

HUMBERTO TAKAHIRO SHIMADA

**DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA PENA FACE AS DECISÕES DO TRIBUNAL
PENAL INTERNACIONAL**

CURITIBA

2013

HUMBERTO TAKAHIRO SHIMADA

DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA PENA FACE AS DECISÕES DO TRIBUNAL
PENAL INTERNACIONAL

Monografia apresentada para conclusão do
Curso de Direito da Universidade Federal do
Paraná

Orientadora: Prof.^a Dr^a Clara Maria Roman
Borges

CURITIBA

2013

AGRADECIMENTOS

À Prof.^a Clara Maria Roman Borges,
pelo apoio e compreensão.

A Masanobu Shimada; Helena Mitsuko Tsuzuki Shimada; Tatiana Yurika Shimada e
Vitor Atsushi Shimada,

Por me apoiarem por toda a minha vida e me ensinarem a jamais desistir de meus
objetivos.

A Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Junior; Gabriel de Araújo Lima e
toda a equipe do escritório Rocha Lima Advogados,
por todos os ensinamentos e ajuda que me ofereceram.

RESUMO

O presente trabalho focou na possibilidade de se realizar um estudo acerca da aplicação das teorias da pena no âmbito do Tribunal Penal Internacional, verificando as teorias estudadas atualmente, o histórico do Tribunal Penal Internacional, inclusive seus casos mais antigos e mais recentes.

Chegou-se à conclusão de que o Tribunal Penal Internacional, apesar de seu discurso oficial tender a proteção das teorias clássicas da pena, como a teoria retributiva ou mesmo as teorias preventivas da pena, tende a manter uma atuação pautada na proteção do Direito de seus acusados. Conforme foi verificado, as teorias preventivas são inócuas quanto a aplicação penal. Nesse mesmo sentido, quanto a teoria retributiva da pena, observa-se que a atuação do TPI é extremamente seletiva, não sendo, portanto, uma resposta aos ilícitos cometidos, a não ser por uma pequena fração deles.

Observou-se ainda que não subsiste a aplicação da teoria crítica materialista, tendo em vista a ausência de proteção a bens materiais pelo próprio TPI, além de sua atuação ser demasiadamente seletiva para que se possa afirmar um controle da quantidade de mão de obra no mercado. Por fim, quanto à teoria do Direito Penal do Inimigo, verificamos que é necessária para a caracterização do inimigo uma sociedade formada e organizada. Através da análise dos casos, observamos que a atuação do Tribunal Penal Internacional se dá, em geral, quanto a crimes cometidos em determinadas sociedades com graves crises sociais e de identidade. Não estavam, portanto, devidamente estruturadas para possibilitar a caracterização de um inimigo. Nesse mesmo sentido, não entendemos que a sociedade global esteja preparada para a determinação de um inimigo comum, tendo em vista a disparidade entre os países existentes.

Nesse sentido, alinhamo-nos à postura de Salo de Carvalho, ao considerarmos a teoria Agnóstica da Pena como a teoria mais apta ao se analisar os casos do Tribunal Penal Internacional, já que ficou claro da análise dos casos em questão que a principal preocupação do TPI é a Defesa dos interesses do acusado e a garantia de um julgamento célere e justo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. - DA TEORIA DA PENA.....	3
1.1 - A teoria retributiva da pena.....	3
1.2 – Da pena como prevenção Especial.....	4
1.3 – Da pena como prevenção geral.....	5
1.4 – Da pena como retribuição e prevenção – as teorias unificadas da pena.....	6
1.5 – Do Direito Penal do Inimigo.....	7
1.5.1 Da teoria penal de Günther Jakobs.....	7
1.5.2 – Críticas à teoria do Direito Penal do Inimigo.....	10
1.6 – Da teoria Agnóstica ou negativa da pena.....	11
1.6.1 – Da conceituação da teoria agnóstica da pena.....	11
1.6.2 – Da justificação da Teoria Agnóstica da pena.....	13
1.7 – Da Teoria Crítica materialista ou dialética da pena.....	14
2. - DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	17
2.1 – A implementação do Tribunal Penal Internacional – Precedentes Históricos do Direito Penal Internacional.....	17
2.1.1 – O Direito Penal Internacional na Idade Média.....	17
2.1.2 – Comissão de Investigação para Julgamento criada após a Primeira Guerra Mundial.....	18
2.1.3 – Dos Tribunais Pós-Segunda Guerra Mundial.....	18
2.1.3.1 – Tribunal De Nuremberg.....	18
2.1.3.2 – Do Tribunal Militar Internacional Do Extremo Oriente – O Tribunal De Tóquio.....	24
2.1.3.3 – Consequências dos Tribunais após Segunda Guerra Mundial.....	25
2.1.4 – Os Tribunais <i>ad hoc</i>	26
2.1.4.1 – <i>Do Tribunal da ex-Iugoslávia</i>	27
2.1.4.2 – <i>O Tribunal Penal de Ruanda</i>	28
2.1.4.3 – <i>Consequências dos Tribunais ad-hoc para o Direito Penal Internacional</i>	29
2.2 – Preceitos Do Tribunal Penal Internacional.....	30
2.2.1 – <i>Permanência e Independência</i>	30
2.2.2 – Da Complementaridade. O papel dos Estados no Tribunal Penal	

Internacional.....	31
2.2.3 – <i>Da Jurisdição e Competência do Tribunal Penal Internacional.....</i>	32
2.2.3.1 – <i>Competência Racione Materiae – Dos core crimes.....</i>	32
2.2.3.1.1 – <i>A caracterização de genocídio.....</i>	33
2.2.3.1.2 – <i>Dos Crimes contra a humanidade.....</i>	34
2.2.3.1.3 – <i>Dos Crimes de Guerra.....</i>	35
2.2.3.1.4 – <i>Dos Crimes de Agressão.....</i>	35
2.2.3.1.5 – <i>Considerações acerca da Competência Material do TPI.....</i>	35
2.2.4 – <i>Da responsabilidade penal internacional individual e da irrelevância de cargos, função oficial.....</i>	36
2.3 – <i>O Tribunal Penal Internacional e o Conselho de Segurança da ONU.....</i>	38
2.4 – <i>Procedimento do Tribunal Penal Internacional.....</i>	40
2.4.1 – <i>Inquérito e Instrução.....</i>	40
2.4.2 – <i>Julgamento e Recursos.....</i>	41
2.4.3 – <i>Da fixação e execução das penas.....</i>	43
3 – <i>DA FUNÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....</i>	44
3.1 – <i>Da Justificação Penal do Tribunal Penal Internacional – O Tribunal penal como forma de defesa dos Direitos Humanos face a crimes mais graves.....</i>	44
3.2 – <i>O Tribunal Penal Internacional como garantidor da paz, segurança e bem-estar da comunidade.....</i>	46
3.3 – <i>Análise Crítica da função penal no Tribunal Penal Internacional.....</i>	47
3.3.1 – <i>Da seletividade dos casos do TPI. Uma nova justiça dos vencedores?.....</i>	47
3.3.1.1 – <i>A Situação de Uganda.....</i>	47
3.3.1.2 – <i>A Situação de Darfur, Sudão.....</i>	48
3.3.1.3 – <i>Situação da República Central Africana.....</i>	49
3.3.1.4 – <i>Situação na República do Kenya.....</i>	50
3.3.1.5 – <i>A situação da Líbia.....</i>	50
3.3.1.6 – <i>Situação na Costa do Marfim.....</i>	50
3.3.1.7 – <i>A situação da República Democrática do Congo.....</i>	51
3.3.1.7.1 – <i>Da condenação de Thomas Lubanga Dyilo.....</i>	53
3.3.1.8 – <i>Conclusões acerca das situações investigadas pelo TPI.....</i>	54
3.3.2 – <i>Da aplicabilidade das teorias críticas da pena.....</i>	55

