havia uma completa subordinação dos vassalos para com os suseranos.

Apesar disso, não se pode olvidar a existência de instrumentos – inclusive jurídicos – de reconhecimento e proteção a direitos que, atualmente, são consagrados por ordenamentos jurídicos como direitos humanos fundamentais. Aqui, é importante ressaltar que os documentos até então existentes apresentavam o mesmo traço básico de limitação do poder estatal.

Com a pressão das massas, novos instrumentos foram criados, sendo os mais importantes antecedentes históricos cuja matéria apresentava germens dos atuais direitos humanos a *Magna Charta Libertatum*, a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Amendment Act*, o *Bill of Rigths* e o *Act of Settlement*. Atentando-se à citada posição de Michel Villey, SILVA (2003:151-152) leciona:

> A *Magna Carta* (1215-1255), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), o *Bill of Rigths* (1688) não são, porém, declarações de direitos no sentido moderno, que só apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa. Tais textos, limitados e às vezes estamentais, no entanto, condicionam a formulação de regras consuetudinárias de mais ampla proteção dos direitos humanos fundamentais. Realmente a estabilidade e o sempre firme desenvolvimento das instituições inglesas bastaram para tornar ociosa uma lista maior das liberdades públicas. A constante afirmação do Parlamento inglês e dos precedentes judiciais, formando a *common law*, fora suficiente, com aqueles documentos históricos, para assentar o mais firme respeito pelos direitos fundamentais do homem.

1.3.1. *Magna Charta Libertatum*

A *Magna Charta*, denominação até hoje utilizada para designar o texto constitucional de um Estado, se apresenta historicamente como marco fundamental da história constitucional inglesa e, por consequência, de todo o constitucionalismo ocidental.

FERREIRA FILHO (1980:63) revela, em sua obra, que a *Magna Charta* foi assinada em 15 de junho de 1215 pelo rei João Sem Terra, em Runnymede, localidade próxima a Windsor, tendo sido resultado de um acordo firmado entre o monarca e os barões revoltados que tinham o apoio do alto clero britânico.

Os motivos da revolta consistiam nas repetidas exigências de tributos por parte do rei. Não podendo reprimir a rebelião, o monarca foi forçado a negociar

com os revoltosos, sucumbindo às suas vontades e assinando a imposta *Magna Charta*.

FERREIRA FILHO (1980:64) alerta para o fato de que há quatro diferentes versões da *Magna Charta*, professando:

> Uma, a de 1215, assinada por João Sem Terra, da qual ainda se conservam exemplares. A sua republicação se deu em 1216. Outra de 1217 e a definitiva de 1225. Entre elas há cláusulas que diferem, como no texto de 1215 em que existem disposições que não foram reproduzidas nas posteriores. (...)
> Por outro lado, foi a Magna Carta confirmada e reiterada numerosas vezes na história inglesa. O juiz Coke, ao tempo do conflito entre o Parlamento e o Rei Carlos I, no século XVII, registra trinta e duas confirmações.

Apesar de ser o início do direito escrito inglês, a *Magna Charta* permaneceu como ponto de referência na história constitucional do Ocidente inteiro como precursora das constituições contemporâneas. Porém, conforme salienta SALDANHA (1980:65), a *Charta* constitui um documento medieval, enquanto o contexto histórico do movimento constitucionalista que refletiu nas constituições contemporâneas é demasiado diferente.

Apesar da crítica realizada por FERREIRA FILHO (1980:64) que, ao compará-la com as declarações do século XVIII, conclui que a *Magna Charta* “não se preocupa com direitos do homem, nem enuncia princípios filosóficos”, não podemos refutar o fato de que o instrumento normativo de 1215 apresentou-se como o primeiro documento da história que conferia garantias à disposição da pessoa, prevendo a liberdade da Igreja da Inglaterra, a proporcionalidade entre o crime e a sanção, a observância do devido processo legal e a liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país – o que revela sua preocupação com mandamentos que, a partir da modernidade, são considerados pertencentes ao rol dos direitos humanos.

Importante salientar a pertinente observação de SILVA (2003:152), que ensina ter se tornado a *Magna Charta*

> (...) um símbolo das liberdades públicas, nela consubstanciando-se o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês e servindo de base a que juristas, especialmente Edward Coke com seus comentários, extraíssem dela os fundamentos da ordem jurídica democrática do povo inglês.

Não obstante, a doutrina costuma atribuir à *Magna Charta Libertatum* a primeira fonte do instituto do *habeas corpus*[9].

Dessa feita, como será visto, o *habeas corpus*, garantia fundamental conferida ao cidadão brasileiro, previsto no rol dos remédios constitucionais constante na Constituição da República Federativa do Brasil[10], de 05 de outubro de 1988, foi implementado, inicialmente, no *Habeas Corpus Act* inglês, de 1679.

1.3.2. Presença de germens dos direitos humanos na *Petition of Rights*, no *Habeas Corpus Act*, no *Bill of Rights* e no *Act of Settlement*

Em 1628, foi editada – também na Inglaterra – a *Petition of Rights*. Caracterizou-se por ser um instrumento normativo que previa expressamente que o indivíduo não seria onerado tributariamente com o pagamento de taxas ou impostos e nem obrigado a contribuir com empréstimo, dádiva ou benevolência sem o consentimento de todos – o que se daria somente através de manifestação do Parlamento. Desta forma, o princípio da legalidade e da anterioridade tributária – elencados, atualmente, como direitos humanos fundamentais do cidadão[11]–, já

---

[9] Entre eles, pode-se citar o jurista L Hammon (Habeas Corpus in Willian Mack, **Cyclopedia of Law and procedure**, v. 21, p. 282), *Cf.* FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Magna Charta Libertatum – II**. *In*: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Vol. 51. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 86, que assevera o seguinte: *the first recognition of it (*habeas corpus*) is found in Magna Charta, but there is ample evidence that this was in use before that time*. Em tradução livre, "encontra-se na *Magna Charta* o primeiro reconhecimento do instituto do *habeas corpus*. Contudo, há ampla evidência de que estava ele em uso antes daquela época".

[10] *V*. art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal.

[11] No Brasil, o princípio da anterioridade tributária foi elevado ao grau de garantia fundamental do cidadão por decisão do Supremo Tribunal Federal. *V.* ADI 939/DF, onde foi aplicada a tese da interpretação generosa ou ampliativa das cláusulas pétreas, criada pelo voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

obrigava o monarca, àquela época, a submeter a aprovação de uma lei tributária ao Parlamento.

SILVA (2003:153) atenta para o fato de que a petição busca a observância, pelo monarca, de direitos e liberdades que haviam sido anteriormente reconhecidos por ocasião da assinatura da Magna Carta. Diz o renomado doutrinador:

> O fato denota que tais mandamentos, entre outros, não eram respeitados pelo poder monárquico, que só aos poucos, com o crescimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, foi cedendo às imposições democráticas.

O *Habeas Corpus Act*, por sua vez, foi editado em 1679, igualmente na Inglaterra, e foi o instrumento normativo responsável pela regulamentação da liberdade de locomoção do indivíduo. Conforme assevera SILVA (2003:153),

> O *Habeas Corpus Act* reforçou as reivindicações de liberdade, traduzindo-se, desde logo, e com as alterações posteriores, na mais sólida garantia de liberdade individual, e tirando aos déspotas uma das suas armas mais preciosas, suprimindo as prisões arbitrárias.

Previa o documento, em seu texto, que por meio de reclamação ou requerimento escrito de alguém ou em benefício de algum indivíduo que tivera sido acusado da prática de delito ou também detido, poderia o juiz conceder, em benefício do detido, a ordem de soltura, chamada de *habeas corpus*.

A *Bill of Rigths*, editada em 1688, restringiu de forma significativa o Poder estatal ao fortalecer o princípio da legalidade. Desta forma, impedia que o rei suspendesse leis ou sua execução sem o prévio consentimento do Parlamento. Além disso, previu imunidades parlamentares, a fim de assegurar o livre e isento serviço do mister. Disciplinou, também, a vedação da aplicação de penas cruéis e a criação do direito de petição.[12]

[12] O direito de petição se faz presente, até os dias atuais, no rol de direitos e garantias fundamentais de nossa Constituição Federal, consagrado em seu artigo 5º, inciso XXXIV, alínea *a*.

Não se pode deixar de atentar às observações traçadas pelo insigne mestre SILVA (2003:153), que afirma:

> O documento mais importante é a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*, 1688) que decorreu da Revolução de 1688[13], pela qual se firmara a supremacia do Parlamento, impondo a abdicação do rei Jaime II e designando novos monarcas, Guilherme III e Maria II, cujos poderes reais limitavam com a declaração de direitos a eles submetida e por eles aceita. Daí surge, para a Inglaterra, a monarquia constitucional, submetida à soberania popular (superada a realeza de direito divino), que teve em Locke seu principal teórico e que serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX.

Por fim, o *Act of Settlement*, votado pelo Parlamento inglês em 1707, prestou-se a reafirmar a validade e eficácia do princípio da legalidade, além de prever a responsabilização política dos agentes públicos, disciplinando a possibilidade de *impeachment* de magistrados. É o documento que completa o conjunto de limitações ao poder do rei no decurso de todo esse período.

1.4. O Federalismo

Com o descobrimento da América pelos europeus ainda no século XV, os espanhóis, portugueses, ingleses, franceses, holandeses e outros povos da Europa passaram a buscar meios de colonização do novel continente. Em busca de expansão territorial e novas riquezas, os mais bem sucedidos foram os portugueses, espanhóis e ingleses.

[13] O autor faz remissão, aqui, à Revolução Gloriosa ocorrida na Inglaterra, durante a oitava década do século XVII. O nome é referência criada pelos próprios ingleses, em alusão ao mínimo derramamento de sangue ocasionado pela Revolução. Para maiores informações, *v*. BARROS, Sergio Resende de. **Paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003; BARROS, Sergio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millenium, 2008.

A Inglaterra concentrou sua exploração na América do Norte, dividindo o que hoje é o território dos Estados Unidos da América em treze colônias. No contexto histórico do século XVIII, os ingleses utilizavam suas colônias para obtenção de lucros e demais recursos (minerais e vegetais) não disponíveis na Europa. Além disso, a metrópole onerava seus colonos com a cobrança de impostos e taxas. Nesse sentido, colaciona-se o texto da enciclopédia americana *The book of knowledge*, *verbis*:

> Because England wanted to build up her manufactures, the colonies were forbidden to develop manufactures of their own. Instead of making articles out of iron from their own mines or weaving cloth from the wool from their own sheep, the colonists were required to send these raw materials over to England and buy the manufactured articles from there. (…) When the English colonists began to raise more grain than they needed, they were not allowed to send any to England unless a tax on every bushel was paid. This was what we today call a protective tariff, and it was intended to protect the English farmers.[14]

Quando se estuda o federalismo norteamericano, não se pode deixar de lado a peculiar colonização que sofreu o país. A partir do século XVII, quando os ingleses começaram a povoar a região, houve duas formas diferenciadas de distribuição populacional pelo novel território: no norte, os colonizadores eram protestantes europeus, em sua maioria ingleses, que fugiam de perseguições religiosas sofridas em seus países de origem. Por isso, seu objetivo era a transformação da América do Norte em um próspero país para se viver de forma livre.

Conhecida como Nova Inglaterra, a região foi colonizada não de forma exploradora, mas de povoamento, apresentando algumas importantes características, tais como economia voltada para o mercado interno, com práticas

[14] **The book of knowledge**, *v*. IV. New York: Grolier Incorporated, 1966, p. 1158. Em tradução livre: "em virtude do desejo inglês na manutenção dos meios de produção, os colonos foram proibidos de desenvolver suas próprias manufaturas. Ao invés de fazer utensílios do ferro extraído de suas próprias minas ou tricotar suas vestes com a lã de suas ovelhas, os colonos foram forçados a enviar essas matérias primas à Inglaterra e a comprar dos ingleses os produtos manufaturados. (…) Quando os colonos ingleses começaram a plantar mais grãos que o necessário, não lhes foi permitido enviar o excesso à Inglaterra, salvo se fosse recolhido um tributo que incidia sobre cada saca. Isso é o que chamamos atualmente de tarifa protecionista e sua intenção, à época, residia na proteção dos fazendeiros ingleses".

comerciais, mão-de-obra livre e a existência de pequenas propriedades rurais familiares. Essa forma de colonização, inclusive, isentou os colonos de taxas impostas pelo parlamento britânico – algo inédito, inclusive, para os súditos ingleses da coroa. É o que ensina ALDEN (1966:562a):

> In Connecticut and Rhode Island, of course, even the officers mentioned were locally elected; and those two colonies were virtually autonomous. In theory, from the British point of view, King and Parliament had the same powers in America that they wielded in Britain. It was assumed in London that the colonial elected bodies were derivative, that they functioned only because they were permitted to do so. The Americans, however, believed that their representatives met and acted as should decide domestic questions. They conceded that King and Parliament had power to regulate their trade, to manage foreign relations, and to make war and peace. They had never been taxed for revenue by Parliament, although parliamentary taxation for the purpose of regulating trade was a common and accepted practice.[15]

Ao contrário da região norte, o sul da América do Norte foi colonizado com propósitos extrativistas. A Inglaterra controlava a região, que era obrigada a seguir o Pacto Colonial. Sua economia estava fundada na necessidade de exportação do produto para a metrópole, com a presença de monocultura latifundiária e mão-de-obra escrava. Entre as colônias sulistas destacam-se a Geórgia, Virgínia e Carolina do Norte e do Sul.

Entre os anos de 1756 e 1763, foi travada entre a Inglaterra e a França a chamada Guerra dos Sete Anos – conflito armado cujo propósito residia na disputa territorial na América do Norte. Os ingleses sagraram-se vencedores e os custos da guerra foram repassados aos colonos – principalmente aos do norte, que viram a

[15] Em tradução livre, “em Connecticut e em Rhode Island, até os oficiais mencionados eram eleitos localmente; e estas duas colônias eram virtualmente autônomas. Em teoria, do ponto de vista inglês, o Rei e o Parlamento gozavam, na América, dos mesmos poderes que dispunham na Grã-Bretanha. Supunha-se, em Londres, que os colonos eleitos eram subordinados, de maneira que funcionavam apenas porque eles estavam autorizados pela corte. Os norteamericanos, no entanto, acreditavam que os seus representantes conheciam e inseriam-se nas questões domésticas, de maneira que sobre elas deveriam decidir. Eles reconheceram que o Rei e o Parlamento tinham o poder de regular o seu comércio, gerir as relações externas e para declarar guerra e celebrar a paz. Os colonos nunca haviam sido tributados por suas rendas pelo Parlamento, embora a fiscalidade parlamentar com o propósito de regulamentar o comércio era uma prática comum e aceita”.

carga tributária aumentar consideravelmente. Isso levou os residentes a realizarem protestos contra a metrópole inglesa.

Nesse contexto, a Inglaterra procedeu ao aumento de vários impostos e taxas, além da edição de leis cujo propósito era a retirada de liberdades dos norteamericanos. Entre as medidas tomadas pela metrópole, pode-se citar a Lei do Chá – que conferiu o monopólio do comércio do chá a uma companhia inglesa –, a Lei do Açúcar (restringiu a compra de açúcar dos colonos, que estavam impedidos de adquirir o produto se a procedência fosse diversa das Antilhas Inglesas) e a Lei do Selo[16] – que obrigava que todos os produtos que circulavam na colônia apresentassem um selo que era vendido pelos ingleses. De acordo com ALDEN (1966:562a), "*the colonists saw in them a pattern of 'tirany'; they especially detested the stamp tax*".[17]

Tais medidas geraram protestos por parte dos colonos, conforme se constata no texto abaixo:

> In the eyes of the Government this tax law did not seem harsh or unreasonable. But England had left the colonies alone too long. They had grown to believe (…) that Parliament had no right to lay any tax on them since they had no voice in Parliament. There was great excitement in every colony, and the cry, "No taxation without representation", was heard up and down the land. In several colonies secret societies called Sons of Liberty were formed to resist the payment of the tax. (…)
> The anger and determination of the Americans were shown in many ways. In some towns mobs collected and

[16] *Cf*. **The book of knowledge**, v. IV. New York: Grolier Incorporated, 1966, p. 1159, "(…) the Stamp Act was the most far reaching and the most disliking by the colonists. This act was passed bay the British Parliament in 1765. Under it all legal papers, such as wills, contracts and deeds, licenses to sell certain goods, mortgages, college diplomas, almanacs and newspaper, had to carry a government stamp on each sheet of paper. These stamps cost different amounts, ranging from about the equivalent of one cent to fifty dollars. Such taxes were paid in England without much objection from the taxpayers." Em tradução livre, "(…)a Lei do Selo foi a de maior amplitude e a que mais gerou antipatia por parte dos colonos. Esta lei foi aprovada pelo Parlamento britânico em 1765. Nos termos desta lei, todos os documentos legais, tais como testamentos, contratos e escrituras, licenças para vender determinados bens, hipotecas, diplomas universitários, almanaques e jornais, deveriam apresentar um selo do governo em cada página. Estes selos apresentavam diferentes valores, variando entre cerca do equivalente a um centavo até cinquenta dólares. Esses impostos eram pagos na Inglaterra sem muita objeção por parte dos contribuintes".

[17] "Os colonos enxergavam nessas leis uma forte caráter de tirania; eles odiavam, especialmente, o tributo do selo", em tradução livre.

> rioting took place. The men in charge of the stamps were beaten and ordered to resign. If they refused to do so, their houses were burned and they were threatened with hanging. Some of them were seized and covered with hot tar and feathers, a very cruel form of torture. Many boxes of stamps were burned. More moderated people simply refused to pay the tax. These men sent delegates from among the leading citizens to a meeting in New York where a written was drown up against "taxation without representation". This meeting was called the Stamp Act Congress. It included delegates from most of the colonies, and it was held in October 1765.[18]

As desavenças entre o governo britânico e os colonos se acentuaram e ficavam mais violentos. Enquanto os norteamericanos buscavam a redução da carga tributária, a metrópole só a fazia majorar, aumentando a insatisfação. Boston se destacou como importante foco de movimentos contra a Inglaterra, sendo palco de forte repressão aos revoltosos, merecendo destaque o episódio do massacre de Boston.[19]

Entre tantos protestos, pode-se destacar o *The Boston Tea Party*, quando vários colonos, vestidos de índios, invadiram um navio inglês e jogaram todo seu carregamento de chá no mar. Este protesto foi emblemático, pois acarretou em

---

[18] **The book of knowledge**, v. IV. New York: Grolier Incorporated, 1966, p. 1159. Em livre tradução: "Aos olhos do governo, essas leis fiscais não pareciam duras ou irracionais. Porém, a Inglaterra havia, por muito tempo, abandonado as colônias. Elas haviam amadurecido o suficiente para acreditar (...) que o Parlamento não tinha o direito de estabelecer qualquer imposto sobre eles, visto que os colonos não tinham voz no Parlamento. Houve grande movimento em todas as colônias, e o grito 'não há tributação sem representação', foi ecoado por todos os cantos. Em várias colônias sociedades secretas denominadas 'Filhos da Liberdade' foram formadas para resistir ao pagamento do tributo. (...) A ira e a determinação dos norteamericanos foi revelada de várias maneiras. Em algumas cidades, conglomerados de pessoas e tumultos tomaram lugar. Os homens encarregados dos selos foram espancados e compelidos a largarem o ofício. Se eles se recusavam a fazê-lo, suas casas eram queimadas e sofriam ameaças de enforcamento. Alguns deles foram apreendidos e cobertos com piche quente e penas – uma forma muito cruel de tortura. Muitas caixas de selos foram queimadas. Pessoas mais moderadas simplesmente se recusavam a pagar o tributo. Os revoltosos enviaram representantes, escolhidos dentre os cidadãos que lideravam o movimento, a uma reunião em Nova Iorque, onde havia sido redigido um manifesto contra a "tributação sem representação". Esta reunião foi chamada de Congresso da Lei do Selo. Incluindo representantes da maioria das colônias, foi realizada em outubro 1765".

[19] Sobre o assunto, *v*. **The book of knowledge**, v. IV. New York: Grolier Incorporated, 1966, p. 1160: "In Boston there were riots, and in 1768 the King sent soldiers there. The soldiers and the people were constantly quarreling. In March 1770, a few soldiers fired upon a mob, which was throwing stones and snowballs at them, and killed three. Others were wounded, and two of them died soon afterward. This was called the Boston Massacre." Em tradução livre: "Em Boston houve grande tumulto, de forma que, em 1768, o Rei enviou soldados para lá. Os soldados e as pessoas enfrentavam-se constantemente. Em março de 1770, alguns soldados dispararam contra uma multidão que jogava pedras e bolas de neve contra eles, matando três revoltosos. Outros foram feridos e dois deles morreram logo depois. Este episódio foi chamado de Massacre de Boston".

severas retaliações pela metrópole – que exigiu indenização pelos prejuízos dos habitantes, além de realizar o cerco da cidade de Boston por tropas inglesas.[20] É o que se depreende da transcrição abaixo:

[20] *Cf.* **The book of knowledge**, v. IV. New York: Grolier Incorporated, 1966, p. 1160-1161, "Parliament, only a few weeks after the Boston Massacre, took the tax off all articles except tea, but a tax of six cents a pound was left on that popular drink. The English Government was now not interested in the money but only in keeping the right to tax the colonies. The people of the colonies simply smuggled. In North Carolina, some of the people who thought that they were unjustly taxed called themselves Regulators and drove out some judges. They were defeated at Alamance Creek in 1771 by troops under the royal governor, William Tryon, and about two hundred were killed or wounded. Many of those who remained alive crossed the mountains into the land that became Tennessee and Kentucky. When the Americans still refused to buy tea from England and instead bought tea smuggled in from Holland, the royal Government tried another method. It had been the custom for the British East India Company to ship the tea to England and sell it to tea merchants there. These merchants resold it to the colonies. Thus, the people of the colonies had to pay a price for tea that included not only the profits of the East India Company and the English tea merchants but also a tax of a shilling a pound, which the Government collected on tea leaving English ports, and the six cents import tax. Now Parliament made a special ruling. The East India Company was permitted to ship tea directly to the colonies instead of sending it to England first. This saved the colonists the English middleman's profit and the shilling export tax, so that even with the tax of six cents a pound the colonists would get tea more cheaply than the people of England could. However, the colonists still would not pay the tax, for they were determined in they belief that the English Government had no right to tax them at all. Ships loaded with tea were sent in 1773 to Charleston, Philadelphia, Boston and New York. At Philadelphia and New York the ships were forced to turn around and go back to England with their tea. In Charleston the tea was stored in damp cellars where it soon spoiled. In Boston a group of men disguised as Indians boarded the ship one night and emptied the tea into the bay. This was called the Boston Tea Party." Em tradução livre: "O Parlamento, apenas algumas semanas após o Massacre de Boston, retirou a tributação de todos objetos com exceção chá, taxando a bebida popular em seis centavos de dólar por libra. O governo Inglês não estava interessado no dinheiro, mas sim em manter o direito de tributar as colônias. Os colonos, portanto, passaram a contrabandear chá. Na Carolina do Norte, algumas das pessoas que se sentiam injustamente tributadas se autodenominaram 'reguladores' e expulsaram alguns juízes. Eles foram derrotados em Alamance Creek (*nota do tradutor: Alamance Creek, localizado no Condado de Alamance, consiste em um riacho de cerca de 11 milhas de extensão, sendo um dos afluentes do rio Haw*), no ano de 1771, por tropas comandadas pelo Governador Real William Tryon. Cerca de duzentos foram mortos ou feridos. Muitos daqueles que permaneceram vivos cruzaram as montanhas, chegando ao local onde hoje se localizam os Estados do Tennessee e Kentucky. Uma vez que os norteamericanos ainda se recusavam a comprar o chá inglês, adquirindo a bebida contrabandeada da Holanda, o governo real buscou outra medida. Era o costume inglês delegar para a Companhia das Índias Orientais a remessa do chá para a Inglaterra e sua venda para os comerciantes locais. Esses comerciantes revendiam o chá para as colônias. Assim, o povo das colônias tinha de pagar um preço para o chá que incluía, além dos lucros da Companhia das Índias Orientais e dos mercadores de chá Ingleses, um tributo de um *shilling* por libra, que era recolhido aos cofres do Governo na saída do produto dos portos Ingleses, além do imposto de importação de seis centavos de dólar. Em virtude do contrabando nas colônias, o Parlamento editou uma norma especial: a Companhia das Índias Orientais foi autorizada a enviar o chá diretamente para as colônias ao invés vez de enviá-lo, antes, para a Inglaterra. Isso isentou os colonos do lucro do intermediário Inglês e do imposto de exportação de um *shilling*, de modo que mesmo com o tributo de seis centavos de dólar por libra, os colonos pagariam menos pelo chá do que o povo da Inglaterra. Entretanto, os colonos continuaram sem pagar o tributo, pois nutriam a crença de que o Governo Inglês não tinha direito de tributá-los. Navios carregados de chá foram enviados pela Inglaterra em 1773, com destino às cidades de Charleston, Filadélfia, Boston e Nova Iorque. Na Filadélfia e em Nova Iorque, os navios foram obrigados retornar para a Inglaterra com todo o seu carregamento de chá. Em Charleston, o chá era armazenado em silos úmidos onde logo estragavam. Em Boston, um grupo de homens disfarçados de índios embarcou em um navio inglês durante a noite e despejou todo o chá na baía. Este episódio foi denominado de 'Festa do Chá de Boston'". *V*. também ALDEN, John R. **The**

> The Government decided that this was too much to bear from the unruly colonies and that they must be punished. Even those members of Parliament who had been friendly to the colonists thought that they had gone too far. Several very strict laws were passed, and the port of Boston was closed to ships. An army officer, General Thomas Gage, was put in charge, with the hope that Massachusetts would be starved into giving up that the other colonies would be frightened into obedience.[21]

Devido a tantas ações prejudiciais aos colonos oriundas de atos perpetrados pela metrópole e inspirados por ideais iluministas que também permearam a posterior Revolução Francesa, os colonos do norte promoveram, em 1774, um congresso na cidade de Filadélfia, no atual Estado da Pensilvânia, a fim de reunirem forças para a tomada de medidas relativas aos arbítrios levados a efeito pelos ingleses. Note-se que este evento não nutria, num primeiro momento, caráter separatista. Seu escopo era unicamente a retomada do *status quo ante*. Suas principais reivindicações residiram no maior poder político e no final das medidas restritivas impostas pela metrópole. É o que ensina a digressão abaixo:

> (...) The colonies, except Georgia, elected three delegates who met in Philadelphia on September 5, 1774. This is called the First Continental Congress. The body sent a letter to England telling of their wrongs. Then it published a Declaration of Rights in which all the rights of British citizens were claimed. Finally, the Congress agreed to advise the people not to buy any British goods until the colonies were treated better.[22]

American revolution, *in* **Encyclopedia Americana**, v. I. New York: Americana Corporation, 1966, p. 562b-562d.

[21] **The book of knowledge**, v. IV. New York: Grolier Incorporated, 1966, p. 1161. Em tradução livre: "O Governo decidiu que suportar os atos das colônias sem governo era demais que os colonos deveriam ser punidos. Até os membros do Parlamento que haviam sido tolerantes com os colonos concluíram que eles haviam ido longe demais. Várias leis extremamente rigorosas foram aprovadas. O porto de Boston foi fechado aos navios. Um oficial do exército – General Thomas Gage – foi incumbido da responsabilidade governamental de Massachusetts. A Inglaterra nutria a esperança de que a fome em Massachusetts induziria as demais colônias a temerem a metrópole, levando-as a obedecer a suas ordens".

[22] **The book of knowledge**, v. IV. New York: Grolier Incorporated, 1966, p. 1161. Em tradução livre: "As colônias, com exceção da Geórgia, elegeram três delegados que se reuniram na Filadélfia em 05 de setembro de 1774. Esse encontro consagra o Primeiro Congresso Continental. Foi enviada correspondência à Inglaterra, cientificando-a de seus erros. Em seguida, foi publicada uma declaração de direitos, onde todos os direitos conferidos aos cidadãos britânicos foram reivindicados pelos colonos. Finalmente, o Congresso decidiu aconselhar o povo a não comprar nenhum produto britânico até que as colônias recebessem melhor tratamento".

Ao tomar conhecimento do teor das reivindicações dos colonos, o rei inglês George III não as acatou. Ao contrário: procedeu à tomada de medidas ainda mais rígidas, como as Leis Intoleráveis[23], que geraram grande revolta nas colônias e aceleraram o processo de independência norteamericano.

Em 1775, foi realizado um segundo congresso em Filadélfia, com propósitos claramente separatistas, perdurando, inclusive, durante o ano seguinte. De acordo com ALDEN (1966:562d),

> (…) the Second Continental Congress met in May 1775, and assumed supervision of the Patriot forces, working with Revolutionary governments forming in the individual colonies. Although the British Army in Boston won a bloody victory at Bunker Hill, it was unable to take the offensive. George Washington, appointed commander in chief by Congress, finally forced the British to evacuate Boston in March 1776, by planting cannon on Dorchester Heights overlooking the city.[24]

Durante esse congresso, o federalista Thomas Jefferson redigiu a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, datada de 04 de julho. Antes, porém, não se pode afastar a existência da Declaração de Direitos de Virgínia, de 16 de junho do mesmo ano de 1776.

A Declaração de Direitos de Virgínia reconheceu um núcleo de direitos humanos, dentre os quais se destacam o princípio da legalidade e do devido

---

[23] Conjunto de leis estabelecidas pela Inglaterra como represália ao episódio do chá de Boston. De acordo com ALDEN, John R. *Op. cit.,* p. 562d, "The Boston Tea Party provoked politicians in London. The result was the passage of the Intolerable (or Coercive) Acts of 1774, which provided for closing the port of Boston and reorganization of the government of Massachusetts toward lessening future resistence." Em tradução livre: "A Festa do Chá de Boston provocou os políticos londrinos. Como consequência, houve a aprovação das 'Leis Intoleráveis' de 1774, que determinaram o fechamento do porto de Boston e a reorganização do Governo de Massachusetts com a finalidade de diminuir a resistência futura". *V*. também <http://www.colegioweb.com.br/histori a/principais-atividades->. Acesso em 11 de junho de 2010.

[24] Em tradução livre: "(...) O Segundo Congresso Continental se reuniu em maio de 1775, assumindo o controle das 'Forças Patriotas', trabalhando com governos revolucionários que estavam em fase de formação nas colônias. Embora o exército britânico tivesse obtido uma vitória sangrenta em Bunker Hill, em Boston, era ele incapaz de tomar a ofensiva. George Washington, comandante das 'Forças Patriotas' nomeado pelo Congresso, finalmente forçou os ingleses a evacuarem Boston em março de 1776, através da instalação estratégica de um canhão com alcance panorâmico voltado para a cidade de Dorchester Heights".

processo legal, a previsão do Tribunal do Júri, as liberdades religiosa e de imprensa, além do princípio do juiz natural.

Esse importante documento é reconhecido, de acordo com o magistério de SILVA (2003:153), em sentido moderno, como a primeira declaração de direitos fundamentais. Denominada Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, foi editada em 12 de janeiro de 1776, antes, portanto, da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.

Com fortes inspirações iluministas – como também ocorreria com a Declaração de Independência –, a referida Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia obteve inspiração nas teorias de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Charles-Louis de Secondat (conhecido como Barão de Montesquieu).

O rol de direitos constante do importante instrumento consubstanciava a base dos direitos do homem, conforme elenca SILVA (2003:153):

> (1) todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; (2) todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis; (3) o governo é, ou deve ser, instituído para o comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; (4) ninguém tem privilégios exclusivos nem os cargos ou serviços públicos serão hereditários; (5) os Poderes Executivo e Legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário e, para garantia contra a opressão, os membros dos dois primeiros teriam que ter investidura temporária e as vagas seriam preenchidas por eleições frequentes, certas e regulares; (6) as eleições dos representantes do povo devem ser livres; (7) é ilegítimo todo poder de suspensão da lei ou de sua execução, sem consentimento dos representantes do povo; (8) assegurado o direito de defesa nos processos criminais, bem como o julgamento rápido por júri imparcial, e que ninguém seja privado de liberdade, exceto pela lei da terra ou por julgamento de seus pares; (9) vedadas fianças e multas excessivas e castigos cruéis e extraordinários; (10) vedada a expedição de mandados gerais de busca ou de detenção, sem especificação exata e prova do crime; (11) a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade; (12) que a milícia bem

> regulada, composta de elementos do povo, com prática das armas, constitui a defesa própria, natural e segura de um Estado livre; que os exércitos permanentes, em tempo de paz, devem ser evitados, como perigosos para a liberdade; e que, em todos os casos, o militar deve ficar sob rigorosa subordinação ao poder civil e por ele governado; (13) todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião com os ditames da consciência.

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia importou em limitações ao poder estatal, consagrando verdadeiras liberdades negativas. SILVA (2003:154), ao tratar das declarações de direitos, afirma, de modo geral, serem elas inspiradas na crença na existência de direitos naturais inatos ao homem que, por sua natureza, são imprescritíveis.

De acordo com o magistério de SILVA (2003:154), a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776, redigida por Thomas Jefferson, foi elaborada seguindo a linha mestra de limitação do poder estatal. Este importante documento resultou na emancipação das treze colônias britânicas da América. Obteve este documento maior repercussão, embora não tivesse natureza jurídica como a Declaração de Virgínia.

A Inglaterra, por sua vez, não reconheceu a independência de suas colônias e declarou guerra. A guerra de independência se desenrolou entre os anos de 1776 e 1783, sagrando-se vencedores os Estados Unidos da América, com o apoio da Espanha e da França.

Em um primeiro momento, cada colônia norteamericana passou a se intitular um novo Estado dotado de soberania. A fim de que houvesse maior poder político e militar, estes treze novos entes se uniram em uma confederação, onde resguardavam o direito de secessão.

Porém, em 1787, foi redigida a Constituição dos Estados Unidos da América, com fortes aspirações iluministas. Além de optar pela forma federada de estado, onde os então Estados soberanos abriam mão de sua soberania e do direito de secessão para manter cada um sua parcela de autonomia, o instrumento garantia

um dos principais interesses da burguesia (a propriedade privada), além de manter o regime escravista e defender os direitos e garantias individuais do cidadão.

No entanto, a consagração normativa dos Direitos Humanos coube à França, através da promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Assembleia Nacional, em 26 de agosto de 1789.

1.5. A Revolução Francesa

No final do século XVIII, a França se apresentava como um país agrário. O desenvolvimento das técnicas de cultivo permitiu um crescimento populacional, e, tal fenômeno somado à já iniciada industrialização, aumentou a oferta de produtos e reduziu seus preços, fator que incentivou o consumo.

Como reflexo desse cenário, houve o fortalecimento da burguesia e, como consequência, esta nova classe social reivindicava poder político e criticava os privilégios conferidos à nobreza. Os camponeses possuidores de terras, que ocupavam a base da pirâmide organizacional da sociedade francesa, reivindicavam a liberação das obrigações feudais devidas aos suseranos.

A sociedade francesa apresentava-se dividida em classes, denominadas primeiro, segundo e terceiro estados. O primeiro estado era constituído pelo alto clero (bispos e abades que detinham títulos de nobreza) e pelo baixo clero (vigários e padres de parcas condições). Compunham o clero – ou primeiro estado – cerca de cento e vinte mil religiosos.

O segundo estado era identificado pela nobreza, com cerca de trezentos e cinquenta mil membros. Havia os palacianos – que viviam de pensões reais e ocupavam cargos públicos –, os provinciais – que viviam no campo –, além dos burgueses que adquiriam títulos e compravam cargos – chamados de nobreza de toga.

A camada correspondente aos noventa e oito por cento restantes da população compunha o terceiro estado. Aqui, incluíam-se a alta burguesia (banqueiros e grandes empresários), a média burguesia (advogados, professores, médicos e demais profissionais liberais), a pequena burguesia (alguns artesãos e lojistas) e o povo (camada social heterogênea, composta por artesãos, proletariados, aprendizes, entre outros). Aqui, enquadravam-se também as classes populares rurais, como os servos que ainda encontravam-se em condições feudais (cerca de quatro milhões de pessoas), além dos camponeses. Revela DAVIDSON (1971:130):

> However, the Third Estate constituted roughly 98 per cent of the population of the land. In fact and in law it included in its numbers the bourgeois, those middle-class business and professional men, landowners, officials, and other consequential persons who had risen to positions of large and increasing influence since the Estates had been summoned.[25]

Os dois primeiros estados gozavam de isenção tributária. O terceiro estado era onerado com impostos e contribuições devidos ao rei, ao clero e à nobreza. Daí se deduz ser a principal reivindicação do terceiro estado a igualdade civil, com a abolição dos escorchantes privilégios.

Sob a ótica política, a revolução foi reflexo das injustiças oriundas do absolutismo monárquico. O rei esbanjava luxo, monopolizava a administração e controlava os mecanismos legais; concedia privilégios e condenava – sem julgamento – à prisão na abominável fortaleza da Bastilha. Incompetente também no campo econômico, apresentava-se como maior entrave ao desenvolvimento do capitalismo.

Além disso, os impostos eram cobrados por arrecadadores particulares, uma vez que o Estado não dispunha de mecanismo capaz de captá-los.

---

[25] Em tradução livre: “No entanto, o Terceiro Estado era composto por cerca de 98% da população francesa. De fato – e juridicamente –, incluía em seus quadros os burgueses – estes negociantes de classe média –, além de profissionais, proprietários de terras, oficiais e demais pessoas que angariaram cargos de grande e crescente influência desde a convocação da Assembleia dos Estados”.

Tais agentes arrecadadores espoliavam o terceiro estado, o que causava imensa insatisfação. Frise-se que os impostos foram majorados para o custeio das tropas enviadas aos Estados Unidos da América, que auxiliaram os norteamericanos em sua revolução federalista. DAVIDSON (1971:127) explica:

> It would be too simple to claim that revolution was the price France paid for American independence. Yet the disturbances in France did stem in good part from debts the French government incurred by supporting America's revolt against England. Every effort by Louis XVI's ministers to replenish the national coffers through tax reforms continued to be frustrated by the parlements, whose members enjoyed exemptions and privileges they where not prepared to yield – a stand in which they were supported by members of the nobility who were no less eager to retain their own exemptions. But only by such reforms could the royal government manage to gain access to the country's substantial wealth.[26]

O cenário propício para uma revolta estava armado. Faltava, naquele momento, um estopim capaz de eclodir uma revolução.

1.5.1. A revolta da aristocracia

A partir de 1786, a efervescente – porém, principiante – indústria francesa sofreu uma crise sem precedentes. Um tratado firmado entre a França e a Inglaterra permitiu que produtos agrícolas franceses tivessem livre penetração na Inglaterra. Em troca, a França permitiria a circulação de produtos industrializados ingleses – o que acabou por afetar a indústria nacional, que não suportou a concorrência.

[26] Em tradução livre: "Seria demasiado simples alegação de que a revolução foi o preço que a França pagou pela independência norteamericana. No entanto, os distúrbios na França foram resultado, em grande parte, das despesas do governo francês ocasionadas pelo apoio à revolta dos Estados Unidos contra a Inglaterra. Todos os esforços dos ministros do Rei Luis XVI para reabastecer os cofres nacionais através de reformas fiscais foram barrados pelo parlamentares, que se beneficiavam das isenções e privilégios e que delas não queriam abrir mão – uma posição em que eram apoiados por membros da nobreza, que também tinham interesse em manter suas próprias isenções. Porém, somente através das reformas propostas é que poderia o governo real ter acesso à riqueza substancial do país".

