

SANDRO BRESCOVIT TROTTA

**AS JURISDIÇÕES PENAIS SUPRANACIONAIS E OS INSTRUMENTOS DE
PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Alberto Rufino Rosa Rodrigues de Sousa

Porto Alegre
2006

SANDRO BRESCOVIT TROTTA

**AS JURISDIÇÕES PENAIS SUPRANACIONAIS E OS INSTRUMENTOS DE
PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Aprovada pela Banca Examinadora em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alberto Rufino Rosa Rodrigues de Sousa

Prof. Dr. Mozart Linhares da Silva

Prof. Dr. Ney Fayet Souza Junior

A minha família, que tenho a sorte de pertencer, D^a. Delurdes, minha mãe, Leo e Arthur, meus irmãos: vocês são meu esteio, meu norte e meu maior orgulho.

À Ana Cristina, cujas orientações sigo com o coração, exemplo de dedicação e incentivo, por ter compreendido que a busca de ideais pode nos privar do convívio de quem nos é absolutamente especial.

Ao Paulinho, que tão contente ficou com o início de toda esta caminhada. A saudade só não é maior que o orgulho de ser seu filho. Com todo amor que se pode ter de um exemplo de pai...

AGRADECIMENTOS

No curso de mestrado em ciências criminais, aprendi não apenas conceitos novos. Descobri a possibilidade de exercitar novas formas de pensar e também de buscar “pensar o pensamento”. Tais ensinamentos são obra dos competentes professores do Programa, dentre os quais destaco, de forma especial:

Ao Prof. Dr. Alberto Rufino. Privilégio e satisfação por ter sido orientado por um verdadeiro cientista do direito, cujo conhecimento é aliado a uma enorme humildade e disposição em auxiliar quem busca seus ensinamentos. Foi um privilégio e uma grande honra ter sido seu aluno.

À Profa. Dra. Ruth Gauer. Com seu coração de mãe e firmeza, aliado às sábias palavras e elogiosa eloquência, características dos grandes educadores, colocou-me e resgatou-me do “vácuo”. Muito obrigado por ensinar a ter a coragem de defender a instituição do “não-saber” e a reconhecer que a realização de novas perguntas pode ter muito mais valor que as velhas respostas.

Ao Prof. Dr. Aury Lopes Jr. Muito obrigado pelo apoio e valorosas sugestões para o tema escolhido e conclusão deste trabalho.

Aos colegas do curso, em especial ao César, Diego, Jonas, Rogério, Guto, Natalie e Lílian. Muito obrigado pela demonstração de confiança e amizade. O sentimento construído por certo sobreviverá aos fenômenos de aceleração e velocidade do tempo.

À Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Diretoria de Recursos Humanos e, em especial, ao Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó, bem como aos integrantes de seu Gabinete. O apoio e atitude consolidados na concessão da licença-capacitação foram fundamentais para a realização deste trabalho científico.

Aos meus amigos, cuja motivação foi sempre constante. Em especial, ao Régis, Evandro, Denize, Manoel e ao “pai” Walter. Obrigado por vocês existirem.

"Se queres ser universal, começa por pintar a tua aldeia." (Liev Tolstói)

RESUMO

Os conceitos clássicos de Estado, nação e soberania não mais encontram condições de aplicação estrita e efetiva no mundo contemporâneo sendo necessário, nas relações existentes na atualidade e, em especial, nos casos em que houver a intervenção da justiça, integrar relativização e flexibilização a tais conceituações. As primeiras manifestações de exercício de Jurisdição supranacional ocorreram com a instituição dos Tribunais “ad hoc” de Nurembergue e Tóquio (em resposta aos horrores vistos na 2ª Guerra Mundial - seguido dos exemplos de Ruanda e da Iugoslávia), a formação de uma Corte Internacional de Justiça (Órgão vinculado à ONU - contemporâneo à Declaração Universal dos Direitos do Homem) e culminaram com a instituição de um Tribunal Penal Internacional permanente, independente e imparcial. Também o trabalho se volta ao exercício da justiça em nível comunitário e à defesa dos direitos humanos com o exame do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Internacional de Justiça. Os Órgãos analisados traduzem propostas concretas e realizáveis no afã de construirmos uma sociedade que conjugue o progresso material e o crescimento com a execução das decisões proferidas de forma a fortalecer o sistema de normas garantidoras do direito, da paz mundial e do exercício contínuo e livre de uma cidadania universal.

Palavras-chave: Estado e soberania, jurisdição penal supranacional, tribunais internacionais, direitos humanos.

ABSTRACT

The classic concepts of State, nation and sovereignty no longer find grounds to be strictly and effectively applied within the contemporary world, which has given rise to the necessity of integrating, to the relationships nowadays verified, relativization and flexibilization. The first signs of the exercise of supranational Jurisdiction occurred when the “ad hoc” Courts of Nuremberg and Tokyo were instituted (in response to the horror seen in World War II – these efforts were followed by Ruanda and Yugoslavia); also, the formation of an International Court of Justice (entailed to the UNO in the period of birth of The Declaration of Human Rights); and finally with the institution of a permanent, independent and impartial International Penal Court. This paper also seeks to explain the exercise of justice and the defense of human rights, examining the European Court of Human Rights and the International Court of Justice. The institutions analyzed represent concrete, tangible proposals so as to build a society in which material progress and development coming from the decisions are side by side, with a view to strengthening the system of norms to guarantee Law, world peace and the free and continuous exercise of a universal citizenship.

Key Words: State and sovereignty, supranational penal jurisdiction, international Courts, human rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 NAÇÃO, ESTADO E SOBERANIA	17
1.1 O Conceito de Nação	18
1.2 O Estado	19
1.3 A Soberania	21
<i>1.3.1 Teoria da Soberania Absoluta do Rei</i>	22
<i>1.3.2 Teoria da Soberania Popular</i>	23
<i>1.3.3 Teoria da Soberania Nacional</i>	23
<i>1.3.4 Teoria da Soberania do Estado</i>	24
<i>1.3.5 Limitação da Soberania Interna</i>	25
<i>1.3.6 Da Absolutização da Soberania Externa</i>	25
<i>1.3.7 A Questão da Soberania e o Direito Internacional Contemporâneo</i>	27
<i>1.3.8 Propostas de Exercício da Soberania em Relação aos Órgãos de Atuação Supranacional já Existentes.</i>	34
2 APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA LEI PENAL	36
2.1 Princípio da Territorialidade	36
<i>2.1.1 Território</i>	37
2.1.1.1 Território Fictício (ou, por extensão)	40
2.1.2 Lugar do Crime	41
2.2 Princípio da Extraterritorialidade	42
<i>2.2.1 Princípio da Nacionalidade (ou da Personalidade)</i>	43
2.2.1.1 Nacionalidade Ativa	44
2.2.1.2 Nacionalidade Passiva	44
2.2.2 Princípio da Defesa.....	45
2.2.3 Princípio da Justiça Penal Universal.....	45

2.2.4 Princípio do Domicílio	46
2.2.5 Princípio da Representação	46
3 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DOS TRIBUNAIS “AD HOC”	49
3.1 Tribunal de Nurembergue	50
3.2 Tribunal de Tóquio – Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente.....	54
3.3 Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia	56
3.4 Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	61
3.5 Considerações acerca dos Tribunais “AD HOC”	64
3.6 Tribunal Penal Internacional	68
4. RELEVÂNCIA E CRESCIMENTO DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS DE ATUAÇÃO SUPRANACIONAL NO PÓS-48: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ) E TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI).....	70
4.1 Corte Internacional de Justiça (CIJ)	70
4.1.1 Competência Concorrente.....	72
4.1.2 Competência Consultiva.....	74
4.1.3 Considerações Finais sobre a CIJ.....	74
4.2 Tribunal Penal Internacional (TPI).....	76
4.2.1 <i>Objetivos almejados: Paz Perpétua, Soberania, Cidadania, Reserva Legal e Complementaridade.....</i>	<i>80</i>
4.2.1.2 Paz Perpétua	81
4.2.1.3 Soberania	82
4.2.1.4 Cidadania	82
4.2.1.5 Reserva Legal	83
4.2.1.6 Princípio da Complementaridade	84
5 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	86
5.1 Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro: Breves Considerações	106
6 A EVOLUÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	116
6.1 Direito Internacional Público X Direito Comunitário	117
6.2 A Questão da Supranacionalidade e os Direitos Humanos	121
6.3 Comunidades Europeias: Criação e Evolução.....	123
6.4 Principais Instituições Comunitárias – Estrutura Orgânica da Comunidade Européia.	131
6.4.1 <i>Conselho da União Européia</i>	<i>134</i>

6.4.2 Conselho Europeu (ou Conselho da Europa).....	135
6.4.3 Parlamento Europeu.....	139
6.4.4 Comissão	141
6.4.5 Tribunal de Contas.....	141
6.4.6 Órgãos Auxiliares.....	142
6.5 Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE)	142
6.5.1 Princípio da Primazia do Direito Comunitário	146
6.6 Tribunal de Primeira Instância.....	156
7 CONVENÇÃO EUROPÉIA E TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS	157
7.1 Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem (CEDH)	157
7.2 Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).....	167
7.2.1 Organização do Tribunal Europeu de Direitos Humanos	170
7.2.2 Do Procedimento.....	172
8 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	183
8.1 Convenção Americana de Direitos Humanos.....	183
8.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos	185
8.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos (composição e estrutura).....	188
8.3.1 Competência consultiva da Corte.....	189
8.3.2 Do procedimento contencioso	192
8.3.3 Das Decisões	193
8.3.4 Dos efeitos das Decisões	196
CONCLUSÃO.....	199
REFERÊNCIAS.....	209

INTRODUÇÃO

A eleição do tema proposto para a execução do presente trabalho sofreu incontáveis alterações desde o projeto inicial. Num primeiro momento, pensou-se em limitar o objeto ao estudo do Tribunal Penal Internacional, Corte internacional criada para julgar os responsáveis pelos crimes graves cometidos contra a humanidade.

Na esteira dos estudos, outra possibilidade que se vislumbrou foi o exame do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, seus julgados e, principalmente os efeitos na legislação e jurisdição internas a partir dos precedentes tecidos pelo citado Órgão.

Ambos os trabalhos, por suas naturezas, possibilitariam estudos extremamente interessantes. As pesquisas realizadas, entretanto, conduziram a outros rumos.

No transcurso da realização do Curso de Mestrado, que é de natureza amplamente interdisciplinar, recorreu-se a diversas parcelas do conhecimento, tudo com o fito de examinar a questão da violência. A mesclagem desses novos aportes conceituais; a existência de Órgãos jurisdicionais criados e em atividade para o enfrentamento (também) dessas questões; o dado novo representado pela circunstância de que os efeitos da violência não mais se restringem a uma área territorial nem se circunscrevem aos limites de uma soberania, a tudo isso agregados dados contemporâneos da maior relevância, como aceleração e velocidade, constituíram elementos que orientaram o desenvolvimento do trabalho, direcionado ao exame do funcionamento, aplicação e eficácia das Instituições que serão analisadas.

Com o avanço do mundo moderno, e em especial a enorme velocidade na qual nos envolvemos, as distâncias territoriais não mais existem, ao contrário das enormes disparidades econômicas, sociais e políticas que se mostram crescentes nestas épocas de globalização¹.

Também de modo diverso ao registrado em épocas passadas, ainda que nem tão pretéritas assim, quando as nações buscavam assegurar seu poderio mediante a conquista de territórios geográficos que lhes assegurassem respeito e autonomia, há hoje uma nítida tendência² dos mercados com interesses afins e proximidade territorial a uma aproximação crescente, compondo o que se passou a denominar “mercados comuns” e/ou “blocos econômicos continentais”³. Podemos analisar os casos ocorridos na União Européia (Tratado de Maastricht), maior expressão real do exercício de um direito comunitário, bem como podem ser previstas soluções de conflitos internos em suas relações sob o viés dos direitos humanos e, ainda, para além dos interesses de um mero bloco, além do exame do Tribunal Penal Internacional que, por meio do Estatuto de Roma, a todos os Estados que ratificaram seus termos, comina sanções nas hipóteses de cometimento de atos de genocídio, de crimes contra a humanidade, de crimes de guerra e de quaisquer outras práticas agressivas.

Em franco descompasso, deparamo-nos com notórios conhecimentos científicos nunca dantes atingidos, entre os quais é possível destacar como muito favoráveis o mapeamento do código genético humano, o controle e até a erradicação de importantes doenças e imprescindíveis atitudes de respeito e consciência ecológicas. Por outro lado, convivemos

¹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

² [...] “a história da humanidade pode ser definida como a da crescente interpretação dos povos [...]” no que “o Professor Dr. Vicente Marotta Rangel sempre denominou como ‘federalismo internacional’”. *Apud* GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco (Coord.) *O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*, São Paulo: LTr, 1998, p. 214 –225.

³ Etapas de Cooperação Econômica – Direito Internacional Clássico

a) Livre comércio: eliminação ou redução de tarifas aduaneiras e restrições ao intercâmbio; por exemplo, Nafta (*North America Free Trade Area*);

b) União aduaneira: implica o livre comércio já em funcionamento, além estabelecimento de uma tarifa externa comum (TEC); por exemplo, o Grupo Andino em 1995, hoje chamado “Sistema Andino de Integração” e Mercosul a partir de 1995;

c) Mercado Comum: implica a união aduaneira, mais livre circulação dos bens, serviços, pessoas e capitais, além de regras comuns de concorrência; por exemplo, as Comunidades Européias antes de 1993;

d) União Econômica e Política: pressupõe o Mercado comum e acrescenta um sistema monetário comum, uma política externa e de defesa comum; por exemplo, a União Européia depois de 1993 – a partir do Tratado de Maastricht ou Tratado da União;

e) Confederação: etapa que pode hipoteticamente se seguir à união econômica e política, e que implicará, além dessa, a unificação dos direitos civil, comercial, administrativo, etc.

ainda com a lamentável via da existência de graves guerras e/ou conflitos internos que desafiam o senso humano no tocante à ausência de mínimo zelo por seu semelhante. No particular, a resposta a improváveis armas químicas, como temos ainda o desprazer de acompanhar na invasão do Iraque pelos EUA, acarreta a alardeada (não confirmada na prática) “guerra cirúrgica”⁴.

Os crimes de guerra ainda ocorrentes, assim como os conflitos internos e as atrocidades presentes em tantos lugares do mundo, manifestam-se, com freqüência, como atos de selvageria contra povos, praticados por grupos militares ou civis, ou como prática genocida ou, em geral, como crimes contra a humanidade. Para tanto, sendo acessível a tantas nações reunirem potencial bélico suficiente para aniquilar o planeta, foi criada uma Corte de ordem supranacional com a competência de solucionar conflitos entre os que ratificaram o aclamado “Estatuto de Roma”, também conhecido como Tribunal Penal Internacional (TPI)⁵.

Ainda que modernamente tenhamos nos acostumado a dividir o mundo em “apenas” duas grandes nações, a denominada “guerra fria” não chegou à contemporaneidade. Acompanhamos a separação político-econômica em blocos fundados inicialmente em bases de cunho econômico, sendo vencidas importantes questões como as relativas às diversidades culturais, étnicas e sociais dos Estados-Membros. Uma importante característica, no entanto, se fez perceber de modo inarredável: a crescente tendência de respeito às decisões emanadas dos órgãos dos “colegiados continentais” (como ao longo do presente trabalho se pretende demonstrar).

E como este mundo, com uma aparente diversidade geográfica e política, acrescido de uma assustadora velocidade, cujo estudo Paul Virilio⁶ denomina dromologia, enfrenta a questão referente ao papel a ser cumprido pelo Direito, e em especial pelo direito criminal?

Se as questões de direito interno já são de difícilíssima solução fática, como proceder, à luz do exercício jurisdicional, quando nos deparamos com conflitos específicos ocorridos

Internet: <http://www.dhnet.org.br/oficinas/cursoac/mercosul/mercosul1.html>, de autoria de Maristela Basso, em pesquisa realizada em 27.10.2004.

⁴ RAMONET, Inácio. *A tirania da comunicação*. Petrópolis: Vozes, 1999.

⁵ “A Competência *Ratione Materiae* da Corte Internacional Criminal”: Arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma, de Lyal S. Sunga, in Tribunal Penal Internacional, organizadores Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos.

entre nações? As dúvidas são agravadas se acrescermos ao problema as constatações de que as práticas criminais sempre são mais variáveis e mais ágeis do que as legislações que buscam descrevê-las e reprimi-las. Deparamo-nos, atualmente, com uma estrutura estatal absolutamente ultrapassada e paradoxal segundo a qual, nos dizeres de Flávia Piovesan⁷, “quem mata uma pessoa tem mais chance de ser julgado do que quem mata 100 mil pessoas”, no que se poderia traduzir em uma “desagradável sensação de esquizofrenia produzida pelo conflito entre discurso e realidade da pena criminal”.⁸

O presente trabalho principia pelo estudo e análise teórica dos conceitos de nação, Estado e soberania à luz da Teoria Geral do Estado. No mesmo capítulo, é desenvolvido um exame acerca da evolução histórica da idéia de soberania, objetivando demonstrar o modo como ela tem sido exercida no mundo contemporâneo.

No segundo capítulo, abordamos a questão da extraterritorialidade da lei penal, tendo em vista que a solução dos conflitos de lei penal no espaço não se socorre, como normalmente acontece, dos critérios hierárquicos normativos ou de especialização, mas de outro instrumento teórico que constitui objeto do direito internacional privado (que visa a solucionar o concurso de leis no espaço, ou seja, o confronto de normas que emanam de diversas soberanias).

Como veremos, a regra insculpida no art. 7º, e seguintes, do código penal brasileiro, pertinente à extraterritorialidade da lei penal, diz respeito ao que se pode denominar direito internacional privado penal ao passo que os Órgãos judiciais examinados nesta obra atuam no plano do direito internacional público.

O direito internacional privado, juntamente com as regras atinentes à aplicação temporal da lei (direito intertemporal), compõe o que tem sido geralmente denominado sobredireito. Outros preferem as denominações direito supra estatal, direito interestatal e direito intra-estatal. Seu objetivo é regular as hipóteses de concurso ou conflito espacial de

⁶ VIRILIO, Paul. *O espaço crítico: e as perspectivas de tempo real*. Rio de Janeiro, Editora. 34, 1999. p. 53

⁷ PIOVESAN, Flávia. Título. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_ruanda.html> Acesso em: 03 mar. 2005.

normas, ou seja, aquelas situações que exigem a definição de qual ordenamento jurídico regerá determinada espécie. São questões que surgem em muitos textos normativos, particularmente no direito civil (art. 7º e seguintes da Lei de Introdução) e também no direito penal (art. 7º e seguintes do código penal).

Como preleciona Luís Roberto Barroso⁹, repousa o direito internacional privado “sobre o princípio da territorialidade, bem como no reconhecimento das situações jurídicas constituídas no âmbito da eficácia de uma lei estrangeira.”

Adverte este autor¹⁰ que:

Embora se mantenha fiel à denominação tradicional, a doutrina é unânime em condenar o termo internacional – o direito internacional privado é predominantemente interno e não disciplina relações entre nações – e o termo privado, já que abrange conflitos regidos pelo direito público, sendo o seu próprio papel de solução de conflitos de leis de natureza eminentemente pública.

No desenvolvimento do trabalho, discorreremos sobre as experiências existentes no exercício jurisdicional supranacional, fazendo uma análise histórica referente aos Tribunais “ad hoc” de Nurembergue, Tóquio, Ruanda e Iugoslávia. No particular, não se busca realizar uma análise crítica acerca de sua constituição e da efetiva aplicação de suas decisões, nem tampouco um exame acurado de suas falhas e acertos, mas sim, desdobrar breve estudo sobre como se procedeu ao exercício, até então inédito, de um direito aplicado com efeitos além-fronteiras.

Na seqüência, o estudo volta-se ao exame dos tribunais de jurisdição continental, entre os quais destacamos a Corte Internacional de Justiça (órgão criado pela ONU com atuação em nível supranacional), o Tribunal Penal Internacional (com a consideração de questões pertinentes a sua competência, requisitos da petição inicial, exequibilidade de suas decisões e uma análise crítica do modo como se operou sua criação) e o Tribunal de Justiça das

⁸ SANTOS, Juez Cirino dos. Novas hipóteses de criminalização. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS. CIDADANIA, ÉTICA E ESTADO, 18., 2002, Salvador. *Anais...* Brasília: OAB, Conselho Federal, 2003. v.1. p. 938.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 11.

¹⁰ *Ibidem*, p. 14, nota 3.

Comunidades Européias que, também de forma inédita, nos demonstra a atuação jurisdicional em nível comunitário. Por fim, diante dos reconhecidos avanços das questões referentes aos direitos humanos, examinamos o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O presente trabalho, fruto dos resultados (sempre) parciais advindos da análise dos efeitos de uma decisão de caráter supranacional no campo do direito interno, propõe-se ao enfrentamento de questões como competência, requisitos de validade, soberania e efetividade da jurisdição respectiva.

Ao final, focalizam-se pontos ligados às perspectivas futuras respeitantes à atuação da justiça em nível supranacional; aos caminhos que se descortinam a essas experiências e às condições de exeqüibilidade dessas jurisdições em face do natural propósito dos Estados-membros de verem preservadas condições indispensáveis de reconhecimento e de efetivo exercício de suas soberanias.

1 NAÇÃO, ESTADO E SOBERANIA

A questão da soberania, em assuntos como aqui se pretende discorrer, é de absoluta relevância para os debates contemporâneos das relações internacionais e de direito internacional público, pois o Estado permanece como objeto central de estudos.

Contudo, conceituar “soberania”, hoje, é tarefa das mais árduas, pois não têm mais aplicação as respostas clássicas à medida que a globalização econômica alterou o centro e o vértice do sistema social. De fato, a soberania estatal tem sido questionada, porquanto se vislumbra uma tendência de interdependência crescente entre os Estados e sua união em organizações de natureza supranacional, como se pretende expor ao longo do trabalho, que podem limitar sua real capacidade de autodeterminação.

Na atual crise conceitual por que passa a soberania, Ferrajoli¹¹ assinala que “a matriz jusnaturalista do conceito serviu de base à concepção positiva do Estado e caracteriza um resquício pré-moderno do mundo jurídico”, complementando que “a idéia de soberania não se coaduna com a sujeição do poder à lei, nem é compatível com as Cartas internacionais de direitos”, tratando-se de um “pseudoconceito, uma categoria antijurídica.”

Nesse pensar, denota-se que o atual espírito cooperativo entre os Estados demonstra que a tendência das nações, nas relações estabelecidas em política internacional, não mais se prende ao individualismo estatal, mas sim no sentido de cooperação entre os povos, no que se pode denominar de relações internacionais interindependentes.

Destarte, não se pode discutir e desenvolver o assunto objeto do presente estudo, pertinente ao exame de Órgãos de atuação supranacional, sem que haja a preocupação em relacioná-los à soberania estatal, a fim de concluir se há ou não afronta a este atributo do Estado. Para tanto, passemos à breve análise da noção jurídica de Estado, absolutamente vinculado aos conceitos de nação e soberania.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. VIII e p. IX.

Afinal, estudar a soberania e seus eventos históricos e teóricos significa falar dos acontecimentos daquela formação político-jurídica particular que é o Estado nacional moderno, oriundo da Europa há pouco mais de quatro séculos, exportada para todo o planeta no século XX e, hoje, em declínio.

1.1 O Conceito de Nação

Deve-se ter em conta que a idéia de relações internacionais é recente, tendo em vista que o surgimento dos Estados Nacionais data do final da Idade Média, quando a idéia de Estado-Nação começa a se consolidar (a partir dos séculos XIII e XVII), acarretando a criação de teorias políticas que justificassem sua existência, bem como orientassem as ações a serem adotadas em relação a outros Estados.

Para fins didáticos, valemo-nos da divisão clássica de Sahid Maluf que diz “A Nação é uma realidade sociológica; o Estado, uma realidade jurídica. O conceito de Nação é essencialmente de ordem subjetiva, enquanto que o conceito de Estado é necessariamente objetivo.”¹² Nesta linha, também se pode afirmar que a Nação é anterior ao Estado podendo perfeitamente existir sem a presença deste (Estado).

Em conceitos mais recentes, a Filosofia do Direito, nas palavras de Miguel Reale¹³ conceitua que “uma nação é uma comunidade, étnica e socialmente diversificada, organizada pelo Estado”¹⁴. Lenio Streck¹⁵ leciona-a como um “conceito psicossocioantropológico” ao passo que Jorge Miranda¹⁶ afirma que “o específico da nação encontra-se no domínio do espírito, da cultura, da subjetividade. Uma nação não é qualquer grupo cultural, é uma comunidade cultural com vocação ou aspiração à comunidade política.”

¹² MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 12. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 31.

¹³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Filosofia e teoria política*: ensaios. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 154.

¹⁴ *Ibidem*, p. 154

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Paulo Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 154

¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 190.

Com base nesses conceitos, podemos entender a nação como uma comunidade que detém denominadores comuns tais como uma identidade de cunho cultural, étnica, lingüística, entre outros, disposta a cumprir um mesmo desígnio.

A breve análise realizada permite demonstrar que a estruturação dos Estados se deu com base nos valores das nações. Passemos a apreciar o Estado.

1.2 O Estado

Nos termos do Dicionário Jurídico Brasileiro¹⁷, o verbete Estado tem origem no latim *statu*, do verbo *stare*, estar de pé, manter-se. O vocábulo apresenta o radical *st*, de origem indo-européia, que significa permanência, duração.

Também aqui a tarefa de conceituar o Estado é difícil. Isto tanto porque, inúmeras vezes, o mesmo é confundido com Nação (o que é descabido, como já vimos), como pela complexidade de sua origem (pela *Polis* grega e/ou a *Civitas* romana). Na análise histórica, Maquiavel, considerado o criador do direito público moderno, afirma em sua obra, *O Príncipe*¹⁸, que “todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados, são repúblicas ou principados”.

Paulo Bonavides¹⁹ enriquece tal estudo ao definir que a razão do Estado está no fato de ser ele “a expressão harmônica e abstrata de uma sociedade” e sua finalidade está na manutenção da ordem social através da aplicação do direito, “para que essa sociedade não venha a se destruir por conflitos internos ou externos.”

Em relação à origem do Estado, Sahid Maluf²⁰ sustenta que a Teoria mais antiga é a da “Origem Familiar”, pois “apóia-se na derivação da humanidade de um casal originário.

¹⁷ AQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro Aquaviva*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1995. p. 626.

¹⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 44.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 44.

²⁰ MALUF, 1981, p. 70.

Portanto, é de fundo bíblico.” Nesta linha, a origem da sociedade em geral é derivada da família, sendo esta considerada a *celula mater* da sociedade.

Outras tantas são as Teorias sobre a origem dos Estados, entre as quais se destacam as Teorias Patriarcal e Matriarcal (uma subdivisão da Teoria Familiar), Patrimonial, da Força, do Direito Divino Sobrenatural e Providencial.

Ainda sob análise histórica, relevante citarmos as Teorias Racionalistas (Jusnaturalismo), defendidas, em especial, por Emmanuel Kant, Thomas Hobbes, Benedito Spinoza e John Locke. Sustentam, em síntese, todas elas que o Estado tem origem convencional, sendo produto da razão humana. Também denominadas de Teorias Contratualistas ou Pactistas, partem de um estudo das primitivas comunidades, em seu estado de natureza, e por meio de uma concepção metafísica do direito natural chegam à conclusão de que a sociedade civil (na figura de um Estado organizado) teve origem por força de um acordo utilitário e consciente entre os indivíduos.

Ainda sob o espreque histórico, mostra-se de relevante importância a Teoria do Contrato Social, defendida por Jean Jacques Rousseau. Considerado o primeiro alicerce do Estado liberal, serviu de embasamento da Revolução Francesa que proclamou: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais do homem.”²¹

De acordo com Rousseau, ao se congregarem por meio de um contrato social, os indivíduos associados alienam seus direitos ao recém-formado corpo político. Assim, compõe-se um novo corpo, indivisível e com vontade própria, sendo que qualquer dano ao corpo será um dano comum a todos, e qualquer vantagem ao corpo será também estendida a todos. Neste pensar, ninguém desejará prejudicar os demais. Para que seja preservado este novo corpo, os indivíduos associados deverão obedecer a ele. Isto não afronta a liberdade; apenas substitui-se a noção de liberdade puramente natural pela idéia de liberdade como aceitação e acatamento às deliberações daquela vontade geral. Terão, assim, de cumprir as leis que são as vontades de um povo estabelecidas para ele mesmo. Logo, ao obedecer ao corpo, obedece-se a si mesmo.

Também sustenta Rousseau que a natureza humana selvagem é pura, sem a mácula causada pelo mundo corrompido pela civilização.

Outras tantas teorias foram lançadas, como a da Escola histórica, defendida por Edmundo Burke; a do Panteísmo; a da Escola Orgânica; a do Neopanteísmo e a da Teoria da Supremacia de Classes. Contudo, tendo presente que não é neste ponto que o presente trabalho se concentra, buscou-se aqui, apenas retratar a evolução conceitual de temas como Nação e Estado, com fito exclusivamente didático e para melhor centrar o (eventual) leitor diante do conceito que tem enfrentado as mais significativas alterações, que é o de soberania.

A oposição de idéias confrontantes, como são as que contrastam Estado civil e Estado de natureza, dá origem, após a Revolução Francesa, a outras duas noções paralelas e opostas da soberania, quais sejam, a de uma progressiva limitação interna da soberania, no plano do direito estatal, e a de uma progressiva absolutização externa da soberania, no plano do direito internacional.

Passemos à análise deste último tópico.

1.3 A Soberania

Na análise do Estado, sob o prisma da ordem internacional, é a soberania o tema que mais gera controvérsias.

Considerada um dos elementos formais do Estado, é definida, consoante a leitura de Aquaviva²², como “a qualidade de poder do Estado que o situa acima de qualquer outro no âmbito interno, e que o coloca no mesmo plano do poder de outros Estados.”

²¹ MALUF, 1981, p. 91.

A soberania é uma só, (una, integral e universal) não podendo sofrer restrições de qualquer tipo, salvo as decorrentes dos imperativos de convívio pacífico das nações (também) soberanas no plano do direito internacional.

Os romanos denominavam *suprema potestas*, o poder supremo do Estado na ordem política e administrativa. Neste pensar, a expressão “Estado soberano” remete, desde o princípio, à idéia de uma ordem estatal não submetida à outra ordem da mesma espécie. Assim, Estado soberano seria aquele que não se encontra numa situação de dependência – jurídica ou de outra ordem, em relação a outro Estado.

A polêmica quanto a um conceito adequado à idéia de soberania tem albergue no distanciamento que parece existir entre o conceito teórico e o que ocorre no mundo dos fatos.

Ainda com o mesmo espeque didático e histórico, entendemos necessário citar algumas das diversas teorias relativas à Soberania, como passamos a tecer.

1.3.1 Teoria da Soberania Absoluta do Rei

Teve início na França, no século XVI, tendo como um de seus principais defensores Jean Bodin que alertava: “a soberania do rei é originária, ilimitada, absoluta, perpétua e irresponsável em face de qualquer outro poder temporal ou espiritual.”²³

Dado o período histórico de sua elaboração em que a França enfrentava guerras, e os monarcas tinham poder divino, na qualidade de representantes de Deus, o poder de soberania era o poder pessoal do rei e este não admitia qualquer limitação. Ou seja, a teoria foi essencial para a consolidação do poder pelos reis, força emergente da época, que precisavam impor sua autoridade frente à organização descentralizada do medievo.

²² AQUAVIVA, 1995, p. 1292.

²³ MALUF, 1981, p. 47.

Dessarte, diante deste conceito emergente de soberania, os Estados foram unificados com a afirmação do poder do rei sobre um determinado povo e território.

Todavia, o próprio autor, teórico eminente do absolutismo monárquico, não se livrou de contradições ao admitir a limitação do poder de soberania pelos princípios inelutáveis do direito natural.

1.3.2 Teoria da Soberania Popular

Nascida na chamada Escola Espanhola, formada pelos teólogos Altuzio, Marsílio de Pádua, Francisco de Vitória, entre outros, modificaram a doutrina do chamado direito divino sobrenatural criando o que convencionaram como a doutrina do direito divino providencial, ou seja, o poder civil corresponde aos desígnios de Deus, mas deriva da vontade popular, como pregavam o apóstolo São Paulo e São Tomás de Aquino.

1.3.3 Teoria da Soberania Nacional

Credita-se a ela o crescimento do liberalismo e a inspiração da Revolução Francesa, ocorrida em 1789, que sustenta que a soberania não pertence a cada indivíduo, mas sim, à nação, depositária única e exclusiva da autoridade soberana.

Nesta linha, o Órgão governamental só exerce o poder legitimamente mediante o consentimento nacional.

É também nesta teoria que segue o conceito da Escola Clássica no sentido da soberania ser UNA (não pode existir mais de uma autoridade soberana em um mesmo território), INDIVISÍVEL (o poder soberano delega atribuições, reparte competências, mas não divide a

soberania), INALIENÁVEL (a soberania é personalíssima, não se aliena nem se transfere a outrem) e IMPRESCRITÍVEL (não sofre limitações pelo decurso do tempo. Não existe soberania temporária ou por tempo determinado).

1.3.4 Teoria da Soberania do Estado

Pertence às escolas alemã e austríaca, prega que a soberania é a capacidade de autodeterminação do Estado por direito próprio e exclusivo.

O Estado é anterior ao direito e sua fonte única. O direito é feito pelo Estado e para o Estado, não o Estado para o direito. A soberania é um poder jurídico, um poder de direito, e, como tal, tem sua fonte e sua justificativa na vontade do próprio Estado.

Essa é a fonte do pensamento das chamadas teorias estatistas, que serviram de embasamento doutrinário aos Estados totalitários do pós-guerra.

Diante da maior aceitação à tese de que a titularidade da soberania pertence ao Estado, dotado de personalidade jurídica, assim conceitua Celso Ribeiro Bastos²⁴:

Soberania é a qualidade que cerca o poder do estado. [...] indica o poder de mando em última instância, numa sociedade política [...] a soberania se constitui na supremacia do poder dentro da ordem interna e no fato de, perante a ordem externa, só encontrar Estados de igual poder. Esta situação é a consagração, na ordem interna, do princípio da coordenação. Ter, portanto, a soberania como ordem internacional, do princípio da coordenação. Ter, portanto, a soberania como fundamento do Estado brasileiro significa que dentro do nosso território não se admitirá força outra que não a dos poderes juridicamente constituídos, não podendo qualquer agente estranho à Nação intervir nos seus negócios.

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 114.

1.3.5 Limitação da Soberania Interna

Pode-se afirmar, destarte, que a soberania passou a conhecer a idéia de limitação pois a relação entre o Estado e seus cidadãos não mais contempla uma relação da espécie soberano e súditos, mas sim entre dois sujeitos, ambos de soberania limitada, no que se denominou a construção de um Estado-pessoa.

A inovação trazida pelo princípio da legalidade altera a estrutura do sujeito soberano, pois vincula as decisões não só à observância da legislação, mas também ao princípio de maioria e aos direitos fundamentais (em outras palavras, ao povo e aos indivíduos) transformando os poderes públicos de absolutos em funcionais.

De certo modo, o modelo de estado de direito, consoante o qual todos os poderes ficam vinculados à lei, equivale à negação da soberania.

A tal respeito, buscamos as palavras de Ferrajoli²⁵:

De fato, no plano doutrinário, a idéia da soberania interna, bem longe de ser abandonada como teria pretendido a lógica do estado de direito, reforça-se decididamente, cindindo-se nas duas figuras da soberania nacional e da soberania popular, que ambigualmente ladeiam a da soberania estatal e lhe fornecem uma legitimação política ainda mais forte do que as antigas fontes teológicas e contratualistas. [...] O Estado, nas figurações organicistas oferecidas por estas duas diferentes imagens da relação entre Estado e sociedade, acaba sendo não apenas legitimado como ordem civil e racional, mas, no primeiro caso, é também identificado com o 'corpo moral e coletivo' de todos os cidadãos e, no segundo, é sublimado como 'substância ética' e 'espírito do mundo'.

1.3.6 Da Absolutização da Soberania Externa

Diante da evolução conceitual e representativa da soberania, o primeiro aporte necessário é reconhecer que sua natureza sofreu outras importantes alterações.

²⁵ FERRAJOLI, 2002, p. 29

A soberania encontra limites pelo próprio ordenamento legal e pelos direitos e garantias individuais, no plano interno, e pela ordem jurídica internacional, no âmbito externo.

Neste aspecto, ou seja, no plano internacional, a soberania é limitada pelos imperativos de coexistência dos Estados soberanos, não sendo admissível invadir a esfera de atuação de outras soberanias.

Exatamente por tais aspectos, não mais se considera a soberania como um poder absoluto, mas sim, subordinado ao direito das gentes. O Estado soberano passa a ser considerado como aquele que se encontra direta e imediatamente relacionado ao direito internacional público. Sob tal prisma, pode-se atestar que o conteúdo da soberania é cada vez menor na medida da internacionalização da vida econômica (principalmente), social e cultural.

Entretanto, retirar a noção de “absoluta”, da soberania, não significa uma descaracterização do termo, mas sim uma relativização que se dá tanto no plano externo quanto interno dos Estados.

E o não admitir a soberania Estatal como sendo ilimitada tem razão de ser na medida em que as relações entre os Estados estão absolutamente distantes dos conceitos originários. Imprescindível hoje aliarmos aos conceitos examinados a possibilidade de que Estados possam integrar, com outros Estados, blocos econômicos, que acarretam relações jurídicas complexas, que podem afetar interesses de mais de um Estado-parte.

De fato, foi Hans Kelsen²⁶ quem melhor preconizou, em 1960, o que estava por vir no mundo atual:

Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial. Presentemente, no entanto,

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. .

ainda não se pode falar de uma tal comunidade. Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito Internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas – justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular.

A análise das linhas tecidas por Kelsen com referência ao desaparecimento da linha divisória entre o direito internacional e a ordem jurídica interna de cada Estado permite asseverar que as relações entre Estados soberanos se constituem em uma realidade fática já amplamente vislumbrada na sociedade contemporânea.

A prova de que esta soberania externa dos Estados conhece suas formas mais desenfreadas e ilimitadas foram justamente as conquistas coloniais e as duas grandes guerras mundiais.

Novamente, imprescindível reproduzir as linhas tecidas por Ferrajoli²⁷:

[...] o Estado nacional e liberal-democrático que vem se afirmando na Europa, enquanto internamente outorga para si um ordenamento complexo, fundado em princípio na limitação dos poderes do soberano e na sua sujeição à lei (nos moldes do estado liberal de direito) e, em seguida, na representação e participação popular (nos moldes da democracia representativa), liberta-se definitivamente nas relações externas com os demais Estados, de qualquer vínculo e freio jurídico. Os dois processos são simultâneos e paradoxalmente conexos. O estado de direito, internamente, e o estado absoluto, externamente, crescem juntos com os dois lados da mesma moeda. Quanto mais se limita – e, através de seus próprios limites, se autolegitima – a soberania interna, tanto mais se absolutiza e se legitima, em relação aos outros Estados e sobretudo em relação ao mundo ‘incivil’, a soberania externa.

1.3.7 A Questão da Soberania e o Direito Internacional Contemporâneo

Em princípio, a questão da soberania externa encontra seu ápice, e corolário lógico, sua falência, após as grandes guerras da primeira metade do século XX, com a sanção, em nível internacional, da Carta da ONU, lançada em São Francisco, em 26 de junho de 1945, e

²⁷ FERRAJOLI, 2002, p. 34-35

pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

Isso porque a soberania, inclusive externa, dos Estados perde seu principal atributo, o direito à guerra, diante de duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos.

De fato, novamente o conceito (soberania) sofre alteração, pois, consoante a doutrina monista desenvolvida por Kelsen, pode-se falar do direito internacional e dos diversos direitos estatais como sendo um ordenamento único.

No particular, importa frisar que o monismo jurídico assevera, e assim é acompanhado pela maior parte da doutrina (cujos principais autores são Haroldo Valladão²⁸, Oscar Tenório²⁹, Celso D. de Albuquerque Mello³⁰ e Marotta Rangel³¹), que o direito constitui uma unidade, um sistema integrado tanto pelo direito internacional como pelo direito interno.

No entanto, se consideramos a capacidade humana de inovar, ainda que o prisma não seja favorável, como no que constatamos nos crimes que desobedecem aos ditames territoriais e fronteiriços, também deve-se ter presente a mesma capacidade de criar mecanismos, no caso, a lei, para o enfrentamento dessas (novas) contendas.

Assim, há de se reconhecer que “As normas jurídicas positivas existentes no mundo não são universais nem perpétuas”³². Ou seja, impende a evolução legislativa para tentar acompanhar a evolução do comportamento humano.

Daí, dois fatores podem ocorrer: a existência de lei nova que revoga a anterior, naquilo que a contraria e, em especial para o nosso estudo, quando a lei entra em contato com o ordenamento jurídico de outro Estado.

²⁸ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. v. 1. p. 53 e p. 94.

²⁹ TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, p. 93.

³⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 344.

³¹ RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 44/45, 1967, p. 29.

³² VALLADÃO, op. cit., v. 1, p. 4.

Como bem explicita Luís Roberto Barroso³³:

Tais hipóteses, aliás, tornam-se mais corriqueiras por força da mudança acelerada da técnica e dos costumes – provocando a modificação das leis – alijada à internacionalização das atividades humanas, gerando obrigações em que alguns de seus elementos (sujeitos, objeto, fato jurídico) estão em conexão com Estados diferentes.

Nesse pensar, podemos valorar a questão da soberania aliado às recentes transformações do mundo contemporâneo, porquanto, além da vedação ao direito à guerra, a consagração dos direitos humanos, na Declaração de 1948, atribui a tais direitos, antes resumidos à norma constitucional, um valor supra-estatal, transformando-os de limites exclusivamente internos em limites, agora também, exteriores ao poder dos Estados.

A Carta da ONU equivale, em resenha, ao nascimento de um novo direito internacional, um verdadeiro contrato social internacional, efetivo, cuja gênese migra de uma estrutura calcada em tratados bilaterais (inter partes) para um verdadeiro ordenamento jurídico supra-estatal, ou ainda, não mais um pacto associativo para um pacto de sujeição.

Outro fator histórico que não pode deixar de ser lembrado diz respeito à queda do muro de Berlim. Aliás, neste suporte histórico, Ricardo Lobo Torres³⁴ faz importante apanhado, como segue:

- 1 – a positivação dos direitos humanos nos tratados internacionais, principalmente nos da ONU e nos da OEA;
- 2 – a globalização econômica com seus efeitos nos planos político e social, que aproxima o local do universal. Os problemas da cidade sofrem a influência direta das dificuldades mundiais, como se pode notar, por exemplo, na questão da violência: o tóxico e o comércio ilegal de armas que a deflagraram não podem ser controlados apenas no âmbito local;
- 3 – a erupção do espaço cibernético, que também une a dimensão local com a universal, em nova percepção dos limites da liberdade;
- 4 – a queda do muro de Berlim, com todo o seu simbolismo, que marca o início de uma era em que se esmaecem os traços das fronteiras nacionais e o dogma da soberania diante de uma nova realidade em que o conflito armado generalizado parece estar fora das preocupações dos diversos blocos econômicos.

³³ BARROSO, 2004, p. 10.

³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Cidadania multidimensional na era dos direitos em teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Ainda quanto à soberania, pode-se asseverar que caem por terra todos seus pressupostos e características, de ordem interna ou externa. A soberania, cuja dimensão interna se havia esvaziado diante do desenvolvimento do estado constitucional de direito, também se esvanece em sua dimensão externa na presença de normas internacionais que vinculam os Estados-membros. Passam a ser considerados sujeitos de direito internacional, consoante o novo ordenamento, não só os Estados mas também os indivíduos e os povos, os primeiros como titulares (nos confrontos de seus próprios Estados e frente aos direitos humanos) e os segundos, na condição de titulares do direito de autodeterminação.

As idéias integracionistas já saíram do papel e têm, na União Européia, seu principal arauto, como veremos no decorrer do trabalho.

Em uma realidade mais próxima, de alguns Estados da América Latina, em especial do cone sul, também há sinais claros de uma organização comum sem que tal fato implique renúncia à soberania dos Estados-partes, como ocorre com o Mercosul.

A Constituição da República brasileira, em seu artigo 4º, parágrafo único, preconiza que “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

Diante do fenômeno socioeconômico mundial da globalização, cujos processos produtivos, industriais e de proliferação da cultura, entre inúmeros outros, não mais se detém aos limites geográficos nos termos em que aprendemos num passado recente, pode-se garantir que restam desterritorializadas as relações sociais, sendo relativizado o papel a ser cumprido pelo Estado-nação.

O elemento território, que juntamente com o povo e o governo soberano, constitui o Estado, com esteio na moderna Teoria Geral do Estado, também não tem a mesma natureza que no passado. Antes dos fenômenos decorrentes do aumento da velocidade e aceleração, bastava que um Estado tivesse seu território invadido para que fosse comprometida sua soberania. Atualmente, esta ocupação física não é mais requisito imprescindível, pois se pode

controlar a economia de um país, alterando-se valores culturais de seus habitantes, à distância, por conta dos inúmeros avanços dos meios de comunicação.

Vivemos nos dias atuais uma crise não menos importante que aquela vislumbrada há quatro séculos na Europa, com o nascimento do Estado moderno e a comunidade internacional dos Estados soberanos. Neste diapasão, notícias como a existência de inúmeras ogivas nucleares, com possibilidades de pôr fim à Terra, a incontrolável poluição, o aquecimento do planeta, as guerras (religiosas ou de cunho financeiro-político) e toda violência e miséria deste cenário desolador tornam cada vez mais remotos o equilíbrio internacional e a manutenção da paz.

Devemos reconhecer que conceitos como nação e nacionalidade, assim como o próprio Estado, também foram criados pelo homem ocidental. Ou seja, no passado, tais idéias tiveram sua aplicação diante da realidade do homem da época.

A crise, que não é meramente conceitual, mas absolutamente visível no mundo dos fatos, faz com que reconheçamos que o Estado, nos termos em que foi criado, se encontra inadequado e obsoleto. Nas palavras de Ferrajoli³⁵, “o Estado já é demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado pequeno para as coisas grandes.” Grande para a maioria das funções administrativas e pequeno em relação aos processos de internacionalização da economia.

Por isso, o caos se faz presente na maior parte das manifestações do Estado, quando percebemos o engessamento causado pela burocracia e a própria necessidade do mesmo agir exclusivamente nos termos em que previsto na lei.

Este não é um posicionamento isolado. Inúmeros e consagrados doutrinadores compartilham da idéia de que o perfil do Estado vem mudando. A humanidade tem acompanhado, em maior ou menor escala a união de forças estabelecidas entre distintas nações sendo que há exemplos, como o da União Européia, cujo fim das fronteiras alcançou o ápice de exigir um único passaporte para os cidadãos dos Estados que a compõem, sendo

³⁵ FERRAJOLI, 2002, p. 50

utilizada, ainda, uma única moeda. Neste sentido, buscamos as palavras de Ives Gandra da Silva Martins³⁶:

[...] do Estado Clássico surgido do constitucionalismo moderno, após as Revoluções Americana e Francesa, para o Estado Plurinacional, que adentrará o século XXI, há um abismo profundo. [...] em outras palavras, o Estado Moderno está, em sua formulação clássica de soberania absoluta, falido, devendo ceder campo a um Estado diferente no futuro. [...] a União Européia, o Direito comunitário prevalece sobre o Direito local e os poderes comunitários (Tribunal de Luxemburgo, Parlamento Europeu) têm mais força que os poderes locais. Embora no exercício da soberania, as nações aderiram a tal espaço plurinacional, mas, ao fazê-lo, abriram mão de sua soberania ampla para submeterem-se a regras e comandos normativos da comunidade. Perderam de rigor sua soberania para manter uma autonomia maior do que nas Federações clássicas, criando uma autêntica Federação de países. [...] nada obstante as dificuldades, é o primeiro passo para a universalização do Estado, que deve ser ‘Mínimo e Universal’...

O autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho sugere, no que denomina “ente novo” a figura de “comunidades de Estados”, de caráter federalista, que não seguirão os ditames fixados por uma Constituição mas sim por um tratado, tal como hoje segue a maior parte dos acordos internacionais mas, por óbvio, com muito maior complexidade.

Sustenta o mesmo autor³⁷ a necessidade de que seja superada a idéia de Estado-nação, propondo que os Estados atuem de forma associada, revisando igualmente a idéia de soberania, como segue:

O imperativo de segurança obriga os Estados-nação a agregarem-se em unidades maiores, mais fortes, inclusive para assegurarem a própria sobrevivência. De novo são exemplo disto os Estados-nação europeus. Por tudo isto, parece previsível a superação dos Estados-nação. Não desaparecerão, mas virão a associar-se (ou integrar-se) formando ente novo.

Para que seja firmada a associação prevista, por óbvio que os Estados necessitam rever sua idéia de soberania, pois seria preciso abrir mão de parte da sua (soberania). Far-se-ia imperativa uma reinterpretação, mais adequada à realidade contemporânea, como também sugere Celso Ribeiro Bastos³⁸ que propõe:

³⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). *O estado do futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 225.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1998*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1: Arts. 1º a 43. p. 194.

³⁸ BASTOS, 1996, p. 121.

O princípio 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 as barreiras do Estado, impondo-lhe, desde logo, uma interdependência de fato.

Os Estados-membros, no afã de desenvolver essa associação, não abririam mão de sua soberania porquanto, como já tratado, a soberania é ínsita à existência do próprio Estado. Entendemos como viável que a soberania fosse compartilhada entre os Estados-membros que buscam a integração, sendo transferidas parcelas de seu poder, exercidas comumente por todos os envolvidos na comunidade.

Não havendo renúncia à soberania de cada um dos Estados-membros interessados, tampouco haveria prejuízo aos mesmos, muito pelo contrário. A idéia de que a soberania fosse compartilhada entre os Estados-membros seria dentro daquelas matérias de interesse das partes envolvidas e versadas de forma expressa nos tratados. Esta figura, principal figura normativa no exercício do direito internacional público, também sofreria alterações à medida que representaria, em assuntos desta complexa natureza, o esteio definidor da distribuição de poderes (competência) entre as comunidades e seus membros.

O caminho a ser seguido para tentar solucionar a irreversível crise por que passa o Estado, assim, passa pela superação da forma como o Estado nacional existe e exerce seu poder, bem como pela reconstrução do próprio direito internacional e das relações por meio dele desenvolvidas.

A proposta ilustrada por Ferrajoli³⁹ prevê que tais alterações devem contemplar “não mais sobre a soberania dos Estados, mas desta vez sobre as autonomias dos povos.” Prossegue o doutrinador, alertando que “Somente desvinculando tais autonomias da rigidez monística do velho paradigma do Estado – baseado na identificação entre Estados, povos e nações -, o direito à autodeterminação dos povos poderá ser realizado sob formas pacíficas, não reciprocamente exclusivas e, além disso, autênticas e democráticas.”

³⁹ FERRAJOLI, 2002, p. 52.

1.3.8 Propostas de Exercício da Soberania em Relação aos Órgãos de Atuação Supranacional já existentes.

Em princípio, a questão pertinente à integração dos Estados e os limites da soberania têm-se revelado de especial importância nas áreas da economia, direito ambiental, direito penal e as questões referentes aos direitos humanos.

A questão econômica não será objeto de maiores estudos, mas os efeitos da globalização, nessa seara específica, são os mais facilmente perceptíveis. No período da chamada guerra fria, eram duas as superpotências da época. Atualmente, somente os Estados Unidos da América despontam, ao menos no mundo ocidental, como a nação que melhor se adaptou às variáveis do mercado, e faz valer as vantagens desta situação.

Entretanto, os países componentes do bloco asiático têm demonstrado incrível força econômica e penetração incessante também nos países desenvolvidos. Aliás, referente aos países ainda em desenvolvimento, sem dúvida este fator constitui um especial entrave no que pertine ao exercício da soberania política porquanto fica enfraquecido o poder de reivindicação destes Estados nas relações com os mais abastados.

Assim sendo, inegavelmente, o poderio econômico tem força absoluta no que toca não só ao exercício da soberania como também em relação à criação de eventuais associações entre Estados-membros. Basta que se compare a realidade visível da União Européia e o Mercosul, formado por países considerados emergentes, cuja integração efetiva parece jamais sair do papel.

Com atenção ao direito ambiental, merecedor de um estudo à parte por sua relevância para toda a humanidade, também aqui o maior poder econômico dita as regras, ainda que os irreparáveis prejuízos à natureza sejam sentidos em toda extensão do planeta, em franco desafio às fronteiras e à territorialidade estatal.

O direito penal não destoa destas preocupações à medida que, com os avanços do mundo eletrônico, crimes como tráfico (de drogas, de armas, de animais e seres humanos),

lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, entre inúmeros outros, tampouco se prendem aos ditames territoriais.

Na mesma medida, o desafio de que sejam mantidos o respeito e assegurados os direitos humanos também não fica restrito ao domínio do Estado. Tema de tal relevância não se prende à eventual jurisdição doméstica, pois é legítimo o interesse de toda comunidade internacional. A pessoa humana, e sua dignidade, têm direitos protegidos no âmbito internacional, como o presente estudo se propõe a demonstrar.

Os órgãos que se objetivou estudar, no presente trabalho, Corte Internacional de Justiça, Tribunal Penal Internacional, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e Tribunal Europeu de Direitos Humanos são a prova contundente da incapacidade dos Estados de resolverem isoladamente demandas de interesse global.

Por isso se aplica perfeitamente a idéia de Norberto Bobbio⁴⁰ quando assevera que para problemas mundiais são necessárias demandas mundiais, pois “só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem, quando uma justiça internacional conseguir impor-se e supor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado – que é ainda a característica predominante da atual fase – para a garantia contra o Estado.”

E há absoluta relevância nesse pensar porquanto, em inúmeros casos, é o próprio Estado o grande responsável pelas violações aos direitos humanos, pelos crimes de genocídio e pelos prejuízos ao ambiente como poderíamos singelamente exemplificar com fatos como o nazismo, os genocídios ocorridos em Ruanda e na Iugoslávia e o próprio fato de os Estados Unidos da América, país consagradamente conhecido como o mais poluidor do mundo, não terem integrado o Protocolo de Kioto, principal norma de natureza internacional de combate à poluição.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 46.

2 APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA LEI PENAL

A lei penal foi criada originariamente para vigor dentro dos limites estabelecidos por um Estado, no exercício de sua soberania. Como já tivemos oportunidade de frisar, este é um conceito primitivo, já bastante superado diante dos avanços recentes ocorridos na humanidade.

Sendo cada vez mais familiar a idéia de que o delito não mais fica restrito à territorialidade, mas sim que causa prejuízo e desperta interesses de comunidades diversas, propomos o exame da eficácia da lei penal no espaço a partir do estudo de sete princípios, a saber: o da territorialidade, da nacionalidade (ou personalidade- ativa e passiva), da proteção real (ou de defesa), do domicílio, da representação e da justiça penal universal (também conhecido como mundial, penal cosmopolita ou da universalidade).

Impõe-se registrar que, para fins didáticos, o exame dos aludidos princípios seguirá os ditames da lei penal brasileira e da nossa Constituição da República.

2.1 Princípio da Territorialidade

Como expressão da soberania (num conceito tradicional), a lei penal tem aplicação num espaço constituído principalmente pelo território. Diz-se “principalmente” porquanto há situações em que a lei penal pode ser aplicada fora do território, nos casos especificados nos parágrafos pertencentes ao art. 5º, do Código Penal brasileiro.

Assim prevê o Código Penal, que determina a aplicação da lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, aos crimes cometidos no território nacional.⁴¹

⁴¹ Art. 5º. Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

§ 1º. Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as

Nos dizeres de Magalhães Noronha⁴², o princípio da territorialidade:

[...] cinge-se ao território do país. Os crimes nele cometidos são regulados por suas leis, qualquer que seja a nacionalidade do réu ou da vítima. Não admite a concorrência de lei de outra nação e não ultrapassa as suas próprias fronteiras, isto é, não se preocupa com o delito cometido fora delas.

Reconhecendo que a vigência da lei penal no espaço tem por objeto a delimitação de áreas de jurisdição repressiva (de que a competência é espécie) e, de modo complementar, as formas de cooperação internacional, deve-se atentar ao critério da territorialidade, “que é a principal forma de delimitação do espaço da vigência da lei penal, na área das relações de jurisdição penal entre os Estados.”⁴³

Há de se atentar ainda, que também há hipóteses em que a lei estrangeira é aplicável a delitos cometidos total ou parcialmente em território nacional, quando assim dispuserem tratados e convenções nacionais, no que a doutrina⁴⁴ denomina “Princípio da territorialidade temperada”.

Para a compreensão do princípio da territorialidade, fundamental que examinemos dois tópicos: o território e o lugar do crime.

2.1.1 Território

Os principais componentes do território são o solo (ocupado pela corporação política), rios, lagos, mares interiores, baías e portos, o mar territorial, espaço aéreo, espaço cósmico (o Brasil subscreveu o Tratado sobre Exploração e Uso do Espaço Cósmico, negociado e aprovado na Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1967) e navios e

aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

§ 2º. É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.

⁴² NORONHA, Magalhães E. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 1: Introdução e Parte Geral. p. 92.

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 47.

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 74.

aeronaves públicos ou, se privados, quando estiverem em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente a um ou outro.

A mera conceituação de território nacional também prescinde de mais classificações uma vez que, em sentido jurídico, é muito mais amplo que em sentido geográfico, pois ultrapassa os limites naturais.

Valemo-nos de algumas definições de território⁴⁵:

De Hildebrando Accioly: é o espaço sobre o qual o Estado exerce a soberania territorial, enquanto sobre a população exerce uma soberania pessoal.

[...]

De Pedro Calmon: é a base física, o âmbito geográfico da nação, onde ocorre a validade de sua norma jurídica.

[...]

De Hans Kelsen: é o âmbito de validade da norma jurídica.

De Paulo Bonavides: é a base geográfica do poder.

De Leon Duguit: é a parte do globo terrestre na qual determinado governo pode exercer o seu poder de constrangimento, organizar e fazer funcionar os diversos serviços públicos.

De Salvetti Netto: é a porção limitada do globo terrestre onde o Estado exerce com exclusividade, seu poder de império. Também deste autor: é a limitação espacial da soberania.

Em interpretação clássica do direito Penal, Galdino Siqueira⁴⁶ diz que território deve ser estudado de forma distinta: território real, ou material, e fictício, como segue:

Território real ou material é o espaço delimitado por fronteiras, abrangendo terra firme, rios e lagos interiores, baías e portos, onde o Estado exerce sua soberania.

Território fictício é o espaço, variamente considerado pelo direito positivo, que pode ser alcançado pela atividade repressiva do Estado.

O território real compreende assim as partes terrestre, marítima, fluvial e do espaço aéreo.

⁴⁵ AQUAVIVA, 1995, p. 1382.

⁴⁶ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. p. 169-170.

Consoante os termos do art. 1º, da Lei nº 8.617/93, Mar territorial é a faixa de mar exterior ao longo da costa, que se estende por 12 milhas marítimas de largura, medidas a partir da baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro.

Excetuada do (chamado) território nacional, há a Zona contígua, compreendida numa faixa que vai das 12 às 24 milhas marítimas, na qual o Brasil pode tomar medidas fiscalizatórias com o fito de evitar ou reprimir infrações às leis e a regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários.

Outra variável do Mar territorial é a chamada Zona econômica exclusiva, assim definida por Fernando Capez⁴⁷:

Compreende uma faixa que se estende das 12 às 200 milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial, onde o Brasil tem direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar, deste e seu subsolo e, ainda, no que se refere a outras atividades visando à exploração e ao aproveitamento da zona para finalidade econômica. Para efeito da aplicação da lei penal brasileira, no entanto, também não é considerada território nacional.

O território fluvial abrange todas as correntes de água que circulam pelo solo brasileiro que podem ser nacionais, quando se mantêm dentro do território de um só estado (por exemplo, o rio São Francisco), ou internacionais, quando atravessam territórios de mais de um estado (como ocorre com os rios Amazonas e Paraná). Nestas hipóteses, há duas opções: uma delas, sugere que “cabe aos tratados ou convenções internacionais fixar a quem pertencem. Se não houver acordo internacional, entende-se que a fronteira fica estabelecida na metade do leito⁴⁸”.

A outra variável é que a divisão acompanhará a linha de maior profundidade do rio, conhecida como talvegue⁴⁹.

⁴⁷ CAPEZ, 2003, p. 75.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 102.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

Com atenção ao conceito de território em relação ao espaço aéreo, considerada a dimensão estatal da altitude, estatui o art. 11, da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que regula o Código Brasileiro de Aeronáutica, que “o Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial”.

Nesses termos, a camada atmosférica que cobre o território é considerada parte deste, sendo necessário asseverar que a soberania que o Estado exerce é ditada por imperativos de segurança nacional. O Brasil adota a teoria da soberania sobre a coluna atmosférica o que significa⁵⁰ que “o país subjacente teria domínio total sobre seu espaço aéreo, limitado por linhas imaginárias perpendiculares, incluindo o mar territorial”.

2.1.1.1 Território Fictício (ou por extensão)

O território fictício (ou, por extensão), previsto na legislação brasileira nos parágrafos que acompanham o art. 5º, do Código Penal brasileiro, é aquele composto por aeronaves, embarcações privadas, em alto-mar, e do espaço aéreo deste alto-mar. Assim, são também partes do território nacional os navios públicos, estejam eles em alto-mar ou em águas territoriais de outro país.

Nos casos em que se encontrarem sobre o mar territorial, os navios privados ficam sujeitos à justiça da nação a que pertencem.

Mesmo raciocínio impõe-se quanto às aeronaves públicas uma vez que, consoante o Código do Ar, considera-se como território do Estado de sua nacionalidade as aeronaves militares, onde quer que se encontrem. E, as de outra espécie, quando em alto-mar ou em território, que não pertença a nenhum Estado.

Pode-se concluir, destarte, que em matéria de lei penal no espaço vigora o princípio da territorialidade consoante o qual se aplica aos fatos delitivos ocorridos nos limites do território a legislação deste país.

⁵⁰ BITENCOURT, 2002, p. 17.

Isso quer dizer que a lei brasileira incide sobre os crimes cometidos no território nacional, independentemente de quem seja o autor, sua nacionalidade ou a nacionalidade da vítima.

Incidirá a lei brasileira no caso de um estrangeiro cometer um crime contra um brasileiro, no território nacional; no caso de um brasileiro cometer um crime contra um estrangeiro, também em território nacional, e na hipótese de um estrangeiro cometer um crime contra outro estrangeiro, desde que no território nacional.

2.1.2 Lugar do Crime

Determinado qual seja o território em que impera a lei penal, cumpre considerar, quando a ação delitiva se deva considerar cometida.

A doutrina fixou três critérios para estabelecer o lugar do crime, estampados nas seguintes teorias: teoria da ação, teoria do resultado e a da ubiqüidade (adotada no Código Penal brasileiro).

Diz a teoria da ação que se considera o lugar do crime aquele onde se deu a ação ou omissão. A adoção deste pensar impediria a aplicação da lei no país onde se deu o resultado, por exemplo, nos chamados crimes a distância (em que a ação se destaca na ocorrência do resultado).

Já a teoria do resultado diz que o lugar do crime é aquele onde o resultado se efetivou, excluindo-se a aplicação da legislação no país no qual a ação foi praticada.

Por fim, a teoria da ubiqüidade, adotada pelo Código Penal brasileiro, nos dizeres de Miguel Reale Júnior⁵¹, “busca superar as deficiências de ambos os critérios anteriormente mencionados, considerando que se deve ter por lugar do crime seja o da prática da ação, seja o

⁵¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 109.

da ocorrência do resultado, mesmo que a ação tenha apenas parcialmente sido praticada ou o resultado apenas parcialmente se efetivado.”

Assim o Código Penal brasileiro regula o Lugar do Crime: “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.”

No entendimento de Magalhães Noronha⁵², “basta que aqui tenha ocorrido qualquer parcela de atividade do indivíduo ou qualquer efeito que integre o resultado do delito, para haver lugar a lei brasileira, punindo o crime todo, e não apenas a fração que aqui se realizou.”

2.2 Princípio da Extraterritorialidade

A regra é de que a lei vige no território nacional. Ali será o efetivo exercício da soberania e a necessidade de resguardar os cidadãos contra a possibilidade de ocorrência de crime. Contudo, há situações em que se faz imperativo garantir a aplicação da lei mesmo em fatos ocorridos fora do território da nação, no que se denomina princípio da extraterritorialidade e que consiste, em síntese, na aplicação da lei brasileira aos crimes cometidos fora do Brasil.

Ainda que o conceito de soberania esteja em constante mutação, um país não pode pretender a imposição de regras jurisdicionais próprias em território de outro, salvo nas hipóteses de regra permissiva, emanada do direito internacional, costumeiro ou convencional.

Há possibilidades, contudo, de que o Estado exerça em seu próprio território, sua jurisdição na hipótese de crime cometido no estrangeiro. Como ensina Fernando Capez⁵³, “Salvo um ou outro caso a respeito do qual exista preceito proibitivo explícito, o direito internacional concede ampla liberdade aos Estados para julgar, dentro de seus limites

⁵² NORONHA, 1979. v.1. p. 94.

⁵³ CAPEZ, 2003. v.1. p. 85.

territoriais qualquer crime, não importa onde tenha sido cometido, sempre que entender necessário para salvaguardar a ordem pública.”

No Código Penal brasileiro, assim está previsto o princípio da Extraterritorialidade da lei penal brasileira.⁵⁴

2.2.1 Princípio da Nacionalidade (ou da Personalidade)

Este princípio tem por fundamento a regra de que a lei acompanha a pessoa, ou seja, aplica-se a lei penal da nacionalidade do agente. Na esteira de tal pensar, toda vez que um nacional violar uma lei de seu país de origem, mesmo no exterior, será ela que incidirá (lógico que também será legítimo que o Estado estrangeiro puna o agente, pois, em caso contrário, se estaria ferindo a própria soberania do referido Estado alienígena).

Em outras palavras⁵⁵:

⁵⁴ Art. 7º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I – os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
- d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

II – os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 1º Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

§ 2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

§ 3º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b) houve requisição do Ministro da Justiça

⁵⁵ ROSA, Fábio Bittencourt da. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 34.

O que se pretende é reprimir a culpabilidade do nacional e reeducá-lo, porque está integrado à cultura nacional, ainda que temporariamente no exterior. Ou defendê-lo contra os criminosos alienígenas porque merece a proteção do Estado brasileiro. O interesse de integridade e segurança de um nacional caracteriza o mesmo interesse de toda nação.

O princípio da nacionalidade está previsto na Constituição da República brasileira, em seu art. 5º, inciso LI.⁵⁶

A principal razão de existência do referido princípio é evitar que criminosos estrangeiros busquem a impunidade, emigrando para outro país e lá se naturalizando.

2.2.1.1 Nacionalidade Ativa

Neste caso, previsto no art. 7º, II, alínea b, do Código Penal brasileiro, a lei brasileira se aplica ao nacional que comete o crime no estrangeiro, independentemente da nacionalidade do sujeito passivo. Em outras palavras, ocorre o princípio da nacionalidade ativa nos casos em que o brasileiro é autor de crime.

2.2.1.2 Nacionalidade Passiva

O que se exige é que o fato praticado pelo nacional no estrangeiro ofenda um bem jurídico de seu próprio Estado ou de um concidadão. Na ótica do direito penal brasileiro, prevista no §3º, do artigo 7º, do Código Penal, quando um brasileiro é vítima da conduta típica.

⁵⁶ 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;

[...]

2.2.2 Princípio da Defesa

Consoante este princípio, também conhecido por “da proteção” ou real, diz que a lei aplicável é a da nacionalidade do bem jurídico lesado ou ameaçado, onde quer que o crime tenha ocorrido e qualquer que seja a nacionalidade do criminoso.

Isso porque, no caso do direito brasileiro, previsto no art. 7º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”, os bens tutelados são imprescindíveis, considerados bens de nação (Presidente da República, patrimônio e fé pública dos órgãos estatais e a administração pública).

Seu embasamento encontra fulcro na concepção de que a legislação penal deve proteger e amparar os bens nacionais juridicamente tutelados, em qualquer parte do mundo.

2.2.3 Princípio da Justiça Penal Universal

Referido princípio, também conhecido como “da jurisdição mundial cosmopolita” ou “da universalidade do direito penal”, determina que se aplique a norma penal do país em que o agente se encontrar independentemente de sua nacionalidade, do lugar do crime ou do bem jurídico tutelado.

Previsto no art. 7º, II, alínea “a”, do Código Penal brasileiro, referido princípio tem especial importância no presente trabalho tendo em vista que, diante da especialidade das matérias envolvidas, por força da gravidade e repercussão social, por vezes é necessário o dever de solidariedade entre Estados diversos no afã de oferecer repressão e punição aos seus agentes.

Importante asseverar que o Código Penal brasileiro não indica quais são os crimes internacionais. Buscam-se os complementos desta norma principal por meio de tratados e convenções que cumprem o papel de normas subsidiárias.

Um exemplo de aplicação fática, e relativamente recente, do referido princípio na legislação brasileira pode ser lembrado⁵⁷ com a “união de esforços na repressão à lavagem de dinheiro, que é a garantia do proveito do grande crime, que cruza fronteiras”.

2.2.4 Princípio do Domicílio

Previsto no art. 7º, I, alínea “d”, do Código Penal brasileiro, ele prevê a incidência extraterritorial da lei nacional no caso de “genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil”.

Como tal figura penal é considerado crime contra a humanidade, o bem jurídico de todos os países sempre será atingido, sendo possível invocar tal princípio.

No particular, bem ensina Fábio Bittencourt da Rosa⁵⁸ ao sugerir:

Diga-se de passagem, o domínio crescente do crime organizado em nível mundial está a exigir regras semelhantes à da alínea d, do inciso I, do art. 7º ora em comentário, embora sem a redução do referido domicílio do autor. É que esta espécie de crime afeta toda a humanidade, letigimando qualquer país a reprimi-lo.

2.2.5 Princípio da Representação

Disciplinado no art. 7º, inciso II, alínea “c”, do Código Penal brasileiro, este princípio de aplicação da lei penal no espaço é aplicável nas hipóteses em que o Estado que exerce soberania sobre o território onde ocorreu o fato ilícito não tenha julgado o crime, sendo possível fazê-lo no Brasil.

⁵⁷ ROSA, 2003, p. 35.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 35.

Referida norma é aplicável quando o país onde aconteceu o delito resta inerte.

Em consideração ao princípio da representação, buscamos o magistério de René Ariel Dotti:

Aos casos de extraterritorialidade se acrescentou uma nova situação, para suprir evidente lacuna em tal matéria. É a situação dos crimes praticados a bordo de aeronaves ou navios brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não tenham sido julgados. Se um delito for praticado a bordo de aeronave de nacionalidade brasileira, de propriedade privada, em vôo sobre território estrangeiro, onde não faz escalas, a lei brasileira até então não era aplicada, se o agente ou a vítima não fossem brasileiros. Isso também ocorria com as hipóteses de crimes cometidos a bordo de navios que deixam águas territoriais estrangeiras e não regressam aos portos de onde saem. Criou-se assim, um novo princípio de aplicação da lei penal no espaço, que é o da representação, no qual o Estado a que pertence a bandeira da aeronave ou navio se substitui aquele em cujo território ocorreu a infração que não foi perseguida ou punida por motivos relevantes.⁵⁹.

Pode-se atestar assim, diante do exame das questões pertinentes à soberania (examinado no capítulo I) e da (extra)territorialidade da lei penal que as hipóteses trazidas não têm o condão de ferir a soberania nacional. Muito pelo contrário. O que se propõe é uma revisão de conceitos e flexibilização no exame das contendas de modo a acompanhar as recentes transformações ocorridas no mundo sob pena da criminalidade encontrar albergue na ausência de disposição legal.

Como sabido, invariavelmente, a prática delitiva é mais ágil que a normativa. Isso não é um fenômeno específico de países pobres ou ricos, com maior ou menor tradição jurisdicional, mas uma característica mundial.

O exame dos princípios antes aludidos, pertinentes à matéria penal, tem como objetivo, sim, garantir o exercício da soberania, tendo a pessoa humana como especial bem a ser tutelado.

Nenhum prejuízo sucede à soberania de um país o fato de haver acordos e pactos bi e/ou multinacionais, bem como a criação de Órgãos de atuação além dos existentes no direito

⁵⁹ DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 279.

interno, para conter o crescimento de crimes que não mais se vinculam aos conceitos históricos de competência, territorialidade ou lugar do crime.

Ao contrário. Entendemos que referida prática tem o condão de reforçar não só a idéia de soberania (ainda que com conceituação flexibilizada) como também de tentar conter a impunidade.

Valermo-nos de conceitos originários é tentar oferecer as mesmas respostas para perguntas diferentes, o que é insuficiente, quando se trata de combate ao crime (nas suas mais variadas facetas, mas, principalmente às espécies delitivas mais recentes) e de buscar tutelar o bem maior, que é a pessoa humana.

3 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DOS TRIBUNAIS “AD HOC”

Como passaremos a analisar, o exercício de uma jurisdição penal supranacional ou, ainda, universal, perpassou por significativos caminhos até o estágio atual, com o advento do Tribunal Penal Internacional que, entre tantas significativas particularidades, é o primeiro cuja instalação se dá com a previsão de exercício permanente, diferentemente do ocorrido com outros cuja composição foi realizada às pressas, a fim de sanar uma situação específica.

Com o exame, sob as égides históricas, sociais e políticas, sem esquecer os planos de sua legitimação e os pressupostos das respectivas jurisdições, pode-se concluir que, levando-se em conta a “cláusula do politicamente possível”,⁶⁰ “cada Tribunal Internacional Penal procura dar resposta às exigências específicas da sua época histórica, constituindo a menos má das alternativas para alcançar o objetivo principal de uma jurisdição penal internacional: o controle jurídico da força na reação aos crimes mais graves contra o direito internacional.”

Já há muito tempo o homem deparou-se com a necessidade de que os órgãos de atuação jurisdicional tivessem possibilidade de atuação, e execução, também para além do direito interno. Não se procurou aqui, asseverar qual foi o efetivo primeiro Tribunal a ter atuação supranacional, mas uma das primeiras notícias que se tem ocorreu em 1474, quando houve, na Alemanha, o julgamento de Peter von Hagenbach, condenado e executado por decisão de 27 juízes provenientes da Alemanha, Suíça, Alsácia e da Áustria, sob a acusação de haver determinado às suas tropas que estuprassem, matassem civis inocentes e pilhassem propriedades, num período em que não havia hostilidades, violando leis Divinas e Humanas).⁶¹ Posteriormente, houve a menção de que a “idéia de criação de um Tribunal Penal Internacional remonta ao ano de 1872, quando Gustavo Moynier apresentou em uma Conferência da Cruz Vermelha, a primeira proposta formal direcionada ao estabelecimento de tal Tribunal”⁶²; no entanto, para fins acadêmicos, entende-se que a primeira previsão legal

⁶⁰ CAIERO, Pedro. Tribunais Penais Internacionais: etapas de um caminho ou astros em constelação, doutrina internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, 2002, p. 98.

⁶¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 37.

⁶² SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão*. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 17.

concernente à criação de um Tribunal Penal Internacional se deu em 28 de junho de 1919, com o Tratado de Paz de Versalhes, em 28 de junho de 1919.⁶³

E a utilização de tal via “judiciária” (e a referência tem razão de ser, pois muito se questionou na época, a respeito de sua legitimidade, tanto que um termo análogo era “Tribunais Militares”) se deu logo após a 2ª grande guerra. No transcurso desta, foram vistas as maiores atrocidades do mundo moderno. Vencidas as nações agressoras, julgou-se necessária a instalação de Tribunais destinados a apurar e punir os graves atentados cometidos contra os mais basilares direitos humanos. Criam-se, então, os Tribunais de Nurembergue e Tóquio (também denominado “Tribunal do Extremo Oriente”).

3.1 Tribunal de Nurembergue

Em relação ao primeiro Tribunal Penal Internacional “ad hoc”, conhecido como o Tribunal de Nurembergue, pode-se asseverar que os acontecimentos históricos que acarretaram sua criação antecedem à própria 2ª Guerra Mundial.

Isso porque, no final da 1ª Grande Guerra, por conta das violações do *ius in bellum* perpetradas pelo regime alemão, as Nações vencedoras da Guerra fizeram constar no Tratado de Versalhes (arts. 227 e 228) dispositivos que possibilitariam o julgamento de dirigentes e pessoal militar alemão que houvessem cometido atos de violação às “leis e costumes da guerra”, ou a “moralidade e santidade dos tratados”.⁶⁴

Diante de tais dispositivos, foi solicitada à Holanda, a extradição do Kaiser Wihlelm II, para julgamento e, à Alemanha, a extradição de diversos líderes militares. Com exceção da condenação de militares pela própria Alemanha, de forma branda, todas as demais solicitações foram negadas. Tais recusas geraram repulsa internacional, o que motivou declarações das

⁶³ SILVA, P., 2004, p. 18.

⁶⁴ PEREIRA DE SOUZA, Sérgio Augusto G. *Afeganistão, Guantánamo, Iraque e suposta defesa de direitos humanos: reflexões sobre o direito internacional público atual e as lições de Nurembergue*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp>> Acesso em: 01 fev. 2005.

Nações Aliadas⁶⁵ no sentido de que tanto os crimes de guerra como as atrocidades cometidas deveriam ser exemplarmente submetidas a julgamento.

Por meio de um Convênio Internacional que teve como celebrantes os EUA, o governo provisório da França, o Reino Unido e a URSS, foi firmada em Londres, em 08 de agosto de 1945, e aberto à adesão de todas as nações, a deliberação de formar o que viria a se denominar Tribunal de Nurembergue (na chamada Carta de Londres). Além de que o referido documento “preenche” o fundamento legal para o indiciamento dos acusados, sua localização geográfica colaborava para o efetivo exercício jurisdicional.

Na realidade, sua criação foi motivada muito mais por conotações políticas que jurídicas, com o escopo de julgar criminosos do regime nazista (e atos ordenados por Hitler contra o povo judeu). Além de membros do governo terem sido julgados (24 membros do partido e do governo nazista), também foram apreciadas as condutas de outras 08 (oito) organizações dentre as quais se destacava a classe médica (sendo diversos de seus integrantes considerados criminosos de guerra por conta das experiências realizadas com humanos e as decisões sobre pessoas que deveriam ser eliminadas).

No artigo 6º da chamada Carta de Londres, havia a previsão dos “crimes contra a paz, de agressão, guerra” e (enfim) “contra a humanidade” (“já se afirmou que a maior virtude do Tribunal de Nurembergue foi ter incorporado ao debate jurídico e político a noção de crime contra a humanidade”)⁶⁶. Tal Corte mesclou os direitos civis europeu e anglo-americano no afã de levar a julgamento os responsáveis pela morte de milhares de pessoas. Cabia à acusação a tarefa de comprovar que os réus ingressaram na organização criminosa por livre decisão.

Ao longo do funcionamento do Tribunal de Nurembergue, entre 1945 e 1946, a grande crítica que contra ele se levantou, foi a de haver aplicado a “justiça do vencedor” (aí incluídos os EUA, o Reino Unido, a União Soviética e a França, que, como já manifestado, criaram a Carta do Tribunal Internacional Militar) pois “como os Aliados estavam exercendo poder soberano sobre os territórios alemães ocupados, pode-se dizer que os processos eram

⁶⁵ a) Declaração de St. James (13.01.1942), dos governos no exílio, estabelecidos em Londres; b) Formação da Comissão das Nações Unidas para os crimes de Guerra (17.10.1943) e c) Declaração das 3 potências em Moscou (30.10.1943) – EUA, URSS e Reino Unido, em nome das 35 nações aliadas.

⁶⁶ CANÊDO, Carlos. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 73.

praticamente de natureza doméstica”⁶⁷, além de que, entre outras características já sucintamente observadas, não houve “estrita observância ao princípio da reserva legal, dogma indispensável em um Direito Penal de índole democrática”⁶⁸, tendo sido permitido “ao tribunal declarar que uma organização tenha essência criminosa”, que “o processo pode ser feito contra um acusado mesmo na sua ausência”, “que o Tribunal não está vinculado às regras técnicas de administração da prova e deve admitir qualquer elemento que pareça ter um valor de prova, além de não haver previsão de recurso”.⁶⁹

Entendemos que a mais embasada crítica ao referido Tribunal, na doutrina nacional, foi a lecionada por Nelson Hungria⁷⁰:

O Tribunal de Nurembergue há de ficar como uma nódoa da civilização contemporânea: fez tabula rasa do ‘nullum crimen nulla poena sine lege’ (com um improvisado Plano de julgamento, de efeito retroativo, incriminou fatos pretéritos e impôs aos seus autores o ‘enforcamento’ e penas puramente arbitrarias); desatendeu ao princípio da ‘territorialidade da lei penal’; estabeleceu a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações, ainda que alheios aos fatos a eles imputados, funcionou em nome dos vencedores, que haviam praticado os mesmíssimos fatos atribuídos aos réus; suas sentenças eram inapeláveis, ainda quando decretavam a pena de morte. Como diz Montero Schmidt (Ver. de Ciências Penales, tomoIX, nº 4, 1946): ‘jamás había podido concebir la mente de jurista alguno un derumbe más grande de los principios de Derecho, que se ilumino, al postre, com una escerna grotesca: el ahorcamiento del cadáver del Mariscal Goering, después que este se había suicidado!’.

Dentre especiais particularidades, há de se registrar os três elementos definidores da Jurisdição do Tribunal de Nurembergue⁷¹:

- a) Um elemento real-objectivo: só caíam sob a jurisdição do tribunal os fatos descritos no art. 6º da Carta de Londres (agressão, genocídio etc.); este era o elemento que dava sentido à existência de uma jurisdição internacional, por se tratar de crimes contra o direito internacional.
- b) Um elemento pessoal-subjetivo: a jurisdição do tribunal restringia-se aos fatos praticados no interesse de um País do Eixo-Europeu; este elemento permitia excluir liminarmente a análise da responsabilidade das forças

⁶⁷ MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 49

⁶⁸ CANÊDO, 1999, p. 21.

⁶⁹ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional*. São Paulo: Manole, 2003, p. 22-23.

⁷⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.1, t. 1. p. 31

⁷¹ CAIERO, 2002, p. 103.

aliadas, por fatos eventualmente análogos aos que se encontravam em julgamento, nas chacinas de Hiroshima e Nagasaki, na razia de Dresden, no massacre da floresta de Katyn, etc.

c) E, enfim, um elemento implícito de reserva de jurisdição sobre os ‘majors war criminals’ (jurisdição especial), que permitia evitar que uma das potências pudesse julgar sozinha os principais responsáveis do Eixo e colher os inerentes louros perante a comunidade internacional.

Outra crítica que merece observação diz respeito à ausência de tipos penais fechados, o que significou um campo fértil para a violação (especialmente) do princípio da legalidade. É importante reconhecer que esta foi uma das primeiras experiências de integração de dois diferentes ramos do direito em uma situação concreta, a saber, os direitos penal e internacional.

A mescla desses importantes institutos fez-se materializada, com o atual Estatuto de Roma, mas a presente apreciação diz respeito a um projeto na época, absolutamente inédito. Por isto a crítica à ausência de tipos penais fechados deve ser valorada não só pela qualidade do ineditismo, como também pelo fato de que as principais normas de direito internacional (em total contrariedade ao direito penal) são efetivamente tipos penais abertos, pois em se tratando dos interesses de mais de um Estado, por certo que se faz necessária a flexibilidade.

Ainda que sucintamente levantadas as principais críticas ao primeiro Tribunal *ad hoc*, constituído com o objetivo de julgar os crimes contra a paz, de agressão, de guerra e contra a humanidade, não se pode olvidar que seu intuito foi razoavelmente atingido. Além de buscar coibir novos crimes dessa natureza, não só fez projeção de penalidades como as aplicou, pela primeira vez, em desfavor de sujeitos individuais, não mais se repetindo a tradição de punir os Estados. Na mesma linha, repudiou-se a principal tese defensiva, nos casos de cometimento dos delitos antes referidos, na qual se “justificava” a autoria e materialidade delitivas em nome de obediência às normas proferidas por oficiais superiores (a única benesse prevista, no caso de aplicação do dito argumento, era da mitigação da pena – art. 8º da referida Carta de Londres).

Por outro lado, sempre com a ótica parcimoniosa necessária em questões desse gênero, e sem nunca esquecer a necessidade do oferecimento de garantias ao réu (independentemente da gravidade do delito), é importante perceber que a instituição da referida Corte de Nurembergue buscou não meramente oferecer revanchismo às inúmeras mortes

protagonizadas pelo governo alemão, cuja maneira mais comum seria com mais invasões e derramamento de sangue, por parte dos aliados, em uma punição a um Estado inteiro (ou a membros de uma organização), mas sim a opção de um julgamento (as principais críticas já foram brevemente tecidas, não se prestando para tal o trabalho em exame), sendo apreciadas provas, prática da jurisdição por juízes de carreira, etc. Para tanto, diante das falhas apresentadas (comum a um projeto neófito e de especial relevância como o ocorrido em Nurembergue), operou-se o exercício da jurisdição para reprimir crimes graves, de repercussão mundial, e isto deve ser visto como algo bastante louvável.

Em sua composição, o referido Tribunal foi formado por juízes do mais alto grau (Lord Justice Sir Geoffrey Lawrence – Reino Unido; Attorney-General Francis Biddle –USA; Professor Donedieu de Vabre –França e o General J. T Nikitkenko – da Corte Suprema Soviética). A escolha destes julgadores foi calcada em critérios de excelência e supranacionalidade. Como resultado do exercício jurisdicional (neste quadro: de 04 juízes), 3 (três) pessoas foram absolvidas, houve 12 condenações à morte, 3 prisões perpétuas, 2 prisões de 20 anos, uma condenação de 15 anos e outra de 10 anos (a sentença final foi prolatada em 30 de setembro de 1946).

Entendemos que o pensamento vigente, na época, foi bem traduzido na primeira audiência do processo de Nurembergue.⁷² “O privilégio de abrir o primeiro processo na história dos crimes contra a paz do mundo é uma grande responsabilidade. As quatro grandes nações vitoriosas [...] detêm o braço da vingança e submetem voluntariamente os seus inimigos prisioneiros ao julgamento da lei. Os crimes pelos quais buscamos condenar e punir foram a tal ponto premeditados, perversos e devastadores que a civilização não pode tolerar que sejam ignorados, pois não poderíamos sobreviver se eles fossem reiterados.”

3.2 Tribunal de Tóquio – Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente

O Estatuto do Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente, lançado em 1º de dezembro de 1943, na conferência do Cairo, teve como subscritores, representantes chineses,

⁷² BAZELAIRE; CRETIN, 2003, p. 42.

britânicos e americanos. Na ocasião, foi declarada a intenção de pôr termo à agressão japonesa, com o julgamento dos criminosos de guerra. É importante destacar que “o Japão havia firmado grande número de Convenções pacifistas e de humanização da guerra, inclusive a de Haia de 1907. Tais objetivos foram reiterados em julho de 1945, durante a conferência de Potsdam.”⁷³ Ainda que, em 2 de setembro de 1945, o ato de rendição japonês tenha definido como se daria a prisão e o tratamento dispensado aos criminosos de guerra, a Comissão de Crimes das Nações Unidas recomendou que fosse estabelecido um tribunal militar internacional para julgar os crimes praticados por japoneses.⁷⁴ A partir de então, o Departamento de Estado americano notificou o Comandante-em-Chefe Supremo das Forças Aliadas (chineses, britânicos e americanos), General Mac Artur, e mais oito Estados (Austrália, Canadá, China, França, Reino Unido, Nova Zelândia, Países Baixos e União Soviética) para que fosse organizado o Tribunal. E foi na Conferência de Moscou de Ministros das Relações Exteriores (União Soviética, Estados Unidos, Reino Unido e China) que Tóquio foi o local escolhido. Assim, em 19 de janeiro de 1946, quando já em curso os trabalhos em Nurembergue, foi instituído o referido Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, composto de 11 magistrados, cujo objetivo era o de levar a julgamento as autoridades japonesas pelos conflitos ocorridos entre 1937 a 1941, cuja maior repercussão foi o “famoso bombardeio a Pearl Harbour”⁷⁵.

Embora idealizado nos termos de Nurembergue, foram concedidos “aos acusados os direitos mais fundamentais de notificação em tempo útil do ato de acusação, de assistência por um advogado, da possibilidade de fazer ouvir testemunhas de defesa e de contra-interrogar as testemunhas de acusação e de acompanhar todas as fases do processo em seu idioma.”⁷⁶ Também aqui não houve previsão recursal, nem pôde ser utilizado como argumento defensivo de exoneração de responsabilidade a obediência a ordens recebidas de governante ou superior, sendo estabelecido o princípio de responsabilidade dos dirigentes pelos atos previstos como crime.

As atividades do Tribunal desdobraram-se de 29 de abril de 1946 a 12 de novembro de 1948 e a competência previa o julgamento de crimes contra a paz, crimes contra as

⁷³ JAPIASSÚ, 2004, p. 60.

⁷⁴ BAZELAIRE; CRETIN, 2003, p. 27.

⁷⁵ CANÊDO, 1999, p. 79.

⁷⁶ BAZELAIRE, CRETIN, op. cit., p. 29.

convenções da guerra e crimes contra a humanidade. Foram acusadas 28 pessoas, sendo 9 civis e 19 militares de carreira.

Uma particularidade que importa revelar, e que define bem a falibilidade do sistema de julgamento criado, foi o fato de que cada réu teve em sua defesa, um advogado japonês e outro norte-americano (sendo os EUA um dos países acusadores, financiadores do Tribunal, que havia imposto a rendição ao governo japonês e seu Comandante Supremo podia escolher os juízes e reduzir as penas, só não podia aumentá-las).

Como se passará a demonstrar no processo evolutivo em prol de uma corte penal de abrangência internacional, muitas foram as falhas decorrentes da criação dos tribunais “*ad hoc*”, em especial, no que diz respeito à limitação de sua competência temporal e geográfica uma vez que tais órgãos não foram criados com o esteio de um tratado internacional. Igualmente há de se repisar a forte interferência política nessas decisões porquanto, assim como em Nurembergue, também no Tribunal Militar para o Extremo Oriente, os Aliados cuidaram de executar, na opinião de inúmeros doutrinadores, uma jurisdição “de vencedores”. Chama a atenção que o imperador Hiroito, o primeiro dos criminosos de guerra, não tenha sido julgado, bem como o fato de vários criminosos (de guerra) japoneses terem sido libertados pelos norte-americanos, sem qualquer processo tal como os médicos da “unidade 731” (responsáveis por experimentos humanos)⁷⁷.

3.3 Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

Ainda que seja missão bastante difícil precisar uma ordem cronológica para a confusa guerra da ex-República Socialista Federal da Iugoslávia, para fins do presente estudo, pode-se estabelecer como termo inicial a data de 25 de junho de 1991, quando a República da Eslovênia proclamou-se independente da Iugoslávia. A segunda fase do conflito foi relativo à Croácia; o terceiro momento deu-se na Bósnia e Herzegovina, sobrevivendo, por fim, o período de Kosovo.

⁷⁷ BAZELAIRE; CRETIN, 2003, p. 37.

Gravíssimos crimes contra os Direitos Humanos se fizeram presentes após tais acontecimentos bélicos, sendo reiteradas as violações não só no campo do Direito Internacional Humanitário, como também do Direito Internacional Penal, com a reiterada prática de genocídio e demais crimes, aos quais se convencionou chamar de depuração étnica (entre as espécies de delitos que configuraram tal denominação, foi noticiado o cometimento de homicídios, torturas, encarceramentos arbitrários, execuções sem processo judicial, estupros e outras agressões sexuais em praça pública e envolvendo desde crianças de 7 anos a idosos com até 81 anos, confinamento de populações civis em guetos, expulsões pela força, deslocamento e deportação de civis, destruição injustificada de bens, entre outros).

Por meio da Resolução 780, de 1992, o Conselho de Segurança da ONU instituiu provisoriamente um Tribunal Internacional. E em 22 de fevereiro de 1993, por força da Resolução 808, foi decidida a “criação de um tribunal internacional para julgar as pessoas presumidamente responsáveis por violações graves ao Direito Internacional Humanitário, cometidas no território da ex-Iugoslávia a partir de 1991”. Finalmente, por intermédio da Resolução 827, de 25 de maio de 1993, foi criado o Tribunal Internacional com o único fim de julgar as pessoas presumidamente responsáveis pelas graves violações ao Direito Internacional Humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia entre o dia 1º de janeiro de 1991 e a data em que se celebrar a paz. Pela mesma Resolução, foi aprovado o Estatuto do Tribunal.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia⁷⁸, também conhecido como TIPIAJ (e/ou ICTY), com sede na Haia (Países Baixos), tem competência para processar e julgar violações graves às Convenções de Genebra, de 1949, violações às leis e aos costumes da guerra, genocídio e crimes contra a humanidade, que tenham sido cometidos no território da antiga Iugoslávia, a partir de 1991.

Importante registrar a especial particularidade de que tal Tribunal foi instituído quando os conflitos ainda estavam em curso, sendo um desses, seus pressupostos cumulativos, como segue⁷⁹:

⁷⁸ As informações aqui constantes podem ser encontradas no site oficial do Tribunal (www.un.org/icty).

⁷⁹ CAIERO, 2002, p. 103.

a) Um elemento real-objectivo: o tribunal só tem jurisdição sobre os crimes incluídos no catálogo dos arts. 2º e seguintes do Estatuto.

b) Um elemento temporal: só caem sob a jurisdição do tribunal os factos praticados a partir de 01.01.91

c) Um elemento territorial: o tribunal só tem jurisdição sobre os factos cometidos no território da antiga Yugoslávia.

d) A quarta nota importante da jurisdição do TIPIAJ é o princípio da primazia. Dada a desconfiança política em relação à justiça administrada pelos tribunais estaduais naquele território, o princípio da primazia confere ao TIPIAJ o direito de avocar um caso que esteja a ser por eles processado e, além disso, manda que se mantenha a jurisdição do tribunal internacional se os tribunais estaduais tiverem qualificado o crime como comum ou se houver suspeita de fraude judiciária.

Algumas particularidades bastante próprias o caracterizam, como a seguir passamos a demonstrar.

Ao lado das cortes nacionais, o referido Tribunal tem competência concorrente em relação aos ilícitos previstos na Resolução que o instituiu. Não obstante a competência concorrente, o TIPIAJ pode afirmar sua primazia em relação a qualquer investigação nacional, ou qualquer procedimento em qualquer fase processual, desde que se demonstre o interesse da justiça internacional.⁸⁰

Sua composição é de 16 (dezesseis) juizes permanentes (eleitos pela Assembléia Geral da ONU, por um mandato de 4 anos, com direito à reeleição) e, no máximo, nove juizes *ad litem*, escolhidos pela Assembléia Geral, sem direito à reeleição, por período não superior a 3 anos.