INTRODUÇÃO

Visa-se, com o presente estudo, investigar a possibilidade de aplicação de uma teoria unificada da Pena no âmbito do Tribunal Penal Internacional, através de uma análise histórica de sua formação e dos casos que se encontram em andamento ou já foram formalmente finalizados junto ao referido Tribunal.

Em um primeiro momento, abordaremos as teorias da Pena aceitas contemporaneamente.

Serão analisadas as teorias clássicas da pena, consistentes no modelo retributivo e preventivo penal e suas respectivas críticas. Demonstrar-se-á como o modelo retributivo baseou-se em uma noção de pena como uma retribuição de um ilícito cometido, sem que se verificasse faticamente os efeitos que tal apenação acabariam por produzir, não apenas na vida do apenado como na das vítimas.

O modelo preventivo, por outro lado, baseia-se em uma noção de pena como um modo de se evitar que novos delitos sejam cometidos, pela exclusão do apenado da sociedade, pela ressocialização do apenado e pelo exemplo que sua condenação dá ao restante da população.

Analisaremos, então, a Teoria do Direito Penal do Inimigo, idealizada por Günther Jakobs, que considera a necessidade de uma diferenciação entre o direito penal do cidadão, que está devidamente integrado ao convívio social e do inimigo, aquele incapaz de conviver em sociedade, que deveria, portanto, ser excluído dela.

A teoria agnóstica da pena que nega a possibilidade de adoção de uma função da pena, em relação ao apenado, porém, reconhece que o Direito Penal e a própria pena são uma garantia aos cidadãos de proteção de seus bens jurídicos, face o Estado.

Por fim, a teoria crítica materialista ou dialética que considera a pena como um reflexo da sociedade capitalista, como uma forma de se controlar a mão-de-obra da sociedade e manter o paradigma vigente.

Em um segundo momento, serão abordados os preceitos básicos e históricos do Tribunal Penal Internacional, para que se possibilite uma compreensão dessa instituição e a possibilidade de aplicação de penas por parte do Tribunal.

Iniciaremos com um estudo do Direito Penal Internacional, conforme adotado na Idade Média e no período posterior a Primeira Guerra Mundial. Então, passaremos a

analisar os tribunais criados após a Segunda Guerra Mundial, para o julgamento dos delitos cometidos durante a guerra - os tribunais de Nurembergue e de Tóquio -, suas consequências para o Direito Penal Internacional e sua influência na implementação do Tribunal Penal Internacional.

Ao empós, serão analisados os Tribunais ad hoc de Ruanda e da antiga Iugoslávia e sua consequência para a fundação do TPI.

Passaremos, então, a análise dos preceitos do Tribunal Penal Internacional, de sua complementaridade, permanência, sua jurisdição e da responsabilidade individual dos acusados por delitos de competência do TPI.

Por fim, analisaremos o procedimento do Tribunal Penal Internacional, que é de suma importância, para que possamos verificar os casos em trâmite perante o referido Tribunal.

Em um terceiro momento, analisaremos a Função Penal no âmbito do Tribunal Penal Internacional, verificando, inicialmente, a justificativa dada pelo próprio Estatuto de Roma à função do TPI, passando por uma análise dos casos julgados e em trâmite perante o Tribunal Penal Internacional, para, por fim, verificar a possibilidade de aplicação das teorias da pena, conforme a análise realizada.

1. DA TEORIA DA PENA

O estudo da pena se pauta em uma noção de função do direito penal. Deve-se estudar, portanto, a finalidade do Direito Penal, seu “para quê”, uma perspectiva, nas palavras de Raquel Lima Scalcon, “pragmática, porque concernente às consequências. Heterônoma (no sentido contrário de autônoma), portanto a questão núcera não é o Direito Penal em si, mas os seus efeitos”.¹

Não é possível, porém, que se estude as funções do direito penal sem que se tenha uma noção mínima dos fundamentos do próprio direito penal, que acabará por dar sentido a sua função e, conseqüentemente, a aplicação da pena. Necessário, portanto, iniciar-se o estudo da Teoria da Pena com o estudo do fundamento do Direito Penal que a baseou.

1.1 A teoria retributiva da pena

A teoria retributiva da pena é a teoria mais antiga a justificar a aplicação penal. Ela se baseia em um conceito de compensação da atitude ilícita realizada pelos agentes. A pena seria, portanto, um meio de se fazer “justiça”, fazer-se um mal a alguém que tenha feito algum mal injusto a outrem. Nesse sentido, leia-se os ensinamentos de Cezar Roberto Bittencourt: “A pena tem como fim fazer justiça, nada mais.. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal que é a pena.”²

Tal concepção é claramente perceptível, por exemplo, nos ensinamentos de Platão, em sua obra “As Leis”

Chama-nos atenção o excerto em que Platão afirma “*Aos que respeitam as leis, ele deverá proporcionar honras conforme as leis, mas aos que as desrespeitam deverá impor penalidades devidamente estabelecidas*”³.

É, portanto, uma postura punitiva que busca subjugar os 'maus' pelos 'bons'. Ela, porém, não se limitou à idade clássica. Pelo contrário, como dito anteriormente é, até a data atual, a postura que baseia a aplicação penal, segundo os moldes da filosofia

1 SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo* – Rio de Janeiro: JL Mundo Jurídico, 2013. p. 08

2 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral*. 13ª edição. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 83.

3 PLATÃO. *As Leis*. P. 77

ocidental.

Leia-se, por exemplo, o que dizia Emmanuel Kant, em sua obra *Microfísica do poder*: “Mesmo se a comunidade de cidadãos, com a concordância de todos os membros, se dissolvesse, o último assassino encontrado na prisão deveria ser previamente executado, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa do sangue não pese sobre o povo que não insistiu na punição”.⁴

Por fim, é de se observar que a própria legislação contemporânea é consagrada em nossa legislação, conforme dita Juarez Cirino dos Santos:

*“o legislador determina ao juiz aplicar a pena conforme necessário e suficiente para reprovação do crime (art. 59, CP) – e, por essa via, o discurso retributivo também alcança a jurisprudência criminal, para a qual a pena criminal é, por natureza, retribuição através da imposição de um mal”*⁵

1.2 – Da pena como prevenção Especial.