Em 1788, um período de estiagem reduziu a capacidade produtiva agrícola francesa, fazendo com que os preços subissem e levando fome ao terceiro estado[27]. Os camponeses careciam de alimentos e as cidades ascendiam em miséria. Para completar, a França despendeu vultosas quantias (estima-se o valor de dois milhões de libras) para apoiar a guerra de independência norteamericana. O descontentamento popular, aqui, era geral.

Ciente da necessidade de pacificação social e de reequilíbrio das despesas e receitas públicas, o ministro Turgot[28] foi encarregado de realizar reformas tributárias por ordem do rei Luís XVI.

A nobreza reagiu às medidas de Turgot que, pressionado, pediu demissão. Luis XVI indicou, então, Calonne, que procedeu à convocação da nobreza e dos clérigos na Assembleia dos Notáveis. O ministro propôs ao primeiro e segundo estados que abdicassem dos privilégios que dispunham e passassem a recolher impostos, com a finalidade de salvar as finanças do Estado.

Colaciona-se o magistério de LEFEVBRE (1966:103), que ensina:

> A administração financeira estava tão desordenada, que a situação apenas pode ser descrita por aproximação: uma lista de previsões levantada em março de 1788, primeiro – e último – orçamento do Antigo Regime, calculou as

[27] Marshall B. Davidson informa que “that particular spring France was speaking with a special sense of grievance from all the countryside where, because of a bad harvest the year before, grain was scarce and the price of bread was high. The winter of 1788-89 had been the coldest in memory (in Paris the temperature sank to 20 degrees below zero), which seriously aggravated the grain shortage. Even the wealthiest hosts had advised their guests to bring their own bread to dinner. To a very large part of the population this was a cause of acute distress, and, as summer approached, there were riots through the land.” Em tradução livre, “naquela primavera em particular, a França estava acometida com um sentimento especial de injustiça que ecoava por todos os cantos do país, onde, devido à má colheita do ano anterior, os grãos eram escassos e o preço do pão era alto. O Inverno de 1788-1789 foi o mais gelado até então (em Paris, a temperatura caiu para 20 graus abaixo de zero), o que agravou seriamente o problema da escassez de grãos. Mesmo os mais ricos anfitriões advertiam seus convidados para que trouxessem o seu próprio pão para o jantar. Isso causava, para uma grande parcela da população, extremo sofrimento, e, como o verão se aproximava, houve motins por todo o país”. *V*. DAVIDSON, Marshall B. **The horizon concise history of France**. New York: American Heritage Publishing, 1971, p. 130-131.

[28] Sobre os ministros Turgot e Necker, *v*. LEFEBVRE, Georges. **A revolução francesa**. Trad. de Ely Bloem de Melo Pati. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural S. A. – IBRASA, 1966, p. 103-114.

> despesas em 629 milhões e a receita em 503, ou seja, um deficit de 126 milhões ou 20%. Os contemporâneos atribuíram a responsabilidade disso ao esbanjamento da Côrte e aos lucros dos financistas. Na verdade era possível fazer-se economias, e algumas foram feitas; mas o serviço da dívida exigia 318 milhões, mais de metade de despesas: não era possível reduzi-la a não ser pela bancarrota. Aumentar novamente os impostos? Já eram considerados excessivamente pesados. Pelo menos restava um recurso: certas províncias pagavam pouco, os burgueses menos que os camponeses, a nobreza e o clero menos ainda. Do ponto de vista técnico, a crise poderia ser superada: bastava para isso que se decretasse a igualdade fiscal.

Contudo, os nobres reagiram de maneira negativa às propostas, provocando revoltas nas províncias onde exerciam hegemonia.

Um novo ministro foi indicado: Necker.[29] Ele convenceu o rei a convocar a Assembleia dos Estados Gerais, que gozava de ostracismo desde 1614. As eleições foram convocadas. Em Paris, os panfletos dos candidatos acusavam os erros cometidos pelo Antigo Regime e agitavam os *sans-culottes*. Paris contava com uma população de seiscentos mil habitantes, dos quais apenas duzentos mil eram nobres. O terceiro estado era chamado de *sans-culottes*, ou “sem-calções”, porque não utilizavam a *cullote* – peça de roupa que vestia os nobres.

As eleições foram realizadas em abril de 1789. O sufrágio coincidiu com as revoltas ocasionadas pela parca colheita daquele ano. Em maio, os Estados Gerais se reuniram no Palácio de Versalhes. O terceiro estado foi informado que os projetos apresentados seriam votados separadamente por cada estado, sendo que a cada um competiria um único voto. Desta feita, o terceiro estado sempre se sagraria vencido por dois votos a um, uma vez que a nobreza e o clero votariam contra seus anseios. Por isso, tal condição foi rejeitada pelo terceiro estado, que reivindicava votação individual – uma vez que detinha maioria absoluta, contando com 578

[29] O ministro Necker era inglês e simpatizava com os anseios do Terceiro Estado ao mesmo tempo em que se preocupava com a nobreza e realeza. Dessa forma, foi importante nas reformas eleitorais, defendendo a instituição do voto “por cabeça”, além de buscar a redução da carga tributária franceda. Sobre o assunto, *v*. LEFEBVRE, Georges. *Op. cit.,* p. 109-111.

deputados, contra 270 da nobreza e 291 do clero. DAVIDSON (1971:130) ensina que:

> On may 4, 1789, when the Estates General met, the members of the Third Estate were obliged to enter assembly hall by a side door after the clergy and nobles had passed through the front. Louis, "gorgeous as Salomon in all his glory", as Carlyle described the monarch, addressed his audience "with sonorous tone" and "conceivable speech…" (Thomas Jefferson, who was present, thought that the king spoke impressively; that, "viewed as an opera," it was imposing scene.) "But there is endless discrepancy round him," Carlyle continued; "so many claims and clamours; a mere confusion of tongues. Not reconcilable by man; not manageable, suppressible, save by some strongest and wisest man; for France at large, hitherto mute, is now beginning to speak also".[30]

Além disso, LEFEVBRE (1966:115) consigna os acontecimentos que se sucederam imediatamente após a abertura da sessão por Luís XVI:

> (...) depois Barentin, a quem não se escutava, Necker e o suplente que o substituiu arengaram para os deputados ansiosos e prontamente fatigados e decepcionados, porque o discurso do diretor das Finanças, descrevendo, durante três horas, os detalhes da situação do Tesouro e das melhorias almejadas, não fêz nenhuma alusão à reforma constitucional; o diretor entregou-se à generosidade dos privilegiados, repetiu o respeito à modalidade de voto que já havia dito em dezembro. Na manhã seguinte, a nobreza e o clero tentaram verificar separadamente os podêres, o Terceiro Estado absteve-se, e os Estados gerais encontraram-se paralisados.

Tais fatores foram determinantes para a final eclosão da revolução liberal burguesa francesa.

---

[30] Em tradução livre: "Em 04 de maio de 1789, quando a Assembleia Geral dos Estados se reuniu, os membros do Terceiro Estado eram obrigados a ingressar na sala de reuniões por uma porta lateral, após a entrada do clero e dos nobres pela porta principal. Luis XVI, 'deslumbrante como Salomão em toda sua glória', como Carlyle descreveu o monarca, dirigiu sua audiência 'com um tom sonoro' e 'concebível discurso...' (Thomas Jefferson, que estava presente, achou que o rei falou imponentemente, que, 'visto como uma ópera', ele estava a impor cena.) 'Mas há uma diferença infinita a sua volta', continuou Carlyle; 'tantas reivindicações e clamores; uma mera confusão de línguas. Não é conciliável para o homem, não é gerenciável, suprimível, salvo por alguns homens mais fortes e mais sábios; para a França em geral, o rei – até agora mudo – está finalmente começando a falar'".

1.5.2. A revolução da burguesia

Autoproclamando-se Assembleia Nacional[31], reuniu-se o terceiro estado em 17 de junho de 1789 no campo do Jogo da Péla[32], uma vez que o rei Luis XVI, a pretexto de realizar uma reforma na sala do Palácio de Versalhes onde se reunia a Assembleia dos Estados Gerais, dissolveu a reunião.

No campo do Jogo da Péla, o terceiro estado recebeu apoio de parte do clero e de nobres com aspirações iluministas. Ao monarca não houve alternativa outra senão aceitar a Assembléia Nacional.

De forma concisa, o magistério de DAVIDSON (1971:131) é o seguinte:

> When it became apparent that the king's ministers had no intention of listening to the special complaints of the representatives of the commanding majority of the French people, but rather were prepared to accept a program of minimal reform proposed by the aristocracy, the Third Estate set up a separate National Assembly. Since the hall that had been reserved for their meetings was, quite casually, close to them – and the building occupied by royal troops – the members adjourned through a pouring rain, to a nearby covered tennis court, and there took an oath – the famous Oath of the Tennis Court – not to separate until they had given the realm a constitution; and in its purpose they where joined by a number of the clergy and some of the nobility who were sympathetic with their aims. When the king's master of ceremonies commanded the Assembly to withdraw, the count of Mirabeau (a noble from Provence with notorious past who had been elected as a representative of the Third Estate) retorted in the name of the people that there would be no withdraw save at bayonet's point. And to that defiant statement all the king could or did say was, in effect, "They want to stay? Well, damn it, let them!" – and he "commanded" the three orders to reconvene, which they finally did as a

[31] *V*. LEFEBVRE, Georges. *Op. cit*., p. 116.
[32] Antigo esporte praticado, desde o século XIII, em locais fechados com a utilização de uma bola. É considerado um dos ancestrais do tênis. *V*. DAVIDSON, Marshall B. *Op. cit.,* p. 131.

> Constitutional Assembly. The court had practically capitulated to the people of France.[33]

Portanto, em 09 de julho, a Assembleia Nacional proclamou-se Assembleia Nacional Constituinte. Seus membros juraram clausura até a promulgação de uma Constituição à França. O rei Luís XVI procurava ganhar tempo, ao mesmo passo em que reunia tropas.[34] No dia seguinte, conforme assevera LEFEVBRE (1966:116), "(...) por proposição de Sieyes, o Terceiro Estado convidou os privilegiados a se unirem a êle, caso contrário dar-se-ia falta aos ausentes."[35]

Não se pode deixar de colacionar a lição de LEFEVBRE (1966:118), no sentido de que

> A revolução burguesa, jurídica e pacífica, realizada pelos homens de lei por meio de processos emprestados ao Parlamento, parecia vitoriosa. Em 7 de julho, a Assembléia nomeou um comitê de constituição, cujo primeiro relatório foi apresentado no dia 9 por Mounier: para a história, daí por diante, ela é a Assembléia

---

[33] Em tradução livre: "Quando se tornou evidente que os ministros do rei não tinham a mínima intenção de ouvir as específicas queixas dos representantes da maioria comandante do povo francês, mas, em contrapartida, estavam dispostos a aceitar um programa de reforma mínima proposto pela aristocracia, o Terceiro Estado instalou uma Assembleia Nacional autônoma. Uma vez que a sala que havia sido reservada para a realização da Assembleia dos Três Estados estava, muito casualmente, fechada para eles – além do fato de estar o edifício ocupado por tropas reais - os membros do Terceiro Estado aventuraram-se através de uma chuva torrencial, em direção a uma quadra coberta próxima, onde se praticava o jogo da péla, e lá fizeram um juramento – o famoso Juramento do Campo de Jogo da Péla – de não se separarem até que houvessem outorgado ao reino uma constituição; e à sua proposta aderiram uma parcela do clero e, também, alguns nobres simpatizantes de sua causa. Quando o mestre de cerimônias do rei ordenou a dissolução da Assembleia, o Conde de Mirabeau (nobre de Provence com o passado notório que tinha sido eleito como representante do Terceiro Estado) respondeu, em nome do povo, que não haveria nenhuma dissolução, salvo sob a força da baioneta. Para tal desafiadora declaração, tudo o que o rei poderia dizer, ou, de fato, disse, foi o seguinte: 'Eles querem ficar? Bem, dane-se, deixe-os!' – E ele 'ordenou' que as três ordens se reunissem, o que finalmente se deu como uma Assembléia Constituinte. A corte havia praticamente cedido ao povo da França".

[34] *Cf.* DAVIDSON, Marshall B., *op. cit.*, p. 131, "Rumors spread about Paris that Louis had summoned several regiments of his army to that area and it was then, as if by reflex action, that the Parisian mobs stormed and destroyed the Bastille. In itself this was not an incident of major consequence, but it became and it remains a symbol of the collapse of the old order". Em tradução livre: "Rumores em Paris davam a notícia de que Luis XVI havia convocado vários regimentos de seu exército para aquela área e era, então, como que por reflexo, a multidão parisiense invadiu e destruiu a Fortaleza da Bastilha. Tal fato não foi, de per si, um incidente de grande monta. Contudo, se tornou – e continua sendo – um símbolo do colapso da velha ordem".

[35] De acordo com LEFEVBRE, a chamada para participação na Assembleia ocorreu entre 12 e 14 de abril de 1789. A ela, vários curas haviam respondido, mas nenhum nobre. *V*. LEFEBVRE, Georges. *Op. cit.,* p. 116.

> Constituinte; no dia 11, La Fayette apresentou seu projeto de declaração dos direitos do homem.

Em 12 de julho, o ministro Necker se demite, aumentando a tensão popular. No dia seguinte, é formada a milícia de Paris, composta por militares e populares. O povo estoca armas e concentra-se na criação de barricadas.[36]

Em 14 de julho, o povo toma a fortaleza da Bastilha[37], eclodindo a revolução, que se manifesta de maneira mais sangrenta no campo: os camponeses saqueiam as posses da nobreza e invadem cartórios, procedendo à queimada de títulos de propriedade. Ao mesmo tempo, boatos que dão a notícia de que bandidos aliciados pelos senhores feudais atacarão os camponeses geram pânico.

Na data de 04 de agosto, a Assembleia Nacional Constituinte inicia reunião com o objetivo de conter a revolta. Para tanto, aprovam a abolição dos direitos feudais. Além disso, as obrigações devidas ao rei e à igreja são suprimidas, restando as obrigações devidas aos nobres, que deveriam ser pagas em dinheiro.[38]

LEFEVBRE (1966:133) faz interessante resumo acerca de tais acontecimentos, historicamente preparatórios da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão:

> Em todo caso, na noite de 4 de agôsto, a Assembléia realizou em princípio a unidade jurídica da nação, suprimiu, com o regime feudal, a soberania da aristocracia nos campos, e esboçou a reforma das finanças na Igreja.

---

[36] *Cf*. LEFEBVRE, Georges. *Op. cit.,* p. 126: "(...) As ruas se guarneceram de barricadas, e esvaziaram-se as lojas dos armeiros. Os eleitores nomearam um comitê permanente e formaram uma milícia. Para armá-la, apropriaram-se de 32.000 fuzis nos Inválidos, na manhã do dia 14, e dirigiram-se à Bastilha em procura de outros."

[37] Cf. *idem*, p. 126-127, o governador da Bastilha, de Launey, "parlamentou. Não dispondo senão de fraca guarnição, havia evacuado as alamedas avançadas, e a multidão ocupou-as; atrás do muro de 30 metros de altura, marginados por um fosso com 25 metros de largura e cheio de água, não havia que temer de um golpe a mão armada. Entretanto, perdendo seu sangue-frio, terminou por abrir fogo. Homens tombaram; outros recuaram em desordem, gritando que tinha havido traição e convencidos de que só lhes tinham permitido o avanço para fuzilá-los mais fàcilmente. Os que estavam armados começaram a metralhar, e o combate prolongou-se, completamente desigual: os agressores perderam uma centena de mortos, enquanto que apenas um sitiado foi atingido. Os 'vencedores da Bastilha' tendo sido posteriormente recenseados, conhecemos um bom número dos combatentes: tôdas as classes da sociedade estão representadas entre êles, mas a maior parte pertencia ao artesanato do bairro Saint-Antoine".

[38] V, *Idem*, p. 131-133.

> Desentulhado o terreno, ela pôde abordar a discussão da declaração que, iniciada em 20 de agôsto, foi terminada, sem se interromper, no dia 26. Proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania nacional, êsse texto constituía "o atestado de óbito" do Antigo Regime anulado pela revolução popular.

O mais importante instrumento jurídico de proteção aos direitos humanos da história, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi aprovada em 26 de agosto de 1789. Redigida com fortes inspirações iluministas, cujo bordão *liberté*, *egalité*, *fraternité* é até hoje lembrado, o documento defende o direito à liberdade e à igualdade de todos perante a lei, além dos direitos de resistência à opressão e de inviolabilidade da propriedade privada.

Sobre tais acontecimentos, assevera DAVIDSON (1971:133)

> Three weeks after the demolition of the Bastille the nobles and the clergy in the Assembly, partly in fear, partly in recognition of the urgent needs of the moment, relinquished all their ancient and timeworn privileges. In one night, August 4, 1789, the entire remaining feudal structure of France was abolished. Later that same month, on August 26, the Assembly issued a Declaration of the Rights of Man and the Citizen, intended as a preface to the constitution it was preparing for the nation, which was reluctantly approved by the king. That document was a bill of rights compounded from precedents earlier established in England and America and from the theories of the *philosophes*. Through it the aspirations of the great reformers of the Enlightenment of Locke, Jefferson, Montesquieu, Rousseau and others – were transmitted to revolutionaries in Europe for generations to come.[39]

Ao tomar a atitude de recusar-se a assinar a declaração, o rei levou a massa parisiense novamente à revolta. O Palácio de Versalhes foi invadido e o

[39] Em tradução livre: "Três semanas após a queda da Bastilha, os nobres e o clero na Assembleia, em parte apavorados, em parte reconhecendo as necessidades urgentes do momento, renunciaram a todos os seus antigos e usufruídos privilégios. Em uma noite, no dia 4 de agosto de 1789, toda a estrutura feudal da francesa remanescente foi abolida. Mais tarde, naquele mesmo mês, em 26 de agosto, a Assembleia emitiu uma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, concebida como um prefácio para a constituição que se estava preparando para a nação, a qual foi aprovada, com relutância, pelo rei. Este documento era uma carta de direitos combinada a precedentes anteriormente estabelecidos na Inglaterra e na América, além das teorias dos filósofos. Através dela, as aspirações dos grandes reformadores do Iluminismo de Locke, de Jefferson, Montesquieu, Rousseau e outros – foram transmitidas aos revolucionários na Europa por diversas gerações".

monarca foi obrigado a alterar sua residência para o Palácio das Tulherias, também em Paris.

Em 1791, a Constituição francesa foi concluída. A chefia do Poder Executivo caberia ao rei, que exerceria tanto a chefia do Estado como a chefia do Governo. À Assembleia, foi reservado o exercício do Poder Legislativo.

Sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, assevera SILVA (2003:158):

> O texto da Declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escorreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas, salvas as liberdades de reunião e de associação que ela desconhecera, firmado que estava numa rigorosa concepção individualista.

Consagrando um importante catálogo de direitos humanos fundamentais acima apontados em seus dezessete artigos, a Declaração destacou, ainda, outros direitos humanos, tais como o princípio da anterioridade em matéria penal, a previsão de associação política, o princípio da presunção de inocência, a liberdade religiosa e a livre manifestação do pensamento.

Aludidos princípios – decorrentes do processo revolucionário francês – ressaltam a importância do homem na sociedade e visam à proteção de seus direitos através da concessão de garantias, cujo reconhecimento implicou na inexorável extinção do antigo Estado Absolutista.

A Constituição francesa, por sua vez, trouxe uma eficiente regulamentação dos direitos humanos, consagrando em seu corpo um importante catálogo de direitos, entre os quais se podem citar o livre acesso aos cargos públicos, a proporcionalidade entre os crimes e as penas a eles cominadas, a liberdade de imprensa e de profissão, além dos direitos políticos.

1.6. Comparação entre as Declarações de Direitos e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

Em relação à Declaração Universal francesa, que apresentava caráter genérico e voltado para toda a coletividade, as Declarações de Direitos – como a Declaração de Direitos de Virgínia – estavam centradas nas situações individualizadas que afetavam determinadas regiões.

Conforme ensina José Afonso da Silva, enquanto as Declarações como a de Virgínia e de outras ex-colônias inglesas na América centravam-se em situações particulares que afligiam suas comunidades internas, a Declaração Universal de Direitos francesa de 1789 é mais abstrata, universalizante.

Manifestava-se o documento francês em um instrumento que era, antes de tudo, filosófico e jurídico, cujo objetivo era prenunciar a chegada de uma sociedade ideal. Seus princípios transcendem os indivíduos do país, buscando um alcance universal. Por fim, seu principal foco é a proteção do indivíduo contra o Estado. Por isso Jacques Robert elenca as características presentes no documento francês, apontando o intelectualismo, o mundialismo e o individualismo.[40]

1.7. Constitucionalismo liberal dos séculos XIX e XX

A constante evolução no campo dos direitos humanos prosseguiu durante o constitucionalismo liberal levado a efeito durante todo o século XIX.

Conforme a tradição já consagrada durante o decorrer do século XVIII, os documentos constitucionais do século XIX possuem foco na garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política ou democracia burguesa. A explicação deste fenômeno é realizada por SILVA (2003:159):

---

[40] *Cf.* ROBERT, Jacques. **Les libertés publiques**. Paris: Éditions Monchréstien, 1971. p. 44. V. também SILVA, José Afonso da. *Op. cit*., p. 158.

> Isso se explica no fato de que a burguesia, que desencadeara a revolução liberal, estava oprimida apenas politicamente, não economicamente. Daí por que as liberdades da burguesia liberal se caracterizam como liberdades-resistência ou como meio de limitar o poder que, então, era absoluto.

Porém, o desenvolvimento da industrialização e a expansão da classe operária resultaram no fenômeno da necessidade de especial proteção a seus interesses, visto o grande contingente de pessoas na mesma situação econômicossocial. A opressão ao povo, aqui, não se fundava exclusivamente no poder político do Estado, mas também no poder econômico capitalista. De acordo com SILVA (2003:159), “de nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha (...) de condições materiais para exercê-las”.

Com foco nessa preocupação, destacam-se, dentre as mais importantes Leis Maiores, as constituições de Cádis, a portuguesa, a belga e a francesa de 1848.

A Constituição espanhola de Cádis, promulgada em 19 de março de 1812, consagrava o princípio da legalidade e estabelecia restrições aos poderes do monarca. No campo dos direitos humanos, importantes inovações foram introduzidas, como o princípio do juiz natural, a impossibilidade de cobrança arbitrária de tributos e a desapropriação mediante justa indenização.

A Lei Maior de Portugal, datada de 23 de setembro de 1822, inovou o ordenamento jurídico ao fazer previsão da necessidade de prévia e justa indenização para o caso de desapropriação, além de prever direitos humanos fundamentais como a livre comunicação de pensamento, a liberdade de imprensa, o livre acesso aos cargos públicos, além das inviolabilidades de domicílio e da comunicação e correspondência.

A Constituição belga de 07 de fevereiro de 1831 também se preocupou com a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, proclamando – além dos já

contemplados na Constituição portuguesa – o direito de reunião e associação e o direito à liberdade de culto.

A Constituição francesa de 1848, por sua vez, fazia a previsão de direitos como a liberdade do trabalho e da indústria[41], além da assistência aos desempregados, aos idosos sem recursos, aos doentes e aos infantes expostos.

No século XX, destacam-se os diplomas constitucionais cuja característica principal revela a preocupação social, transcendendo a esfera individualista até então presentes nas constituições. Destacam-se, aqui, as Constituições mexicana, alemã, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado e a *Carta del Lavoro*, editada pelo Estado fascista italiano.

A Constituição mexicana, promulgada em 31 de janeiro de 1917, é historicamente consagrada por ser a primeira a apresentar a preocupação dos direitos humanos individuais com claras projeções sociais, como, a exemplo, os direitos trabalhistas. Porém, esse conjunto de direitos sociais estava restrito ao critério de participação do Estado na ordem econômica e social.[42]

A Constituição alemã de Weimar, de 11 de agosto de 1919, fazia previsão de direitos e garantias individuais do povo alemão, além de consagrar direitos relacionados à vida social, à religião e às igrejas, à vida econômica da nação e à educação. SILVA (2003:160) atenta para o seguinte:

> Os direitos sociais e econômicos, dentro do regime capitalista, estão reconhecidos e garantidos ao lado dos direitos individuais, como na Constituição mexicana, que é mais avançada do que aquela. Mas foi a de Weimar que exercera maior influência no constitucionalismo de pós-Primeira Guerra Mundial, até na brasileira de 1934.

---

[41] A previsão se encontra no artigo 13, pelo qual a Constituição garante "*aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie. La société favorise et encourage le développement du travail par l'enseignement primaire gratuit, l'éducation professionnelle, l'égalité de rapports entre le patron et l'ouvrier, les institutions de prévoyance* (...)." Em tradução livre, referida Constituição garante "aos cidadãos a liberdade do trabalho e da indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho para a gratuidade do ensino primário, a educação profissional, a relação igualitária entre patrão e trabalhador, os fundos de pensões (...)".

[42] *Cf.* SILVA, José Afonso da. *Op. cit*., p. 160.

Na União Soviética, destaque deve ser dado à Declaração Soviética do Povo Trabalhador e Explorado, aprovada em 17 de janeiro de 1918 pelo Terceiro Congresso Panrusso dos Sovietes e oriunda da revolução de outubro de 1917. Marcada por teses socialistas de Marx, Engels e Lênin, seu objetivo era a supressão de toda a exploração do homem pelo homem, visando a abolição da divisão social em classes e o esmagamento impiedoso dos opressores. Foi precursora da instauração da organização socialista da sociedade e almejava a expansão do socialismo a todos os países.

A Declaração não reconhecia as garantias dos direitos individuais. Sua esperada influência universal também não se concretizou. Em decorrência, não tardou o advento da Constituição Soviética de 10 de julho de 1918 que, dentre outras peculiaridades, privou os indivíduos e grupos particulares dos direitos que poderiam usar em detrimento dos interesses da revolução socialista, além de centralizar a informação e elevar a dogma constitucional o princípio pelo qual quem não trabalha não se alimenta.

Em 21 de abril de 1927, a Carta do Trabalho italiana – ou *Carta del Lavoro* –, apesar de embebida pela doutrina fascista, apresentou grande avanço no que tange aos direitos sociais dos trabalhadores, fazendo previsão da magistratura trabalhista, da liberdade sindical, da possibilidade de realização de acordos coletivos de trabalho, remuneração diferenciada ao trabalho noturno, além da previsão de férias após um ano contínuo de serviço, da garantia do repouso semanal remunerado e da previsão de previdência social.

Todos os avanços, até então, concentravam-se dentro dos limites territoriais dos Estados, sem a almejada permeabilidade internacional. No entanto, a segunda metade do século XX se destaca pela efetiva consolidação dos direitos humanos no plano político internacional através da implementação de mecanismos específicos para sua garantia.

1.8. A universalização dos direitos humanos

Os documentos históricos editados durante o século XIX – e até metade do século XX – se ocuparam, claramente, do reconhecimento *interna corporis* de cada Estado dos direitos humanos. Por sua vez, o século XX – especialmente após a Segunda Guerra Mundial – apresentou a progressiva preocupação e consequente incorporação dos direitos humanos no plano internacional.

Essa transposição do reconhecimento constitucional dos fundamentais direitos humanos – movimento cuja acentuação de deu após a segunda metade do século XX –, resultou na criação de um novo polo de interesse e seu consequente campo de atuação, incentivando o advento de documentos internacionais, firmados no plano supraestatal e com foco na efetivação e proteção dos direitos humanos.

De acordo com SILVA (2003:162):

> O sentido universalizante das declarações de direitos, de caráter estatal, passou a ser objeto de reconhecimento supraestatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal. As primeiras manifestações nesse sentido foram propostas de organismos científicos internacionais, visando estender a defesa dos direitos humanos a todos os países e a todos os indivíduos de todas as nacionalidades (...), de que é exemplo o projeto de "Declaração dos Direitos Internacionais do Homem", redigido pelo Instituto de Direito Internacional, em 1928-1929. Um passo concreto foi dado quando os vinte e um países da América se reuniram em Chapultepec (México) no início do ano de 1945, firmando a tese de que um dos primeiros objetivos das Nações Unidas deveria ser a redação de uma carta dos direitos do homem. Daí que a Carta das Nações Unidas (26.6.45) ficaria impregnada da idéia do respeito aos direitos fundamentais do homem (...).

A urgência na elaboração de políticas versadas para a proteção dos direitos humanos teve como fator decisivo a derrocada do regime nazista alemão. As atrocidades levadas a durante sua vigência, com a presença de campos de

concentração e avançadas técnicas de extermínio em massa através do emprego de câmaras de gás e compartimentos crematórios deixaram o mundo perplexo quando revelados pelos Aliados[43].

O final da Segunda Guerra Mundial jogou uma pá de cal sobre as pretensões totalitárias dos países que compunham o Eixo[44]. Ao mesmo tempo, os países vencedores demonstraram imensa preocupação com a proteção dos direitos humanos, a fim de evitar que atrocidades da magnitude das perpetradas pelos Estados vencidos fossem novamente realizadas após a cessação do conflito armado.

Assim, reunidos em conferência na cidade de São Francisco, na Califórnia (EUA), realizada no ano de 1945, os Aliados criaram a Organização das Nações Unidas, organismo internacional que substituiu a então Liga das Nações[45].

1.8.1. A Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos

Em 1945, mais precisamente no dia 26 de junho, foi assinada em São Francisco (EUA) o instrumento constitutivo da Organização das Nações Unidas. Por ter natureza jurídica de tratado internacional, os países signatários – em número de cinquenta e um, a princípio – se obrigaram a seus termos.

Batizada de Carta da ONU – ou Carta de São Francisco –, o documento anunciou, de forma genérica, diversos princípios de direitos humanos decorrentes de uma humanidade ainda traumatizada com as feridas ocasionadas pelas tragédias que resultaram da Segunda Guerra Mundial. Contemplou a Carta a

[43] União bélica liderada pelas potências França, Reino Unido, Estados Unidos da América e União Soviética. O Brasil também a integrou, enviando, em 1941, as Forças Expedicionárias Brasileiras (FEB). Para informações sobre a FEB, *v*. <http://www.anvfeb.com.br/>. Acesso em 30 de junho de 2010.

[44] Alemanha, Itália e Japão.

[45] A Liga das Nações (ou Sociedade das Nações) foi uma organização internacional criada ao final da Primeira Guerra Mundial, cujo escopo residia na elaboração de um tratado de paz e reorganização das relações internacionais no pós-guerra. O pacto para sua criação constituiu os primeiros trinta artigos do Tratado de Versalhes.

criação de uma comissão de direitos humanos[46] que, em três anos, elaborou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em Paris no dia 10 de dezembro de 1948.

A criação da Comissão de Direitos Humanos se revelou deveras importante. A Carta de ONU de 1945, ao contemplar um extenso conjunto de princípios de direitos humanos, deixou de delimitar seu conteúdo – o que só ocorreu com a edição, em 1948, da Resolução conhecida como Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Assembléia Geral da ONU.

Após a efetiva criação da ONU e da elaboração da Declaração Universal, diversos foram os instrumentos normativos que se prestaram à defesa e efetivação dos direitos humanos. Macrossistemas foram criados – como os sistemas Interamericano, Europeu e Africano, compostos por comissões e cortes de direitos humanos – com exceção do africano, que não dispõe de corte – que nutrem o objetivo de garantir o respeito a estes comezinhos direitos de acordo com as peculiaridades de suas circunscrições, dado o imenso óbice que se revela através do multiculturalismo mundial – um dos principais entraves para a uniformização e universalização de sua proteção.

1.9. Teoria das gerações de direitos humanos

Os direitos humanos, dada sua indiscutível natureza, estão intimamente atrelados às mais básicas necessidades humanas. Consagrados há milênios pelos mais antigos documentos declaratórios de direitos, encontram-se em esfera academicamente fértil, visto que estão em constante mutação.

[46] Carta da ONU, artigo 68: “O Conselho Econômico e Social criará comissões para os assuntos econômicos e sociais e a proteção dos direitos humanos assim como outras comissões que forem necessárias para o desempenho de suas funções.”

Ora, como frutos da evolução social, sabe-se ser absolutamente dinâmica a transformação que a globalização leva a efeito nos povos atuais. Desta forma, como classificar os direitos humanos?

A mais relevante teoria de classificação dos direitos humanos foi realizada por Karel Vašák. Nascido na Checoslováquia, formou-se em direito na França, onde permaneceu após a invasão soviética realizada contra seu país de origem, em 1968. Foi Diretor da Divisão de Direitos Humanos da UNESCO, órgão da ONU responsável pela proteção dos patrimônios cultural, educacional e científico mundiais.

Em 1979, proferiu aula inaugural no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, sob o título *pour les droits de l'homme de la troisième génération: les droits de solidarieté*[47], onde traçou um paralelo entre os ideais da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – e os direitos humanos das chamadas primeira, segunda e terceira gerações.

Sobre o tema, colaciona Sergio Resende de Barros:

> Tendo por referência o direito nacional das nações culturalmente integradas no "mundo ocidental", nas duas últimas décadas muito se tem falado em "gerações de direitos". Pioneiro dessa expressão foi Karel Vasak (...). Aí nasceu a idéia de que os direitos do homem chegam a uma terceira geração: os direitos de solidariedade. Na época, Vasak era Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz da UNESCO. Dada a sua posição institucional, como também o "charme" francês da divisão que fez, alinhando os direitos humanos com o lema da Revolução de 1789, sua palestra teve enorme repercussão na França. Tornou-se uma especiaria do didatismo francês. A França serviu e ensinou ao mundo ocidental o modismo de dividir os direitos humanos em "gerações de direitos". Originalmente, ainda presa à conferência que a lançou, a divisão consoou com o tríplice brado – liberdade, igualdade, fraternidade – que ressoou na ordem política em 1789, na voz de uma ideologia não-

[47] Pelos direitos do homem da terceira geração: os direitos de solidariedade.

> intervencionista na ordem econômica e social, mas reclusamente individualista.[48]

Nos moldes da divisão realizada por Vašák, a primeira geração de direitos humanos ocupa-se dos direitos de liberdade. Desta forma, aqui residem os direitos individuais de liberdade, compreendidos como civis e políticos, como a liberdade religiosa, econômica, política e de expressão. Consistem em direitos individuais típicos de um Estado Liberal. Aqui, a proteção do indivíduo consiste na inércia do Estado, em um não agir. Dessa forma, são conhecidos como prestações negativas do Estado – o Estado não age para que o particular possa gozar de seu direito de liberdade.

Apesar do emprego do termo *gerações* por Karel Vašák – e exaustivamente repetido nas doutrinas pátrias –, há posição doutrinária que aponta dar o vocábulo *geração* a idéia de superação, de evolução[49]. Para ela, quando se estuda as gerações de direitos humanos, cria-se a falsa impressão de que a segunda geração seria a superação, a evolução da primeira – o que é absurdo. Desta forma, prefere o emprego do vocábulo *dimensão*, remetendo o exegeta à idéia de complementaridade, de comunhão entre os direitos. Assim, a esfera que engloba os direitos de primeira geração é complementar a dos direitos de segunda e terceira, sendo certo que o inverso é verdadeiro.

Portanto, por serem as gerações de direitos humanos simples divisões acadêmicas dos importantes direitos que contêm, mostra-se também adequada a utilização do vocábulo *dimensões*, visto que evidencia a complementação entre as diversas gerações, revelando, de maneira satisfatória, o caráter de fusão que deve nortear a compreensão do tema.

Nessa esteira, a segunda geração – ou *dimensão* –, por sua vez, engloba os direitos humanos de igualdade, tais como os direitos econômicos, sociais e culturais. São, portanto, direitos humanos coletivos e, sob tal aspecto, transcendem a esfera individual. Ao contrário dos direitos da primeira, os da

---

[48] BARROS, Sergio Resende de. **Três gerações de direitos humanos**. Disponível em http://www.srbarros.com.br/pt/tres-geracoes-de-direitos.cont. Acesso em 08 jan. 2010.
[49] *Cf. Idem*. *Op. cit*., *loc. cit.*

segunda geração são típicos de estados sociais e democráticos e sociais, reivindicando prestações positivas do agente estatal para que sejam assegurados. Aqui, o Estado age para que os indivíduos possam usufruir dos direitos da coletividade.

Pode-se traçar um paralelo entre a sistemática liberal norteamericana do pós-Segunda Guerra e o regime social da antiga União Soviética. Enquanto, nos Estados Unidos da América, havia uma total inércia do Estado perante as liberdades individuais, consagrando o *american way of life*, na União Soviética o Estado gozava da posição de gerente do bem comum. Era ele o detentor dos meios de produção, sendo certo que suas políticas eram voltadas para todos os cidadãos, de forma a assegurar a igualdade pregada pelo então almejado regime comunista.

Na terceira geração – ou *dimensão* – residem os direitos de fraternidade, que são direitos difusos e tangentes a toda a humanidade. Aqui, destacam-se o direito à paz, ao meio-ambiente sadio e equilibrado, ao desenvolvimento e quaisquer outros que sejam relativos aos particulares incluídos na sociedade globalizada.

Não se pode deixar de ressaltar que as ações humanas são hoje compreendidas como autônomas em sua conduta, porém coletivas ou difusas em seu resultado. Desta forma, se o meio-ambiente, *v.g.*, é depredado por queimadas na Floresta Amazônica que lançam imensas quantidades de dióxido de carbono (CO2) na atmosfera e contribuem para o fenômeno do aquecimento global, é certo que a qualidade universal do meio-ambiente estará prejudicada, posto que a comunidade internacional sofrerá as consequências desta ação.

Sérgio Resende de Barros, acerca do tema, tece as seguintes considerações:

> (...) a primeira geração: direitos individuais, buscando a liberdade individual. Obviamente, quando a voz dessa ideologia liberal foi abafada pelos trovões da Questão Social, desencadeada pelo capitalismo selvagem nos meados do século 19, logo secundados pelos brados que

> incitavam o dirigismo cultural e o intervencionismo econômico do Estado na ordem social, sobreveio uma segunda geração: direitos econômicos, sociais e culturais, buscando a igualdade social. Na seqüencia, para ir de direitos de igualdade social a direitos de fraternidade social, o passo foi curto. Foi provocado pelas hecatombes e holocaustos da primeira metade e teorizado por Karel Vasak na segunda metade do século 20. Surgiram os direitos de solidariedade no âmbito do direito internacional. Suas primeiras manifestações emergiram em documentos da ONU e da UNESCO. Essa origem próxima se explica em função do quadro político que lhes deu causa imediata. Foi um quadro de emergência e aguçamento dos problemas relativos à ordem global, não simplesmente internacional, mas realmente supranacional. Especial relevância teve a conscientização de que o mundo está partido em nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, bem como o reconhecimento de que é necessário o respeito à qualidade de vida e, para esse fim, é imprescindível a solidariedade entre os humanos.[50]

Contudo, a doutrina especializada aponta outras classificações, além de críticas à divisão dos direitos humanos em gerações.