⁸⁰ JAPIASSÚ, 2004, p. 97-98.

Outra particular novidade em relação a Tóquio e Nurembergue é que a composição prevê três Câmaras de Julgamento e uma Câmara de Apelação (nos casos anteriores não havia possibilidade de recurso).

Os juízes permanentes são os responsáveis pela redação e adoção de todos os instrumentos normativos que regulam o funcionamento do TIPIAJ, aí compreendidas regras processuais e probatórias.

A Promotoria é um órgão independente do Conselho de Segurança, dos demais Estados membros, de qualquer organização internacional ou mesmo de outros órgãos do TIPIAJ.

No total, o TIPIAJ tem 1.248 funcionários, provenientes de 82 diferentes países.

Também o particulariza o fato de não existir julgamento *in absentia*, pois é necessária a presença física do acusado perante o Tribunal, havendo uma Seção de Vítimas e de Testemunhas (o que visa a garantir segurança aos acusados).

Durante a tramitação do processo, os acusados são mantidos presos na Unidade de Detenção do TIPIAJ, (no bairro penitenciário) em Haia. Entre as penalidades, a maior é a de prisão perpétua, podendo as penas serem cumpridas em qualquer Estado que tenha assinado compromisso com a ONU de receber pessoas condenadas pelo TIPIAJ.

Atualmente⁸¹, há 77 (setenta e sete) indiciados, sendo que 56 (cinquenta e seis) respondem a processo perante o Tribunal. Desses, 47 (quarenta e sete) estão detidos, 9 (nove) provisoriamente soltos e 21 (vinte e um) foragidos.

Desde a criação do TIPIAJ, contudo, foram mais de 90 (noventa) os indiciados, sendo que, destes, 4 (quatro) já faleceram, 7 (sete) cumprem pena, 3 (três) já cumpriram pena, 9 (nove) foram absolvidos ou tiveram seu indiciamento negado.

⁸¹ JAPIASSÚ, 2004, p. 100

Entendemos por válido trazer os principais dados sobre o primeiro condenado pelo Tribunal, sendo de especial contribuição os argumentos tecidos pela defesa e a manifestação jurisdicional, sendo enfrentadas questões fundamentais pertinentes ao TIPIAJ e, de uma maneira geral, pelos tribunais penais internacionais.

O réu em exame chama-se Dusko Tadic⁸², condenado inicialmente a uma pena de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, reduzida, em grau de apelação, para 20 (vinte) anos, cumprindo-a hoje na Alemanha. Sua defesa, assim apresentou as principais insurgências:

- a) O Tribunal fora estabelecido ilegalmente, pois foi criado pelo Conselho da ONU e não por um tratado internacional;
- b) Não havia justificativa para a previsão de primazia do Tribunal sobre cortes nacionais competentes;
- c) Não havia competência do Tribunal para julgar o caso, visto que os crimes relacionados referiam-se a conflitos armados internacionais e o caso iugoslavo relacionava-se com conflito armado interno.

Em grau recursal, o Tribunal de Apelações do TIPIAJ manifestou que a criação se adequaria à competência do Conselho de Segurança, que entre suas funções tem a de manter e restaurar a paz e a segurança. Neste pensar, o estabelecimento do Tribunal estaria em consonância com o art. 41 da Carta das Nações Unidas, sem esquecer que os atos praticados pelo referido Tribunal foram aprovados e endossados pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

O enfrentamento à questão referente à primazia do Tribunal não tem relação direta com a natureza dos crimes praticados e com a necessidade de punir os responsáveis, estribando-se, antes, em razões práticas. Entre estas, a que mais se destaca é a dificuldade no exercício de cooperação penal internacional, muito mais dificultosa entre os Estados condizentes com os conflitos (foi exatamente por isso que, na Conferência de Roma, os plenipotenciários dos Estados-membros da ONU decidiram que o Tribunal Penal Internacional será regido pelo princípio da complementaridade).

⁸² JAPIASSÚ, 2004, p. 100-101.

A última tese defensiva foi a que demandou maior complexidade. Além de manifestar que o conflito em questão era no âmbito interno, também disse o réu não haver conflito armado onde os crimes teriam sido praticados.

A Câmara de Apelações decidiu que um conflito armado existe onde for necessário recorrer às forças armadas para dirimir uma contenda entre os Estados, bem como onde se utilize de violência armada e quando forem envolvidas autoridades governamentais e grupos armados organizados. Para tanto, foi alargada a aplicação do direito internacional humanitário em relação ao Protocolo Adicional II da Convenção de Genebra. Manifestou-se o TIPIAJ no sentido de que tal direito é aplicável desde o começo do conflito armado internacional, passando pelo fim das hostilidades até o atingir-se a paz almejada. Em caso de conflito interno, até que um ambiente pacífico possa ser organizado.

Também a Câmara manifestou-se em relação ao aspecto geográfico, dizendo que o direito é aplicável no território beligerante, em caso de conflito internacional, e no território dominado pelos grupos em conflito. No caso da antiga Iugoslávia, havia características de conflito interno e internacional concomitantemente.

Permanece aguardando o tramitar processual e julgamentos Milan Milutinovic (Presidente da República da Sérvia). Slobodan Milosevic (então Presidente da República Federal da Iugoslávia e comandante supremo das forças armadas), um dos mais importantes homens de Estado envolvidos naquele conflito, que também estava preso, aguardando julgamento, faleceu em fevereiro de 2006.

3.4 Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Antes do exame da Corte penal instaurada em Ruanda, importante uma pequena descrição dos fatos que acarretaram os horrendos conflitos lá vislumbrados.

Trata-se de um país localizado no leste do continente africano, que teve sua independência consolidada em 1962. Sua população é composta basicamente por duas etnias

principais, quais sejam, os hutus (que representam cerca de 4/5 da população local), e os tutsis. A desigualdade numérica também tem raízes históricas, considerando que os primeiros lá chegaram entre 500 a.c. e o final do primeiro milênio. Os tutsis, por seu turno, provenientes do nordeste da África, entre 1400 e 1700.

O conflito entre as etnias teve um significativo aumento em 1994, quando houve graves problemas políticos. E eles só se intensificaram após o atentado contra o Presidente de Ruanda, Juvénal Habyarimana, quando seu avião, no qual também estava o presidente de Burundi, Cyprien Ntaryamira, foi abatido em Kigali (capital do país), em circunstâncias e autoria não esclarecidas ou identificadas.

Diante de tais fatos, a guarda presidencial e os militares extremistas hutus instalaram barricadas na capital e começaram um conflito que acarretou a morte de mais de 500.000 pessoas.

Dentre as atrocidades, tornadas “comuns” em tempos de guerra, no dia seguinte ao início do conflito, nada foi poupado da violência: nem mesmo hospitais ou igrejas, no que se denominou verdadeiro “acesso de ódio tribal entre as etnias hutus e tutsis.”⁸³

Também no dia seguinte à morte do Presidente Ruandense, isto é, em 7 de abril de 1994, 10 (dez) boinas azuis belgas (que lá estavam sob a orientação da ONU para oferecerem proteção às lideranças) foram massacrados, juntamente com o primeiro-ministro ruandense.

Em 30 de junho, a Comissão de Direitos Humanos da ONU publicou um relatório que enfatizava o caráter sistemático do genocídio.

Com esteio no relatório da referida Comissão, o Conselho de Segurança, agindo conforme o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, e também atendendo solicitação expressa do governo ruandense, por meio da Resolução 955, de 8 de novembro de 1994, criou o Tribunal Penal Internacional (também *ad hoc*) para Ruanda (TPIR ou ICTR, será adotado, nas próximas manifestações, a primeira sigla).

⁸³ BAZELAIRE; CRETIN, 2003, p. 57.

Sua competência fica atrelada ao julgamento das pessoas presumidamente responsáveis por atos de genocídio e outras violações graves ao Direito Internacional Humanitário, cometidos não só no território de Ruanda, mas também envolvendo cidadãos ruandenses, que tenham desenvolvido atividades criminosas entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994. Há de salientar-se que os conflitos ocorreram na seara doméstica (ou seja, um conflito armado não-internacional⁸⁴); no particular, também é impositivo registrar que a competência jurisdicional incluía os fatos ocorridos “nos territórios dos países limítrofes, durante aquele período por *cidadãos ruandeses*.”⁸⁵ Ou seja, há a particularidade de apreciação de casos em que há conflito armado não-internacional.

Sua constituição teve como esteio as linhas previstas no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, tendo como principal diferença que, em seu art. 5º, os crimes contra a humanidade são considerados como “aquelas condutas cometidas como ‘parte de um ataque sistemático ou comum contra qualquer população civil por motivo nacional, político, étnico, racial ou religioso.’”⁸⁶.

O Conselho de Segurança, por meio da Resolução 877 (de 1995), de 22 de fevereiro, fixou a sede do Tribunal em Arusha, capital da Tanzânia. A instalação oficial do referido Tribunal deu-se em 27 de junho de 1995.

As áreas de competência material do TPIR são, outrossim, o genocídio (art. 2º do Estatuto), crimes contra a humanidade (art. 3º) e as violações do art. 3º comuns às convenções de Genebra de 1949 e ao protocolo adicional (art. 4º), sendo, nos demais aspectos, bastante similar ao Tribunal constituído em Haia para apurar os fatos ocorridos na ex-Iugoslávia.

Sua estrutura também conta com 03 (três) Câmaras de julgamento e uma de Apelação, havendo 14 juízes independentes, sendo dividida a 2ª instância com os componentes do Tribunal para a antiga Iugoslávia.

⁸⁴ MAIA, 2001, p. 45.

⁸⁵ CAIERO, 2002, p. 104.

⁸⁶ SILVA, P., 2004, p. 28

A contar do primeiro indiciamento, em 28 de novembro de 1995, outros 70 (setenta) já ocorreram, havendo cerca de 60 (sessenta) prisões sendo cumpridas em Arusha. Também já se deu o julgamento de 09 (nove) acusados, com 08 (oito) condenações e uma absolvição. A Câmara de Apelação confirmou seis sentenças, dois aguardam julgamento dos recursos e oito, de um total de 21 acusados, ainda esperam pela decisão originária.

Pela primeira vez desde a 2ª Grande Guerra, em setembro e outubro de 1998, um Tribunal Penal Internacional efetua condenações pelo crime de genocídio.

A estrutura do tribunal contém 872 (oitocentos e setenta e dois) funcionários, de 80 (oitenta) nacionalidades, que trabalham em Arusha e em Kigali.

Como última particularidade específica do referido Tribunal “ad hoc”, há de se ressaltar “que a violência sexual é considerada genocídio quando cometida com a intenção de eliminar um grupo de pessoas da mesma raça ou origem.”⁸⁷

3.5 Considerações acerca dos Tribunais “AD HOC”

Os casos dos Tribunais de Ruanda e da ex-Iugoslávia distanciam-se dos Tribunais de Nurembergue e Tóquio, pois foram instituídos pela comunidade internacional e não impostos pelos vencedores aos vencidos.

O que se buscou demonstrar é a evolução ocorrida no direito penal que ultrapassa as fronteiras ou, ainda, que regula, no caso, os crimes de repercussão internacional.

A análise histórica, ainda que breve, permite que se vislumbre claramente o avanço não só de medidas adotadas com o condão de pôr fim às atrocidades comuns em guerras, genocídios, ou a morte de multidões, no que denominamos crimes contra a humanidade, como também oferece condições de avaliar o crescimento de um ramo que, não obstante ser novo, passará a ser cotidiano em nosso enfrentamento daqui por diante que é o direito penal

⁸⁷ BAZELAIRE; CRETIN, 2003, p. 60.

internacional. À seara do direito internacional, aliás, muitos outros ramos do direito buscarão criar alianças, porquanto esta é a realidade que convivemos hoje e não há porque pensarmos em sentido diverso que, no caso, seria um retrocesso do processo globalizatório.

Se os progressos da ciência possibilitaram a diminuição das distâncias, a brutal evolução da comunicação e um crescente processo econômico de interligação mundial, por certo que o mesmo se dá com inúmeros ramos do direito. A praxe do comércio internacional permite que se desenvolvam assuntos de direito comercial internacional e tributário internacional. Do mesmo modo ocorreu com as violações ao direito penal quando a parte lesada é um grupo extenso ou, numa abordagem mais distanciada, os efeitos de dita agressão se fazem sentir no mundo todo.

A evolução que se pretendeu demonstrar está longe de ter alcançado sua maioria. Como salientado, muitas foram as críticas atinentes aos tribunais “ad hoc” (literalmente, criados “para isso”), mas foi graças a eles que se permitiram experiências suficientes que pudessem desencadear a realização de um antigo sonho: a criação de um tribunal permanente com competência para julgar crimes cuja abrangência atinja mais de uma nação, no que se poderia chamar de jurisdição penal universal.

A seguir, um quadro comparativo com as principais características dos tribunais “ad hoc” examinados:

QUADRO 1 – COMPARATIVO DOS TRIBUNAIS “AD HOC”

TRIBUNAIS Ad Hoc	TRIBUNAL DE NUREMBERGUE (1945-1946)	TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DO EXTREMO ORIENTE (1946-1948)	TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA (de 01 de janeiro de 1991 até hoje)	TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (de 27 de junho de 1995 até hoje)
SEDE	Nurembergue (Alemanha)	Tóquio (Japão)	Haia (Países Baixos)	Arusha (capital da Tanzânia)
COMPOSIÇÃO	4 magistrados (Reino Unido, USA, França e URSS)	11 magistrados	16 magistrados permanentes (mandato de 4 anos admitida a reeleição).	14 magistrados
COMPETÊNCIA	Julgar criminosos do regime nazista e atos ordenados por Hitler contra o povo judeu qualificados como “crimes contra a paz, de agressão, guerra e contra a humanidade”.	Julgar os criminosos de guerra japoneses pelos conflitos ocorridos entre 1937 a 1941 qualificados como “crimes contra a paz, crimes contra as convenções da guerra e os crimes contra a humanidade”.	Crimes contra os direitos humanos; prática de genocídio e de “depuração étnica” (homicídios, torturas, execuções sem processo judicial e delitos sexuais).	Julgamento das pessoas responsáveis por atos de genocídio e outras violações graves ao Direito Internacional Humanitário cometidos em Ruanda e/ou envolvendo cidadãos ruandenses
ABRANGÊNCIA	Membros do partido e do governo nazista e de outras organizações (entre as quais se destacava a classe médica por conta das experiências com humanos e as decisões sobre quem deveria ser eliminado).	Acusadas 28 pessoas, sendo 9 civis e 19 militares de carreira.	Há 77 indiciados, sendo que 56 respondem a processo perante o Tribunal, 46 estão detidos, 9 provisoriamente soltos e 21 foragidos.	Houve cerca de 70 indiciamentos (basicamente, de extremistas da etnia “hutus” contra os “tutsis”) restando 60 prisões a serem realizadas.
EFEITOS DAS DECISÕES	3 pessoas foram absolvidas; 12 condenações à morte; 3 penas de prisão perpétua; 2 penas de prisão de 20 anos de reclusão; uma condenação de 15 anos e outra de 10 anos de reclusão.	Ninguém foi absolvido; 7 pessoas foram condenadas à morte; 16 foram condenados à prisão perpétua (destes, 4 morreram na prisão – 12 foram libertados condicionalmente); houve uma condenação a 20 anos de reclusão e outra de 7 anos. Dos demais, 2 morreram de causas naturais e 1 foi hospitalizado no início do processo e, após, libertado.	3 acusados já cumpriram pena, 7 ainda a cumprem, 4 já faleceram (incluindo Slobodan Milosevic, ex-Presidente da República Federal da Iugoslávia, em fevereiro último) e 9 foram absolvidos ou tiveram seu indiciamento negado.	De 9 acusados julgados, 8 receberam condenação, restando um absolvido. Há um total de 21 acusados aguardando julgamento.

TRIBUNAIS Ad Hoc	TRIBUNAL DE NUREMBERGUE (1945-1946)	TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DO EXTREMO ORIENTE (1946-1948)	TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX- IUGOSLÁVIA (de 01 de janeiro de 1991 até hoje)	TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (de 27 de junho de 1995 até hoje)
PRINCIPAIS CRÍTICAS	<p>Julgamentos com conotação política, foi considerada aplicada “a justiça do vencedor” pois os Aliados exerciam poder sobre os territórios alemães ocupados.</p> <p>Franca desobediência aos princípios da legalidade, anterioridade e do devido processo legal.</p>	<p>Fortíssima conotação política que não levou a julgamento o Imperador Hiroito (considerado o primeiro criminoso de guerra) e os médicos da “unidade 731” (responsáveis por experiências com humanos).</p> <p>Inexistência de recurso.</p>	<p>Foi estabelecido pelo Conselho da ONU e não por um tratado internacional; não haveria justificativa para a primazia do Tribunal sobre cortes nacionais competentes; cuidava-se de conflito armado interno (e não de caráter internacional).</p>	<p>Estabelecido pelo Conselho de Segurança da ONU (não por tratado internacional); tratava-se de questões de caráter interno (e não de natureza internacional).</p>
CARÁTER INOVADOR	<p>Penalizou sujeitos individuais (não se repetindo a tradição de punir os Estados); repudiou a tese defensiva de obediência hierárquica e, de forma inédita, trouxe ao debate jurídico a expressão “crimes contra a humanidade”.</p>	<p>Em relação ao julgamento de Nurembergue, foram concedidos aos acusados os direitos fundamentais de notificação em tempo útil, assistência de um advogado e possibilidade de ouvir testemunhas.</p> <p>Descabimento da tese defensiva de obediência hierárquica.</p>	<p>O Tribunal foi instituído quando os conflitos ainda estavam em curso.</p> <p>Princípio da primazia (diante da desconfiança política em relação à justiça interna).</p> <p>Há uma Câmara de Apelação.</p> <p>Necessidade da presença física do acusado na audiência.</p>	<p>Apreciação de casos em que há conflito armado não internacional.</p> <p>Inova, ao falar em crimes contra a humanidade, como “aquelas condutas cometidas como parte de um ataque sistemático ou comum contra qualquer população civil por motivo nacional, político, étnico, racial ou religioso.</p> <p>A violência sexual é considerada genocídio “quando cometida com a intenção de eliminar um grupo de pessoas da mesma raça ou origem”.</p>

3.6 Tribunal Penal Internacional

Como demonstraremos, a instituição de um Tribunal Penal Internacional mostra de modo cabal, não obstante suas falhas, um desejo em nível mundial, de que os responsáveis por crimes contra a humanidade não permaneçam impunes.

O Tribunal Penal Internacional não conta com o apoio de importantíssimas nações. A maior ausência sentida é exatamente a dos EUA que são sabidamente a maior potência mundial. Outras tantas não acolheram o Estatuto de Roma o que nos obriga a reconhecer, a “grosso modo”, que metade da população da terra, ou talvez fosse mais legítimo escrever, seus governantes não concordam com as condições lá propostas. E os motivos são os mais diversos, quase sempre de ordem econômica e política, mas em cuja análise crítica não se pretende neste trabalho adentrar.

De qualquer sorte, cabível o exame de suas determinações e, até, de suas mais presentes falhas. Mas não se pode olvidar a materialização de um sonho que, se não é perfeito, permite-nos a alegria de conferir a existência de trabalho e atitude no afã de oferecer jurisdição em situações nas quais, salvo pela existência dos Tribunais “ad hoc”, a mesma restava inviável por falta de previsão legal. Sendo a única maneira de buscar “reparar” os crimes contrários à humanidade, com menos repressão, violência e derramamento de sangue.

Os tribunais “ad hoc” que apreciamos, ofereceram não só o exercício jurisdicional como também um mínimo de alento aos inúmeros vitimados, e suas famílias, pelos crimes cometidos, de referida natureza, em seus respectivos territórios.

Por mais que respostas justas e efetivas ainda estejam distantes de se tornar realidade, nesses últimos cinquenta anos, muita coisa evoluiu. Tanto é que, muitos criminosos foram devidamente processados, julgados e condenados, e não se pode esquecer a enorme dificuldade de pôr termo a um processo judicial absolutamente complexo e, ainda, neófito, como os de tal natureza.

Entendemos, em conclusão, que não obstante a falibilidade demonstrada, esta sempre poderá estar presente no difícil processo que envolve o exercício da prestação jurisdicional. Ainda mais, como já reiterado, em questões de tal porte (envolvendo os interesses de mais de um Estado). O que não se pode esquecer é que por trás desses episódios, muita experiência se colheu, sendo amplo o campo que se pode trabalhar no sentido de corrigir as falhas demonstradas e, mais ainda, para que se evitem outros erros no futuro.

Em elogio a este significativo passo da humanidade, reproduzimos as palavras de Salo de Carvalho⁸⁸:

O reconhecimento da racionalidade artificial do direito em seu papel de minimização da(s) violência(s) e da barbárie, não mais restrita às relações individuais mas ampliada às relações entre indivíduos e Estados e entre os Estados mesmos, é um passo significativo para consolidação do processo civilizatório. O constitucionalismo internacional, neste quadro, representa um novo passo da humanidade à sua maturidade, (re)centralizando o homem em sua dignidade e negando todas as formas de infantilização perversa que destroem os laços de solidariedade.”

Seria ótimo, sim, que todos nós aprendêssemos com a dor sentida em, infelizmente, tão vastos casos que se poderiam prestar de exemplo, e buscássemos não mais apenas conter os crimes contra a humanidade, mas sim realizar o exercício da paz em nível universal, mas isso é outra questão, muitíssimo mais abrangente.

⁸⁸ CARVALHO, Salo de. Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua incorporação no direito interno In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs). *O direito penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 94.

4. RELEVÂNCIA E CRESCIMENTO DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS DE ATUAÇÃO SUPRANACIONAL NO PÓS-48: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ) E TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI).

4.1 Corte Internacional de Justiça (CIJ)

Situada num contexto histórico similar aos dos demais órgãos até aqui estudados, a Corte Internacional de Justiça veio a constituir-se como um dos primeiros foros internacionais, ostentando a especial peculiaridade de ser considerado o principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (ONU).

Encontra-se ela sediada no Palácio da Paz, na Haia, e foi criada em substituição à Corte Permanente de Justiça Internacional, que funcionava desde 1922 naquele local.

A Corte Internacional de Justiça teve iniciadas suas atividades em 1946, com a dupla função de solucionar controvérsias legais submetidas por Estados-Membros e de emitir pareceres consultivos sobre questões legais do interesse de organismos e agências internacionais.

A distinção diz respeito não só à sua importância, e principais características, a seguir analisadas, mas principalmente por suas diferenças em relação a outros institutos judiciários com atuação e competência supranacional, havendo os vinculados à proteção e defesa dos direitos humanos (Tribunal Europeu de Direitos Humanos), e os de caráter comunitário, presente no exercício jurisdicional prestado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE).

Como na grande maioria dos sistemas jurídicos, cabe ao poder judiciário assegurar o cumprimento da lei. A especial particularidade da Corte Internacional de Justiça (CIJ) está no fato de ser vinculada diretamente à ONU que, não obstante sua práxis, não raro criticada, é uma das mais significativas organizações internacionais da atualidade, contando com 191 Estados-Membros.

Entre seus principais objetivos, está o de manter a paz e segurança internacionais, desenvolver relações amistosas entre as nações e propiciar a cooperação internacional. A atuação e organização devem seguir os ditames da Carta das Nações Unidas.

Entre os mais importantes órgãos que compõem a ONU, temos a Assembléia Geral, Conselho Econômico e Social, Conselho de Tutela, Secretariado, Conselho de Segurança e a Corte Internacional de Justiça, objeto do estudo a seguir.

A composição da Corte Internacional de Justiça é de 15 (quinze) magistrados, não podendo haver dois da mesma nacionalidade. Entre as exigências, está a de que os componentes da CIJ tenham condições de exercer as mais altas funções judiciárias nos seus países de origem, além de apresentarem reconhecida competência em matérias pertinentes ao direito internacional.

Para nós, brasileiros, importante registrar a presença de José Francisco Rezek como juiz da Corte Internacional de Justiça, tendo sua eleição ocorrida em 08 de novembro de 1996, para um mandato que cessou em fevereiro de 2006.

Consoante o estatuto da CIJ, apenas os Estados podem ser partes perante a Corte, mas é admitido que tanto os Estados-Membros da ONU como não-membros podem litigar, desde que se submetam à jurisdição da CIJ.

Os particulares, por seu turno, não podem pleitear seus direitos perante a Corte, ainda que os mesmos estejam fundamentados em tratados internacionais reconhecidos pela ONU. No entanto, nada impede que o Estado do qual o indivíduo seja nacional, ou onde exerce sua cidadania, pleiteie o cumprimento de tratado ou a cessação de sua violação. Contudo, ainda assim, a parte legitimada será o Estado, não o particular.

Na análise da matéria a ser enfrentada, podemos asseverar que a Corte tem competência para julgar quaisquer litígios que as partes a ela submetem, em relação aos temas elencados na Carta da ONU, bem como em outros tratados vigentes.

Sua competência é bastante ampla, considerando que, na condição de tribunal internacional, pode atuar em litígios, envolvendo os membros da ONU, ou não, além de tratados bi ou multilaterais, independentemente da ONU, mas que tenham cláusula, prevendo a submissão à jurisdição da Corte.

Outra importante particularidade é o fato de que, mesmo sendo um tribunal vinculado às Nações Unidas, não se determina a obrigatoriedade de submissão à jurisdição da CIJ, pelos membros da ONU.

Esta falta de obrigatoriedade pode ser explicada pelo fator histórico. Na época da criação, tanto da ONU como da própria CIJ, em meados do século passado, a concepção de soberania era muito mais rígida que na atualidade, sendo complexo conceber qualquer forma de submissão obrigatória dos Estados à jurisdição de um tribunal internacional.

4.1.1 Competência Concorrente

Entendemos que a maior relevância, neste comparativo entre tribunais internacionais, a ser desenvolvida em relação à CIJ, diz respeito à sua competência concorrente com outros tribunais internacionais.

A CIJ deve ser analisada como sendo uma Corte de jurisdição facultativa, pois assim está previsto na Carta das Nações Unidas que reza expressamente a possibilidade de os Estados-Membros da ONU submeterem suas contendas a outros órgãos judiciais internacionais existentes por força de acordos, sejam eles contemporâneos à criação da CIJ ou mesmo posteriores.

Transparece aqui uma grande problemática não enfrentada no Estatuto da CIJ, nem tampouco suprida por força de sua jurisprudência, que seria a hipótese de os Estados proporem idêntica demanda, simultaneamente à jurisdição da CIJ e em outro tribunal internacional também competente.

Se é verdade que esta situação pode ser atraente para os Estados, pois a existência de mais de um foro competente tornaria mais fácil para as partes interessadas escolherem no qual demandariam suas ações, também há de se ter presente o grave risco de existirem decisões antagônicas sobre o mesmo litígio, exceção feita nas hipóteses de que um dos tribunais faça previsão expressa sobre o conflito de competências. No particular, diz Lilitiana Locatteli:⁸⁹

Cita-se aqui, como exemplo, as regras estabelecidas no Protocolo de Olivos que determinam a forma de solução de controvérsias entre Estados Partes do Mercosul. Este Protocolo expressamente define que existe a possibilidade de os Estados Partes do Mercosul optarem por outro foro internacional para resolverem seus litígios, contudo se iniciarem uma demanda perante outro foro, não mais poderão ajuizá-la perante o sistema de solução de controvérsias do Mercosul.

Outro importante exemplo de como podem ser enfrentadas as questões pertinentes à competência concorrente é a que diz com o direito marítimo. Em havendo dúvidas na competência entre a CIJ e o Tribunal Internacional de Direito do Mar, a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar reza que o Estado que a ela aderir pode optar por um ou mais dos seguintes mecanismos de solução de conflitos internacionais, previsto no art. 287, 1., da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, como segue:⁹⁰

- a) Tribunal Internacional de Direito do Mar (criado pela própria Convenção de Direito do Mar);
- b) Corte Internacional de Justiça;
- c) Um tribunal arbitral (com possibilidades distintas de constituição segundo a Convenção).

No exemplo acima, se as partes não exercerem seu direito de opção, entende-se que se adotou a arbitragem. Se as partes controversas optarem pelo mesmo foro, será este o competente, a menos que elas firmem algo diverso. Por fim, se não houver consenso, havendo a opção por foros distintos, uma pela CIJ e outro pelo Tribunal Internacional, o litígio será dirimido pela arbitragem, excetuado o caso de acordo em sentido diverso firmado pelas partes.

Há ainda uma quarta possibilidade, a de que os litigantes busquem a solução de suas contendas, cada um por diferentes foros, ou seja, a CIJ (uma das partes) e o Tribunal

⁸⁹ LOCATELLI, Lilitiana. *Corte Internacional de Justiça* In: BARRAL, Welber. *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 24.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 24

Internacional (a outra parte). Também aqui há previsão legislativa, como reza o art. 282, da Convenção sobre o Direito do Mar⁹¹, que determina que tendo um dos litigantes optado pela CIJ, que emite soluções obrigatórias, a competência será desta Corte.

4.1.2 Competência Consultiva

Há de se atentar também para a Competência consultiva que poderá ser oferecida pela CIJ em questões que lhe forem propostas pelos Estados.

Tem autorização para requerer a emissão de pareceres consultivos a Assembléia Geral e o Conselho de Segurança, além de outras organizações internacionais e órgãos da ONU, desde que autorizadas pela Assembléia Geral.

4.1.3 Considerações Finais sobre a CIJ

As sentenças são definitivas e, em regra, inapeláveis. A menos que haja um fato novo, relevante, posterior à sentença, quando poderá ser solicitada a revisão da decisão num período de até 06 (seis) meses após a descoberta deste fato novo e dentro do prazo de 10 (dez) anos a contar do pronunciamento da sentença.

A principal falha da CIJ, como de resto das demais organizações judiciárias de competência supranacional, fica por conta do seu poder de exequibilidade, tendo em vista a inexistência de mecanismos para impor suas decisões. Diante disso, o que resta é aguardar a boa-fé dos Estados, como disciplina o art. 94, 1, da Carta das Nações Unidas: “Cada Membro

⁹¹ Art. 282, da Convenção sobre Direito do Mar: “Se os Estados que são partes numa controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção tiverem ajustado, por meio de acordo geral, regional ou bilateral, ou de qualquer outra forma, em que tal controvérsia seja submetida, a pedido de qualquer das partes na mesma, a um procedimento conducente a uma decisão obrigatória, este procedimento será aplicado no lugar do previsto na presente Parte, salvo acordo em contrário das partes na controvérsia.”

das Nações Unidas se compromete a conformar-se com a decisão da Corte Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte.”

No caso, contudo, de uma das partes deixar de cumprir os ditames da sentença proferida pela CIJ, a outra parte poderá recorrer ao Conselho de Segurança que fará recomendações ou adotará medidas para o cumprimento da decisão. No entanto, o histórico das decisões da CIJ não sugere como comum a atuação do Conselho de Segurança nas hipóteses de execução das sentenças proferidas pela Corte.

Dentre os precedentes de execução forçada de sentença, pode-se citar uma forma peculiar, que foi o que ocorreu no caso Albânia X Inglaterra (1949) e Albânia X Itália (1959). A Albânia, no primeiro caso, foi condenada a pagar uma indenização à Inglaterra, mas não cumpriu a decisão judicial. Posteriormente, em litígio absolutamente distinto, tendo sido a Itália condenada a pagar indenização à Albânia, a Corte determinou que o país italiano deduzisse da indenização aquele valor que não foi pago à Inglaterra, no caso anterior, e o colocasse à disposição, numa espécie de compensação executória forçada, o que não é previsto pelo Estatuto da CIJ.

Em outra decisão polêmica, levada à jurisdição da CIJ, em 1974, a Nova Zelândia questionava a licitude de testes nucleares produzidos pela França, sustentando ser atingida pelos depósitos de materiais radioativos, solicitando a cessação dos testes. A Corte, diante das declarações francesas apresentadas à imprensa, nas quais comprometia-se a suspender tais testes, entendeu solucionada a contenda, diante do mero compromisso firmado pela França.

Para fundamentar sua decisão, a CIJ valeu-se das declarações unilaterais da França, dando caráter obrigatório a tais decisões.

Por óbvio que uma decisão proferida dessa forma não oferece qualquer garantia, sendo incertas as conseqüências, quando a “garantia” de cumprimento resume-se a uma mera declaração levada à imprensa.

A crítica principal, diante da jurisdição facultativa, e da ausência de órgãos de controle da efetividade e exequibilidade das decisões, é a possibilidade de que se privilegiem interesses particulares dos Estados em detrimentos das normas internacionais.

Sendo um dos foros pioneiros com jurisdição para solucionar litígios entre Estados soberanos, há de se atentar para a expansão de sua atuação tendo em vista que, de 1946 a 1996, 74 (setenta e quatro) casos contenciosos foram levados a sua apreciação, ao passo que, de 1996 a 2003, mais 31 (trinta e um) casos foram levados à Corte, o que demonstra o reconhecimento, pelos Estados, da CIJ como foro legítimo para solução de contendas pelos Estados, sejam eles membros da ONU ou não.

4.2 Tribunal Penal Internacional (TPI)

De fato, como apontado, a história do direito penal internacional (e em especial sob o vértice dos direitos humanos) é bastante recente, tendo apenas (cerca de) cinquenta anos. No entanto, as dificuldades existentes no que tange aos conceitos de competência, jurisdição e autonomia, entre outros, enfrentam uma nova realidade, como referenciado no princípio do texto, uma vez que, de fato, institutos como “fronteira”, competência territorial e “de direito interno” têm, sabidamente nesse mundo globalizado, nova significação.

Em nosso entender, a avaliação decorrente dos resultados oriundos dos Tribunais *ad hoc* acarretou a necessidade de mudanças na forma de compor os conflitos de natureza universal. A análise, ainda que breve, das principais críticas às cortes de julgamento criados com finalidades específicas levou à elaboração do Estatuto de Roma, e, posteriormente, à criação do Tribunal Penal Internacional.

A respeito de tal corte, faz-se aqui um pequeno estudo pertinente aos princípios norteadores de sua formação bem como a matéria de sua competência. No entanto, seja por força de sua (ainda) não utilização efetiva, ou mesmo porque não é nela exclusivamente que se centra o presente trabalho, serão poucas as linhas tecidas em seu respeito. O que se busca efetivamente é oferecer uma abordagem panorâmica, relativamente a esse Órgão de (ainda)

inédita atuação efetiva (não há nenhum processo findo, todos os existentes se encontram na fase de instrução processual) e sobre o qual se forma substancial expectativa, sem olvidar que sobre ele recaem os mais modernos meios de composição de vontades dos Estados-partes, e, o que é principal, a expectativa de que sua atuação permita fazer cessar ou, ao menos, diminuir sensivelmente as atrocidades cometidas em nível mundial, com seus autores poupados de condenação e as vítimas tratadas a descoberto dos efeitos de uma atuação jurisdicional efetiva, e não só exercida pelos Estados mais fortes.

Não obstante os votos contrários à sua instituição, proferidos por EUA, China, Israel, Sri Lança, Filipinas e Turquia e a abstenção da Índia (num total de 21 Estados que deixaram de votar), o que deixa fora de sua área de atuação mais da metade da população da Terra⁹², há sólidos indícios de que o mesmo será utilizado e oferecerá sua atuação na expectativa de um porvir melhor.

De qualquer sorte, trata-se de mais um órgão, de atuação judiciária, com abrangência além dos limites territoriais. No caso, podem ser protegidos ou figurar como réus aqueles que ratificaram o Estatuto, não sendo fechado, até o momento, o número de assinaturas. O fato de a abordagem ser singela já foi explicitado. Sua análise, todavia, é premente à medida que sua instituição demonstrou, mais uma vez, que os Estados, não obstante suas autonomia e soberania, vêem a necessidade de organismos com atuação judiciária de âmbito universal. Se o transcurso da vida nos apresenta novas necessidades, uma delas, por óbvio, diz com a carência que temos de pôr fim aos conflitos de modo inteligente e pacífico, e não só pela via dos conflitos armados (até porque, como é consabido, há arsenal bélico suficiente para fulminar a vida no planeta, e tais armamentos não mais se resumem a um ou dois países, mas a um sem número de nações com incontáveis problemas de ordem interna, mas com ogivas nucleares presentes nos depósitos armamentistas de seus exércitos). Esta realidade se agrava neste mundo acelerado, com a urgência que temos de aprender novos conceitos. Um deles, é o de que vivemos num mundo em que as fronteiras não se submetem mais a uma designação territorial e/ou mesmo geofísica. No mesmo sentido, é a garantia de que também o Direito precisa se ajustar, devendo ser elaborados novos meios de atuação judiciária, buscando acompanhar tal evolução humana.

⁹² AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 6-7.

O Tribunal Penal Internacional é o passo atual pós-medidas criadas para a apreciação do fato concreto, como foram os tribunais *ad hoc*, nos casos em que há crimes contra a humanidade, genocídio e, enfim, de repercussão mundial. Em sua formulação, buscou-se superar as falhas do passado, sendo mantidas as iniciativas nas quais se considerou haver acerto (ou, ao menos, que não se avaliou de tão necessária reformulação). Como já ressaltado, numa análise sumária, um dos pontos de principal relevância é exatamente sua constituição prévia e atuação permanente. No entanto, já aqui importantes questões chamam a atenção: uma, ela não é universal, pois só aqueles países que aderirem ao Estatuto de Roma devem subsumir-se aos seus ditames (na condição de Estado-parte). Outra, se ela é permanente (e a condicional tem razão de ser), sua competência é toda voltada para o futuro. Em ótica diversa, sua constituição é fruto de uma convenção, não de uma decisão do Conselho de Segurança. Também sua condição de permanente exige exame mais aprofundado, ainda que sem uma resposta definitiva, porquanto, sem a aceitação de tantos países de inegável importância no cenário internacional, corre-se o risco de o mesmo tornar-se sem efetividade.

Para tornar-se realidade (ou, ao menos, para que tão diversos ideais convergissem para uma mesma direção, no caso, a redação de um único Estatuto), foram inúmeras as discussões, mas elas formalmente “acabaram” no dia 18 de julho de 1998, quando referido texto foi aberto para assinatura no Campidoglio, em Roma, lá permanecendo até o dia 30 de outubro do mesmo ano.

Entre suas principais características que o distinguiram em relação aos modelos pretéritos, importante destacar os fundamentais princípios norteadores de sua formação, como segue⁹³:

- 1) o princípio segundo o qual a Corte seria acionada apenas se a jurisdição nacional fosse deficiente para a persecução de crimes graves (princípio da complementaridade, art.17);
- 2) o princípio segundo o qual a competência da Corte é limitada a quatro crimes particularmente sérios e que envolvem a comunidade internacional como um todo: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão.

⁹³ KAUL, Hans-Peter, *A Corte Internacional Criminal: A Luta Pela sua Instalação e Seus Escopos*, p. 109, apud AMBOS; CHOUKR, 2000.

O Estatuto de Roma, precursor do Tribunal Penal Internacional, aprovado em Roma, na noite de 17 de julho de 1998, contou com a assinatura, pelo Brasil, do tratado em 7 de fevereiro de 2000, depositando o instrumento de ratificação em 20 de junho de 2002. O Decreto legislativo nº 112, de 06.06.2002 foi recepcionado em nossa legislação interna por promulgação, do Presidente da República, do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, publicado no DOU de 26 de setembro de 2002. Foi indicada a Desembargadora do TRF da 3ª Região, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, para atuar como juíza do Tribunal Penal Internacional.⁹⁴

A recepção do referido Estatuto em nossa legislação representa um significativo passo na consolidação do processo político interno de democratização, porquanto nossa Constituição da República faz previsão expressa, em seu art. 4º.⁹⁵

Há de se reconhecer o mérito dos deputados constituintes que, de modo precursor, fizeram constar, no art. 7º do ADCT, ou seja, em 5 de outubro de 1988, que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Ou seja, nossos legisladores constituintes fizeram a previsão, em nosso Ordenamento Legal maior, desse organismo, quase 10 (dez) anos antes de que o mesmo se tornasse realidade, o que é sinal de significativo avanço e de elogiável maturidade legislativa, o que, ao menos nesse aspecto, deve ser comemorado.

Consoante reza o art. 3º do Estatuto de Roma, a sede será na Haia, Países Baixos (“O Estado Anfitrião”).

O preâmbulo, em seu primeiro parágrafo, bem traduz o espírito dos “legisladores”, responsáveis por sua confecção, à medida que reconhece não só o interesse dos povos “unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e

⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, São Paulo, n. 122, jan. 2003. p.3

⁹⁵ Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II – prevalência dos direitos humanos;...

[...]

VI – defesa da paz;..

VII – solução pacífica dos conflitos;...

[...]

preocupados com o fato deste delicado mosaico vir a quebrar-se a qualquer instante”, como põe foco ao que pretende coibir, qual seja, a morte de crianças, homens e mulheres, vítimas de atrocidades inimagináveis e que isto constitui ameaça à paz, segurança e ao bem-estar da humanidade.

Há também a previsão de que “os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional.”

Salienta o propósito que as metas do (chamemos) TPI não fiquem cingidas àquelas constantes nos “Objetivos e Princípios consignados na Carta das Nações Unidas”, mas também que assegurem que os Estados se absterão de recorrer à ameaça ou ao uso da força, contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado.

Culmina a parte preambular, com o já citado Princípio da Complementaridade, ou seja, estabelece que não será permitido um procedimento diante do TPI quando estiver tramitando um procedimento nacional ou o assunto examinado não seja de natureza tão grave que justifique a intervenção da referida Corte⁹⁶, pois, afinal, é dever de todo Estado exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais (entre outros preceitos, há expressa menção nos artigos 10, 17, 21 e 80 do Estatuto).

4.2.1 Objetivos almeçados: Paz Perpétua, Soberania, Cidadania, Reserva Legal e Complementaridade

Também se depreende do exame do referido Estatuto, que seus objetivos almeçados são a paz perpétua, a soberania, a cidadania, a reserva legal e a complementaridade.

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

⁹⁶ AMBOS, Kai. Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional: un análisis del Estatuto de Roma. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 9, 2003. p.22.

4.2.1.2 Paz Perpétua

Em contendas nas quais se vislumbram interesses de mais de uma Nação (ou seja, uma comunidade com denominadores comuns, e disposta a cumprir um desígnio), fica clara a inexistência de um governo central, de natureza supranacional, e com condições de cumprir o regramento internacional.

Diante desta (ainda) inexistência de um Órgão superior aos interesses dos Estados (Soberanos) o que se tem é uma verdadeira anarquia na sociedade internacional.

Nessa ótica, todos sabemos como é viável a solução pacífica das diferenças. No entanto, o conflito bélico, em que pese todo o avanço do Homem contemporâneo, continua a ser uma triste, e comum realidade até os dias de hoje. Contudo, há exemplos (e é este ponto que o presente trabalho busca demonstrar) de soluções de interesses diversos pela cooperação social e diante de valores comuns.

Immanuel Kant pregava a idéia de que, diante da celebração de um tratado, tal como no contrato social originário, estabelecido em uma Nação, os Estados permaneceriam em uma posição de não ingerência em conflitos internos nos quais se envolvessem outros Estados, também havendo um sistema de forças que protegesse as partes acordantes diante de eventuais ataques das forças estrangeiras.

A tão sonhada paz perpétua, em seus inúmeros projetos, mas especialmente no referencial Kantiano, bem traduz os fundamentos da formação de um tribunal com jurisdição universal, como é o Tribunal Penal Internacional, “em especial quando admite a possibilidade de cessão de uma parte da soberania estatal para que fosse construída uma federação de Estados, que buscaria estabelecer a pretendida paz.”⁹⁷

⁹⁷ JAPIASSÚ, 2004, p. 128.

Sua proposta condiz com a criação de uma constituição internacional e uma federação de Estados com o fito de manutenção da paz e resolução pacífica dos conflitos, sem que esta federação fosse considerada um Estado acima dos demais Estados.

Fica nítida a proposta elaborada por Kant em relação à missão do TPI, tal como das demais organizações internacionais que estudaremos ao longo deste trabalho, sendo respeitadas a soberania e a independência dos estados-membros, mas havendo a possibilidade de um Órgão, previamente constituído, de uma “instância superior”, para a solução dos conflitos. Em outras palavras, o ideal de pacifismo migra do conceito político para o jurídico.

4.2.1.3 Soberania

Quanto à soberania, remetemo-nos aos itens 1.3, e seguintes, do presente trabalho.

4.2.1.4 Cidadania

Com atenção à cidadania, cujo conceito originário faz menção à *civitate*, do direito romano, sendo também daí a expressão “civil”, consoante Aquaviva⁹⁸, é o “vínculo político que liga o indivíduo ao Estado e que lhe atribui direitos e deveres de natureza política”.

Ainda numa conceituação tradicional⁹⁹, cidadania “é uma prerrogativa de qualquer membro da comunidade, baseada na ficção da cessão de parcela de sua liberdade em favor de uma liberdade mais ampla, sendo que a liberdade perante a lei assegura o exercício do poder compartilhado pela sociedade.”

⁹⁸ AQUAVIVA, 1995, p. 313.

⁹⁹ APPIO, Eduardo. *Teoria geral do estado e da constituição*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 73.

No entanto, se buscar conceituá-la é matéria árdua, tentar adequá-la aos valores e grandezas atuais é ainda mais difícil. Como bem sugere Vera Regina de Andrade¹⁰⁰, “a cidadania parece ter adquirido a importância discursiva que outrora ocuparam, por exemplo, os direitos humanos e a democracia: todos – de todos os matizes ideológicos e intelectuais – falam a respeito e todos são seus defensores. Mas poucos aprofundam a discussão sobre *o que é* e a própria relação cidadania-direitos humanos-democracia.”

De forma objetiva, mas absolutamente pertinente, diante do inegável poderio econômico a regular situações políticas, sociais e também jurídicas, Carl Schmitt¹⁰¹ questiona: “Como resgatar uma cidadania seqüestrada pela economia? Como devolver ao cidadão tudo aquilo que lhe foi subtraído, especialmente o direito de eleger aqueles que realmente tomam as grandes decisões governamentais no país?”

Finalizamos o tópico valendo-nos da sugestão de Bolzan de Moraes¹⁰² que prevê a necessidade de uma cidadania (além de uma democracia) “multifacetadas e multipolarizadas”. Explicitando o tema, prossegue:

Para além disso, diante deste contexto de complexidade e de busca de concretização para os direitos humanos, parece-nos, acompanhando o pensamento de José Maria Gómez, importante pensarmos em uma cidadania cosmopolita que vá além da simples extensão do conjunto de direitos civis, políticos e sociais e suas respectivas garantias para a seara internacional, mas que se constitua em deveres éticos para com os outros para além das fronteiras geográficas, ideológicas, raciais, culturais, etc.

4.2.1.5 Reserva Legal

Outro fundamento merecedor de especial atenção é o da Reserva Legal, cujas principais funções são a proteção dos indivíduos com esteio no direito penal e a proteção destes mesmos indivíduos do próprio direito penal.

¹⁰⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. p. 64.

¹⁰¹ SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 164, citado por APPIO, 2003, p. 85.

¹⁰² BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado., 2002. p. 98-99.

São consideradas conseqüências imediatas do respeito ao princípio da reserva legal a proibição da analogia, do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena, da retroatividade da lei penal desfavorável a réu e da existência de incriminações vagas, genéricas e indeterminadas.