A concepção da pena, porém, foi paulatinamente sendo modificada com o passar dos anos. da própria pena de prisão conforme informa **Aury Lopes Júnior** que denota, inicialmente, que as penas eram mais diretamente punitivas e, nesse sentido, tinham um caráter retributivo, conforme se observa:

“Até então, séculos XVI e XVII, havia o uso generalizado da pena de morte, sendo que a forma de execução mais frequente era a forca. Ao lado dela, eram recorrentes os açoites, a deportação e os atos causadores de vergonha pública. Mas a pena capital começa a ser questionada, pois não demonstrava ser um instrumento eficaz diante do aumento da criminalidade. É quando começa a surgir a idéia da prisão como pena privativa de liberdade.”⁶

O autor continua, ao demonstrar a transformação da pena de prisão em medida capital, demonstrando, ao mesmo tempo, a transição da Pena retributiva para uma pena com caráter mais preventivo. Em suas palavras, “*A principal causa da transformação da prisão-custódia em prisão-pena foi a necessidade de que não se desperdiçaria 'mão de obra', e também para controlar a sua utilização conforme as necessidades da valorização do capital.*”⁷

Com a adoção da pena privativa de liberdade como a principal pena adotada,

4 KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru EDIPRO, 2003. p. 312 e ss.

5 SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. p. 455.

6 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo – Saraiva. p. 64 e 65

7 *Ib idem*. p. 65

na idade moderna, afasta-se a noção de pena retributiva, para se tornar uma pena que visava, basicamente, a prevenção contra a realização de outros delitos.

Surge, assim, a função penal de prevenção especial, que se subdividiria em duas facetas: a prevenção especial negativa e a positiva.

A função de prevenção especial negativa pode ser resumida em uma exclusão do indivíduo da sociedade, para que fique impossibilitado da realização de outros delitos.

Nas palavras de BUSATO\HUAPAYA:

“Se se fracassa no intento ressocializador, o membro doente da sociedade haverá de ser extirpado ou exterminado, com o que não se põe em dúvida recorrer à pena de morte ou à perpétua privação da liberdade. Neste sentido a prevenção especial tende a procurar uma defesa social através da separação ou segregação dos inadaptáveis. Só desta maneira se pode extinguir a necessária neutralização de sua periculosidade social”⁸

A função preventiva especial positiva, por sua vez, trata-se de uma possibilidade de ressocialização do acusado, no sentido de fazer com que ele se adapte ao convívio social e deixe de delinquir. Ela seria materializada por trabalhos psicológicos e sociológicos, que visariam uma adaptação moral do apenado à sociedade.⁹

Evidente é que a função especial negativa atribuída à pena cumpre o que foi proposta, com a aplicação da pena privativa de liberdade. O indivíduo excluído da sociedade não tem possibilidade de realizar ilícitos. Essa exclusão pode se dar tanto pela privação da liberdade do acusado, quanto pela sua expulsão de uma comunidade, ou até mesmo pela sua morte. No Brasil, ela está prevista no artigo

A função especial positiva da pena, apesar de prevista na legislação brasileira¹⁰, é extremamente criticada pelos diversos autores que se dedicam ao assunto. Um dos principais críticos a essa disposição é o próprio Juarez Cirino que afirma:

“programas de ressocialização devem respeitar a autonomia do preso e, por isso, deveriam ser limitados a casos individuais voluntários de ajuda à disposição de auto-ajuda do encarcerado: afinal, o condenado não pode ser compelido ao tratamento penitenciário, o Estado não tem o direito de melhorar pessoas segundo critérios morais próprios e, enfim, prender pessoas fundado na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável.”¹¹

Essa concepção, inclusive, será um dos alicerces, que justificarão a concepção penal adotada pelo próprio autor, que estudaremos mais adiante.

8 BUSATO. Paulo César e HUAPAYA. Sandro Montes, Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003. p. 223.

9 SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. p. 457.

10 Artigo 1º da Lei de Execução Penal: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

11 SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. p. 458.

1.3 – Da pena como prevenção geral

A função penal como prevenção geral também tem duas facetas, denominadas pela Doutrina como prevenção geral negativa e prevenção geral positiva.

A função de prevenção geral negativa visa uma prevenção do cometimento de crimes das pessoas através da punição daqueles que já transgrediram a lei. Em outras palavras, é uma tentativa de fazer com que as pessoas tenham medo de transgredir as normas, por saberem que caso o façam serão punidas.¹²

Mostra-se, porém, historicamente, que não há uma interligação entre o rigor da punição do agente com o cometimento do crime por outras pessoas. O que realmente interessaria seria a certeza da punição. Nesse sentido o desestímulo só seria eficaz caso a grande maioria dos delitos acabassem por ser punida, o que, até o momento, não acontece.

Não obstante, o governo tem agido no sentido de aumentar o rigor das punições, para que as pessoas “sirvam de exemplo”, o que pode se denotar da lei brasileira de crimes hediondos, que se mostrou absolutamente ineficaz.

A face positiva da teoria da função penal de prevenção geral foi concebida ainda no final do século XX, na figura de autores como Roxin que atribuem à pena funções declaradas ou manifestas, que objetivam à proteção dos bens jurídicos, de forma subsidiária e fragmentária. Dessa forma, a Pena atuaria de três maneiras, segundo Juarez Cirino dos Santos:

“primeiro, o efeito sócio-pedagógico de exercício em fidelidade jurídica, produzido pela atividade da justiça pena; segundo, o efeito de aumento da confiança do cidadão no rodênamento jurídico pela percepção da imposição do Direito; terceiro, o efeito de pacificação social pela punição da violação do Direito e, portanto, solução do conflito com o autor.”¹³

Nesse sentido, portanto, a pena, conforme ensina Claus Roxin, teria como finalidade aumentar a confiança que a população tem no próprio ordenamento jurídico:

“o direito penal do futuro, ao se levar adiante os postulados iluministas, e sob os pressupostos de um mundo completamente modificado, tornar-se-á cada vez mais um instrumento de direcionamento social totalmente secularizado, com o fim de chegar a uma garantia da paz, o sustento da existência e a defesa dos direitos do cidadão”¹⁴

12 Nesse sentido, vide BRANDÃO. Cláudio, Introdução ao direito penal. 2002, p. 160

13 SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. p. 460.

14 ROXIN. Claus, Estudos de direito penal. Tradução de Luís Greco: Rio de Janeiro. Renovar, 2006. p. 29

Por outro lado, Jakobs sustenta que a função de prevenção geral positiva seria totalizadora, devendo intimidar, corrigir, neutralizar e retribuir o ato praticado pelo meliante. Nesse sentido, a pena deveria afirmar a validade da norma penal, protegendo o bem jurídico-penal. Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, seria uma “demonstração da validade da norma, manifestada através de reação contra a violação da norma, realizada às custas do competente\responsável, necessária para reafirmar as expectativas normativas frustradas pelo comportamento criminoso”¹⁵

Importante destacar, no entanto, que, conforme o próprio Roxin afirmou e, de mesmo modo, Busato\Huayapa, a prevenção geral negativa não afeta a todos os membros da sociedade, pois há uma categoria de indivíduos que se demonstra completamente alheia a essa intervenção, como os delinquentes profissionais ou criminosos impulsivos.¹⁶

1.4 – Da pena como retribuição e prevenção – as teorias unificadas da pena.