MELLO (2004:839) salienta que

> (...) há direitos inclassificáveis como o direito ao trabalho que é um direito social, mas também faz parte das liberdades públicas. O direito à propriedade é um direito econômico e civil ao mesmo tempo. A Corte Européia de Direitos Humanos afirma que não há uma divisão entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos e sociais. Afirmar que os direitos humanos são indivisíveis significa que são complementares e devem ser compatíveis.

Atualmente, há uma forte tendência doutrinária expansionista das gerações de direitos humanos para reconhecer a existência de uma quarta[51] e até

---

[50] *Ibidem.*

[51] Celso D. de Albuquerque Mello aponta para a existência de uma quarta geração, afirmando que “as denominações acima não são sempre corretas, por exemplo, a solidariedade existe igualmente em outros direitos humanos de 4ª geração que são o resultado da globalização como o direito à democracia e o direito à informação. Outros autores falam em direitos humanos de 4ª geração devido ao avanço das tecnologias de informação e comunicação, como o *habeas data*, isto é, o indivíduo controlar os dados relativos a ele”. *In*: MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 838.

quinta geração[52]. Porém, apesar de irem ao encontro do apelo acadêmico do tema, tais distinções se revelam inúteis, posto que os demais direitos humanos que, porventura, venham a ser assegurados, amoldar-se-ão com perfeição às gerações já existentes.

[52] *Cf*. FELICIANO, Guilherme Guimarães (**Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 910, 30 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7810>. Acesso em: 08 jan. 2010.), "Para nós, há uma nova geração de direitos humanos fundamentais que se prenuncia com as novas titularidades que se já se esboçam a jusante, especialmente em matéria de *direitos intergeracionais* (direitos das futuras gerações). Poderiam ser esses os direitos de quarta geração (como, *e.g.*, o direito das futuras gerações à preservação do genoma humano fundamental)."

2. A defesa dos direitos humanos no plano internacional

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é ramo extremamente recente na ciência do Direito, posto que seu marco inicial foi a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), logo após o final da Segunda Guerra Mundial, em 1945. Porém, conforme ensina DURÁN (2002:61):

> Aunque el moderno DIDH solamente tiene 56 años de antigüedad, pues nace com la Carta NU de 1945, sus raíces legales y filosóficas se inspiran em antecedentes históricos más remotos que conviene tener em cuenta, porque explican muchas claves de su progressiva positivación y formación.[53]

Não é diferente a conclusão de BARBOZA (2000:31), acerca da proteção a tão importantes direitos:

> Depending on how we look at it, the history of international criminal law may be very short, even recent, or it may be traced back to rather remote times. Essentially, as a form of trans-jurisdictional law, it is very old (…).[54]

Evidente que as referências levadas a efeito pelos autores acima citados noticiam a existência de instrumentos normativos antigos que, inspirados por

[53] Em tradução livre: "Embora o moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos possua somente 56 anos de vida, pois nasce com a Carta das Nações Unidas de 1945, suas raízes legais e filosóficas se inspiram em antecedentes históricos mais remotos que convém levar em conta, pois explicam muitas etapas de sua progressiva positivação e formação".

[54] Em tradução livre: "Dependendo da forma como a encaramos, a história do direito penal internacional pode ser muito curta, até recente, ou pode retroagir a tempos mais remotos. Essencialmente, como uma forma de direito trans-jurisdicionais, é muito antigo (...)".

ideais filosóficos de proteção ao homem e sua integridade, desbravaram as eras de forma a garantir um maior rol de direitos referentes aos seres humanos.

De acordo com COMPARATO (2004:437), o primeiro Tribunal Penal Especial surgiu na cidade de Breisach, Alemanha, em 1474, com o objetivo de julgar e, posteriormente, condenar – como de fato ocorreu – Peter Von Hagemach por violações às leis Divinas e Humanas, pois autorizou que suas tropas estuprassem, matassem civis e pilhassem propriedades. Este Tribunal era composto por 27 juízes advindos do Sacro Império Romano-Germânico.

Por muitos anos, então, não houve noticias da criação de um Tribunal Penal até o fim da primeira grande guerra mundial, em que os crimes praticados alçaram o repudio da comunidade internacional. Nesse sentido, leciona COMPARATO (2004:437):

> Esse natural sentimento de justiça decorria também da consciência de que os principais responsáveis pela guerra haviam, sem qualquer justificativa, violado as regras mais elementares da convivência entre os povos, das relações internacionais, dos tratados e convenções entre as nações, do costume e das leis da guerra e, acima de tudo, da moral universal. Os governantes das principais nações não escaparam ao condicionamento desse expressivo e generalizado movimento de idéias em favor da paz e de uma justiça repressiva supranacional para julgar os autores de crimes de guerra e contra a humanidade, cometidos durante aquele sinistro período da história mundial.

Não obstante, as violações a esses direitos anteriores a 1945 estavam restritas ao ordenamento jurídico interno do país onde se dera a conduta ou onde houvera a consumação do resultado, de acordo com a teoria dominante[55]. Após a

[55] O Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2848, de 07/12/1940), por exemplo, adotou a Teoria da Ubiquidade quanto ao local do crime e que nada mais é que a união entre as Teorias da Ação e do Resultado, disciplinando, em seu artigo 4º, o seguinte: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado.” É importante ressaltar que a atual redação dada à referida norma legal, apesar de reformulada pela Lei nº 7209, de 11/07/1984, manteve a consagração da referida teoria, *verbis*: “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.”

Segunda Guerra Mundial – o maior conflito bélico até hoje enfrentado pela humanidade –, a comunidade internacional buscou a proteção dos direitos das pessoas humanas através de um movimento de internacionalização das instituições, visando erradicar do globo atrocidades como as perpetradas pelos países do Eixo.

O desenvolvimento dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos se intensificou ao longo do século XX, levando a doutrina a tipificá-lo como Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nas palavras de DURÁN (2002:61):

> (...) el desarrollo del moderno DIDH em la segunda mitad del siglo XX ha sido tan espetacular, e intenso su proceso de formación, que ya es posible esbozar una teoria general del mismo o, si se prefiere, su régimen jurídico básico. A estos efectos, ofereceremos una definición del DIDH, indentificaremos el fundamento y los prinicipios sobre los que se asienta, los caracteres que lo perfilan, los sujetos y actores que lo animan así como las estrategias utilizadas para su desarrollo.[56]

Dentre as diversas instituições havidas para a defesa desses direitos, algumas merecem destaque, de forma que se apresentam como embrião do Tribunal Penal Internacional – único tribunal internacional com jurisdição permanente no mundo.

Porém, antes de iniciar o estudo dos órgãos judiciais, se mostra pertinente uma breve análise da evolução da proteção aos direitos humanos no período compreendido entre o término da Primeira Guerra Mundial e início da Segunda Guerra Mundial.

[56] Em tradução livre: “o desenvolvimento do moderno DIDH na segunda metade do século XX tem sido tão espetacular, e intenso seu processo de formação, que já é possível esboçar uma teoria geral do mesmo ou, se preferir, seu regime jurídico básico. Para este fim, ofereceremos uma definição do DIDH, identificaremos o fundamento e os princípios sobre os quais se assenta, as características que expõe, os sujeitos e atores que lhe conferem vida, além das estratégias utilizadas para seu desenvolvimento”.

2.1. Tribunais *ad hoc* no pós-Primeira Grande Guerra

Após séculos de julgamentos medievais, a Primeira Guerra Mundial – que perdurou durante 1914 e 1918 – revelou-se importante na implementação do Direito Internacional. Até então, nunca uma instituição internacional dispunha da legitimidade para o julgamento de um Chefe de Estado. Eventuais crimes cometidos por dirigentes de nações dentro de suas respectivas soberanias não eram atingidos pelo Direito Internacional antes do final da Primeira Guerra, de forma que se o ordenamento jurídico interno se revelasse ineficaz, certamente o crime do Chefe de Estado ficaria impune, uma vez que a soberania dos Estados era absoluta.

O primeiro tratado internacional que merece destaque é o assinado em Versalhes, em 28 de junho de 1919, entre as potências vencedoras da Guerra (Tríplice Entente[57], liderada, então, pela França) e as potências vencidas (Tríplice Aliança[58], sob liderança da Alemanha). Sobre o instrumento internacional, KRIEGER (2006:127) disserta:

> Sob um pesado embargo naval, a Alemanha viu-se obrigada a ratificar o Tratado de Versalhes que, entre outras cláusulas, continha pesadas indenizações de guerra em seu art. 231[59] e a necessidade de julgamento do *Kaiser Wilhelm II* por haver ofendido de forma suprema a moralidade internacional e a santidade dos tratados, através do art. 227 do mesmo tratado e, para tanto, seria criado um tribunal internacional especial.

Entretanto, o *Kaiser* fugiu para a neutra Holanda, que negou sua extradição sob o pretexto da irretroatividade da lei penal[60] (*nullum crimem, nulla*

---

[57] Aliança militar entre França, Inglaterra e Império Russo, que buscava conter o pangermanismo (movimento político do século XIX que defendia a união dos povos germânicos da Europa Central) e as expansões alemãs e austro-húngaras pela Europa.

[58] Acordo militar entre Alemanha, Áustria-Hungria e Itália, a fim de garantir apoio mutuo no caso de ataque perpetrado por Estado estrangeiro sobre uma das partes.

[59] Reza o dispositivo: “The Allied and associated governments declare, and Germany accepts the responsibility for, all the loss and damage suffered by the Allied and associated governments as a consequence of the war imposed upon them by the aggression of Germany and her allies”. *Cf*. SUNGA, Lyal S. **The emerging system of international criminal law**: developments in codification and implementation. The Hegue/London/Boston: Kluwer Law International, 1997. p. 280.

[60] *Cf*. KRIEGER, César Amorim. **Direito internacional humanitário**: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional. Curitiba: Juruá, 2006, p. 128.

poena sine praevia lege[61]). É claro que a discussão restou centrada na questão da legitimidade do tribunal criado para julgar Wilhelm von Hohenzollern, tendo em vista um ato por ele praticado (violação à moralidade internacional e a santidade dos tratados). Trata-se de tribunal *ad hoc*[62], cuja instalação se fundamenta em ato pretérito, ou seja, anterior à sua criação e, por isso, sua legitimidade fora contestada. Assevera BARBOZA (2000:33):

> Articles 227 and 228 of the Versailles Peace treaty followed the general lines set out by the 1919 Commission: article 227 pronounced that Kaiser Wilhem II was to be prosecuted before an *ad hoc* international tribunal "for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties". Article 228 extended the treatment to Germany military and civilian officers accused of having violated "the laws and customs of war".[63]

A inovação do dispositivo do tratado em exame reside na possibilidade de julgamento de pessoa por tribunal internacional, transcendendo a então soberania do Estado ao submeter um nacional à jurisdição internacional. Nas palavras de KRIEGER (2006:128):

> A iniciativa de julgar o ex-imperador alemão simbolizou a possibilidade de um chefe de Estado vir a ser individualmente responsabilizado pelo Direito Internacional por iniciar uma guerra de agressão, significando que os delegados da conferência que redigiram o Tratado de Versalhes, levantando a idéia de que a imunidade estatal do soberano – *sovereign State*

---

[61] *V*. *ibidem*, p. 128, nota 342: "nenhum crime, nenhuma pena sem uma prévia lei que prescreva (...). Interessante observar que este brocardo está inserido no Código Penal brasileiro, em seu art. 1º: 'Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.' O mesmo ocorrendo no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, que determina 'não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal'".

[62] Os tribunais *ad hoc* ou *ad persona* (criados, respectivamente, para o julgamento de fatos cometidos anteriormente à sua instalação ou para o julgamento de pessoa específica) – não se confundem com aqueles denominados *tribunais de exceção*, que são proibidos pelos ordenamentos dos atuais Estados Democráticos (e Sociais) de Direito, a exemplo da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 5º, XXXVII, de sua Constituição Federal: "não haverá juízo ou tribunal de exceção". Sobre o assunto, v. nota 1, acima.

[63] Em tradução livre: "Os artigos 227 e 228 do Tratado de Paz de Versalhes seguiram as linhas gerais definidas pela Comissão de 1919: o artigo 227 determinou que o Kaiser Wilhem II deveria ser processada perante um tribunal internacional *ad hoc* 'por ofensa suprema à moral internacional e à santidade dos tratados'. O artigo 228 estendeu tal tratamento aos oficiais militares e civis da Alemanha acusados de ter violado 'as leis e costumes da guerra'".

> *immunity* – é rejeitada pelos líderes políticos acusados de responsáveis por agressão bélica.

Ademais, o artigo 229 do Tratado de Versalhes, de 1919, possibilitava o julgamento de pessoas acusadas de atos tipificados como crimes de guerra cometidos durante a Primeira Guerra Mundial pelos tribunais militares das potências vencedoras. SUNGA (1997:281) descreve o citado dispositivo legal:

> Persons guilty of criminal acts against the nationals of one of the Allied and Associated Powers Will be brought before the military tribunals of that Power. Persons guilty of criminal acts against the nationals of more than one of the Allied and Associated Powers will be brought before military tribunals composed of members of the military tribunals of the Powers concerned (…).[64]

Importante ressaltar a observação que fazem LIMA e BRINA (2006:07) sobre o citado tribunal, *verbis*:

> Seu processo de formação, ainda em 1919, embora não tenha logrado êxito, foi impulsionado pelo sentimento de indignação ante os efeitos nefastos das hostilidades acometidas em tempos de beligerância. Posteriormente às duas Guerras Mundiais e outros tantos conflitos com repercussões internas e internacionais, proporcionaram o desenvolvimento das bases fundamentais do direito Internacional penal. Nesse sentido, os Tribunais Militares Internacionais *ad hoc* estabelecidos após a Segunda Guerra Mundial, mesmo que a duras críticas, surgiram em resposta às atrocidades perpetradas pelos "grandes criminosos de guerra" do Eixo Europeu.

Outra questão interessante e que serviu como fator para a mudança de perspectiva que culminaria na criação, em 1998, de um tribunal penal internacional com jurisdição permanente consistiu na percepção de que os violadores das normas de guerra não devem ser julgados por seus próprios tribunais.

---

[64] Em tradução livre: "Pessoas culpadas de crimes contra os nacionais de uma das Potências Aliadas e Associadas serão colocados perante os tribunais militares dessas potências. Pessoas culpadas de crimes contra os nacionais de mais de uma das Potências Aliadas e Associadas serão levados ao crivo de um tribunal militar composto por membros dos tribunais militares das potências em questão (...)".

Tal constatação resulta da experiência alemã, que procedeu ao julgamento de restrito número de suspeitos de cometimento de violações às normas de conflitos armados através de sua Câmara Criminal da Corte Imperial de Justiça – Suprema Corte do *Reich* em Leipzig – como forma de evitar o julgamento de grande número de oficiais por tribunais pertencentes às potências vencedoras da Primeira Grande Guerra. Nas palavras de KRIEGER (2006:129):

> Durante a realização da conferência de Paz em Paris, realizada em fevereiro de 1920, os aliados demandaram junto à Alemanha, a extradição de oitocentos e noventa e seis cidadãos alemães acusados de violarem o Direito de Guerra (...).
> O chefe da delegação alemã presente nesta conferência de paz, Kurt von Lersner, negou-se a receber a lista e retirou-se para Berlim. Em contrapartida, a Alemanha ofereceu-se para julgar um número seleto de suspeitos, através de sua Câmara Criminal da Corte Imperial de Justiça (...) – fato aceito por sugestão do Reino Unido, pelos Aliados. (...)
> Interessante observar que, dos militares julgados, três tinham a patente de general – Hans von Schock, Benno Kruska e Karl Stenger, todos inocentados. Este julgamento foi desapontador para os países aliados mas não para a opinião pública e imprensa alemãs, pois foram extremamente hostis ao procedimento, chegando a ponto dos observadores britânicos serem retirados do local sob escolta policial.
> Deduz-se assim que o inédito julgamento de Leipzig mostrou que, em certos casos, em especial nos momentos de violação às normas de conflitos armados contidas no Direito Internacional, também os nacionais não deverão ser julgados pelos seus próprios tribunais oficiais.

Contudo, o pioneirismo da comissão responsável pela elaboração do Tratado de Versalhes deve ser ressaltado, como faz BARBOZA (2000:34):

> The work of this Commission, although nothing resulted from it at that time, is however a valuable precedent for the trials that took place after the Second World War. The United Nations simply put into practice most of the ideas contained in the Report of the Commission.[65]

[65] Em tradução livre: “O trabalho desta Comissão, embora em nada tenha resultado até o momento, configura valioso precedente para os julgamentos que tiveram lugar após a Segunda Guerra Mundial.

Não obstante, os avanços na proteção internacional dos direitos humanos também merecem destaque, como faz DURÁN (2002:69):

> Concluida la Primera Guerra Mundial, la Sociedad de Naciones se ocupo de los siguientes aspectos en materia de derechos humanos: el regimen de mandatos, que impuso obligaciones a las potencias mandatarias en relación con la población de los territorios sujetos a mandato; la prohibición de la esclavitud; la protección de los refugiados; y la protección del trabajador, confiada a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a partir de su estabelecimento em 1919 (fecha de su Constitución) y de 1944, en que se adopta la Declaración de Filadélfia, que consagra la libertad sindical com un principio constitucional de esa Organización.[66]

Superado esse período, a humanidade enfrentou, após o final da Segunda Guerra Mundial, novas violações aos seus mais comezinhos direitos, bem como viu o surgimento de outros tribunais *ad hoc*.

2.2. Tribunais militares de Nuremberg e Tóquio

Com os Aliados (Estados Unidos da América, Reino Unido, França e União Soviética) sagrando-se vencedores da Segunda Grande Guerra após a derrocada das forças do Eixo, foram instaurados dois tribunais para o julgamento dos crimes cometidos pelos vencidos – um em Nuremberg, na Alemanha, e outro em Tóquio, no Japão –, de forma que seriam levados a julgamento os cidadãos alemães

---

A Organização das Nações Unidas simplesmente colocou em prática a maioria das idéias contidas no relatório da Comissão".

[66] Em tradução livre: "Concluída a I Guerra Mundial, a Sociedade de Nações se ocupou dos seguintes aspectos em matéria de direitos humanos: o regime de mandatos, que impôs obrigações às potências dominantes em relação à população dos territórios sujeitos a mandato; a proibição da escravatura; a proteção dos refugiados; e a proteção do trabalhador, confiada à Organização Internacional do Trabalho (OIT) a partir de seu estabelecimento em 1919 (data de sua constituição) e de 1944, ano em que se adota a Declaração de Filadélfia, que consagra a liberdade sindical como um princípio constitucional desta Organização".

e japoneses que, de alguma forma, cometeram ou contribuíram para a realização de crimes de guerra.[67]

As atrocidades perpetradas pelo *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* (Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães), que instituiu o regime do *III Reich*, incluíram a edição de normas que criminalizavam o casamento ou qualquer relacionamento íntimo entre alemães e judeus, destituindo os primeiros de sua nacionalidade alemã como sanção aplicável.[68]

Prossegue KRIEGER (2006:129-130) com a identificação de normas editadas pelo *III Reich* alemão, demonstrando o ímpeto megalomaníaco de suas ações:

> Como também, normas que legalizavam a anexação forçada da Áustria e Tchecoslováquia, a invadisão (*sic*) e ocupação da Polônia, Dinamarca, Noruega, Luxemburgo, Holanda, Bélgica e França, além de estabelecerem a "solução final ao problema judaico", levando-os aos campos de concentração como Auschwitz e de Treblinka, onde foram mortos mais de seis milhões de judeus.

A fim de punir os responsáveis pela edição e execução das ordens emanadas do regime nazista, os Aliados editaram diversas declarações onde se constata o desejo de levá-los a julgamento. Pode-se, a título de exemplo, ressaltar a Declaração da Conferência de Moscou, adotada em 1º de novembro de 1943. Sobre este instrumento, revela BARBOZA (2000:35):

> In the Moscow Declaration of 1 November 1943, the Germans were formally warned that the United Nations intended to punish those convicted of war crimes. It was anticipated that war criminals would be sent back to countries "where their abominable deeds were done in order that they be judged and punished according to the laws of those liberated countries". Those "whose offenses

[67] *Cf.* KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.,* p. 129-130.
[68] *V*. JOLL, James. **Europe since 1879:** an international history. 4. ed. London: Penguim, 1990. p. 362-392.

> had no particular location" would be punished "by the joint decision of the governments of the Allies".[69]

KRIEGER (2006:130-131) complementa a informação de Barboza, nos seguintes termos:

> Soma-se a esta Declaração de Moscou a Declaração Interaliados, assinada no Palácio de Saint James, Londres, em 13 de janeiro de 1942, que, em conjunto com o Acordo de Londres de 1945, forma os documentos pertinentes à criação de um tribunal penal internacional na Europa, com fins de julgamento de indivíduos ligados ao nazismo, responsáveis por delitos descritos na Carta de Londres.

Assim, em 8 de agosto de 1945, foi assinada pelos Aliados a Carta de Londres, que estabelecia a criação de um tribunal internacional para fins de julgamento dos alemães criminosos de guerra, que fora posteriormente instalado em Nuremberg, na Alemanha, cidade conhecida como o berço do nazismo e fartamente retratada pela propaganda do *III Reich*.[70]

A ironia que circunda a assinatura da Carta de Londres consiste no fato de que, no dia seguinte – 9 de agosto –, os Estados Unidos da América bombardearam a cidade japonesa de Nagasaki com a ogiva nuclear, deixando um saldo de mais de setenta mil mortos – em sua maioria, civis. Foi, talvez, a mais trágica ironia destes eventos.[71]

Em 19 de janeiro de 1946, o general norteamericano Douglas MacCarthur estabeleceu o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, em Tóquio, com fundamento na Declaração de Moscou de 1943. O anexo do

---

[69] Em tradução livre: "Na Declaração de Moscou, de 01 de novembro de 1943, os alemães foram formalmente avisados que as Nações Unidas nutriam a intenção de punir aqueles envolvidos com crimes de guerra. Previa-se que os criminosos de guerra seriam enviados aos países 'onde seus atos abomináveis haviam sido realizados, no intuito de que fossem julgados e punidos de acordo com as leis desses países libertados'. Aqueles 'cujos crimes não estavan concentrados em nenhum território particular' seriam castigados 'pela decisão conjunta dos governos Aliados'"

[70] Sobre o assunto, recomenda-se a visualização do filme *Triumph des Willens*, da cineasta alemã Leni Riefenstahl, disponível no sítio <http://www.youtube.com/watch?v=GcFuHGHfYwE>. Acesso em 09 de junho de 2010.

[71] *Cf.* KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.,* p. 132.

documento de sua criação trouxe o instrumento que regulava o referido tribunal, pautado nos mesmos princípios do tratado constitutivo do Tribunal de Nuremberg.[72]

KRIEGER (2006:140) aponta, ainda, que

> Outros documentos de fundamental importância para a instauração do Tribunal de Tóquio foram o Instrumento de rendição Japonesa, assinado em 2 de setembro de 1945, quando foram aceitas as provisões de Potsdam, e a Declaração da Conferência de Moscou, de 26 de dezembro de 1945[73], que outorgava poderes ao general norte-americano Douglas MacCarthur.
> Agindo sob lastro da citada Declaração de Moscou de 1945, o general MacCarthur estabeleceu o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente em 19 de janeiro de 1946.

O Tribunal de Tóquio julgou vinte e cinco japoneses, condenando sete à forca, dezesseis à prisão perpétua, um a vinte anos e outro a sete anos e meio, após, conforme revela KRIEGER (2006:141), "dois anos e meio de julgamento (1946-1948)". Dois indiciados faleceram e outro adoeceu antes do julgamento.

Contudo, os tribunais de Nuremberg e Tóquio, por terem sido instituídos após a ocorrência dos fatos cuja competência estava prevista em seus instrumentos constitutivos, sofreram diversos ataques no que tange à legitimidade de sua jurisdição. E sobre isso comentará, a partir de agora, o presente estudo.

---

[72] *Cf.* BARBOZA, Julio. BARBOZA, Julio. **International criminal law**, in **Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International Law**. Tome 278. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p. 112; e KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.,* p. 140.

[73] É importante frisar que foram quatro as conferências ocorridas em Moscou, entre os anos de 1941 e 1945. Cada uma delas apresentava propósito específico, sempre nutrindo veia comum – questões sobre a guerra e territórios ocupados, bem como estabelecimento da paz. Sobre o assunto, *v*. <http://www.worldlingo.com/ma/enwiki/pt/Moscow_Conference>. Acesso em 09 de novembro de 2010.

2.2.1. A questão da legitimidade dos tribunais militares *ad hoc*

Um dos maiores problemas enfrentados durante os julgamentos realizados pelos tribunais militares de Nuremberg e de Tóquio residiu na discussão em torno de sua legitimidade. De um lado, os Aliados defendiam a bandeira do combate à impunidade aos crimes de guerra. Por sua vez, os componentes do Eixo não reconheciam as decisões oriundas de um tribunal *ad hoc*, que desrespeitava a soberania nacional de seus Estados e criminalizava atos que eles entendiam por legítimos, cometidos por agentes públicos por ordem dos poderes de suas soberanias, especialmente quando fundamentados em legislação de seus Estados.[74]

Precisa a lição de BARBOZA (2000:111), que colaciona:

> (…) States are also reluctant to accept the jurisdiction of international courts, and so the process leading to such establishment is not free from difficulties. This reluctance may be due, among other reasons, to the unwillingness of States to resign one of the most significant attributes of sovereignty, namely the exercise of their criminal jurisdiction. There are also some technical difficulties, like those emerging from the need to co-ordinate the internal and the international procedures in order to achieve the procedural homogeneity required by the complementary character of internal and international law in this field.[75]

---

[74] Krieger, citando Nelson Hungria, assevera que "uma vez abatido o nazismo, se instala o famoso Tribunal de Nuremberg, para julgar os grandes criminosos nazistas, no qual, disfarçando sua qualidade de Tribunal de Guerra contra os vencidos, vem a constituir-se, ele mesmo, por sua unilateralidade, parcialidade e arbitrariedade um atentado contra a civilização. Foi esse Tribunal de Nuremberg, no curso da história contemporânea, a primeira Corte Internacional para julgar, com irrestrita soberania, os denominados crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade (estes últimos, enquanto tivessem alguma conexão com a guerra), que até então haviam permanecido impunes, porque praticados por ordem do Estado ou por conta deste, e por agentes que lhes deviam obediência, assim se amparavam no princípio *universitas delinquere non potest*". *V*. KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.,* p. 133.

[75] Em tradução livre: "(...) Os Estados também são relutantes em aceitar a jurisdição dos tribunais internacionais, sendo que o processo que conduz ao estabelecimento de tais cortes não está livre de dificuldades. Essa relutância, entre outras razões, pode se dar devido à falta de vontade dos Estados em descartar um dos mais importantes atributos de soberania – que é o exercício de sua jurisdição penal. Há, também, algumas dificuldades técnicas, como aquelas que derivam da necessidade de estabilizar os procedimentos internos e internacionais, a fim de se atingir a homogeneidade processual exigida pelo caráter complementar das leis internas e internacionais neste campo".

Outra questão enfrentada pelos tribunais *ad hoc* residiu no choque filosófico entre penalistas e internacionalistas. Os primeiros, contaminados pelos princípios de direito penal, se mostraram adversos à abertura jurídica dos internacionalistas, posto que eram aqueles extremamente positivistas e dogmáticos, enquanto estes estavam mais propensos à integração das diversas normas jurídicas a fim de garantir o desenvolvimento de um direito comprometido com a dinâmica das relações internacionais.[76]

Dessa feita, pode-se afirmar que o Direito Internacional Público iniciou sua convivência com o Direito Penal no Tribunal de Nuremberg, a qual, segundo CANÊDO (1999:47-48):

> (...) se nos afigura possível, ainda por vezes os parâmetros conceituais e metodológicos se choquem, seja em decorrência de abordagens diferentes acerca de determinados pontos, seja em virtude da relutância de alguns estudiosos de ambas as disciplinas em abrir mão, em qualquer hipótese, das especificidades de sua matéria.

Nelson Hungria, citado por CANÊDO (1999:58), critica a atuação do Tribunal. Para o doutrinador, os julgamentos não passaram de manobra política visando a exaltação do regime capitalista vencedor sobre o regime fascista derrotado, de forma que desconsiderou os princípios básicos do direito penal – respeitados pelas soberanias após o lento desenvolvimento da sociedade durante os séculos de atrocidades perpetrados pelos regimes absolutistas. São suas as palavras:

> (...) o discutido Tribunal de execução, imposto pelos vencedores, em cumprimento ao Acordo de Moscou e ao Estatuto de Londres, não tem outro objetivo do que a vingança pura e simples contra as minorias do derrotado hitlerismo que haviam escapado da sanção através da fuga ou suicídio. Organizada *ad hoc*, de improviso, a Corte de Nurembergue não foi outra coisa que não uma tragicomédia (...). Fez tábula rasa do princípio *nullum delictum nulla poena sine lege* e da retroatividade da *lex gravior* em matéria penal.

[76] *Cf.* KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.,* p. 133.

M. Cherif Bassiouni, citado por KRIEGER (2006:134), partilha da mesma posição acima relatada, *verbis*:

> Por outro lado, cabe afirmar que as penas impostas infringiram o princípio de *nulla poena sine lege*. Ademais, o processo dos crimes contra a humanidade, foi uma novidade do Direito Penal Internacional e supõe-se, em consequência, uma incriminação *ex post facto*. Por isso, os principais argumentos apresentados em favor da exoneração foram: 1) a criação do tribunal e sua composição por Decreto dos Aliados, na medida em que não se conformava ao Direito Internacional pré-existente, era inválida; 2) as acusações apresentadas infringiram o princípio da legalidade do Direito Penal, pois os delitos haviam sido incriminados *ex post facto*; e, 3) as penas impostas infringiram o princípio de legalidade *nulla poena sine lege*.
> (...) Nos processos derivados da Segunda Guerra Mundial, foram aduzidos continuamente os argumentos da irretroatividade das leis penais (*ex post facto*) e *nulla poena sine lege*, perfeitamente impecáveis sob o ponto de vista jurídico penal.

Contudo, alguns pensadores se ocuparam da defesa da legitimidade dos tribunais *ad hoc*. Entre eles, CANÊDO (1999:60) cita Quintano Ripollés e Jacques-Bernard Herzog, afirmando que

> (...) embora manifestando reservas, encontra pontos positivos no julgamento. Afirma Ripollés que soube incorporar em sua doutrina, de um modo permanente, o acervo da consciência jurídica universal e uma hierarquia suprema de princípios de Direito, além de ter sido o ponto fundamental de partida do Direito Internacional Penal.
> (...) Herzog também entende como bem sucedida essa primeira experiência de justiça penal internacional, malgrado possa se fazer uma ou outra objeção.

Apesar das críticas enfrentadas, os tribunais de Nuremberg e Tóquio se revelaram importantes instituições internacionais, além de se apresentarem como precursores do movimento internacional para a criação de um tribunal internacional com jurisdição penal permanente, de forma que a comunidade internacional, organizada a partir da segunda metade do século XX, finalmente procedeu à

criação, em 1998, do Tribunal Penal Internacional, de acordo com a síntese de KRIEGER (2006:150):

> Nos dois tribunais (...) de Nurembergue e Tóquio, não é errôneo afirmar que foram Cortes no qual os vencedores julgaram os vencidos. Por outro lado essas Cortes legaram um importante precedente, além de sedimentarem uma elevada gama de princípios de direito consuetudinário ao Direito Internacional Humanitário, sendo posteriormente positivados através do apoio do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e da Organização das Nações Unidas (...).

2.3. Tribunais penais contemporâneos

Os tribunais criminais internacionais contemporâneos possuem relação direta com os tribunais militares de Nuremberg e Tóquio, a despeito do grande intervalo temporal que os separam e das razões de sua criação.

Em virtude de casos específicos que exigiram movimentação contra a impunidade do ordenamento jurídico interno, a comunidade internacional procedeu à criação de dois recentes tribunais *ad hoc*, sendo o primeiro denominado *Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia* e o segundo *Tribunal Penal Internacional para Ruanda*.

2.3.1. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia

O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia foi estabelecido através da Resolução do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, nº 827, de 25 de maio de 1993[77]. Foi instalado na cidade de Haia, na

[77] *V*. BARBOZA, Julio. *Op. cit*., p. 125.

Holanda. A razão para sua criação encontrou fundamento na desintegração da República Federativa Popular da Iugoslávia, nos anos 1990.

BARBOZA (2000:125) esclarece que o Tribunal Penal para a antiga Iugoslávia "is mandated to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed on the territory of former Yugoslavia since 1991"[78]. KRIEGER (2006:151-152), por sua vez, ressalta que

> A razão da criação do Tribunal da antiga Iugoslávia deu-se pelo motivo da desintegração da República (...) nos anos 1990. A Iugoslávia, formada após a Segunda Guerra Mundial pelo marechal de origem croata, Josip Broz Tito, ascendendo então o partido comunista, organizado de forma federada através da Liga dos Comunistas da Iugoslávia, em que reunia seis repúblicas: Sérvia, Croácia, Eslovênia, Bósnia-Herzegovina, Montenegro, Macedônia e duas províncias autônomas: Voivodina e Kosovo.
> A complexidade étnica das repúblicas formadoras da antiga Iugoslávia mostra-se em destaque (...). Essa composição pode ser considerada uma das causas do desmantelamento da antiga República Popular Federal da Iugoslávia (...).
> Entre tantos fatores, o desmoronamento do Estado da antiga Iugoslávia deve-se ao falecimento do marechal Josip Broz Tito em 1980, e ao fim do império da União Soviética, pois, apesar de a Iugoslávia haver mantido total independência política perante a União Soviética, veio a ser levada a abolir o regime de partido único comunista sendo este outro elemento de agregação nacional que deixou de existir estes fatores em linhas gerais, foram as variáveis que culminaram na desintegração política iugoslava.

A União Soviética, enquanto existiu como superpotência mundial, representou para o povo iugoslavo uma constante sombra de perigo, principalmente após a invasão russa da Tchecoslováquia, em 1968[79] – fato que motivou a reação

[78] Em tradução livre: "tem a incumbência de processar pessoas responsáveis por sérias violações ao direito humanitário internacional cometidas no território da antiga Iugoslávia desde 1991".

[79] O líder comunista Alexander Dubcek, que assumiu o governo tcheco em janeiro de 1968, encabeçou um movimento para humanização do Partido Comunista na Tchecoslováquia, conhecido como "a Primavera de Praga". Promoveu, também, reformas políticas, sociais, econômicas e culturais, além de pretender a criação de um socialismo menos ortodoxo onde todo membro do Partido Comunista teria o dever de agir segundo sua própria consciência, e não somente ouvindo as determinações do regime socialista de Moscou. Tal movimento desagradou a então União Soviética e

por parte do marechal Tito, que elaborou a doutrina da *Defesa Total Nacional*, que fora efetivada, segundo ensina KRIEGER (2006:152):

> (...) através do serviço militar universal e obrigatório, dando-se através de treinamento de táticas de guerrilha, utilizando recursos e armamentos espalhados por todo o território iugoslavo, levando o Exército Nacional da Iugoslávia, a ser nos anos 1970, o terceiro em tamanho de efetivo da Europa.

Com o falecimento do marechal Tito e o fim da União Soviética, a força que unia a Iugoslávia sofreu profundo abalo, de forma a não mais se sustentar, devido à grande diferença étnica entre os povos que a habitavam. Assim, houve a cisão da unidade nacional e, como consequência, o início dos conflitos entre os diferentes povos da região.[80]

Desintegrado no início da década de 1990, a Eslovênia e a Croácia foram os primeiros ex-Estados Iugoslavos a declararem sua independência. Por via reflexa, houve invasão imediata da Croácia por forças sérvias. A Bósnia-Herzegovina e a Macedônia também emanciparam-se da Iugoslávia, gerando retaliações por parte do governo sérvio liderado por Slobodan Milosevic. Tem início, portanto, o cenário de atrocidades que levaria à instalação do Tribunal Internacional.[81]

DURÁN (2002:35) ressalta que

---

seu ditador, Jósef Stalin. Em 20 de agosto de 1968, a Tchecoslováquia foi invadida por tropas soviéticas e do Pacto de Varsóvia a fim de reprimir o movimento reformista. Praga foi tomada por 650 soldados que esmagaram o movimento em uma semana. Tal episódio gerou protestos pacíficos da população, além de antipatia ao regime socialista de Moscou. Sobre o assunto, v. reportagem da jornalista Fernanda Barbosa, publicada no jornal "Folha de São Paulo" de 30/04/2008, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u396937.shtml>, acesso em 01 de julho de 2010. *V*., também, BARBOZA, Julio. *Op. cit*., p. 125.

[80] KRIEGER (2006:152) faz interessante digressão histórica. Revela que o esfacelamento da força que mantinha coesos os povos iugoslavos fez ressurgir o antigo ódio existente entre seus nacionais de diferentes nuanças étnicas, bastando lembrar a comemoração do dia de São Vito – 28 de junho – quando, em 1389, os turcos otomanos venceram as forças sérvias na Batalha de Kosovo. E continua: "não por acaso, Gravilo Princip, um nacionalista bósnio-sérvio, neste mesmo dia do ano de 1914, veio a assassinar o Arquiduque austríaco, pretendente ao trono austro-húngaro, Ferdinand von Habsburg, sob o motivo de que o seu Império havia anexado a Bósnia-Herzegovina." O ato de violência do nacionalista foi o estopim da Primeira Grande Guerra.

[81] *Cf*. KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.,* p. 153.

> Uno de los temas claves em la crisis yugoslava, (...) fue la cuestión de Kosovo, región de la República Federativa de Yugoslávia (Serbia y Montenegro) pero compuesta por una amplia mayoría albano-kosovar de religión musulmana, a quien el régimen serbio (cristiano-ortodoxo) de Milosevic había privado de su estatuto de autonomía a comienzos de los años noventa, pretendiendo erradicar todas sus señas de identidad como pueblo diferenciado. Los kosovares organizaron su resistencia como minoría oprimida en torno al "Ejército de Libertación del Kosovo" y comenzó una guerra civil que produjo graves violaciones del DIH y del DIDH entre la población civil kosovar.[82]

Enquanto a situação dos direitos humanos se agravava na região, a Organização das Nações Unidas se movimentava. Em 14 de agosto de 1992, foi editada a Resolução nº 1992/S-1/1, que indicava um *special rapporteur*[83] para "(...) investigar em primeira mão a situação dos Direitos Humanos no território da antiga Iugoslávia, em particular na Bósnia e Herzegovina"[84].

SUNGA (1997:287) relata os termos do relatório elaborado, que retratou a situação fática constatada da seguinte forma:

> (...) a necessidade de se julgar aqueles responsáveis pela massiva e flagrante violação aos Direitos Humanos e por ofensas ao Direito Internacional Humanitário e para deter futuros violadores, requer-se a sistemática coleta de documentação sobre estes crimes e dados pessoais no que diz respeito àqueles responsáveis (...).

---

[82] Em tradução livre: "Um dos temas chaves na crise iugoslava, (...) foi a questão de Kosovo, região da República Federativa da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro), contudo, composta por uma ampla maioria albano-kosovar de religião muçulmana, a quem o regime sérvio (cristão-ortodoxo) de Milosevic havia privado de sua autonomia no início dos anos noventa, pretendendo erradicar todos os seus sinais de identidade como um povo distinto. Os kosovares (albaneses) organizaram sua resistência como minoria oprimida através do "Exército de Libertação de Kosovo" e iniciaram uma guerra civil que produziu graves violações aos DIH e aos DIDH entre a população civil kosovar".