Tal princípio tem como principais funções o oferecimento de segurança jurídica contra o abuso e a arbitrariedade, além de buscar estabelecer uma igualdade entre os subordinados ao texto legal, afinal, “todos são iguais perante a lei”, é o que assevera o art. 5º, referência “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, de nossa Constituição da República.

Ainda que (sempre) passível de crítica, o referido Estatuto de Roma tratou da reserva legal nos artigos 22 (*nullum crimen sine lege*), 23 (*nulla poena sine lege*) e 24 (irretroatividade *ratione personae*).

Há de se reconhecer, também neste aspecto, o avanço do Estatuto em exame porquanto, no passado, tanto na Corte criada na Iugoslávia (art. 24) e em Ruanda (art. 23), a previsão legislativa por certo ficou prejudicada à medida que ambos os organismos foram criados com o objetivo específico de atuar exclusivamente naquele caso concreto, havendo ampla liberdade para a fixação das penalidades, o que deu margem às já citadas críticas.

O certo é que a reserva legal é um instrumento essencial ao sistema penal e processual penal, condizente com o regime democrático e, na esteira do pensamento garantista, lógica que há de imperar no TPI pois com ele guarda total compatibilidade.

4.2.1.6 Princípio da Complementaridade

Por fim, o princípio da Complementaridade mostra-se indispensável à existência e ao funcionamento da Corte Internacional.

Por óbvio que as nações desenvolvem seus próprios meios de organização, sua estrutura política e administrativa. Ainda que com características e nomenclaturas próprias, os

poderes executivo, legislativo e judiciário se fazem presente em quase todos os Estados, independentemente de seu desenvolvimento econômico, social ou cultural.

Neste diapasão, há de se concluir que, ainda que aqueles Estados que assinaram o Estatuto de Roma, passando a nominar-se Estado-membro, tenham seu manancial de normas e legislações próprias, também devem subordinar-se à legislação pertinente ao TPI, mas no caso de haver inércia das autoridades (denominemos) nacionais.

Isso se revela, se não meramente necessário, indisponível quando a idéia que se pretende desenvolver é a de uma jurisdição em nível supranacional, com esteio no princípio da universalidade.

O princípio da Complementaridade tem por fim coibir que a não-solução aos ilícitos encontre resposta em meras questões de competência, basicamente, a territorial.

Para lidar com o criminoso internacional, torna-se imperativa tal mentalidade sob pena de a soberania Estatal servir de abrigo ao agente, sacramentando a impunidade. Por aí se extrai parte da maior característica do TPI, qual seja, não constituir “um ato de afirmação da soberania estadual de punir que legitima o direito penal interno, mas um ato de vontade da comunidade internacional.”¹⁰³

¹⁰³ CAMPOS E ASSUNÇÃO, Maria Leonor Machado Esteves de. De como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional certifica um novo modelo de direito penal: doutrina internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 30, 2000, p. 31

5 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Verificada a grandiosidade do Estatuto no mundo contemporâneo, e o marco que representou sua elaboração no contexto do direito penal em nível internacional, ainda mais ao considerarmos as dificuldades em uniformizar sistemas jurídicos por vezes tão distintos, sem esquecer a necessidade de “criar-se” uma linguagem penal internacional que permitisse a compreensão homogênea dos dispositivos ali constantes, faz-se necessária uma breve avaliação crítica quanto às falhas e dos reconhecidos avanços na problemática da questão da supranacionalidade contidas no referido Estatuto.

Obviamente o Estatuto é passível de críticas. Destacam-se, já num primário exame, o não alargamento da competência do Estatuto para, por exemplo, punir os crimes pertinentes ao tráfico internacional, ou, nos casos de delitos de guerra, as ações ligadas ao uso de armas nucleares. Também na delimitação das hipóteses de autoria e participação e na descrição dos crimes contra a humanidade e de guerra, na ausência de definição sobre os crimes de agressão e a escassez de referências ao princípio da legalidade das penas uma vez que “o art. 77 prevê, de fato, ‘somente’ a reclusão por um período de tempo determinado não superior ao máximo de trinta anos [...] e a prisão perpétua. Nada mais.”¹⁰⁴

Por outro lado, não há como não reconhecer que o TPI atendeu significativas necessidades decorrentes desta delicada problemática: a prestação jurisdicional para o caso concreto, com o respeito e asseguramento das garantias ao infrator legal. A previsão legislativa para tanto está contida no art. 17, que diz que o Tribunal decidirá pela não admissibilidade de um caso, quando “estiver sendo objeto de investigação ou processo em Estado que tem jurisdição sobre o mesmo, a menos que tal Estado genuinamente não seja capaz ou não esteja disposto a levar a cabo a investigação ou processo;” também há previsão nos casos em que houve investigação, mas se tenha decidido pela não promoção de ação penal, ou que o mesmo já tenha sido processado, para então fazer-se valer a complementaridade.

¹⁰⁴ MOCCIA, Sérgio. O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade, doutrina internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, 2004. p. 208.

Como se denota, a disposição legal oferece um elemento de garantias ao réu, sem contar que de tal dispositivo se faz presente outro princípio de singular importância: o *ne bis in idem*, que como explicitado acima, veda que o Tribunal julgue novamente alguém que já tenha sido julgado em um tribunal local, a menos que neste tenham ocorrido falhas significativas (o que também é previsto no texto legal, de modo particular, em seu art. 20).

Impõe-se, em uma análise mais abrangente, o positivo registro ao Estatuto que refere que suas normas se aplicam a pessoas singulares (art. 25), maiores de 18 anos de idade (art. 26), sendo afastados os privilégios e imunidades inerentes às funções do argüido como eventual obstáculo à responsabilização penal (art. 27); a inadmissibilidade do instituto da prescrição (como causa extintiva da responsabilidade penal ou da pena – art. 29), sem esquecer novamente no campo das garantias, a vedação da inversão do ônus da prova (arts. 66 e 67, nº1, alínea “i”), proibição de meios coativos ilegais (“proibição que, contudo, não é integral, na medida em que se admite a possibilidade de acolhimento e avaliação de prova obtida por meios ilegais que não seja contraditória ou ofensiva da integridade do processo e não cause dúvida sobre a credibilidade dessa prova no item 7 do art. 69, o que, a meu ver, constitui um desrazoável e incompreensível desvio ao aludido princípio de proibição da prova.”)¹⁰⁵; direito ao silêncio, de se fazer representar por um advogado, de ser informado em língua que compreenda, de recorrer da decisão que lhe for desfavorável, entre outras previstas, especialmente nos arts. 55 e 67 do Estatuto.

Sob a ótica do princípio da legalidade, e em especial nas vertentes da taxatividade e determinação, resta clara a dificuldade de sobrepujança do aspecto jurídico sobre o político, ainda mais considerando a carga de compromissos políticos necessários no processo de elaboração de tratados internacionais.

No que tange à legalidade, é imperioso recordar que sua relevância no mundo jurídico nasceu do Iluminismo do séc. XVIII, proclamado na Constituição norte-americana, em 1776, e na Declaração do Homem, em 1789, sendo reprisados, em importância histórica, e em nível internacional, também na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, no Pacto

¹⁰⁵ CAMPOS E ASSUNÇÃO, 2000, p. 37-38.

Internacional de Direitos civis e políticos, de 1996 e na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, entre outros¹⁰⁶.

Em algumas (reiteradas) situações, a redação do Estatuto não respeitou os princípios da taxatividade e determinação, como ocorreu na necessidade de delimitar os casos de autoria e participação, igualmente na descrição dos crimes contra a humanidade e de guerra. Não é preciso muitas luzes jurídicas para observar como o desatendimento ao princípio da legalidade abre o perigoso caminho da discricionariedade judicial, colocando o Estatuto em confronto com os cânones do Estado de Direito.

A crítica que se pretende expor não tem o condão de negar a evolução, em nível de direito penal criminal, em prol de se conter crimes de tal natureza e gravidade, pondo por terra os festejos diante do acontecimento, de (possíveis) relevantes préstimos à humanidade. O que se pretende é, sim, verificar algumas falhas no Estatuto que podem “justificar” sua não aplicabilidade, ao menos nos termos em que se encontra.

A análise que a seguir se passa a tecer ressalta alguns dos artigos em que o vértice, legalidade, encontra especial importância. Seguindo a ordem do próprio Estatuto, entendemos por analisar os artigos de máxima relevância, consoante o prisma adotado:

O primeiro artigo que merece análise é o 5º do Estatuto, aquele que determina quais os crimes de competência da Corte Internacional, quais sejam: “a) crime de genocídio; b) crimes contra a humanidade; c) crimes de guerra; d) crime de agressão”.

Seu item 2º, todavia, apresenta um significativo óbice na medida em que, na condição de norma penal em branco, manifesta que, no caso de crime de agressão, nos termos dos arts. 121 e 123, a jurisdição será exercida, quando for aprovada uma norma que defina tal ilícito e estabeleça suas condições em coerência com a correspondente disciplina da Carta das Nações Unidas.

¹⁰⁶ GUAJARDO, Elia Patricia Neri. Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad y de la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma, doutrina internacional. *Revista Brasileira de*

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi recebido em nosso ordenamento jurídico na forma do art. 5º do Decreto nº 4.388/2002.¹⁰⁷

O art. 6º, que regula o crime de genocídio, assim caracteriza esta figura delituosa.¹⁰⁸

Como bem salienta Sergio Moccia¹⁰⁹, “Além das perplexidades ligadas à definição dos graves sofrimentos, sobretudo ‘mentais’, emerge o problema dos limites da punibilidade ligada ao significado daqueles modelos de incriminação que se exteriorizam nas expressões ‘destinadas a causar’ e ‘destinadas a impedir’. Pensemos que a definição do limite mínimo possa ser extraída daquela disposta no art. 25, parágrafo 3º, alínea “f”, a qual se refere – se bem que com relação à tentativa – a uma ação ‘que inicia a sua execução por meio de um passo substancial’, com todas as dificuldades de interpretação da hipótese.”

Também no art. 7º, que versa sobre o conteúdo dos crimes contra a humanidade (homicídio, extermínio, redução à condição de escravo, entre outros, há novamente falha grave do legislador, como se extrai da análise do constante no item 1º, alínea “h”, como segue:

[...] perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3.º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

Ciências Criminais, São Paulo, n. 48, 2004. p. 15

¹⁰⁷ Art. 5º - Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a. o crime de genocídio;
- b. crimes contra a humanidade;
- c. crimes de guerra;
- d. o crime de agressão.

2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos arts. 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

¹⁰⁸ Qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico racial ou religioso, enquanto tal:

- a) homicídio de membros do grupo;
- b) ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

¹⁰⁹ MOCCIA, p. 219

O termo “perseguir” encontra-se definido no item 2º, alínea “g”, como “a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa.”

Lamentavelmente, em mais este caso, deparamo-nos com uma nomenclatura demasiado ampla, por um lado, e incompleta, por outro, ainda mais, quando recordamos que a taxatividade é um dos princípios basilares de direito penal, sendo necessário que o Tribunal atue como legislador (na função de criação) de preceitos normativos que se vê na condição de examinar.

A mesma falha técnica acontece pouco antes, por ocasião da alínea “k”, do item 1º, do art. 7.º, que reza, de forma imprecisa, “outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.” Resta clara a imperfeição da norma, não remediada, em hipótese alguma, pelo *caput* do art. 7º, que diz ser crime contra a humanidade somente “quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.”

Se a análise da norma em comento, por si só, já suscita dúvidas no tocante a sua aplicabilidade, melhor destino não se apresenta, quando examinamos o art. 22, item 2º, que faz menção expressa de vedar o uso da analogia, o que permite concluir que a definição de crime será interpretada estritamente. Como se vê, em mais um caso, a mera leitura do Estatuto provoca substancial polémica, que deve ser ainda muito mais aprofundada quando o Tribunal Penal Internacional for realmente posto à prova.

Quanto ao art. 8º, item 2, também suas alíneas “b” e “c” deixam margem à temerária (livre) interpretação¹¹⁰

¹¹⁰ 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 [...] cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido à doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo.

O receio à amplitude dos termos e a conseqüente crítica consoante o prisma da legalidade fica por conta da existência de “trinta e quatro crimes de guerra para os conflitos internacionais (dos quais oito reconduzíveis às graves violações das Convenções de Genebra e vinte e seis às leis e usos de guerra), mais ainda dezesseis crimes de guerra para os conflitos não internacionais (quatro com referência ao art. 3º das Convenções e doze às leis e usos), para um total de cinquenta *fattispecie* de crimes de guerra atribuíveis à competência da Corte.”¹¹¹

Outros exemplos do “casuismo legal” (absolutamente contrário ao esteio do direito penal) existente no Estatuto de Roma podem ser encontrados no item 2, do citado artigo 8º, e seguintes.¹¹²

O que se tem, destarte, é o apanhado de interesses, digamos, de nível mundial, na qual são confrontadas estruturas jurídicas, estatais, políticas (e paramos por aqui), absolutamente distintas, em prol da construção de um ordenamento aplicável.

Por mais difícil que seja essa missão, e certamente ela o é, “no Estado de Direito a forma tem uma importância essencial e, portanto, em nenhum caso, em relação a qualquer fenômeno, ainda que portador de grave danosidade social, é possível deixar de atender à

¹¹¹DELLI SANTI. Il diritto internazionale nelle origini e nelle prospettive della Corte penale internazionale. *Quaderni dell'Arma dei Carabinieri*, n. 2, 2002. p. 84-85 apud MOCCIA, 2004, p. 221.

¹¹² 2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crimes de guerra’:

a) as violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

[...]

iii) o ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;

[...]

v) o ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;

[...]

b) outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

[...]

xii) declarar que não será dado quartel;

[...]

c) em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º, comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido à doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo;

[...]

máxima segundo a qual ‘a lei não pode abandonar a letra porque a letra é para ela o espírito’. Naturalmente, ‘espírito’ e ‘letra’ deverão corresponder plenamente àqueles requisitos de legalidade, formal e substancial, que próprio Estado de Direito exige.”¹¹³

No item 1, do art. 12, deparamo-nos com outra temerária disposição legal porquanto lá consta o princípio da irretroatividade, mas não o da reserva da lei.¹¹⁴

Sob outro prisma, como bem aponta novamente Sergio Moccia, “a própria referência aos crimes ‘sobre os quais o Tribunal tem jurisdição’ suscita perplexidades. Seria certamente mais correto referir-se ao ato que pode criar ou modificar os crimes previstos no Estatuto, ao invés de aos crimes sobre os quais o Tribunal tem jurisdição, representando, esta última, uma locução claramente processual.”¹¹⁵

Outra crítica parece-nos óbvia com o exame da redação constante no art. 21 do Estatuto, que regula o direito aplicável. Em primeiro plano, por óbvio, suscita-se a aplicabilidade das normas trazidas no Estatuto de Roma, as condições elementares do tipo penal e as normas processuais e referentes à prova ali existentes (item 1, letra “a”). De modo residual, há previsão de competência “quando aplicada”, dos “tratados aplicáveis” além dos princípios e normas próprias do direito internacional (incluindo os princípios de direito internacional próprios dos conflitos armados (letra “b”). Após tais referências, há previsão de aplicabilidade das normas de direito interno (letra “c”), da jurisprudência (item 2) e, por último, em elogiável lembrança, o papel dos direitos humanos (item 3).

Reproduzimos, na íntegra, o citado artigo 21.¹¹⁶

ii) ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

¹¹³ ONATE, Lopez de. *La certezza del diritto*, p. 159 apud MOCCIA, 2004. p. 222.

¹¹⁴ Art. 12 – Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição

1. O Estado que se torne Parte, no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o art. 5º.

¹¹⁵ MOCCIA, op. cit., p. 204

¹¹⁶ 1. O Tribunal aplicará:

- a) em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;
- b) em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;
- c) na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

Resta clara a dificuldade dos líderes presentes em Roma, na condição de legisladores, de elaborarem um texto legal diante de tão diversos interesses reunidos. No entanto, entendemos que são essas particularidades que parecem justificar a dificuldade de aplicação da referida legislação e de aplicabilidade do Tribunal em exame.

A utilização de termos vagos se torna até necessária, na desgastante busca pela justiça, sendo, por vezes uma opção lúcida do legislador. As dificuldades de tal método, contudo, são facilmente reconhecíveis, quando aplicadas na ordem de direito interno, o que pensarmos à luz de um ainda nascedouro direito penal internacional.

Retornando ao item 2º, do artigo 21, cuja redação prevê a possibilidade de o Tribunal, ainda que em via subordinada, “aplicar os princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.” Ou seja, é o reconhecimento de que a jurisprudência pode cumprir o papel de “fonte subsidiária”.

De fato, não restam dúvidas ser um fato conhecido o difícil cumprimento ao princípio da legalidade com relação às obrigações internacionais. E a razão de tal comportamento dá-se exatamente porque os requisitos do princípio da legalidade criam um obstáculo à validade e à aplicação do direito penal internacional. Como bem aponta Sergio Moccia, “À incerteza quanto ao direito aplicável, soma-se somente a incerteza relativa ao conteúdo do direito penal internacional. Neste último há conseqüentemente uma dificuldade de fundo relativamente à presunção ou suposição de que as prescrições de direito penal internacional sejam conhecidas, ou de que poderiam ser conhecidas por uma pessoa de comum bom senso e de conhecimento médio, em qualquer país do mundo. Se se supera este obstáculo de saída, deve ser enfrentado, a seguir, aquele relativo à taxatividade das prescrições normativas.”¹¹⁷

2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretadas em decisões anteriores.

3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3º, do art. 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.

¹¹⁷ BASSIOUNI. *Le fonti e el contenuto del diritto penale internazionale: nn quadro teórico*. Milano, 1999, p. 63. Que a experiência do Estatuto do TPI seja mais atenta aos cânones propriamente penais, relativamente às experiências precedentes das Cortes ‘ad hoc’ é sublinhado por: MANACORDA. *Il método comparato e la giurisprudenza...*, p. 799 apud MOCCIA, 2004, p. 207.

A relevância do(s) princípio(s) determinação/taxatividade tem escopo principalmente na condição de atender a todos os setores do sistema penal, e também em nível processual, ainda que adote formas diferenciadas de descrever fatos, nas figuras constantes na parte geral ou na previsão de sanções.

Caracteriza-se referido princípio por inflingir certeza às normas e limitação ao arbítrio judicial, ou seja: dever de clareza e precisão dos casos concretos (*fattispecie*) a ser cumprido no ato da produção da norma e empenho em buscar condições para que sejam eliminadas excessivas oscilações interpretativas por parte do juiz, tendo por consequência regular sua atividade hermenêutica, até que seja vedada a analogia. A falta de cumprimento dos requisitos da administração revela-se uma fórmula vazia, como o é a constante no art. 22, item 2º, do Estatuto.¹¹⁸

Ainda no que toca ao princípio da taxatividade (determinação), o que lamentavelmente mais se percebe é o pouco respeito à liberdade individual, pois não tem o indivíduo condições de orientar-se de modo pleno na escolha de uma conduta. Em sua gênese, o respeito ao referido princípio atende a uma exigência de precisão, de certeza na previsão do preceito e da sanção penal (pois assim é a mecânica funcional do direito penal). Acresça-se ao pleno funcionamento da taxatividade a relevância, também, no campo do direito processual (pois somente assim pode ser conduzida adequadamente a defesa da liberdade).

Não são necessárias muitas ilações para percebermos a complexidade do tema, ainda mais confrontando as incontáveis particularidades (que tem esteio nas variáveis e complexas fontes de direito penal internacional) presentes nas relações entre diferentes Estados.

A crítica negativa, ratifica-se, fica por conta da linguagem aplicada (no Estatuto) na definição das figuras do crime, bem como de outros elementos relevantes no campo da norma penal, sendo perceptível o não atendimento a medidas de precisão presentes na maioria dos Códigos Penais Nacionais.

¹¹⁸ Art. 22- Nullum Crimen sine Lege

- 1) Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.
- 2) A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

Por outro lado, deve-se elogiar a postura adotada pelos legisladores que tiveram o cuidado de eleger a palavra “conduta”, no citado art. 22, do Estatuto, pois assim não se compreendem apenas os crimes de ação, mas também a omissão (freqüentes, nos casos de crimes de guerra) e a comissiva por omissão (referenciada no art. 28 e que regula a responsabilidade dos “Superiores” por não haver adotado todas as medidas necessárias para prevenir os crimes cometidos por seus “subalternos”).

A questão do exame da legalidade com referência ao direito penal substancial, no Estatuto do Tribunal, tem duas normas contidas no Capítulo III (“Princípios Gerais do Direito Penal”), principalmente dispostas nos arts. 22 a 33.

Quanto à legalidade das penas previstas, por exemplo, pode-se observar a escassez de referências, pois o art. 77 prevê “somente” a reclusão por um período de tempo não superior ao máximo de trinta anos, e a prisão perpétua. Nada mais, senão vejamos.¹¹⁹

A crítica não é isolada na doutrina, como assevera José Luiz Rodrigues-Villasante Y Prieto:¹²⁰

[...] sin perjuicio de la critica que pueda merecer la ausencia de una dosimetría penal, pues no se asigna una pena a cada crimen ni se concretan los criterios de individualización de la sanción (agravantes y atenuantes), siguiéndose aquí el sistema anglosajón que impera em el procedimiento.

Como versamos sobre o instigante (e porque não reconhecer, nebuloso) campo do direito penal na seara do direito internacional, depreende-se um hibridismo necessário entre as exigências necessárias em normas de caráter penal e a afirmação dos princípios de justiça. Ou seja, por um vértice, na esteira do pensamento iluminista liberal, impende oferecer garantias próprias ao direito penal substancial; por outro, não se pode prender a elas, mas considerar as

¹¹⁹ Art 77 – Penas Aplicáveis:

1. Sem prejuízo do disposto no art. 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no art. 5º, do presente Estatuto uma das seguintes penas:

a) pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.

¹²⁰ VILLASANTE Y PRIETO, José Luis Rodríguez. Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional: doutrina internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 33, 2001. p. 12.

particularidades das instâncias políticas que caracterizam as relações entre os diversos Estados.

Em outras palavras, diante de um direito penal internacional, que é bastante diverso do direito penal em si, as fontes são heterogêneas, o que impede (ou, no mínimo, dificulta) o cumprimento aos componentes da legalidade, como a reserva de lei, a determinação e a taxatividade dos tipos penais, a irretroatividade e, também, a proibição do uso da analogia.

Na esteira de tal pensar, quando uma categoria de crimes contém uma dimensão política ou ideológica mais expressiva, menos são as normas penais que figuram nos instrumentos aplicáveis, sendo as existentes implícitas ou vagas. “É o caso da ‘agressão’, por exemplo: quanto menor a dimensão política ou ideológica que caracteriza uma dada categoria de crimes, maior é o número de disposições penais que podem ser encontradas, e é provável que sejam formuladas de modo explícito e com especificidade. Este é, por exemplo, o caso do tráfico internacional de entorpecentes. À luz destas considerações, é inegável que as *fattispecie* das quais se ocupa o Tribunal têm, muito freqüentemente as características do primeiro grupo.”¹²¹

O exame atento dos termos constantes do Estatuto de Roma faz crer que se entendeu pela utilização de normas vagas e/ou imprecisas no afã de conter os problemas decorrentes do conflito de soberanias.

Que a matéria é de extrema complexidade, não se duvida. Poder-se-ia citar como singelo exame das particularidades do caso concreto o fato de que, para ser aplicável, o direito penal internacional deverá ser transposto para o ordenamento interno, por meio de normas nacionais que permitirão sua execução. As normas de direito penal internacional, por seu turno, são declarativas e até podem tolerar um certo grau de indeterminação, mas isto poderia (e, certamente, iria) acarretar conflito com o princípio da especificidade dos princípios da legalidade, presente na maior parte dos sistemas jurídicos.

Contudo, parece-nos, basearam-se os legisladores em algumas premissas equivocadas.

Em que pese o avanço legislativo em nível global, na forma da elaboração do Estatuto, e do reconhecimento mundial a este importante passo da humanidade, em especial aos estudiosos do Direito, vê-se que a divisão de poderes ensinada por Montesquieu, que dá fundamento ao princípio de legalidade-determinação, permanece insubstituível e essencial à democracia e ao Estado de Direito.

Isso porque, por mais que se insista na elogiosa atitude dos legisladores de Roma, ao buscar reduzir a termo legal uma enorme diversidade de direitos, nunca se pode esquecer que o maior de todos os preceitos jurídicos ainda é o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Teve-se o árduo trabalho de mesclar os anseios do cidadão comum à linguagem técnica pertinentes ao direito e processo penais. No particular, é imperativo frisar que qualquer elaboração legislativa é complexa, pois em sua essência deve ser clara (compreensível ao entendimento do cidadão comum) porém taxativa. Deve ser ampla, mas não vaga. E não pode ser criada no afã de pôr termo a uma única solução específica (pois aí seria absolutamente ferida a igualdade). Acrescente-se a tais particularidades, a necessidade de utilização de uma linguagem comum “a todos os idiomas”.

À necessidade de uma norma que preencha os elementos acima elencados (e o rol, por certo, não é taxativo, mas de singela exemplificação), em poucos termos, clara e precisa, devemos lembrar que a missão do magistrado será interpretativa, ou seja, adequar o texto legal ao caso concreto (com o intuito de reduzir o risco de desigualdade, com o oferecimento de uma prestação jurisdicional simples e justa – por mais amplo que esta expressão seja).

Diante das linhas antes traçadas, e tendo presente as dificuldades comuns ao exercício do direito nos tempos atuais, extrai-se que parecemos ter criado uma armadilha sem solução: se buscarmos formas de controle penal mais flexíveis e/ou dinâmicas, simplificando o processo penal, por certo que será sacrificado, no mínimo, o princípio da determinação, entre outros princípios basilares ao Estado de Direito (da fragmentariedade e subsidiariedade, por exemplo).

¹²¹ MOCCIA, 2004, p. 208-209.

Não se critica, outrossim, de forma infundada, a abertura de alguns tipos penais. Em assuntos de complexidade extrema como o presente, a forma apresentada pode significar a melhor possível. Tal postura legislativa não significa obrigatoriamente desconhecimento ou desobediência ao princípio da legalidade. Pode-se imaginar que a não utilização de tipos penais fechados em alguns pontos específicos pode ser proposital de modo que sejam aplicados, em casos de tal natureza, conceitos comuns ao direito internacional como, por exemplo, a Convenção de Genebra.

Seguimos ainda regamente as idéias originárias do pensamento iluminista, no que toca ao direito penal, dentre os quais se destacam a tutela da liberdade e dignidade do homem. Em outras palavras: “[...] as exigências da pós-modernidade, com o fim do historicismo, determinaram a perda da idéia de fundamento, que provocou a adoção de cânones ‘débeis’ de compreensão e de interpretação da realidade, com o recurso, na experiência jurídica, a lógicas míopes, de imediatismo.”¹²²

Infelizmente, esta justiça casual, ocasional, que pôs fim às garantias e à eficiência foi característica da legislação penal internacional, como tivemos a oportunidade de analisar.

Pode-se concluir, deste modo, que por mais necessário que seja repensar as condições atuais de aplicação do direito, seja no campo interno ou na ótica internacional, permanece inalterada a obrigação de que as normas sejam determinadas pois, o desatendimento a tal preceito, com a elaboração de textos vagos e ambíguos, acarreta a transferência ao intérprete, da responsabilidade pela política criminal, o que foge à função institucional do julgador que é a de oferecer solução à contenda.

Alia-se ao rol de significativos princípios que constituem a base do ordenamento jurídico penal, além da legalidade, constante no art. 22, 1, do Estatuto, também os princípios de violação da analogia (art. 22, 2, do Estatuto), da irretroatividade da lei penal internacional (art. 24) e da imputação objetiva, que segue abaixo.

¹²² VATTIMO, Giane. *La fine della modernità*. 3. ed. Milano, 1999. p. 9 et seq.; mais geral: LYOTARD. *La condizione postmoderna*. Milano, 1990. ‘passim’; para uma perspectiva jusfilosófica: KAUFMANN, Arth. *Die rechtsphilosophie: der nach-neuzeit*. Heildelberg, 1990, passim apud MOCCIA, 2004, p. 214.

O art. 25 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, cuja redação segue abaixo, merece especial atenção, como passamos a discorrer.¹²³

Versando o mesmo sobre co-participação criminosa e delito tentado, deveria constar na parte geral do Estatuto. Suas particularidades, entretanto, não se findam por aí, uma vez que contrariam as exigências da legalidade permitindo a (quase livre) ampliação dos tipos penais. Um exemplo claro de desobediência ao preceito é o que temos quando se confronta a redação do item 1, que diz que “o Tribunal terá jurisdição somente sobre as pessoas físicas”, com o item 3, alínea “a”, que anuncia os institutos da co-participação e da autoria mediata, que pregam que uma pessoa será responsável se cometer o delito “individualmente, ou juntamente com outra pessoa ou por meio de outra pessoa, independentemente do fato de que a outra pessoa seja penalmente responsável”.

Encontramos na doutrina outra importante crítica condizente ao cabimento de uma “responsabilidade civil subsidiária das entidades públicas com a finalidade de amparar as vítimas frente a pessoas físicas responsáveis insolventes.”¹²⁴

De fato, é de valorar-se a preocupação demonstrada na Conferência dos Plenipotenciários (como também foi conhecido o encontro que resultou no Estatuto de Roma) quanto à responsabilidade penal nos crimes em exame. Todavia, tão importante quanto fazer justiça às vítimas, na seara penal, seria também no tocante à responsabilidade civil. Delitos de tal natureza, importam perda de bens, morte de famílias inteiras, desaparecimento de

¹²³ Art. 25 – Responsabilidade Criminal Individual

1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.
2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.
3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:
 - a) cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;
 - b) ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou a forma de tentativa;
 - c) com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colabore de algum modo na prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática.
 - d) contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso (...)
4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.

¹²⁴ VILLASANTE Y PRIETO, 2001, p. 15.

documentos, ausência de trabalho, entre outras mazelas. A sugestão indicada teria o condão de auxiliar tais vitimados a reerguerem-se nos atos pertinentes à vida civil, não a mera reparabilidade pelo cumprimento de pena privativa de liberdade. Esta, apresenta sua função específica, e a ela não deve ser dado valor menor. No entanto, em situações resultantes de males de proporção internacional, a preocupação com a responsabilidade criminal vem em segundo plano, sendo primordial a oportunidade de, nos casos possíveis, tentar reerguer o que havia de vida comum antes do cometimento dos crimes.

Buscando rápido aporte no já estudado julgamento de Nurembergue, verificamos a condenação de vários líderes nazistas. No entanto, permanece fonte de questionamento atual o destino do patrimônio do povo judeu, não particularizando as incontáveis situações de famílias que perderam suas origens, empregos, negócios próprios, entre outros.

Também causa receio ainda quanto à análise da determinação, a perigosa amplitude constante na letra “*d*”, como consta na redação supra. Ao mesmo tempo que dever-se-ia adotar uma postura elogiosa com relação ao artigo em tela, que menciona a idéia de contribuição intencional a um crime coletivo, o que é superior a uma conspiração porquanto há contribuição aos atos executórios (efetivamente cometidos ou meramente tentados) realizados por um grupo de pessoas com a mesma finalidade, teme-se exatamente pela fragilidade do texto legal ou ainda, ao nosso ver, pelo descumprimento da taxatividade.

Mantendo a ordem de análise dos aspectos legais do Estatuto, em especial atenção aos artigos que suscitem dúvidas ou, ao menos, curiosidade, percebe-se que no que tange à responsabilidade penal individual, imperou o brocardo jurídico que assevera “*societas delinquere non potest*”, que determinou poder figurar como pólo ativo nas condutas previstas no Estatuto somente as pessoas naturais ou físicas (art. 25, I).

Por outro viés, há de ser elogiada a temática proposta no art. 25, item 3, pois crimes da natureza pesquisada são executados coletivamente por grupos e organizações criminais. E a falta de regulamentação neste teor foi fonte de graves questões de ordem jurígeno-processuais, nos Tribunais *ad hoc* para a ex-Yugoslavia e Ruanda.

Não restam dúvidas de que a temerária elasticidade dada aos conceitos legais acarretará outra enorme problemática que é a condizente à função da pena. Se o conjunto normativo se apresenta impreciso, por vezes dúbio, pouco claro, muito mais difícil se torna a agregação de consensos (na particularidade do Estatuto, em que se reservam interesses de ordem global) e, como não, o efeito intimidador de uma sanção que não se encontra atrelada à proibição de uma conduta facilmente compreensível.

Por outro lado, só a taxatividade da norma permite reconhecer quando a mesma é violada. E no mesmo sentido se presta a buscar uma conduta que não viole a legislação aplicada sob o temor de cumprimento de uma punição. Entretanto, muito mais difícil se torna tal missão, quando não se sabe exatamente o que se desobedeceu.

Em princípio, a fim de respeitar a natureza jurídica do que se denomina taxatividade, é necessário, no mínimo, frisar que a norma deve descrever claramente a ofensa, seja na ocorrência do dano ou sua eminência concreta (de perigo), a atitude (ou omissão) externa que cause agressão a bem jurídico. Entre a extensa cadeia de atos que precedem o efetivo cometimento do delito, faz-se primoroso a relevância das condutas que, por sua periculosidade, ou realização do prejuízo concreto, mereçam intervenção penal.

A problemática frente a ditas normas imprecisas não é privativa da defesa. Também, quanto à acusação, e abordaremos o papel do Ministério Público no Tribunal Penal Internacional no futuro, resta temerária a adoção de tais artigos do Estatuto ao caso concreto. Como verificar a desobediência a uma norma, nos casos em que a mesma tem redação imperfeita? Em situações como a proposta, a manifestação da acusação certamente agrediria os princípios tendentes à liberdade individual.

Importante frisar, e porque não admitir, interromper a seqüência crítica a algumas das normas constantes no Estatuto, para oferecer um singelo elogio que é o que merece a redação completa e taxativa constante no art. 29, que regula que “Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.”

A norma em questão merece a nota específica, porquanto atendeu à suficiência, um reclame de ordem global, ao determinar serem imprescritíveis os crimes de guerra e os

denominados “de lesa humanidade”, sem fazer distinção entre delitos de maior ou menor gravidade, tendo em vista que aqueles crimes que serão julgados pela Corte em exame se constituem em infrações de relevante importância para o cenário internacional.

Retornando à esteira de normas que oferecem uma interpretação (demasiado) ampla, entendemos merecer atenção aquela constante no art. 30, do Estatuto, cuja redação já inicia prevendo que ninguém será responsável criminalmente, ou punido, por crime cuja competência seja do tribunal, “a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.”

A questão pode ser facilmente elaborada. A inconsistência dos dispositivos legais não oferecem conforto nem qualquer segurança jurídica. Passemos a analisar objetivamente confrontando o disposto no art. 28 e 30 do mesmo Estatuto.¹²⁵

Já o art. 30, que versa sobre os Elementos Psicológicos, dispõe em seu item 1.¹²⁶

Admitindo que o referido art. 30 trate dos elementos de intencionalidade, observa-se que a regra geral estabelecida sobre o elemento subjetivo dos crimes de competência da Corte é que se cuida de delitos dolosos ou intencionais, o que constitui uma exceção ao critério de incriminação da conduta culposa do superior hierárquico que se descreve como alternativa.

Que o art. 30 admite exceções, não há dúvida, assim inicia sua redação. Contudo, importa, em nosso ver, falha grave dos legisladores ao não oferecer tratamento distinto, em

¹²⁵ Art. 28 – Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos
Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) o chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

[...]

i) esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; (grifo nosso)

¹²⁶ 1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.

sede de reprimenda prisional, aos crimes cometidos por força de dolo e os culposos de sabidamente diversas naturezas e proporções.

Parece-nos que, seguindo uma tendência contemporânea e mundial, a melhor prestação jurisdicional seria aquela na qual teríamos a existência de um direito penal mínimo, constituído de poucas e claras normas, que descrevessem “de modo fragmentário perigosas agressões a concretos bens jurídicos”¹²⁷.

Na seara do acusado, em sua atitude defensiva, fundamental é a exata cognoscibilidade da acusação e a possibilidade de realização de provas, como determina um processo alicerçado no contraditório.

Se essas questões já permitem um sem-número de elocubrações quando examinadas no contexto interno, muito mais grave se torna, quando passamos a estudá-la no campo do direito internacional.

A complexidade, como vimos, nasce da difícil missão legislativa, antes que se inicie a verdadeira problemática: a prestação jurisdicional. Neste norte, é questionável se o direito e a diplomacia (reduzindo a gama de órgãos e organizações com capacidade de manifestações em tal âmbito) têm condições de satisfazer tais expectativas de ordem global. Tendo em vista que a composição do Estatuto em tela se deu pela união de diversos Estados membros, estariam estes dispostos a declinar de sua soberania em favor de um poder Judiciário realmente competente?

Foi justamente pensando em questões de tal ordem a elaboração do art. 124 do Estatuto (Disposição Transitória) que prevê:

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

¹²⁷ MOCCIA, 2004, p. 228.

disposto neste artigo será reexaminada na Conferência de Revisão a convocar em conformidade com o parágrafo 1.º do art. 123.

A previsão legislativa tem razão de ser pois resta inequívoca a natureza política do Estatuto, ratificando as já noticiadas e conhecidas (ainda que sempre renováveis) dificuldades próprias do direito penal no âmbito internacional sendo essencial, mais que habitualmente, lembrar a necessidade de ocultar a prevalência da “lei da força” sobre a “força da lei”, como ensina Sergio Moccia. O mesmo autor¹²⁸, aliás, em importante crítica ao Tribunal Penal Internacional, assim conclui:

[...] Se se quer instaurar uma verdadeira jurisdição internacional e não um fantoche desta, é indispensável uma obrigatoriedade da ação penal, a independência e a ‘terceirização’ do juiz, a efetividade do direito de defesa, mas também a clareza, simplicidade, praticabilidade e aceitabilidade das regras de conduta, dos critérios de imputação, objetivos e subjetivos, e ainda das sanções.

Isto significa que, provavelmente para podermos aspirar a uma real justiça penal internacional, será necessário escrever um novo Estatuto.

Há outra crítica mais branda, e que torna mais otimista a expectativa de efetiva prestação jurisdicional internacional, na doutrina analisada (sem pretender, aqui, esgotar o tema, pois muitas outras devem referendar ambas as posições apontadas, sendo crível a existência de inúmeras outras soluções), que passo a transcrever, no original, tendo em vista a clareza nas idéias e a possibilidade de sua realização, como segue:

[...] No se puede negar que el Derecho Penal Internacional es una disciplina em desarrollo, y con seguridad la doctrina científica dará respuestas y alternativas a los distintos problemas que surgirán con su aplicación. Sin embargo, la solución a los problemas que aquí se han expuesto brevemente, no depende unicamente del órgano político de la Corte Penal Internacional [...] creo que la solución a estos problemas jurídicos – muy relacionados com los diversos contextos políticos que cada país vive – pondrán empezar a resolverse em la medida em que los Estados asuman el compromiso de modificar sus Cartas constitucionales y su legislaciones penales, adecuándolos alas disposiciones contenidas em el Estatuto de Roma y estableciendo formas de colaboración com la futura Corte Penal Internacional.¹²⁹

O fato é que, seja por uma ótica eufórica ou pessimista, nenhum dos dois perfis analisados separadamente satisfazem a população mundial. O grau de violência, ódio e selvageria atuais, sem esquecer jamais, os interesses econômico-políticos comumente

¹²⁸ MOCCIA, 2004, p. 230-231.

mascarados por trás destas questões que causam tristeza e apatia ao mundo inteiro, devem ser estancados, avaliados e amplamente modificados.

No mesmo compasso, as atrocidades que invadem as notícias em nível mundial têm agora um instrumento apto de julgamento. Falhas se fazem presentes mesmo antes de sua prestação jurisdicional. No entanto, elas poderão ser suprimidas com trabalho, boa vontade e senso de justiça, sob pena de corroborarmos as sentenças elaboradas por Nietzsche, ao dizer que “matamos Deus” e de Voltaire, dando conta de que nosso comportamento, em situações similares àqueles que, em nosso tempo, tornariam aplicáveis os preceitos do Estatuto de Roma, “desonram a natureza humana”.

Em conclusão ao ponto apreciado, valho-me novamente da doutrina, cujas palavras alcançam a complexidade do tema proposto:

[...] Esta dimensão do intolerável, deste modo partilhada, torna impossível a evasão, o esquecimento e impõe-nos uma co-responsabilização como forma de luta contra a negação da existência humana que nestes atos vem simbolizada. Co-responsabilização cuja assunção vai, em última instância, emprestar força ao direito internacional penal, enquanto simboliza o que de mais essencial contém o conceito de alteridade como ensina Emmanuel Lévinas, o respeito pelos direitos de corporalidade do Outro fundado na convicção íntima de ‘quem sente o seu direito de existir, constantemente, ameaçado na hora quotidiana em que o outro sofre e morre’.¹³⁰

Examinado sobre diversos vértices o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, outra importante faceta merece especial análise, que é a sua recepção pelo direito pátrio.

Do ponto de vista de sua formação, como já salientado, destoou o TPI dos anteriores Tribunais *ad hoc* especialmente porque aqueles foram instituídos por Resolução do Conselho de Segurança da ONU, ao passo que o Estatuto de Roma o foi por tratado internacional.

¹²⁹ GUAJARDO, 2004, p. 33.

5.1 Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro: Breves Considerações

Algumas questões vêm à tona de modo especial, quando confrontamos certos elementos constantes no citado Estatuto e em nossa Constituição da República. Em consonância com o entendimento de importantes doutrinadores nacionais¹³¹, os pontos de maior divergência quanto à aceitabilidade da Carta de Roma foram: I) previsão, no art. 58, da entrega de nacionais; II) exercício de jurisdição independente de imunidade e prerrogativas forenses (art. 27); III) violação da coisa julgada (art. 20); IV) possibilidade de condenação à pena de prisão perpétua (art. 77) e V) a imprescritibilidade dos delitos previstos no Estatuto.

A primeira análise que permite a possibilidade de conflito entre o citado Estatuto e nossa normatividade diz com a previsão de atos de cooperação com o TPI, donde se subdividem as seguintes espécies: atos de entrega de pessoas à jurisdição do Tribunal; atos instrutórios diversos e, por fim, atos de execução de penas.

A possível vedação ou, ao menos, o conflito aparente de normas vem da análise do instituto jurídico “entrega”, do Estatuto de Roma, e nossa Constituição da República que é bem taxativa ao afirmar, no art. 5º, LI, que “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.”

Passemos à análise das divergências e/ou dúvidas apontadas:

Aprovado pelo Congresso Nacional por força do Decreto Legislativo nº 112, de 06 de junho de 2002, o Estatuto de Roma foi assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000, sendo promulgado por meio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, como já referido anteriormente.

¹³⁰ CAMPOS E ASSUNÇÃO, 2000, p. 40.

¹³¹ REALE JÚNIOR., 2002.; RAMOS, André Carvalho. O Estatuto Penal Internacional e a Constituição Brasileira. AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 267-269.

Com atenção ao *modus operandi* da incorporação dos Tratados Internacionais ao Ordenamento Jurídico Interno, como será comprovado, o Colendo Supremo Tribunal Federal tem entendimento firmado no sentido de que os chamados Tratados Internacionais, independentemente da matéria neles constante, são incorporados em nosso ordenamento jurídico interno com *status* de norma infraconstitucional ou, mais claramente, com força de lei ordinária.

Não obstante a extensão do acórdão, entendo que por seu alto sentido pedagógico, cabível sua reprodução na íntegra:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. –

É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato

subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

- No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do ‘*treaty-making power*’, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“*lex posterior derogat priori*”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. –

O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e

a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem em sua legislação nacional apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10).¹³²

Entendimento um pouco diverso nos oferece a doutrina que adotou o posicionamento de que, em casos de norma internacional (tratado, por exemplo) pertinente aos direitos humanos, como é o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a incorporação ao nosso ordenamento jurídico dar-se-ia como Emenda Constitucional, pois assim reza o art. 5º, parágrafo 2º, de nossa Constituição em vigência.¹³³

Na mesma esteira, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que aditou um parágrafo ao art. 5º, da Constituição da República.¹³⁴

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1480 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 18 maio 2001. p. 00429

¹³³ Art. 5º

[...]

§ 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos principais por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹³⁴ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Entretanto, convém frisar, nem o *status* de emenda constitucional tem o condão de modificar o seletivo grupo legislativo, comumente denominado de cláusulas pétreas (previsto no art. 60, § 4º, inciso IV), de nossa Constituição que diz que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”.

Cabível novamente o exame de nosso texto constitucional, mais particularmente, no ADCT, cujo art. 7º, assim prevê: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.”

Como já manifestado, as eventuais arguições de inconstitucionalidade que podem ocorrer por força das disposições do Estatuto de Roma, têm maior polêmica nos aspectos de entrega de nacionais à jurisdição do TPI, como meio de cooperação, e na previsão de aplicação da pena de prisão perpétua.

A questão da entrega esbarraria no disposto no art. 5º, inciso LI, de nossa Constituição, antes transcrita.

E o assunto em questão não oferece maiores discussões, porquanto é o entendimento absolutamente fixado de que há vedação absoluta de extradição de brasileiro nato e há proibição relativa nos casos de brasileiro naturalizado.

Lembrando que o Estatuto de Roma foi confeccionado de modo a não admitir qualquer reserva, construções interpretativas permitiram que se criassem condições de o Brasil aderir à norma internacional. Foram elas:

Com esteio no princípio da complementariedade, previsto no art. 1º do Decreto nº 4.388/2002, os Estados membros poderiam efetivar a persecução de seus nacionais sem a obrigação de entregá-los ao TPI (cuja competência, repisamos, é subsidiária). Assim, somente os casos de inércia ou insuficiência da atuação nacional dariam ensejo à jurisdição daquela Corte Internacional.

Por outro lado, tanto na essência quanto na terminologia, destoam os institutos da entrega e da extradição. O primeiro se cuida de um procedimento entre Estado e organização

internacional, ao passo que a extradição versa sobre a relação decorrente de duas soberanias (ocasião na qual um Estado “entrega” à justiça de outro Estado o acusado ou condenado para que lá se perpetuem as providências necessárias, seja à realização de um julgamento, seja ao cumprimento de pena, entre outros).

Como se percebe, a jurisdição do referido Tribunal Penal Internacional destoa integralmente da justiça de outro País. Neste último caso, um dos países não teve qualquer relação com a formação da soberania do outro, não houve manifestação de sua vontade (com a extradição, há o cumprimento de um acordo prévio, e só). Quanto à entrega à jurisdição internacional, o Estado que a faz assentiu com os termos de criação do TPI.

No entendimento de Reale Jr¹³⁵, dessarte, “não haveria ‘extradição de nacional’, pois o Tribunal, após a retificação, passaria a ser um órgão reconhecido pela jurisdição brasileira.”

Por outro vértice, há de se atentar que o art. 102 do Estatuto de Roma prega claramente a distinção entre “extradição de um indivíduo de um Estado para outro Estado e entrega de um indivíduo de um Estado para o Tribunal Penal Internacional.” Em outras palavras¹³⁶, ao passo que há relações horizontais entre Estados soberanos na extradição, na entrega a relação é vertical (entre o Tribunal e os Estados).

Com atenção à questão da pena de prisão perpétua, constante no art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”, nossa Carta Constitucional é absolutamente clara ao determinar que não haverá penas de caráter perpétuo. Ou seja, nenhum magistrado ou colegiado brasileiro poderá aplicar tal sanção penal, por expressa disposição constitucional.

Nos casos em que se entregava alguém para ser processado e julgado por outro Estado soberano, o STF tinha posicionamento pacificado no sentido de admitir a extradição para país que adota a prisão perpétua ao argumento de que, no processo extradicional, não se poderiam estabelecer restrições oponíveis à ordem jurídica do país requerente.