As teorias unificadas da pena nada mais são do que uma junção de todas as teorias estudadas anteriormente, tendo em vista que não são teorias completamente incompatíveis entre si. Dessa forma, a legislação atual e a maioria dos doutrinadores da atualidade acabam por adotar essas teorias, defendendo uma cisão entre o fundamento e a finalidade da pena:

“Distingue-se entre o fundamento da pena e o fim da mesma. Entende-se o primeiro como a base de onde se deve partir; e o segundo, como o que se deseja com a aplicação da pena. A pena, como fundamento, parte da relação que o sujeito tem com o fato praticado. Deixa-se de lado o fundamento que estabelece a prevenção geral, já que em seu fundamento a pena se mede em relação ao propósito intimidador, e não em relação à responsabilidade individual pelo fato realizado.”¹⁷

Nota-se, porém, que as teorias mistas também sofrem ferrenhas críticas, principalmente pela impossibilidade de conciliação do âmbito retributivo da pena com a ressocialização do condenado. Conforme sustenta Stratenwerth: “O sentido de apenar determinados comportamentos irregulares dificilmente pode deduzir-se de uma das teorias penais que concorrem com as outras e ademais, tampouco pode lograr-se sobre a base de alguma das teorias 'da união'”.¹⁸

15 SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. p. 461.

16 Nesse sentido, vide BUSATO\HUAPAYA, Introdução ao Direito Penal. 2003. p. 223.

17 BUSATO. Paulo César e HUAPAYA. Sandro Montes, ob. cit. p. 228.

18 STRATENWERTH, Günther. Derecho Penal, parte general, I. Tradução por Gladys Romero, Madrid;

César Roberto Bittencourt, ao citar Roxin, afirma que essas teorias acabam por aumentar o âmbito de aplicação do Direito Penal, já que a simples adição de cada uma das teorias acaba por destruir toda a lógica do sistema e isso é inaceitável.¹⁹

1.5 – Do Direito Penal do Inimigo

1.5.1 Da teoria penal de Günther Jakobs.

Ao analisarmos a ferrenhamente criticada teoria do Direito Penal do Inimigo, preconizada por Günther Jakobs, devemos, inicialmente, verificar o contexto histórico em que se inseria o autor, para que possamos realizar uma análise minimamente justa.

O autor alemão nasceu em 1937 e se graduou em direito na Universidade de Bonn em 1967. Foi discípulo de Hans Welzel, autor da teoria finalista da ação.

Nota-se, portanto, que Jakobs nasceu em um período marcado pela 2ª Grande Guerra e pela Guerra Fria e é importante manter esse contexto em mente, conforme já exposto, para que se possa compreender sua teoria, extremamente protetiva e nacionalista.

Verifica-se que Jakobs parte de uma noção de ilícito realizada apenas quando se encontra em um Estado já devidamente concretizado. Vale dizer que em Estados que estão se consolidando, para o autor, não há uma finalidade de manutenção do Estado, mas sim, da proteção de seu estabelecimento. Então, nestes casos, quando se agredem os direitos humanos de outras pessoas, a consequência direta não é a apenação dos agressores, por não existir Estado que o faça, mas sim um conflito. Quem não obter êxito nesse conflito será futuramente apenado pelo Estado consolidado por seu inimigo.²⁰

Pode-se dizer, então que Jakobs parte de uma noção de que os delitos apenas seriam realizados em um Estado, que seria, a seu ver, a comunidade ordenada. Eles seriam, portanto, não um princípio do fim dessa comunidade, mas sim uma infração desta, contrapondo-se à ideia de que o Estado deveria agir face a todos os delinquentes como cidadãos. Em suas palavras:

“Entretanto, as coisas somente são tão simples, inclusive quase idílicas – o autor pronuncia sua própria sentença já pela inconsistência de sua máxima -, quando o autor, apesar de que seu

Edersa, 1982, p. 18, in BUSATO\HUAPAYA, Introdução ao Direito Penal. 2003. p. 232

19 BITTENCOURT, César Roberto. Ob. cit. p. 96.

20 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Celso Antonio. Direito Penal no Inimigo: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari, Porto Alegre, Livaria do Advogado Eitora Ltda, 2008. p. 31

ato ofereça garantia de que se conduzirá, em linhas gerais, como cidadão, quer dizer, como pessoa que atua com fidelidade ao ordenamento jurídico. Do mesmo modo que a vigência da norma, não pode manter-se de maneira completamente contrafática, tampouco a personalidade”²¹

Nota-se, no entanto, que Jakobs defendia que o Estado não poderia pautar a aplicação da pena em uma noção de indivíduo cidadão, já que a própria personalidade das pessoas não tinha consistência suficiente para garantir que ele se manteria adaptado à sociedade. Ou seja, assim como as próprias normas não podem garantir a submissão da sociedade, não é possível que se sustente que a personalidade de um cidadão se manteria conforme as perspectivas a eles atribuídas.

Nota-se, portanto, que Jakobs se diferencia da teoria majoritária, pois parte de uma premissa diferenciada para a consideração dos infratores. Para o autor, o Estado deveria considerar os delinquentes de dois modos: “Por um lado, o tratamento com o cidadão esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio a quem se combate por sua periculosidade”²²

O cidadão comum seria aquela pessoa adaptada à sociedade, a essas pessoas não se deve aplicar penas muito severas. Jakobs afirma, porém, que *“Quem não presta segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.”*²³

Observa-se, portanto, que o sujeito teria apenas uma posição secundária, para a compreensão da sociedade conforme João Paulo Arrosi:

“Isso está de acordo com o modo com que sua noção de funcionalismo concebe a sociedade, isto é, recusando, em primeiro lugar, a perspectiva da consciência individual, da subjetividade, do sujeito – que, de Hobbes a Kant e enraizada com Descartes, conformara o pensamento ocidental moderno.”²⁴

Há, portanto, uma cisão entre as pessoas constituintes da sociedade, na visão de Jakobs. Seriam apenas consideradas cidadãos aqueles que conseguem ter um certo grau de segurança quanto a sua atitude favorável à sociedade, ou seja, aquele que tem capacidade de entender as regras sociais e agir em conformidade delas.