[83] Segundo KRIEGER (2006:153), "*Special Rapporteurs* são especialistas em monitoramento em específicos temas de Direitos Humanos, em locais em que haja distúrbios internos. Suas funções são elaborar relatórios e sugestões a serem tomadas pela Assmbléia Geral da Organização das Nações Unidas e pela Comissão de Direitos Humanos da mesma organização." *V*. BOUCHET-SAULNIER, Franoise. **The practical guide to humanitarian law**. Trad. Laura Brav. Lanham, Mariland, US: Rowman and Littlefield Publishers, 2002. p. 381-383.

[84] *V*. Report on the situation of human rights in the territory of the former Yugoslávia submitted by Mr. Tadeusz Mazowiecki, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, pursuant paragraph 14 of Commission Resolution 1992/S-1/1 of Aug. 14, E/CN.4/1992/S-1/9, 28 Aug. 1992. Disponível em < http://www1.umn.edu/humanrts/commission/country52/9-yug.htm>. Acesso em 09 de junho de 2010.

> A comissão deve ser criada para assessorar e prestar maiores investigações em casos específicos em que o julgamento precisa ser garantido. Esta informação deve ter incluída dados já coletados por várias entidades dentro do sistema das Nações Unidas, por outras organizações intergovernamentais e por organizações não-governamentais.

Após a constatação da situação de grave violação dos direitos humanos, a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas aprovaram a criação de um tribunal internacional para a persecução dos crimes perpetrados pelo presidente Milosevic e demais membros do governo. KRIEGER (2006:154) revela:

> Após uma série de debates no interior da Assembléia Geral e do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, a Resolução de nº 827 do Conselho de Segurança foi aprovada por unanimidade e, em seu relatório ao Secretário-Geral da ONU, assim constava: "(...) para estabelecer um Tribunal Internacional para o exclusivo propósito de julgar as pessoas responsáveis por sérias violações do Direito Internacional Humanitário".

Ressalta DURÁN (2002:36-37):

> (...) se reiteró la vigencia de la resolución de CS 1160 (1998), de 31 de marzo, en la que se afirma la competencia del TPIYUG para investigar y castigar a los que hayan cometido crímenes de guerra en Kosovo, lo que ya se ha traducido en la solicitud de su Fiscal de que se dicten autos de procesamiento contra el Presidente Milosevic y otros cuantos altos dirigentes serbios. Finalmente Milosevic fue entregado al TPIYUG en 2001.
> Una astuta campaña de prensa occidental neutralizó las tímidas protestas de la opinión pública europea ante los excesos de las dos partes em el conflicto de Kosovo. Otro tanto cabe decir de la escasa atención que se dedica a los sangrientos conflictos que todavía asolan el este de Europa. Así, la opinión pública europea occidental, estupefacta ante conflictos que los intelectuales ya creían superados en el continente hace más 50 años y sumida em las crisis del Estado de bienestar, no há sabido reaccionar com firmeza ante los mismos.
> En cambio, asistimos em Europa al resurgimiento de los viejos demônios de sus sociedades nacionales: el

> racismo, la xenofobia, la intolerancia o el totalitarismo, fenómenos que oferecen inútiles recetas para salir de la crisis, sea ésta política, económica o militar.[85]

No que tange ao novel tribunal criado para o julgamento desses atos, interessante observar que, nas palavras de BARBOZA (2000:125), possuía ele jurisdição concorrente em relação às cortes nacionais, ressaltando, *verbis*: "the tribunal has jurisdiction over natural persons, pursuant to the provisions of Article 6 of the Statute, and has concurrent jurisdiction with, but primacy over, national courts"[86]. Portanto, resta patente o respeito à soberania estatal, revelando a maturidade da comunidade internacional pela busca de um tribunal internacional permanente que respeite a supremacia interna e a independência externa dos Estados.

3.3.2. Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Criado pela Resolução do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas de nº 955, datada de 8 de novembro de 1994, está estabelecido na cidade de Arusha, na República Unida da Tanzânia.[87]

Ao contrário do Tribunal da antiga Iugoslávia, que julgou os crimes cometidos contra os direitos humanos quando oriundos de conflito armado[88], o

---

[85] Em tradução livre: "(...) foi reiterada a vigência da resolução nº 1160, de 31 de março de 1998, do Conselho de Segurança, na qual se afirma a competência do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia para investigar e sancionar aqueles que houvessem cometido crimes de guerra em Kosovo, que resultaram no pedido de seu Fiscal para que fosse instaurado processo para averiguar as condutas perpetradas por Milosevic e outros tantos altos dirigentes sérvios. Finalmente, Milosevic foi entregue ao Tribunal em 2001.
Uma inteligente campanha da imprensa ocidental neutralizou os protestos da opinião pública européia ante os excessos de ambas as partes no conflito em Kosovo. O mesmo vale para a pouca atenção que se dedica aos sangrentos conflitos que assolam o leste da Europa. Assim, a opinião pública européia ocidental, estupefata ante os conflitos que os intelectuais acreditavam já superados no continente há mais de 50 anos e ofuscados pela crise do Estado de Bem Estar, não conseguiu reagir a eles com firmeza.
Em troca, assistimos na Europa o ressurgimento dos velhos demônios de suas sociedades nacionais: o racismo, a xenofobia, a intolerância e o totalitarismo, fenômenos que fornecem receitas inúteis para sair da crise, seja esta política, econômica ou militar".

[86] Em tradução livre: "o tribunal possui jurisdição sobre pessoas naturais, de acordo com as provisões do Artigo 6º do Estatuto, e goza de jurisdição concorrente – porém, primária – sobre as cortes nacionais".

[87] *Cf.* BARBOZA, Julio. *Op. cit*., p. 124.

[88] *Cf*. Art. 5º de seu Estatuto.

Tribunal de Ruanda se ocupou dos crimes cometidos contra a humanidade resultantes de questões fundadas em diferenças nacionais, políticas, étnicas, raciais ou religiosas, nos termos do artigo 1º de seu Estatuto.[89] Ressalva KRIEGER (2006:161):

> (...) a competência do Tribunal da antiga Iugoslávia constitui em julgar graves delitos com relação ao Direito Internacional Humanitário quanto ao conflito armado de natureza interna e internacional, enquanto o Tribunal de Ruanda tem competência de julgar somente os conflitos de natureza interna e sua repercussão nos países vizinhos.

Em relação ao tempo dos crimes, há significantes diferenças: o Tribunal da antiga Iugoslávia possui jurisdição sobre os crimes cometidos desde o ano de 1991[90], enquanto ao Tribunal de Ruanda compete o julgamento dos crimes cometidos entre 1º de janeiro de 1994 e 31 de dezembro de 1994. É a lição de BARBOZA (2000:124):

> The International Criminal Tribunal for Rwanda was established for the prosecution of persons responsible for genocide and other serious violations of international humanitarian Law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations of international law committed in the territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994.[91]

Ruanda apresenta uma característica peculiar que difere o conflito havido em seu território daquele ocorrido na antiga Iugoslávia. Sua história revela a disputa territorial pelas tribos que dividem seu território, sendo que a colonização européia – predominantemente alemã e belga – foi fator fomentador das diferenças étnicas. KRIEGER (2006:160) traça, com maestria, os fatores determinantes para a eclosão do conflito étnico na região:

---

[89] *V*. KRIEGER, César Amorim. *Op. cit*., p. 162.
[90] *Cf*. *idem*, p. 161.
[91] Em tradução livre: "O Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi criado para o julgamento das pessoas responsáveis por genocídio e outras violações graves ao direito internacional humanitário cometidas no território do Ruanda, além do julgamento dos cidadãos ruandeses responsáveis por genocídio e outras violações ao direito internacional cometidas no território de Estados vizinhos entre 01 de janeiro de 1994 e 31 de dezembro de 1994".

> As etnias de Ruanda eram estimadas, antes dos conflitos de 1994, em 85% de origem hutu, 14% de origem tutsi, e 1% twa (pigmeus) e outras, sendo os hutus originários da bacia do Rio Congo e os tutsi de provável proveniência etíope, vindos ao longo do século XV, sendo pastores com alta estatura, impondo um domínio feudal aos numerosos hutus. Por determinação belga, entre 1933 e 1934, houve um censo populacional, iniciando-se a obrigação de constar nas carteiras de identificação a origem étnica do portador, sendo que essa distinção foi a pedra angular da nefasta política colonial.[92]

O conflito em Ruanda teve início em 6 de abril de 1994, quando o avião que transportava Juvenal Habyarimana – de origem hutu e então presidente do país –, o ex-presidente Cyprien, de Burundi, e membros de suas comitivas foi alvejado por um foguete quando realizava manobras para o pouso no aeroporto da capital Kigali. O ataque derrubou o avião e matou todos os seus ocupantes.

A aeronave retornava de uma viagem diplomática à cidade de Dar-es-Salaan, na Tanzânia, onde se reuniram os plenipotenciários do Quênia – George Saitoti –, Uganda – Yoweri Museveni –, Tanzânia – Ali Hassan Mwinyi –, além dos vitimados presidentes do Burundi e Rwanda. A pauta do encontro era a manutenção da paz e da segurança na região.[93]

Momentos após o acidente, forças milicianas hutus iniciaram a verificação dos cartões de identidade dos cidadãos ruandeses, executando os que apresentavam a identificação da origem étnica tutsi. Dessa forma, teve início o massacre de oitocentos mil ruandeses e a fuga de outros dois milhões em busca de refúgio nos países vizinhos.

Com a instalação de um tribunal *ad hoc* para o julgamento dos crimes ocorridos no território da antiga Iugoslávia, houve pressão da comunidade internacional para a criação de uma corte para o julgamento das atrocidades

---

[92] *V*. também SUNGA, Lyal S. **The emerging system of international criminal law**: developments in codification and implementation. The Hegue/London/Boston: Kluwer Law International, 1997, p. 291.
[93] *V*. SUNGA, Lyal S. *Op. cit*., p. 293.

ocorridas também em Ruanda, mesmo face ao desinteresse pela causa por parte dos países-membros do Conselho de Segurança da ONU, no ano de 1994.

Sobre o assunto, é precisa a lição de KRIEGER (2006:160-161), *verbis*:

> Apesar de os países-membros do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, no ano de 1994, não terem claros interesses por Ruanda, como transparecera tê-los pela Iugoslávia, seria uma política discriminatória caso não se instaurasse um tribunal *ad hoc* em relação aos crimes ocorridos na África.
> Diante disso, a Organização das Nações Unidas, através da Resolução 955 do Conselho de Segurança, criou o Tribunal Internacional Penal para o Julgamento de Indivíduos Responsáveis pelo Genocídio e outras Sérias Violações do Direito Internacional Humanitário, Cometidas no Território de Ruanda e de Cidadãos Ruandeses responsáveis pelo Genocídio e outras Sérias Violações Cometidas nos Territórios de Estados Vizinhos entre 1º de janeiro de 1994 a 31 de dezembro de 1994, com competência para julgar crimes de genocídio, crimes de guerra e outros crimes contra a humanidade.

Esse comportamento da comunidade internacional não passou desapercebido por DURÁN (2002:40), ao ressaltar que “el genocidio tribal se cobró más de 800.000 víctimas en Rwanda, ante la passividad de la CI”.[94]

Por fim, é importante ressaltar que, à semelhança do Tribunal Penal Internacional da antiga Iugoslávia, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda possuía, igualmente, jurisdição concorrente em relação às cortes internas do Estado.[95]

Dessa forma, pode-se concluir que houve o respeito à soberania do Estado da Ruanda, servindo o Tribunal Internacional como fonte subsidiária e alternativa à impunidade da jurisdição interna – como ocorrido na antiga Iugoslávia – , de forma a garantir a *persecutio criminis* dos autores de atos contrários aos direitos

[94] Em tradução livre, “o genocídio tribal cobrou mais de 800.000 vítimas em Ruanda, ante a passividade da CI”.
[95] *Cf.* KRIEGER, César Amorim. *Op. cit*., p. 160-161.

humanos mesmo quando protegidos pelos mecanismos internos de seus países, seja qual for o motivo.

3. Tribunal Penal Internacional

Entre a segunda metade do século XIX e início do século XX, pensadores se ocuparam do estudo de fenômenos decorrentes das relações internacionais e, dentre eles, a possibilidade de criação de um tribunal internacional. No Brasil, LAFAYETTE PEREIRA (1903:10-11) – que ocupara o cargo de Senador, Ministro e Conselheiro de Estado durante o Império de D. Pedro II – já assinalava a existência de movimento para a criação de uma corte internacional com jurisdição permanente, porém, professando a posição de sua impossibilidade, *verbis*:

> A Constituição de um tribunal arbitral perpetuo, servido por juizes permanentes, obrigatorio, competente para todas e quaesquer contestações ou controversias internacionaes, dispondo de mão militar para fazer executar pela força as suas sentenças, é uma combinação que pode satisfazer as exigencias da razão, mas que encontra para ser realisada difficuldades por ventura insuperáveis.
> Antes de tudo ha questões e controversias que nenhuma nação confiaria, nem teria o direito de confiar á decisão de terceiros, como são aquellas de cuja solução dependem a sua existencia, a independencia, a grandeza, a prosperidade, o poder, a posição politica que ella occupa na sociedade internacional, e as que interessam a honra e dignidade.
> Há questões que pela natureza e profundidade do assumpto e por suas obscuridades não podem ser reduzidas á formulas juridicas precisas, como são as que nascem de rivalidades de raça, das tradições, da historia,

> de antagonismos e odios inveterados, de ambições e competencias de predominio. Dir-se-ha que estas causas de guerra são motivos illegitimos. Mas traduzem a realidade viva, irreductivel. Não ha como elimina-las.

No entanto, a posição de Lafayette é reflexo de inafastável fenômeno internacional – a ele contemporâneo – de sistematização dos costumes internacionais utilizados nas relações entre Estados dotados de soberania, a fim de conferir segurança jurídica a suas relações cotidianas.

Mesmo sem poupar críticas, LAFAYETTE PEREIRA (1903:13-14) analisa a primeira corte internacional – o Tribunal Arbitral de Haia, criado em 1899:

> O tribunal de arbitragem creado por acto de 29 de julho de 1899 da conferencia de Haya, caracterisa-se melhor pelo que lhe falta do que pelo que contem.
> 1º. Não é obrigatorio. As nações que o subscreverão, coservão a liberdade plena de, no caso de conflicto ou controvérsia, deixar de recorrer aos meios pacificos – e appellarem logo para a guerra.
> 2º. Não é o Tribunal, na realidade, permanente, isto é, servido por juizes permanentes. (...)
> 3º. Não tem o tribunal, em principio, competencia para conhecer e julgar todas as questões e litigios, mas tão somente para uma certa cathegoria dessas questões, salvo convenção em contrario.
> 4º. Não são postos sob sua authoridade e á sua disposição contingentes militares para obrigar pela força ao cumprimento e execução de suas sentenças.
> O artefacto de Haya deve, pois, ter sido uma decepção para os amigos e fautores da paz universal, mas por seu conteúdo e pelas altas e nobres razões que os inspirarão, é uma obra digna, e representa generosos esforços no sentido de facilitar a solução dos conflictos e litígios internacionaes pelos meios pacificos, quanto o permite a realidade do momento histórico.

Quanto à necessidade de codificação do direito internacional, encontra-se respaldo teórico somente após a Segunda Guerra Mundial. Com o intuito de eliminar antagonismos potencialmente existentes nos costumes internacionais esparsamente aplicados, os Estados, buscando incentivo ao desenvolvimento das

relações diplomáticas, bem como a efetivação dos direitos humanos, elaboraram a Carta das Nações Unidas em 1945[96]. É o que ensina DURÁN (2002:69-70):

> Este conjunto de factores políticos y sociales favorables facilitó, en el campo jurídico, la incorporación progressiva de los valores propios de los derechos humanos al DI. En este sentido, el punto culminante lo constituyó la Carta NU de 1945, pues, como veremos, es el primer tratado internacional de alcance universal que afirma solemnemente la fe en los derechos fundamentales de todos los seres humanos, en la dignidad y el valor de la persona humana.
> Con este reconocimiento, la Carta NU aportó a la CI de 1945, así como al ordenamento jurídico que entonces la regía, un elemento de humanización que habría de condicionar decisivamente las relaciones internacionales en las décadas siguientes, pues hasta esa fecha dominaba como princípio básico regulador de sus relaciones, en la que las categorias de derechos humanos eran extrañas al sistema.[97]

Ademais, a nova Organização Internacional também se preocupara com a internacionalização de determinados crimes, posto que o bem juridicamente tutelado fosse de interesse comum de toda a comunidade internacional. Dessa forma, tiveram início os estudos para a criação de uma corte penal internacional, conforme colaciona BARBOZA (2000:135), ao afirmar que

> the need to create an international criminal court has been recognized by the United Nations since the very beginning of its existence. The process leading to the 1998 Rome Statute started in 1948, when the General Assembly adopted the Genocide Convention which granted jurisdiction in its Article VI to national courts of the State where the genocide was committed or to "such international penal tribunal as may have jurisdiction". It

[96] Seu art. 13, § 1º, *a*, recomenda "*o incentivo ao desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação".*

[97] Em tradução livre: "Este conjunto de fatores políticos e sociais favoráveis facilitou, no campo jurídico, a incorporação progressiva dos valores próprios dos direitos humanos ao direito internacional. Neste sentido, o marco culminante reside na Carta da ONU, de 1945, pois, como veremos, é o primeiro tratado internacional de alcance universal que afirma solenemente a fé nos direitos fundamentais de todos os seres humanos, na dignidade no valor da pessoa humana.
Com este reconhecimento, a Carta da ONU adicionou à CI de 1945, assim como ao ordenamento jurídico que então a regia, um elemento de humanização que havia de condicionar decisivamente as relações internacionais nas décadas seguintes, pois até esta data dominava como princípio básico regulador de suas relações, donde as categorias de direitos humanos eram estranhas ao sistema.

> was on that occasion that the General Assembly invited the International Law Commission "to study the desirability and possibility of establishing an international judicial organ for the trial of persons charged with genocide".[98]

Dessa forma, a fim de atingir a esse importante objetivo, a Organização das Nações Unidas criou a referida Comissão de Direito Internacional[99], sediada em Genebra, que designou comitê para a preparação de um estatuto para uma futura corte internacional com jurisdição penal, que ficou pronto em 1951 e foi revisado em 1953[100]. Contudo, os trabalhos sofreram atraso em virtude da falta de uniformidade entre as nações para a tipificação de alguns delitos, conforme BARBOZA (2000:135):

> However, discussions going on in the United Nations showed lack of agreement of States on the definition of aggression. As a consequence the General Assembly decided to postpone considerations of the draft statute and of the draft Code of Crimes, also under consideration of International Law Commission, pending the adoption of such definition.[101]

Conclui-se, portanto, que a idéia da criação de um organismo internacional permanente e dotado de jurisdição penal é relativamente nova,

---

[98] Em tradução livre: "a necessidade de se criar um tribunal penal internacional tem sido reconhecida pelas Nações Unidas desde o início de sua existência. O processo que conduz ao Estatuto de Roma de 1998 começou em 1948, quando a Assembleia Geral aprovou a Convenção sobre Genocídio, que conferiu competência, em seu artigo VI, aos tribunais nacionais do Estado onde foi cometido o genocídio ou ao 'tribunal penal internacional que goze de tal jurisdição'. Foi nessa ocasião que a Assembleia Geral convidou a Comissão de Direito Internacional 'para estudar a conveniência e a possibilidade de criação de um órgão judicial internacional para o julgamento de pessoas acusadas de genocídio'".

[99] A Comissão de Direito Internacional (*International Law Commission*) é órgão da ONU, criado em 21 de novembro de 1947 através da Resolução 174 (II), da Assembleia Geral. Seu objetivo reside na promoção do desenvolvimento do Direito Internacional, de forma progressiva, e sua respectiva codificação. Conta com 34 juristas, eleitos a título de peritos independentes e representantes de diferentes povos e culturas, a fim de assegurar a representação de diversos sistemas jurídicos mundiais. Sobre o tema, *v*. CAPOTORTI, Francesco. **Cours general de droit internacional public**. RCADI, v. IV, 1994. p. 239 e ss; e < http://www.un.org/law/ilc/>. Acesso em 01 de julho de 2010.

[100] *Cf*. BARBOZA, Julio. **International criminal law**, *in* Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International Law. Tome 278. London: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. p. 135.

[101] Em tradução livre: "No entanto, as discussões em curso nas Nações Unidas mostraram a flagrante divergência dos Estados no que tange à definição daquilo que seria 'agressão'. Como consequência, a Assembléia Geral decidiu adiar sua conceituação, desconsiderando aquela que constava do projeto de estatuto e do projeto de Código de Crimes – também sob o crivo da Comissão de Direito Internacional –, pendendo, até o presente momento, sua efetiva definição".

ganhando força com o final da Segunda Guerra Mundial. No entanto, sua origem é mais remota, conforme assinala KRIEGER (2006:153):

> A idéia de se considerar um Tribunal Penal Permanente existe no cenário da Organização das Nações Unidas desde a adoção da Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Genocídio, aprovada na Terceira Assembléia Geral das Nações Unidas de 1948.
> Pode-se afirmar que, mesmo antes de 1948, esse intento vem sendo destacado no cenário internacional. M. Cherif Bassiouni lembra a Convenção da Liga das Sociedades das Nações para a criação de uma Corte Penal Internacional, aberta para assinaturas em 16 de novembro de 1937, e que nunca entrou em vigor. Em 1951, o mesmo autor destaca a criação de uma Comissão para a Codificação de Delitos contra a Paz e a Segurança da Humanidade e o desenvolvimento de um Estatuto de uma Corte Penal Internacional.

CANÊDO (1999:150) já criticava a posição da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas que, desde 1951, "(...) vem sucessivamente adiando debates mais aprofundados e conclusivos sobre o assunto".

Outro fenômeno responsável pela morosidade da criação de um tribunal internacional reside no embate entre as superpotências que surgiram após a Segunda Guerra Mundial, mormente no contexto da Guerra Fria. É o que revela M. Cherif Bassiouni:

> Enquanto o Tribunal Penal estava apenas no plano teórico, os pensamentos das potências mundiais eram os seguintes: a União Soviética pensava que sua soberania seria afetada pelo estabelecimento de um tribunal; os Estados Unidos não estavam dispostos a aceitar tal corte ao apogeu da Guerra Fria; a França exprimia seu suporte ao estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional permanente, mas não utilizou sua influência para acelerar o processo; e o Reino Unido achava a idéia prematura.[102]

[102] *V*. BASSIOUNI, M. Cherif. Chapitre 54: L'expérience dês prémières jurisdictions pénales internationales. In ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. Droit international penal. Paris: A. Pedone, 2000. p. 652, *apud* LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Contudo, após as atrocidades ocorridas na antiga Iugoslávia e em Ruanda, a comunidade internacional intensificou os esforços na buscou da efetiva criação de uma corte com jurisdição internacional e permanente. Este movimento é descrito por LIMA e BRINA (2006:41), uma vez que

> A demanda por justiça, mais especificamente pela punição dos responsáveis pelas atrocidades cometidas durante os grandes conflitos mundiais, assim como em conflitos internos durante a Guerra Fria, não foi atendida em sua plenitude pelos tribunais *ad hoc*. Contudo, a experiência fornecida pelos Tribunais de Ruanda e da ex-Iugoslávia, assim como os questionamentos suscitados, contribuiu para acelerar os trabalhos de codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Penal, impulsionando a criação de uma jurisdição penal internacional de caráter permanente.

Somente após a eclosão das grandes guerras mundiais e internas, combinado com inafastáveis violações à dignidade da pessoa humana, a comunidade internacional voltou os olhos à dos direitos humanos. As diferentes soberanias também se lançaram nesse movimento de codificação do Direito Internacional para balizar as condutas quanto aos direitos humanos, buscando a tipificação daquilo que seriam as violações aos direitos humanos e como se daria sua tutela.[103]

Após a criação dos tribunais *ad hoc* de Nuremberg e Tóquio, bem como as recentes cortes de Rwanda e da antiga Iugoslávia, a comunidade internacional passou a discutir o instrumento normativo de criação "de instituciones judiciales internacionales para la protección de los derechos humanos, que son próprias de un esquema de integración de soberanias".[104]

---

[103] No mesmo sentido, LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit.* p. 42.
[104] DURÁN, Carlos Villán. **Curso de derecho internacional de los derechos humanos**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 87. Em tradução livre: "(...) de instituições judiciais internacionais para a proteção dos direitos humanos, que são próprias de um esquema de integração de soberanias".

3.1. Atos preparatórios à Conferência dos Plenipotenciários e constitucionalidade do Tribunal Penal Internacional à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988

Com a sinalização positiva da Organização das Nações Unidas, através da Resolução 177 (II) da Assembleia Geral, datada de 21 de novembro de 1947, que criou a Comissão de Direito Internacional, teve início o estudo para a criação de um órgão judicial penal internacional para o julgamento de crimes de genocídio e outros relevantes abrangidos em sua competência.[105]

Com a possibilidade e conveniência da criação do referido órgão assinalada pela Comissão de Direito Internacional à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, foi elaborado, em 1951, o já indicado projeto de estatuto de um Tribunal Penal Internacional, bem como sua revisão, entre 1953 e 1954.[106] Sobre o projeto revisado, ressaltam LIMA e BRINA (2006:44):

> Seus dispositivos limitavam aos Estados e ao Conselho de Segurança a faculdade de apresentar denúncias. Dispunham que os crimes contra a paz e a segurança da humanidade são crimes de Direito Internacional e que os indivíduos responsáveis seriam punidos, bem como enumeravam 13 categorias de atos constituindo tais crimes, sendo a primeira figura a da agressão.

Reforça a idéia o ensinamento de KRIEGER (2006:164), ao afirmar que:

> Durante 1953, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas decide incluir no projeto de 1951 – que seria um primeiro esboço de tribunal para julgar casos de genocídio e similares – a definição do crime de agressão (...).

Contudo, durante os anos que seguiram, o mundo mergulhou na época da chamada Guerra Fria, onde as então superpotências mundiais – a comunista

---

[105] *Cf.* LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit.* p. 44.
[106] *Cf. Ibidem*. *V*. também BARBOZA, Julio. *Op. cit.* p. 135.

União Soviética e a capitalista Estados Unidos da América – promoveram um forte embate ideológico que influenciou e dividiu as nações mundiais. De acordo com DURÁN (2002:88),

> Las desigualdades económicas y sociales entre los Estados no son algo nuevo en las relaciones internacionales, pero hoy la división del mundo en dos partes enfrentadas (Norte rico y Sur pobre) es mucho más evidente desde que desapareció el enfrentamiento ideológico que lo había dividido artificialmente em dos grandes bloques (Este comunista y Oeste capitalista), lo que había alimentado la Guerra Fría que, a su vez, condicionó las relaciones internacionales y el dasarollo del DIDH de manera decisiva entre 1945 y 1989.[107]

Esse dissenso se mostrou um entrave à formação de consenso acerca dos valores considerados fundamentais para a humanidade.[108] Dessa forma, o projeto ficou suspenso, conforme revelam LIMA e BRINA (2006:45), "devido à ausência de um acordo na definição do crime de agressão, a qual só foi obtida em 1974, ainda assim sob a forma de Resolução[109]."

Em 1978, a Assembleia Geral procedeu à nova submissão do projeto aos governos e, em 1981, convidou a Comissão de Direito Internacional para que retomasse os trabalhos. No entanto, somente após o final da Guerra Fria, em 1989, que o anseio de criação de um tribunal com jurisdição penal internacional se fez forte, através de proposta direcionada à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, no mesmo ano de 1989, realizada por países latinoamericanos liderados por Trinidade e Tobago.[110] De acordo com LIMA e BRINA (2006:45):

---

[107] Em tradução livre: "As desigualdades econômicas e sociais entre os Estados não são algo novo nas relações internacionais, contudo, hoje, a divisão do mundo em duas partes antagônicas (norte rico e sul pobre) é mais evidente desde o desaparecimento do embate ideológico que o dividira em dois grandes blocos (leste comunista e oeste capitalista) e que haviam alimentado a Guerra Fria que, por sua vez, condicionou as relações internacionais e o desenvolvimento do DIDH de maneira decisiva entre 1945 e 1989".

[108] *V.* nota "102" acima.

[109] Resolução 3.314 (XXIX), da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1974. Nela, o delito de agressão é assim definido: "a agressão é o emprego da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de um outro Estado, ou de qualquer outra atitude incompatível com a Carta das Nações Unidas".

[110] LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit.* p. 45.

> De fato, em uma sessão especial sobre tráfico de drogas, levantou-se a sugestão de que um Tribunal Penal Internacional fosse estabelecido para lidar com aquela questão, pois parecia ser a última opção, tendo em vista a atuação global dos traficantes.

Corrobora o exposto a lição de KRIEGER (2006:164), *verbis*:

> No ano de 1989, Trinidade e Tobago, um dos muitos países do Caribe atormentados pelos problemas advindos do narcotráfico internacional e outros crimes transnacionais a ele relacionados, iniciou o movimento na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, que resultaria numa Resolução com fins de se designar a Comissão de Direito Internacional com a tarefa de elaborar um modelo de Código criminal internacional, com vistas à implantação futura de uma Corte futura Penal Internacional.

Logo após, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas autorizava a criação de tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia, em 1993, e para Ruanda, em 1994, de maneira a intensificar a pressão internacional para a criação de uma corte permanente.[111]

Pode-se inferir que os Estados membros da ONU, neste momento, atingiram a maturidade quanto à aplicação da norma de Direito Internacional. A partir do momento em que consagraram a divisão de sua soberania com a comunidade internacional, no sentido de fomentar a criação de um órgão penal externo e com jurisdição e competência que invadem sua soberania interna, contribuíram para a proteção internacional e efetivação dos direitos humanos.

DURÁN (2002:90-91), dissertando sobre o tema, conclui que:

> Esta evolución ha sido tan elocuente que ha permitido al professor Carrillo Salcedo afirmar que el reconocimiento y protección internacionales de los derechos humanos, junto a la soberania de los Estados, son dos principios constitucionales del orden internacional que coexisten y se condicionan recíprocamente, “ya que los derechos

[111] *Cf*. *Ibidem*, p. 45.

> humanos no han desplazado ni eliminado la soberania de los Estados aunque sí la han erosionado y relativizado".
> Finalmente, se recuerda en la definición que la promoción y protección de todos los derechos humanos han sido calificadas por la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos como "una preocupación legítima de la comunidad internacional"[112], lo que constituye un espaldarazo a los desarollos hasta ahora conseguidos por el DIDH. Además, algunos de los derechos se consideran especialmente relevantes debido a la universalidad de su reconocimiento; en esos casos, nuestro ordenamiento los califica como "interesses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados em su conjunto".
> Con ello queremos poner de relieve que existen ciertos derechos fundamentales que constituyen un "nucleo duro" inderrogable bajo cualquier circunstancia o excepción, que están protegidos por normas imperativas de DIDH (normas de *ius cogens*) que generan para los Estados obligaciones *erga omnes* cuya violación en gran escala haría incurrir al Estado infractor en un crimen internacional ante la CI de Estados en su conjunto[113] (...).
> Pues bien, en DIDH, este "nucleo duro" de normas imperativas de DI general se identifica com las que no deben ser derrogadas em ninguna circunstancia, ni siquiera bajo la vigencia de um estado de excepción.[114]

---

[112] Parte I, § 4º, da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25 de junho de 1993. *Apud* DURÁN, Carlos Villán. *Op. cit.*, p. 90.

[113] *V*. artigo 53 do Convênio de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, e art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 21 de março de 1986, com a seguinte redação: "Artigo 53. Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza".

[114] Em tradução livre: "Esta evolução tem sido tão eloquente que tem permitido ao professor Carrillo Salcedo afirmar que o reconhecimento e a proteção internacionais dos direitos humanos, junto à soberania dos Estados, são dois princípios constitucionais da ordem internacional que coexistem e se condicionam reciprocamente, 'já que os direitos humanos não deslocaram e nem eliminaram a soberania dos Estados apesar de tê-las reduzido e relativizado'.
Finalmente, a definição faz remição ao fato de que a promoção e proteção de todos os direitos humanos tem sido qualificadas pela segunda Conferencia Mundial de Direitos Humanos como 'uma preocupação legítima da comunidade internacional', o que constitui um elogio aos avanços até agora conseguidos pelo DIDH. Ademais, alguns dos direitos são considerados especialmente relevantes devido à universalidade de seu reconhecimento; nestes casos, nosso ordenamento os qualifica como 'interesses fundamentais para a atual comunidade internacional de Estados em seu conjunto'.
Com isso queremos destacar que há certos direitos fundamentais que constituem um 'núcleo duro' inderrogável sob qualquer circunstância ou exceção, que estão protegidos por normas imperativas de DIDH (normas de *ius cogens*) que geram para os Estados obrigações *erga omnes* cuja violação em grande escala faria incorrer o Estado infrator em um crime internacional ante a CI de Estados em seu conjunto (...).

Apesar das considerações acima apresentadas, onde se revela a possível relativização da soberania do Estado em face do Direito Internacional, a Constituição Federal brasileira – no que tange, especificamente, à questão do Tribunal Penal Internacional – não admite qualquer relativização, sob pena do enfraquecimento da integridade do Estado.[115] Contudo, dispositivos elencados na própria Constituição e cujo fundamento de validade é seu Título I – Dos Princípios Fundamentais, demonstram a constitucionalidade do Tribunal Penal Internacional, sem que isso implique na relativização da soberania do Estado brasileiro. É o que se pode concluir da interpretação sistemática dos artigos 1º e 4º[116], com os artigos 7º[117] do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[118] e 5º, § 3º[119], incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

Dessa forma, pode-se concluir que o ordenamento jurídico interno brasileiro já estava preparado para submeter-se à jurisdição do Tribunal Penal Internacional desde a época da promulgação da Constituição da República, em 05 de outubro de 1988.[120] Havia, contudo, a necessidade de criação do referido organismo internacional.

Em 1993, a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, após a realização de extenso trabalho, elaborou um amplo e

---

Pois bem, em DIDH, este 'núcleo duro' de normas imperativas de DI geral se identifica com as que não devem ser derrogadas em nenhuma circunstância, nem sequer sob a vigência de um estado de exceção".

[115] A Constituição da República, como carta política suprema do Estado brasileiro, elenca em seu artigo 1º, inciso I, ser fundamento de República "a soberania". Nessa esteira, há o respeito às soberanias estrangeiras, de acordo com seu artigo 4º, incisos I (independência nacional), III (respeito à autodeterminação dos povos) e V (igualdade entre os Estados). No entanto, elenca nos incisos II e IX do mesmo artigo, a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, dando respaldo jurídico à constitucionalidade do Tribunal Penal Internacional.

[116] *V*. nota "115" acima.

[117] Art. 7º. "O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos."

[118] Título X da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

[119] 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: § 4º. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

[120] *V*. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 16 de junho de 2010.

sistemático projeto de estatuto para o tribunal internacional[121], sob direção do *special rapporteur* James Crawford[122]. Ato contínuo, a Assembleia Geral, de posse do projeto, convidou os Estados a realizarem considerações por escrito. Contudo, o trabalho prosseguiu, como descrevem LIMA e BRINA (2006:45-46):

> Mais uma vez, a Comissão voltou a estabelecer o Grupo de Trabalho que elaborou, em 1994, um informe que continha um completo texto de um Projeto de Estatuto com os comentários correspondentes. Dentre os pontos mais importantes abordados nesse projeto destacam-se: 1) a jurisdição automática do Tribunal; 2) a instauração de procedimentos somente pelos Estados Partes do Conselho de Segurança, com a exclusão do Procurador; 3) amplos poderes para o Conselho de Segurança, no que tange ao procedimento em casos relativos a situações que se inseriam no Capítulo VII da Carta da ONU (ameaça à paz, quebra da paz ou ato de agressão).

O texto foi aprovado pela Comissão de Direito Internacional. Contudo, houve recomendação à Assembleia Geral para que procedesse à convocação de uma conferência internacional de plenipotenciários[123] para possibilitar o exame do texto e sua adoção pelos Estados. Contudo, a diversidade de propostas levou à criação de um Comitê Preparatório.[124]

Referido Comitê, denominado PrepCom[125], se ocupou do estudo acerca das divergências existentes no documento à luz dos apontamentos realizados pelos Estados, ficando "encarregado da redação de um texto modificado, capaz de obter a aceitação geral necessária para ser examinado pela Conferência de Plenipotenciários"[126].

---

[121] *Cf*. LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit.* p. 45.
[122] *V*. KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.* p. 164.
[123] Segundo José Francisco Rezek, a figura do Plenipotenciário – identificada nos cargos de ministro das relações exteriores, ou chefe de missão diplomática ou outro terceiro dignatário – ocorre quando há, por estas pessoas, a aquisição da qualidade representativa ampla para a celebração de tratados por meio da outorga de plenos poderes do Chefe de Estado. *V*. REZEK, José Francisco. Direito internacional público. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 37.
[124] *Cf*. LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit.* p. 46.
[125] *Cf*. Resolução 50/46, de 11 de dezembro de 1995, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.
[126] *V*. LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit.* p. 47.

Contudo, o modelo de Estatuto de 1994 e o esboço do Código de 1996 são importantes instrumentos na preparação do texto final do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Nesse sentido, William Shabas, citado por KRIEGER (2006:165), alertava que

> o esboço do Código é um instrumento com autoridade internacional, que dependendo da questão específica que é emitida, poderá (i) constituir evidência do direito dos costumes, ou (ii) ser um abrigo de regras consuetudinárias que não possuem um conteúdo definido ou que estão em processo de formação, ou, por fim, (iii) ser uma indicação de um ponto de vista jurídico, emitido por eminentes e qualificados publicistas, representando a maioria dos sistemas legais do mundo.

A primeira sessão do PrepCom se deu no interregno compreendido entre 25 de março e 12 de abril de 1996. Centrou-se na discussão das questões acerca da extensão da jurisdição, a definição dos crimes, princípios gerais de direito penal, princípio da complementaridade entre o Tribunal Internacional Penal e os Tribunais nacionais, questões envolvendo a cooperação entre os Estados soberanos e quais os casos poderiam ser submetidos ao crivo do novel organismo jurisdicional.[127]

Na segunda sessão, ocorrida entre 12 e 30 de agosto de 1996, a pauta discutida compreendia as seguintes matérias: questões procedimentais, justiça dos julgamentos e direitos dos acusados e suspeitos, além de penalidades, organização administrativa da corte e método de seu estabelecimento. Também fora discutido o relacionamento entre o Tribunal e a Organização das Nações Unidas.[128]

Ao final da segunda sessão, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas deliberou, em 17 de dezembro de 1996, a necessidade de realização de mais quatro sessões, determinando, através da Resolução 51/207, que as duas

[127] *Ibidem.*
[128] *Idem*, p. 48.