¹³⁵ REALE, Jr., op. cit., p. 120.

¹³⁶ STEINER, Sylvia Helena Figueredo. Tribunal Penal Internacional: a proteção dos direitos humanos no século XXI. *Revista dos Advogados*, n. 67, ago. 2002. p. 80.

Analisemos o seguinte julgado, que bem explicita a questão:

Mantendo a orientação da Corte no sentido de não se exigir do Estado requerente, para o deferimento de extradição, compromisso de comutação da pena de prisão perpétua aplicada ao extraditando na pena máxima de trinta anos, o Tribunal, por unanimidade, deferiu pedido de extradição, vencidos em parte os Ministros Celso de Mello, relator, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, que condicionavam o deferimento do pedido ao compromisso de o Estado requerente comutar, em pena de prisão temporária, a pena de prisão perpétua eventualmente aplicável ao extraditando. Precedente citado: Ext 426-EUA (RTJ 115/969).¹³⁷

Assim, ainda que de forma não-unânime, o STF entendia não haver maiores problemas na previsão de aplicação, pelo TPI, da pena de prisão perpétua (constante no art. 77, item 1, alínea “b”, do Estatuto de Roma) uma vez que, se tal sanção penal não constituía motivo impeditivo à extradição, tampouco inviabilizaria a entrega do acusado para ser julgado perante a Corte Internacional.

Entretanto, há um precedente recente do STF, em nova composição, na qual o posicionamento anterior foi modificado de forma a condicionar a extradição à comutação da pena de prisão perpétua em pena de caráter temporário, fixada, em, no máximo, 30 (trinta) anos. Assim está lavrada a decisão:

Extradição. Prisão Perpétua. Compromisso de Comutação.

O Tribunal, por unanimidade, deferiu pedido de extradição formulado pelo Governo do Chile, para entregar nacional chileno condenado, naquele País, a duas penas de prisão perpétua, pela prática dos crimes de extorsão mediante seqüestro, formação de quadrilha e homicídio, todos qualificados como delitos de natureza terrorista. Na espécie, o extraditando também fora condenado pela Justiça do Estado de São Paulo à pena de trinta anos de reclusão, pela prática dos crimes de extorsão mediante seqüestro, formação de quadrilha e tortura, condenação com trânsito em julgado, encontrando-se preso cautelarmente em virtude de decisão do relator neste processo, Min. Celso de Mello. Inicialmente, considerou-se observado o requisito da dupla tipicidade (Lei 6.815/80, art. 77, II e Decreto 1.888/37). Afastou-se a incidência da hipótese prevista no inciso LII do art. 5º da CF, que veda a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião, por se considerar que os crimes praticados pelo extraditando não se revestiam desse caráter, sendo comuns, porquanto os mesmos teriam ocorrido em período no qual a república chilena já se encontrava em plena normalidade democrática, estando os partidos políticos em situação legal e tendo o povo chileno escolhido o novo Presidente da República em eleições livres, abertas e

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ext 811-República do Peru. Relator: Min. Celso de Mello. *Informativo do STF*, n. 280, 4 set. 2002.

democráticas. Salientou-se que o extraditando não fora julgado por Tribunal de exceção e que teriam sido atendidos todos os requisitos concernentes ao devido processo legal.

Ressaltou-se que, apesar desse contexto, o deferimento da extradição dependeria do Estado requerente assumir o compromisso de comutar, em pena não superior a trinta anos de reclusão, as penas de prisão perpétua impostas ao extraditando, uma vez que a regra contida na alínea b do inciso XLVII do art. 5º da CF, que veda a cominação de penas de caráter perpétuo, precederia a outras de ordem convencional ou legal. Assim, condicionou-se, por maioria, a entrega do extraditando à comutação das penas de prisão perpétua em penas de prisão temporária de no máximo trinta anos, observados, desde que assim o entenda o Presidente da República, os arts. 89 e 67 da Lei 6.815/80. Vencidos, nesse ponto, os Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim, Presidente, que não admitiam a ressalva por entender que não se poderiam estabelecer restrições oponíveis à ordem jurídica do país requerente.¹³⁸

Ainda que seja inviável formular qual será a decisão a ser adotada, em ambos os casos citados, ainda que sejam diversos os entendimentos, entende-se não haver prejuízo da competência e atuação do Tribunal Penal Internacional, pois a maior ressalva pode ser o compromisso de comutação da pena de prisão perpétua em prisão temporária, como disse o último acórdão transcrito.

No que toca à possibilidade da comutação, convém lembrar o que a Lei nº 6.815/80 (conhecida como Estatuto do Estrangeiro), em seu art. 91, inciso III, estatui.¹³⁹

Como se vê, houve possibilidade de interpretação do Estatuto de Roma ao texto de nossa Constituição da República, tanto o foi que a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, que ofereceu o parecer de nº448, de 21 de maio de 2002, que examinou o Projeto de Decreto Legislativo que aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional concluiu “[...] pela inexistência de óbices, quanto à constitucionalidade, que possam impedir a adesão do Brasil ao Estatuto de Roma.”

As demais questões aventadas apresentaram bem menores dificuldades para a aprovação.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ext 855/República do Chile. Relator: Min. Celso de Mello. *Informativo do STF*, n. 358, 26 ago. 2004.

¹³⁹ Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso:

- b) omissis;
- c) omissis;

Quanto à imprescritibilidade dos delitos constantes no Estatuto de Roma (seguindo forte posicionamento do direito internacional¹⁴⁰), também nossa Constituição faz previsão expressa, no art. 5º, inciso XLII, de que o crime de racismo é imprescritível.

Também a questão das imunidades não acarreta maiores dúvidas tendo em vista que a Emenda Constitucional nº35/2001 deu nova redação ao art. 53, da Constituição ao determinar que tanto Deputados como Senadores serão julgados pelo STF por fatos ocorridos após a expedição do diploma. Quanto às condutas delitivas ocorridas antes da diplomação, estas não seriam albergadas pelo manto da imunidade.

O último dos óbices ao acolhimento do Estatuto de Roma por nossa legislação diz respeito à possível violação da coisa julgada, nos termos constantes no art. 20, em especial na parte final do item 3, alíneas “a” e “b” do Estatuto. Há de se registrar, no caso em tela, que a ressalva tem razão de ser, porquanto é pertinente aos casos em que há uma notória fraude, não um julgamento efetivo. O que busca o Estatuto é evitar que alguém consiga livrar-se de um julgamento em seu país de origem, com argumentos e provas falsas, e use este expediente para livrar-se da competência subsidiária do Tribunal Penal Internacional.

Em fase conclusiva à admissão do Estatuto de Roma em nosso ordenamento pátrio, entendemos importante frisar que a própria edição do Estatuto, como reverenciado anteriormente, é um fator a ser comemorado pela comunidade internacional. Em prol de uma efetiva prestação jurisdicional, que causasse, senão o temor aos eventuais autores de cometimento de novos delitos, mas, de modo muito superior, ao menos um maior respeito para com a vida do homem. Para que sua prática, e os desejos que daí decorrem, possa ser aprimorada e aplicada, concordo com a objetiva e pontual redação de Salo de Carvalho¹⁴¹ que diz entender ser “imprescindível a capacitação de órgãos jurisdicionais, visto que as normas,

d) de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação;

¹⁴⁰ BADARÓ, Gustavo. O anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas In: AMBOS, Kai. *Temas actuales del derecho penal internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Ed. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 100.

¹⁴¹ CARVALHO, Salo de. Sobre a Jurisdição Penal Internacional: primeiras impressões a partir do garantismo jurídico. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, São Leopoldo, 2002, p. 356.

por elas mesmas, não garantem absolutamente nada, se não forem amparadas por sistemas legítimos de processualização, julgamento e punição das lesões aos direitos.”

Até o advento da instituição do Tribunal Penal Internacional, sendo sua competência o julgamento dos crimes de natureza mais graves cometidas contra os direitos fundamentais dos homens, ainda que restrito aos países signatários, deve-se ter em conta que a natureza da prestação jurisdicional vincula-se à responsabilização penal do indivíduo.¹⁴²

Em uma análise otimista com respeito ao Tribunal Penal Internacional, e reconhecendo que qualquer observação é meramente conjectural, uma vez que o mesmo não foi acionado ainda, tendo em vista principalmente a ausência da adesão dos Estados Unidos da América, sabidamente a maior potência da Terra, valho-me das palavras de Elia Patricia Neri Guajardo¹⁴³, a respeito da importância da Corte em exame, e da expectativa que causa a todos em relação a sua atuação:

El éxito o fracaso de la Corte Penal Internacional en el establecimiento de este nuevo orden internacional sugerido, será evaluado en los años venideros. Nuestra condición a la estructuración de dicho orden, debe darse en el ámbito de la difusión de la cultura del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

No debe favorecerse con un pensamiento neutro y una voz silenciosa, la realización masiva o sistemática de violaciones de derechos fundamentales, por el contrario, debemos asumir una posición crítica, ya que está sería la única posibilidad de que las historias de Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, Guatemala, Somalia, Sierra Leona y la antigua Yugoslavia entre muchas otras, no sean observadas como hechos cotidianos y sus graves consecuencias nos resulten indiferentes. La sociedad civil, puede y debe mostrar ante estas situaciones su desaprobación y repulsa. Estas consideraciones bien sé, pueden ser vistas como cuestiones sumamente pragmáticas, sin embargo me parece aplicable a este ambicioso proyecto de la Corte Penal Internacional aquella frase del professor Alibil ESSER: ‘la utopia es la madre del progreso’.

¹⁴² GEORGE, Rodrigo Bandeira Galindo. *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 337.

¹⁴³ GUAJARDO, 2004, p. 34-35.

6 A EVOLUÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A realidade de um mundo globalizado, em questões como aqui se pretende enfrentar, não mais pode ser encarada como um projeto futuro, mas como algo absolutamente atual. No campo de avaliação da aplicação das ciências jurídicas e sociais, na ótica transnacional, poderíamos reconhecer a defasagem brasileira em comparação com outros institutos (como as relações comerciais, cambiais e culturais), com as quais já adquirimos maior experiência e afinidade prática.

O velho mundo percebeu a necessidade de uma maior união e trabalhou de modo conjunto no que denominou de União Européia, sendo este não só o principal bloco continental da Terra como também a prova cabal de que a sistemática vem-se alterando e pode, nestes termos, apresentar resultados diferenciados. Por outro lado, se foram econômicos os principais fatores de criação de tal ‘bloco’, e aqui cabe lembrar o posicionamento adotado por Felix Peña¹⁴⁴ ao dizer que “os esforços de integração multilateral são fenômenos de natureza política, mas somente podem existir na legitimidade democrática que torna factível sustentar o desenvolvimento de mercados comuns”, não só a ele ficou restrito, sendo absolutamente viáveis novos estudos acerca do exercício da jurisdição além fronteiras (no que toca à aplicação na esfera não só do Estado-membro – competência interna), como é o que se pretende aqui desenvolver por ocasião da existência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (sendo este, no caso em tela, o vetor que se pretende mais profundamente analisar).

Nesse diapasão, diversas nações resolveram criar uma nova legislação de regência com aplicação específica para além do direito interno. Sob o aspecto judicial, que é o que aqui se pretende abordar, todos aqueles países que aderirem ao que ora passaremos a denominar de “bloco” comprometem-se a cumprir a legislação que prevê o estabelecimento das normas para além do direito interno sem que isso acarrete qualquer dúvida ou lesão acerca de legitimidade, competência ou autonomia do direito interno.

¹⁴⁴ PEÑA, Felix. O Mercosul e suas perspectivas: uma opção pela inserção competitiva na economia mundial. In: SEMINÁRIO SOBRE AS PERSPECTIVAS DOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO SUB-REGIONAL NA AMÉRICA LATINA E AMÉRICA DO SUL, 1991, Bruxelas. p. 2. apud BASSO, Maristela op. Cit., p. 1.

6.1 Direito Internacional Público X Direito Comunitário

Antes de examinarmos o processo evolutivo de criação dos citados tribunais continentais, faz-se preemente que analisemos, ainda que não profundamente, alguns institutos típicos do Direito Comunitário e suas distinções, quando confrontados com os conhecimentos do ramo do Direito Internacional Público, principalmente à luz das questões envolvendo a supranacionalidade.

Tendo em conta a amplitude de ambas as disciplinas, o que aqui se busca é situar o leitor e a ele ofertar condições de identificar e distanciar ambos institutos e sua aplicação no cenário internacional.

Entre diversos conceitos, deve-se atentar que o Direito Internacional Público sempre faz menção ao “Estado”, sendo este o primeiro sujeito de direitos envolvido em questões de DIP, além de principal membro da sociedade internacional.

Cabe à disciplina, diante disto, regular a relação existente entre Estados, sendo produto da vontade destes mesmos Estados.

Valemo-nos de dois conceitos desenvolvidos pela doutrina pátria:

Consoante o entendimento de Franz Von Liszt, Direito Internacional Público “é o conjunto de regras jurídicas determinantes dos direitos e deveres mútuos dos Estados que fazem parte da comunidade internacional, naquilo que se refere ao exercício de sua soberania”; já Raul Pederneiras define como “o conjunto de princípios reguladores das relações dos Estados, sendo que estas, positivadas pelo consenso recíproco, estabelecem um conjunto de normas sobre a atividade jurídica, em situação estável.”¹⁴⁵

¹⁴⁵ SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 27.

O Direito Internacional Público também pode ser conceituado como “o conjunto de normas que regula as relações externas dos atores que compõem a sociedade internacional.”¹⁴⁶

Como podemos ver, ainda que de modo breve, mostra-se clara a distinção sofrida pelo ente Estado, sendo o homem e suas garantias, bem como a cidadania, colocados em um plano secundário.

Quanto ao Direito Comunitário, por sua vez, em que pese sua recente existência, tendo em vista que seu nascimento se deu na Europa pós-guerra (ou seja, na década de 1950), a integração iniciou na seara econômica mas seus ótimos resultados acarretaram ampliações nestas relações, como teremos oportunidade de apreciar.

Ente de enorme complexidade, abriga questões pertinentes aos Direitos Público e Privado, não podendo ser enquadrado como parte do direito interno nem tampouco como um simples “braço do Direito Internacional, seja este Público ou Privado.”¹⁴⁷

Entre inúmeros conceitos que bem definem o Direito Comunitário, registramos inicialmente, como “A norma fundamental do ordenamento jurídico comunitário europeu é a autoridade supranacional comunitária assentada no exercício compartilhado das soberanias dos Estados-membros em um processo de integração política, econômica e social movido pela inexorabilidade da identidade europeia que é intrínseca e comum a todas as nacionalidades que se afirmaram naquele território histórico-geográfico.”¹⁴⁸

Ou seja, devemos registrar que o pólo em que maior desenvolvimento do Direito Comunitário se faz presente é o que se localiza na União Europeia, sendo absolutamente relevante que internalizemos em nosso saber, o conceito de supranacionalidade, que permite que se uniformize a aplicação do Direito em todo aquele bloco. Por óbvio que a aplicação dessas instituições supranacionais requer a (pré) existência de normas supranacionais (que

¹⁴⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1. p. 67.

¹⁴⁷ SEITENFUS; VENTURA, 1999, p. 184.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Márcio Luis. *A União Europeia: do processo de integração econômico-política à formação de uma cidadania comunitária*. 1999. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Minas Gerais, Belo Horizonte. apud SILVA, Roberto Luiz. *Direito comunitário e da integração*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 44.

permite, de vez, observarmos as distinções características daquela sistemática e a brasileira que, como a maior parte dos Estados, em sua condição de soberania, denominamos de natureza regional).

Tornam-se mais facilmente perceptíveis as características próprias do aludido instituto quando examinamos seus princípios específicos, quais sejam: autonomia, aplicabilidade direta e primazia da aplicação de suas regras em detrimento às normas internas dos Estados-membros. Mas é exatamente a partir daí que este instituto deixa clara sua polêmica existência, pois muitos entendem ser banalmente agredido o conceito de Soberania (no âmbito da não utilização do regramento jurídico interno em detrimento da aplicação de uma legislação de natureza comunitária).

No entender de Márcio Luis Oliveira, “na União Européia, a fonte de todo poder comunitário está na soberania originária de cada Estado-membro que a integra. Os poderes da União são derivados da soberania de cada um deles, embora a ordem jurídica comunitária tenha primazia sobre as ordens jurídicas nacionais. O poder constituinte comunitário não se concentra na União, mas nos Estados-membros que o exercem coletivamente.”¹⁴⁹

Na mesma obra, já referida, de Luiz Roberto Silva¹⁵⁰, há a manifestação de Schuman que diz que “a supranacionalidade situa-se a meio caminho entre, por um lado, o individualismo internacional – que considera intangível a soberania nacional e aceita outras limitações desta soberania que não as resultantes de obrigações consensuais, ocasionais e revogáveis – e, por outro, a federação de Estados subordinados a um superestado dotado de soberania territorial própria.”

Por óbvio que essa prevalência do Direito Comunitário sobre o Direito Interno aplicado nos Estados-membros foi objeto de deliberação e votação. E isso ocorreu no já citado Tratado de Maastricht (07 de fevereiro de 1992). Mas isto não impede, como veremos na seqüência deste capítulo, que tal assunto acarrete postura unânime por parte dos jurisdicionados (seja no campo do direito interno ou comunitário). Ou seja, o tema em análise é ainda, objeto de recorrente discórdia.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Márcio Luis. apud SILVA, R., 1999, p. 41.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 41.

A fim de possibilitar a evolução legislativa que acarretou a UE nos termos em que a mesma se constitui atualmente fundamental citarmos, por suas relevância e abrangência, entre outros, os Tratados firmados em Amsterdã e Nice, que serão melhor explicitados ainda no presente capítulo.

Em relação ao processo de criação de um mercado comum, iniciado a partir da década de 50, pelos Tratados de Paris e Roma, podemos atestar que teve início o processo de reconhecimento, pelos nacionais, desses Estados que propunham um conjunto de direitos, em especial, aqueles que versassem sobre um verdadeiro mercado comum, “¹⁵¹construídos em torno da idéia de assimilação do estrangeiro – nacional de um outro Estado-membro – ao nacional respectivo e da eliminação dos entraves à sua livre atuação, nas áreas cobertas pelo Tratado.”

Ou seja, a partir de então, migrava o interesse dos Europeus que saíram da área de pensamento da formação de um mercado cuja finalidade não mais era a (exclusivamente) econômica para outra, não atenta apenas aos cidadãos, mas a um início de conceito de cidadania da União, ou seja, buscando elevar-se ao *status* de cidadão europeu.

No particular, pode-se perceber um ainda mais sólido caráter comunitário, pois houve o reforço do chamado 1º pilar (constituído pela normativa da Comunidade Européia), pela inclusão de matérias que constavam no 3º pilar (cooperação em matéria de justiça e assuntos internos), o que conferiu maior caráter comunitário dentro de seus domínios, cujos resultados foram: maior consistência à questão da supranacionalidade com a definição e projeto de execução de uma política de defesa comum; declaração de que as decisões devem ser tomadas em prol dos cidadãos; reafirmação do princípio da subsidiariedade e consagração do princípio da proporcionalidade na adoção dos atos comunitários e estabelecimento de novas áreas de competência comunitária, prioritariamente nas áreas da saúde, trabalho e segurança social.

Como mais recente “revisão” da União Européia, devemos citar o Tratado de Nice, assinado em 26 de fevereiro de 2001, com entrada em vigor a partir de 01 de fevereiro de

¹⁵¹ RAMOS, Rui Manoel Gens de Moura. *Das Comunidades à União Européia*: estudos de direito comunitário. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 356.

2003, cujo especial propósito foi o de adaptar a estrutura institucional comunitária ao alargamento da UE.

6.2 A Questão da Supranacionalidade e os Direitos Humanos

Ao analisarmos o comportamento de questões pertinentes à defesa dos direitos humanos sob o prisma do direito e, principalmente os mecanismos de controle e efetividade da prestação dos mesmos sob o vértice de questões novas como competência territorial, nacionalismo e pluralidade interpretativa, ante a diversidade de pessoas e legislações envolvidas, há de se reconhecer que, não obstante sua reconhecida vigência recente, a própria expressão “direito dos direitos humanos” marca uma mutação.

A esta mutabilidade, poderíamos agregar diversos fatores, mas o que nos parece primordial foi a necessidade, e aplicabilidade prática, da utilização do direito internacional como base de enfrentamento a questões que demandavam urgentemente novas versões para conceitos antes rígidos, notadamente, as questões de competência territorial e, de forma mais particular, a aplicação das leis e de contextos jurídicos diversos.

Nesse compasso, o crescimento das questões pertinentes aos direitos humanos e como as comunidades, com suas legislações e ordenamentos jurídicos próprios, evoluíram no sentido de evitar que crimes de grandes proporções, tragédias envolvendo grupamento de pessoas, ou mesmo um simples desrespeito aos chamados direitos fundamentais do indivíduo pudesse encontrar o cômodo caminho da impunidade pelo simples fato de ausência de legislação de regência, ou outras práticas utilizadas para não responder pelas mazelas causadas.

Os direitos humanos, nascidos como declaração de princípios no séc. XVIII, tornaram-se princípios de direito a partir do século XIX, nos EUA, e, após a segunda metade do séc. XX, também na maioria dos países do continente europeu.

Para tanto, o caminho seguido foi de aplicação dos princípios, inicialmente na seara do direito interno, como princípios gerais de direito e, posteriormente como princípios constitucionais, de valor supralegislativo.

Para entendermos este último conceito, a melhor via é a observação histórica do processo em que se envolveram os habitantes do continente europeu que, ao inovarem com a criação de princípios de incidência supranacional, por serem regidos por textos internacionais (como, entre outros, poderíamos citar a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos Humanos – CEDSH, de 1950; Pacto da ONU sobre direitos civis e políticos, de 1966 e Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969) e controlados por instituições de mesma natureza jurídica supranacional, como é o caso do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias), acabaram desenvolvendo (entre vários outros) um novo conceito, no caso, o direito comunitário.

Tais órgãos, assim supervisionam o exercício do direito, com aplicação de princípios gerais de direito comunitário, e o respeito aos direitos fundamentais reconhecidos na ordem jurídica comunitária.

Tais documentos, acordos (bi ou multilaterais), convenções ou tratados trouxeram uma novidade radical ao direito internacional. Não mais se versa aqui, sobre questões estabelecidas entre Estados e a criação de direitos e obrigações, com tópicos focalizados de maneira isolada.

Poderíamos nomear tais medidas como “atos coletivos de vinculação paralela”¹⁵², sendo as obrigações assumidas condizentes aos próprios cidadãos que se investem da condição de personalidade jurídico-internacional, com direitos garantidos pelo ordenamento internacional, sendo exercitáveis frente ao seu Estado bem como a terceiros.

Por outro prisma, tendo por conta o exame de modelos de órgãos que atuam com poder de jurisdição supranacional, há de se reconhecer a fusão de duas relações jurídicas, de muita relevância no presente trabalho e de características bastante distintas, quais sejam, aquelas

¹⁵² SANCHEZ-CRUZAT, Jose Manuel Bandres. *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*: comentários a la última jurisprudência administrativa del Tribunal de Estrasburgo. Madrid: Civitas, 1996, p.15.

envolvendo o direito penal e os direitos humanos no que se entende como “relação ambígua que exprime uma tensão entre dois pólos, às vezes antinômicos e às vezes confundidos.”¹⁵³

Em relação à alegada antinomia, a autora Mireille Marty sustenta que esta (aparente) contradição ocorre porquanto os direitos humanos se encontram no âmago da justiça penal, que tem esteio no direito de punir, o que gera a possibilidade de que sejam agredidos alguns direitos fundamentais do indivíduo.

De outro lado, imperioso frisar, é exatamente esse sistema penal que prestará relevante auxílio no que tange à proteção destes direitos fundamentais. A citada doutrinadora aponta que a fusão existente entre tão diversos institutos acarreta segurança e penalidade, garantias e sanção, proteção e ameaça pois “é por meio de um duplo movimento, de um lado de afirmação positiva de valores e, de outro, de desqualificação de seu inverso ou de sua transgressão, que todo conjunto social institui sua organização [...]. E, por sua vez, o processo penal organiza de forma frequentemente bastante minuciosa, o respeito aos direitos da defesa, e, mais amplamente, as condições de um processo equitativo.”¹⁵⁴

No entanto, examinadas as forças desses sistemas jurídicos utilizados pela via comunitária, pode-se depreender a dificuldade ainda existente na aplicação de tantos conceitos, pois se já podemos considerar a existência de uma inflação legislativa de ordem interna, muito mais complexa é a inserção de normas de caráter internacional e supranacional.

6.3 Comunidades Européias: Criação e Evolução

A Europa sofreu com inúmeras guerras sangrentas, sendo que, somente França e Alemanha, entre 1870 a 1945, registraram conflitos por três vezes, o que acarretou a perda de inúmeras vidas. Com isso, vários líderes políticos convenceram-se de que a única maneira de garantir a paz duradoura entre os países seria uma união em nível econômico e político.

¹⁵³ MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004. p. 22.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 22.

E o primeiro passo concreto em prol desta organização ocorrida entre importantes países Europeus se deu com a instituição do “Comitê Internacional de Coordenação dos Movimentos para a Unidade Européia”, ocorrido na Haia, em 1947, cujo contexto histórico e expectativas são bem trazidos por João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos¹⁵⁵:

A opinião pública européia estava já, nesta altura, perfeitamente alertada e preparada para os esforços concretos, no sentido da edificação da Europa, que iriam desenvolver-se em duas frentes: a da cooperação – no pleno respeito da soberania dos Estados europeus; e a da integração – que acabaria por se impor – tendente à instituição entre os Estados participantes de um embrião de laço federal vocacionado para congregar um dia, no quadro dos Estados Unidos da Europa, um grupo de países que ao longo dos séculos se haviam periodicamente enfrentado nos campos de batalha.

Impõe-se registrar que no processo de institucionalização dos Direitos Humanos, iniciado no século XX, foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, sua base e ponto de partida para inúmeros outros ordenamentos jurídicos internacionais e nacionais. Tal Declaração buscou conciliar concepções liberais e marxistas, registrando que, diferentemente dos Pactos (dirigidos ao Estado e não aos indivíduos), a “Declaração Universal é inteiramente voltada para a pessoa: os direitos humanos são, antes de tudo, os direitos do indivíduo e a Declaração é endereçada aos indivíduos e não aos Estados (‘Todo o indivíduo, ou toda a pessoa, tem direito ’).”¹⁵⁶

Por outro vértice, pode-se afirmar que foi a Declaração de 1948 a pedra angular para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. No entendimento de Flávia Piovesan¹⁵⁷, “A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.”

¹⁵⁵ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Calouste, 2004. p. 39.

¹⁵⁶ BICUDO, Hélio. Título. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>> Acesso em: 20 fev. 2005. p. 2.

¹⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte*, n. 1, jan./jun. 2003. p. 322.

Com relação à universalidade, depreende-se que o único requisito para a dignidade e titularidade de direitos é a condição de pessoa. Prossegue a autora¹⁵⁸ afirmando ser indivisível porquanto “a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado os demais também o são.”

Norberto Bobbio, na obra “A Era dos Direitos”¹⁵⁹, diz que “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização com direitos positivos universais.”

Hannah Arendt¹⁶⁰, por sua vez, sugere que os direitos humanos não se restringem apenas a um dado, mas sim, algo que foi construído, em constante processo de construção e reconstrução.

Há de se ressaltar que referida Declaração teve o enorme “mérito de colocar, em caráter definitivo, o tema dos direitos humanos no rol dos grandes temas globais e dar início ao desenvolvimento do chamado direito internacional dos direitos humanos.”¹⁶¹

O enfoque na proteção dos direitos humanos tem razão de ser porquanto, conforme o entendimento de Gilberto Vergne Sabóia¹⁶², “remete à necessidade última que é a de garantir a melhor proteção possível ao ser humano, seja no ordenamento interno ou no ordenamento internacional, seja no âmbito do sistema global ou de sistemas regionais.”

Segue uma breve análise com referência aos principais institutos criados em prol de uma jurisdição em nível continental:

¹⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.

¹⁵⁹ BOBBIO, 1992. p. 30.

¹⁶⁰ ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: {s.n.}, 1979.

¹⁶¹ SABOIA, Gilberto Vergne. *União Européia, Mercosul e a proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <www.dhnet.org.br/oficinas/cursoac/mercosul/saboia> Acesso em: 27 out. 2004. p. 1.

¹⁶² Ibidem, p. 1

a) Tratado de Paris

O primeiro passo (específico) em prol dessa união deu-se com uma declaração do então Ministro dos Negócios estrangeiros Francês, Roberto Shuman, em 9 de maio de 1950, quando apresentou este projeto, elaborado conjuntamente com Jean Monnet¹⁶³ para a integração das indústrias do carvão e do aço da Europa Ocidental, da qual nasceu, em 18 de abril de 1951, sendo vigente a partir de 25 de julho de 1952, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) composta por seis membros: Alemanha Ocidental, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos, no que ficou conhecido como Tratado de Paris. Por ocasião de tal ato, expressões até então desconhecidas (“organização parafederal, transferência de determinadas competências estatais; produção legislativa autônoma, submissão dos Estados-membros à legislação de origem comunitária”, entre outras) passaram a compor esta fase embrionária do direito comunitário.

b) Tratado de Roma

Posteriormente, ou seja, com assinatura em 25 de março de 1957 e vigência a partir de 14 de janeiro de 1958, temos o Tratado de Roma que criou a Comunidade Européia da Energia Atômica (CEEa) e a Comunidade Econômica Européia (CEE), quando os estados membros decidiram suprimir os obstáculos comerciais que os separavam a fim de constituir um mercado comum. Cabe à Comunidade Econômica Européia (CEE) organizar a livre circulação das pessoas e das mercadorias na perspectiva de abertura total das fronteiras.

Ainda que o processo integracionista europeu tenha manifestado sólidos progressos na década de 60, com a liberação das trocas e implementação de áreas do mercado comum, em especial no tocante ao setor de política agrícola comum, poucos foram os avanços perceptíveis tanto na década de 70 como nos primeiros cinco anos da década de 80, pois muito significativas foram as divergências entre os Estados-Membros.

Em relação ao processo de criação de um mercado comum, iniciado a partir da década de 50, pelos Tratados de Paris e Roma, podemos afirmar que teve início o processo de

¹⁶³ LEWANDOSWSKI, Enrique Ricardo e TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito comunitário e jurisdição supranacional: o papel do Juiz no processo de integração regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

reconhecimento, pelos nacionais, destes Estados que propunham um conjunto de direitos, em especial, aqueles que versassem referencialmente a um verdadeiro mercado comum, “construídos em torno da idéia de assimilação do estrangeiro – nacional de um outro Estado-membro – ao nacional respectivo e da eliminação dos entraves a sua livre atuação, nas áreas cobertas pelo Tratado.”¹⁶⁴

Ou seja, a partir de então, migrava o interesse dos Europeus que saíram da área de pensamento da formação de um mercado cuja finalidade não mais era a (exclusivamente) econômica para outra, não atenta apenas aos cidadãos, mas a um início de conceito de cidadania da União, ou seja, buscando elevar-se ao *status* de cidadão europeu.

c) Ato Único Europeu

Com o fito de impulsionar uma adequada e sólida adaptação ao sistema institucional comunitário foi assinado, em Luxemburgo, em 17 de fevereiro de 1986, o chamado Ato Único Europeu, que entrou em vigor em 01 de julho de 1987.

Foi assim denominado, Ato Único, por ter revisto os Tratados anteriormente firmados e por versar, num mesmo instrumento jurídico, não só as questões de âmbito institucional (mercado interno e novas políticas a serem adotadas comumente) mas também aquelas pertinentes à cooperação política (que até então não eram reguladas em consonância com as demais questões comunitárias).

Referido Ato considerou que a União Européia basear-se-ia nas Comunidades já existentes (CECA, CEE e CEEA), com seu regramento próprio, e na Cooperação Política Européia, agora instituída de modo formal no sistema comunitário.

Nesse pensar, base da própria instituição da União Européia, esta compreenderia a criação de um espaço integrado sob os aspectos econômico e social, homogêneo e coeso, regido por Instituições consoante os quais os Estados-Membros procurariam definir e aplicar uma política externa comum formada, deste modo, pelas Comunidades, e todo seu potencial

¹⁶⁴ RAMOS, 1999, p. 356.

econômico, e pelos Estados-Membros, e sua capacidade política de adaptar-se e atuar frente ao mundo exterior.

d) Tratado de Maastricht ou Tratado da União Européia

Na seqüência dos fatos históricos, preemente a distinção à celebração do Tratado firmado na cidade holandesa de Maastricht, ou Tratado da União Européia, em 07 de fevereiro de 1992, sendo representados 12 (doze) países-membros das (então denominadas) Comunidades Européias (Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Portugal e Reino Unido, tendo, mais tarde, também aderido ao Tratado, a Áustria, a Finlândia e a Suécia), como sendo provavelmente o melhor exemplo prático de experiência integracionista avançada, sendo presentes não só os interesses constantes na cooperação econômica mas também como modelo de organização internacional moderna e renovada, com a integração dos países-membros, sendo substituídos os mercados nacionais por mercados comuns, compartilhados, no que se convencionou denominar Direito de Integração ou Direito Comunitário.

Sua vigência teve início em 01 de novembro de 1993, após alguns Estados-membros terem de rever suas Constituições a até proceder referendos. Na esteira dos anseios a serem supridos, entendia-se pelo estabelecimento de uma união econômica e monetária, servidos por um banco central europeu e pela utilização de uma moeda única.

Isso porque, e a seriedade do tema acarreta abordagem bastante reflexiva, “a cada nível ou estágio de integração corresponde uma renúncia crescente das competências inerentes à soberania nacional dos países-membros que buscam a cooperação e/ou integração econômica, os quais deverão transferir parcelas maiores de iniciativa política e econômica para as instituições comuns da integração, que as deterão de maneira exclusiva e irreversível.”¹⁶⁵

Em suma, referido tratado, consolida, no início do terceiro milênio, “uma superpotência econômica e política de trezentos e cinquenta milhões de habitantes, com uma

¹⁶⁵ BASSO, Maristela. Op. Cit., p. 2.

moeda comum, um território econômico integrado e uma política externa e de defesa única.”¹⁶⁶

O que se tem, por outro vértice, é a existência de uma única Europa, se o conceito estudado for o geográfico. Entretanto, se o enfoque analisado for, por exemplo, o direito, pode-se declarar que ele consagra tantas quantas são as instituições que reúnem uns ou outros países europeus.

São objetivos deste Mercado Comum Europeu, suprimir todas as fronteiras alfandegárias ou não alfandegárias, permitindo que haja livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais. Na mesma esteira, propõe as regras de livre concorrência conjunta e os mecanismos de harmonização das políticas econômicas. Enfim, cabe às comunidades europeias promover o bem-estar dos seus povos, garantindo a solidariedade comunitária às pessoas, regiões e setores menos favorecidos.

A fim de elucidarmos as inúmeras nomenclaturas daí doravante referentes aos principais órgãos atuantes na Europa, entendemos de melhor aspecto didático uma breve explanação dos objetivos da União e o efeito do Tratado de Maastricht perante as denominadas Comunidades Europeias.

Reza o art. A, título 1, do Tratado de Maastricht:

A União funda-se nas Comunidades Europeias, completadas pelas políticas e formas de cooperação instituídas pelo presente Tratado. A união tem por missão organizar de forma coerente e solidária as relações entre os Estados-Membros e entre os respectivos povos.

No art. B, do citado Tratado, há menção de quais são os objetivos da União:

- a) promover o progresso econômico equilibrado, mediante a criação de um espaço sem fronteira, de um reforço da coesão econômica e o estabelecimento de uma união econômica e monetária que incluirá, a prazo, a adoção de uma moeda única;
- b) afirmar sua identidade através de uma política externa e de segurança comum que poderá conduzir, a prazo, a uma defesa comum;
- c) a instituição de uma cidadania da União;

¹⁶⁶ Ibidem, p. 1.

d) promover uma estreita cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos;

Foi também por ocasião da existência do referido tratado que houve modificações nas terminologias, a saber: a expressão “Comunidade Européia” (CE) substituiu “Comunidade Econômica Européia” (CEE) assim como “União Européia” (UE) substituiu “Comunidades Européias”.

De especial interesse em nosso exame, impõe-se demonstrar que, no tocante à política externa e de segurança comum, o Tratado de Maastricht dispõe, em seu título V, no art. J, 1, que:

são objetivos da União salvaguardar os valores comuns e os interesses fundamentais da independência, reforçar a segurança, manter a paz e a segurança internacionais, de acordo com os princípios da Carta das Nações Unidas”. Da mesma forma, deve “promover a cooperação internacional, o desenvolvimento da democracia e o respeito aos direitos e às liberdades fundamentais do homem.

Entendemos fundamental, com esteio no Tratado de Maastrich, asseverarmos os pilares nos quais se funda a União Européia¹⁶⁷:

O 1º Pilar, correspondente às três Comunidades – CECA, CEE e EURATOM, constitui o Pilar da Integração, hoje no grau máximo da união econômica e monetária.

O 2º Pilar, correspondente à Política Externa e de Segurança Comum – PESC, constitui o Pilar da Cooperação em termos intergovernamentais.

O 3º Pilar, correspondente à Justiça e Assuntos Internos – JAI, constitui igualmente, o Pilar da Cooperação em termos intergovernamentais.

Como bem observou a doutrinadora Maria Teresa de Cárcamo Lobo¹⁶⁸, o Tratado da União Européia atribui à União o papel de organizar, de modo coerente e solidário, as relações entre os Estados-membros e os povos, “conferindo-lhe dupla legitimidade, como união de Estados e união de Povos.”

¹⁶⁷ LOBO, Maria Teresa de Cárcamo. *Manual de direito comunitário: a ordem jurídica da União Européia*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 39.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 39

De fundamental importância, para a elucidação do processo de criação e amadurecimento das Comunidades Europeias, é a breve análise dos Tratados firmados em Amsterdã e Nice.

e) Tratado de Amsterdã

Firmado na capital holandesa, em 02 de outubro de 1997, com entrada em vigor em 01 de maio de 1999, representou significativo avanço em direção à unificação da Europa, na atual União Europeia, a qual se traduziu como um Espaço de Liberdade, de Segurança e Justiça.

f) Tratado de Nice

Assinado em 25 de fevereiro de 2001, entrou em vigor em 01 de fevereiro de 2003. Em mais esta revisão, o que se buscou foi a adaptação da estrutura institucional comunitária ao alargamento da União Europeia, sendo necessárias adaptações no sistema judicial ao funcionamento das instituições comunitárias, de modo especial, consoante a questão dos votos ponderados no Conselho, composição da Comissão Europeia e o sistema judicial comunitário (de especial relevância no caso em estudo).

6.4 Principais Instituições Comunitárias – Estrutura Orgânica da Comunidade Europeia.

Com objetivos meramente didáticos, convém explicitar que se pode comparar as Comunidades Europeias ao clássico conceito de Organizações Internacionais Intergovernamentais, ou seja, as associações de cunho permanente dos Estados soberanos constituídos pelos clássicos tratados internacionais que almejaram a realização de objetivos comuns aos seus membros, mantendo respeito aos atos constitutivos firmados e às regras definidas pelo Direito Internacional. Há de se ressaltar que a criação e existência dos órgãos a seguir examinados buscavam, sempre com objetivos comuns, a expressão de uma vontade própria, juridicamente diversa das manifestadas pelos Estados que as compõem.

A estrutura institucional única que busca realizar as tarefas confiadas às Comunidades são: o Parlamento Europeu, o Conselho da União Européia, o Conselho Europeu, a Comissão das Comunidades Européias, o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e o Tribunal de Contas.

Para fins didáticos, entendemos por dividir a estrutura orgânica das Instituições Comunitárias, consoante a doutrina de João Mota de Campos¹⁶⁹, do seguinte modo:

a) órgãos de direção política – aos quais cabe, por força de sua atuação no campo político, fazer as opções e tomada de decisões sobre a evolução do processo de integração européia. Constituem-se, basicamente, do Conselho Europeu, do Conselho da União Européia e do Parlamento Europeu;

b) órgãos de direção, decisão e execução – com autonomia apreciativa e decisória, por força de Tratados previamente firmados, sua incumbência é a de definir as orientações, adotar os atos normativos necessários, além das ações cabíveis, a fim de que sejam cumpridos os Tratados. São eles o Parlamento Europeu, o Conselho da União Européia e a Comissão das Comunidades Européias;

c) órgãos de controle, que, por sua vez, também subdividem-se em:

1) de controle orçamental e de controle político da atividade comunitária, formado pelo Parlamento Europeu;

2) de controle jurisdicional, a cargo do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e o Tribunal de Primeira Instância;

3) de controle financeiro, cuja competência é do Tribunal de Contas, ao qual compete fiscalizar a cobrança de receitas e a regularidade da efetivação das despesas das Comunidades.

Ainda que o exame desses principais institutos não vá seguir a linha proposta, pois o que buscamos é mostrar qual a competência de tais órgãos, mas, dando relevância especial

¹⁶⁹ CAMPOS, CAMPOS, 2004, p. 64-65.

àqueles referentes ao exercício jurisdicional, que é o que nos interessa discorrer; é fundamental ter em conta que, para o adequado cumprimento de tarefas pela Comunidade, os Estados-Membros assumiram os compromissos de darem cumprimento às obrigações decorrentes do Tratado, bem como dos atos das Instituições, facilitar à Comunidade o cumprimento de sua missão, além de absterem-se de tomar as medidas suscetíveis de pôr em risco a realização dos objetivos previstos no Tratado.

Ou seja, é uma disposição fundamental para a convivência de normas jurídicas até então bastante desconexas, uma da outra, qual seja, a comunitária e a nacional. Aliás, no que tange à formação da norma jurídica comunitária, foi ela baseada nesta disposição e na proibição de toda e qualquer discriminação por conta da nacionalidade (art. 12 do Tratado).

Para que bem se firme o sistema institucional comunitário, de fundamental importância a flexibilidade funcional, capacidade adaptativa frente a situações inéditas que requerem soluções inovadoras, além de necessária capacidade de adaptação a serem firmadas entre as Instituições e os Estados-Membros.

Como observado, a classificação não se mostra rígida, pois a Comunidade, com suas vertentes supranacionais e intergovernamentais, além das Instituições, e seus acordos interinstitucionais, têm por especial finalidade a realização de uma gestão dinâmica, transparente e participativa.

O tema em estudo é demasiado intrigante, seja por sua complexidade ou pelo desconhecimento que nos atinge, comumente nos causando confusão de conceitos e competência de cada órgão.

Para fins de estudo, deixaremos de lado a supremacia hierárquica de alguns órgãos para examiná-los um a um, consoante sua verdadeira natureza e razão de ser, além da especificidade de seus papéis. Registramos que a classificação sugerida em nada prejudica qualquer estudo referente à matéria porquanto a Comunidade, que para nós, brasileiros, é uma espécie desconhecida de exercício do poder, abriga diferentes vertentes, sendo comum verificarmos a presença de institutos supranacionais e intergovernamentais. De fato, tais

¹⁷⁰“instituições, mediante a celebração de acordos interinstitucionais, desenvolvem entre si um particular relacionamento com a finalidade precípua de uma gestão dinâmica, transparente e participativa.” Como antes manifestado, o sistema institucional comunitário necessita dessa flexibilidade no exercício funcional pois são inúmeras as situações inusitadas que aparecem, sempre levando em conta a necessidade de soluções também inéditas, além de uma inegável “boa-vontade” para supressão dos conflitos de interesses. Não mais se lida com meros interesses de particulares, ou um particular e o Estado, mas sim, entre os particulares, Estados-Membros, entidades locais, regionais, entre outros.

6.4.1 Conselho da União Européia

É composto por representantes dos Estados-membros, em nível ministerial, tendo poderes para vincular os respectivos Governos. Também tem sede em Bruxelas, mas as sessões, nos meses de abril, junho e outubro, ocorrem em Luxemburgo.

O Conselho divide-se em 09 (nove) formações, que é o número de matérias a serem tratadas, cujos assuntos dizem respeito, entre outros, a questões econômicas e financeiras, de justiça e assuntos internos, emprego, saúde, relação de consumos, concorrência, transportes, telecomunicação, energia, agricultura, pesca, ambiente e educação.

Sua natureza é de órgão intergovernamental de caráter representativo, ou seja, seus membros participam nas votações na qualidade de representantes dos Estados-membros, o que destoa do poder de representação pessoal, comum nas conferências diplomáticas e nas organizações internacionais comuns.

Além de órgão representativo dos Estados, pode também ser classificado como órgão comunitário, uma vez que o objetivo comum é realizar o interesse geral da comunidade, mesmo que se façam presentes eventuais prejuízos aos interesses de um país-membro.

¹⁷⁰ LOBO, 2004, p. 61-62.

Sua natureza, pode-se depreender assim, é dúplice, intergovernamental e comunitária, podendo ser interpretado como Órgão da União e Órgão da coletividade dos Estados que dele participam.

6.4.2 Conselho Europeu (ou Conselho da Europa)

Consoante disposição expressa constante no art. 4º, I, do Tratado da União Européia: “O Conselho Europeu dará à União os impulsos necessário ao seu desenvolvimento e definirá as respectivas orientações políticas gerais.”

Trata-se de uma formação específica inserida no próprio Conselho da UE, nos casos expressamente previstos no tratado, sendo extremamente relevante sua função no que tange ao exame das orientações políticas gerais ocorridas no seio da UE, podendo ser considerada uma peça de liderança política frente ao cenário internacional, por ser um Órgão de cúpula, com vocação para pôr termo às questões políticas que mais afetam a Comunidade e que requerem a participação de pessoas realmente qualificadas para tanto.

Como exemplos de expressão de sua força, podemos citar a orientação no sentido de criação de uma moeda única, elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia e o ordenamento elaborado em março de 2002, comumente invocado nas “Orientações Gerais das Políticas Econômicas dos Estados-Membros e da comunidade – OGPE – quanto ao novo objetivo da União Européia para a década atual, de ‘tornar-se a economia mais dinâmica e competitiva do mundo, baseada no conhecimento e capaz de garantir um crescimento econômico sustentável com mais e melhores empregos e coesão social.’”¹⁷¹

É composto por Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros e o Presidente da Comissão, havendo assistência por parte dos Ministros de Negócios Estrangeiros dos Estados-Membros e por um membro da Comissão. Atualmente, fazem parte do Conselho da Europa 45 (quarenta e cinco) países.

Constituiu-se na mais antiga organização dos países europeus, com sede em Estrasburgo, formada com o fito de conceber uma comunidade não econômica, mas ética, construir uma comunidade europeia segura, economicamente independente e voltada a uma política de proteção aos direitos humanos, havendo, de modo originário, codificação e implementação internacional dos direitos fundamentais sociais, além de ser o Órgão responsável pela garantia ao respeito das obrigações assumidas pelos Estados Contratantes. É composta por quatro instituições, a saber: Secretaria Geral, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem (criada em 1954), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1959 – a ser especialmente tratada em capítulo próprio) e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, composto pelos ministros de Negócios Estrangeiros dos Estados Membros ou seus representantes.

Sua instituição deu-se pelo Tratado firmado no Palácio de St. James, Londres, em 05 de maio de 1949 (quatro anos depois da Organização das Nações Unidas), sendo dez os países signatários na época: Bélgica, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Suécia e Reino Unido. Tal tratado, conhecido como o Estatuto do Conselho da Europa, entrou em vigor em 03 de agosto de 1949, após ter sido ratificado por sete destes países.