Isso se justifica, segundo o autor, pois um desrespeito aos direitos humanos

21 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Celso Antonio. ob. cit. p. 33

22 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Celso Antonio. ob. cit. p. 37

23 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Celso Antonio. ob. cit. p. 42

24 ARROSI, João Paulo. Direito Penal do Inimigo: Uma leitura a partir da obra de Giorgio Agamben. Curitiba, 2010. UFPR. p. 23

sempre será uma negativa de vigência da norma pátria e sua conseqüente retaliação, por intermédio da pena. Isso, é claro, ocorreria apenas em Estados já consolidados, que já detém o monopólio do poder punitivo.

Lembremos que Jakobs não adota uma noção subjetivista de pessoa, mas sim uma noção de pessoa como sujeito social, ou seja, uma pessoa que está inclusa na sociedade, tendo suas relações sociais algumas normas que visam dar às outras pessoas um certo tipo de possibilidade de se prever as suas atitudes. Uma transgressão a essa norma (não necessariamente jurídica) deveria ser punida, fazendo-se o transgressor sofrer, pois essa seria, segundo o autor, a única forma de fazer com que aprenda e se adapte à sociedade.

Dessa forma, pode-se concluir que a teoria do Direito Penal do Inimigo se baseia em uma cisão do Direito Penal em Direito Penal do Cidadão e do Direito Penal do Inimigo, que não é, de qualquer forma, incompatível. Nas palavras do autor: “A função manifesta da pena no Direito penal do cidadão é a contradição, e no Direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo. Os correspondentes tipos ideias praticamente nunca aparecerão em sua configuração pura. Ambos os tipos podem ser *legítimos*.”²⁵

1.5.2 – Críticas à teoria do Direito Penal do Inimigo

A teoria do Direito Penal do Inimigo, porém, sofre até hoje ferrenhas críticas, que atribuem a ela diversas conseqüências sociais extremamente negativas.

O professor Cornelius Prittwitz defende que o direito penal está, cada vez mais se aproximando de uma noção de Guerra em si, fato que o Direito Penal do Inimigo não se dá ao trabalho de esconder. Mais, o professor chega a afirmar que:

“(…) a idéia em si de tratar determinados contraventores como inimigos é inaceitável do ponto de vista normativo. Também a convicção de Jakobs de que não é preciso tratar inimigos como pessoas, porque eles de qualquer forma não reagem a isto adequadamente (ou seja, como pessoas, possibilitando comunicação) é um pessimismo cultural não comprovado empiricamente.”²⁶

O doutrinador afirma ainda que o Conceito de Direito Penal do Inimigo é extremamente perigoso pois pode ser utilizado por regimes autoritários com o intuito de manterem seu monopólio de poder, assim como poderia servir de base para a própria

25 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Celso Antonio. ob. cit. p. 49

26 PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do risco e o Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e Política Criminal. In: Rev. Brasileira de Ciências Criminais, vol. 47, 2004. p. 43

aplicação de penas mais severas e desumanas, como o própria tortura.

Ele finaliza sua análise afirmando que a própria noção de direito penal do inimigo é extremamente prejudicial à sociedade:

“(…), enquanto o direito penal do risco apresentar a feia face do direito penal do inimigo, não pode haver dúvida de que o direito perde influência, e na mesma medida estão ameaçados os direitos e liberdades dos cidadãos. Há – e isto precisa ser salientado mais uma vez – dúvidas razoáveis de que um direito penal do inimigo deste tipo solucione problemas realmente existentes.”²⁷

Outra crítica muito contundente à teorização de Günther Jakobs é a realizada por Manuel Cancio Meliá.

O autor parte de duas premissas para se afastar a aplicação do Direito Penal do Inimigo. Afirma, inicialmente que o Direito Penal do Inimigo é inaplicável, pois é politicamente errôneo, ou inconstitucional e pois não contribui à prevenção policial-fática de delitos.²⁸

O autor continua afirmando que o Direito Penal do Inimigo é absolutamente inaplicável em um Estado Democrático de Direito, tendo em vista a característica vulnerável daqueles que se quer ver como inimigos. Vale dizer que, ao tachar determinados grupos de inimigos está a se considerar que eles próprios abriram mão de sua qualidade de cidadão do Estado, o que é absolutamente inaceitável. Em suas palavras:

“Precisamente, da perspectiva de um entendimento da pena e do Direito penal, com base na prevenção geral positiva, a reação que reconhece excepcionalidade à infração do 'inimigo', mediante uma troca de paradigma de principiose regras de responsabilidade penal, é disfuncional, de acordo com o conceito de Direito penal (do cidadão).”²⁹

Observa-se, portanto, que, em que pese a brilhante argumentação apresentada por Jakobs, a aplicabilidade da noção do Direito Penal do Inimigo é, ainda, muito questionada e rechaçada por grande parte da doutrina.

1.6 – Da teoria Agnóstica ou negativa da pena

1.6.1 – Da conceituação da teoria agnóstica da pena

A teoria negativa ou agnóstica da pena surge de uma crítica a teoria positiva da

27 PRITTWITZ, Cornelius. ob. cit. p. 44

28 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Celso Antonio. ob. cit. p. 73

29 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Celso Antonio. ob. cit. p. 79

pena, já supra abordada. Em outras palavras, vale dizer que, com a verificação da não realização das funções da pena, Zaffaroni criou a teoria agnóstica da pena.

Conforme já expusemos, o autor parte da concepção de que as próprias funções declaradas ou manifestas das penas já são comprovadamente inócuas, conforme afirma, inclusive, Cezar Roberto Bittencourt, em sua obra “Tratado de Direito Penal”, quando fala do descrédito na Pena Privativa de liberdade, método punitivo mais adotado na atualidade:

“Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado. Pouco mais de dois séculos foi suficiente para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas.”³⁰

A teoria agnóstica da pena advém de uma negação, portanto, dessas funções manifestas das penas. Zaffaroni afirma que a teoria negativa da pena surge do fracasso de todas as teorias positivas em torno da função manifesta da pena, nas palavras do próprio autor: “*deve-se ensaiar uma construção que surja do fracasso de todas as teorias positivas (por serem falsas ou não generalizáveis) em torno de funções manifestas.*”³¹

Quanto às funções latentes da pena, o autor afirma não ser possível se pautar uma teoria funcional da pena nelas, por serem múltiplas e desconhecidas em sua totalidade. Partindo de um pressuposto de que a pena é um fenômeno social, total, essencialmente complexo,³² Zaffaroni delineia cinco proposições acerca de suas funções latentes :

“a) que se trata de um complexo heterogêneo; b) que diferem em razão dos conflitos sobre os quais são exercidas; c) que qualquer enunciado redutor desemboca no simplismo; d) que as funções latentes da pena não podem ser isoladas do desempenho total do poder punitivo e, por conseguinte, de seu exercício mais significativo e para o qual a pena é quase um pretexto: o poder de vigilância; e) que, em qualquer caso, o poder punitivo exercido com a pena constitui somente uma parte ínfima, tendo em vista as dimensões do poder de vigilância do paralelo e do subterrâneo.”³³

Nesse sentido, o autor conclui pela impossibilidade do conhecimento de todas as funções da pena através das teorias teorias positivas. Passa, então, a pautar seu estudo em uma busca por um “*conceito de pena delimitador do universo do direito penal*”

30 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal vol. 1: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

31 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro – Volume 1. Quarta edição. Rio de Janeiro, Revan, 2011. p. 98.