últimas se dariam, respectivamente, entre 01 e 12 de dezembro de 1997 e 16 de março e 03 de abril de 1998.[129]

De acordo com LIMA e BRINA (2006:49), o objetivo final da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas era

> completar o projeto de um texto sólido, apreciável e vasto de uma convenção para submissão a uma Conferência Diplomática de Plenipotenciários. Também ficou acertado que dita Conferência, que finalizaria e adotaria uma convenção, realizar-se-ia em Roma, a partir de 15 de julho de 1998, com duração de cinco semanas. Assim sendo, durante a terceira e quarta sessões, o Comitê voltou à discussão do projeto da Comissão de Direito Internacional de 1994, retomando os trabalhos de estudo das duas primeiras sessões. Ao final da quarta sessão, a Assembléia Geral requereu ao Comitê o prosseguimento dos trabalhos e o fim das sessões com a redação final de um Estatuto[130].

SABÓIA (1997:8), acerca das contribuições nos debates do PrepCom, leciona o que segue:

> O Comitê Preparatório levou em conta o importante trabalho efetuado pela Comissão de Direito Internacional e o projeto por ela submetido à Assembléia Geral. No entanto, durante o curso dos debates no Comitê e na Sexta Comissão, sob a influência já da experiência com os tribunais *ad hoc* e diante da evolução da situação internacional, verificou-se tendência a valer-se também de trabalhos e contribuições oriundas de outras fontes. Cite-se, entre elas, o chamado projeto Siracusa, elaborado pelo Comitê de Peritos do Instituto Internacional de Altos Estudos em Ciências Criminais, que se reuniu na cidade do mesmo nome, em 1996, e apresentou sugestões para incorporação ao projeto da CDI. Esse texto, circulado como documento do Prepcom, ampliava em vários aspectos o escopo do TPI, ao eliminar a cláusula de

[129] *V*. Resolution adopted by the General Assembly on the report of the Sixth Committee (A/51/627), nº 51/207 – Establishment of an international criminal court, from the 88th plenary meeting, in 17 December 1996. Disponível em < http://www.un.org/ga/documents/gares51/ga51-207.htm>. Acesso em 17 de junho de 2010.

[130] *V*. Resolution 52/160 adopted by the General Assembly on 15 December 1997: Establishment of an International Criminal Court. Disponível em <http://www.un.org/ga/documents/gares52/res52160.htm>. Acesso em 17 de junho de 2010.

> jurisdição facultativa, prever a possibilidade de iniciativa autônoma do promotor para iniciar investigações e ao atribuir maior independência em relação ao Conselho de Segurança.

Finalmente, em 17 de julho de 1998, foi realizada a Conferência Diplomática das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, na cidade italiana de Roma.[131]

3.2. Conferência Diplomática de Plenipotenciários

A Conferência de Plenipotenciários foi aberta com o discurso do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, Kofi Annan, na cidade de Roma, na Itália.[132]

De acordo com LIMA e BRINA (2006:49-50), a Conferência foi presidida pelo ex-ministro da Justiça da Itália, Giovanni Conso, e tinha como objetivo

> concluir as negociações do Estatuto do Tribunal e criar formalmente a instituição. Participavam da Conferência delegações de 160 países, 17 organizações intergovernamentais, 14 organismos especializados e fundos das Nações Unidas e 124 organizações não governamentais credenciadas pelo PrepCom na qualidade de observadoras.[133] Assinala-se, ainda, a relevância da contribuição proporcionada por estas últimas, que atuaram no sentido de criar um clima de apoio entre governos e opinião pública. Participaram

---

[131] *V*. HALL, C. K. The first two sessions of the UN preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. American Journal of International Law, v. 91, nº 1, 1997, p. 177; HALL, C. K. The third and fourth sessions of the UN preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. American Journal of International Law, v. 92, nº 1, 1998, p. 124; HALL, C. K. The fifth session of the UN preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. American Journal of International Law, v. 92, nº 2, 1998, p. 331.

[132] *V*. Press release L/ROM/6.rl; A/CONF.183/INF/8. Disponível em <http://www.un.org/icc/index.htm>. Acesso em 17 de junho de 2010.

[133] A lista completa dos países e organismos que participaram da Conferência de Plenipotenciários se encontra no anexo III do Final Act Of The United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on The Establishment of an International Criminal Court. Disponível em <http://www.un.org/icc/iccfnact.htm>. Acesso em 17 de junho de 2010.

> também, direta e indiretamente, nas sessões da Conferência, catalisando a adoção do Estatuto.

Contudo, somente após o final da sexta reunião do Comitê, entre 15 de junho e 17 de julho, foi possível submeter a uma Conferência Diplomática em Roma um rascunho do Estatuto.[134]

De acordo com BARBOZA (2000:137), algumas idéias básicas presentes no rascunho e aproveitadas pelo Estatuto de Roma foram:

> - The establishment of a permanent international criminal court, with jurisdiction over individuals, not States;
> - based on a treaty, i.e. on the consensus of the parties to the treaty and therefore under the control of the States parties to it;
> - but closely connected to the United Nations
> - The Court would be concerned only with the most serious international crimes and would complement the national jurisdictions, its main object being that international criminals would not be left in impunity. However, the jurisdiction *ratione materiae* of the Commission's Court was considerably more extensive than the Rome Court and in a certain way more akin to the classical procedures of international criminal law, like referring to crimes under general international law without defining them, or to make a *renvoi* to the definition of treaty crimes.
> - The Court would be available to the States members of the Statute and to the Security Council in such a manner that this body would not need to appoint an *ad hoc* Tribunal for certain cases under Chapter VII of the Charter.
> - Both in the Commission's draft and in the Rome Statute, the Court is conceived of as a self-sufficient, small judicial power of itself. With some differences as to organs and their powers, in office of the Prosecutor and some forms of pre-trial functions. Also, the Statute fixes the jurisdiction of the Court and the applicable law. The differences here between the Commission's and the Rome Statute are quite important.[135]

---

[134] LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit.* p. 50. *V*. também KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.* p. 165.

[135] Em tradução livre, "O estabelecimento de uma corte criminal internacional permanente, com jurisdição sobre indivíduos, não Estados; baseada em um tratado, isto é, no consenso das partes no tratado e, após, sob o controle dos Estados Partes no tratado; contudo, umbilicalmente ligada à ONU; a Corte deverá se preocupar exclusivamente com os mais importantes crimes internacionais e deverá

Dessa forma, ao final da Conferência, foi aprovado o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, com a votação de favorável de 120 Estados (incluindo o Brasil), vinte e uma abstenções (destacam-se a Rússia, a Índia, o Paquistão e numerosos Estados africanos) e sete votos contrários (Estados Unidos, China, Israel, Líbia, Iraque, Iêmem e Catar).[136]

KRIEGER (2006:166) ressalta que

> Com a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ao se findarem as atividades da Conferência de Roma em 17 de julho de 1998, e conforme disposto no seu art. 125º, o documento ficou aberto para assinaturas naquela data, junto à Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura, em Roma. Após, o Tratado foi depositado para assinaturas junto ao Ministério das Relações Exteriores da Itália até 17 de outubro de 1998, e depois dessa data o Estatuto esteve aberto para assinaturas na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque.

Interessante notar que o Brasil, cuja delegação fora chefiada pelo Embaixador Gilberto Sabóia, apesar de ter votado favoravelmente, não assinou o Estatuto, alegando flagrante incompatibilidade entre alguns dispositivos do documento frente à Constituição Federal de 1988.[137]

Contudo, a atitude precipitada da delegação brasileira não coaduna com a constitucionalidade do Tribunal, já comprovada acima através da análise

---

complementar as jurisdições nacionais, seu principal objeto sera a busca pela não impunidade dos crimes internacionais. Contudo, a jurisdição *ratione materiae* da Comissão da Corte será considerada mais abrangente que a Corte de Roma e, de certa forma, mais parecido com os métodos clássicos do direito criminal internacional, como referindo-se aos crimes sob a lei geral internacional sem, contudo, defini-los, ou realizando uma referência à definição dos crimes de ameaça; A corte estará disponível aos Estados membros do Estatuto e ao Conselho de Segurança, de maneira que não será necessário a este organismo a constituição de um tribunal *ad hoc* para certos casos previstos no Capítulo VII da Carta; Tanto no esboço quanto no Estatuto de Roma, a corte é concebida como um auto-suficiente e pequeno Poder Judiciário de si mesma. Com algumas diferenças em relação aos órgãos e seus poderes, no escritório do Procurador e algumas funções específicas de pré-julgamento. Também, o Estatuto fixa a jurisdição da Corte e o direito aplicável. As diferenças, aqui, entre a Comissão e o Estatuto de Roma são deveras importantes."

[136] KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.* p. 165-166.

[137] *V*. Press Release L/ROM/22. Disponível em <http://www.un.org/icc/index.htm>. Acesso em 17 de junho de 2010.

sistemática dos dispositivos constitucionais. Contudo, far-se-á melhor análise da questão no decorrer do trabalho.

KRIEGER (2006:166), continuando sua explanação acerca do documento aprovado, ressalta que

> Segundo seu artigo 126º, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional entraria em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia após a data de depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas. Em 1º de julho de 2002, entrou finalmente em vigor o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, após ter vencido uma longa caminhada de dificuldades.

Interessante ressaltar que os Estados Unidos da América e Israel, em decorrência do impacto negativo ocasionado pelos votos contrários, assinaram o Estatuto em dezembro de 2000. Contudo, após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, ocorridos em Nova Iorque e Washington, bem como as operações de guerra no Afeganistão e Palestina, acabaram por não ratificá-lo. Em 2002, ambos os Estados, notificaram o Secretário-Geral das Nações Unidas, informando que não tinham a intenção de tornarem-se partes do tratado.[138]

Por fim, importante consignar a observação de DURÁN (2002:121), no sentido de que

> no cabe duda de que se trata de um paso adelante en la misma direccíon que la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios que aprobó en Roma el 17 de julio de 1998 el Estatuto de la Corte Penal Internacional que, cuando entre en vigor, tendrá carácter permanente y jurisdicción em todo el mundo para juzgar a individuos responsables de crímenes internacionales.[139]

---

[138] *Cf.* LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit*., p. 51.

[139] Em tradução livre: “não há dúvida de que se trata de um passo adiante na mesma direção que a Conferência Diplomática de Plenipotenciários, que aprovou em Roma, do dia 17 de julho de 1998, o Estatuto da Corte Penal Internacional, que, quando entrar em vigor, terá caráter permanente e jurisdição em todo o mundo para julgar os indivíduos responsáveis pelo cometimento de crimes internacionais”.

Será estudado, no próximo item, os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional e as aparentes incompatibilidades com o sistema constitucional brasileiro.

4.3. O Estatuto de Roma

O referido tratado internacional apresenta, em seus 128 dispositivos, o estabelecimento de uma Corte Suprema na cidade de Haia, Holanda, com competência para investigar, processar e julgar os crimes perpetrados contra a humanidade, crimes de agressão, crimes de guerra e prática de genocídio.

De acordo com os ensinamentos de KRIEGER (2006:166):

> A partir dessa data, os autores do crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão, condutas tipificadas no art. 5º do Estatuto de Roma, já não contam, tão facilmente como ocorrera até então, da lógica do asilo político concedido por alguns Estados, com a benevolência quase sempre resultante do cruzamento entre a corrupção organizada de forma transnacional e os nefastos interesses que se escondem atrás dos conflitos armados.

Dessa forma, o Estatuto de Roma entrou em vigor em 1º de julho de 2002, ao conquistar as 60 ratificações mínimas em abril do mesmo ano como exigidas em seu artigo 126. Contudo, só passou a vigorar para o Estado brasileiro em 1º de setembro de 2002, conforme a regra acima descrita.

O Tribunal Penal Internacional é, desde sua criação, responsável pela aplicação de uma parte mínima do Direito Internacional Humanitário, passando a ter jurisdição para o processamento e julgamento dos crimes contidos no Estatuto de Roma e cometidos a partir de 1º de julho de 2002. Não é tribunal *ad hoc*: sua jurisdição é permanente, porém, subsidiária.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional determina a atuação de um Tribunal que age sob a égide do princípio da complementaridade, atuando tão somente quando constatar a falta de interesse, falta de condições materiais ou irregularidades durante o processo e julgamento pelo Estado responsável. É o que revela KRIEGER (2006:166):

> O novo Tribunal Internacional, cuja plena operacionalidade deu-se em meados de 2003, (...) não substituirá as justiças nacionais caso essas se revelarem capazes e dispostas a julgar e a punir individualmente os responsáveis pelos delitos cominados na Carta de Roma.

É importante frisar que outros crimes de natureza internacional, como o tráfico internacional de drogas e o terrorismo, entre outros, não foram abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Quanto ao terrorismo[140], a questão do multiculturalismo se mostrou o principal entrave para sua tipificação no Estatuto de Roma, conforme ensina KRIEGER (2006:167):

---

[140] De acordo com a Resolução 53 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, adotada em 11 de dezembro de 1955 (Medidas para a Eliminação do Terrorismo), a definição de atos terroristas é a seguinte: “atos criminosos internacionais ou calculados a fim de provocar o estado de terror no público em geral, realizado por grupos de pessoas ou individualmente com propósitos políticos, são em qualquer circunstância injustificáveis, independentemente das considerações de natureza política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa ou qualquer outra natureza que possa ser invocada a fim de se justificar tais atos”. *In* United Nations Doc. A/RES/5/53. Disponível em <http://www.un.org>. Acesso em 01 de julho de 2010. *V*. também o art. 5º da Convenção das Nações Unidas para a Supressão de Bombardeios Terroristas de 1998, adotada pela Assembleia Geral da ONU (Res. 52/164, de 15/12/1997, UM GAOR, Sessão 52, Supp. Nº 49, UN Doc. A/52/49-1997), com a seguinte redação: “cada Estado-parte deve adotar as medidas que forem necessárias, incluindo, quando apropriado, uma legislação doméstica para assegurar que atos criminais dentro do alcance dessa Convenção, em particular, quando são internacionais ou calculados para provocar o estado de terror no público em geral, ou num grupo de pessoas ou pessoa individual, são injustificáveis em quaisquer circunstâncias, seja por considerações políticas, filosóficas, ideológicas, raciais, étnicas, religiosas ou outra de natureza similar e serão punidos através de penalidades consistentes com sua grave netureza”.

> Em relação ao terrorismo internacional, ao longo da Conferência de Roma, alguns Estados apoiaram sua inclusão, como a Argélia, Armênia, Congo, Índia, Quirguistão, Líbia, Macedônia, Rússia, Sri Lanka, Tadjiquistão e Turquia, não obtendo apoio da maioria dos Estados presentes na cimeira sob o risco de se politizar o Estatuto Penal de Roma. O terrorismo internacional também encontrara forte oposição da Liga dos Estados Árabes, pois haveria carência em sua definição a ser uniformemente aceita internacionalmente, não havendo também um consenso entre seus membros da legitimidade ou não do uso desse meio, em relação ao apoio que à Organização para a Libertação da Palestina quanto a ataques terroristas contras Israel.

Serão vistos, agora, os princípios de Direito Penal aplicáveis nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, bem como a competência do Tribunal.

4.3.1. Princípios de Direito Penal aplicáveis

Os princípios são considerados pela doutrina essenciais aos sistemas legais uma vez que auxiliam e orientam a interpretação das leis quando as regras positivadas mostram-se insuficientes[141]. ESPÍNDOLA (2002:53), com precisão, aduz:

> Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

[141] De acordo com Antônio Remiro Brótons (*apud* LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 58), deve ser enfatizado o caráter suplementar dessa fonte do Direito, que "só de maneira muito limitada, excepcional e à falta de outra norma que se recorre a essa fonte".

Dessa forma, pode-se visualizar e indicar os princípios como regras orientadoras de todo o sistema normativo, sejam positivados ou não, a exemplo do princípio da legalidade – positivado expressamente em nossa Constituição Federal – e dos denominados princípios gerais de direito, que não encontra regulamentação expressa, porém, são de obediência obrigatória.[142]

Buscando conceituar os princípios, DANTAS (1995:59) realiza a seguinte digressão:

> Para nós, princípios são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade.

No que tange aos princípios gerais de direito, PEIXINHO (2000:105-106) revela que:

> É problemática a definição de princípios gerais de direito, se se quer alcançar um enunciado formal e incontroverso, à semelhança de outros institutos jurídicos. Del Vecchio entende serem os princípios gerais os mesmos do Direito Natural. Gény, por sua vez, compreende os princípios gerais do direito como os que decorrem da natureza das coisas. Bianchi, Pacchioni e Clóvis Beviláqua consideram-nos como os princípios universais, presentes na Filosofia e na Ciência.

Igualmente importante o estudo realizado por GRECO (2008:48), que ensina:

> Citando Mans Puigarnau, Paulo Nader desmembra os princípios gerais de direito, compreendendo como subconceitos a principialidade, a generalidade e a juridicidade. Portanto, pode-se assim definir: a) princípios: idéia de fundamento, origem, começo, razão, condição e causa; b) gerais: a idéia de distinção entre gênero e a espécie e a oposição entre a pluralidade e a

[142] *V*. GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**, 3ª ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 47.

> sungularidade; c) direito: caráter de juridicidade, o que está conforme à reta – o que dá a cada um o que lhe pertence. E conclui dizendo: é relevante observar que a dificuldade em torno de uma definição dos princípios gerais de direito está adstrita ao exame de sua própria natureza. Por conseguinte, pode-se delinear a discussão dentro de duas vertentes ideológicas, no âmbito da Filosofia do Direito. O positivismo, com a Escola Histórica, compreende os princípios gerais de direito como os próprios princípios do ordenamento jurídico, enquanto que, para o jusnaturalismo, os princípios gerais de direito são de conteúdo ultrapositivos, oriundos de princípios imutáveis, ou seja, do Direito Natural.

Contudo, os princípios gozam de caráter normativo, sendo obrigatória sua observância mesmo na inexistência de sua positivação. GRECO (2008:49) revela tal característica da ciência principiológica:

> Sejam os princípios expressos ou implícitos, positivados ou não, entende-se, contemporaneamente, o seu caráter normativo como normas com alto nível de generalidade e informadoras de todo o ordenamento jurídico, com capacidade, inclusive, de verificar a validade das normas que lhe devem obediência.

O Estatuto de Roma, diploma que dá vida ao Tribunal Penal Internacional, faz uso expresso dos princípios de direito penal para preencher lacunas entre suas normas escritas. De acordo com o magistério de AMBOS (2005:10):

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

O capítulo 3 do Estatuto de Roma contempla, em seus artigos 22 a 33, os princípios que direcionam a atuação do Tribunal Penal Internacional. Como são normas que servem de alicerce para todo o ordenamento, que neles buscam fundamento, sua enumeração pelo Estatuto é essencial e sua observação deve ser imperativa quando da movimentação do mecanismo do órgão internacional.

Os artigos acima referidos elencam os principais princípios de direito penal aplicáveis, quais sejam: principio da responsabilidade penal internacional individual, principio da complementaridade, principio da legalidade e da não aplicação da lei por analogia, principio do *ne bis in idem*, principio da irretroatividade, principio da imprescritibilidade e principio da irrelevância da função de oficial.

3.3.1.1. Princípio da responsabilidade penal internacional individual

De acordo com a doutrina clássica, o direito penal subjetivo (ou *jus puniendi*), compreendido como o direito consagrado pelo Poder Constituinte Originário e colocado à disposição do Estado para a submissão do indivíduo ao devido processo legal e posterior imposição da sanção penal àquele que sofreu condenação penal irrecorrível, só seria exercido caso fosse o desejo do Estado responsável, uma vez que imperava a submissão exclusiva à jurisdição dos Estados em que vivem como direito fundamental. Na lição de LIMA e BRINA (2006:86-87):

> Tradicionalmente, os indivíduos são submetidos à exclusiva jurisdição do Estado em que vivem. Disso se deduz que as violações de normas internacionais eram processadas e punidas por autoridades competentes do Estado no qual os atos haviam sido perpetrados. Obviamente, somente se instaurava o processo e se aplicava a punição caso as autoridades desse Estado estivessem designadas a fazê-lo, de acordo com sua legislação nacional, e, além disso, se estivessem desejosas de assim o proceder. Se tal Estado não o fizesse, o país ao qual a vítima pertencia apenas possuía a prerrogativa de clamar internacionalmente pela punição do criminoso pelo Estado competente ou pelo pagamento

> de uma compensação. Não havia possibilidade de um outro Estado ou órgão impor pena diretamente ao perpetrador do crime. Logo, envolvia, exclusivamente, a responsabilidade objetiva do Estado, e não a responsabilidade subjetiva do indivíduo.

Dessa forma, fica claro o caráter eminentemente discricionário de que gozava o Estado, que fazia julgamento de conveniência e oportunidade para a punição – ou não – de seu nacional infrator.

Com a criação de um organismo internacional dotado de autonomia e independência, houve ampliação dessa perspectiva, de forma que se permite a submissão de criminosos à jurisdição internacional no caso de cometimento dos específicos crimes tipificados no Estatuto de Roma – fato que consagrou a responsabilidade penal internacional individual. De acordo com TRINDADE (2004:222):

> Este avanço, em nossos dias, se deve à intensificação do clamor de toda a humanidade contra as atrocidades que têm vitimado milhões de seres humanos em todas as partes, atrocidades estas que não mais podem ser toleradas e que devem ser combatidas com determinação.

Este princípio foi consagrado no artigo 25 do Estatuto de Roma, declarando o Tribunal Penal Internacional competente para o julgamento de pessoas singulares, de modo que aquele que cometer infração penal de competência do Tribunal será considerado individualmente responsável. Contudo, de acordo com LIMA e BRINA (2006:88-89), para configurar a responsabilidade individual internacional, a concorrência para o crime deverá ser intencional e ocorrer:

> (...) i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro implique na prática de um crime da competência do Tribunal; ou ii) Com o conhecimento de que o grupo tem a intenção 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. No entanto, 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. Cabe pontuar que incitar é crime somente no caso de genocídio.

Contudo, não se pode olvidar que o princípio da responsabilidade pessoal encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e impede que a pena ultrapasse a pessoa do condenado. É o magistério de LUISI (1991:36):

> É princípio pacífico do Direito Penal das nações civilizadas que a pena pode atingir apenas o sentenciado. Praticamente em todas as nossas Constituições está disposto que nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A vigente Carta Magna contém essa norma no inciso XLV do art. 5º: "Nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)". Ao contrário do ocorrido no direito pré-beccariano a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco ou sangue.

Dessa forma, é pacífico o entendimento de que a pena, sob o aspecto material, não poderá irradiar efeitos para pessoa diversa do condenado, de forma que somente aquele pessoalmente responsável pelo ato criminoso por ele responda e sofra a sanção legalmente imposta, salvo no caso de prestações pecuniárias a título de multa ou indenização pelo crime, cujo limite reside no patrimônio transferido por ocasião da sucessão do condenado aos herdeiros.[143]

Contudo, GRECO (2008:106) faz importante estudo acerca das consequências da imposição de uma sanção a qualquer condenado:

> Em que pese a determinação constitucional, podemos analisar o princípio sob dois enfoques diferentes. Inicialmente, sob o aspecto informal, o princípio perde a sua natureza absoluta, pois sabemos que quando alguém é condenado, segregado temporariamente do convívio familiar, a pena estende o seu raio de ação àquelas pessoas que, embora não tivessem praticado o delito,

[143] *V*. Art. 5º, XLV, 2ª parte, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988.

> sentem a força da sanção penal em razão da separação daquele que, por exemplo, mantinha a subsistência da família. Não somente o lado financeiro de uma segregação parcial da liberdade de alguém afeta seus familiares. Os parentes, de forma geral, mesmo sem qualquer relação de dependência com aquele que praticou a infração penal, sofrem emocionalmente com sua prisão. Seus filhos já não têm com quem brincar, já não contam com sua presença na saída da escola e, o que é pior, passam também a ser estigmatizados por uma condenação que não foi a deles. Normalmente, as esposas de condenados que cumprem penas são tratadas como prostitutas; suas mães, desprezadas pelo fato de terem gerado um "criminoso", são acusadas de não o terem educado. Enfim, a pena ultrapassa, em muito, a pessoa do condenado quando analisada informalmente.

Não se pode olvidar, portanto, o fato de que o princípio da responsabilidade individual não é absoluto, posto que sempre haverá, no caso concreto, uma parcela a se considerar – ainda que mínima – relativa à transcendência da sanção penal aplicada ao indivíduo.

3.3.1.2. Princípio da complementaridade e jurisdição universal

Consagrado em vários dispositivos do Estatuto de Roma[144], impõe a atuação subsidiária do Tribunal Penal Internacional, que só movimentará seus mecanismos quando o Estado em que esteja sendo processado o crime mostrar-se incapaz ou indesejoso ao seu processamento e julgamento ou quando o caso, devido à gravidade, ensejar o exercício da jurisdição do Tribunal.

Fora tal princípio inserido no Estatuto de Roma devido ao respeito às soberanias dos Estados – sejam eles parte ou não do instrumento normativo criador do Tribunal Penal Internacional[145] –, sem o qual não há se falar em jurisdição universal, uma vez que, conforme já demonstrado, tratou-se de *conditio sine qua non* para a assinatura e posterior ratificação do Estatuto pelos Estados-parte. Ademais,

[144] *V.* Preâmbulo, parágrafo 11, e artigos 1, 15, 17, 18 e 19.
[145] *Cf.* LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit.*, p. 90.

esse respeito é um dos fatores da alta aceitação do documento pelos Estados-parte e a aplicação mesmo nos territórios dos Estados não parte.

Em resumo, LIMA e BRINA (2006:91) revelam que

> O TPI baseia-se, portanto, no princípio da complementaridade, segundo o qual o Tribunal não substitui os tribunais nacionais, pelo contrário, só atuará subsidiariamente às cortes nacionais, uma vez que essas possuem prioridade no exercício da jurisdição.

No que tange à jurisdição universal, é importante que haja harmonização do direito aplicável, de modo a superar os particularismos regionais em respeito ao multiculturalismo. Não há como se afastar o fato de que o magistrado nacional, ao processar e julgar crime internacional, está exercendo função igualmente internacional e aplicando direito de alcance universal. Essa forma de transposição de normas internacionais para o direito interno não pode ser incompleta nem divergente de um Estado para outro. É o que conclui Hervé Ascencio, citado por LIMA e BRINA (2006:95):

> A tendência é atualmente à harmonização sob influência das jurisdições internacionais (...). Nessa fase atual de construção e desenvolvimento de um sistema penal global os inevitáveis fenômenos de influências recíprocas entre o nível internacional e os níveis nacionais devem ser dominados para evitar as críticas de imprecisão jurídica e de instrumentalização política da matéria penal. A apresentação desses temas – existem outros, como a prescrição ou o princípio do *non bis in idem* – demonstra que uma harmonização dos princípios e uma boa articulação das regras processuais são atualmente indispensáveis para evitar os perigos da paralisia judicial. Os desenvolvimentos recentes do direito internacional penal, se ainda não têm coerência de conjunto, traduzem certamente uma tomada de consciência, da parte de todos os atores do sistema internacional, da necessidade de progredir de maneira pragmática na luta contra a impunidade.

3.3.1.3. Princípio da Legalidade e da não aplicação da lei por analogia

O princípio da legalidade representa verdadeira limitação ao poder punitivo obstando a prática de excessos e excluindo as arbitrariedades. Consagrado como direito fundamental contemplado na 1ª dimensão de direitos humanos e consagrado no texto da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que o elenca onze vezes em seus dezessete artigos, é compreendido como principio básico de política criminal, sob o qual nenhum individuo será processado ou punido por delito não presente, expressamente, em lei.[146]

Nosso ordenamento contempla o princípio da legalidade em diversos dispositivos. No plano constitucional, a Constituição da República Federativa do Brasil o consagra em seu artigo 5º, incisos II[147] e XXXIV[148]. No legal, o Código Penal (Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940) lhe dedica seu primeiro artigo[149], tipificando o brocardo *nullum crime sine lege*.

A observação de BARBOZA (2000:148) se faz pertinente no sentido de demonstrar que, no plano internacional, o princípio da legalidade nem sempre foi observado:

> This cardinal principle of liberal penal law is firmly established in the Convention.
> We saw, when we examined the Nuremberg trials, that on that occasion such principle was not considered by the Court or by the military tribunals of Control Council Law No. 10 to be in international law what it was in the most advanced criminal law systems of the world. In any case, the situation has considerably changed in the international criminal law on fundamental human rights provide a framework for the interpretation of substantive norms or other fields. The principle of nullum crime has been

[146] Sobre o assunto, *v*. BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10; SCHABAS, William A. **Princípios gerais de direito penal**. *In:* CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: RT, 2000, p. 158; e ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, t. I. Madrid: Civitas, 1999, p. 137.
[147] Art. 5º, II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.
[148] Art. 5º, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.
[149] Art. 1º – Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

> included in many modern conventions on fundamental human rights and on those bases and the general acceptance of the international community as a whole it has surely become a rule of customary law and an imperative norm at that.[150]

No que tange à observação do princípio da legalidade pelo Estatuto de Roma, conclui-se que o diploma ora estudado é bastante inovador, uma vez que traz ao cenário internacional – pela primeira vez na história[151] – a codificação dos delitos aos quais visa reprimir e os conceitua de forma clara e prévia, criando um verdadeiro código criminal internacional,[152] consagrando expressamente em seu artigo 22, o princípio do *nullum crime sine lege*.[153]

Não se pode deixar de observar, ainda, a redação dada ao artigo 22 (2) do Estatuto de Roma, que elencou o princípio da não aplicação da lei por analogia[154]. Claro que se deve, aqui, observar que o diploma legal veda a analogia *in malam partem*, ou seja, aquela realizada em detrimento do réu. Dessa forma, se lei penal superveniente vier a abolir um dos crimes de competência do Tribunal por entender a comunidade internacional que não mais se deve penalizar determinada conduta, tendo-se em vista o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal – subprincípios informadores do princípio da intervenção mínima[155] –, esta deverá

---

[150] Em tradução livre: "Este princípio fundamental do direito penal liberal está firmemente estabelecido na Convenção. Nós vimos, quando examinamos os julgamentos de Nuremberg, que tal princípio não levado em consideração pela Corte ou pelos tribunais militares oriundos da Lei nº 10 do Controle do Conselho, para que se constasse do direito internacional aquilo que os sistemas de direito penal mais avançados do mundo dispusessem. Em todo caso, a situação alterou-se consideravelmente no direito penal internacional no que tange à questão dos direitos humanos fundamentais quando o campo para a interpretação das normas materiais ou outros campos foi aberto. O princípio do *nullum crime* foi incluído em muitas convenções modernas sobre direitos humanos fundamentais e, nesses documentos, além do consentimento generalizado de toda a comunidade internacional, tem-se, certamente, sua aplicação tornado regra de direito consuetudinário – além de uma norma de observância obrigatória".

[151] *Cf.* LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit*., p. 97.

[152] *Ibidem*, *loc cit.*

[153] Art. 22 (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; Art. 22 (2) – A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada; Art. 22 (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.

[154] *V*. *idem*.

[155] De acordo com Rogério Greco, "o princípio da intervenção mínima deve ser analisado sob dois enfoques diferentes, a saber: a) *ab initio*, devendo ser entendido como um princípio de análise abstrata, que serve de orientação ao legislador quando da criação ou da revogação das figuras

retroagir para beneficiar o réu que sofra sanção ou ameaça de sanção pelo desrespeito à lei revogada.[156]

Sobre o assunto, destaca-se a digressão de BARBOZA (2000:148-149), *verbis*:

> Article 21, paragraph 2, contais another principle, closely related to the former, but which is of itself a very important feature of liberal criminal law: "The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy."
> The text reflects another aspect of the principle of legality, which is a cornerstone of the application of criminal law to particular cases. Its inclusion is another improvement of the Convention over techniques formerly resorted to in international law, where the offences were defined in general terms and sometimes applied from customs which, by their own nature, were not always precisely formulated.[157]

3.3.1.4. Princípio do *ne bis in idem*

A fim de garantir a justiça da sanção aplicada ao infrator, o princípio do *ne bis in idem* preleciona a não aplicação de pena duas vezes a um mesmo autor pela prática de um mesmo fato. Significa, portanto, que se um determinado condenado cumpriu pena, em qualquer lugar, pela prática de determinado crime, ele

---

típicas; b) evidencia a chamada *natureza subsidiária do Direito Penal*, devendo ser encarado como *ultima ratio* de intervenção do Estado". *In*: GRECO, Rogério. *Op. cit.,* p. 62.

[156] O artigo 24 do Estatuto de Roma consagra a aplicação retroativa da *lex mitior*. De acordo com Julio Barboza, "the other principle of Article 24 is that of the application of the most favourable law to the accused in the event of a change in the law applicable to a given case prior to a final judgment". Em tradução livre, "o outro princípio do artigo 24 é o da aplicação da lei mais favorável ao acusado em caso de uma mudança na lei aplicável a determinada situação, antes de uma sentença transitada em julgado".

[157] Em tradução livre: "O artigo 21, parágrafo 2º, apresenta outro princípio estritamente relacionado com o anterior, mas que é, por si só, uma característica muito importante do direito penal liberal: 'a definição de um crime deve ser interpretada restritivamente, não devendo ser estendida por analogia'. O texto reflete um outro aspecto do princípio da legalidade, que é a pedra angular da aplicação da lei penal a casos particulares. Sua inclusão é outra melhoria da Convenção em relação às técnicas anteriormente aplicadas em direito internacional, onde os crimes tipificados foram definidos em termos gerais e, por vezes, aplicadas a partir de costumes que, pela sua própria natureza, nem sempre foram precisamente formulados".

não se submeterá a nova limitação de seus direitos devido à pratica daquele mesmo crime.

Dessa forma, deve haver um diálogo entre as jurisdições criminais nacionais e o Tribunal Penal Internacional, de forma a evitar que uma pessoa venha a ser processada e julgada duplamente pelo mesmo fato típico em caso de coexistência típica nos ordenamentos dos Estados e no Estatuto de Roma.

LIMA e BRINA (2006:98) evidenciam esta particularidade, nos seguintes termos:

> Enquanto os Tribunais Internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda possuíam competência concorrente em relação às jurisdições nacionais[158], para o Tribunal Penal Internacional estabeleceu-se uma competência complementar entre ele e as jurisdições criminais nacionais[159]. A questão que se coloca, então, é saber como conciliar a competência complementar da jurisdição do TPI com as jurisdições criminais nacionais para que não haja *bis in idem*.

O Estatuto de Roma apresenta em seu texto exceções a esse princípio, dentre as quais cita-se a norma do artigo 20 (2), donde se conclui que ninguém poderá ser julgado pela justiça criminal interna por crime de sua competência se já condenado ou absolvido pelo Tribunal Penal Internacional[160]. Porém, o Estatuto prevê, em seus artigos 20 (3) (a)[161] e 20 (3) (b)[162], hipóteses de relativização da

---

[158] *V*. art. 9 (1) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia.
[159] *V*. arts. 1 e 5 do Estatuto de Roma.
[160] Art. 20 (2) – Ninguém pode ser julgado por uma outra jurisdição por um crime previsto no artigo 5 (*genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crume de agressão*), pelo qual ele já tenha sido condenado ou absolvido pela Corte.
[161] Art. 20 (3) (a) – O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal por atos também punidos pelos artigos 6.º, 7.º ou 8.º, a menos que o processo nesse outro tribunal tenha tido por objetivo subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal.
[162] Art. 20 (3) (b) – O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal por atos também punidos pelos artigos 6.º, 7.º ou 8.º, a menos que o processo nesse outro tribunal não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

coisa julgada material, possibilitando, nestes casos específicos, a submissão do indivíduo à jurisdição do Tribunal Penal Internacional para novo julgamento.

BARBOZA (2000:147) realiza importante digressão a respeito do tema:

> The Court shall satisfy itself that it has jurisdiction in any case which is brought before it. The Court may declare a case inadmissible where a State with jurisdiction over the case is investigating it or, having investigated it, decided not to prosecute the person concerned. This is not valid if there is unwillingness or inability of the State genuinely to carry out the investigation or prosecution.
> At any rate, no person shall be tried before the Court with respect to conduct which has formed the basis of crimes for which the person has been convicted or acquitted by the Court, or tried before another court for a crime of Article 5 for which that person has already been convicted or acquitted by the Court (ne bis in idem).
> Exception: when the person has been tried by another court and the proceedings had the purpose of shielding the person concerned from the jurisdiction of the international court or were not conducted independently or impartially or in a manner inconsistent, under the circumstances, with an intent to bring the person concerned to justice.[163]

Apesar da mitigação do princípio de direito penal em comento, resta evidente a consagração de outro igualmente fundamental: o princípio da proporcionalidade. Dessa forma, o que se tem por escopo é evitar que os agentes que realizam conduta tipificada no Estatuto não sofram a devida responsabilização – seja por motivos políticos ou jurídicos –, compreendendo os crimes sujeitos à

[163] Em tradução livre: "O Tribunal sempre deverá certificar-se de que nutre jurisdição em cada caso que lhe é apresentado. O Tribunal pode declarar inadmissível uma denúncia quando um Estado com jurisdição sobre o caso o está investigando ou, tendo investigado, optou por não denunciar o agente. Contudo, isto será desconsiderado se houver falta de vontade ou incapacidade do Estado competente para a realização da investigação ou instauração do processo. De qualquer forma, ninguém pode ser julgado pelo Tribunal quando, em relação ao fato praticado – tipificado no artigo 5º do Estatuto de Roma –, já tenha sido condenado ou absolvido pela Corte ou julgado por outro tribunal, restando condenada ou absolvida (*ne bis in idem*). Exceção: quando a pessoa tenha sido julgada por outro tribunal e o processo revelou o propósito exclusivo blindar a pessoa em causa cuja competência está acometida à jurisdição do tribunal internacional, ou cujo processo não tenha sido conduzido de forma independente, imparcial ou de maneira compatível, de acordo com as circunstâncias. Assim, resta demonstrada a clara intenção de se levar o agente ao crivo da justiça".

jurisdição do Tribunal como graves afrontas aos direitos humanos, sendo sua repressão de interesse de toda a comunidade internacional.[164]

3.3.1.5. Princípio da irretroatividade e imprescritibilidade

A irretroatividade das leis penais é dogma do direito penal para solução de conflitos de leis penais no tempo objetivando, ainda, o respeito ao principio da legalidade.

A partir do momento em que a lei penal entra em vigor, será responsável pela regência dos fatos ocorridos durante seu período de vigência, não atingindo os fatos pretéritos e futuros, salvo em benefício do réu.

O artigo 24[165] do Estatuto do Tribunal Penal Internacional consagra o princípio do *tempus regit actum*, sendo compatível com nosso ordenamento constitucional que dedica seu artigo 5º, inciso XXXIX, ao princípio da *nullum crime nulla poena sine previa lege*[166], conforme evidencia BARBOZA (2000:149), ao revelar que "a conduct, even constituting a crime under the Statute, if took place before it entry into force, shall not make the author internationally responsible before the Court"[167].