Entre os desejos comuns aos diversos Estados presentes, havia o de demonstrar que um novo tempo de paz continental e respeito aos direitos fundamentais se instaurara. À exceção da Itália e Irlanda, os demais já estavam familiarizados com um histórico de democracia. Ainda sob o aspecto histórico, Estados como o Reino Unido, por exemplo, ainda sob o governo do trabalhista Clemence Atlee e mesmo após a volta de W. Churchill estavam ansiosos por construir uma imagem que os associasse ao ‘mundo livre’ estadunidense na nova ordem mundial.”¹⁷²

Calcada no desejo de defender e fazer desenvolver os direitos humanos e as liberdades fundamentais, a identidade europeia seria definida por intermédio do objetivo fixado no

¹⁷¹ LOBO, 2004, p. 83.

¹⁷² FERREIRA, Gustavo Assed. Corte Europeia de Direitos Humanos. In: BARRAL, Welber (Org.) *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 277.

Conselho da Europa, como reza o art. 1º, do Estatuto: “Realizar uma união mais estreita entre seus membros a fim de salvaguardar e de promover os ideais e os princípios que são seu patrimônio comum e de favorecer seu progresso econômico e social.”

Ainda de forma mais precisa é a redação do art. 3º, como segue, que impõe aos Estados-membros uma obrigação imediata: “Todo membro do Conselho da Europa reconhece o princípio da preeminência do direito e o princípio em virtude do qual qualquer pessoa colocada sob sua jurisdição deve usufruir dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.”

Relevantes as linhas tecidas por Danielle Annoni¹⁷³:

Os convênios relativos à proteção dos direitos humanos constituem um arsenal jurídico indivisível e complementar, formando um conjunto de regras único, fundado no mecanismo de controle do Conselho da Europa. Destes instrumentos normativos que compõem o rol jurídico de proteção aos direitos humanos na Europa, a Convenção Européia de Direitos Humanos é, sem dúvida, o mais importante, funcionando como carta de princípios gerais, e mecanismo de interpretação e aplicação dos demais convênios e normas dentro do sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos.

Constituía um dos seus objetivos principais a proteção dos direitos humanos e a afirmação de uma democracia pluralista, bem como a consolidação do primado do direito no sentido do princípio do Estado de Direito.

Pode-se confirmar que o Conselho da Europa “era e é apenas uma organização intergovernamental regional, vocacionada para a cooperação política e jurídica entre os estados europeus que reclamavam da ideologia democrática e dos princípios políticos do Estado de direito, bem como da teoria dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”¹⁷⁴.

Sua área de atuação diz com atividades específicas em relação aos direitos humanos, com o objetivo de: proteger os direitos civis e políticos, consoante os termos da Convenção

¹⁷³ ANNONI, Danielle. Direitos humanos e acesso à Justiça no direito internacional: responsabilidade internacional do estado. Curitiba: Juruá, 2003. p. 75.

¹⁷⁴ SOUZA, João Ramos de. Ainda há juízes em Estrasburgo em direitos humanos no Tribunal Europeu. *Revista Sub Judice*, Coimbra, n. 28, abr./set. Coimbra, 2004.p. 5.

Européia de Direitos Humanos; proteger os direitos sociais e econômicos considerando o sistema da Carta Social Européia, assim como as pessoas privadas de sua liberdade, por meio de inspeções realizadas pela Convenção Européia para a Prevenção da Tortura e de Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, além do direito das minorias nacionais mediante o Convênio para a Proteção das Minorias Nacionais. Também é sua competência atuar em favor da igualdade entre mulheres e homens, por intermédio do Comitê Diretor para a Igualdade entre Mulheres e Homens, o combate ao racismo, xenofobia, anti-semitismo e a intolerância, sem esquecer de fomentar a liberdade de expressão e de informação nos meios de difusão e a livre circulação de idéias e de informações transfronteiriças, entre outras¹⁷⁵.

Sua composição atual conta 44 membros. “Entrementes, depois da adesão recente da Bósnia-Herzegovina em abril de 2002, ele abrange os 15 Estados-Membros da Comunidade Européia, outros países do Espaço Econômico Europeu e 20 países do antigo Bloco Leste.”¹⁷⁶

Imperativa é a necessidade de bem diferenciar institutos aparentemente próximos em sua nomenclatura, mas de competência e área de atuação bastante diversas, que são o Conselho da Europa e o Conselho de Ministros. O primeiro, Conselho da Europa (Council of Europe/ Conseil de L’Europe), é uma organização de países, ao passo que o Conselho de Ministros (também denominado Conselho da União Européia), Órgão supra analisado, formado por ministros dos Estados-Membros da União Européia, bem como o formado pelo Conselho Europeu, designa as reuniões regulares dos chefes de Estado e de governo dos Estados-membros da União Européia.

Também diversamente da Comunidade Européia, o Conselho da Europa segue as regras estabelecidas pelo direito internacional, não podendo promulgar nenhum direito supranacional que tenha validade imediata e prioridade hierárquica sobre o direito nacional dos Estados-membros. Em nota de rodapé, da obra anteriormente citada, Eva Maria Hohnerlein traz relevante peculiaridade do Direito Comunitário Europeu, que entendemos ser relevante sua transcrição: “Aqui reside, de resto, a peculiaridade do Direito Comunitário

¹⁷⁵ DIJK; HOOFF, et al., p. 443. apud ANNONI, 2003, p. 75.

¹⁷⁶ HOHNERLEIN, Eva Maria. A proteção internacional dos direitos fundamentais sociais na Europa: a Carta Social e a Convenção de Direitos Humanos do Conselho da Europa. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 265.

Europeu: por meio dos Tratados de Fundação foram delegadas à Comunidade Européia competências específicas dos Estados-membros, em cujo âmbito ela tem competência para promulgar direito supranacional/supra-Estatal que, em princípio, prevalece sobre o direito nacional dos Estados-Membros. Este primado deverá assegurar que o Direito Comunitário Europeu possa ser interpretado, aplicado e desenvolvido unitariamente. De resto, o primado refere-se do ponto de vista do direito europeu também ao direito constitucional nacional dos Estados-Membros.”¹⁷⁷

Os instrumentos de maior relevância, no campo dos direitos humanos, são a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), de 1950, e seus protocolos adicionais (a seguir mais bem examinados) e a Carta Social Européia (CSE), com uma relação, em 1961, de 19 (dezenove) direitos fundamentais, tendo sido submetida à revisão e ampliação em 1996.¹⁷⁸ “Carta Social Européia Revista (CSER), de 3 de maio de 1996, em vigor desde 21 de julho de 1999. A CSER vincula atualmente 15 países, dentre eles 6 da Comunidade Européia. Outros 17 países (dentre eles 7 da Comunidade Européia) assinaram a CSER. Até hoje recusam-se a assiná-la a Alemanha, a Irlanda, os Países Baixos e a Espanha.”

Cabe a si a instituição de obrigações jurídicas dos Estados-Contratantes, além de seu controle. Em função de estar atrelada a um sistema pouco efetivo, sua relevância, até à atualidade, foi muito menor que a Convenção Européia de Direitos Humanos, razão pela qual será esse o instituto mais bem apreciado futuramente.

6.4.3 Parlamento Europeu

Compete ao Parlamento contribuir para a criação de uma consciência européia e para a expressão da vontade política dos cidadãos da União.

¹⁷⁷ HOHNERLEIN, 2003, p. 265-266.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 267.

Tal como o Conselho e a Comissão (a ser estudada a seguir) organizam suas manifestações de colaboração sem que se apresente relação de subordinação hierárquica entre ambos, também a Comissão atua em cooperação com o Parlamento. Isto permite que os três órgãos celebrem uma espécie de “Acordo Interinstitucional, que lhes permite atuar com racionalidade e conferir às respectivas funções uma acrescida eficiência.”¹⁷⁹

Trata-se de Órgão essencialmente político, cuja principal função é de representar os povos dos Estados reunidos na Comunidade, sendo esta a melhor via de participação, dos cidadãos europeus, na obra de unificação européia.

Sua composição é formada por representantes dos povos dos Estados reunidos no seio da Comunidade, eleitos por sufrágio universal direto, que passarão a ser chamados de Deputados do Parlamento Europeu e que, atualmente, considerando o número de 25 membros na Comunidade Européia, será composto por 732 (setecentos e trinta e dois) eleitos.

Sua sede fica em Estrasburgo, onde se realizam 12 (doze) sessões plenária mensais, sendo as sessões suplementares realizadas em Bruxelas.

Interessante observar que o Parlamento Europeu não deve ser identificado como um Órgão do legislativo nacional, ou mesmo similar a este porquanto, como não tem vinculação formal direta ou indireta, assume com plenitude, uma formal legitimidade democrática.

O procedimento para elaboração das regras eleitorais, visando às eleições para o Parlamento Europeu, é regido pelo disposto no art. 138, do Tratado de Maastricht.

Ainda que com poderes recentemente ampliados, continuam sendo insuficientes para solucionar o importante déficit democrático existente na União. O Parlamento não se constitui em Órgão legislativo das Comunidades, hoje União. Suas funções são meramente de controlar e fornecer pareceres consultivos em matéria orçamentária e na adoção de acordos internacionais.

¹⁷⁹ LOBO, 2004, p. 92.

Nos termos do constante no art. 138, D, do Tratado firmado em Maastricht, o Parlamento pode receber petições oriundas de indivíduos, associações ou empresas europeias.

6.4.4 Comissão

A Comissão, cuja sede está em Bruxelas, atua como órgão executivo, legislativo e, em certos casos, judiciário da União. Sua composição, nos termos do art. 213, do Tratado de Maastricht é de 25 membros executivos independentes, nomeados por consenso por um período de cinco anos pelos governos e aprovados por um voto de confiança do Parlamento Europeu. A prática comunitária indica a designação de dois comissários, para cada um dos cinco países grandes (Alemanha, Espanha, França, Itália e Reino Unido), e os demais Estados-membros designam um comissário.

Entre suas competências, está a de assegurar a aplicação dos Tratados e a execução dos atos normativos; exercer poderes de administração e gestão, participar de forma ativa na elaboração e execução da política externa das Comunidades, além de ser responsável pela aplicação das disposições relativas à cooperação no domínio da Justiça e dos Assuntos Internos, consoante determinação constante no Tratado de Maastricht.

6.4.5 Tribunal de Contas

É instituição de controle financeiro com competência para exercer a fiscalização da totalidade das receitas e despesas da Comunidade, ou de outro órgão criado pela Comunidade.

Não obstante ter sido criado em 1975, somente em 1992, por força do Tratado de Maastricht, alcançou a categoria de Instituição Comunitária, ao nível do Parlamento Europeu, Conselho, Comissão e Tribunal de Justiça, sendo composto por 16 (dezesesseis) membros. Compete a si o depósito da confiança financeira da União, cabendo a verificação da legalidade

e a regularidade do orçamento comunitário. Hoje, por disposição dos artigos 188 A e B, é vinculado ao nível de instituição principal da União.

6.4.6 Órgãos Auxiliares

Na esteira dos estudos pertinentes às Instituições Comunitárias cuja natureza é de direção e execução, suas ações têm esteio em órgãos cuja existência decorre das próprias disposições dos Tratados Comunitários ou de atos da Comissão ou do Conselho.

Estes não serão mais que, simplesmente, citados, tendo em vista que são órgãos que se enquadram nos domínios econômico e social, além de monetário e financeiro. São alguns deles: Comitê Econômico e Social, Comitê das Regiões, Fundo Social Europeu, Banco Europeu de Investimento e Banco Central Europeu, entre outros.

6.5 Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE)

A praxe tem demonstrado que a introdução de um Tribunal no seio de um conjunto de instituições que regem e disciplinam uma Organização Internacional não chega a ser novidade. Tal sistemática, cujo objetivo é assegurar a possibilidade de instituição de sanção às normas jurídicas não respeitadas, além de compor as eventuais divergências decorrentes das relações lá desenvolvidas, já havia sido adotada “no âmbito da Sociedade das Nações e da Organização das Nações Unidas, respectivamente, com o Tribunal Permanente de Justiça Internacional e o Tribunal Internacional de Justiça”¹⁸⁰, sendo igualmente passível de exemplificação o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (1950) e a Convenção de São José da Costa Rica (1969), no qual foi prevista a Corte Interamericana de Direitos do Homem.

Diante do ineditismo de tantos conceitos trazidos a partir do desenvolvimento da idéia de uma comunidade planejada e discutida, como é o caso da Comunidade Europeia, também

se pode perceber o nascimento de um direito novo, autônomo e diverso do até então conhecido, que é o caso do Direito Comunitário, capaz de reger as relações recíprocas dos cidadãos, Instituições e dos Estados-Membros.

De fato, havendo um ordenamento jurídico cujo alcance atinge a todos os Estados pertencentes à Comunidade, também faz-se necessário que seja uniforme o atendimento à disposição legal, bem como as eventuais interpretações jurídicas ante as (possíveis e inevitáveis) dúvidas, conflitos de interesses ou desobediência que far-se-ão presentes no desenvolvimento do processo comunitário.

Isso porque a existência e atuação do Tribunal tem a especial missão de assegurar o respeito pelo direito na interpretação e aplicação dos Tratados mediante seu poder de execução e as vias de “diálogo” com os Tribunais nacionais. Por outro lado, há de se atentar para o possível exercício do direito previamente ao poder de decisão, que é quando se busca averiguar o posicionamento do Tribunal em relação às questões análogas já examinadas em relação à ordem comunitária.

Um caso hipotético que bem serve para exemplificar as questões aqui tratadas é o direito que assiste aos operadores econômicos, quando uma decisão que lhes diga respeito diretamente, padeça de vício. A atuação do Tribunal, neste caso, pode ser conferida não só neste exame prévio, ao efetivo exercício, como também pela imposição de sanções.

Ainda que tenhamos nos familiarizado com a idéia de que os Estados-nações, e suas relações, governos ditatoriais, ou democráticos, períodos de guerra, e também de paz, são resguardados por sistemas jurídicos internacionais, é na grande especificidade da estrutura jurisdicional comunitária que se localiza o ineditismo de seu ordenamento jurídico. Entre suas principais características, há de se reconhecer sua primazia perante as normas de cunho nacional, sendo a ela reservados o *status* constitucional e a aplicabilidade direta da norma comunitária.

¹⁸⁰ RAMOS, R., 1999, p. 61.

Por isso, a definição do TJCE como sendo o ‘motor’ da integração europeia decorre substancialmente da utilização pró-integração dos recursos processuais colocados a sua disposição pelos Tratados Consultivos.”¹⁸¹

Em verdadeiro exercício de jurisdição, foi a atuação do Órgão em exame que encadeou os fundamentos e critérios jurídicos que alicerçaram a base integracionista econômica, política e social europeia. Dentre as principais contribuições, destacam-se a elaboração do princípio da primazia da norma comunitária sobre a nacional, a vedação de medidas de efeito equivalente e o dever dos Estados-membros de indenizar particulares pelo não cumprimento das disposições concernentes ao Direito Comunitário.

Tendo amparo em uma inteligente sistemática processual, acrescido de competências decisórias bastante diversificadas, é o Tribunal importantíssima ferramenta de apoio à instituição da Comunidade Europeia, que conseguiu impor freios, não só à força das decisões internas dos Estados-membros (daí o princípio da primazia) como também às considerações de ordem política.

Se podemos conceituar o Direito Comunitário como “o ramo do direito cujo objeto é o estudo dos tratados constitutivos da Comunidade Europeia, bem como a evolução jurídica resultante da regulamentação de caráter derivado, combinada com a aplicação jurisprudencial progressiva dos dispositivos destes mesmos Tratados”¹⁸², também devemos admitir que a atividade jurisdicional do magistrado que atua no TJCE é uma missão absolutamente criativa pois, diante das inúmeras normas a serem aplicadas, deve ele interpretá-las, consoante sua vontade, desde que racionalmente justificada.

São três os principais expedientes requeridos no citado Tribunal, quais sejam, os chamados:

¹⁸¹ KEGEL, Patrícia Luíza. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. In: BARRAL, Welber (Org.). *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 155.

¹⁸² CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo, LTR, 1994, p. 248-249.

a) recurso de interpretação prejudicial: obriga que toda jurisdição nacional tenha de conhecer questões de interpretação pertinentes aos tratados comunitários dirigidas à Corte, cuja resposta permitirá o prosseguimento do feito em âmbito nacional;

b) recurso de não cumprimento das obrigações cabíveis a um Estado-membro, interposto por outro Estado-membro ou pela Comissão;

c) recurso de anulação dos atos praticados por qualquer instituição comunitária. O Tratado de Maastricht modifica o estatuto (consoante reza o art. 168, A) ampliando as competências do Tribunal de Primeira Instância da Corte, instituído em 1988.

Ainda com relação à análise de seu funcionamento, entendo fundamental o exame da seguinte consideração¹⁸³:

As decisões emanadas da Corte têm o caráter de fontes de direito, consubstanciadas na fórmula ‘La cour dit pour droit’, se revestem de verdadeiras fontes de Direito Comunitário. A proeminência do acervo jurisprudencial só encontra similaridade com o Direito Inglês, onde o chamado *precedent rule* baseado na práxis dos Tribunais, não apenas baseado no fato de terem de seguir as suas próprias orientações, mas também a de outro Tribunal proferida à luz de um caso similar. Tal característica nos autoriza a afirmar que o TJCE age na mesma linha de um Tribunal do sistema da Common Law considerando a supremacia da jurisprudência como fonte de direito, passando a atualizá-la em compasso crescente, dada a constante evolução das demandas da construção Comunitária, sob pena de se tornar obsoleta.

Não se trata de medição de esforços entre os poderes dos Órgãos da União Européia em detrimento da soberania dos Estados-membros, mas, sim, de um exercício equilibrado de ambos, a exemplo de um verdadeiro Tribunal Constitucional. Esta tendência tem crescido principalmente após Maastricht, de modo que os Tratados têm sido considerados como a Constituição da Comunidade, “neles constando o enunciado dos objetivos fundamentais, a definição da estrutura institucional, as bases mestras do direito econômico, financeiro e social.”¹⁸⁴

¹⁸³ COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais na União Européia*. Brasília: OAB, 2005, p. 144.

¹⁸⁴ CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário*, v. 2. apud *Ibidem*, p. 144.

É de sua competência, destarte, os litígios nos quais figurem como parte os Estados-membros, as instituições da União Européia, as empresas ou particulares. Pode ser chamado a efetuar sua prestação em demandas nas quais se considere que o Estado-membro não agiu consoante suas obrigações, pré-fixada por meio de Tratados, ou que uma de suas instituições excedeu os poderes de sua competência ou, simplesmente não observou os procedimentos corretos. Cabe a si, também, assegurar que o Direito Comunitário seja interpretado e aplicado, de modo uniforme, pelas autoridades e pelos tribunais nacionais dos Estados-membros.

Em relação aos Estados, e aqui, parece-nos, o real fundamento da existência de uma Corte Judicial para questões de Direito Comunitário, pode o Tribunal apreciar, por força dos Tratados, sua conduta, no que se traduz em efetiva Jurisdição Internacional. Particular lição, a tal respeito, nos oferece a doutrina Portuguesa¹⁸⁵:

As particularidades que rodeiam em geral a actuação dos órgãos jurisdicionais internacionais – fruto da delicadeza de que se reveste o exercício da sua função, em relação a entidades que são simultaneamente os criadores e os destinatários das normas jurídicas internacionais e os titulares exclusivos do poder de sanção respectivo – também se reflectem, no entanto, na mesma sede.

É assim que a acção destinada a constatar a violação dos Tratados por acto ou omissão dos Estados só pode ser interposta depois de a Comissão (*sponte sua* ou a solicitação de um qualquer Estado-membro) formular um parecer devidamente fundamentado sobre a questão, após ter dado ao Estado em causa a oportunidade de apresentar, a esse propósito, as suas observações.

6.5.1 Princípio da Primazia do Direito Comunitário

Este princípio merece destaque por ser a representação da essência do direito aplicado na Comunidade Européia. Inegavelmente desde sua elaboração, quando confrontadas as relações estabelecidas (ou os confrontos advindos do enfrentamento) entre o Direito Comunitário e os Direitos nacionais, esta foi a questão mais controversa, o que dá menção à complexidade do tema debatido tendo em vista o ineditismo do Direito pleiteado (que regulasse toda uma comunidade formada por Estados-membros independentes).

¹⁸⁵ RAMOS, R., 1999, p. 67.

Consoante interpretação reiterada da jurisprudência comunitária, o primado que se evidencia do Direito Comunitário sobre os Direitos nacionais ocorre pela transferência, “concedida” pelos Estados-Membros, de certas parcelas de sua soberania em favor da Comunidade Européia. O princípio estudado da primazia, pode ser identificado consoante jurisprudência do TJCE, em três diferentes níveis, a saber¹⁸⁶:

a) Não apenas o Direito Comunitário originário, mas também o derivado possui a prevalência perante o Direito nacional. Assim, ‘[...] o direito nascido do Tratado, não poderia, portanto, em razão de sua natureza específica original, deixar-se opor judicialmente um texto interno de qualquer classe que seja’,¹⁸⁷

b) em relação às leis nacionais anteriores à norma comunitária, esta detém a primazia e revoga aquelas. Mas também leis nacionais posteriores à norma comunitária já editada não são válidas. Deste modo, a regra “lex posterior derogat legi anterior” não se aplica quando se trata de uma antinomia envolvendo normas nacionais e comunitárias. Observe-se que a prevalência em Direito Comunitário ocorre também em relação às cláusulas contratuais privadas, se destas decorre disposição contrária às normas comunitárias;

c) a primazia das normas comunitárias sobre as constitucionais nacionais fundamenta-se no entendimento do TJCE de que o Direito Comunitário não necessita coincidir com as Constituições nacionais e nem pode ser avaliado por elas [...]

No particular, entendemos de pedagógica importância a análise da paradigmática jurisprudência do TJCE no acórdão VAN GEND en LOSS, quando tais princípios são explicitados:

O objetivo do Tratado CEE, que é o de instituir um mercado comum cujo funcionamento afeta diretamente os habitantes da Comunidade, implica em que este Tratado constitua mais do que um simples acordo gerador de obrigações mútuas entre os Estados contratantes; [...] o direito comunitário – independente da legislação dos Estados-Membros, assim como origina obrigações na esfera jurídica dos particulares, é destinado a originar direitos que entram no seu patrimônio jurídico; [...] tais direitos surgem não somente quando o Tratado explicitamente os confere, mas também em virtude de obrigações que o Tratado impõe de uma maneira bem definida tanto aos particulares como aos Estados membros e às Instituições Comunitárias.¹⁸⁸

¹⁸⁶ KEGEL, 2004, p. 155-156.

¹⁸⁷ TJCE, caso Costa/ENEL, em KEGEL, 2004, p. 156.

¹⁸⁸ ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Ricardo R. *O conceito de espaço público aplicado à atuação institucional do Tribunal de Justiça da União Européia*. Disponível em: <<http://www.puc-rio.br/direito/revista/online/rev07-nadia.html>> Acesso em: 29 mar. 2005. p. 10.

Esta noção, de aplicabilidade direta do direito comunitário é provavelmente a mais importante construção pretoriana do Tribunal em exame, que permite sua classificação como um ordenamento autônomo. Isto porque é possível que um tratado internacional não seja aplicado, se assim for estabelecido pelas normas constitucionais de um país. Entretanto, quando o assunto pertine ao direito comunitário, esta regra não se aplica.

Nova jurisprudência merece ser colacionada, no que toca ao fato de que o direito comunitário não pode ser invalidado pelo direito interno, mesmo em nível constitucional, em vigor em um ou outro Estado-Membro, como foi firmado pelo próprio TJCE, no julgamento Costa/Enel, trazido por Nádia de Araújo¹⁸⁹:

Diferentemente dos tratados internacionais ordinários, o tratado CEE instituiu uma ordem jurídica própria, integrada ao sistema jurídico dos Estados-Membros após a entrada em vigor dos tratados e que se impõe às suas jurisdições.

Com efeito, ao instituir uma comunidade de duração ilimitada dotada de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e, mais particularmente, de poderes reais, resultantes de uma limitação de competência ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidades, estes limitaram, embora em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de direito aplicável aos seus nacionais e a si próprios. Esta integração, no direito de cada país membro, de disposições que provêm de fonte comunitária, e mais geralmente os termos e o espírito do Tratado, têm como corolário a impossibilidade de os Estados fazerem prevalecer, contra uma ordem jurídica aceita por eles numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não pode, assim, ser-lhe oposta.

A força executiva do direito comunitário não poderia, assim, apresentar alterações de Estado para Estado, diante das eventuais alterações posteriores no âmbito da legislação interna.

Oriundo assim de uma fonte autônoma, o direito decorrente do Tratado não pode ser posto em questão pelo direito interno posterior, sob pena da base jurídica da Comunidade perder seu sentido. Como já referido, a União Européia criou uma nova ordem comunitária, não mais podendo ser reivindicados, pelos Estados que firmaram o Tratado, os atributos de soberania então abdicados. Por óbvio que houve limitação aos direitos soberanos dos Estados,

¹⁸⁹ ARAÚJO; ALMEIDA, 2005, p. 11.

e esta é definitiva, e um ato unilateral ulterior, de retrocesso, é absolutamente incompatível com a noção de Comunidade.

Desta forma, e por força de sua jurisprudência, o TJCE consagrou estes (novos) princípios estabelecendo o Tratado como uma “constituição” da UE, até que a própria seja definitivamente promulgada (o que, até o momento da elaboração destas linhas, não tem data provável para ocorrer).

Em uma breve, mas fundamental divisão, que não é meramente acadêmica, temos a manifestação do direito comunitário Originário, que é aquele decorrente do corpo de normas firmado em Tratados e o Derivado, constituído por disposições de atos normativos emanados das Instituições Comunitárias.

Ou seja, não obstante os tribunais nacionais tenham competência para julgar as questões pertinentes ao direito comunitário, foi imprescindível a criação de um Órgão que oferecesse jurisdição especializada com o fito de “garantir em última instância a correta interpretação das normas comunitárias, comuns a uma coletividade de Estados e, bem assim, de controlar e sancionar os comportamentos – tanto dos órgãos da Comunidade como dos seus Estados-membros e eventualmente dos próprios particulares – atentatórios do respeito devido à ordem jurídica comunitária.”¹⁹⁰

Nesta abordagem acerca do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, importa referir a especial importância deste Órgão porquanto, consoante a análise das determinações constantes no Tratado de Nice, “um processo de integração econômica não pode ser efetivado sem uma arquitetura judicial capacitada a fazer valer o respeito do direito comum, interpretando-o autenticamente e sancionando as suas violações.”¹⁹¹

Órgão independente, tem na figura dos 25 magistrados que o compõem alguém indicado pelos Estados-Membros, que devem cumprir seu ofício de forma independente. Funciona por provocação, que pode ser feita por requerimento de qualquer das partes interessadas.

¹⁹⁰ CAMPOS, CAMPOS, 2004, p. 183.

¹⁹¹ LOBO, 2004, p. 96.

A efetivação de seu exercício jurisdicional atinge as mais variadas áreas do direito, tudo no afã de auxiliar, sob o ponto de vista da aplicação do direito, no processo de integração europeia.

Passemos a uma breve análise sobre os campos do direito comunitário abrangidos pelo Tribunal em exame:

a) Jurisdição Constitucional: competência de assegurar a compatibilidade dos atos normativos comunitários com o Tratado. No plano institucional, deve oferecer equilíbrio em relação às decisões Conselho-Comissão-Parlamento Europeu, além de assegurar o respeito às regras do Tratado de Paris e de Roma, “encarados como ‘Constituição da Comunidade’ em relação à qual se deve aferir da validade dos atos das Instituições Comunitárias”¹⁹²;

b) Jurisdição Internacional: quando é chamado a julgar “ação por incumprimento”, a pedido da Comissão, de um Estado-membro, do Conselho da Administração do Banco Europeu de Investimentos, do Banco Central Europeu ou do Conselho do Banco Central Europeu, da violação por um Estado-membro das obrigações decorrentes do direito comunitário;

c) Jurisdição Administrativa: fiscaliza a legalidade dos atos adotados pelas Instituições: Parlamento Europeu (em conjunto com o Conselho), pelo Conselho, pela Comissão e pelo Banco Central Europeu, assim como o Parlamento Europeu em relação aos atos destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. Também é competente para julgar as ações ajuizadas por particular (pessoas físicas ou jurídicas) contra decisão de que sejam destinatários, mesmo por ato instituído por regulamento ou, ainda, pertinente a outra pessoa, mas que lhe diga respeito. Em suma, pode impor às Instituições Comunitárias o rigoroso respeito pela legalidade comunitária.

Na condição de Órgão assimilável a um Tribunal Internacional, tem competência para obrigar Estados-membros, em relações entre si e de cada um com a própria comunidade, à

¹⁹² CAMPOS, CAMPOS, 2004, p. 187.

observância das obrigações firmadas por ocasião dos Tratados Comunitários, que são instrumentos comumente utilizados pelo Direito Internacional convencional.

d) Jurisdição Cível: sua competência na área cível se torna presente nos casos de julgamento de responsabilidade extracontratual das Comunidades.

e) Jurisdição Trabalhista: sua competência trabalhista se faz presente nas decisões de cunho laboral, envolvendo as Comunidades e seus funcionários e agentes.

Antes de examinarmos demais questões referentes à competência do TJCE, importante frisar que inexiste relação hierárquica entre referido Tribunal e as jurisdições nacionais, tais como a negativa do direito em um Órgão propiciar recurso ao outro, ou o contrário. Para tanto, entendemos ser apropriado reprimir a doutrina, quando aborda esta questão de competência negativa, ao referir:

[...] não lhe cabe, com efeito, em circunstância alguma, reformar as decisões proferidas na ordem interna em que se tenha feito aplicação do direito comunitário, ou anular os actos dos Estados contrários ao direito comunitário.¹⁹³

Sua competência, ratificamos, destoa das demais, não se confundindo com aquela manifestada internamente pelos Estados-membros. Em outras palavras, diante da absoluta ausência de vinculação entre diferentes competências jurisdicionais, não tem, a Justiça Comunitária, pretensão, competência ou mesmo poder para alterar decisões proferidas no âmbito estadual (interno), nem tampouco para anular atos dos estados federados. A competência, para tais casos, fica restrita às situações em que o Estado-membro, por sua conduta, viola decisões dos Tribunais Comunitários.

E assim tinha de sê-lo sob pena de o processo de unificação da Europa ficar resumido a uma atividade de cunho meramente político. Seu principal e distinto papel é de, ratificamos, assegurar o respeito às normas do direito comunitário, como um Órgão que tem a missão de colaborar, no caso, com as jurisdições internas. Suas decisões são assim abstratas, cabendo ao magistrado “interno” a tarefa de estabelecer as conseqüências do litígio.

¹⁹³ CAMPOS, CAMPOS, 2004, p. 188.

Diante do ineditismo de sua criação e, especialmente das matérias a serem versadas e o resultado que tal prestação jurisdicional acarretaria, buscou o Tribunal em exame seguir as diretrizes previstas no Preâmbulo e no Texto do Tratado que o instituiu, ou seja, visando as finalidades da Comunidade, no que se qualificou como adoção de uma técnica integracionista de interpretação.

Nesse norte, importante a alusão a dois aspectos, sob o ponto de vista histórico, na qual se pode depreender a relevância da jurisdição comunitária que nascia a partir de então¹⁹⁴:

Nalguns casos célebres, a intervenção do Tribunal configurou-se em verdadeira criação de direito. Cite-se o famoso Acórdão AETR de 1971, no qual a Corte sustentou que os Estados-Membros não podiam concluir acordos que afetassem as regras comunitárias, visto que a conclusão desses acordos era matéria da exclusiva competência da Comunidade.

No campo dos direitos fundamentais, a jurisprudência sistemática do Tribunal firmou-se no sentido de que os mesmos são parte integrante do direito comunitário, jurisprudência que veio a ter consagração plena com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia e com a sua inclusão no Projeto do Tratado Constitucional, devendo constituir a II Parte da futura Constituição Européia.

Com sede em Luxemburgo, o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias é Órgão independente das demais instituições comunitárias, assim como dos governos dos Estados-membros, com jurisdição própria e competência exclusiva (das matérias pertinentes ao direito comunitário).

Dentre suas especiais características, atua quando provocado, por qualquer parte interessada, algumas de suas decisões têm força executória nos territórios dos Estados-membros e são de caráter permanente.

Sua formação é composta por, consoante determinação dos Tratados, “um juiz por Estado-membro”, ou seja, após a adesão de 10 novos Estados-membros, em maio de 2004, 25 (vinte e cinco) juízes, que designam um Presidente, assistido por 8 advogados-gerais.

¹⁹⁴ LOBO, 2004, p. 106-107.

Os magistrados e advogados-gerais são escolhidos entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência e que tenham, em seus países, todas as condições para o exercício das mais altas funções jurisdicionais ou que sejam jurisconsultos de reconhecida competência.

São nomeados, de comum acordo, para um mandato de 06 (seis) anos, pelos governos dos Estados-Membros, podendo ser reconduzidos. A cada 03 (três) anos, procede-se a substituição parcial de juízes e advogados-gerais.

Outra figura que merece especial atenção é a do Advogado-Geral a quem cabe apresentar publicamente, com toda a imparcialidade e independência, conclusões fundamentadas sobre as causas que, nos termos dos arts. 2º e 4º do Estatuto do Tribunal de Justiça, requeiram a sua intervenção.

O Advogado-Geral não é representante de certos interesses, mas um membro independente do próprio Tribunal que deve oferecer à instrução do processo uma informação minuciosa e fundamentada, estando assim afastado do interesse das partes e da pressão pertinente à responsabilidade do julgador. Poderíamos comparar a função institucional que, no direito brasileiro, cabe ao Promotor de Justiça.

Quanto à competência do Tribunal de Justiça, regulada no art. 220, do Tratado que instituiu a Comunidade Européia, e do próprio Tribunal de Primeira Instância, cabe ao TJCE “garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação do presente Tratado”.

Na seara do Tribunal ora estudado, as competências poderiam ser divididas em jurisdição voluntária, contenciosa e recursal (quando analisa as decisões proferidas em 1ª instância).

Quanto à jurisdição voluntária, seu exercício se dá para fornecer a correta interpretação do direito comunitário ou a julgar os atos das Instituições da Comunidade e a título consultivo.

Com relação ao seu exercício hermenêutico, pode-se entender a importância deste caráter ao imaginarmos a situação de um julgador nacional que tenha dúvidas quanto à interpretação da norma comunitária aplicável, ou, ainda, com relação à validade do ato comunitário que tenha sido invocado por algum dos litigantes.

No particular, torna-se necessária a reprodução esclarecedora de João Mota de Campos:

Os Tratados facultam ao juiz nacional um processo seguro de resolver a sua dúvida: os tribunais de cujas decisões não haja recurso podem e os tribunais supremos são obrigados a solicitar ao TJCE que lhes forneça a correta interpretação da norma comunitária ou que se pronuncie sobre a validade do ato comunitário em causa – o que o TJCE fará através de um acórdão vinculativo do juiz nacional que tenha formulado essa questão prejudicial de interpretação ou de apreciação de validade (cf. os arts. 234 CE e 150, CEEA).¹⁹⁵

Na mesma seara, e com especial particularidade, dentro do exame das questões da jurisdição voluntária, há a necessidade de falarmos da competência consultiva, prevista no art. 300, n.º 6, do Tratado da Comunidade Européia, exercida, no caso, pelo órgão em exame, que é aquela que se observa, nos casos em que o Tribunal, quando provocado, manifesta-se sobre a compatibilidade do Tratado com qualquer projeto de acordo que a Comunidade tenha em vista concluir com terceiros Estados ou com uma Organização Internacional.

A solicitação do parecer não é obrigatória. Entretanto, sendo solicitado, daí ele se torna vinculativo¹⁹⁶, pois é o instrumento necessário para compatibilizar suas disposições com as cláusulas do acordo internacional em questão.

Demais questões também possibilitam a consulta ao Tribunal, que são aquelas concernentes aos acordos de domínio da energia nuclear.

Mas é inegável que a verdadeira função do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias se demonstra nos casos em que a competência é contenciosa. E isso se faz presente também por previsão legal estampada nos Tratados Comunitários, ou seja, nos termos do art.

¹⁹⁵ CAMPOS, CAMPOS, 2004, p. 194.

¹⁹⁶ Art. 300, n.º 6, do Tratado CE: “um acordo que tenha sido objeto de parecer negativo do Tribunal só pode entrar em vigor nas condições previstas no art. 48º do Tratado da União Européia.”

220, do CE e 136, do CEEA uma vez que caberá ao Tribunal de Justiça garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados.

Na jurisdição contenciosa, podemos listar sua utilização nos casos que versarem sobre Ações de descumprimento, anulação, omissão, de responsabilidade extracontratual e laborais.

Há ainda a jurisdição recursal, viável nos casos em que for interposto recurso sobre decisões proferidas pelo Tribunal de Primeira Instância.

Importante frisar a Competência não resultante dos Tratados, prevista nos arts. 238 e 239, da CE e art. 153, da EURATOM (Comunidade Européia de Energia Atômica), que é a que vislumbra na hipótese de ser chamado a julgar os litígios que lhe sejam submetidos por cláusula compromissória ou por ato unilateral da Autoridade Comunitária ou de uma convenção concluída pela Comunidade.

Outras características de relevante importância dizem com a função consultiva, o efeito suspensivo e a força executiva dos Acórdãos, tendo presente que esta é regulada pelas normas pertinentes ao processo civil em vigência no Estado-Membro em cujo território se efetuar.

Quanto à questão da função consultiva, tanto o Conselho, como a Comissão, qualquer Estado-Membro e, após decisão do Tratado de Nice, o Parlamento Europeu podem obter, previamente, o parecer do Tribunal sobre a compatibilidade de um projeto de acordo com o Tratado. Em caso de manifestação negativa do Tribunal, o acordo somente poderá entrar em vigor no caso de ser observado procedimento específico fixado no Tratado da União Européia para revisão do Tratado. Em resenha, o pedido de parecer é facultativo. Contudo, quando solicitado, o pronunciamento é vinculativo, sendo necessário proceder à revisão do Tratado para que se compatibilize suas disposições com as cláusulas do acordo internacional projetado.

Também cabe esclarecer que as decisões ajuizadas perante o Tribunal não têm efeito suspensivo. Mas, se entender que as circunstâncias assim o exigem, pode determinar a suspensão do ato comunitário impugnado.

Pode-se concluir afirmando que os conflitos pertinentes ao que está fixado pela via dos tratados é o que cabe ao referido Tribunal apreciar de modo exclusivo. No entanto, um conflito existente entre dois estados da Comunidade, e que seja regido por outro instrumento, que não o Tratado, deverá ser dirimido à luz dos instrumentos instituídos pelo Direito Internacional, não pelo Tribunal de Justiça Comunitário.

6.6 Tribunal de Primeira Instância

Criado em consequência do Ato Único Europeu de 1988, objetiva ocupar-se de parte dos assuntos pertinentes ao Tribunal de Justiça.

Associado à estrutura do Tribunal de Justiça, consoante disciplina o art. 220, com a redação dada pelo Tratado de Nice, é Órgão garantidor da interpretação e aplicação do Direito Comunitário.

Sua formação é de, pelo menos, um magistrado por Estado-Membro, sendo o número total fixado por determinação do Estatuto do Tribunal. A escolha e a renovação também segue os mesmos parâmetros do Tribunal de Justiça, ou seja, personalidades com capacidade de atuar nas mais importantes funções jurisdicionais, com mandato de seis anos, havendo substituição a cada três anos.

Sua criação também teve esteio na crescente inclinação dos tribunais nacionais e dos sujeitos de direito comunitário, em geral, de recorrerem ao Tribunal de Justiça.

Sua sede fica, igualmente, na cidade de Luxemburgo, sendo suas principais competências o conhecimento de ações pertinentes aos recursos de anulação, por omissão, ações indenizatórias, litígios de caráter laboral entre a comunidade e seus agentes e os litígios em que a competência para decidir lhe seja atribuída por uma cláusula compromissória.

Das decisões do Tribunal de Primeira Instância cabe recurso para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

7 CONVENÇÃO EUROPÉIA E TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

7.1 Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem (CEDH)

Finda a explanação referente aos principais órgãos pertinentes às Comunidades Européias e ao direito comunitário, retornemos ao exame dos órgãos cujo exame específico diz respeito às questões de natureza da proteção humanitária, ainda que haja breve retorno na análise histórica.

Foi firmado em Roma, em 4 de novembro de 1950, entrando em vigor em 3 de setembro de 1953, na Sexta Sessão do Comitê de Ministros, a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, posteriormente abreviada para Convenção Européia dos Direitos Humanos, que se constituiu no primeiro e também mais importante tratado multilateral concluído no quadro do Conselho da Europa. “Tratava-se, na intenção dos seus autores, de tomar as medidas a assegurar a garantia coletiva de alguns dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948,”¹⁹⁷ principalmente depois dos horrores sofridos pela humanidade na 2ª Guerra Mundial.

Por força da Convenção Européia, que não deixa de ser também um tratado internacional, os Estados-membros foram paulatinamente adequando suas normas de direito interno, para aplicação direta aos seus nacionais, consoante os direitos assegurados na Convenção Européia.

A Convenção conta, atualmente, 59 artigos, tendo abrigado 14 Protocolos Complementares. Dentre estes, o mais relevante, até porque os posteriores não entraram, ainda, em vigor, é o Protocolo nº11, de 11.05.1994, que “criou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e concedeu ao indivíduo direito direto de petição ao Tribunal. O Tribunal

¹⁹⁷ Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>> Acesso em: 21 fev. 2005.

Europeu de Direitos Humanos entrou em vigor em 1998, substituindo a Corte Européia de Direitos Humanos”.¹⁹⁸

Tal qual a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948, sua maior influência, a Convenção Européia assegura proteção a duas categorias de direitos em especial: os direitos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais. Contudo, diversamente daquela que compunha um simples catálogo de direitos fundamentais, a Convenção não só foi instituída com o objetivo de fazer com que os Estados-Membros respeitassem os direitos ali estampados, mas também criou um mecanismo jurídico destinado a salvaguardar o efetivo respeito dos direitos na ordem jurídica interna de cada um. Para tanto, foi criado o mais aperfeiçoado sistema de proteção internacional de direitos em nível internacional, instituindo um Tribunal internacional para apreciar as queixas dos indivíduos.

Pode-se afirmar que a Convenção estabeleceu mecanismos de controle efetivos, e jurisdicionizou, no plano internacional, o sistema de proteção, concedendo aos indivíduos o direito de queixa contra os Estados podendo obter, numa instância judicial internacional, a condenação destes Estados.

Tecendo breve análise da Convenção sob a égide das principais categorias de direitos protegidos, tem-se que, no artigo 2º, há previsão expressa ao Direito à vida, sendo que o Protocolo nº6, que entrou em vigor em 01 de março de 1985, determinou a Abolição da Pena de Morte em tempos de paz.

O art. 5º assegura o Direito à liberdade e à segurança da pessoa humana, protegendo de prisões arbitrárias e garantindo direitos processuais fundamentais. O Protocolo nº 4, que entrou em vigor em 02 de maio de 1968, aqui se insere por vedar a prisão por dívidas.

O art. 6º c/c o art. 13 garantem o direito de petição ao indivíduo, manifestando que o mesmo tem direito a um “recurso efetivo perante uma instância nacional” dentro de um prazo razoável. A segurança de um processo equitativo encontra complemento com o que dispõe o Protocolo nº 7, que assegura o direito ao duplo grau de jurisdição penal, de indenização por erro judiciário e o direito a não ser julgado ou penalizado duas vezes pela mesma infração.

¹⁹⁸ ANNONI, 2003, p. 76.

O direito e o respeito à vida privada e familiar, bem como ao domicílio e à correspondência são previsões do art. 8º que, combinado com o art. 12, garante o direito ao casamento.

Seguindo a ordem legal, os direitos de liberdade de pensamento, consciência e religião, associação, liberdade sindical e de imprensa estão assegurados nos arts. 9º ao 11 da Convenção. O Protocolo nº4, que entrou em vigor em 02 de maio de 1968, em seu art. 2º, faz reserva legal ao direito à liberdade de circulação e residência. Outros direitos, como de proteção à propriedade, à educação e a eleições livres foram assegurados no Protocolo nº 1, em vigor desde 18 de março de 1954.

Assim como os direitos assegurados de maneira positiva, também de modo negativo os mesmos podem ser garantidos como acontece nos casos em que há proibição da prática de tortura, a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes (art. 3º), escravatura e trabalhos forçados (art. 4º), discriminação dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção (art. 14) e a expulsão, por um Estado, de um ou mais nacionais, tal como a expulsão coletiva de estrangeiros (arts. 3º e 4º, do Protocolo nº 4). Também aos estrangeiros são asseguradas as garantias processuais, no caso de ameaça e expulsão de um Estado (art. 1º, do Protocolo nº 7, que entrou em vigor em 01 de novembro de 1988).

As linhas tecidas por Danielle Annoni¹⁹⁹, bem traduzem o significado da Convenção:

Com efeito, a originalidade e importância da Convenção Europeia reside justamente no mecanismo coletivo de proteção aos direitos humanos, que se baseia na existência de um órgão de investigação e conciliação (Comissão Europeia de Direitos Humanos, existente até novembro de 1998), além de um órgão político de aferimento da responsabilidade (Conselho de Ministros do Conselho da Europa) e de um órgão judicial de responsabilização dos Estados (o Tribunal Europeu de Direitos Humanos).

De fato, seu especial significado, sempre mantendo como prisma os direitos sociais, se deve à filiação ao Conselho da Europa, que pressupõe a adesão à Convenção e o próprio sistema de proteção de direitos, considerado o único em escala internacional.

¹⁹⁹ ANNONI, 2003, p. 77.

Assim, diversamente da Carta Social Européia, a Convenção não se restringe a proclamar os direitos dos indivíduos, mas oferece também a disponibilização a um procedimento de Direito Internacional, no qual o indivíduo pode fazer valer esses direitos perante os Estados-contratantes da Convenção. “O procedimento recursal se encerra com a decisão conclusiva e vinculante do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que não só pode constatar, com caráter vinculativo, uma violação da Convenção, mas condenar também o país em questão ao pagamento de uma indenização ao indivíduo prejudicado. Além disso, a CEDH tem – no plano interno da maioria dos Estados-Contratantes – uma dignidade normativa supralegal, que assegura, no plano nacional, o seu primado de aplicação sobre leis ordinárias posteriormente promulgadas.”²⁰⁰

Outro ponto de extrema relevância, nessa análise da bem sucedida Convenção Européia de Direitos Humanos, diz com a ampliação interpretativa dos direitos assegurados.

A isso poderíamos esclarecer que os Órgãos de proteção jurídica de Estrasburgo, não se resumem a interpretar os direitos previstos na Convenção como direitos de defesa contra o Estado, mas como direitos dos quais derivam obrigações positivas a serem cumpridas pelo Estado (prestação estatal).

A adoção de tal postura (interpretação evolutiva e efetiva) acarreta louváveis resultados porque não se resume a proclamar direitos de cunho teórico ou utópico, mas busca garantir o exercício destes direitos de forma derradeira.

Esta, chamemos, abertura, para fins de interpretação, faz com que a análise do caso concreto seja avaliada conforme a época e a diversidade de circunstâncias, com o único intuito de realmente proteger os direitos previstos na Convenção. E isto tem especial relevância, quando consideramos que, em termos de Convenção, o método tradicional utilizado para interpretação é a da apreciação histórica.