32 Nesse ponto, Zaffaroni utiliza-se dos ensinamentos de David Garland, autor do livro “Pena e sociedade moderna”

33 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ob. cit. p. 98.

por um caminho diverso de suas funções.”³⁴

Para ele, a pena seria, então,

“uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza os perigos iminentes (...) a pena é um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. Trata-se, sim, de uma coerção que impõe privação de direitos ou dor, mas que não corresponde aos outros modelos de solução ou prevenção de conflitos”.³⁵

Observa-se, portanto, que a pena não se confunde com outras formas de coerção estatal por sua peculiar característica de não ser reparadora (que visa uma manutenção do *status quo*, intimamente ligada a realidade dos fatos e buscando sempre sua manutenção legítima) nem direta ou policial.

O autor, portanto, não acredita em uma solução conflitual no direito penal, mas sim que a apenação do acusado suspenderia o conflito para que o próprio tempo desse cabo deste. Dessa forma, ele é completamente diferente da coerção reparadora, que age ativamente para solucionar o conflito.³⁶

Quanto à diferenciação entre a pena e a coerção direta estatal, diferenciam-se pelo fato de que a coerção direta é uma intervenção pessoal àquele que está na iminência de incorrer em algum tipo de lesão ou para interromper alguma em curso. Essa coerção independe de qualquer atitude humana. Logo, independe também da existência de ato delituoso. Essa finalidade específica da coerção direta é o que a diferencia da pena. Se a coerção se justifica pela lesão ocasionada ou perigo de lesão, caso cesse essa justificação a coerção deixaria de ser coerção direta e passaria a ser uma penalidade, indevidamente.³⁷

Ele não atribui, portanto, uma função à pena, mas nega sua possibilidade de conhecimento.

1.6.2 – Da justificação da Teoria Agnóstica da pena

Delimitada a conceituação de pena adotada pelo autor, torna-se possível uma análise da justificação por ele dada a sua teoria.

O autor é bastante explícito ao afirmar que o direito penal só tem explicação se observado de um âmbito político. Ele deveria, em suas palavras, “*legitimar apenas a única*

34 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ob. cit. p. 99.

35 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ob. cit. p. 99.

36 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ob. cit. p. 101.

37 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ob. cit. p. 102 e 103.

coisa que realmente pode programar, as decisões das agências jurídicas. Estas não possuem o poder de criminalização primária (exercido pelas políticas) nem o da secundária (exercido pelas executivas, junto a todo o resto do poder punitivo).³⁸

O direito penal, portanto, deveria se limitar a tentar determinar a atuação das agências jurídicas, quando estas exercem seu poder sobre a criminalização secundária. Atua como uma limitação ao próprio exercício do poder punitivo do Estado e isso justifica sua existência. Exerce, portanto uma função essencialmente de proteção à segurança jurídica e, indiretamente, a proteção dos próprios bens jurídicos da população que sofreria muito mais caso se deixasse que o Estado agisse da maneira que entendesse melhor. Explica Juarez Cirino dos Santos:

“Do ponto de vista político-criminal, a teoria negativa/agnóstica da pena tem por objetivo ampliar a segurança jurídica de todos os habitantes mediante redução do poder punitivo do estado de polícia e correspondente ampliação do estado de direito, pelo reforço do poder de decisão das agências jurídicas – fundado no conceito ôntico limitador do sistema punitivo -, capazes de limitar, mas incapazes de suprimir o estado de polícia, cujo poder maior transcenderia a pena criminal para vigiar, registrar e controlar idéias, movimentos e dissidências.”³⁹

Zaffaroni assemelha o tratamento do Direito Penal ao tratamento dado à Guerra pelo Direito Internacional Humanitário, no sentido de não ter o poder de evitar ou deter as guerras (conflitos), mas sim de limitar e conter parte de sua violência.

Quanto ao poder punitivo, o autor reflete que a vítima é sempre deixada ao relento de uma solução. Apesar de o Direito Penal visar, basicamente a proteção de seus bens jurídicos, o poder punitivo em si não tem esse objetivo. A teoria agnóstica da pena acaba por reconhecer essa situação e atenuar a sua “orfanidade jurídica”, apesar de ser impossível evitar seu abandono, pois o Direito Penal não visa a dar conforto à vítima de algum tipo de delito, mas sim à proteção dos bens jurídicos de toda a comunidade.⁴⁰

Conclui-se, portanto, que a função do direito penal pode ser resumida em uma proteção aos bens jurídicos da população, na forma de se dar segurança jurídica à população, não das vítimas do delito, através de uma limitação do poder estatal, na medida em que pode ser muito mais maléfico aos bens juridicamente protegidos uma atuação indiscriminada do Estado que a atuação de indivíduos pertencentes à sociedade.

1.7 – Da Teoria Crítica materialista ou dialética da pena.

38 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ob. cit. p. 108.

39 SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. p. 466.

40 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ob. cit. p. 110 e 111.

O principal defensor da teoria crítica materialista ou dialética da pena, no Estado brasileiro é o professor Juarez Cirino dos Santos.

Baseia-se em uma análise do direito penal e da pena em conformidade com os ensinamentos acerca dos conflitos dialéticos que questionam constantemente o modo de produção capitalista e serviram como base para a construção do comunismo idealizado por Karl Marx.

A função da pena, para essa linha de pensamento se baseia em uma noção de “retribuição equivalente”, que segundo Cirino dos Santos “*corresponde aos fundamentos materiais e ideológicos das sociedades fundadas na relação capital\trabalho assalariado, porque existe como 'forma de equivalência' jurídica fundada nas relações de produção das sociedades capitalistas contemporâneas.*”⁴¹

Para o autor, a punição penal é intimamente ligada ao mercado de trabalho, servindo, principalmente, para o controle deste, preservando ou destruindo a força de trabalho, conforme as necessidades do capital. Dessa forma, o modo de produção capitalista serve-se do Direito Penal para que possa se eternizar na sociedade.⁴²

A punição criminal se insere na lógica deste sistema de produção, quer seja a *retribuição equivalente*. Nas palavras do autor: “no âmbito da responsabilidade penal, a retribuição equivalente é instituída sob a forma da pena *privativa de liberdade*, como *valor de troca* d crime medido pelo tempo de liberdade suprimida.”⁴³

Esse pensamento justificaria, então, a passagem de um sistema vingativo da pena para um sistema jurídico. A justiça se situaria em uma “troca” feita pela privação da liberdade do agente, conforme o valor da conduta antijurídica, por ele perpetrada, por isso seria chamado de *retribuição equivalente*.