No que tange à imprescritibilidade dos crimes de competência deste Tribunal, prevista no artigo 29 do Estatuto[168], sua fundamentação reside na gravidade dos delitos afetados à sua jurisdição, sendo, portanto, insuscetíveis de determinação de um mínimo ou máximo lapso temporal para a punição. É o que concluem LIMA e BRINA (2006:99):

---

[164] *Cf.* LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit*., p. 99.
[165] Art. 24 (1) – Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto; Art. 24 (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.
[166] *V*. nota "148" acima.
[167] Em tradução livre: "uma conduta, mesmo se revelar crime tipificado no Estatuto, se cometida anteriormente à sua vigência, não tornará o agente internacionalmente responsável perante a Corte".
[168] Art. 29 – Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

> O Estatuto determina ainda, em seu art. 29, que os crimes da competência do Tribunal não prescrevem. Esse dispositivo encontra fundamento na gravidade dos crimes previstos em dito instrumento, a qual torna impossível a fixação de um lapso temporal que limite a legitimação para a aplicação de uma sanção penal. Não há, portanto, perda do direito de punir pelo decurso do tempo aos crimes acostados no Estatuto.

DALBORA (2005:186) partilha do mesmo entendimento, o que se revela abaixo:

> O renascimento contemporâneo das exceções à prescrição se cinge, em geral, a certos crimes de particular gravidade e projeção cosmopolita. O Estatuto de Roma, com sua disposição sobre a imprescritibilidade dos delitos de competência do Tribunal, é uma clara amostra disso.

Quanto à sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que há, mais uma vez, o respeito à ordem constitucional, reafirmando o caráter da constitucionalidade do Tribunal Penal Internacional.

Em que pese a previsão legal da prescrição como causa extintiva da punibilidade[169], o que gera ao réu o direito de não sofrer eternamente com a ameaça de imposição de sanção, algumas condutas são impassíveis de serem abrangidas pelo instituto, dado seu caráter de grave violação aos direitos humanos.

Nossa Constituição Federal, em seu artigo 4º, inciso VIII[170], repudia o racismo, consagrando-o como crime imprescritível no artigo 5º, inciso XLII[171]. Também o faz com o crime referente à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático[172]. Portanto, não há como ser

---

[169] *V*. arts. 107, IV; e 109 a 118 do Decreto-Lei 2848, de 07/12/1940 – Código Penal.

[170] Art. 4º, VIII – A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: repúdio ao terrorismo e ao racismo.

[171] Art. 5º, XLII – A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

[172] Art. 5º, XLIV – Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

contestada a constitucionalidade do Tribunal Penal Internacional com base na imprescritibilidade dos graves crimes de sua jurisdição.

3.3.1.6. Princípio da irrelevância da função oficial: responsabilidade de comandantes e superiores hierárquicos

Preconiza o Estatuto uma aplicação da lei penal internacional uniforme a todos, sem distinção alguma a qualidade de oficial, sendo irrelevante saber se agiram ou não em nome do Estado de origem. Esse principio representa uma conquista alcançada no Tribunal de Nuremberg e igualmente consagrada o Estatuto do Tribunal Penal Internacional em seu artigo 27 (1)[173].

De acordo com o magistério de LIMA e BRINA (2006:100):

> É importante ressaltar que os crimes da competência material do Tribunal Penal Internacional são quase sempre cometidos por indivíduos que se utilizam, indevidamente, de privilégios e imunidades conferidos por seus ordenamentos jurídicos internos. Por essa razão, as imunidades, tanto internas quanto internacionais, não constituem motivos que impeçam o Tribunal de exercer sua jurisdição, até porque é princípio de condição para a eficácia do Tribunal. Aceitá-las significaria ir contra aos anseios da comunidade internacional e permitir a perpetração de crimes e a impunidade dos responsáveis.

BARBOZA (2000:151) alerta para as perigosas consequências oriundas de eventual desrespeito a este princípio, elencando o caso Pinochet como exemplo:

> Such specifications are necessary, since the immunity of Head of State – for instance – is well established in customary international law. In the Pinochet affair, the

[173] Art. 27 (1) – O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal, nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per si motivo de redução da pena.

> position denying the British courts jurisdiction to concede extradition of General Pinochet to Spain was based on his immunity as former Head of State. The fact was noted that when there was an intention to abolish such immunity in treaties, that abolition was made in express terms.[174]

Portanto, as imunidades ou eventuais normas de procedimento que nutram caráter especial por destinarem-se àqueles que ostentem a qualidade de oficial, de acordo com o direito interno ou internacional – aqui abrangidas as imunidades diplomáticas –, não poderão impedir que o Tribunal Penal Internacional exerça sua jurisdição sobre a pessoa que goze de tal qualidade. Além disso, a capacidade criminal dos indivíduos em nada influencia nas consequências juridicopenais dos Estados: são absolutamente autônomas.

Após a análise dos princípios que regem a atuação do Tribunal Penal Internacional, faz-se necessário o estudo de sua competência. Antes, porém, abordar-se-ão as hipóteses de exclusão da responsabilidade criminal previstas no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

3.3.2. Hipóteses de exclusão da responsabilidade criminal

Da leitura do *caput* do artigo 31 do Estatuto de Roma, percebe-se que fora adotada a concepção funcionalista da Teoria do Crime[175] – o que demonstra a preocupação do PrepCom com as atuais teorias que envolvem o estudo do direito penal.

---

[174] Em tradução livre: "Essas especificações são necessárias, uma vez que a imunidade do Chefe de Estado – por exemplo – está bem estabelecida no direito internacional consuetudinário. No caso Pinochet, a posição de negar a competência dos tribunais britânicos em conceder a extradição de Pinochet para Espanha foi baseada em sua imunidade como ex-Chefe de Estado. O fato que se destacou foi o de que, quando há a intenção de abolir tal imunidade em tratados, esta supressão deve se dar de maneira expressa".

[175] De acordo com a teoria finalista tripartida da ação, são elementos do conceito analítico de crime a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade – esta integrada pela imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. O artigo 31 do Estatuto de Roma, ao revelar quais são as "causas de exclusão da responsabilidade criminal", demonstra a consagração da vertente funcionalista, que conceitua analiticamente o fenômeno criminológico através da utilização de três substratos: a tipicidade, a ilicitude e a responsabilidade, integrando esta os elementos responsabilidade *latu sensu* (*imputabilidade* somado à *potencial consciência da ilicitude*) e *necessidade de pena* (composta pela *exigibilidade de conduta diversa*).

Nesse sentido, excluem a responsabilidade criminal, nos termos do artigo 31, (1), do Estatuto, *verbis*:

> Artigo 31 – Causas de exclusão da responsabilidade criminal.
> 1 – 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 violar a lei, a menos que se tenha intoxicado voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência 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 numa 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 consequência 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.

O Estatuto abrange, em um só artigo, causas que excluem a responsabilidade (*dirimentes de responsabilidade*) e causas justificantes (*excludentes de ilicitude*). Pode-se concluir, portanto, que há uma fusão de causas que incidem sobre diversos elementos do crime sob uma única nomenclatura – o que pode levar o exegeta a erro.

Para o estudo satisfatório das causas elencadas, é necessário parcimônia e dedicação, de maneira que se buscará, didaticamente, a transmissão dos conceitos básicos suficientes à compreensão dos institutos aqui tratados.

3.3.2.1. Enfermidade ou deficiência mental

A alínea *a* do artigo 31 do Estatuto de Roma elenca, como hipótese de exclusão da responsabilidade, a enfermidade ou deficiência mental do agente.

É certo que a hipótese consagra a exclusão da responsabilidade quanto ao elemento *imputabilidade*: não podem ser considerados penalmente responsáveis aqueles que não possuem o desenvolvimento mental completo – seja por fatores exógenos (enfermidade) ou endógenos (deficiência mental) – necessário à compreensão do caráter ilícito do fato criminoso.

Trata-se, portanto, de uma hipótese dirimente da responsabilidade criminal do indivíduo na esfera de competência do Tribunal Penal Internacional, posto que incide sobre um dos elementos da responsabilidade *latu sensu*, de acordo com a teoria funcionalista do crime.

3.3.2.2. Intoxicação e *actio libera in causa*[176]

A alínea *b* do ora estudado artigo 31 denota a exclusão da responsabilidade criminal pela intoxicação que prive o agente da compreensão do caráter ilícito do fato ou da capacidade de controlar sua conduta, a fim de evitar a infração da lei.

Trata de hipótese onde o agente, por intoxicação através de substância entorpecente (*v.g.* drogas, bebida alcoólica), perde a capacidade de aferir o caráter ilícito de sua conduta ou de comportar-se de acordo com o direito.

O agente deverá observar seu dever de cuidado objetivo, a fim de evitar a intoxicação – quando não provocada por terceiro –, podendo responder pelo crime na modalidade culposa.

Observa-se, ainda, que algumas doenças oriundas de intoxicações por substâncias químicas, como o alcoolismo, enquadram-se na hipótese de exclusão da responsabilidade prevista na alínea *a* do artigo 31 (doença mental).

No que tange à *actio libera in causa*, trata-se de hipótese onde o dolo da conduta permanece íntegro, subsistindo integralmente a responsabilidade criminal, posto que o agente se coloca em situação de aparentemente presença de dirimente da responsabilidade para a prática do ilícito.

Nessa hipótese, haverá a liberdade da ação do agente na causa, ou seja, no momento da autocolocação em situação de aparente exclusão da responsabilidade (*v.g.*, o agente embriaga-se com a finalidade específica de cometer o crime). Portanto, o dolo restará íntegro, permitindo a plena responsabilização criminal do agente.

---

[176] Vocábulo latino cujo significado, em tradução livre, é *ação livre na causa.*

3.3.2.3. Estado de defesa

Na alínea *c* do artigo 31 do Estatuto, resta consagrada a hipótese de estado de necessidade, que não se enquadra em nenhuma hipótese dirimente da responsabilidade, encontrando, portanto, fundamento doutrinário nas causas justificantes.

O Estatuto faz previsão de todos os elementos que deverão estar presentes nas hipóteses de estado de necessidade[177], quais sejam, a existência de perigo atual, não ocasionado por conduta anterior do agente, que deverá agir estritamente para salvar do perigo bem jurídico próprio ou de terceiro, com observância à razoabilidade e à proporcionalidade.

Não obstante, colaciona-se, acerca do tema, o magistério de BARBOZA (2000:152), que professa:

> Self-defence is a rather elaborate cause in the Statute, since it extends to a reasonable defence of life and, in the case of war crimes, to property that is essential for survival or for accomplishing a military mission.
> The defensive action must be in response to an imminent and unlawful use of force and proportionate to the degree of danger to the protected things (Art. 31 [*c*]).
> The extension of self-defence to property that is essential for accomplishing a military mission is not a part of present-day law, and seems unduly protective of the services.
> Duress resulting a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm is also a cause of exclusion of criminal responsibility, within the limits of necessity and of proportionality (Art. 31 [*d*]).
> The Court may invoke other grounds of exclusion deriving from applicable law as set fourth in Article 21.[178]

[177] De acordo com o artigo 24 do Código Penal brasileiro, "considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se".

[178] Em tradução livre: "Autodefesa é uma causa bastante elaborada no Estatuto na medida em que se estende à razoável defesa da vida e, em caso de crimes de guerra, à propriedade que é essencial à sobrevivência ou para realizar uma missão militar.

Portanto, a observância desta causa excludente da responsabilidade engloba o disposto na alínea *d* do Estatuto de Roma, uma vez que a norma contida naquele dispositivo diz respeito à defesa da pessoa – hipótese de legítima defesa[179], igualmente excludente da iliticitude, pressupondo conduta lesiva de terceiro, atual ou iminente, e sua conseguinte repelência pelo agente através do uso de meios moderados estritamente necessários à contenção da injusta agressão.

3.4. Competência do Tribunal Internacional Penal

Possui o Tribunal Penal Internacional competência restrita à investigação, processo e julgamento de pessoas físicas, como reza o artigo 25[180] de

---

A ação defensiva deve ser em resposta a um iminente e injusto uso da força e proporcional ao grau de perigo aos bens protegidos (Art. 31[*c*]).
A extensão da autodefesa à propriedade que é essencial à realização de uma missão militar não integra o direito atual e aparenta ser demasiadamente protetora dos serviços.
Coação resultante de uma ameaça de morte iminente ou lesões corporais graves iminentes também são causas de exclusão da responsabilidade, observados os limites necessários à necessidade e proporcionalidade (Art. 31, [*d*]).
A Corte poderá invocar outras causas de exclusão da responsabilidade derivadas do direito aplicável, de acordo com o estabelecido no artigo 21".

[179] Nos termos do artigo 25 do Código Penal brasileiro, "entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".

[180] Art. 25 (1) – De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas singulares. Art. 25 (2) – Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto. Art. 25 (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, provocar 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: 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 de que o grupo tem a intenção 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. Art. 25 (4) – O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas singulares em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.

seu Estatuto, e sua submissão à Corte só ocorre em relação aos crimes praticados após a vigência do referido diploma de direito internacional.

Dessa forma, conclui-se pela adoção da responsabilidade criminal individual, sendo que o artigo 5º do Estatuto de Roma elenca os crimes sujeitos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.[181]

Importante observar, ainda, que no parágrafo 4 do mesmo artigo 25 do Estatuto, o Tribunal Penal Internacional faz uma ressalva e acrescenta a idéia da responsabilização dos Estados por outros mecanismos adotados em Direito Internacional, independentemente da adotada para o criminoso individual.

Por outro lado, ao preconizar a aplicabilidade dos dispositivos do Estatuto de Roma aos crimes cometidos após ter iniciada a sua vigência, o Tribunal consagra o princípio da anterioridade da lei penal.

Tal princípio está visceralmente ligado à prevalência dos direitos humanos, eis que perfaz herança da Declaração Universal dos Direitos Humanos[182], tendo sido posteriormente reafirmado no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966[183]. Dessa forma, conforme COMPARATO (2004:459), há plena concordância entre o que consta do Estatuto de Roma e o exposto pela doutrina de Direitos Humanos:

---

[181] Art. 5º (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) Os crimes contra a Humanidade; c) Os crimes de guerra; d) O crime de agressão. Art. 5º (2) – O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121.º e 123.º, 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.

[182] Art. XI (2) – Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

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

> Seu fundamento é a convicção de que só devem ser declarados criminosos e, portanto, passíveis da mais severa punição os atos que a consciência ética da coletividade, e não a opinião pessoal dos juízes ou o interesse particular dos que detêm o poder político, assim considera. Ora, o pressuposto lógico desse raciocínio é que a lei penal – ou tratado internacional que institui crimes e penas – seja, efetivamente, a expressão da consciência ética coletiva, nacional ou internacional. Se em alguns paises esse pressuposto lógico não corresponde à realidade, pois as leis simplesmente expressam a vontade e o interesse próprio dos governantes, no plano internacional pode-se dizer, hoje, que ele é largamente respeitado.

A preocupação da comunidade internacional quando da fixação da competência do Tribunal Penal Internacional buscou convergir com o estágio atual de reconhecimento da titularidade universal de direitos essenciais à própria espécie humana, e não com os anseios de determinados povos, isoladamente – o que se evidenciou durante as diversas reuniões do PrepCom, já abordadas neste trabalho.

O Brasil, por sua vez, está submetido às regras da Corte Penal Internacional desde o início da vigência do Estatuto, em julho de 2002, posto que assinou o documento em 2000, submetendo-o a apreciação do Congresso Nacional no ano seguinte. Contudo, somente em 6 de junho de 2002, por meio do Decreto Legislativo 112, o Estatuto de Roma foi aprovado pelo Poder Legislativo interno e depositado perante o Secretário-Geral das Nações Unidas.

O ingresso do Estatuto no ordenamento jurídico pátrio se deu com a promulgação, pelo Presidente da República Federativa do Brasil – Chefe de Estado e de Governo de nossa federação no uso de suas atribuições constitucionais[184] –, do Decreto 4388, de 25 de setembro de 2002, que fora publicado na mesma data da promulgação, entrando em vigor imediatamente, em obediência ao disposto em seu artigo 3º.[185]

---

[184] Art. 84, VIII, da Constituição Federal – Compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.
[185] Art. 3º – Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Conforme já revelado, é materialmente competente o Tribunal Penal Internacional à persecução penal dos crimes mais relevantes e amplamente reconhecidos pela sociedade internacional, nos termos do artigo 5º de seu Estatuto, os quais são: genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra e crimes de agressão.

LIMA e BRINA (2006:103-104) classifica esses delitos como *core crimes*, também denominando-os como delitos coletivos ou de massa, uma vez que afetam toda a humanidade, sendo irrelevante o apontamento do direito individual violado para ensejar a punição:

> De fato, a relevância do assunto pode ser justificada pela existência de diversos delitos de considerável gravidade, e, por isso, legitimar suas inclusões em um mecanismo de proteção internacional. Até porque o fundamental não era mais declarar infrações de direitos humanos, mas protegê-los e implementá-los de forma contundente e eficaz.[186]
>
> Isso também se deve ao fato de que o projeto base do Estatuto, realizado pela CDI em 1994, enumerava infrações representantes de categorias distintas. A primeira dessas categorias ficou conhecida como *core crimes*, que consistia, basicamente, em um conjunto elementar de delitos primordiais, quais sejam, genocídio, crimes contra a humanidade e de guerra, que, ao final da Conferência de Roma, seriam incorporados ao Estatuto da Corte, dando origem aos arts. 5 a 8, responsáveis por descrever a competência material do Tribunal.

Dessa forma, passar-se-á à análise dos graves delitos de competência da Corte Penal Internacional e que atingem diretamente a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos universalmente consagrados.

---

[186] Norberto Bobbio evidencia que a questão primordial, em termos absolutos, não é a aferição da quantidade de tais direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são históricos ou culturais ou relativos ou absolutos: sua real justificativa reside em se descobrir qual o modo mais seguro para sua garantia a fim de impedir que sejam constantemente violados. V. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 25.

3.4.1. Crime de Genocídio

A terminologia *genocídio* encontra origem no magistério de Raphael Lemkin, cidadão polonês de origem judaica, que a apresentou ao mundo através da edição da obra *Axis Rule in Occupied Europe*[187], publicada em 1944. Em sua doutrina, Lemkin conceitua o crime de genocídio como ação planejada e coordenada aniquilação de um grupo nacional, religioso ou racial, através de variadas ações realizadas com a intenção de minar os alicerces essenciais à sobrevivência dele como tal.[188]

De acordo com CANÊDO (1999:90),

> durante a VIII Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal, realizada em Bruxelas em 1947, Raphael Lemkin definiu o genocídio como: "un crímen especial consistente en destruir intencionalmente grupos humanos, raciales, religiosos o nacionales y, como el homicídio singular, puede ser cometido tanto en tiempo de paz como de guerra".

KRIEGER (2006:173-174), reportando-se à origem etimológica do termo *genocídio*, realiza a seguinte digressão:

> Como se vê, esse termo é relativamente recente, sendo uma combinação do grego *genos* (significando raça ou tribo) com o latino *cide* (com o significado de matar), levando a Estados-membros das Nações Unidas a qualificarem essa conduta como criminosa.[189]

As Nações Unidas reconheceram o genocídio como "(...) um crime contra o Direito Internacional, contrário ao espírito e aos objetivos das Nações Unidas e que o mundo civilizado condena" através da Resolução de nº 96, de sua

---

[187] *V*. LEMKIN, Raphael. **Axis rule in occupied Europe**. Washington: Carnigie Endowment, 1944, cap. 9.
[188] *Cf*. KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.*, p. 173.
[189] *V*. também SUNGA, Lyal S. *Op. cit.*, p. 105.

Assembleia Geral, na data de 11 de novembro de 1946.[190] Nas palavras de LIMA e BRINA (2006:107-108):

> A realização do referido documento é ainda muito significativa, exatamente por ocorrer às vésperas da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos[191]. Ademais, a Convenção sobre Genocídio tem fundamental protuberância em decorrência de diversos fatores, entre os quais: a elaboração de uma definição do crime; atribuição de punição para atos conectados ao genocídio (conspiração, instigação, tentativa e cumplicidade); proibição do genocídio tanto em tempos de guerra quanto de paz; e consideração da responsabilidade penal do perpetrador, assim como da responsabilidade dos Estados cujas autoridades tenham participado do genocídio.

Contudo, em 11 de dezembro de 1948, foi aprovada pela Segunda Assembleia Geral das Nações Unidas a Convenção para Prevenção e Repressão ao crime de Genocídio[192], assinada em Paris, cuja redação dada a seu artigo 2º fora a seguinte:

> (...) entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico ou religioso, tais como: a) assassínio de membros do grupo; b)dano grave à integridade física ou mental do grupo; c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.[193]

Com a entrada em vigor da referida convenção em 1951, um significativo número de 132 países ratificaram o instrumento até março de 2001[194]. A Corte Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas afirmou se tratar

---

[190] *Cf*. KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.*, p. 174.
[191] Adotada e proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas.
[192] Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 11 de abril de 1951, e ratificada em 04 de setembro de 1951. Promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 06 de maio de 1952.
[193] *V*. KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.*, p. 174.
[194] *Ibidem, loc. cit.*

o referido instrumento de direito internacional de norma de direito consuetudinário internacional, sendo obrigatória sua observação por todos os Estados.[195]

Interessante observação sobre a aplicação da Convenção pelos ordenamentos jurídicos internos faz KRIEGER (2006:175):

> Pouca eficácia tem tido a Convenção para Prevenção e Repressão ao Genocídio e sua aplicação através de tribunais domésticos, tomando-se como exemplo o ocorrido no Camboja, através do movimento guerrilheiro *Khmer Rouge*, liderado pelo genocida Pol Pot, vindo a estabelecer um governo em 1976, inclusive tornando-se primeiro-ministro, ou mesmo o caso de Ruanda durante o ano de 1994.

O Estatuto de Roma tipifica o genocídio em seu artigo 6º, cuja redação é a seguinte:

> Para efeitos do presente Estatuto, entende-se por genocídio qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com a 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 a integridade física ou mental de membros do grupo; c) Sujeição internacional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição

[195] *V*. *Advisory Opinion*, de 28 de maio de 1951: "(...) What is the character of the reservations which may be made and the objections which may be raised thereto? The solution must be found in the special characteristics of the Convention on Genocide. The principles underlying the Convention are recognised by civilised nations as binding on States even without any conventional obligation. It was intended that the Convention would be universal in scope. Its purpose is purely humanitarian and civilising. The contracting States do not have any individual advantages or disadvantages nor interests of their own, but merely a common interest. This leads to the conclusion that the object and purpose of the Convention imply that it was the intention of the General Assembly and of the States which adopted it, that as many States as possible should participate. This purpose would be defeated if an objection to a minor reservation should produce complete exclusion from the Convention". Em tradução livre: "(...) Qual é mesmo o caráter das reservas que podem ser feitas e as acusações que podem ser levantadas? A solução deve ser encontrada nas características especiais da Convenção sobre Genocídio. Os princípios básicos da Convenção são reconhecidos pelas nações civilizadas como obrigatórios aos Estados mesmo sem qualquer obrigação convencional. Entende-se que a Convenção nutrirá abrangência universal. Seu objetivo é puramente humanitário e civilizador. Os Estados contratantes não têm qualquer vantagem ou desvantagem individual, nem interesses próprios, mas apenas um interesse comum. Isso leva à conclusão de que o objeto e a finalidade da Convenção residem na verdadeira intenção da Assembleia Geral e dos Estados que a adotaram, de maneira que devem participar a o maior número possível de Estados. Esse propósito seria derrotado se uma objeção a uma reserva menor acarretasse a completa exclusão do Estado da Convenção". Disponível em <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ICJ,,,4023a7644,0.html>. Acesso em 16 de julho de 2010.

> 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.[196]

No genocídio são punidos o incitamento, a tentativa e a cumplicidade; não sendo a vitima considerada por sua individualidade e sim em função de ser membro do grupo perseguido.

BARBOZA (2000:155) realiza comparação entre o crime de genocídio tipificado no Estatuto de Roma e na antiga Convenção para Prevenção e Repressão ao crime de Genocídio:

> Article 6 of the Statute defines genocide as does the Genocide Convention. Such being the case, the member States of the latter have found in the Court the competent international tribunal that was missing or, rather, that had been confined to a convenient limbo in the Genocide Convention.[197]

Dada a grande importância do tipo penal em estudo, sua inclusão no Estatuto de Roma não gerou grandes controvérsias durante as reuniões do PrepCom e, após, na própria Conferência dos Plenipotenciários. Por tudo isso, as Delegações presentes optaram pela manutenção da definição já consagrada na Convenção de Genocídio, exceto quanto aos atos previstos em seu artigo III[198] – excluídos por acarretarem o alargamento da competência material da Corte Internacional. Ante o exposto, revelam LIMA e BRINA (2006:110) que:

> (...) o Estatuto do TPI, em seu art. 6, tipificou o crime internacional de genocídio, corroborando com a "codificação" do Direito Internacional Penal, uma vez que constitui o mais grave atentado contra a paz e segurança da comunidade internacional. Todavia, é de se destacar

[196] Estatuto de Roma, art. 6º.

[197] Em tradução livre: "O artigo 6º do Estatuto define genocídio da mesma forma que consta da Convenção sobre Genocídio. Sendo esse o caso, os Estados-membros desta última encontraram no Tribunal a corte internacional competente que estava faltando, ou melhor, que tinha sido confinada a um conveniente limbo na Convenção sobre o Genocídio".

[198] Prevê a Convenção para a Repressão do Crime de Genocídio, em seu artigo III, que "serão punidos os seguintes atos: a) o genocídio; b) a associação de pessoas para cometer o genocídio; c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio; d) a tentativa de genocídio; e) a co-autoria no genocídio".

> que as omissões concernentes ao crime persistem, igualmente, no âmbito do Tribunal.

Definido, portanto, o crime internacional de genocídio, passar-se-á à análise dos crimes contra a humanidade.

3.4.2. Crimes contra a humanidade

O artigo 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional disciplina os crimes contra a humanidade, estabelecendo que:

> 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 à força de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do direito internacional; f) Tortura; g) Violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força 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 nº 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste número 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, ferimentos graves ou afetem a saúde mental ou física.
> 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.

Durante a Conferência dos Plenipotenciários, os crimes contra a humanidade foram objeto de amplo debate, em especial quanto à conceituação adotada, limites e aplicação no Tribunal: o que se deve à necessidade de adoção de parâmetros claros, aceitos por todas as nações participantes da Conferência, para a repressão deste delito pelo Tribunal.

Dessa forma, o artigo 7º do Estatuto de Roma resultou no primeiro tratado multilateral e de caráter geral definidor, de forma exaustiva e detalhada, a lista de atos que podem ser qualificados como crimes contra a humanidade.[199]

CONDORELLI (1984:10) já alertava para a necessidade da tipificação realizada pelo referido diploma internacional, *verbis*:

> En matière de crimes contre l'humanité, d'un texte cohérent d'ensemble qui, s'il vise à remédier à la dispersion et aux incertitudes préexistantes, s'inscrit toutefois parfaitement dans le prolongement des expériences du passé, tout en y intégrant la prise em compte des besoins d'aujoud'hui. Un texte dont la vocation à représenter la codification du droit coutumier dans ce domaine est incontestable.[200]

Não obstante, a extensão dos crimes contra a humanidade foi objeto de aguerrida discussão durante a Conferência dos Plenipotenciários, conforme ensinam LIMA e BRINA (2006:111)

> Durante as negociações da Conferência de Roma, os crimes em apreço provocaram inúmeras polêmicas. Não com relação à sua inclusão no Estatuto, o que era consenso geral, mas quanto à sua conceituação, seus limites e aplicação. Diversamente do crime de genocídio, regulamentado por uma Convenção exclusiva, os crimes contra a humanidade foram tratados em diversos documentos. Historicamente, sua origem pode ser

---

[199] *V*. CONDORELLI, Luigi. **L'imputation à l'Etat d'um fait internationalement illicite**: solutions classiques er nouvelles tendances. *In*: Recuil des cours, Tome 189. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers: 1984, p. 09; e BARBOZA, Julio. *Op. cit.*, p. 156.

[200] Em tradução livre: "Por crimes contra a humanidade, um texto coerente que, em geral, visa a sanar a dispersão e incertezas preexistentes, no entanto, se alinha perfeitamente às experiências do passado, incorporando os esforços hoje empregados. Um texto cujo escopo reside na codificação do direito consuetudinário nessa área é inquestionável".

> associada ao morticínio – durante o primeiro conflito mundial – dos armênios pelo Governo Otomano, e ulterior qualificação do ato como "crime da Turquia contra a humanidade e a civilização". Logo após, nos Tribunais Internacionais Militares instituídos para julgar os criminosos da Segunda Grande Guerra, a infração é tipificada. No entanto, deveria ser conexa aos crimes de guerra e contra a paz. Enfim, só seria julgado quando praticado em conflitos armados. Diante disso, falava-se em crime complementar, e não em tipo penal independente.

Não se pode deixar, contudo, de colacionar a síntese explicativa de KRIEGER (2006:176), afirmando que os crimes contra a humanidade são

> (...) uma ofensa que afeta certos princípios gerais de Direito Internacional e que se tornaram uma preocupação da comunidade internacional. A diferença entre os crimes contra a humanidade e o genocídio encontra-se no *dolus specialis* de destruição de um determinado e particular grupo, pois, sendo requisito necessário ao genocídio, não é levado em consideração nos crimes contra a humanidade.

Dentre os diversos documentos[201] em que foi tratado o crime em comento, merece especial destaque a conceituação adotada para as resoluções dos tribunais criados em virtude dos conflitos étnicos da ex-Iuguslávia e Ruanda[202], uma vez que tal tipificação alicerça o tratamento despendido a esse tipo penal no novo Tribunal internacional: o que reflete significativamente a evolução daquilo que se convencionou denominar Direito Internacional Humanitário.

---

[201] *V*. Charter of the Military Tribunal at Nuremberg annexed to the Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, London, 8 August 1945; Control Council Law nº 10, 20 December 1945; the four Geneva Conventions of 12 August 1949.

[202] De acordo com LIMA e BRINA, "vale sublinhar que, ao ser encarregado de elaborar o Estatuto do TPIY, por meio da Resolução 808 (1993) do Conselho de Segurança, o Secretário-Geral das Nações Unidas tinha a impressão de que os crimes contra a humanidade ainda não poderiam atingir sua autonomia conceitual. Por esta razão, eram agrupados ou com os crimes contra a paz ou com os crimes de guerra (art. 5). Já no Estatuto do TPIR, adotado pela Resolução 955 do Conselho de Segurança em 8 de novembro de 1994, os crimes contra a humanidade perderam seu característico acessório (art. 3). Do mesmo modo, o projeto do Código, elaborado pela CDI em 1996, concebeu os crimes contra a humanidade como um tipo de infração independente (art. 18). Nessa mesma via se engajou o Estatuto de Roma (art. 7). *V*. LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit.*, p. 112; TOMUSCHAT, Christian. **Chapitre 3: La cristallisation costumière**. *In*: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. Droit international penal. Paris: A. Pedone, 2000. p. 31.

Na definição de Kittichisaree, citado por LIMA e BRINA (2006:112),

> um crime contra a humanidade é um crime que ofende certos princípios gerais de direito e que se torna uma preocupação da comunidade internacional como um todo (...). A definição dos crimes contra a humanidade no Estatuto do TPI não consiste em uma inovação, ela reflete o desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário desde Nuremberg.[203]

Por fim, pode-se concluir que tais delitos encontram-se intimamente ligados aos Direitos Humanos de primeira dimensão, conforme já explicado no capítulo 2 deste trabalho. Consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, devem ser compreendidos como direitos civis e políticos que protegem liberdades públicas oponíveis ao Estado.

Será realizado, neste momento, o estudo dos crimes de guerra, também afetados à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

3.4.3. Crimes de guerra

O estudo dos crimes de guerra remonta a antiguidade, sendo tratado pela primeira vez no Código de Manu – instrumento jurídico vigente entre os séculos II a.C. e II d.C. na região onde hoje se localiza a Índia, tendo sido redigido em sânscrito – nas normas relativas aos prisioneiros de guerra[204]. Entretanto, a regulamentação é bastante recente[205], tendência também seguida pelo instrumento normativo que regulamenta o Tribunal Penal Internacional.

Cassese, citado por Leonardo Nemer Caldeira Brant, apresenta interessante definição aos crimes de guerra, conceituando-os como aqueles que

---

[203] KITTICHAISAREE, Kriangsak. **International Criminal Law**, p. 85-90, *apud* LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit.*, p. 112.
[204] *Cf.* LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit*., p. 114.
[205] *Cf. Ibidem*. *Loc. cit*.

> representam sérias violações de regras costumeiras ou, quando, aplicáveis, de regras pactuadas que dizem respeito às leis internacionais humanitárias[206] de conflitos armados.[207]

Seguindo raciocínio semelhante, Kittichaisaree oferece ao mesmo delito a seguinte definição: "são crimes cometidos em violações de leis internacionais, humanitárias aplicáveis durante conflitos armados".[208]

O Estatuto de Roma dedica seu artigo 8º à tipificação dos crimes de guerra, elencando inúmeras condutas suscetíveis à sanção, como o homicídio doloso[209], as violações graves às quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949[210], a tortura e outros tratamentos desumanos[211], a tomada de reféns[212], dentre outros[213].

Contudo, observa-se que nem todos os crimes de guerra estão sujeitos à jurisdição da Corte, mas tão somente aqueles cometidos em um contexto político ou planejado, bem como aqueles perpetrados em larga escala.[214] Portanto, percebe-se a reafirmação implícita da finalidade suprema do Tribunal: o julgamento das sensíveis violações aos direitos humanos consagrados por toda a comunidade internacional.

---

[206] Sobre o tema, Renata Mantovani de Lima e Marina Martins da Costa Brina esclarecem: "destaca-se que o campo da incidência dos Direitos Humanos é diverso do destinado ao Direito Internacional Humanitário. Este é constituído por normas convencionais ou de origem consuetudinária dedicadas a regulamentar as controvérsias surgidas em conflitos armados. O primeiro preocupa-se fundamentalmente em estabelecer os direitos inerentes a todos os seres humanos, quais sejam, civis, sociais, políticos, culturais e econômicos. Destacando a relação entre o Direito Internacional Penal e o Direito Internacional Humanitário e entre aquele e os Direitos Humanos, escreve Cassese: 'Realmente, enquanto o Direito Internacional Penal no que concerne aos crimes de guerra deriva do Direito Internacional Humanitário, ou está intimamente ligado a ele, o Direito Internacional Penal no que concerne aos crimes contra a humanidade está em grande maneira relacionado com os Direitos Humanos Internacionais'". *V*. LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit*., p. 113.

[207] CASSESE, Antonio. **International criminal**, 2007, p.33, *apud* BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Op.cit.* p. 47.

[208] KITTICHAISAREE, Kriangsak. Internacional criminal law, 2006, p. 29, *apud* LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit*., p. 129.

[209] Art. 8º (2) (a) (i).

[210] Art. 8º (2) (a).

[211] Art. 8º (2) (a) (ii).

[212] Art. 8º (2) (a) (viii).

[213] *V*. art. 8º (1), (2) e (3) e incisos, todos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

[214] *Cf.* BARBOZA, Julio. *Op. cit.*, p. 158.

Conforme o magistério de BARBOZA (2000:158):

> This is another application of the Idea that the Court deals only with the most serious crimes of concern to international community as a whole.
> The perpetration of crimes according to a plan gives them a systematic character; the large-scale commission means that such crimes must be perpetrated against many persons.[215]

Continua BARBOZA (2000:158-159) seu raciocínio, elencando as categorias de crimes reprimidos pela exegese do artigo 8º do Estatuto de Roma, *verbis*:

> The first category of war crimes, in paragraph 2 (a), are grave breaches of the four Geneva Conventions of 12 August 1949, against persons or property protected under the provisions of the relevant Convention.
> The persons protected by such Conventions are, respectively, the wounded and sick in armed forces in the field (Convention I), the wounded, sick and shipwrecked members of the armed forces at sea (Convention II), the prisoners of war (Convention III) and the civilians in times of war (Convention IV).
> Paragraph 2 (b) refers to other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law.
> Putting these two provisions together, there is in one single text what used to be called “the Geneva law” in paragraph (a) and “the Hague law” in paragraph (b).
> Article 8 follows Article 85 of the 1977 Geneva Protocol I, but adds elements like the protection of United Nations actions and regarding the former “Hague law” it includes later prohibitions regarding newer methods of combat, so updating the old law.[216]

---

[215] Em tradução livre: “Esta é outra interpretação da idéia de que o Tribunal lida apenas com os crimes mais graves e que preocupam a comunidade internacional como um todo. A perpetração de crimes de acordo com um plano dá-lhes um caráter sistemático; a prática em larga escala significa que esses crimes devem ser cometidos contra muitas pessoas”.

[216] Em tradução livre: “A primeira categoria de crimes de guerra, no parágrafo 2º (a), são graves violações às quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, contra pessoas ou bens protegidos nos termos das disposições pertinentes das Convenções. As pessoas protegidas por tais convenções são, respectivamente, aos feridos e doentes nas forças armadas em campo (Convenção I), os feridos, doentes e náufragos das forças armadas no mar (Convenção II), os prisioneiros de guerra (Convenção III) e os civis em tempos de guerra (Convenção IV). O parágrafo 2º (b) refere-se a outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais, de acordo com o cenário estabelecido pelo direito internacional. Juntando essas duas disposições, há

Importante observar que, diferentemente dos crimes contra a humanidade – que podem ocorrer em tempos de paz –, os delitos de guerra somente se desenrolam sob um contexto de conflito armado, de acordo com o Direito Internacional Consuetudinário.[217] Cabe ressaltar que a Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia adotou esta posição quando do julgamento de Dusko Tadic, reafirmando a validade do costume internacional.[218]

Após este estudo, será apresentado o último delito vinculado à jurisdição da Corte Penal Internacional: o crime de agressão.

3.4.4. Crime de agressão

O crime de agressão, apesar de previsto no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional[219], não possui tipificação expressa, limitando-se o referido dispositivo de direito internacional a estipular que

> Art. 5º, (2) – O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121º e 123º, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência

---

em um texto único que se costuma denominar de 'Direito de Genebra', no parágrafo (a) e "Direito de Haia", no parágrafo (b). O Artigo 8º segue o artigo 85 do I Protocolo de Genebra, de 1977, mas acrescenta elementos como a proteção das ações das Nações Unidas e, sobre o antigo "Direito de Haia", inclui proibições regulando novos métodos de combate, atualizando, portanto, a lei antiga". Não obstante, colaciona-se a informação de que César Amorim Krieger também revela os crimes de guerra de competência da Corte Penal Internacional, explicando que: "são crimes de guerra, conforme o art. 8º, § 2º, do referido Estatuto: a) as violações graves às quatro Convenções de Genebra; b) outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do Direito Internacional; c) em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra, e, por conseguinte, não se aplicam a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; d) as outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do Direito Internacional. V. KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.*, p. 193.

[217] *Cf. Idem*, *loc. cit.*

[218] *V*. The Prosecutor vs. Dusko Tadic, decision of the Appeals Chamber on the Defense Motion of the Interlocutory Appeal concerning jurisdiction at 73; Case nº IT-94-1-D, of 2 October, 1995. Disponível em <http://www.un.org/icty>. Acesso em 17 de julho de 2010.

[219] Art. 5º, (1), (d).

> relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

O referido conceito só pode ser encontrado no direito internacional costumeiro – o que acaba por limitar a ação punitiva do Tribunal, que só movimentará seu mecanismo coercitivo quando houver expressamente conceituado o delito, de acordo com o adotado – e já estudado – princípio da legalidade.