Passemos à análise de alguns casos em que se fez presente dita interpretação extensiva, que poderia ser examinada, quando fossem trazidos alguns exemplos de casos pertinentes ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mas que o serão agora para fins didáticos.

²⁰⁰ HOHNERLEIN, 2003, p. 290.

No caso Airey, de 1979, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos constatou ser inviável a distinção entre direitos fundamentais civis e políticos e os direitos fundamentais econômicos e sociais. A questão trazida dizia respeito a uma irlandesa que desejava se separar de seu marido violento, mas não dispunha de condições financeiras de arcar com os custos do processo. O Tribunal “derivou do direito a um processo justo (art. 6º, da CEDH) que a Irlanda, na condição de Estado-Contratante, deveria conceder a assistência judiciária à autora do recurso.”²⁰¹

Por outro lado, nada obsta que crianças expostas à pobreza e à miséria social, num quadro lamentavelmente bem conhecido pelos brasileiros, poderia ser interpretado como ofensa ao disposto no art. 3º, da Convenção, por se fazer presente tratamento desumano e humilhante, sendo obrigação dos órgãos públicos (e aí a referência é no campo do direito interno) proteger a integridade física e moral das crianças.

No caso Passamente contra a Itália, a Comissão reconheceu que a longa espera pela concessão de serviços médicos pode violar o disposto no art. 8º da CEDH, como segue: “No caso de extradição de estrangeiros gravemente enfermos ao seu país de origem, no qual inexistente um atendimento médico mínimo, também pode restar configurado um tratamento desumano no sentido do disposto pelo art. 3º da CEDH.”²⁰²

É entendimento doutrinário que os direitos mais relevantes resguardados pela Convenção, no que tange à proteção dos direitos sociais, são as garantias de cunho processual, em especial: o direito a um processo justo e com duração adequada, como reza o disposto no art. 6º, da Convenção, além da garantia a prestações sociais por intermédio da propriedade, combinado com a proibição de discriminação (art. 1º, do 1º Protocolo Adicional, em combinação como o art. 14, também da Convenção).

De fundamental importância é que a referida Convenção oferece proteção dos recursos ativos de direitos sociais. Fica reservado ao Estado, assim, uma considerável margem de ação para o cumprimento de obrigações, de natureza positiva e/ou negativa, aplicáveis tanto aos direitos civis e políticos como aos direitos sociais.

²⁰¹ HOHNERLEIN, 2003, p. 294.

²⁰² Ibidem, p. 295.

Todos os Estados-contratantes (membros) estão sujeitos ao poder judicante dos Órgãos fiscalizadores dos direitos humanos, sediados em Estrasburgo. Por outra banda, a Convenção tem aplicabilidade imediata nos Estados-membros, ou seja, também no plano interno, razão pela qual podem os cidadãos invocar diretamente os direitos da Convenção perante os seus respectivos tribunais nacionais.

Como já se fez sentir ao longo deste texto, sem dúvida a Europa manifestou sua condição de “velho mundo” ao dar demonstração de maturidade política e social, entre outros, não só com a elaboração da brevemente estudada Convenção, mas também pela criação de tantos Órgãos importantes em prol de um novo conceito, no caso, o direito comunitário, já estudado.

Os acordos internacionais sofreram uma nova roupagem, quando o assunto versado diz com questões ocorridas entre países da Europa. Há inúmeras previsões, Órgãos de controle, profissionais habilitados e até instituições criadas para analisar o mau funcionamento das organizações.

Em atenção aos direitos fundamentais sociais, que merecem destaque pelo seu caráter humanístico e de real representação, interesse e relevância em um continente que desconhece grandes desproporções sociais, diversamente do que acontece na África, ou na América do Sul, entre outros, o que se vê acontecer na Europa a todos provoca saudável perplexidade, pois há todo um cuidado, acrescido de um feliz resultado, no que toca às atuações jurídicas e sociais acerca de valores fundamentais, o que serve de exemplo para o mundo e para quem se vale da prática do Direito. Ainda que os próprios europeus, seja pela familiaridade com o assunto ou, de forma mais instigante, sua também proximidade com conteúdos sociais fortes, entre os quais destacaríamos, por excelência, sólidas noções de cidadania, tenham críticas às atuações dos respectivos Órgãos analisados, não há dúvida de que esta é uma experiência, até agora, exitosa. Como bem apontado pela doutrinadora Eva Maria Hohnerlein, “Os direitos fundamentais sociais consubstanciados nas Convenções do Conselho da Europa são, assim como outros direitos fundamentais, parte integrante da identidade Européia. A sua garantia no plano internacional sinaliza claramente a existência de uma concepção de padrões sociais e justiça social, reconhecida em toda a Europa, não em último lugar como reação contra a compreensão dos direitos fundamentais praticada nos EUA. Resta mencionar, neste contexto,

que a efetividade dos direitos fundamentais sociais no plano nacional ainda não está suficientemente assegurada até o presente, o que continua a configurar um desafio (simultaneamente antigo e novo) também para a Europa.”²⁰³

Antes de abordarmos o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, entendemos de pedagógica aplicação uma breve exposição acerca da Comissão Européia de Direitos Humanos, ainda que a mesma esteja extinta.

Criada para ser um Órgão imparcial e independente do governo dos Estados, possuía o mesmo número de membros em relação aos Estados contratantes da Convenção. O Comitê de Ministros elegia seus comissários pelo período de seis anos, com fulcro em uma listagem estabelecida pela Assembléia Consultiva do próprio Conselho da Europa.

Na condição de Órgão não permanente, a previsão era de que a Comissão se reunisse por oito sessões anuais e duas semanais, podendo haver sessões complementares, quando fosse necessário. As decisões lá proferidas eram coletivas e, por maioria, e suas deliberações eram tomadas em sigilo, a fim de garantir a independência e imparcialidade.

A doutrina classificava sua natureza jurídica como “quase-judicial”, sendo comparável ao papel exercido pelo Ministério Público, uma vez que era sua competência investigar as denúncias, sendo o mesmo, o titular da ação de responsabilidade interna do Estado.

Com base em tais informações, pode-se afirmar que cabia à Comissão o oferecimento do primeiro controle de admissibilidade das reclamações individuais e estatais, pela investigação do caso, o direito aplicável e tentativa de conciliação das partes. Nas hipóteses em que a conciliação restasse inexitosa, era responsabilidade da Comissão elaborar um parecer sobre a violação, ou não, da Convenção Européia de Direitos Humanos e do acionamento de Ministros da Corte Européia de Direitos Humanos, ou do Comitê de Ministros.

Ainda que estivesse previsto, no art. 24 da Convenção, que todo Estado-parte tinha o poder de acionar a Comissão, denunciando a violação de direitos humanos, esta prática foi

²⁰³ HOHNERLEIN, 2003, p. 300.

pouco difundida, tendo ocorrido apenas dezoito petições endereçadas à Comissão, até 1996, relativas a somente seis casos.

Destino bastante diverso dava-se com o chamado “direito de petição individual”, então previsto no art. 25, da Convenção, que determinava que o indivíduo detinha o direito de acionar diretamente a Comissão (sem consulta, intermédio ou consentimento do Estado), em um processo gratuito e de procedimento simplificado, que acarretou significativo aumento de trabalho à Comissão (cerca de duas mil petições apresentadas por ano).

Em nota de rodapé, na obra já citada²⁰⁴, Danielle Annoni sustenta terem sido distribuídas 23 mil petições iniciais entre 1985 a 1993, sendo de dois mil apenas o número referente aos processos distribuídos em 1993.

Em princípio, há simplicidade dos procedimentos perante a Comissão, não havendo, nem mesmo, os entraves diplomáticos, sendo admitidas petições de qualquer pessoa, independentemente de nacionalidade. As exigências são que o prejudicado deve ter sido vitimado de uma violação de direitos humanos e que se deve encontrar no limite da jurisdição do Estado contratante.

Não é possível assim, uma ação popular no tocante ao direito de petição inicial individual, nem tampouco uma simples consulta individual sobre a violação “in abstrato” dos direitos humanos. O dano deve ser concreto.

No caso da vítima, entretanto, há de se reconhecer o exercício de uma interpretação extensiva, sendo suficiente o mero risco de sofrimento de uma agressão a Direitos Humanos ou mesmo o que se qualifica como vítima potencial, bastando a prova de que poderia haver o enquadramento à lei.

Sempre considerando que a Comissão Européia não é mais um Órgão ativo, rezava a ritualística processual que a constatação de reparação de uma violação de direitos humanos iniciava com o registro da petição inicial e a análise de sua admissibilidade. Este exame era de

²⁰⁴ ANNONI, 2003, p. 79.

competência dos Comitês formados por três comissários, que podiam rejeitar petições por unanimidade.

A Comissão apreciava, para fins de admissibilidade, a competência material, temporal, pessoal e territorial para a demanda. Sua competência restringia-se para os fatos realizados somente nos territórios dos Estados contratantes da Convenção Européia de Direitos Humanos, que haviam legitimado a Comissão.

No que tange à competência temporal, somente os fatos ocorridos posteriormente à ratificação pelo Estado (tido como) ofensor seriam apreciados pela Comissão. Com relação à legitimidade passiva, somente um Estado contratante poderia ser enquadrado como violador da Convenção.

Passemos a analisar o funcionamento da Corte Européia sob a luz das alterações decorrentes do Protocolo nº11, de novembro de 1998 que, se foram poucas, por outra banda foram substanciais. Uma das principais modificações, que merece ser citada primeiramente, foi que a admissibilidade passou a ser apreciada por um Comitê de três juízes, sendo a petição inicial endereçada diretamente ao (então criado) Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Após admitida, a petição individual, ou estatal, era submetida pela Comissão a um procedimento de conciliação, sendo limitada a composição ao respeito aos direitos fundamentais (que não são passíveis de transação). No caso de homologação do acordo, aquele caso não mais seria discutido pela Comissão ou pela Corte. Mas os termos do pacto era dividido em duas partes, pela Comissão, a saber: a reparação individual pleiteada e a reparação geral.

Houve alterações com o advento do Protocolo nº 11, uma vez que era possível a conciliação também na (extinta) Corte Européia de Direitos Humanos e perante o Comitê de Ministros. No que toca agora ao Tribunal, utilizou-se o mesmo controle dos limites do compromisso, sendo firmado que o próprio Tribunal assegurava a execução, como se fosse uma sentença. Pode-se estabelecer um comparativo com um acordo firmado entre partes e homologado pelo magistrado: o mesmo constitui título executivo judicial, podendo nesses termos, ser executado.

Posteriormente ao procedimento de admissibilidade e a tentativa conciliatória, era atribuição da Comissão elaborar um relatório final sobre os fatos apurados e sobre a responsabilidade internacional do Estado requerido, com esteio no art. 31 da Convenção, no que ficou conhecido como “Relatório 31”, peça conclusiva de um verdadeiro julgamento proferido por Órgão internacional, após superadas as fases postulatória, instrutória e conciliatória. Em outras palavras, pode-se considerar uma decisão da Comissão pertinente ao caso concreto. Ainda que o alcance da decisão tenha sido sempre discutível na maioria dos casos, a Corte ou o Comitê de Ministros terminavam por aceitar a indicação da Comissão, pois o aceite de um ou outro concedia força vinculante ao documento.

A partir de então, elaborado o relatório, a Comissão deveria transmiti-lo ao Comitê de Ministros, ao Estado interessado (cuja publicação era vedada) e ao requerente (após a edição do Protocolo nº 09), sendo impedido, este, de divulgá-lo. Só então era encaminhado à Corte Européia de Direitos Humanos para que esta oferecesse sua manifestação.

A leitura dos procedimentos demonstra o quão moroso era um processo de responsabilidade internacional do Estado, sendo este, um dos motivos para a elaboração do Protocolo nº11 e a conseqüente extinção da Comissão Européia de Direitos Humanos. Por outro norte, foi muito considerável o aumento de casos submetido à Comissão e à Corte, sendo inviável a manutenção de um sistema prévio de exame com caráter não vinculante.

Cabia à Comissão acionar a Corte no prazo de três meses após a transmissão do relatório ao Comitê de Ministros. Findo este período, e no caso da Corte não ter sido acionada, o Comitê de Ministros era chamado a decidir, por maioria de dois terços, sobre a existência ou não de violação à Convenção Européia de Direitos Humanos (que, com a emenda trazida pelo Protocolo nº 11, foi denominada “Convenção de Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais”).

O Comitê de Ministros, como Órgão do Conselho da Europa previsto no Estatuto de 05 de maio de 1949, tinha o mesmo número de representantes que o próprio Conselho, sendo que sua competência dizia com a análise do mérito do caso, havendo prazo certo para que o Estado cumprisse as medidas reparatórias.

No caso de não cumprimento, deveria o Comitê reapreciar a questão, determinando novas obrigações ao Estado desobediente. A legislação da época era bastante rígida, sendo admitida a suspensão ou mesmo expulsão do Estado infrator do Conselho da Europa. “Las sanciones se sitúan em el plano de la mera sanción internacional, desviándose así del principio teleológico básico presente em el Convenio que es el garantizar adecuada y efectivamente em el interior de los Estados partes el disfrute de los derechos fundamentales a las personas sometidas a su jurisdicción.”²⁰⁵

No entanto, tendo presente que a decisão deveria ser amparada por dois terços dos representantes do Comitê, o resultado era que não se ofereciam decisões, em uma total denegação da jurisdição, pondo em questão todo o sistema do Estado de proteção aos direitos humanos na Europa.

Pode-se concluir como uma importante decisão, adotada em boa hora, a supressão da função contenciosa do Comitê de Ministros que, após a vigência do Protocolo nº 11, mantém apenas seu papel supervisor da execução fiel pelos Estados das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

7.2 Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)

Instituído originalmente em 1959, em substituição à Corte Européia de Direitos Humanos (cujas competências restou mantida para os feitos iniciados anteriormente à criação do Tribunal), teve toda uma nova regulamentação, por meio do Protocolo nº 11, que reestruturou o mecanismo de controle estabelecido pela Convenção, fazendo dispor, em seu art. 34, a possibilidade de acesso direto de petições individuais ao Tribunal, sem a necessidade de submeter-se à triagem da Comissão Européia de Direitos Humanos.

Nos termos antes abordados, que precediam a existência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ou seja, antes de 1988, o processo tinha início pela Comissão Européia de Direitos Humanos, que fazia um exame preliminar, para então, nos casos previstos na legislação de regência, encaminhá-los à Corte Européia de Direitos Humanos.

²⁰⁵ RUIZ MIGUEL, Carlos. *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeu de Derechos Humanos*. Madri:

Após a edição do citado Protocolo, assinado em 11 de maio de 1994, mas em vigor somente a partir de 01 de novembro de 1998 (após a ratificação dos Estados contratantes), e com o advento do Tribunal, também o indivíduo passou a ter acesso direto de petição ao Tribunal, sem passar pelo crivo da Comissão, cuja atribuição atual é de órgão consultivo e de apoio ao Tribunal.

E a relevância desta conquista merece ser considerada com distinção, como bem assevera Eduardo García de Enterría²⁰⁶:

Sobre esta base, que he expuesto um poco estensamente, se erigió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, institución que inaugura historicamente la posibilidad de que cualquier persona pueda exigir judicialmente al Estado bajo cuya autoridad se encuentra el respeto a sus derechos individuales ante una instancia internacional. Las personas físicas y jurídicas han pasado a ser sujetos activos de un Derecho Internacional hasta ahora considerado como um Derecho interestatal.

Neste norte, após novembro de 1988, todo procedimento ocorre exclusivamente na sede do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, composto pelo mesmo número de Estados-membros que o Conselho da Europa, como reza o art. 20 da Convenção.

Por meio das linhas que seguirão, objetiva-se analisar o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante, TEDH), sua estrutura organizacional e o nível de proteção ofertado aos demandantes. Também será examinada a questão pertinente à execução das sentenças, ou seja, a verificação da efetividade na prestação jurisdicional do citado Órgão e os efeitos para os Estados Membros.

Pode-se definir o Tribunal Europeu de Direitos Humanos como um órgão internacional no qual, sob determinadas circunstâncias, são interpostas denúncias de violações aos direitos garantidos pela Convenção. Por outro lado, poderíamos asseverar que uma de suas principais tarefas é a de “garantir o respeito pelos Estados-membros, dos arts. 5º e 6º da Convenção Européia, que tratam respectivamente das garantias a serem observadas em caso de privação de liberdade autorizada e sobre as garantias essenciais de um processo equitativo” [...] e que

Tecnos, 1997. apud HOHNERLEIN, 2003, p. 82

“impõem aos 43 Estados-membros o respeito a garantias essenciais quando adotam, contra pessoas privadas, medidas privativas de liberdade, ou quando administram a justiça.”²⁰⁷

Após sucessivas alterações, de modo a atender a sempre crescente demanda de trabalho, dentre as quais se destacam a implementação de 11 protocolos adicionais e os Tratados de Paris e Roma e, em especial, da União Européia, assinado em Maastrich (Luxemburgo), em 1992, não há dúvidas de que foi exatamente o citado Protocolo nº 11, adotado em 11 de maio de 1994, com entrada em vigor a partir de 01 de novembro de 1998 (tendo presente que, em 31 de outubro daquele ano a Corte Européia tinha cessado sua existência), o responsável pela reforma que conduziu à criação do novo Órgão, denominado Tribunal Europeu de Direitos Humanos, único e permanente, com funcionamento em tempo integral (e não com pautas e reuniões esparsas e com finalidades específicas), de modo a reforçar o caráter judicial do sistema e sua obrigatoriedade entre os filiados.

Dentre os principais pontos da reforma destacam-se o fato de que, atualmente, os próprios particulares que vierem a sofrer um gravame têm legitimidade ativa para impetrar suas queixas perante uma Corte Internacional, consoante reza o art. 19 da Convenção (desde que o Estado demandado tenha maculado direito previsto pela Corte e que, em regra, tenham-se esgotados os recursos de natureza interna) e o fato de que o TEDH tem jurisdição obrigatória tanto para ações interestatais quanto para ações movidas por particulares (o que garante simetria de tratamento a todos os eventuais legitimados passivos, sem que se percebam diferenças procedimentais).

Em respeito à evolução exitosa desta espécie de jurisdição recebida inicialmente, sem grandes expectativas, tendo em vista as garantias conquistadas pelos povos, e estampadas nas Constituições e leis internas, importante reproduzir o pensamento de Eduardo García Enterría²⁰⁸:

[...] ha revelado una formidable vitalidad, com el resultado de un incremento perfectamente visible del nivel de respeto y de proteccion de los derechos fundamentales em todo el espacio europeo. Constantemente resultan

²⁰⁶ SANCHEZ-CRUZAT, 1996, p. 17.

²⁰⁷ CASSESSE, Antonio; MEIRELLE, Delmas-Marty. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. São Paulo: Manole, 2004. p. 179.

²⁰⁸ SANCHEZ-CRUZAT, 1996, p.17.

condenados por esta jurisdicción los Estados europeos de más tradición y com sistemas más perfeccionados de protección de la libertad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sabido extremar y agudizar la interpretación pro libertate de derechos clásicos, que parecían haber encluido sus posibilidades de aplicación em los respectivos sistemas nacionales, y há acertado a enseñar a todos éstos matices y distinciones que parecían haber escapado hasta que comenzó su lúcida reflexión y resuelta actuación.

7.2.1 Organização do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

O número de magistrados que compõem o aludido órgão é igual ao de Estados contratantes (ou seja, que fazem parte do Conselho da Europa e já ratificaram a Corte, no total de 44 juízes), não havendo qualquer restrição, envolvendo o número de juízes de mesma nacionalidade. “Isto ocorre porque estes atuam a título individual, não representando os Estados de sua nacionalidade. São cerca de oitocentos milhões de indivíduos sob sua jurisdição.”²⁰⁹

Os juízes são eleitos por seis anos pela Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa. Entretanto, metade dos juízes eleitos terá seu mandato findo após três anos, o que resulta na renovação dos mandatos de metade do quadro a cada três anos (art. 23, 1, da Convenção Européia dos Direitos Humanos).

A função dos magistrados deve ser exercida em caráter individual, não representativo dos Estados, sendo vedado aos mesmos, outra atividade profissional considerada incompatível com os deveres de independência e imparcialidade ou mesmo com a disponibilidade exigida para o desempenho de funções em tempo integral. A idade limite para o exercício da função é de 70 anos (art. 23, 6, da Convenção).

Ainda no processo de escolha dos magistrados, cada Estado propõe uma lista tríplice, da qual a Assembléia Parlamentar designará um (por maioria absoluta dos votos). Aos que exercerão a função de juiz, a exigência, nos termos do art. 21, 1, da Convenção, exige-se o

²⁰⁹ FERREIRA, 2004, p. 279.

gozo “da mais alta reputação moral e reunir as condições requeridas para o exercício de altas funções judiciais ou ser juristas de notória competência.”

Exige-se também, que durante a duração de seu mandato, os magistrados não exerçam atividade incompatível com a disponibilidade necessária para o exercício do cargo bem como com os deveres de independência e imparcialidade (art. 26, 3, da Convenção).

Consoante determina o regulamento, o Tribunal divide-se em quatro Seções (Câmaras). Sua composição, fixada por três anos, deve ser equilibrada tanto do ponto de vista geográfico como da representação dos sexos, também sendo levado em conta os diversos sistemas jurídicos existentes entre os contratantes. Cada Câmara é dividida por um Presidente, sendo dois dos presidentes de Câmara também vice-presidentes do Tribunal. Os presidentes das Câmaras são assistidos e, eventualmente, substituídos pelos vice-presidentes de Câmara.

A constituição de cada Câmara é representada por um comitê de três juizes por um período de 12 meses.

Também formam cada Câmara, conforme um sistema de rotação, seções de sete magistrados. O Presidente da Câmara e o Juiz eleito em nome do Estado em causa fazem parte, *ex officio*, da Seção. Quando o magistrado eleito em nome do Estado em causa não seja membro da Câmara, participará *ex officio*, nas deliberações da Seção. Os magistrados que não sejam membros titulares da Seção participam como suplentes.

O Tribunal Pleno (ou, a Grande Câmara), por seu turno, é composto por 17 juizes. Além dos membros *ex officio* (o Presidente, vice-Presidentes e os Presidentes de Câmara), sua composição obedece a um sistema de rotação, a partir de dois grupos que alternam de nove em nove meses. Novamente, a composição deve resguardar equilíbrio geográfico e respeito aos diferentes sistemas jurídicos existentes entre as Partes contratantes.

7.2.2 Do Procedimento

A) Fase inicial

Antes da apresentação de uma queixa junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, é necessário que o particular bem avalie qual sua reclamação e como entende correto o atendimento de seu pleito.

Isso porque os direitos ou liberdades violados devem estar previstos na Convenção Européia ou nos Protocolos Adicionais, sendo só condizente a eles a competência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

B) Dos processos diante do Tribunal

A via de acesso ao exercício da jurisdição da citada Corte é ampla, pois podem ingressar com ação tanto um dos Estados-membros (na qualidade de queixa estadual) como qualquer particular (queixa individual), sem esquecer as ONG's e grupo de particulares, que se considere vítima de violação de um dos direitos assegurados na Convenção por um dos Estados contratantes. Nos termos do art. 34, da Convenção, a legitimidade ativa pode advir de ato estatal ou particular, desde que a agressão atinja direito próprio, não de terceiros.

Com atenção à legitimidade passiva, há de se atentar que só podem ser levados à consideração do Tribunal Europeu os atos praticados por uma autoridade pública (legislativa, administrativa, judicial, etc.) de um dos Estados. Não cabe ao mesmo examinar questões dirigidas contra simples particulares ou instituições privadas.

Os formulários de queixa podem ser obtidos pelo(s) requerente(s) na secretaria do Tribunal (F-67075 Strasbourg Cedex, France), devendo ser endereçado ao “Exmo. Senhor Secretário do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.” As queixas não podem ser realizadas por telefone ou por correio eletrônico não confirmado via postal.

Consoante reza o art. 35 da referida Convenção, é necessário destacar que se devem ter esgotado os recursos perante os Órgãos judiciais do Estado em questão. Para o oferecimento de sua queixa perante o TEDH, a parte interessada deverá fazê-lo no prazo máximo de 06 (seis) meses, a contar da decisão definitiva proferida pelo Tribunal competente deste Estado.

As exceções ao princípio do prévio esgotamento são²¹⁰:

- a) quando uma queixa esteja relacionada com uma ameaça a direito à vida do demandante;
- b) quando os recursos internos estão indisponíveis;
- c) quando estes recursos internos, apesar de disponíveis, são ineficazes.

Os processos que tramitam no Tribunal são contraditórios e públicos, assim como as audiências (excetuados os casos em que a seção/tribunal pleno entender de modo diverso, em caráter excepcional). Também são de acesso público as alegações e os documentos apresentados pelas partes litigantes.

Não há óbice de que as queixas individuais sejam apresentadas pelo próprio requerente, mas se faz necessária a presença de advogado em casos de audiência ou quando a queixa for admitida. Foi criado, pelo Conselho da Europa, um sistema de assistência judiciária para os queixosos que não dispuserem de recursos suficientes.

Os idiomas utilizados no Tribunal são o inglês e o francês, mas as queixas podem ser apresentadas numa das línguas oficiais dos Estados contraentes. Em princípio, sendo admitida a queixa, deve ser utilizada uma das línguas oficiais do Tribunal (salvo se o Presidente da Seção/Tribunal Pleno autorizar o uso do idioma apresentado na queixa).

C) Requisitos da Petição Inicial

Determina o art. 47, do Regulamento do Tribunal Europeu, que no formulário de queixa deverá imperativamente constar:

²¹⁰ FERREIRA, 2004, p. 280.

- a) o resumo dos fatos pelos quais se queixa e as alegações que pretende formular;
- b) o(s) direito(s) garantido(s) na Convenção que foi (foram), em seu entender, violado(s);
- c) a indicação de todos os recursos que interpôs;
- d) a lista das decisões proferidas no seu caso por uma autoridade pública, indicando para cada decisão: data, resumo do conteúdo e tribunal ou autoridade que a proferiu. Tais decisões devem ser trazidas por fotocópia, pois ficarão anexadas aos autos.

D) Quanto à admissibilidade do processo

O primeiro requisito para a admissibilidade da petição é o prévio esgotamento dos recursos internos (art. 35, I, da convenção). Cabe à Secretaria Geral do Conselho da Europa, auxiliada pela Comissão Européia de Direitos Humanos, instaurar inquéritos para averiguar esclarecimentos pertinentes ao direito interno de cada Estado-parte.²¹¹

A queixa individual interposta é encaminhada a uma Seção na qual seu Presidente designa um Relator. Após o exame preliminar de admissibilidade, o Relator decidirá se ela será submetida a um Comitê de três membros ou a uma Turma que, por seu turno, pode, em um segundo juízo prelibativo, não receber a demanda (por ser inadmissível ou porque uma decisão favorável pode ser adotada posteriormente).

No caso da queixa ser admitida, o Tribunal procederá na tentativa de composição amigável do litígio que, entre outras maneiras, pode ocorrer diretamente entre o queixoso e o Estado.

Compete às Seções, além dos casos que lhe são diretamente atribuídos pelos Relatores, examinar as queixas que não tenham sido declaradas inadmissíveis (pelos Comitês de três

²¹¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2. ed. Brasília: UnB, 1997.

juízes) bem como as queixas estaduais. As Seções pronunciam-se sobre a admissibilidade e o mérito das queixas (em decisões distintas ou numa única decisão).

Também deve ser considerado que o processo somente é distribuído aos magistrados após as observações do Estado requerido, sendo que tanto o Estado como o requerente têm acesso a tais manifestações (escritas). As eventuais réplicas são opostas pelas partes na audiência oral. Tem competência o Tribunal para tomar qualquer medida com fins instrutórios ao processo, consoante dita o art. 41, do Regimento Interno do Tribunal, sendo admissível toda espécie de prova.

A petição individual é endereçada diretamente ao Presidente do Tribunal a fim de que este designe a Seção que analisará o caso em primeira instância.

Na Seção, o magistrado-presidente designará um relator que fará o exame da admissibilidade e o relatório do caso. A decisão da Seção pela inadmissibilidade, ou mérito das petições individuais, é definitiva.

Nas hipóteses de os autores dos pedidos serem pessoas diversas das legitimadas nos arts. 33 e 34, da Convenção, o procedimento adotado é outro. A petição será endereçada ao Comitê que fará o exame da admissibilidade, (art. 28, da Convenção) proferindo decisão (deferitória ou determinando o arquivamento) que será definitiva. No caso de ser admitida pelo Comitê, a petição é remetida para a Seção correspondente para julgamento. A decisão de lavra da Seção também será definitiva.

As Seções podem, a qualquer tempo, decidir enviar uma queixa ao Tribunal Pleno se um caso levantar uma questão grave relativa à interpretação da Convenção ou quando a solução de uma questão possa conduzir a uma contradição com um acórdão anteriormente pronunciado pelo Tribunal, salvo oposição de uma das partes, no prazo de um mês, a contar da notificação pela Seção da intenção desta última de enviar o caso ao Tribunal Pleno.

Em princípio, a primeira fase do processo é escrita. Poderá ocorrer, no entanto, de a Seção decidir fazer uma audiência. Nada obsta que o mérito seja igualmente abordado.

As decisões sobre a admissibilidade da reclamação e competência da Seção, devem ser tomadas pela maioria, fundamentadas e públicas.

E) Quanto ao mérito do processo

Admitida uma reclamação, pela Seção, as partes podem ser convidadas a apresentar provas suplementares e observações por escrito, incluindo, no que diz respeito ao queixoso, um eventual pedido de reparação razoável e a participar de uma audiência pública na qual se discuta o mérito.

O Presidente da Seção pode, no interesse da administração da justiça, convidar ou autorizar qualquer Estado contratante que não seja parte do processo, ou qualquer pessoa interessada, que não o queixoso, a apresentar observações escritas ou, em circunstâncias excepcionais, a participar de uma audiência. Pode, o Estado contratante do qual o queixoso seja natural, intervir no processo.

Durante o processo, relativo ao exame do mérito, podem existir negociações conduzidas por intermédio do secretário, tendo em vista a conciliação das partes, de modo confidencial (art. 38, 1, b) e 2 do Conselho).

F) Das Decisões

A sentença segue o padrão anglo-saxão, ou seja, traz considerações acerca dos antecedentes de fato, seguidas de fundamentos de fato e de direito, culminando com o dispositivo.

As Seções apresentam suas decisões por maioria. Qualquer juiz que tenha participado do exame do caso pode juntar ao acórdão seu entendimento diverso ou uma simples declaração de desacordo.

No prazo de três meses, a contar da data da prolação do acórdão, as partes podem requerer que o caso seja enviado ao Tribunal Pleno, ou Grande Câmara (caso a causa verse sobre questões graves relativas à interpretação ou aplicação da Convenção e de seus

Protocolos). Tais pedidos são examinados pelos cinco juristas que atuam no Pleno (Presidente do Tribunal, Presidentes de Câmara (ou Seção) – excetuado aqueles componentes da Seção que proferiram o acórdão reclamado, e por um outro juiz escolhido por um sistema rotativo - também excluídos os que realizaram o acórdão).

O acórdão torna-se definitivo após três meses da sua prolação, podendo anteceder tal prazo se as partes declararem não terem intenção de devolver a causa ao Tribunal Pleno ou se os citados 5 magistrados rejeitam o pedido de devolução (na hipótese de ser aceito o pedido de devolução, incumbe ao Tribunal Pleno decidir o caso, por maioria, em acórdão definitivo). Nesta hipótese, o Tribunal Pleno atuará como Órgão de reapreciação do mérito.

Os acórdãos definitivos do Tribunal vinculam-se aos Estados requeridos na causa. Na verdade, o Tribunal elabora uma sentença de natureza declaratória, que revela a violação da Convenção Européia pelo Estado-membro requerido. A consequência de tal violação (da obrigação internacional de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana) é deixada para o direito interno do próprio Estado, o qual deve oferecer uma reparação adequada.

Nesse pensar, não tem o Tribunal competência para anular ou alterar decisões proferidas no âmbito interno pelos Órgãos jurisdicionais de direito interno. Contudo, tendo declarado que determinado ato ou fato, aplicado pelo Estado, violou a legislação de regência (a Convenção), havendo prejuízo ao indivíduo ou grupo de pessoas, o Estado é responsabilizado internacionalmente, devendo reparar o dano ou indenizar os lesados. “As sentenças do tribunal são em grande parte meramente declaratórias de violação de direitos resguardados pela Convenção Européia de Direitos Humanos. Quando condenatórias, só a indenização pecuniária é oferecida. Condena-se o Estado a uma obrigação de dar soma em dinheiro somente. Para o resto, o Tribunal tem se considerado incompetente, pois avalia que o cumprimento da Convenção é tarefa política do Conselho da Europa, que é o Órgão responsável por sua aplicação, guarda e respeito.”²¹²

No que pertine à indenização por violação aos direitos humanos, reza o art. 41 da Convenção que “o Tribunal atribuirá à parte lesada uma satisfação razoável, se for o caso”.

²¹² SANCHEZ-CRUZAT, 1983, p. 32. apud ANNONI, 2003, p. 85.

G) Exeqüibilidade das Sentenças

Cabe ao Estado (executado) a escolha dos meios para fazer cumprir a Convenção, “sendo aceita apenas uma exceção, que é a concessão de uma indenização pecuniária, também após a constatação da impossibilidade de reparar o dano de outra maneira.”²¹³

Nos termos previstos no art. 50, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal, o pedido indenizatório deve constar nos memoriais apresentados pelo requerente. Em princípio, deve o Estado requerido comprovar a impossibilidade de restaurar o bem atingido ao *status quo ante* ou oferecer uma justa indenização, o que é bem mais aceito pela jurisprudência, cabendo ao Tribunal manifestar-se, concordando com os termos propostos ou não.

Ainda que o montante da indenização seja variável, o Tribunal decidiu pela constatação do dano moral para majorar a verba indenizatória. Ainda que a prova do dano seja ônus do requerente, há exceção quando a mesma é de difícil produção ou bastante custosa para a vítima. “A jurisprudência é variada, mas ultimamente caminha-se para a aceitação do dano indireto e da teoria dos lucros cessantes.”²¹⁴

Também pode ser decidido pela Corte que o Estado altere sua legislação interna de modo a adequá-la aos termos da Convenção, pondo termo final à violação produzida ou que pode vir a produzir.

Consoante o disposto no art. 46, I, da Convenção, os Estados-membros obrigam-se a respeitar e cumprir as sentenças transitadas em julgado nos casos em que forem partes.

Em que pese a clareza da norma, e o fato de que tais decisões são obrigatórias (pois os Estados-membros assumiram a condição de respeitá-la) e definitivas (porquanto não existe a possibilidade de recurso de tais decisões), a notícia é que esta máxima gera enorme divergência no meio jurídico europeu pois “quando se falar em considerar tais sentenças como título executivo, a maioria dos autores afirma que a sentença possui caráter firmemente não

²¹³ GARRONE, Fanny Castro-Rial. Consideraciones a la Sentencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en el asunto ‘Barbera, Messegue y Jabardo c. Espana. *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, v. 16, n. 3, p. 789-807, 1989. apud ANNONI, Danielle, op. cit., p. 85.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 86

executivo, tendo em vista sua natureza jurídica meramente declaratória. Tal afirmação se baseia no fato de as sentenças não irem além da constatação da existência de violação da Convenção, não podendo anular decisões das autoridades nacionais ou ordenar medidas de execução.”²¹⁵

A execução dos acórdãos é responsabilidade do Comitê de Ministros do Conselho da Europa que deve verificar se os Estados que violaram a Convenção tomaram as medidas adequadas para atender às determinações do acórdão.

Quanto ao lapso temporal necessário para o cumprimento da decisão que fixou a reparação pecuniária, tem entendido o Tribunal por estabelecê-lo em definitivo, não à mercê da vontade dos Estados, pois esta sempre pode ser bastante variável. “No caso *Helmers*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos fixou um prazo de três meses para o pagamento pela Suécia da soma acordada na sentença judicial internacional.”²¹⁶

Aliás, neste particular, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos foi um dos primeiros Órgãos a reconhecer e a assegurar o “direito a um processo sem dilações indevidas (ou de ser julgado num prazo razoável)”²¹⁷, não estabelecendo um prazo único, rígido, para os processos, em geral, mas conforme a análise do caso em concreto (doutrina do não-prazo).

Busca-se aqui, demonstrar o efeito das decisões proferidas pelo citado Tribunal Europeu de Direitos Humanos no âmbito do direito interno, ou seja, dos Estados contratantes. Entre os efeitos dos julgamentos proferidos pelo referido órgão de jurisdição supranacional, deve-se atentar pela modificação ocorrida na legislação interna de alguns Estados-membros. Registro alguns dos casos indicados pela doutrina: “1) Áustria modificou seu código penal referente ao tratamento dos prisioneiros hospitalizados e todo o mecanismo de assistência judicial; 2) Bélgica modificou sua legislação relativa aos indigentes e também seu código civil para conceder os mesmos direitos aos filhos ilegítimos; 3) Dinamarca alterou sua legislação sobre a guarda dos filhos ilegítimos; 4) França adotou nova legislação sobre escutas

²¹⁵ RUIZ MIGUEL, Carlos. *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeu de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1997. apud FERREIRA, 2004, p. 283.

²¹⁶ ANNONI, 2003, p. 87

²¹⁷ LOPES JÚNIOR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 116.

telefônicas; 5) Grécia inovou a lei relativa à prisão provisória; 6) Itália incorporou ao seu código penal disposições que estipulam a presença obrigatória de advogados de defesa nos procedimentos judiciais, incluindo os que têm lugar no Tribunal Supremo; 7) Holanda modificou seu código penal militar e a lei sobre a reclusão dos doentes mentais; 8) Suécia mudou a lei de definição religiosa obrigatória; 9) Suíça transformou totalmente sua organização judicial e o procedimento penal aplicável ao Exército Federal, também modificando o código civil no que se refere à privação de liberdade nos internatos; 10) Inglaterra proibiu o recurso de castigos corporais (tortura e maus-tratos) nas investigações públicas.²¹⁸

H) Os Pareceres

O Tribunal pode, a pedido do Comitê de Ministros, emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e seus Protocolos.

A decisão do Comitê de Ministros, de requisitar um parecer ao Tribunal, também deve ser tomada por maioria.

Os pedidos de pareceres são examinados pelo Tribunal Pleno, sendo a decisão também adotada por maioria. Qualquer juiz pode juntar ao parecer um entendimento diverso, concordante ou dissidente, ou mera declaração de desacordo.

Como prova concreta de que o Tribunal vem crescendo em demanda e importância no cenário europeu, foi aberto à assinatura, em Estrasburgo, em 13 de maio de 2004, o Protocolo nº 14 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem que visa a reformar o sistema de controle da Convenção (ou seja, prevendo alterações em diversos campos como no mandato dos magistrados, possibilidade de exoneração, normas internas de funcionamento do Tribunal, entre outros).

Com tal acordo, admite-se que um juiz único possa decidir sobre a admissibilidade de uma queixa, sendo relator um elemento da secretaria do Tribunal. O Comitê de três juízes passa a poder decidir sobre o mérito, não apenas sobre a admissibilidade quando já houver

²¹⁸ European Commission of Human Rights, 1993. apud ANNONI, 2003, p. 87

uma jurisprudência assente do Tribunal. As Seções continuam a decidir sobre o mérito com recurso para a Grande Câmara, com possibilidade de intervenção, nestes casos, do Alto Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa.

Uma outra inovação consiste no alargamento da noção de não admissibilidade aos casos em que a queixa seja incompatível com as disposições da Convenção ou dos Protocolos, manifestamente infundada, ou introduzida em abuso do direito de queixa individual e aqueles casos nos quais o queixoso não tenha sofrido uma grande desvantagem, a não ser que o respeito dos direitos humanos, tal como definido nos Protocolos e na Convenção, exija um exame da queixa ao nível do mérito e desde que tenham sido esgotados os recursos internos.

Deve-se atentar a dois fatores após a leitura do sistema processual existente no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O primeiro deles, diz respeito a se tratar de um Órgão de jurisdição com competência supranacional, sendo viável a possibilidade de revisão de um julgamento proferido na seara doméstica. Na mesma esteira, a admissão compulsória de concordância com a decisão proferida pelo mesmo. O segundo ponto, que, evidentemente se confunde com o primeiro, diz com o sucesso do citado órgão julgador, principalmente após a edição do Protocolo nº 11, prova é o aumento progressivo das demandas interpostas.

Há de se frisar no que diz respeito à importância do movimento para a comunidade mundial e, especialmente, para todo o direito internacional. Consoante bem apontado na doutrina a existência e competente atuação dos membros do referido órgão julgador “põe em prática a teoria da natureza fundamental dos direitos humanos, situando-os acima das leis e práticas do Estado. Significa, por outro lado, a crença democrática de que certos direitos e liberdades fundamentais não devem ser subordinados ao poder ou à mera conveniência política de um Estado. As decisões da Corte Européia, até o momento, têm demonstrado ser o sistema europeu um efetivo instrumento de harmonização das legislações nacionais relativas à proteção dos direitos humanos, além de um importante componente do processo de integração.”²¹⁹. Como já anteriormente referido, tendo em vista que os países pertencentes à União Européia devem aderir aos termos constantes na Convenção Européia de Direitos Humanos, os Estados-membros candidatos a aderirem à União Européia, devem passar por

²¹⁹ SABOIA, 2004, p. 2.

um processo de transição que possibilite uma mesma gama de legislações e práticas compatíveis com as regras previamente pactuadas.

O fato é que essa via jurisdicional criada pelos europeus que, acreditamos, jamais poderiam imaginar o acerto de sua medida, com a adição de novas garantias às já previstas no ordenamento interno de cada um dos Estados-membros (seja via legislação interna ou constitucional), sempre considerando a maturidade em relação aos direitos humanos e a ampla dimensão de cidadania, comum à maior parte dos europeus, é um sucesso. Nas palavras de respeitada doutrina o Tribunal “ha revelado una formidable vitalidad, con el resultado de un incremento perfectamente visible del nivel de respeto y de protección de los derechos fundamentales en tod el espacio europeo. Constantemente resultan condenados por esta jurisdicción los Estados europeos de más tradición y con sistemas más perfeccionados de protección de la libertad. El Tribunal Europeo de Drechos Humanos ha sabido extremar y agudizar la interpretación pro libertate de derechos clásicos, que parecían haver concluído sus posibilidades de aplicación em los respectivos sistemas nacionales, y há acertado a enseñar a todos éstos matices y distinciones que parecian haber escapado hasta que comenzó su lúcida reflexión y resuelta actuación.”²²⁰.

²²⁰ SANCHEZ-CRUZAT, 1996, p.17.

8. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Diante dos inegáveis avanços concernentes à proteção internacional dos direitos humanos, fortalecida com o desenvolvimento do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos e com a adoção de tratados internacionais voltados à proteção dos direitos fundamentais, a doutrina²²¹ sugere a existência de dois sistemas normativos, quais sejam, o global e os regionais.

O chamado sistema global de proteção dos direitos humanos é aquele desenvolvido no âmbito das Nações Unidas, sendo integrado por instrumentos de alcance geral (por exemplo, os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966) e de alcance específico (como as Convenções Internacionais contra a tortura e a discriminação racial, por exemplo).

Pode-se afirmar, assim, que o sistema global de proteção dos direitos humanos desenvolve-se no âmbito das Nações Unidas e é integrado por sistemas de proteção complementares.

Já a sistemática normativa regional de proteção dos direitos humanos visa à internacionalização de tais direitos no plano regional, particularmente, nos continentes europeu, americano e africano. Já foi apreciada a sistemática desenvolvida na Europa. Passemos à análise no continente americano.

8.1 Convenção Americana de Direitos Humanos

O sistema americano ora em exame, tem por principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em San José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Também conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, entrou em vigor em

²²¹ PIOVESAN, 2000, p. 20.

1978, sendo firmada por 25 (vinte e cinco) dos 35 (trinta e cinco) Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Impõe-se registrar que somente os Estados-membros da OEA têm o direito de aderir à Convenção sendo que o Estado brasileiro foi um dos que mais tardiamente o fez, em 25 de setembro de 1992.

A Convenção Americana reconhece e assegura uma relação de direitos civis e políticos similar à disposta no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos entre os quais se destacam: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.²²²

Em 1988, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção (Protocolo de San Salvador) prevendo direitos sociais, econômicos e culturais, que entrou em vigor após o depósito do 11º instrumento de ratificação pelo Estado da Costa Rica em novembro de 1999.

A Convenção Americana não enuncia de modo específico qualquer direito social, cultural ou econômico, cabendo ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício destes direitos e liberdades, bem como a adoção das medidas legislativas, e de outra natureza, necessárias à efetividade dos direitos e liberdades enunciados.

As obrigações dos Estados-membros, desse modo, são positivas e negativas pois se há obrigação de não violar direitos individuais (obrigação negativa) também há o compromisso de assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos na Convenção Americana.

²²² PIOVESAN, 2000, p. 30.

Para propiciar a implementação dos direitos que enuncia, a Convenção Americana estabelece um mecanismo composto por dois Órgãos: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

8.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A comissão é o órgão central da Organização dos Estados Americanos (OEA) que atua na supervisão e monitoramento do grau de cumprimento das obrigações internacionais pelos Estados-membros em matéria de direitos humanos no âmbito regional.

Com sede em Washington, é composta por 7 (sete) membros de reconhecida autoridade moral e conhecimento em matéria de direitos humanos, nacionais de qualquer Estado-membro da OEA, com mandato de 4 (quatro) anos, sendo admitida a reeleição por uma vez.

Sua especial função é promover a observância e a proteção dos direitos humanos no território de todos os Estados-membros da OEA, o que o faz na qualidade de entidade autônoma, com funções de caráter político diplomático, também exercendo atribuições jurisdicionais quanto ao recebimento dos casos individuais de violação de direitos humanos.

Para tanto, também é de sua competência²²³ fazer recomendações aos governos dos Estados-partes prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção dos direitos humanos; preparar estudos e relatórios que se façam necessários; requisitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas referentes à aplicação da convenção e submeter um relatório anual à Assembléia Geral da OEA.

Uma especial particularidade que compete à Comissão diz com o exame das petições encaminhadas por indivíduos, grupos de indivíduos ou entidades de caráter não-governamental (sem a necessidade de constituir um advogado) que contenham denúncia de violação a direito assegurado pela Convenção cometido por Estado que dela faça parte.

²²³ PIOVESAN, 2000, p. 34.

A petição inicial, tal como no sistema global, deve responder a determinados requisitos de admissibilidade, como o prévio esgotamento dos recursos internos (exceto nos casos de injustificada demora processual e/ou quando a legislação doméstica não prover o devido processo legal). Outro requisito importante no exame da admissibilidade da petição inicial é referente à inexistência de litispendência internacional (ou seja, que a questão esteja pendente em outro Órgão da esfera internacional).

Quanto ao procedimento de recebimento e trâmite de denúncias de violação de direitos humanos, “a Comissão atua com funções quase-judiciais, sendo uma espécie de Ministério Público do Sistema interamericano”²²⁴, podendo realizar a investigação dos fatos. É ela que recebe as denúncias sobre violações aos direitos humanos que lhe são apresentadas pelas próprias vítimas ou por quaisquer pessoas ou organizações não-governamentais, “contra atos violatórios de direitos fundamentais por parte dos estados que não tenham encontrado reconhecimento ou proteção por parte dos mesmos Estados”²²⁵.

Uma das opções daí decorrentes é que seja encontrada uma solução amistosa. Caso assim ocorra, deverá a Comissão elaborar um informe (com breve exposição dos fatos e a solução alcançada) que será transmitido tanto ao peticionário como aos Estados-partes da Convenção e, posteriormente, à Secretaria da Organização dos Estados Americanos para publicação.