O autor justifica sua abordagem ao afirmar que a prevenção especial negativa de neutralização do apenado é absolutamente ineficaz. Argumenta que, por mais que o sujeito se mantenha afastado da sociedade, o que em tese impediria seu cometimento de novos delitos, seu aprisionamento causa mudanças psicológico-sociais que o tornam muito mais propício à realização de delitos. A pena tem uma consequencia absolutamente inversa da pretendida, aumentando o número de delitos realizados, a longo tempo. A

41 SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. p. 469.

42 Juarez Cirino dos Santos exemplifica essa afirmação da seguinte maneira: “se a força de trabalho é insuficiente para as necessidades do mercado, os métodos punitivos do sistema penal preservam a força de trabalho; se a força de trabalho excede as necessidades do mercado, os métodos punitivos do sistema penal destróem a força de trabalho.” - SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. p. 470.

43 SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. p. 471.

noção de retribuição equivalente é muito mais próxima à realidade do que a de prevenção especial negativa.⁴⁴

A mesma lógica é utilizada na análise da função de prevenção especial positiva da pena. O autor justifica historicamente que o projeto corretivo da prisão é um projeto falho. Ao invés de se tornar um sujeito adaptado à sociedade de trabalho, ele apenas acaba se afastando mais da sociedade e torna-se cada vez mais difícil evitar que torne a delinquir. O que a prisão efetivamente consegue realizar é uma adaptação do modo de pensar do encarcerado ao sistema prisional\delincente.

Independentemente, então, das funções manifestas atribuídas à lei penal, o que elas efetivamente realizam é uma proteção do modo de produção capitalista, controlando a atitude da população e, até certo ponto, retirando sua capacidade crítica.

O autor não se sustenta, no entanto, que o Direito Penal e a pena em si como prevenção geral negativa sejam absolutamente ineficazes. Como bem frisou o autor:

“A pesquisa criminológica admite que a prevenção geral negativa da ameaça penal poderia ter efeito desestimulante em *crimes de reflexão* (crimes econômicos, ecológicos tributários etc.), característicos do *Direito Penal simbólico*, mas não teria qualquer efeito em crimes impulsivos (violência pessoal ou sexual, por exemplo), próprios da criminalidade comum estampada diariamente nos meios de comunicação de massa.”⁴⁵

Vale dizer que a Pena, em sua prevenção geral negativa é eficaz apenas no que diz respeito a crimes não passionais, premeditados, crimes que têm como principal fonte motivadora a razão, não a paixão. Isso deixa ainda mais clara o *animus* de inserção em um padrão social daqueles que encontram-se afastados do modo de produção predominante, tendo em vista que a criminalização exacerbada dos crimes passionais atingiria em maior escala aqueles que não estão devidamente adaptados à convivência social padrão.

Conclui o autor, portanto, que o Direito Penal e suas sanções se realizam com apenas duas finalidades: a de garantir a cristalização da estrutura social vertical, no sentido de se manter a desigualdade entre a população, a fim de que se possa eternizar o modo de produção capitalista e, ao mesmo tempo, encobrir as atitudes litigiosas da população que detém o efetivo poder político financeiro nacional, acobertado por suas funções manifestas.

44 SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. p. 473\474.

45 SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit. p. 479. e 480.

2. DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Neste momento, deter-nos-emos a estudar o Tribunal Penal Internacional e suas últimas decisões, para podermos analisar qual o principal fundamento que justifica, nesses casos a condenação dos acusados e a aplicação de suas penas

2.1 – A implementação do Tribunal Penal Internacional – Precedentes Históricos do Direito Penal Internacional.

Iniciaremos realizando um estudo acerca da implementação do Tribunal Penal Internacional, seus fundamentos históricos e a justificação cultural de sua implementação.

2.1.1 – O Direito Penal Internacional na Idade Média

Durante a Idade Média, a maior parte dos delitos internacionais era julgada pelos próprios tribunais domésticos de cada país. Dessa forma, pouco se pode dizer acerca de Julgamentos de Tribunais Penais à época.

Não obstante, há, ainda, descrições de julgamentos ocorridos, como o de Conradin von Hohenstafen, Duque de Sábua, que foi condenado à pena capital pela realização de uma “guerra injusta” em 1268; Seigneur de Barnasan, que foi condenado pelo descumprimento de normas do Direito de Guerra medieval em 1419, dentre outros.⁴⁶

Verificamos, portanto, que o Direito Penal Internacional sempre esteve intimamente ligado a conflitos guerras, devendo o responsável de seu país responder pelos ilícitos cometidos.

No entanto, à época, não se conseguiu êxito quanto as tentativas de instituição de um tribunal para o julgamento de crimes internacionais tendo em vista a grande valorização da soberania estatal. Nesse sentido, dita Antonio Cassese:

“Embora tivessem surgido novos valores que transcendiam preocupações nacionalistas estreitas (como a elaboração gradual de princípios que buscavam limitar os métodos de guerra ou a proteção dos trabalhadores por meio da criação da Organização Mundial do Trabalho, ou, ainda, a proteção de minorias por intermédio de diversos tratados sobre a questão, estabelecidos após a guerra), a soberania do Estado inda era, em muito, a norma básica da comunidade internacional. Na prática, isso implicava não se poder criara qualquer mecanismo viável que pudesse possibilitar que um funcionário de Estado – acusado de crimes de guerra

46 Neste sentido, vide KRIEGER, César Amorim. Direito Internacional Humanitário: O precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional. Curitiba: Juruá, 2006. p. 126

ou outros abusos fosse levado à justiça, exceto por um Estado vitorioso em um conflito armado internacional.”⁴⁷

2.1.2 – Comissão de Investigação para Julgamento criada após a Primeira Guerra Mundial.

Considerada a primeira comissão desta natureza, foi criada em 1919, pelos Estados Aliados, quando da negociação da rendição alemã. Em 28 de junho do mesmo ano foi assinado o primeiro tratado de Versalhes, que previa a criação da “Comission of the authors of war and on enforcement of penalties, responsável pela investigação e pelo relato das ações sob responsabilidade daqueles que haviam iniciado a guerra.”⁴⁸, conforme preconizado em seu artigo 227.