Contudo, o esboço do Código de Crimes apresentado pela Comissão de Direito Internacional tipificava o crime de agressão – crime este que foi também utilizado como base para acusar os criminosos nazistas durante os julgamentos perante o Tribunal de Nuremberg.[220]

Não obstante, durante a Conferência de Roma, em 1998, a demarcação sobre o que seria *crime de agressão* não apresentou consenso, uma vez que – conforme ressalta KRIEGER (2006:194), "havia diversas posições diversas (sic) sobre sua definição, ao mesmo tempo em que acordou ser necessária sua inclusão no Estatuto de Roma", além de estipular a necessidade de emenda posterior dispor sua concreta tipificação.[221]

De acordo com o Estatuto de Roma (art. 121º, [1], e 123º, [1]), percebe-se a preocupação dos Plenipotenciários presentes à Conferência para que houvesse a possibilidade de reforma do diploma legal, bem como da efetiva tipificação do delito de agressão. Nessa esteira, a Resolução do Parlamento Europeu, de 19 de

---

[220] De acordo com o magistério de Julio Barboza, "agression was a crime in the Draft Code of Crimes presented by the International Law Commission and was, in the Nuremberg trials and under the form of 'war of aggression', one of the offences that gave basis to the accusations against the principal Nazi leaders". *V*. BARBOZA, Julio. *Op. cit.*, p. 155.

[221] É importante que se faça uma leitura conjunta entre o disposto no art. 5º, (2) do Estatuto de Roma, com a norma de seu art. 121º, (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" –, bem como a norma de seu art. 123º, (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 Assembleia dos Estados Partes, nas mesmas condições."

Maio de 2010, sobre a Conferência de Revisão do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional[222], determinou que:

> 7. Apoia firmemente a inclusão do crime de agressão no nº 1 do artigo 5º do Estatuto de Roma no âmbito da competência material do TPI, crime relativamente ao qual o Grupo Especial de Trabalho da Assembleia dos Estados Partes ao Estatuto de Roma reconheceu que, para efeitos do Estatuto, "crime de agressão" significa a premeditação, a preparação, o início ou a execução, por uma pessoa em posição de exercer efectivamente o controlo sobre a acção política ou militar de um Estado, ou de a dirigir, de um acto de agressão que, pela sua natureza, gravidade e escala, constitui uma manifesta violação da Carta das Nações Unidas;
> 8. Afirma com veemência que qualquer decisão sobre a definição de um crime de agressão deve respeitar a independência do Tribunal; recomenda que os Estados adoptem a proposta no sentido de não ser necessário qualquer filtro em matéria de competência para determinar se um acto de agressão foi ou não cometido antes de o procurador do TPI poder avançar com um inquérito e ainda que, caso a Conferência de Revisão decida a favor do estabelecimento de um filtro de competência, que os Estados exijam que a determinação da existência ou não de um acto de agressão seja da responsabilidade da Câmara competente no âmbito do processo judicial já estabelecido no Estatuto de Roma;[223]

A questão acerca da tipificação do crime de agressão se mostrou uma das questões mais controvertidas da referida Conferência de Revisão, realizada em Kampala, na Uganda. Richard Gladstone, ex-Procurador do Tribunal Penal da antiga Iugoslávia, defendeu que o Tribunal Penal Internacional precisa firmar-se institucionalmente antes de adentrar em fértil solo político, lembrando, ainda, que a entidade ainda engatinha na repressão dos crimes internacionais.[224]

---

[222] A Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, realizada em Kampala, na Uganda, ocorreu entre os dias 19 de maio e 11 de junho de 2010. O relatório de ocorrências da Conferência pode ser consultado no sítio: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/ReviewConference/>. Acesso em 20 de julho de 2010.

[223] Resolução do Parlamento Europeu, de 19 de Maio de 2010, sobre a Conferência de Revisão do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0185+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em 20 de julho de 2010.

[224] Sobre a posição de Richard Gladstone, consultar o sítio <http://www.nytimes.com/2010/05/27/opinion/27iht-edpoint.html?_r=1>. Acesso em 20 de julho de 2010. *V*. também o *blog* eletrônico do Núcleo de Estudos Internacionais do Largo São Francisco, que contém interessante artigo intitulado

Historicamente, o crime de agressão foi considerado – no pós-Segunda Guerra Mundial – um ato atentatório à paz mundial, sendo compreendido a partir de então como delitos que desrespeitam as leis da guerra.[225] Através do Acordo de Londres[226], passou a agressão a ser sancionada penalmente e considerada como caracterizadora de responsabilidade penal individual. Contudo, referido acordo apresentou lacuna quanto à sua conceituação.

Contudo, adotando perspectiva mais avançada, a Resolução nº 3.314, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1974, qualifica, segundo KRIEGER (2006:194), em seu artigo 3º:

> os atos de agressão que possam ocorrer independentemente de declaração de guerra, quando: a) a invasão ou ataque pelas forças armadas do Estado em território de outro Estado, ou qualquer outra ocupação militar, mesmo temporária, resultando desta invasão ou ataque qualquer anexação pelo uso da força do território ou parte do outro Estado; b) bombardeios das forças armadas do Estado, contra o território de outro Estado ou a utilização de quaisquer armas pelo Estado contra o território de outro Estado; c) o bloqueio de portos ou costa do Estado pelas forças armadas de outro Estado; d) um ataque das forças armadas do Estado através da terra, do mar, pela força aérea, fuzileiros navais ou esquadrões aéreos contra outro Estado; e) o uso das forças armadas de um Estado que se encontra no território de outro Estado, através de um acordo com o Estado receptor, em contravenção às condições constantes no acordo ou qualquer extensão de sua presença nesse território, além dos termos do acordo; f) a ação do Estado que deixa à disposição o seu território, para que outro Estado, o utilize com fins de perpetrar um ato de agressão contra terceiro Estado; g) enviando para ou em favor do Estado, bandos ou grupos, sejam irregulares ou mercenários, no qual procederão atos de forças armadas contra outro Estado

---

"Conferência de Revisão do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional", de autoria de César Yip, disponível em < http://neiarcadas.wordpress.com/2010/06/05/conferencia-de-revisao-do-estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional-por-cesar-yip/>. Acesso em 20 de julho de 2010.

[225] *Cf.* LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit*., p. 120.

[226] *V*. *Ibidem, loc. cit.*, *verbis*: "o Acordo de Londres, datado de 8 de agosto de 1945, foi firmado pelas potências vencedoras (EUA, França, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), e estabelecia a prerrogativa de processar o julgar os criminosos de guerra das potências do Eixo, criando, para tanto, anexa ao acordo, a Carta constitutiva dos Tribunais Militares de Nuremberg e Tóquio.

> com tal gravidade que se enquadrem nos atos listados, ou por seu substancial envolvimento nos atos.

Contudo, a carga política que gera a falta de consenso internacional acerca da tipificação do crime de agressão não pode ser afastada. Estados árabes – como a Síria, Egito e Omã – manifestaram-se pela adoção da definição constante da Resolução nº 3.314 da Assembleia Geral da ONU, porém, com uma ressalva: haveria a necessidade de se distinguir *ato de agressão* e a *luta legítima dos povos pela autodeterminação* – o que consistiria em permissivo legal para a existência da chamada *guerra santa* (ou *jihad*): conflitos, de cunho religioso, envolvendo povos árabes e qualquer aparente ameaça à sua cultura e estilo de vida.[227]

Dada a complexidade e a ausência de acordo internacional, o Estatuto de Roma ainda apresenta a lacuna que consiste na omissão de especificação acerca do que seria *crime de agressão*, apesar de expressamente prevê-lo – como visto – em sua competência.

Será estudada, a partir deste momento, a forma de submissão do nacional infrator ao crivo da Corte Penal Internacional, bem como suas eventuais complicações no que tange à soberania do Estado brasileiro e aos direitos humanos consagrados constitucionalmente na Carta Magna.

[227] *Cf*. KRIEGER, César Amorim. *Op. cit.*, p. 195.

4. Submissão de nacional à jurisdição do Tribunal Penal Internacional

Para que haja a possibilidade de aplicação das penas relativas aos crimes de competência da Corte Penal Internacional, o indivíduo autor do fato tipificado no Estatuto de Roma deverá se submeter à sua jurisdição.

O Tribunal possui competência para processar e julgar as pessoas físicas. Contudo, como se daria a entrega do indivíduo ao Tribunal? Não haveria desrespeito – no caso do Estado brasileiro – ao que dispõe o inciso LI[228] do artigo 5º da Constituição Federal?

A fim de dirimir estas dúvidas e compatibilizar o Estatuto de Roma ao que dispõe nossa Carta Magna[229], deverá ser realizado um breve estudo acerca do instituto da extradição, previsto no Estatuto do Estrangeiro[230], a fim de compreendê-lo e compará-lo ao instituto da ordem de *surrender* – ou *entrega* – prevista no Estatuto de Roma[231].

---

[228] 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.

[229] Art. 5º, LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; art. 5º, §4º – o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

[230] Lei Federal nº 6815, de 19 de agosto de 1980.

[231] Art. 89º - Entrega de pessoas ao Tribunal. § 1º – O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91.º, 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.

4.1. Extradição e *surrender*

Cuidará o presente estudo, a partir deste momento, da conceituação e individualização dos institutos relativos à remessa de pessoas que se encontrem em território nacional – sejam elas brasileiras ou estrangeiras –, com a finalidade de serem submetidas a processo e julgamento perante Estado estrangeiro (no caso da extradição) ou perante o Tribunal Penal Internacional (ordem de entrega ou *surrender*).

4.1.1. Extradição: breve histórico e regime jurídico

A origem do instituto remonta a período ainda mais longínquo que o *jus gentium* romano. De acordo com o magistério de CARNEIRO (2002:23):

> (...) o primeiro documento conhecido que continha algumas das características da extradição ficou conhecido como o Tratado de Paz entre o Faraó Ramsés II e o Soberano Hitita, príncipe Hattisulo, celebrado no ano de 1280 a. C.

Segundo a referida doutrinadora, é necessário à compreensão da evolução histórica do instituto da extradição a sua divisão em três períodos: o primeiro tem início remoto, abrangendo a Antiguidade ao século XVII; o segundo, compreende o lapso de tempo entre os séculos XVIII e XIX; e o terceiro período tem início no final do século XIX e abarca também os dias atuais.[232]

A citação acima apontada remonta a documento vinculado doutrinariamente ao primeiro período histórico do instituto em comento. Além deste Tratado de Paz entre Ramsés II e Hitita, RIBEIRO (2005:268) colaciona que “um

[232] *Cf.* CARNEIRO, Camila Tagliani. **A extradição no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 23-34.

exemplo do instituto da extradição que data dessa época é a entrega de Sansão realizada pelos israelitas a pedido dos filisteus". O autor situa também neste período

> (...) um tratado internacional celebrado no ano de 1376 entre o Rei Carlos V da França e o Conde de Sabóia, considerado como o instrumento que mais se aproxima dos procedimentos da extradição, tal como o instituto vigora na atualidade.[233]

MELLO (2004:713-714), por sua vez, corroborando as doutrinas supracitadas, evidencia o que segue:

> (...) a essência da extradição, isto é, conduzir um individuo para fora de um Estado, existia na prática internacional da Antiguidade. O que variava eram alguns detalhes, e é claro que o instituto jurídico não conserva as mesmas características através dos séculos.

Quanto ao segundo período, compreendido entre os séculos XVIII e XIX, RIBEIRO (2005:268-269) ensina que

> (...) alguns doutrinadores comentam que é nesse período que a extradição se consolida como instrumento jurídico. (...) Isso ocorre por meio do tratado celebrado entre a França e os Países Baixos, onde se estabeleceu a entrega de criminosos e foram enumerados os crimes passíveis de extradição. O procedimento extradicional, embora de forma precária, inicia-se no Brasil com os acordos estabelecidos com Alemanha, França, Inglaterra, Portugal e Rússia, que previam serem passíveis de extradição os indivíduos que cometessem crimes de rebelião do vassalo contra o seu senhor, a deslealdade, a traição, a produção de dinheiro falso. (...) No ano de 1808, com a chegada da Corte Portuguesa ao Brasil e a abertura dos portos brasileiros ao comércio, a política governamental brasileira favoreceu a entrada e a estada de estrangeiros no solo brasileiro. Em decorrência disso, os pedidos de extradição aumentaram significativamente, o que obrigou o governo brasileiro a estabelecer normas que regulamentassem o processo extradicional. Dessa forma, em 1847, foi expedida pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros a circular que constituiu o primeiro

[233] *V*. também *Idem*, p. 23.

> documento classificando em que ocasião se daria o deferimento dos pedidos de extradição (...).

No que tange ao conteúdo do citado documento nacional, CARNEIRO (2002:28) descreve o seu teor, *verbis*:

> Quando os crimes pelos quais se reclamar a extradição tiverem sido cometidos no território do Governo reclamante, e este oferecer ou se prestar à reciprocidade; quando pela gravidade e habitual freqüência forem capazes de pôr em risco a moral e a segurança dos Povos, tais como os de roubo, assassinato, moeda falsa, falsificações e alguns outros; quando estiverem provados de maneira que a leis do Brasil justifiquem a prisão e acusação, como se o crime tivesse sido nele cometido; quando o suspeito ou criminoso for reclamado pelo Ministro da Nação em que tiver lugar o delito; se o mesmo indivíduo for criminoso em mais de um Estado e for reclamada sua entrega por mais de um Governo, a entrega deverá ser feita ao Governo em cujo território tiver sido cometido o delito mais grave

Ainda sobre o referido momento histórico, RUSSOMANO (1979:487) colaciona o que segue:

> No Brasil, a concessão da extradição, com base em acordos internacionais, remonta aos primeiros anos que se seguiram à sua independência.
> Entre 1826 e 1836, nosso país celebrou tratados sobre extradição com a França, a Inglaterra, a Alemanha e Portugal e – em obediência ao que neles se acordara – foram concedidas algumas extradições aos três primeiros países mencionados.
> O primeiro ato, de origem internacional, porém, a regular o instituto extradicional, surgiria mais de uma década após a celebração do último daqueles tratados, quando o governo brasileiro reconheceu a necessidade de adotar princípios gerais de extradição e de estabelecer as condições em que o Império[234] entregaria os criminosos refugiados no seu território.

[234] Nosso país apresentou, durante o curso de sua história, três diferentes denominações jurídicas. A Constituição do Império, de 1824, conferiu ao país o *nomem iuris* de “Império do Brazil”. Com a posterior proclamação da República em 15 de novembro de 1889 e a promulgação da Constituição Federal de 1891, foi adotado o *nomem iuris* de “República dos Estados Unidos do Brasil” – denominação repetida nas Constituições de 1934, 1937 e 1946. Somente em 1967, com a outorga de nova Constituição pelo regime militar, o Brasil passou a ser designado como “República Federativa do

CARNEIRO (2002:69-70) noticia, em sua obra, importante momento histórico brasileiro: o primeiro caso nacional que retrata a aplicação do instituto jurídico da extradição:

> O autor Manoel Coelho Rodrigues registra o primeiro pedido de extradição, datado de 4 de março de 1845, dirigido ao Ministro dos Negócios Estrangeiros do Brasil, pelo Conde Eugênio Ney, encarregado dos Negócios da França, que teve, no entanto, um desfecho ignorado.

No que tange ao terceiro período, compreendido entre o final do século XIX e os dias atuais, RIBEIRO (2005:269) esclarece que

> (...) é nesse período que a extradição adquire características definitivas e consolida-se por meio de convenções, como o Código Bustamante, que, nos artigos de 344 a 381, normatiza o instituto extradicional. A extradição no Brasil, atualmente, é regulamentada pelos seguintes instrumentos legais: i) Constituição Federal de 1988 – artigo 5º, LI e LII; artigo 12; artigo 102, I, g; ii) Lei 6.815 de 1980 (Estatuto do Estrangeiro) – artigos 76 a 94; iii) Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – artigos 204 a 214: a quem compete processar e julgar, originariamente, os pedidos de extradição.

No universo jurídico brasileiro, tem-se a edição, em 1911, da primeira lei regulamentadora da extradição (Lei nº 2.416, de 28 de junho de 1911)[235]. Atualmente, o já citado Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), regulamentado pelo Decreto nº 86.715/81, é o diploma legal que deverá ser consultado caso haja pedido de extradição por Estado estrangeiro. Ademais, referido diploma não deixa de ser complementado por normas de Direito Internacional, a exemplo dos tratados previamente ratificados pelo Brasil.

A doutrina elenca, ainda, três fases relativas à evolução do instituto da extradição ao longo dos três períodos acima estudados. Dessa forma, dividem-se as

---

Brasil". Este último *nomem iuris* foi mantido pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e pela atual Carta Magna de 1988.

[235] *V*. também RUSSOMANO, Gilda. **Extradição**: histórico e direito vigente. *In*: **Enciclopédia Saraiva do direito**. Vol. 35. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 489.

citadas fases em: a) *contratual*, onde a extradição fundava-se exclusivamente em tratados bilaterais ou multilaterais, somente podendo ser concedida através do preenchimento de seus requisitos; b) *legislativa*, oportunidade em que as Soberanias passaram a promulgar suas leis internas disciplinando o procedimento da extradição; e c) *regulamentação internacional*, ainda carente de vigor perante a comunidade internacional.[236]

Atualmente, encontra disciplina legal no Título IX do Estatuto do Estrangeiro, nos artigos compreendidos entre o 76 e 94, a extradição, segundo magistério de REZEK (2005:197), consiste na "entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena".

É concebida como meio de cooperação entre soberanias, fundada na cooperação entre os povos[237], na independência[238] e na igualdade entre os Estados[239] e baseada em um tratado, costume internacional ou na promessa de reciprocidade[240], regulamentada pela lei interna[241]. Consiste, ademais, no meio mais antigo de cooperação internacional para a repressão de crimes, posto que é norma que permite aos Estados dar eficácia de sua lei penal interna a fatos cometidos por indivíduos que buscam refúgio em outros países com a finalidade de se furtarem à aplicação da lei penal.[242]

Portanto, pode-se concluir que a extradição pressupõe, sempre, um procedimento penal em curso ou que já apresente decisão condenatória com trânsito em julgado. Além disso, é requisito a formulação de pedido de extradição de

---

[236] *V*. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Volume II. 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 982; e RIBEIRO, Gleisse. **O Supremo Tribunal Federal e o controle dos processos de extradição**. *In*: Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2005, p. 269.
[237] Art. 4, IX, CF.
[238] Art. 4º, I, CF.
[239] Art. 4º, V, CF.
[240] *Cf*. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 197.
[241] Lei Federal 6815/80, art. 76: "a extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade."
[242] *Cf*. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: RT, 2006, p. 417.

um Estado a outro.[243] MELLO (2004:1019) a conceitua como “o ato por meio do qual um indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente para processá-lo e puni-lo”.

PEREIRA (1902:233-234), doutrinador brasileiro radicado no período compreendido entre o final do século XIX e início do século XX, alertava para a importância do instituto da extradição:

> A responsabilidade pela infracção da lei penal certamente não se extingue pelo simples facto de transpor o delinquente os limites do territorio do Estado. Mas desde que o individuo entra em um territorio de outro Estado, fica sob a soberania desse Estado. Entregal-o, ou não, á authoridade estrangeira, é um puro acto de soberania. Por virtude da essencia da soberania, esse acto deve ser inteiramente livre, sob pena de offensa da independencia. Pode, pois, a nação se recusar a pratical-o.
> Acresce que a lei da nação, onde o delito foi commettido, não tem força obrigatoria *jure proprio* fora do território. Obrigar, pois, a nação que deu asylo ao criminoso, á entregal-o, valeria tanto como obrigal-a á obedecer a uma lei que não tem vigor no seu territorio.
> Destes principios deduz-se que a nação, em cujo territorio se refugia o estrangeiro criminoso, tem o direito de recusar a extradição.
> E tal é hoje a opinião commum, demonstrada pelos usos e praticas das nações.
> Na ausencia de tractados, é livre ao Estado conceder ou negar a extradição[244], subordinando o exercicio deste direito tão somente á razões de politica e de conveniencia.

Contudo, não deixa o autor (1902:234) de salientar a importância da cooperação entre os Estados à época:

---

[243] *V*. Art. 78, I e II, da Lei Federal 6815/80.

[244] Lafayette Rodrigues Pereira aponta, ainda, a existência de algumas leis internas cujo escopo era regulamentar a aplicabilidade dos tratados internacionais sobre extradição vigentes à época, *verbis*: “Em alguns paízes tem-se procurado regular por lei a materia da extradição. Acerca deste assumpto promulgou-se: na Inglaterra a lei conhecida sob a denominação – Extradiction act of 1870, na Belgica a lei de 15 de Março de 1874, e na Hollanda a de 6 de Abril de 1875. (...) Nos Estados-Unidos, segundo o § 2º da Secção 4 da Constituição, é obrigatoria a extradicção entre os Estados que formão a união. Em 1848 promulgou-se uma lei (*act* de 12 de Agosto) para regular a execução dos tractados estipulados pela republica com as potencias estrangeiras. Esta lei foi posteriormente modificada pelas de 22 de Junho de 1860 e de 19 de Junho de 1876”. *V*. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Op. cit.*, p. 233.

> Cumpre, todavia, reconhecer que, em regra, motivos graves e importantes aconselhão a pratica da extradição. As nações formão entre si uma associação, ligada pela solidariedade de interesses comuns e de reciproca segurança; devem, pois, contribuir, cada uma de sua parte, para que todas desempenhem a sua missão principal que é a protecção da ordem juridica. A recusa da extradição, como principio destoa, deste conceito: porque recusar a extradição é assegurar a impunidade – o que é uma animação ao crime.
> Por força destes motivos predomina hoje evidentemente a tendencia para facilitar-se a concessão da extradição.

No direito brasileiro atual, pode-se dividir a extradição em duas espécies: ativa e passiva. A primeira se revela quando o governo brasileiro requer a outro Estado a extradição de indivíduo foragido da justiça brasileira. A segunda, por sua vez, se revela quando determinado Estado alienígena solicita ao Brasil a extradição de indivíduo que se encontra em território nacional.[245]

O Estatuto do Estrangeiro regula tão somente a modalidade passiva de extradição. Isso se justifica pelo motivo de que quando se tratar de extradição ativa bastará ao governo brasileiro a mera solicitação de extradição do indivíduo, enquanto caberá ao Estado estrangeiro ao qual competir o eventual deferimento da extradição a observação das regras a serem seguidas para o seu deferimento – ou não – ao Brasil, de acordo com seu direito interno.

A principal discussão doutrinária – e cerne do presente estudo – reside em se aferir a possível regulamentação internacional do instituto da extradição com o advento do Estatuto de Roma, uma vez que este diploma normativo regulamentador da atuação da Corte Penal Internacional de Haia fez previsão expressa, em seu artigo 89, da chamada *entrega de pessoas ao Tribunal*. É o que evidencia RIBEIRO (2005, 269), ao afirmar que

> A dúvida suscitada entre os doutrinadores é se o Tribunal Penal Internacional havia regulamentado a extradição na esfera multilateral, tendo em vista que estabeleceu normas para a entrega de pessoas ao Tribunal.

---

[245] *Cf.* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. cit.*, *loc. cit*.

Contudo, a resposta só pode ser negativa. Não há que se confundir o instituto da *entrega* com o instituto da *extradição*, antagonicamente distintos e harmonicamente coexistentes no direito internacional. É o que se passa a explicar.

4.1.2. Ordem de *surrender*

A palavra *surrender*, presente no idioma inglês, pode possuir os seguintes significados: rendição, render-se, entregar-se, ceder.[246] Percebe-se, portanto, que a tradução literal dos termos do Estatuto para o idioma português[247] – *entrega* – está de acordo com a real vontade do legislador internacional, de forma que se vislumbra a *ordem*, o *imperativo*, o *dever*.

Nos termos do artigo 89 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a Corte poderá dirigir pedido de detenção e entrega de determinado indivíduo, devendo instruir o requerimento com os documentos pertinentes, a qualquer Estado em que essa pessoa possa ser encontrada, além de solicitar a cooperação desse Estado em sua detenção e posterior entrega.

Portanto, qualquer pessoa física – seja ela detentora de parcela de poder (como o é o Chefe do Poder Executivo), seja ela desprovida de qualquer prerrogativa ou privilégio em função de eventual cargo que ocupe – que tenha praticado conduta tipificada no artigo 5 do Estatuto de Roma poderá ser entregue ao Tribunal para que este exerça sua jurisdição.[248]

O termo *poderá*, constante do artigo 89 do Estatuto, evidencia o caráter subsidiário da jurisdição penal internacional: só atuará a Corte Internacional se falhar

---

[246] *V*. MICHAELIS. **Pequeno dicionário**: inglês-português português-inglês. 35ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 1992, p. 289.

[247] A redação original dada pelo artigo 89 do Estatuto de Roma (*Surrender of persons to the Court*) pode ser constatada da leitura do texto depositado junto ao Secretariado-Geral da Organização das Nações Unidas, disponível em: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/0/Rome_Statute_English.pdf>. Acesso em 22 de julho de 2010.

[248] É digna de registro a norma constante dos artigos 27 e 28 do Estatuto de Roma, que consideram irrelevante a qualidade de oficial ou a existência de imunidade ou prerrogativa em função do cargo ocupado pelo indivíduo para fins de processo e julgamento no âmbito da Corte Penal Internacional.

a justiça interna ou, dependendo do caso concreto, não for a pena efetivamente aplicada ao indivíduo infrator revestida de idoneidade.

Há que se ressaltar, aqui, que consiste o Tribunal Penal Internacional, com sede em Haia, na Holanda, em uma corte de defesa dos direitos humanos, uma vez atua na repressão de condutas sensivelmente lesivas aos mais comezinhos direitos angariados pela humanidade ao longo dos séculos.[249]

Ante o exposto, pode-se conceituar o *surrender* como o instituto atinente à entrega de autores dos crimes previstos no Estatuto de Roma, a fim de que sejam julgados pelo Tribunal Penal Internacional, de forma que se pressupõe a submissão prévia e voluntária de um Estado soberano – através da assinatura e ratificação do referido Estatuto – ao supracitado organismo internacional.

O *surrender* é compreendido no âmbito da cooperação entre um Estado e o Tribunal Penal Internacional – e a cooperação é requisito essencial para que seja dada a efetividade ao tratado multilateral assinado pelos plenipotenciários na Conferência de Roma, donde resultou a criação do Tribunal.

O artigo 86 do Estatuto de Roma disciplina o seguinte:

> Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes de competência deste.

Como o Estatuto foi ratificado pelos Estados Partes, não haveria possibilidade de furtar-se ao seu cumprimento, uma vez que a declaração de vontade das soberanias envolvidas deve ser respeitada por aqueles que ocupam o poder, mormente diante do caráter temporário – via de regra – atinente aos cargos máximos dos Poderes dos Estados.

LIMA e BRINA (2006:165) corroboram a posição acima exarada, defendendo a obrigação da entrega de infratores à Corte:

---

[249] *V*. capítulo II, *retro*, deste trabalho.

> Logo, fica patente a obrigação dos pactuantes em colaborar com o Tribunal. E, para assegurá-la, os Estados deverão imprimir esforços na regulamentação interna dos procedimentos constantes no Estatuto. No caso específico do Brasil, o Anteprojeto de lei para a implementação do Estatuto traz para o ordenamento doméstico dispositivos legais necessários para a tipificação dos delitos, adaptação das normas processuais e regulação das formas de cooperação com o Tribunal de Roma.[250]

MACIEL (2007:17), de forma precisa, explica que "o Tribunal Penal Internacional não solicita extradição, mas exige *surrender*". CANÊDO (2004:204) também evidencia a obrigatoriedade da entrega como cumprimento da determinação de cooperação entre os Estados e o Tribunal:

> A entrega não apresenta relação de coordenação entre Estados soberanos, o Tribunal não goza do mesmo status de um Estado, (...), constitui-se em órgão internacional a ser criado pelos próprios Estados, por meio de consentimento.

O artigo 87, (7)[251], do Estatuto de Roma, disciplina que o Estado que recusar-se a dar cumprimento às normas do diploma poderá sofrer represália pelos demais membros do tratado. LIMA e BRINA (2006:164) revelam que

> Acentua-se, com isso, a importância e a necessidade de cooperação com o Tribunal. Conseqüentemente, os Estados que não tenham possibilidade de cumprir as regras firmadas no Estatuto não devem ratificá-lo, sob

[250] As autoras fazem referência ao grupo de trabalho formado com o objetivo de elaborar o Anteprojeto de Lei para a regulamentação interna dos institutos constantes do Estatuto de Roma. Antes mesmo da ratificação do diploma multilateral, o Ministério da Justiça designou, por meio da Portaria 1.063, de 13 de novembro de 2001, grupo de juristas para a elaboração do referido Anteprojeto formado por: Tarciso Dal Maso Jardim (coordenador), Adriana Lorandi, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Ela Wiecko de Castilho, George Rodrigo Bandeira Galindo, Gustavo Henrique Ribeiro de Melo, Gustavo Henrique Righi, Raquel Elias Ferreira, Rafael Koerig Gessinger e Sylvia Helena Steiner – esta última, desembargadora do Tribunal Regional Federal da Terceira Região (São Paulo e Mato Grosso do Sul), se tornaria a única jurista brasileira a compor o primeiro corpo de juízes do Tribunal Penal Internacional.

[251] Art. 87, (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 submeter a questão à Assembleia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o fato ao Tribunal.

> pena de responsabilização por um eventual descumprimento. Aliás, uma vez confirmado pelos signatários, torna-se regra obrigatória, em conformidade com os princípios *pacta sunt servanda* e o da boa-fé[252]. Estes orientam tanto as negociações quanto a execução dos tratados.

Contudo, deverá ser analisada com maior afinco a constitucionalidade da ordem de entrega, uma vez que a leitura precipitada da norma constante do artigo 89 do Estatuto de Roma poderá revelar eventual incompatibilidade com o que dispõe o inciso LI[253] do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

4.2. Antagonismos presentes entre os institutos *extradição* e *surrender*

Não há lição mais direta e precisa para inaugurar o presente tópico que a professada por FREITAS (2007:132):

> A entrega de pessoas ao TPI não é uma extradição, porque não se aperfeiçoa a uma jurisdição estrangeira, mas a um Foro multipartite composto pelo próprio Estado brasileiro. O pedido de captura e entrega expedido pelo TPI pode alcançar indivíduo de qualquer nacionalidade.

Portanto, não se deve confundir os dois institutos: a extradição, conhecida pela humanidade há milênios e prevista em tratados internacionais pactuados entre Estados soberanos diz respeito, como estudado, à entrega de pessoa que se encontre no território de uma país a outro, onde deverá ser

---

[252] João Grandino Rodas, sobre a importância do princípio da boa-fé, entende que: "por um dever consuetudinário incluído com todas as letras na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um Estado que se vincula a um tratado internacional tem a obrigação de cumpri-lo de boa fé e de fazer editar as regras internas secundárias necessárias para que ele possa ser implementado e não se transforme, pura e simplesmente, em letra morta. Portanto, se o Brasil aderir à Convenção de Roma terá de emitir toda a legislação infraconstitucional necessária para sua implementação, sob pena de responsabilização internacional. *V*. RODAS, João Grandino. **Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional**. *In*: **O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira**. Conferência proferida no Seminário Internacional, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/painelIII.html>. Acesso em 22 de julho de 2010.

[253] 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.

processada e julgada ou, ainda, cumprir pena, por crime que ali tenha cometido. Visa, portanto, afastar a possibilidade de impunidade, impedindo que criminosos fujam dos Estados onde cometeram crimes para gozar a liberdade em outros países – o que revelaria a ineficácia de sua jurisdição penal.

O *surrender*, por sua vez, possui previsão expressa no artigo 89 do Estatuto de Roma e está fundado no dever de cooperação dos Estados Partes para com o Tribunal, sendo ato coercitivo pelo qual a Corte Internacional determina a entrega de pessoa que tenha cometido um dos crimes previstos em seu Estatuto e que deva ser processada e julgada pelo organismo internacional – que é fruto da vontade de todas as Soberanias que assinaram e ratificaram o Estatuto de Roma.

Ademais, a extradição encontra barreiras constitucionais que são ineficazes em relação ao *surrender*. A norma do inciso LI do artigo 5º da Constituição brasileira impede a concessão de extradição quando se tratar de brasileiro nato e naturalizado, salvo, quanto ao último, se versar o crime objeto do pedido de tráfico de drogas ou se cometido anteriormente à concessão da naturalização.

A ordem de entrega (ou *surrender*) não se limita ao dispositivo constitucional, elevado à categoria de direito fundamental do cidadão por força da norma constante do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Carta Magna de 1988.[254] Há que se respeitar o parágrafo 4º do artigo 5º da Constituição[255], que determina a submissão do Estado brasileiro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional – e, portanto, a todos os institutos constantes de seu assinado e ratificado instituto.

---

[254] Art. 60, §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais. Contudo, pela exegese do Ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, deve ser dada uma interpretação "ampliativa", "generosa" do disposto no artigo 60, §4º, da Constituição Federal (cláusulas pétreas), uma vez que não deverão ser objeto de emenda as propostas tendentes a abolir os direitos e garantias "fundamentais", e não só os "individuais" (inciso IV), restritos ao artigo 5º da Carta Magna. *V.* ADI 939/DF, disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 11 de agosto de 2010.

[255] Art. 5º, §4º – O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Além disso, vale ressaltar o magistério de RIBEIRO (2005:270), que colaciona, em seu estudo, a tendência doutrinária na distinção entre os institutos comentados:

> A maioria dos doutrinadores tem optado pela argumentação de que o TPI não regulamentou o processo extradicional no âmbito internacional porque a extradição e a entrega, regidas pelo Tribunal, são instrumentos jurídicos diferentes.

Por fim, como forma de dirimir qualquer novo conflito porventura suscitado pela doutrina, o artigo 102 do Estatuto de Roma realiza a diferenciação, de forma expressa, entre os institutos da extradição e entrega, *verbis*:

> Para 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.

Pode-se concluir, portanto, que a expressa disposição legal do Estatuto de Roma, ao conceituar a ordem de *surrender*, pressupõe, a relação entre um organismo de caráter internacional e jurisdição permanente, cuja atuação é independente e imparcial, e os Estados Partes, que nutrem com ele o dever de cooperação – de acordo com o artigo 92, (2), (c), do Estatuto. Não obstante, a *extradição* se resume na relação entre Estados – que são sujeitos de direito internacional em situação de absoluta igualdade jurídica.

Entende-se, ademais, que o motivo pelo qual as Constituições dos Estados proíbem, em regra, a extradição de seus nacionais cinge-se ao temor de que a justiça de soberania estrangeira puna injustamente seu nacional – o que não ocorreria, de forma alguma, no âmbito do Tribunal Penal Internacional.[256] Afinal, os Estados Partes, ao ratificarem suas assinaturas ao Estatuto, manifestaram sobremaneira sua soberania, de forma que consagraram a jurisdição da Corte Internacional como extensão de seu próprio Poder Judiciário interno. Não se trata,

[256] *Cf*. MAZZUOLI Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: RT, 2006, p. 566-567.

portanto, de órgão *externo* de jurisdição, mas de órgão *internacional*, do qual também faz parte a *vontade* de todos os Estados signatários do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: não há que se falar em *supranacionalidade* da Corte, mas sim em *internacionalidade*.[257]

Diante desse cenário, é perfeitamente possível a entrega de pessoas – inclusive nacionais – ao Tribunal Penal Internacional por parte do Estado brasileiro. E sobre o campo da constitucionalidade do instituto da entrega que se ocupará, a partir deste momento, o presente estudo.

5.3. A constitucionalidade da ordem de *surrender*

Superada a distinção entre os institutos, faz-se necessária a leitura constitucional do instituto da *entrega* previsto no Estatuto de Roma.

Antes, porém, faz-se mister a compreensão da sistemática envolvendo o instituto, sua verdadeira finalidade e eventuais consequências aos Estados Partes diante de sua inobservância.

5.3.1. Caráter coercitivo do instituto da entrega

Sob a ótica internacional, a ordem de *surrender* é tratada como *imposição* para a entrega de determinado indivíduo fundada na crescente

[257] Alguns autores defendem, de forma equivocada, a posição de verticalidade entre os Estados e o Tribunal Penal Internacional, a exemplo de Cristina Caletti: "A extradição requer o auxílio mútuo entre dois países onde um confia ao outro uma pessoa; na entrega, o Estado estaria sujeitando-se a uma vontade judicial proveniente de uma corte internacional supra nacional e, portanto, acima das soberanias estatais da qual ele mesmo é membro. Em outras palavras a extradição configura uma cooperação horizontal, visto que os entes de Direito Internacional estão em mesmo plano hierárquico e entrega é uma forma de cooperação vertical, onde os sujeitos de Direito Internacional estão em níveis hierárquicos diferentes" (CALETTI, Cristina. **Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira**. *in*: Revista *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/te xto.asp?id=3986>. Acesso em 21 de julho de 2010). Contudo, a Corte Penal Internacional deve ser compreendida com extensão do Poder Judiciário interno de todos os Estados que ratificaram o Estatuto de Roma, havendo, portanto, uma relação interna, inexistindo sequer relação horizontal. Dessa forma, a submissão de nacional ao seu crivo consiste, tão somente, no exercício da própria jurisdição do Estado alvo da ordem de *surrender*.

necessidade da relativização de soberania dos Estados em favor de um objetivo único de respeito aos direitos humanos – compreendidos como direitos supranacionais, posto que envolvem interesse de toda a coletividade humana.

Com o intuito de adequar a realidade interna aos anseios internacionais, os Estados devem atuar visando à adequação e a consolidação de suas legislações internas com as disposições do Tribunal Penal Internacional. Defendendo a necessidade da efetivação de uma ordem jurídica internacional, comenta a BASTOS (1996:121):

> O principio da soberania é fortemente corroído pelo avanço da ordem jurídica internacional. A todo instante reproduzem-se tratados, conferências, convenções, que procuram traçar as diretrizes para uma convivência pacífica e para uma colaboração permanente entre os Estados. Os múltiplos problemas do mundo moderno, alimentação, energia, poluição, guerra nuclear, repressão ao crime organizado, ultrapassam a barreira do Estado, impondo-lhe, desde logo, uma interdependência de fato.

Na esfera internacional, está presente a característica da igualdade jurídica entre os Estados, de forma que se repudia qualquer espécie de subordinação ou hierarquia. E esta característica perfilha-se à existência da ordem de *surrender*. Ora, os Estados não devem intervir uns nos outros[258]. Portanto, em caso de conflito entre soberanias, buscar-se-á amparo nos mecanismos internacionais para sua solução. Ademais, não se pode refutar que atos atentatórios aos direitos humanos ferem os interesses de toda a coletividade internacional.

Caso houvesse permissivo legal expresso no Estatuto de Roma, facultando, pelos Estados, a entrega do nacional infrator cuja conduta se busca reprimir através do exercício de sua jurisdição, ou, ainda, possibilitar aos Estados a negativa injustificada da entrega do agente esvaziaria sobremaneira a finalidade do organismo internacional e transformaria o instituto coercitivo em mero pedido, o que comprometeria, também, a eficácia do Tribunal.

---

[258] A Constituição Federal de 1988 elenca, em seu artigo 4º, inciso IV, o princípio da não intervenção no âmbito internacional: Art. 4º – A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IV – não-intervenção.