Há precedentes que demonstram que a Comissão teve influência na modificação de leis que “não estavam de acordo com os standards internacionais de direitos humanos”²²⁶, determinando a liberação de indivíduos que sofriam processo ou estavam detidos indevidamente, fixando montantes indenizatórios de natureza reparatória (de interesse individual e comunitário).

²²⁴ GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel E. *A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos* apud PIOVESAN, 2000, p. 64.

²²⁵ BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS. CIDADANIA, ÉTICA E ESTADO, 18., 2002, Salvador. *Anais...* Brasília: OAB, Conselho Federal, 2003. v.1. p. 591.

²²⁶ GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel E. *A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. apud PIOVESAN, op. cit., p. 54.

Nos casos em que não há êxito na composição amigável, caberá à Comissão redigir um relatório apresentando os fatos e as conclusões pertinentes com eventual recomendação ao Estado-parte informando se houve violação aos termos da Convenção. Referido relatório é encaminhado ao Estado-parte que tem o prazo de três meses para conferir cumprimento às recomendações feitas.

Diante de tal situação, dois fatores podem ser observados: a solução da contenda ou o encaminhamento à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Se dentro do prazo de três meses o caso não for solucionado nem tampouco submetido à Corte, a Comissão poderá, por maioria absoluta de votos, emitir sua própria opinião e conclusões sobre o caso.

Contudo, se transcorridos os três meses e não for apresentada solução, o caso poderá ser submetido à apreciação da Corte Interamericana (que é o Órgão de atuação jurisdicional do sistema regional).

Depreende-se, destarte, que apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não restando prevista a legitimação do indivíduo.²²⁷

A relevância da Comissão, considerado o Órgão central de proteção dos direitos humanos no continente americano, faz-se clara a partir do exame de um dado concreto²²⁸: “a Comissão está processando atualmente mais de oitocentos casos enquanto na Corte tramitam entre vinte e trinta casos.”

No ano 2000, a Presidência da Comissão Interamericana foi ocupada pelo brasileiro Hélio Bicudo.

²²⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2. ed Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 206.

²²⁸ GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel E. *A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos* apud PIOVESAN, 2000, p. 55.

8.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos (composição e estrutura)

Órgão judicial autônomo previsto na Convenção, cuja incumbência diz respeito à interpretação e aplicação de seus dispositivos com a função precípua de julgar casos interpostos relacionados a supostas violações de direitos humanos consagrados na Convenção.

Desde 03 de setembro de 1999, a Corte tem sede permanente em San José da Costa Rica, o que não impede que as reuniões sejam realizadas em qualquer Estado-membro da OEA quando a maioria dos membros julgar pertinente, mediante prévia permissão do Estado respectivo.

Sua composição é de 7 juízes, nacionais dos Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados-partes na Convenção (ou seja, não como representantes dos Estados respectivos). Impõe-se ratificar que outro brasileiro, Antônio Augusto Cançado Trindade, integra a Corte já tendo ocupado sua presidência.

É requisito que os candidatos ao cargo de magistrado da Corte tenham elevada autoridade moral, reconhecida competência em matéria de direitos humanos e condições para o exercício do cargo cujo mandato é de seis anos, admitida a reeleição por uma vez. Não há limite de idade para o exercício do cargo.

Os magistrados gozam das imunidades e privilégios conferidos aos agentes diplomáticos, não devendo haver mais de um magistrado da mesma nacionalidade na composição da Corte.

Na hipótese de um dos membros da Corte ser nacional do Estado-parte no litígio e não houver juiz nacional de outro Estado-parte para substituí-lo, há a possibilidade de serem nomeados juízes *ad hoc*.

Dentre os membros, são eleitos o Presidente e o Vice-Presidente, com mandato de dois anos, admitida a reeleição. Ao Presidente, compete dirigir os trabalhos da Corte, representá-la,

ordenar a tramitação dos assuntos a ela pertinentes e presidir as sessões. Ao Vice-Presidente compete substituir o Presidente em suas ausências além de ocupar seu posto em caso de vaga.

O quorum necessário para o funcionamento da Corte é de 5 juízes sendo as decisões tomadas pela maioria dos presentes. Em caso de empate, cabe ao Presidente proferir o voto de qualidade.

8.3.1 Competência consultiva da Corte

A competência de natureza consultiva versa tanto sobre a interpretação de dispositivos constantes na Convenção como de outros tratados condizentes à proteção dos direitos humanos no continente americano.

Presta-se a função consultiva para esclarecer pontos solicitados pelos Estados-membros da OEA (como Estado-parte ou não da Convenção) relacionados à interpretação da Convenção, ou de quaisquer outros tratados internacionais de direitos humanos, assim como o exame da compatibilidade entre as legislações de ordem interna e os instrumentos jurídicos internacionais de direitos humanos.²²⁹ Também a Comissão Interamericana é legítima para consultar a Corte sobre a temática dos direitos humanos. Nestas hipóteses (consultas realizadas por um Estado-membro ou pela Comissão), exige-se a indicação das considerações que originaram a consulta e o nome dos agentes (Estados) ou dos delegados (representantes da Comissão).

Podem apresentar consulta à Corte, ainda, o Conselho Permanente da OEA, sua Comissão Consultiva de Defesa e o Órgão de Consulta (resultado da Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores). Para estes, além das considerações, devem ser apresentadas as razões da consulta, indicando que é de sua competência a matéria sobre a qual solicita o entendimento da Corte.

²²⁹ ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 282.

Para bem demonstrar a relevância da competência consultiva, destaca-se o parecer emitido indicando a impossibilidade da adoção da pena de morte no Estado da Guatemala²³⁰. Neste caso, a Comissão Interamericana solicitou à Corte opinião para esclarecer se a imposição da pena de morte por um Estado, por crimes não punidos com tal sanção quando da adoção da Convenção Americana pelo referido Estado, implicaria violação à Convenção, não obstante o Estado tivesse feito reservas de modo específico a tal previsão da Convenção.

Em resposta, a Corte afirmou²³¹: “a Convenção impõe uma proibição absoluta quanto à extensão da pena de morte a crimes adicionais, ainda que uma reserva a esta relevante previsão da Convenção tenha entrado em vigor ao tempo da ratificação”.

Imperativo asseverar que sendo a Corte a intérprete autorizada dos tratados de direitos humanos no sistema americano, os pareceres consultivos por ela proferidos tem efeito vinculante, devendo ser respeitados pelos Estados-partes sob pena de responsabilização internacional por descumprimento de uma obrigação convencional.

No âmbito contencioso, a competência da Corte, em relação às partes, limita-se aos Estados-partes da Convenção, que a reconheçam de forma expressa, e à Comissão. Para tanto, exige-se o prévio depósito da carta de aceitação da jurisdição obrigatória da Corte por cada um dos Estados-partes na Convenção²³² (uma vez que se entende que a jurisdição é apresentada como cláusula facultativa). Desta forma, nas hipóteses em que um Estado envolvido não tenha reconhecido de forma expressa a cláusula que admite a jurisdição da Corte, o procedimento continua na Comissão.

O Estado brasileiro reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 3 de dezembro de 1998, por força do Decreto Legislativo 89/98.

Deve-se ratificar que a legitimidade de parte para ingressar na Corte resume-se aos Estados-partes e à Comissão Interamericana, não havendo previsão de acolhimento individual ou de organizações não-governamentais, no que também se distingue da sistemática

²³⁰ PIOVESAN, 2000. p. 44.

²³¹ Ibidem, p. 45.

²³² STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 55.

encontrada na Comissão. A representação individual ocorrerá de forma indireta, por meio de advogados ou de representantes que atuem como delegados da Comissão perante a Corte.

Bastante criticável a negação de capacidade processual ao indivíduo peticionário perante a Corte Interamericana por ausência de sustentação e sentido. Por se tratar de um tribunal internacional de direitos humanos que atua nos casos de reconhecida omissão do direito interno, esta concepção anacrônica deveria ser gradualmente superada.

Na análise da jurisdição contenciosa da Corte, o caso Velásques Rodríguez é um referencial importante, pois determinou que o Estado de Honduras fosse responsabilizado por não ter cumprido com sua obrigação de garantir o exercício dos direitos humanos²³³:

“Após acolher comunicação encaminhada pela Comissão, a Corte condenou o Estado de Honduras, em votação unânime (decisão proferida em 21 de julho de 1989), ao pagamento de indenização aos familiares do desaparecido Manfredo Velásques, ocorrido em setembro de 1981”.

Nesta questão, pertinente à impossibilidade das partes peticionarem diretamente à Corte Interamericana, há forte distinção em relação ao posicionamento adotado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que admite o ingresso de ações por particulares, após as reformas trazidas pelos Protocolos 9 e 11, como já examinado.

Também há de se atentar que a Corte não está vinculada à decisão proferida na Comissão, podendo decidir de forma livre e independente, em consonância com sua análise dos fatos e as provas carreadas aos autos. Tampouco há regramento específico referente à competência atribuída à Corte. Em princípio, há competência (em razão da matéria) para examinar qualquer caso que verse sobre a interpretação ou aplicação das disposições da Convenção Americana. Na hipótese de haver controvérsia sobre sua competência, aplica-se o princípio internacional de Direito consoante o qual é o próprio Tribunal que terá competência para decidir sobre a jurisdição para conhecer a matéria que lhe for submetida (e tal decisão será obrigatória às partes).

²³³ SOUZA, Denise Silva de. Corte Interamericana de Direitos Humanos In: BARRAL, Welber. *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.; MAIA, 2001. p. 300.

Ainda no que toca à competência, agora em razão do tempo, a Corte já fixou ser competente para julgar os fatos denunciados a partir da data em que a Convenção Americana entrou em vigor para o Estado demandado²³⁴.

8.3.2 *Do procedimento contencioso*

Com relação ao procedimento contencioso, permanece a vedação quanto à capacidade processual individual sendo partes legítimas para interpor ações apenas o Estado-parte ou a Comissão; esta será chamada para integrar como parte em todos os casos relativos ao exercício jurisdicional da Corte.

A petição inicial deverá ser apresentada por escrito, na Secretaria da Corte, lá estando indicado o objeto da demanda, a descrição dos fatos, as provas existentes, a indicação das testemunhas e peritos, os fundamentos do direito que se pleiteia, o nome do agente (se proposta por um Estado-parte), a indicação dos delegados (se a parte autora for a Comissão) e as conclusões.

Também deve constar no pedido inicial o nome e o endereço dos representantes das supostas vítimas e seus familiares.

Em sua defesa, o Estado demandado pode apresentar exceções preliminares como a incompetência da Corte ou a falta de admissibilidade da demanda. Na condição de incidentais, as exceções preliminares serão apreciadas independentemente do mérito da demanda.

Proposta a ação, compete ao Presidente da Corte realizar o exame preliminar da demanda, verificando o cumprimento de requisitos fundamentais que, quando não respeitados, devem ser supridos em vinte dias.

²³⁴ GALLI, Maria Beatriz; KRSTICEVIC Viviana; DULITZKY, Ariel E. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos: aspectos procedimentais e estruturais de seu funcionamento*. apud PIOVESAN, 2000. p. 89 e 90.

Após a interposição da demanda e a apresentação de contestação, o Estado demandado tem direito de responder por escrito no prazo de três meses, a contar de sua notificação. Entende-se, então, por finda a fase escrita do processo.

Oportuno atentar para o papel desempenhado pelas organizações não-governamentais defensoras dos direitos humanos na fase escrita do processo na Corte, na qualidade de *amicus curiae* que se assemelha a uma intervenção de terceiros na qual é autorizada a participar do procedimento com o objetivo específico de fornecer informações à Corte. Este terceiro interessado atua em defesa do interesse geral que vai além do interesse das partes, apresentando argumentos jurídicos favoráveis a um dos litigantes; ou seja, atua como colaborador da Corte no estudo e resolução das contendas submetidas à jurisdição da Corte.²³⁵

A fase oral tem início com a realização da audiência que será conduzida pelo Presidente, cabendo aos juízes formular as perguntas que considerarem pertinentes a qualquer pessoa que comparecer perante a Corte.

As partes, ou seja, os agentes do Estado ou os delegados da comissão podem escolher qualquer pessoa como assistente.

Quanto ao exame do material probatório, a Corte fixou que além das provas direta, testemunhal ou documental, também podem ser admitidas as provas circunstanciais, os indícios e as presunções quando apresentarem, em seu cotejo, elementos consistentes sobre os fatos ocorridos.

8.3.3 Das Decisões

Encerrada a fase de realização de audiências, é proferida sentença que é definitiva e inapelável. A decisão deve pronunciar-se sobre a responsabilidade do Estado demandado, pelos fatos apresentados e dispõe sobre seu dever de garantir à vítima o gozo do direito ou

²³⁵ GALLI, Maria Beatriz; KRSTICEVIC Viviana; DULITZKY, Ariel E. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos: aspectos procedimentais e estruturais de seu funcionamento*. apud PIOVESAN, 2000. 93.

liberdade violados, decidindo sobre as reparações e indenizações cabíveis, além do eventual pagamento das custas.

Pode-se asseverar que a sentença não tem caráter meramente declaratório da violação cometida por um Estado, mas, ao contrário, determina que o mesmo adote medidas concretas para reparar as violações aos direitos previstos na Convenção Americana.

Na Corte Interamericana, vige o princípio da identidade física do juiz de modo que o magistrado que teve ciência do caso, e que aguarda sentença, mesmo que findo seu mandato, permanecerá vinculado ao processo até a prolação da decisão final.

Deve-se atentar ainda, quanto à prerrogativa da Corte de editar medidas provisórias de proteção, em casos de extrema gravidade ou urgência, a fim de evitar danos irreparáveis às pessoas (sobretudo risco de vida ou ameaça à integridade pessoal). Tais medidas, quando adotadas, tem fulcro em uma presunção razoável de veracidade, pois se pode aplicar tanto em casos pendentes na Corte como também na esfera da Comissão, a pedido da própria.

Tendo a Corte determinado a expedição de medidas provisórias, o Estado pode solicitar a sua suspensão e a Comissão, por seu turno, pode pleitear que as mesmas sejam ampliadas ou determinada a inclusão de outras medidas provisórias. A Corte também tem a prerrogativa de, posteriormente, convocar uma audiência pública para conhecer a forma como o Estado deu cumprimento à solicitação, pronunciando-se sobre a necessidade de manter ou ampliar as medidas decretadas.

As medidas provisórias têm caráter vinculante e devem ser acatadas consoante o princípio *pacta sunt servanda*. A supervisão do cumprimento das medidas decretadas pode ser realizada pela própria Corte ou pela Comissão.

A sentença proferida conterà relatório, fundamentação jurídica e a parte dispositiva sobre o caso concreto, sendo admitido que os demais magistrados que tenham participado da decisão acresçam seus votos (fundamentados). As partes têm, ainda, direito a solicitar uma interpretação da sentença.

A título informativo, e que bem ilustra o funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 14 de março de 2002, determinou medidas cautelares ao governo brasileiro para assegurar garantia de vida aos detentos Casa de Detenção José Mario Alves (conhecida como “Prisão Urso Branco”), localizada na cidade de Porto Velho, em Rondônia, diante da notícia de que, no dia 02 de janeiro de 2002, trinta e sete detentos foram executados no interior do estabelecimento prisional. Como quase nenhuma das medidas determinadas pela Comissão foi acatada, o caso foi enviado à Corte.

Esta, em 18 de junho de 2002, acatou denúncia contra o Brasil, pela primeira vez, assim determinando²³⁶:

1. Requerer ao Estado que adote todas as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as pessoas reclusas na prisão Urso Branco, sendo uma delas o confisco das armas que se encontrem em poder dos internos.
2. Requerer ao Estado que investigue os fatos que motivam a adoção de medidas provisórias com o fim de identificar os responsáveis e impor as sanções correspondentes.”

Posteriormente, a Corte examinou o primeiro relatório trazido pelo Estado brasileiro concernente às medidas provisórias adotadas e as observações da Comissão ao relatório.

Em 19 de agosto de 2002, a Corte emitiu uma Resolução determinando, entre outros, que o Estado brasileiro mantivesse a adoção de todas as medidas para proteger a vida e a integridade dos detentos; que apresentasse informações sobre os graves fatos ocorridos também após a decisão de 18 de junho (pois houve a notícia de mais 10 detentos mortos); que o Estado brasileiro e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tomassem as providências necessárias para a criação de um mecanismo apropriado para coordenar e supervisionar o cumprimento das medidas provisórias ordenadas pela Corte; que fossem identificados os responsáveis e impostas as sanções correspondentes; que informasse sobre o número e nomes dos detidos, os que se encontravam cumprindo pena e os que aguardavam sentença, bem como sua localização.

²³⁶ Informação obtida em 27 out. 2004 no endereço <http://www.cidh.org/annualrep/2002port/cap.3d.htm>

8.3.4 Dos efeitos das Decisões

Ao ratificar a Convenção Americana, um dos principais compromissos firmados pelo Estado diz com a necessidade de reparar as violações de direitos humanos que deve ocorrer com o restabelecimento da situação ao seu estado anterior ou, nos casos em que isso for impossível, reparar o dano de outra forma, geralmente em espécie.

Basicamente, o alcance da obrigação de reparar tem três etapas: a garantia à vítima do gozo de seu direito ou liberdade violados; que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que configurou a violação a estes direitos e, por último, que seja efetuado o pagamento de uma justa indenização.

Entre os exemplos de formas de reparação adotadas, a Corte já estabeleceu a determinação da soltura de presos; obrigações de construir postos médicos ou escolas; indenizações por danos materiais e morais e obrigação de editar lei interna ou alterar dispositivos legislativos.²³⁷

O Estado tem o dever de cumprir integralmente a sentença da Corte, que deve ser executada pelos Tribunais internos do Estado violado, mesmo que implique alterar disposições de direito interno (legislativas ou de outra natureza). Assim, não pode o Estado, para eximir-se de suas responsabilidades, alegar impedimento de direito interno.

Contudo, “a maioria dos Estados-partes na Convenção Americana ainda não tomou quaisquer providências, legislativas ou de outra natureza, no sentido de assegurar a execução das sentenças.”²³⁸

Em caso de não cumprimento das decisões proferidas pela Corte, esta pode incluir em seu relatório anual e encaminhar à Assembléia Geral da OEA. Entretanto, até o momento, tal

²³⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 95.

²³⁸ SOUZA, 2004, p. 309.

mecanismo político de coerção para o cumprimento da sentença proferida pela Corte Interamericana tem se mostrado insuficiente.²³⁹

Assim, o efetivo cumprimento das decisões proferidas pela Corte deve-se à boa-fé e à lealdade processual dos Estados demandados não sendo possível reconhecer segurança jurídica às decisões da Corte mesmo que esta tenha garantido o direito às vítimas.

Entretanto, algumas alterações no Regulamento da Corte dão provas de que o Órgão tem avançado no sentido de melhor atender às necessidades das vítimas de agressão aos direitos humanos no continente americano como a permissão de que, na fase de reparações, os representantes das vítimas, ou seus familiares, possam, de forma autônoma, apresentar seus próprios argumentos e provas; a possibilidade de que, como ocorreu no caso El Amparo, relativo à Venezuela, o magistrado formule suas perguntas diretamente aos representantes das vítimas (e não aos delegados da Comissão ou aos agentes do governo) e na possibilidade de que os indivíduos participem de forma ativa de todas as etapas do procedimento perante a Corte.²⁴⁰

A seguir, quadro comparativo com os principais mecanismos contemporâneos de jurisdição supranacional estudados:

²³⁹ ANNONI, 2003, p. 108.

²⁴⁰ SOUZA, 2004, p. 310.

QUADRO 2 - COMPARATIVO DOS ÓRGÃOS SUPRANACIONAIS

TRIBUNAIS	CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA CIJ	TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL TPI	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS TJCE	TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS TEDH	CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CIDH
SEDE	Haia	Haia	Luxemburgo	Estrasburgo	San José (Costa Rica)
COMPOSIÇÃO	15 magistrados (não pode haver dois da mesma nacionalidade)	18 magistrados (há uma brasileira, Sylvia Steiner, Des. Federal do TRF/ 3ª Região)	25 magistrados (um para cada Estado-membro da União Européia)	44 magistrados (mesmo número de Estados-Partes do Conselho da Europa que ratificaram o Tribunal)	7 magistrados (nacionais dos Estados-membros da OEA)
COMPETÊNCIA	Julgar qualquer litígio que as partes à Corte submetam em relação aos temas previstos na Carta da ONU e em outros tratados vigentes.	Julga os crimes de genocídio; contra a humanidade; crimes de guerra e crimes de agressão.	Garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação do Tratado da União Européia.	Apreciar as denúncias de violações aos direitos humanos previstos na Convenção Européia.	Decidir se houve violação a algum dos direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção Americana.
ABRANGÊNCIA	Além de envolver membros ou não-membros da ONU, cuida de tratados bilaterais ou multinacionais, desde que haja cláusula prevendo a jurisdição da Corte. Não há obrigatoriedade de jurisdição (as partes determinam sua submissão ou não).	Somente tem jurisdição sobre os crimes cometidos depois da instituição do Estatuto de Roma para os Estados que ratificaram o Estatuto. Competente para julgar as pessoas físicas. Imprescritibilidade dos delitos.	É o “motor” da integração européia e atua no sentido de estabelecer e fundamentar os critérios jurídicos que alicerçam os pilares da integração econômica, política e social . Há o Princípio da Primazia da norma comunitária sobre a nacional (proibição de medidas de efeito equivalente e dever dos Estados-membros de indenizar particulares pelo não cumprimento do direito comunitário).	As próprias vítimas de desrespeito aos direitos humanos são legitimadas ativas para impetrar queixas perante o Tribunal. Sua jurisdição é obrigatória tanto para ações interestatais, quanto para particulares. Em regra, a garantia de acesso à Corte requer prévio esgotamento dos recursos internos.	Podem pleitear perante a CIDH a Comissão Interamericana (por meio de seus delegados) e os Estados-partes (representados pelos agentes) que reconhecem a jurisdição da Corte A grande queixa é que a parte lesada não tenha capacidade processual individual.
EFEITOS DAS DECISÕES	O cumprimento da decisão é obrigatório em relação às partes envolvidas na demanda. Em regra, são inapeláveis.	Não há, até agora, nenhum processo findo.	Suas decisões têm o efeito de um Órgão de natureza supranacional pois é a instância de julgamento responsável pela harmonização da interpretação e aplicação das normas de direito comunitário.	A Corte poderá decidir que o Estado-parte deverá alterar sua legislação interna para se adequar à Convenção, eliminando, com isto, a violação que está produzindo ou poderá vir a produzir. Ademais, poderá determinar ao Estado que pague compensações à vítima ou que a devolva à situação em que se encontrava antes da violação.	Garantia, à vítima, do gozo de seu direito ou liberdade violados; reparação do ato que configurou a violação de tais direitos; pagamento de justa indenização; (já houve precedentes em que se determinou a construção de escolas, postos de saúde e modificações na legislação interna).

CONCLUSÃO

Os conceitos clássicos de Estado, nação e soberania não mais encontram condições de aplicação estrita e efetiva no mundo contemporâneo assolado por problemas como fome, miséria, crises de energia, aumento da poluição, iminência de guerra nuclear, desmatamento, crimes organizados e outras tantas situações cujos graves efeitos ultrapassam os limites traçados nas fronteiras territoriais.

Assim, a noção tradicional de soberania absoluta, una e indivisível de um Estado perde espaço para outras, cujo sentido busca integrar relativização e flexibilização do conceito.

Isso porque, assuntos como os que aqui foram abordados, pertinentes aos direitos humanos, crimes cuja repressão interessa a toda população da Terra, entre outras situações cujos efeitos atingem a humanidade, não podem deixar de ser solucionados por ausência de disposição legal (em nível mundial) ou pelo receio de ferir a autonomia de outro país (ainda que isso sirva comumente como ferramenta à impunidade dos agentes com poderes políticos e financeiros para fazê-lo).

Prestou-se assim o primeiro capítulo, para analisarmos novos conceitos, tendo presente que o Estado já ultrapassou seu melhor momento, constituindo-se atualmente em instrumento falho, lerdo e demasiado grande para algumas situações e pequeno para outras tantas. Em especial, buscamos examinar de que forma instituições criadas com o objetivo de analisar e decidir questões de interesse mundial podem ser efetivas sem comprometer a autonomia e soberania de um Estado individual, tendo como principal aspecto o exame da soberania.

Para que se compreenda a aplicação e efetividade dos órgãos eleitos para o estudo, imprescindível que se domine a prática processual em nível internacional e, mais que isso,

aquelas pertinentes aos interesses de mais de uma nação, no que adotamos a expressão supranacional.

No particular, seguindo uma análise dos crimes cuja repercussão e gravidade interessa a toda humanidade, examinamos a questão da aplicação extraterritorial da lei penal consoante disposição do Código Penal brasileiro.

O foco de tal estudo buscou demonstrar que a paz mundial não será alcançada pela via exclusiva dos acordos internacionais. Em inúmeras situações, não basta a solução pacífica imposta por um ou mais países. Diante da complexidade de questões cujo resultado interessa a toda população mundial, também se faz imperativo a efetividade processual existente nas questões de importância supranacional e os meios de controle para exercê-lo.

Nesse diapasão, o exame da evolução histórica dos tribunais *ad hoc* pretendeu demonstrar a evolução política e jurisdicional da humanidade, a contar do primeiro tribunal instituído, e também o mais famoso, o de Nurembergue, quando se fez perceber uma total ausência de justiça, mas, muito mais, uma vingança dos países vencedores dos conflitos que precederam a instituição de ditos tribunais, tudo travestido sob o discutível argumento da legalidade, tendo sido suprimidos inúmeros princípios que envolvem toda a existência do direito (como foram as violações aos princípios da anterioridade, da legalidade, da ampla defesa, do devido processo legal, da presunção de inocência, entre tantos outros).

Posteriormente, foi trazido ao texto a Corte Internacional de Justiça, organismo jurídico vinculado à ONU, que é contemporânea à Declaração Universal dos Direitos do Homem, ou seja, pouco após a II Guerra Mundial.

Fato merecedor de elogio é a possibilidade de os Estados que não sejam membros da ONU, atuarem perante a Corte, ainda que ela seja um órgão das Nações Unidas. Este fato contribui para o desenvolvimento e uniformização do direito internacional para além das fronteiras da ONU.

Em respeito às questões de interesse supranacional, a análise do recentíssimo Tribunal Penal Internacional, de existência permanente, deixa bastante claro suas dificuldades de

reconhecimento, principalmente pela ausência de importantíssimos países no cenário mundial atual, como também as enormes dificuldades quanto a sua execução. Além desse fato, o maior óbice à sua atividade tem conotação política, tendo em vista que os EUA não apoiaram sua consolidação.

Entretanto, sua criação e existência merecem ser comemorados, pois possibilitou o reconhecimento de garantias aos réus e um núcleo mínimo de regras que mesclam princípios de direito internacional e penal que, além de conferir confiabilidade ao sistema desenvolvido, também serve como disposição norteadora da conduta dos Estados, quando postos diante da ocorrência de crimes graves contra a humanidade. Sua existência acarretou ainda, uma verdadeira revolução no direito penal dos Estados fazendo com que, por necessidades óbvias de compatibilidade, fosse imperativo internalizar os tipos penais previstos nos Estatutos por meio de sua adoção pelo direito penal interno.

Em confronto a esse novo e, ainda, de pouca atuação efetiva, Órgão jurisdicional supranacional, fizemos um estudo acerca da movimentação política, social, econômica e cultural ocorrida na Europa pós-guerra. Dela resultou, de um lado, a instituição da chamada União Européia e, de outra parte, dos novos meios de solução de conflitos, entre eles, o judicial, consubstanciado nas figuras do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e do Tribunal de Primeira Instância. Tais Órgãos, integrados por profissionais de elevado saber e inquestionável experiência judiciária, estarão habilitados – acredita-se – para enfrentar e resolver as dificuldades e surpresas inerentes à prática de um direito neófito como é o direito comunitário, que se expressa na mudança de consciência dos Estados-Membros levados a pensar em suas questões como impregnadas de interesses afetos também aos demais Estados da União Européia, embora sem esquecer as prerrogativas e obrigações pertinentes ao direito interno.

De forma inusitada, no continente europeu, podemos considerar a existência de dois processos paralelos de internacionalização do direito penal e, em uma análise mais ampla, das vias de utilização supranacional de diretrizes de política criminal.

O primeiro, visível, é desejado pelos Estados membros mas, exatamente por isto, limitado por estes à coordenação de ordens jurídicas de âmbito nacional. Será este o processo

que lidera a elaboração de todo sistema das convenções de auxílio mútuo, repressivo e de gestão.

A outra versão aponta para a subordinação do ordenamento jurídico interno em face de limitações impostas pela legislação comunitária, nos casos em que ambas puderem ser evocadas.

A processualística lá desenvolvida, em que pese seu ineditismo e reconhecida funcionalidade, ainda comporta e reclama acertos. É que não se cuida de limitações que impõem um modelo único, mas que limitam determinados movimentos, que podem ser analisados em termos de estratégia de adaptação, de ruptura ou de recuo/expansão do sistema. Ao reconhecermos a existência de outros instrumentos comparáveis (Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969 e Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981), podemos medir a amplitude dessas limitações, que carregam em si esta consequência bastante nova de colocar as políticas criminais nacionais sob a tutela supranacional do direito pertinente aos direitos humanos.

A comparação dos sistemas confrontados, ainda sob a égide do que ocorreu na Europa, quais sejam, o sistema europeu de proteção dos direitos humanos e o sistema constitucional de tutela dos direitos fundamentais e liberdades, indicam que não se apresentam eles como sistematizações independentes, mas, sim, complementares e concorrentes, tendo presente que revestem sua funcionalidade de um caráter cumulativo e sucessivo, não meramente subsidiário, segundo se vislumbra, ou não, equivalência no reconhecimento de direitos e simetria no grau conferido à proteção.

O controle que os Tribunais (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e Tribunal de Primeira Instância) exercem sobre o direito comunitário estende-se tanto às atividades desenvolvidas pelas instituições comunitárias, como àquelas realizadas pelas autoridades nacionais, nos âmbitos cobertos pelo mesmo ordenamento jurídico. Deste modo, atua como Tribunal Constitucional ao ser o intérprete último sobre a adequação de normas comunitárias e nacionais ao Tratado da Comunidade Européia, este último elevado à categoria de “Constituição Comunitária”.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias também controla a observância de todas as preceituações do ordenamento jurídico comunitário, inclusive do Direito derivado, exercendo assim funções revisoras típicas tanto de juiz constitucional como de juiz contencioso-administrativo. Cabe a referido Tribunal, destarte, uma função de triplo controle: aplicação uniforme do Direito Comunitário; cumprimento dos Tratados e a aplicação do direito comunitário por parte dos Estados-membros e a legalidade de atuação das demais instituições comunitárias.

A experiência política inédita ocorrida na Europa possibilitou a criação de um sistema jurisdicional comunitário bastante diversificado, ambicioso e amplo de integração regional que, consoante o estudo realizado, dá provas concretas de ser exitoso.

Por outro lado, não são necessárias grandes ilações para percebermos as dificuldades com que se defronta o julgador, ante uma gama tão diversa de legislações, princípios e procedimentos, entre outros. E não se diga que a deferência resume-se ao magistrado europeu: naquele continente houve o ineditismo da medida de aplicação da jurisdição em caráter supranacional, precedido da mais bem sucedida referência em direito comunitário.

No entanto, quanto maior o leque legislativo, invariavelmente maiores são as dificuldades de aplicação da justiça, e muitos se tornam os mecanismos e argumentos de defesa dos réus. No entanto, se falha é a aplicação de boa jurisdição, quando há insuficiência legislativa, melhor sorte não ocorre quando a mesma se apresenta em excesso.

Não que isso se faça presente na Europa mas, devemos convir, sempre haverá, no mínimo, a legislação interna, de cada Estado-membro, e mais as legislações pertinentes ao direito comunitário.

Para tanto, não é difícil imaginar a seguinte indagação: poderia um julgador de um Tribunal interno, ou seja, de um tribunal pertencente a um Estado-membro, deixar de aplicar a respectiva legislação toda vez que a considerasse contrária às disposições da Convenção Europeia ou à jurisprudência do Tribunal Europeu?

Claro que a resposta exige que se parta da premissa de um Estado-membro com legislação de regência equilibrada, de regime democrático e com princípios relativamente contemporâneos. Imaginando-nos nesta situação, entendemos que é tarefa do magistrado buscar a interpretação de todo o ordenamento jurídico em vigência, e este, ao menos em princípio, deve dispor e disciplinar acerca da existência desses distintos regramentos e proporcionar diretrizes interpretativas ensejadoras de sua aplicação não conflitiva.

Com essa ressalva (e sem ela podemos ter certeza de enfrentarmos uma questão bastante controversa), há de se reconhecer que a desobediência aos preceitos da Convenção Européia, acarretará a responsabilidade daquele Estado-membro infrator perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e, em caso de condenação, a aplicação de sanção em favor do ofendido.

Mas o ineditismo das medidas integracionistas verificadas na maior parte do continente Europeu, em que pese evidenciarem inegáveis conquistas e vantagens, não só aos jurisdicionados mas a toda a comunidade jurídica mundial, acarreta questões que fazem pensar. E o resultado, às vezes, pode ser frustrante, se verificarmos que o sistema é falho, não obstante a impressão que se recolhe de que uma enorme maturidade rege as relações jurídicas e de cidadania presentes entre os habitantes da Europa.

Fica evidente que a existência de inúmeros Órgãos judiciários, espalhados em meio a tanta diversidade de interesses, cultural e social, ao mesmo tempo em que oferece maior segurança aos jurisdicionados, pode também gerar um incontável número de problemas tais como aqueles atinentes a qual legislação aplicar, em que foro postular, de que modo exercer o direito em cada um dos Estados-membros, entre vários outros.

Desta forma, pode ser a própria multiplicidade de estruturas jurídicas, presentes no continente europeu, a explicar a parcial resistência dos sistemas nacionais.

Não faltam fontes e/ou motivos para isto. A começar pela constatação da existência de tradições jurídicas absolutamente diferenciadas, como exemplificativamente mostra o cotejo entre os sistemas romano-germânico (*civil law*), e o do *commom law* britânico, a isto acrescida a existência (ainda que temporária) de tribunais constitucionais que deixam

transparecer o desejo pelo exercício de uma garantia nacional efetiva dos direitos humanos fundamentais como um mecanismo de controle— de limitação que se estabelece, talvez, de forma eficaz por conta da maior concorrência entre as diversas instituições européias.

Isso tem razão de ser. E ela é de simples averiguação. O fato que ocorre é inserirmos, nessa já extensa relação de Órgãos previamente criados e atuantes, com atenção, entre outros, aos problemas pertinentes aos Direitos Humanos, à idéia de complexidade.

Sim, porque é isso que se descobre à medida que se dispõe de inúmeros Órgãos, legislações, regimentos internos, entre outros, sem que sobre eles incida hierarquia.

Questões relativas aos direitos humanos e à política criminal, deparam-se igualmente com a enorme complexidade de verificar a existência de ordenamentos legais, no plano nacional e internacional ou, talvez ainda, no plano interno, respeitando limitações previstas no direito internacional. Por outro enfoque, ainda no que toca ao exame da complexidade, seria estabelecer um controle desta complexidade com a utilização do melhor direito aplicado à diversidade das práticas.

Se há falhas no sistema jurídico europeu, elas ocorrem muito mais pela extensa gama de fontes a serem consultadas, jurisprudências a serem comparadas e legislações a serem aplicadas, do que por outros motivos, como inércia dos órgãos competentes, fraudes, corrupção dos mesmos ou ainda, incredulidade do povo com respeito à efetividade das decisões judiciais. O problema, assim, não nasce de faltas, mas de excesso de possibilidades, sendo que nem todas se apresentam de modo coerente, o que para tanto se entendeu correto nominar de complexidade.

Se já havíamos verificado que as alterações sociais e econômicas ocorridas na Europa eram motivo de orgulho para o povo, na mesma linha devemos reconhecer que o continente se apresenta como um laboratório a quem cabe a missão de compor, em meio à complexidade das normas e práticas nacionais e supranacionais, o anúncio de uma harmonia européia comum.

Tendo por princípio que os Órgãos de jurisdição supranacional são sabidamente de ainda difícil reconhecimento por parte daqueles que não o tem em sua realidade jurídica, normalmente acostumada à existência de juízes e tribunais com competência nacional, é interessante a informação de que, em casos de atuação judiciária de amplitude comunitária, o Tribunal oferece uma espécie de convite para as instituições nacionais de interpretar e aplicar o direito nacional em conformidade com as exigências do direito comunitário. E aí fica escancarada a (possível) limitação deste exercício jurisdicional porquanto, se o direito interno não admitir interpretação, será necessária uma reforma neste direito nacional para que não haja agressão ao disposto em consideração aos interesses da comunidade. Por outro lado, a carência ou insuficiência da ordem jurídica interna não poderá ser preenchida por iniciativa da jurisdição comunitária.

Assim, litígios e controvérsias que envolvem responsabilidades a serem enfrentadas pelo direito supranacional, que chamamos de questões de competência supranacional, costumam ser suscitadas por manifestação de vontades de Estados (autônomos) em prol de um interesse comum, no que poderíamos simplificar na forma dos acordos bi e multilaterais.

Outra forma em que essa competência supranacional se manifesta é aquela que ocorre nos Estados comunitários, quando também o interesse particular de um Estado-Membro é deixado de lado em proveito de um interesse maior, no que se convencionou denominar de direito comunitário.

Diante das dificuldades que se apresentam em questões de natureza supranacional, correto exigir uma enorme maturidade política, cultural e social, bem como o exercício de uma jurisdição criativa, inovadora e clarividente.

Isto porque as questões exigem, pela própria velocidade intrínseca do mundo contemporâneo, plasticidade e capacidade de adaptação de um conjunto normativo, tornando-o válido para a regulação dos conflitos internos de uma nação. E assim foi que nos acostumamos à submissão e ao acatamento aos ditames do direito.

Entretanto, não mais podemos negligenciar a capacidade de exercício deste direito sobre novos vértices, entre os quais se encaixam perfeitamente as questões pertinentes à soberania e autonomia de um Estado-nação.

E os exemplos que buscamos salientar ao longo dessas linhas não tiveram outra intenção senão a de mostrar aspectos atuais em termos de jurisdição supranacional.

Ainda que sejam diferentes as facetas, e as propriedades de cada um, os Órgãos jurisdicionais arrolados buscam suprir as inúmeras lacunas da lei nas hipóteses de agressão a um direito cujos efeitos se estendam para além-fronteiras.

Como se vê, a questão em tela é das mais instigantes, pois temos a oportunidade de verificar os acertos e erros de um sistema novo, que gera expectativa no mundo todo, e que vem dando indicações concretas da viabilidade buscando privilegiar as questões comuns, sem abrir mão da autonomia e soberania de um Estado-Membro. Sem dúvida, um fenômeno novo, interessante e vencedor, que serve de modelo para outras organizações de interesse e conteúdo comunitário, mas cuja real efetivação é bastante difícil. Prova é nosso Mercosul, formado por apenas 5 (cinco) países, que não conseguem elaborar uma sistemática de trabalho séria, efetiva e duradoura, sendo ainda poucas as questões relativas à ausência de tributação alfandegária entre suas fronteiras, de trânsito entre seus povos, ou seja, um trabalho que recém dá seus passos iniciais, mas que não fornece evidências de que poderá palmilhar o mesmo caminho seguido.

Ainda em relação ao continente europeu, uma questão se faz por demais importante: o absoluto respeito, escudado por um Tribunal aos chamados direitos humanos mediante a coibição pronta e severa às ações atentatórias a eles. Embora sendo um Órgão de recente existência, o crescimento das demandas lá aforadas deixa clara eficácia no que tange à proteção dos Direitos Humanos, sendo o mais efetivo tribunal internacional de caráter regional voltado ao trato desta relevantíssima matéria.

Na esteira do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o exame do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos a partir da análise de seu mais relevante instrumento – a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto

de San José da Costa Rica – e seus principais Órgãos – a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (esta, cuja competência jurisdicional foi reconhecida pelo Estado brasileiro).

Nessa inesgotável capacidade humana de conceber e efetivar atos lesivos, a lei sempre perderá para o potencial criativo do homem de perpetrar condutas ainda não previstas em lei. E, quando não é o caso de lacunas do direito material em si, é na parte processual que podem se esconder aqueles que desafiam a lei.

Entendemos que a humanidade obteve relevantes avanços na criação e elaboração de novos sistemas jurídicos à altura das novidades trazidas pelo mundo contemporâneo.

Não há dúvidas de que houve diligência e presteza no processo de criação de Órgãos (judiciais ou não) e sistemas normativos com o escopo de pôr fim à costumeira escusa de que falhas graves ocorriam por “falta de previsão legal”. Esta não é mais a justificativa cabível nos casos de crimes extremos contra a humanidade, desobediência e violação a princípios de direitos humanos ou em questões cujos interesses concerniam a Estados soberanos distintos.

Os Órgãos trazidos neste estudo traduzem propostas concretas e realizáveis no afã de construirmos uma sociedade que conjugue o progresso material e o crescimento com a paz mundial. A problemática ainda existente é relativa ao cumprimento dessas medidas e à efetiva execução das decisões.

Entretanto, quando recordamos que os primeiros passos pertinentes à proteção dos direitos humanos (e, em seu bojo, a criação de órgãos de atuação supranacional) tiveram início há apenas sessenta anos, parece razoável concluir que há condições de se confiar no estabelecimento de um posicionamento firme e categórico, também quanto à execução das decisões proferidas pelos Órgãos estudados, de forma a fortalecer o sistema de normas garantidoras do direito, da paz e do exercício contínuo e livre de uma cidadania universal acima das influências e dos interesses políticos, particulares e sectários.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

AMBOS, Kai. Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional: un análisis del Estatuto de Roma. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 9, 2003.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

ANNONI, Danielle. Direitos humanos e acesso à Justiça no direito internacional: responsabilidade internacional do estado. Curitiba: Juruá, 2003.

APPIO, Eduardo. *Teoria geral do estado e da constituição*. Curitiba: Juruá, 2005.

AQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro Aquaviva*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1995.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito internacional penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Ricardo R. *O conceito de espaço público aplicado à atuação institucional do Tribunal de Justiça da União Européia*. Disponível em: <<http://www.puc-rio.br/direito/revista/online/rev07-nadia.html>> Acesso em: 29 mar. 2005.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: [s.n.], 1979.

_____. *As origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. In: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, jan./jun. 2003.

BADARÓ, Gustavo. O anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas In: AMBOS, Kai. *Temas actuales del derecho penal internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Ed. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

_____. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, São Paulo, n. 122, jan. 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional*. São Paulo: Manole, 2003.

BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS. CIDADANIA, ÉTICA E ESTADO, 18., 2002, Salvador. *Anais...* Brasília: OAB, Conselho Federal, 2003. v.1.

_____. TÍTULO. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.SCIELO.BR./](http://www.scielo.br/)> ACESSO EM: 20 FEV. 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado., 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CAIERO, Pedro. Tribunais Penais Internacionais: etapas de um caminho ou astros em constelação, doutrina internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, 2002.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Calouste, 2004.

CAMPOS E ASSUNÇÃO, Maria Leonor Machado Esteves de. De como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional certifica um novo modelo de direito penal: doutrina internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 30, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2. ed Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

CANÊDO, Carlos. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

CARVALHO, Salo de. Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua incorporação no direito interno In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs). *O direito penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

_____. Sobre a Jurisdição Penal Internacional: primeiras impressões a partir do garantismo jurídico. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, São Leopoldo, 2002.

CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo, LTR, 1994.

CASSESE, Antonio; MEIRELLE, Delmas-Marty. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. São Paulo: Manole, 2004.

COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais na União Européia*. Brasília: OAB, 2005.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Gustavo Assed. Corte Européia de Direitos Humanos. In: BARRAL, Welber (Org.) *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1998*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1: Arts. 1º a 43.

GEORGE, Rodrigo Bandeira Galindo. *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUAJARDO, Elia Patricia Neri. Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad y de la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma, doutrina internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 48, 2004.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco (Coord.) *O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*, São Paulo: LTr, data.

HOHNERLEIN, Eva Maria. A proteção internacional dos direitos fundamentais sociais na Europa: a Carta Social e a Convenção de Direitos Humanos do Conselho da Europa. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direitos fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.1, t. 1.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

KEGEL, Patrícia Luíza. Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. In: BARRAL, Welber (Org.) *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEWANDOSWSKI, Enrique Ricardo e TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito comunitário e jurisdição supranacional: o papel do Juiz no processo de integração regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LOBO, Maria Teresa de Cárcamo. *Manual de direito comunitário: a ordem jurídica da União Européia*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

LOCATELLI, Liliana. *Corte Internacional de Justiça*. In: BARRAL, Welber. *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

LOPES JÚNIOR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 12. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). *O estado do futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998.

MARTY, Mireille Delmas. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 2 v.

_____. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. *Direito penal e direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOCCIA, Sérgio. O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade, doutrina internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, 2004.

NORONHA, Magalhães E. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 1: Introdução e Parte Geral.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA DE SOUZA, Sérgio Augusto G. *Afeganistão, Guantánamo, Iraque e suposta defesa de direitos humanos: reflexões sobre o direito internacional público atual e as lições de Nurembergue*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp>> Acesso em: 01 fev. 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte*, n. 1, jan./jun. 2003.

PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Título. Disponível em: <http://www.dhnetorgbr/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_ruanda.html> Acesso em: 03 mar. 2005.

RAMONET, Inácio. *A tirania da comunicação*. Petrópolis: Vozes, 1999.

RAMOS, André Carvalho. O Estatuto Penal Internacional e a Constituição Brasileira. AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RAMOS, Rui Manoel Gens de Moura. *Das Comunidades à União Européia: estudos de direito comunitário*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 44/45, 1967.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Filosofia e teoria política: ensaios*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROSA, Fábio Bittencourt da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

SABOIA, Gilberto Vergne. *União Européia, Mercosul e a proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <www.dhnet.org.br/oficinas/cursoac/mercosul/saboia> Acesso em: 27 out. 2004. p. 1.

SANCHEZ-CRUZAT, Jose Manuel Bandres. *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: comentários a la ultima jurisprudência administrativa del Tribunal de Estrasburgo*. Madrid: Civitas, 1996.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. Novas hipóteses de criminalização. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS. CIDADANIA, ÉTICA E ESTADO, 18., 2002, Salvador. *Anais...* Brasília: OAB, Conselho Federal, 2003. v.1.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito comunitário e da integração*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.

SOUZA, Denise Silva de. Corte Interamericana de Direitos Humanos In: BARRAL, Welber. *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SOUZA, João Ramos de. Ainda há juízes em Estrasburgo em direitos humanos no Tribunal Europeu. *Revista Sub Judice*, Coimbra, n. 28, abr./set. Coimbra, 2004.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Tribunal Penal Internacional: a proteção dos direitos humanos no século XXI. *Revista dos Advogados*, n. 67, ago. 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Paulo Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

TORRES, Ricardo Lobo. *Cidadania multidimensional na era dos direitos em teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2. ed. Brasília: UnB, 1997.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. v. 1.

VILLASANTE Y PRIETO, José Luis Rodríguez. Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional: doutrina internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, 2001.

VIRILIO, Paul. *O espaço crítico: e as perspectivas de tempo real*. Rio de Janeiro, Editora. 34, 1999.