A criação do órgão resultou de esforços conjuntos da comunidade internacional, tendo sido fruto de estudos e experiências ao longo de mais de um século[259]. Portanto, sua efetividade deve ser fomentada por todos os Estados que dele fazem parte, não sendo possível oferecer oposição à suas determinações estatutárias.

Dessa forma, eventual conduta que acarrete o comprometimento da eficácia da Corte Penal Internacional não afeta somente a importante instituição de proteção aos direitos humanos, mas tudo aquilo que ela representa e o principal motivo de sua criação: a inauguração de uma ordem jurídica internacional dotada de coercibilidade e eficácia, com atuação autônoma e independente.

Nessa esteira, por constituir uma jurisdição independente e imparcial, gozando de personalidade jurídica e capacidade jurídica internacionais para o cumprimento dos preceitos constantes de seu Estatuto, o Tribunal possui o dever-poder[260] para requisitar a entrega. Corrobora tal posicionamento a norma constante do artigo 87, (7), do Estatuto de Roma:

> 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.

---

[259] *V*. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Op. cit*, p. 11.

[260] Fazemos uso da expressão *dever-poder*, emprestada de Celso Antônio Bandeira de Mello (que a utiliza no âmbito do direito administrativo, *cf*. explica em seu **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010), a fim de evidenciar a obrigação do Tribunal Internacional em reprimir os crimes tipificados em seu Estatuto por se tratarem de infrações sensíveis aos direitos humanos atinentes a toda a humanidade, consistindo tal vertente no *dever* de atuação da Corte; e o braço coercitivo colocado à sua disposição através do *surrender*, consistindo no *poder* que dispõe o Tribunal para ordenar a entrega de pessoas físicas realizadoras dos crimes de sua competência a fim de que sejam processadas e julgadas perante o organismo internacional.

Não obstante, o próprio Estatuto do Tribunal Penal Internacional prevê algumas hipóteses onde não realizará a ordem de entrega, lembrando-se sempre de que sua atuação é subsidiária, conforme exaustivamente delimitado[261]:

> 1 – (...) o Estado requerido tiver de atuar em desacordo com os preceitos de direito internacional relativo a imunidade dos Estados ou imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um terceiro Estado, a não ser que este consinta em cooperar com o Tribunal;[262]
> 2 – (...) o Estado requerido, em virtude de acordos internacionais, atuar de modo inconciliável com os dispositivos do Estatuto, ou seja, negar a entrega, ao Tribunal, de um nacional proveniente de outro Estado por necessitar da autorização deste.[263]

Fica evidente, portanto, o respeito pelo Tribunal das convenções assinadas e ratificadas pelos Estados Partes. Contudo, pela exegese do disposto no Estatuto, infere-se que a negativa ao *surrender* por um Estado Parte é possível – desde que justificado e dentro das previsões taxativas do diploma legal que regulamente a atuação da Corte Penal Internacional.

Portanto, salta aos olhos a obrigação que têm os Estados signatários do Estatuto de Roma de obedecerem à ordem de *surrender* emitida pelo Tribunal. Assim, haverá sua colaboração com a jurisdição internacional (a qual houve sua submissão voluntária, através da ratificação do Estatuto de Roma), sem, contudo, olvidar a existência de exceções taxativas expressamente consignadas no diploma normativo internacional acima apontadas.

4.3.2. A compatibilidade da entrega face ao ordenamento jurídico brasileiro

[261] *Cf*. art. 1º do Estatuto de Roma.
[262] Art. 98, (1), do Estatuto de Roma.
[263] Art. 98, (2), do Estatuto de Roma.

Pouco antes da ratificação até o efetivo implemento do Estatuto de Roma, em 20 de julho de 2002, houve forte movimento doutrinário que apontava vícios de constitucionalidade entre as disposições do diploma internacional e a Constituição brasileira. Conforme revelam LIMA e BRINA (2006:161):

> Em uma leitura simples, desprovida de análises profundas, poder-se-á concluir pela incompatibilidade de alguns preceitos estabelecidos pelo Estatuto de Roma para a adoção do Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. Considerando que o Tratado de Roma não admite reservas[264], alguns juristas, na época da ratificação, fizeram questionamentos quanto à conveniência em firmar tal instrumento. Para eles, o Estatuto feriria princípios garantistas de nossa Constituição e a noção de soberania interna.

Contudo, não se pode afastar que a aparente inconstitucionalidade foi levantada pelos juristas componentes da delegação brasileira presente na Conferência dos Plenipotenciários de Roma, em 1998, para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional. Na ocasião, referida delegação, chefiada pelo embaixador Gilberto Sabóia, manifestou-se favoravelmente à adoção do Estatuto de Roma sem, porém, assiná-lo. A justificativa brasileira residiu na flagrante incompatibilidade entre alguns dispositivos do Estatuto frente à Constituição Federal.[265]

---

[264] Cf. art. 120 do Estatuto de Roma: "Não são admitidas reservas a este Estatuto". Valério de Oliveira Mazzuoli explica que esta norma "evita os eventuais conflitos de interpretação existentes sobre quais reservas são e quais não são admitidas pelo Direito Internacional, retirando dos países cépticos a possibilidade de escusa para o cumprimento de suas obrigações" (V. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI**. *In*: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Tribunal Penal Internacional**: possibilidades e desafios. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 135). Não obstante, Renata Mantovani de Lima e Marina Martins da Costa Brina revelam que há a possibilidade dos Estados manipularem, de forma restrita, a abrangência de alguns dispositivos do Estatuto: "a proibição de reservas (...) não se trata de proibição absoluta. Nesse sentido, alguns países, quando da manifestação de suas adesões ao Estatuto do TPI, encaminharam ao Secretário Geral da ONU diversas manifestações de vontade, tendo algumas delas indiscutível natureza de reserva. Todavia, ressalta-se que a possibilidade de os Estados limitarem a sua jurisdição no que tange aos crimes de guerra, excluindo-a por um prazo de sete anos (art. 124 do Estatuto de Roma), constitui a admissão implícita de reserva" (*V*. LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit.*, p. 68-69).

[265] *Cf.* Press Release L/ROM/22. Disponível em <http://www.un.org/icc/index.htm>. Acesso em 23 de julho de 2010.

Para SOUZA (2005:90), a atitude da delegação brasileira consistiu-se em flagrante reserva aos termos do Estatuto, *verbis*:

> Cumpre registrar, no particular, que o próprio governo brasileiro formalizou declaração, por meio da qual expressou sua preocupação quanto à compatibilidade de algumas disposições do TPI para com a Constituição Federal de 1988.

As supostas incompatibilidades levantadas entre o diploma internacional e a Constituição brasileira são restritas a determinadas questões[266]: imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto de Roma; a quantidade de pena aplicada, uma vez que o Tribunal pode aplicar a pena de prisão perpétua, enquanto, no Brasil, o período máximo de segregação de um indivíduo está limitado a 30 anos de reclusão; além disso, a doutrina aponta a possibilidade de relativização da coisa julgada interna, permitindo que a pessoa infratora possa vir a ser novamente processada e julgada pelo Tribunal em casos específicos.[267] No entanto, o presente trabalho restringe-se à análise da possibilidade de entrega de nacional ao Tribunal através do cumprimento da ordem de *surrender* emanada pelo órgão internacional e sua aparente incompatibilidade com a Constituição brasileira que, como visto, impede a extradição de brasileiros natos e naturalizados, salvo – quanto aos últimos – as exceções já apontadas.

A participação ativa do Brasil na implementação de uma Corte Internacional de direitos humanos revela que o país se inclinou, de maneira favorável, no sentido de sua adoção desde as primeiras discussões acerca de sua criação e, em especial, na Conferência dos Plenipotenciários realizada em Roma, no ano de 1998.

Não obstante – e conforme acima retratado – o Brasil não ratificou, de imediato, o tratado internacional constitutivo da Corte, remetendo a discussão e

---

[266] *Cf*. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 48.

[267] Sobre o assunto, *v*. STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição brasileira**. *In*: **O que é o Tribunal Penal Internacional**. Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados (2002). Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm#A%20PENA%20DE%20PRISAO>. *V*. também LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. *Op. cit.*, p. 161-177.

análise jurídica aos juristas nacionais para, após a verificação da compatibilidade de suas normas com o ordenamento jurídico nacional, realizar sua ratificação e inserção no direito doméstico, nos termos da Constituição Federal.[268]

A ratificação dos tratados internacionais deve obedecer à sistemática prevista na Constituição, e a aprovação interna do Estatuto de Roma não fugiu à regra.

Pode-se dividi-la em duas fases distintas: a primeira diz respeito à celebração do tratado, tendo ocorrido na própria Conferência dos Plenipotenciários e resultado em um documento escrito (o Estatuto de Roma), fruto da vontade das soberanias que o assinaram, tendo este ficado à disposição para a assinatura e ratificação, nos termos de seu artigo 125[269]; a segunda, por sua vez, diz respeito ao ingresso do tratado assinado no ordenamento interno de cada Estado signatário, sendo que ela obedece a disciplina constitucional de cada soberania envolvida.[270]

No Brasil, o ingresso do tratado no ordenamento jurídico interno depende da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Nesse sentido, a Constituição Federal preleciona competir privativamente ao Chefe do Poder Executivo celebrar tratados[271] e caber ao Ministro das Relações Exteriores, por sua vez, o auxílio relativo a política externa a ser adotada pelo país, bem como praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.[272]

---

[268] De acordo com o artigo 84, VIII, da Constituição Federal, "compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional".

[269] Artigo 125, do Estatuto de Roma: "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 presente Estatuto continuará aberto na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque, até 31 de Dezembro de 2000. (2) – O presente Estatuto fica 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 fica aberto à adesão de qualquer Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas."

[270] No caso brasileiro, o art. 49, I, da Constituição Federal dispõe que "é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional."

[271] *Cf.* art. 84, VIII, da Constituição Federal.

[272] *Cf.* art. 87, IV, da Constituição Federal.

Portanto, o Ministro das Relações Exteriores (ou outra autoridade por ele indicada e com a anuência do Presidente da República), com carta de plenos poderes (*plenipotenciário*, portanto), tem o poder de assinar um tratado em nome de seu país. Tal sistemática foi observada quando da celebração do Tratado de Roma, tendo o plenipotenciário brasileiro o assinado e remetido para o posterior – e constitucional – exame de seus termos pelo Congresso Nacional.

Ato contínuo, os termos constantes do texto do Estatuto de Roma foram submetidos ao crivo do Congresso Nacional em 10 de outubro de 2001, em obediência ao que disciplina o artigo 49, inciso I, da Constituição brasileira. Contudo, conforme salientam LIMA e BRINA (2006:162), o Estatuto foi aprovado somente em 06 de junho de 2002, através da edição do Decreto Legislativo nº 112, dados os já apontados aparentes conflitos com a ordem constitucional:

> No dia 07 de fevereiro de 2000, o Brasil procedeu à assinatura do tratado constitutivo do TPI e, em 20 de junho de 2002, depositou o instrumento de ratificação perante o Secretário-Geral das Nações Unidas. O texto do Estatuto, submetido à aprovação do Congresso Nacional em 10 de outubro de 2001, foi aprovado por meio do Decreto Legislativo 112, de 06 de junho de 2002. E foi no dia 25 de setembro de 2002 (...) promulgado pelo Decreto Presidencial 4.388.

Portanto, após a aprovação pelo Congresso Nacional, o Estatuto foi novamente remetido ao Chefe do Poder Executivo, que procedeu à sua ratificação e providenciou o depósito do instrumento junto ao Secretario-Geral da Organização das Nações Unidas em 20 de junho 2002, de acordo com o que fora pactuado na Conferência dos Plenipotenciários de Roma.[273]

A promulgação, em 25 de setembro de 2002, do Decreto Presidencial nº 4.388 colocou fim à etapa interna de inclusão do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico pátrio. A partir de então, o país se obrigou perante a comunidade internacional à submissão às regras do Tribunal Internacional Penal e

[273] *V*. Art. 125 do Estatuto de Roma.

obediência frente aos princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé[274]. Ademais, com a ratificação, as dúvidas tangentes à constitucionalidade dos dispositivos do Estatuto de Roma restaram superadas, posto que esta só se opera após a verificação da satisfação das normas constitucionais.

É pacífico que, ao ratificar o Estatuto, a República Federativa do Brasil se obrigou, de maneira definitiva, a dar-lhe cumprimento sem a possibilidade de reservas – conforme disposto no artigo 120 do tratado –, o que consiste na impossibilidade de alteração das regras estipuladas quando da redação final dada ao diploma durante a Conferência dos Plenipotenciários. Dessa forma, cabe a todos os Estados signatários o dever de cumprimento integral do Estatuto, além da obrigação de conformar sua legislação interna para que possa ser dado o efetivo implemento do dever assumido perante a comunidade internacional.

Portanto, não resta conclusão outra senão a de que o Brasil acabou por assinar o tratado somente após entender que os conflitos entre este e a ordem constitucional interna são exclusivamente aparentes, de maneira a não se mostrarem idôneos a fim de impossibilitar o fiel cumprimento do Estatuto de Roma.

Dessa forma, não há alternativa outra senão reputar a entrega plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira.

Conforme exaustivamente abordado, a entrega não se confunde com a extradição. O próprio artigo 102 do Estatuto de Roma diferencia os institutos a fim de dirimir eventuais dúvidas, restando patente a absoluta independência entre eles.

Ademais, a Constituição brasileira veda, incondicionalmente, a extradição do brasileiro nato e do naturalizado[275]. Porém, a extradição difere da entrega, sendo plenamente possível a coexistência pacífica de ambos os institutos.

---

[274] Sobre o assunto, *v*. RODAS, João Grandino. *Op. cit., loc. cit.*

[275] Salvo, nos termos do inciso LI do artigo 5º da Constituição Federal, se este cometeu crime anteriormente à concessão da naturalização ou se se tratar de crime de tráfico de drogas, independentemente de seu tempo – se antes ou após a naturalização.

A fim de dirimir, de uma vez por todas, as eventuais dúvidas existentes, deve a instituição que é o Tribunal Penal Internacional ser compreendida como órgão judicial interno, pelas seguintes razões: em primeiro lugar, há previsão constitucional sobre a Corte Internacional desde a promulgação da Carta Magna, em 05 de outubro de 1988.[276]

Além disso, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, conhecida pela comunidade acadêmica por "reforma do Poder Judiciário" – posto que concentrou seus esforços na alteração dos dispositivos legais constantes do Capítulo III[277] da Constituição Federal – acrescentou o § 4º ao artigo 5º da Constituição brasileira, dando-lhe a seguinte redação: "o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".[278]

Portanto, pode-se concluir que a Emenda Constitucional 45 transformou o Tribunal Penal Internacional em órgão da justiça brasileira, sendo descabido pensar na impossibilidade de submissão de nacional à sua jurisdição, uma vez que – se assim procedesse – estar-se-ia negando a eficácia da própria justiça pátria, afastando o infrator do necessário crivo do Poder Judiciário.

Ao ratificar o Estatuto de Roma, a República Federativa do Brasil não relativizou sua soberania. Houve, em verdade, a ratificação de sua independência externa e supremacia interna – os dois princípios formadores da soberania. Ao manifestar livremente sua vontade de submeter-se à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, o Brasil simplesmente aquiesceu à criação de mais um órgão do Poder Judiciário – principalmente quando se conhece a participação do Estado brasileiro em todas as etapas prévias à criação e implantação da Corte Internacional.

Assim, ao lado das demais soberanias que compõem os Estados Partes no Estatuto de Roma, a criação do Tribunal Penal de direitos humanos de jurisdição internacional pertence, internamente, ao Poder Judiciário de todos os seus

[276] Art. 7º, do Título X da Constituição Federal (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias): "O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos."
[277] Constituição Federal, Capítulo III – "Do Poder Judiciário".
[278] Art. 5º, § 4º, da Constituição Federal.

membros. Não é um órgão *supranacional*, como pregam alguns[279]. É, na verdade, autêntico organismo *nacional*, *interno*, contudo, *internacional*, uma vez que é formado por juízes integrantes de diversas soberanias.

Por tudo isso, caem por terra as doutrinas que apontam a inconstitucionalidade do Estatuto de Roma. Afinal – como ensina a hermenêutica constitucional –, todas as normas jurídicas, para serem reputadas válidas e eficazes, deverão estar de acordo com os preceitos constitucionais[280]. O Estatuto de Roma, por sua vez, está perfeitamente amparado pela ordem constitucional brasileira, ante a expressa previsão do Tribunal Penal Internacional no já exaustivamente citado § 4º do artigo 5º da Carta Magna.

Dessa forma, não há como compreender o organismo do Poder Judiciário nacional sem nele incluir o Tribunal Penal Internacional, situando-o acima dos Tribunais Superiores, porém, abaixo do Supremo Tribunal Federal, uma vez que este é órgão máximo do Poder Judiciário cuja função primordial consiste na guarda da Constituição Federal[281], sabendo-se que o primeiro deverá atuar de forma compatível com a ordem constitucional pátria – mormente por tratar-se de corte cujo escopo reside na proteção dos fundamentais direitos humanos de toda a coletividade internacional.

---

[279] *V*. CALLETI, Cristina. *Op. cit.***,** *loc. cit.*
[280] *V*. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 45-46.
[281] Art. 102, da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...).”

Considerações finais

Quando se tem por escopo tema concernente aos direitos humanos, é certo que não se pode afastar seu rico desenvolvimento histórico.

Conforme estudado, as civilizações antigas já demonstravam preocupação na defesa dos direitos de suas comunidades, uma vez que o homem, a partir do momento em que passou a viver em comunidade, carece de regras para que respeite as liberdades alheias e possa ter a garantia de proteção de suas liberdades.

O desenvolvimento social decorrente da natural evolução história só fez ampliar o rol de direitos cuja proteção e efetivação dependiam também do desenvolvimento das instituições públicas, uma vez que, com o surgimento dos Estados, a máquina administrativa passou a ser responsável pela administração da coisa comum, além da pacificação dos conflitos existentes entre os particulares.

Dessa forma, o indivíduo adquire a compreensão de sua liberdade na medida em que toma consciência de suas necessidades. Quando busca a satisfação de suas necessidades, não pode interferir na esfera de liberdade dos demais, sob pena de infringir um direito alheio.

Essa máxima deve ser compreendida, também, no âmbito estatal. Ao proteger um direito humano fundamental, busca-se assegurar – ou reduzir – o cometimento de arbitrariedades, fornecendo aos cidadãos mecanismos legais para oporem-se às vontades dos governantes, o que implica em maior desenvolvimento para o Estado e seu povo.

Ao longo da história, os movimentos revolucionários surgiram, via de regra, em represália a arbitrariedades levadas a efeito por governantes tiranos que

impunham suas vontades aos subordinados, sem atentar para os anseios sociais de suas épocas.

Com o triunfo das revoluções, as sociedades impuseram declarações de direitos aos governantes, para que cessassem as arbitrariedades estatais e para que as populações obtivessem os meios legais necessários à defesa de seus interesses – o que possibilitou um acentuado desenvolvimento no campo da proteção interna dos direitos humanos.

A efetiva preocupação global com a necessidade de proteção dos direitos humanos se acentuou após o final da Segunda Guerra Mundial, em 1945. As nações, perplexas com as atrocidades cometidas em especial pelo regime nazista, buscaram meios de internacionalização dos direitos humanos, a fim de possibilitar sua proteção numa esfera que transcendia os Estados.

Dessa forma, os indivíduos passaram a gozar de uma proteção internacional de seus direitos, de forma que organizações internacionais poderiam ser acionadas caso o agente violador de um direito humano conferido a determinada pessoa seja seu Estado, e não outro particular.

A fim de facilitar a compreensão da matéria, a doutrina consagrou a teoria da separação dos direitos humanos em gerações, sob inspiração do discurso realizado por Karel Vašák, então Diretor da Divisão de Direitos Humanos da UNESCO, em 1979.

Contemporaneamente, a doutrina peca pela prática de elucubrações desnecessárias, criando, a seu bel prazer, novas gerações de direitos. Porém, o que se mostra mais adequado é a manutenção das três gerações originais – que aludem aos ideais iluministas da Revolução Francesa de 1789: liberdade, igualdade e fraternidade –, posto que todos os direitos humanos são passíveis de enquadramento em suas respectivas classificações.

Ademais, dada a atualidade da teoria das gerações, é importante ressaltar que o termo gerações deve ser compreendido como sinônimo de

dimensões, a fim de evitar a esfera de superação entre elas, consagrando-se, assim, seu verdadeiro espírito: o da complementaridade.

Após os importantes avanços conquistados pelos organismos integrantes da Organização das Nações Unidas para a delimitação e consolidação dos direitos humanos universais, necessário se mostrou a criação de um órgão internacional, com jurisdição permanente, a fim de garantir a toda humanidade a devida proteção desses comezinhos direitos.

Com as experiências empíricas da comunidade internacional através dos julgamentos em Nuremberg e Tóquio, a discussão para a implementação de uma corte penal com jurisdição internacional ganhou força.

Contudo, somente após novas atrocidades perpetradas nos territórios da ex-Iugoslávia e Ruanda, que levaram à criação de novos tribunais *ad hoc* no início dos anos 1990, se revelaram fatores culminantes para a realização da Conferência dos Plenipotenciários, na cidade de Roma, em 1998, que resultou na edição do Estatuto de Roma, dando vida ao Tribunal Penal Internacional, que passou a atuar em 01 de julho de 2002.

No Brasil, as discussões ficaram restritas à constitucionalidade – ou não – do tratado internacional, posto que os debates perduraram por alguns anos, até sua efetiva ratificação pelo governo brasileiro, em 2002.

Assim, a equiparação entre a ordem de *surrender*, prevista no Estatuto de Roma e que determina a entrega de nacional para ser submetido à jurisdição do Tribunal – que poderá processá-lo e aplicar sanção ao fato por ele cometido, se previsto no Estatuto –, e a extradição, se mostra vazia de conteúdo.

A extradição é instituto de direito internacional baseado em tratado, pressupondo a declaração conjunta de vontade entre dois ou mais Estados no sentido de permitir a remessa de pessoa que em seu território tenha praticado crime, a fim de evitar a impunidade pela fuga do agente para outra soberania.

Nesse diapasão, o presente estudo revelou que a criação de organismos internacionais deve-se à incapacidade dos Estados na contenção da criminalidade, em especial aquela que ultrapassa suas fronteiras. Assim, o acordo entre as nações para a punição de seus criminosos, em relação a crimes específicos – pois violadores dos direitos humanos –, se mostrou insuficiente perante a comunidade internacional. Tal fator influenciou na união dos povos para a defesa da humanidade e da paz mundial, resultando na convergência da vontade dos Estados quando da criação da Corte Penal Internacional.

O instituto do *surrender*, por sua vez, consiste em ordem para entrega de pessoa – seja nacional (nato ou naturalizado) ou estrangeira –, direcionada aos Estados Partes do Estatuto de Roma, emanada por uma organização internacional (Tribunal Penal Internacional) que só existe graças ao acordo de vontades dos países signatários do Tratado de Roma.

Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade do instituto: não se confunde a *entrega* com a *extradição*.

Ademais, não há que se falar, ainda, e de qualquer modo, em relativização da soberania do Estado que se submete aos termos do Estatuto de Roma. Após o estudo realizado, fica claro que a Constituição Federal brasileira – no que tange, especificamente, à questão do Tribunal Penal Internacional – não admite qualquer relativização de sua soberania, sob pena do enfraquecimento da integridade do Estado. Afinal, a Carta Magna brasileira, como instrumento político supremo do Estado brasileiro, elenca em seu artigo 1º, inciso I, a soberania como um dos fundamentos da República.

Nessa esteira, há também o respeito às soberanias estrangeiras, de acordo com o que dispõe seu artigo 4º, incisos I (independência nacional), III (respeito à autodeterminação dos povos) e V (igualdade entre os Estados). No entanto, elenca nos incisos II e IX do mesmo artigo, a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, dando respaldo jurídico à constitucionalidade do Tribunal Penal Internacional como instrumento de cooperação entre as nações.

Ademais, dispositivos elencados na própria Constituição e cujo fundamento de validade é seu Título I (intitulado “Dos Princípios Fundamentais”), demonstram, também, a total constitucionalidade da Corte Penal Internacional, sem que isso implique na relativização da soberania do Estado brasileiro. É o que se pode concluir da interpretação sistemática dos referidos artigos 1º e 4º, com os artigos 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (que determina que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos) e 5º, § 4º, incluído pela Emenda Constitucional nº 45 (Reforma do Poder Judiciário), de 30 de dezembro de 2004, e que determina que o Brasil se submeterá à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Dessa forma, pode-se concluir que o ordenamento jurídico interno brasileiro já estava preparado para submeter-se à jurisdição do Tribunal Penal Internacional desde a época da promulgação da Constituição da República, em 05 de outubro de 1988. E mais: pode-se constatar que o referido Tribunal Internacional integra, internamente, o Poder Judiciário brasileiro, situando-se acima dos Tribunais Superiores e abaixo do Guardião da Constituição – o Supremo Tribunal Federal.

Por tudo isso, o Tribunal Penal Internacional pode determinar a entrega de nacional, sem que haja qualquer desrespeito à ordem constitucional brasileira. Entender de outra forma seria permitir àquele que comete fato tipificado no artigo 5º do Estatuto de Roma o gozo de imunidade material, posto que se estaria negando a aplicação da própria jurisdição brasileira através da atuação de um órgão *internacional* (e não *supranacional*) totalmente compatível com a Constituição Federal e com a vontade do Estado brasileiro, dentro dos ditames do cooperativismo internacional e da boa-fé, mormente por se tratar de crimes que lesam sobremaneira os direitos humanos.

No instituto da entrega há sempre uma ordem. Os países signatários do Estatuto de Roma, quando de sua adesão à jurisdição da Corte Penal Internacional, concordaram em se submeter a ela, não restando duvidas quanto à necessidade do cumprimento da ordem de *surrender* sob pena, inclusive, de sofrerem retaliações pela Assembleia Geral dos Estados Partes no caso de sua

inobservância. Há, portanto, uma afirmação da soberania nacional, transmutando-a, especificamente no que tange ao Poder jurisdicional relativo aos crimes que lesam os direitos humanos, em *soberania internacional*, em atenção à proteção da dignidade humana ali consagrada.

Por fim, cumpre ressaltar o caráter subsidiário da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, que só atuará em caso de ineficiência do mecanismo judiciário nacional. Com isso, procura-se evitar a impunidade a determinados sujeitos que gozem de posição privilegiada na nação – seja ocupando cargo de Poder, seja usufruindo de prerrogativa ou privilégio internamente conferido.

Referências bibliográficas

ALDEN, John R. **The American revolution**, in **Encyclopedia Americana**, v. I. New York: Americana Corporation, 1966.

AMBOS, Kai. **A construção de uma parte geral do direito penal internacional***. In* AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. (Orgs.) **Tribunal Penal Internacional**: possibilidades e desafios. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

BARBOZA, Julio. **International criminal law**, in **Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International Law**. Tome 278. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2000.

BARROS, Sergio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millenium, 2008.

BARROS, Sergio Resende de. **Paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Três gerações de direitos humanos**. Disponível em <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=33>. Acesso em 20 dez. 2009.

BASSIOUNI, M. Cherif. Chapitre 54: L'expérience des prémières jurisdictions pénales internationales. In ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. **Droit international penal**. Paris: A. Pedone, 2000. p. 635-659.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992

BOUCHET-SAULNIER, Franoise. **The practical guide to humanitarian law**. Trad. Laura Brav. Lanham, Mariland, US: Rowman and Littlefield Publishers, 2002.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 16 de junho de 2010.

BRAUDEL, Fernand. **A identidade da França**. Vol. I. Trad. De Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Globo. 1989.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal Anotada.** 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

CALETTI, Cristina. **Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira** . *in*: Revista *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3986>. Acesso em: 21 jul. 2010.

CANÊDO, Carlos Augusto. **Direito internacional moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNEIRO, Camila Tagliani. **A extradição no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

CAPOTORTI, Francesco. **Cours general de droit internacional public**. RCADI. Recueil des Cours: Académie de Droit International. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, v. IV, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONDORELLI, Luigi. **L'imputation à l'Etat d'um fait internationalement illicite**: solutions classiques er nouvelles tendances. *In*: **Recuil des Cours**, Tome 189. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers: 1984, p. 09-221.

DALBORA, José Luis Guzmán. *in*: AMBOS, Kai. **A construção de uma parte geral do direito penal internacional***. In* AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. (Orgs.) **Tribunal Penal Internacional**: possibilidades e desafios. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p. 185-197.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DAVIDSON, Marshall B. **The horizon concise history of France**. New York: American Heritage Publishing, 1971.

DURÁN, Carlos Villán. **Curso de derecho internacional de los derechos humanos**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 2002.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 910, 30 dez. 2005.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7810>. Acesso em: 08 jan. 2010.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Magna Charta Libertatum – II** *In*: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Vol. 51. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 65.. *In*: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Vol. 51. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 85-86.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Magna Carta – I**. *In*: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Vol. 51. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 63-64.

Final Act Of The United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on The Establishment of an International Criminal Court. Disponível em < http://www.un.org/icc/iccfnact.htm>. Acesso em 17 de junho de 2010.

FREITAS, Vladimir Passos. **Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade**. Campinas: Millennium, 2005.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**, 3ª ed. Niterói: Impetus, 2008.

HALL, C. K. **The first two sessions of the UN preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court**. American Journal of International Law, v. 91, nº 1, 1997.

_____. **The third and fourth sessions of the UN preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court**. American Journal of International Law, v. 92, nº 1, 1998.

_____. **The fifth session of the UN preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court**. American Journal of International Law, v. 92, nº 2, 1998.

JOLL, James. **Europe since 1879:** an international history. 4. ed. London: Penguim, 1990.

KRIEGER, César Amorim. **Direito internacional humanitário**: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional. Curitiba: Juruá, 2006.

LEFEBVRE, Georges. **A revolução francesa**. Trad. de Ely Bloem de Melo Pati. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural S. A. – IBRASA, 1966.

LIMA, Renata Mantovani de, e BRINA, Marina Martins da Costa. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MACIEL, Carlos Henrique. **Extradição**: aspectos materiais e processuais. Pontifícia Universidade Católica de Campinas: Revista Jurídica. 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: RT, 2006.

_____. **O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI**. *In*: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Tribunal Penal Internacional**: possibilidades e desafios. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 121-148.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15ª ed., 2 volumes. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MICHAELIS. **Pequeno dicionário**: inglês-português português-inglês. 35ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Principios de direito internacional**, t. I. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1902.

_____. **Principios de direito internacional**, t. II. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1903.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Codificação**. *In*: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Vol. 15. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 293-297.

Press release L/ROM/6.rl; A/CONF.183/INF/8. Disponível em <http://www.un.org/icc/index.htm>. Acesso em 17 de junho de 2010.

Press Release L/ROM/22. Disponível em <http://www.un.org/icc/index.htm>. Acesso em 23 de julho de 2010.

Report on the situation of human rights in the territory of the former Yugoslávia submitted by Mr. Tadeusz Mazowiecki, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, pursuant paragraph 14 of Commission Resolution 1992/S-1/1 of Aug. 14, E/CN.4/1992/S-1/9, 28 Aug. 1992. Disponível em < http://www1.umn.edu/humanrts/commission/country52/9-yug.htm>. Acesso em 09 de junho de 2010.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Direito internacional público**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Resolução do Parlamento Europeu, de 19 de Maio de 2010, sobre a Conferência de Revisão do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0185+0+D OC+XML+V0//PT>. Acesso em 20 jul. 2010.

Resolution adopted by the General Assembly on the report of the Sixth Committee (A/51/627), nº 51/207 – Establishment of an international criminal court, from the 88th plenary meeting, in 17 December 1996. Disponível em < http://www.un.org/ga/documents/gares51/ga51-207.htm>. Acesso em 17 de junho de 2010.

Resolution 52/160 adopted by the General Assembly on 15 December 1997: Establishment of an International Criminal Court. Disponível em <http://www.un.org/ga/documents/gares52/res52160.htm>. Acesso em 17 de junho de 2010.

RIBEIRO, Gleisse. **O Supremo Tribunal Federal e o controle dos processos de extradição**. *In*: Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 1, p. 261-279, jan./jun. 2005.

RODAS, João Grandino. **Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional**. *In*: **O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira**. Conferência proferida no Seminário Internacional, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/pain elIII.html>. Acesso em 22 jul. 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**, parte general, t. I. Madrid: Civitas, 1999.

RUSSOMANO, Gilda. **Extradição**: histórico e direito vigente. *In*: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Vol. 35. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 487-505.

SABÓIA, Gilberto Vergne. **A criação do Tribunal Penal Internacional**. Revista CEJ, Conselho Federal, Centro de Estudos Judiciários, CJF, Brasília, nº 1, 1997.

SALDANHA, Nelson. **Código de Hammurabi**. *In*: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Vol. 15. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 411-413.

_____. **Magna Carta – II** *In*: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Vol. 51. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 64-65.

SCHABAS, William A. **Princípios gerais de direito penal**. *In:* CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: RT, 2000.

SIDOU, J. M. Othon (Org.). **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SIDOU, J. M. Othon. **Lei das XII Tábuas**. *In*: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Vol. 48. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 530-536.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Artur de Brito Guerreiros. **Reservas ao Estatuto de Roma**. *In*: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Tribunal Penal Internacional**: possibilidades e desafios. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 89-119.

SUNGA, Lyal S. **The emerging system of international criminal law**: developments in codification and implementation. The Hegue/London/Boston: Kluwer Law International, 1997.

TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

TOMUSCHAT, Christian. **Chapitre 3: La cristallisation costumière.** *In*: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. **Droit international penal**. Paris: A. Pedone, 2000, p. 23-35.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos**: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo. in: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Enciclopédias:

The book of knowledge, v. IV. New York: Grolier Incorporated, 1966.

Internet

<http://www.anvfeb.com.br/>. Acesso em 30 jun. 2010.

<http://www.direitosfundamentais.com.br>. Acesso em 18 dez. 2009.

<http://www.suapesquisa.com/estadosunidos/>. Acesso em 07 jan. 2010.

<http://www.culturabrasil.pro.br/revolucaofrancesa.htm>. Acesso em 07 jan. 2010.

<http://unic.un.org/imucms/userfiles/rio/file/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em 08 jan. 2010.

<http://www.colegioweb.com.br/historia/principais-atividades->. Acesso em 11 jun. 2010.

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u396937.shtml>. Acesso em 01 jul. 2010.

<http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ICJ,,,4023a7644,0.html>. Acesso em 16 jul. 2010.

<http://neiarcadas.wordpress.com/2010/06/05/conferencia-de-revisao-do-estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional-por-cesar-yip/>. Acesso em 20 jul. 2010.

<http://www.nytimes.com/2010/05/27/opinion/27iht-edpoint.html?_r=1>. Acesso em 20 jul. 2010.

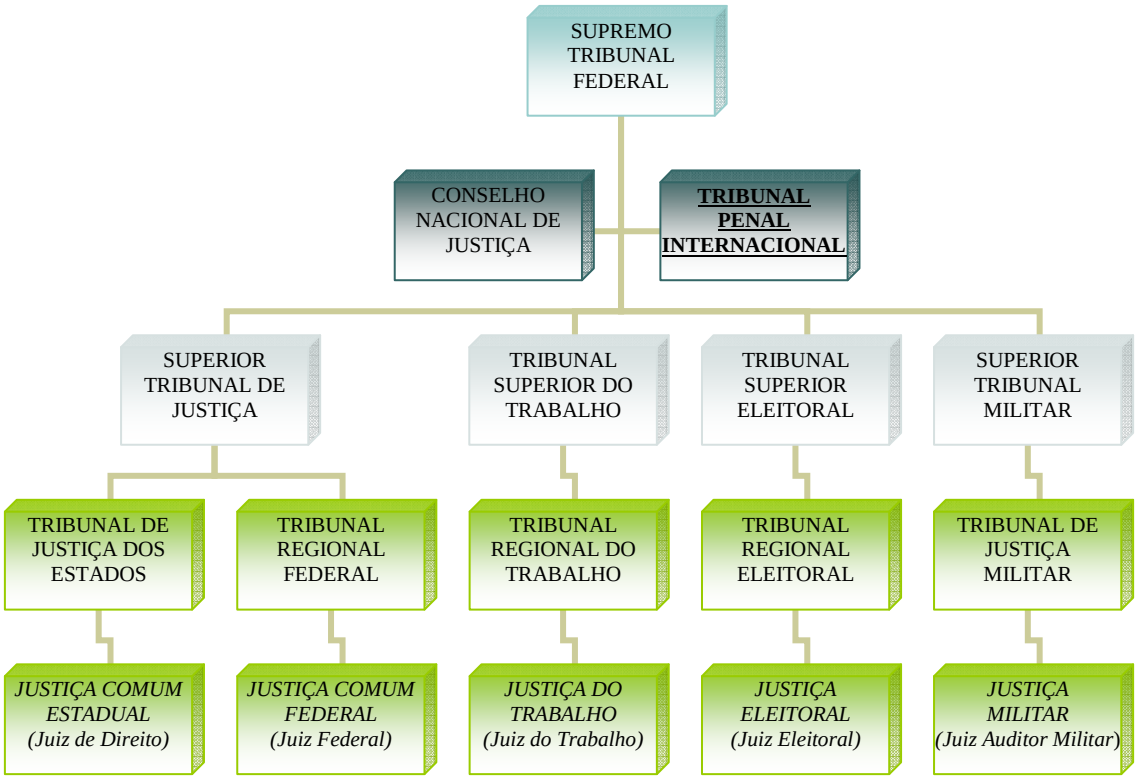
<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/ReviewConference/>. Acesso em 20 jul. 2010.

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/0/Rome_Statute_English.pdf>. Acesso em 22 jul. 2010.

<http://www.stf.jus.br>. Acesso em 11 ago. 2010.

<http://www.worldlingo.com/ma/enwiki/pt/Moscow_Conference>. Acesso em 09 nov. 2010.

ANEXO ÚNICO
ORGANOGRAMA DO PODER JUDICIÁRIO



LEGENDA:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	Guardião da Constituição. A ele compete a análise de causas que versem sobre matéria constitucional.
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	Criado pela Emenda Constitucional nº 45/04, exercer função regulamentar interna do Poder Judiciário brasileiro. Não é dotado de poder jurisdicional, não se tratando – portanto – de órgão de jurisdição.
TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	É órgão internacional de jurisdição. Pertence ao Poder Judiciário brasileiro por força da adesão ao Estatuto de Roma, encontrando-se subordinado, internamente, à Constituição Federal brasileira.
STJ TST TSE STM	São Tribunais Superiores (ou 3ª. Instancia). Cumpre a eles a análise, em grau de recurso ordinário ou especial a matéria de ordem infraconstitucional. OBS.: O STM só funciona em tempos de guerra.
TJs, TRFs TRTs TREs e TJMs	São Tribunais Regionais (ou de 2ª. Instancia). Analisam, em grau de recurso, as matérias decididas pelos juízes de 1ª Instância, em atendimento ao princípio do duplo grau de jurisdição. OBS.: Só há instalação facultativa de TJM nos Estados onde o efetivo da Polícia Militar for superior a 20.000 membros (há em SP, MG e RS).
JE, JF *JT* *JE* *JM*	São órgãos jurisdicionais de 1º Grau (ou 1ª Instância). Julgam processos atinentes às suas matérias constitucionalmente delimitadas.