Dos 895 criminosos que foram investigados, apenas 45 foram selecionados pela própria Alemanha para serem julgados⁴⁹, tendo o próprio Imperador alemão, Kaiser Guilherme II conseguido asilo político junto à Holanda, sob a alegação de que as acusações consistiam em retroatividade de Lei penal, uma grave afronta ao princípio do *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.⁵⁰

Das 45 pessoas levadas a julgamento, apenas 12 foram efetivamente julgados, todos pelo próprio Estado alemão. Destes, apenas 6 foram efetivamente condenados, o que foi um resultado considerado desapontador pelos países aliados.

César Amorim Krieger conclui sua análise do presente caso da seguinte forma:

“Deduz-se assim que o inédito julgamento de Leipzig mostrou que, em certos casos, em especial nos momentos de violação às normas de conflitos armados contidas no Direito Internacional, também os nacionais não deverão ser julgados pelos seus próprios tribunais oficiais.”⁵¹

2.1.3 – DOS TRIBUNAIS PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

2.1.3.1 – TRIBUNAL DE NUREMBERG

Antes da Segunda Guerra Mundial, houve duas tentativas de instituição de um

47 CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 05.

48 MAIA, Marielle. Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 46

49 MAIA, Marielle. ob. cit. p. 47

50 KRIEGER, César Amorim. Direito Internacional Humanitário: O precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional. Curitiba: Juruá, 2006. p. 128

51 KRIEGER, César Amorim. ob. cit. p. 129

Tribunal Penal Internacional, em 1926 pela Associação Internacional de Direito Penal, que acabou sem apoio político e em 1937, quando a Liga das Nações elaborou uma convenção para a criação da Corte Penal Internacional, que acabou não sendo ratificada por nenhum país.⁵²

Observa-se, portanto, que mesmo antes da ocorrência da 2ª Grande Guerra já havia uma tendência em se buscar mecanismos para a sanção de ilícitos internacionais.

Renata Montovani de Lima afirma que:

“Essa tendência confirmar-se-ia a partir de 1945, quando aflorou um “consenso internacional unânime” diante da barbaridade e da grandeza dos crimes cometidos pelos dirigentes do III Reich alemão, favorecendo, desse modo, a implementação da idéia de edificação dos Tribunais Militares Internacionais instituídos pelos aliados vitoriosos.”⁵³

Com isso, o tribunal de Nuremberg foi instituído na cidade de mesmo nome, situada na Alemanha, após a assinatura, pelos Estados Unidos, Reino Unido, União Soviética e França, da Carta do Tribunal de Nurembergue, em 1945. Visava, principalmente, julgar crimes cometidos pelos integrantes do Estado nazista, na segunda Guerra Mundial. Interessante observar, porém, que, antes da criação do Tribunal, os países vencedores da 2ª Guerra Mundial visavam executar sumariamente os principais líderes da campanha nazista, submetendo-os a julgamento apenas após sua execução. No entanto, tal plano foi recusado por Harry Truman, ao assumir a presidência dos Estados Unidos, após o falecimento de Roosevelt.⁵⁴

O primeiro e mais famoso deles foi o Julgamento dos principais criminosos de guerra⁵⁵, que face o Tribunal Internacional Militar, que se iniciou em 20 de novembro de 1945 e se estendeu até 1 de Outubro de 1946.

Representantes dos 4 principais países vencedores da 2ª Grande Guerra (Reino Unido, Estados Unidos da América, União Soviética e França) se reuniram em Londres, Tehran, Yalta e Potsdam para decidir acerca do formato da punição que seria dado aos pelas atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Desses encontros, estabeleceu-se a base legal para a realização do julgamento, através da assinatura do Estatuto do Tribunal Militar Internacional, em Londres, em 8 de Agosto de 1945, composto

52 MAIA, Marielle. ob. cit. p. 47

53 LIMA, Renata Manovani de. O Tribunal Penal Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 28.

54 In verbis: (...) the criminals would be executed on proof of identity and on the basis of a political decision. This came to be referred to in government circles as the “Napoleonic precedent”, since the Little Corporal had been exiled to St. Helena without trial and by political decision.” TAYLOR, Telford. The anatomy of the nuremberg Trials: A personal memoir. Nova Iorque, Alfred A. Knopf. Inc., 1992. p. 27.

55 Trial of the Major War Criminals

sete seções e 30 artigos.⁵⁶

A jurisdição do Tribunal Internacional Militar é trazida em seu Artigo 6º, do qual se lê:

“Artigo 6.

O tribunal estabelecido pelo arcado referido no artigo 1º do presente documento para o julgamento e punição dos principais criminosos de Guerra dos países do eixo europeu deverá ter o poder de julgar e punir pessoas que, agindo nos interesses dos países do Eixo Europeu, seja como indivíduos ou membros de organizações, cometeram qualquer dos seguintes crimes. Os seguintes atos, ou qualquer deles, são crimes dentro da jurisdição do Tribunal pelos quais haverá responsabilização individual:

(a) CRIMES CONTRA A PAZ: a saber, planejamento, preparação, iniciação ou realização de Guerra de Agressão, ou uma guerra em violação aos tratados internacionais, acordos ou garantias, ou preparação em um plano comum de conspiração para a realização de qualquer dos anteriores.

(b) CRIMES DE GUERRA: a saber, violações de leis ou costumes da guerra. Tais violações podem incluir, mas não se limitam a, assassinatos, maus tratos ou deportação para trabalho escravo ou para qualquer outro fim, de população civil de ou em território ocupado, assassinatos ou maus tratos a prisioneiros de guerra ou pessoas em mar, assassinato de reféns, pilhagem de propriedade pública ou privada, destruição arbitrária de cidades, vilas ou aldeias, ou devastação injustificada por necessidades militares.

(c) CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: a saber, assassinato, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra; ou perseruições por motivos políticos, raciais ou religiosos, em execução ou conexão com qualquer crime de jurisdição do Tribunal, seja ou não em violação da legislação nacional do país em que foram perpetrados.

Líderes, organizadores, instigadores e cúmplices participando na formulação, ou execução de um plano comum de conspiração para cometer qualquer dos crimes supramencionados são responsáveis por todos os atos praticados por qualquer pessoa na execução de tal plano.”⁵⁷

56 Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>, acessado em 05/08/2013

57 “Article 6.

The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

(a) CRIMES AGAINST PEACE: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

(b) WAR CRIMES: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

(c) CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.”, disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>, acessado em 05/08/2013

O Tribunal de Nuremberg teria, portanto, jurisdição para aplicar sanções a todos os crimes cometidos por quaisquer dos atuantes da no Eixo europeu da 2ª Grande Guerra, por praticamente todos os atos por eles cometidos, tendo em vista a vagueza do estatuído quando da instituição do referido Tribunal.

Tal assepção foi duramente criticada pela Doutrina Interncional, como frisa Krieger, ao citar Nelson Hungria:

“(…) o discurso do Tribunal de execução, imposto pelos vencedores, em cumprimento ao Acordo de Moscou e ao Estatuto de Londres, não tem outro objetivo que a vingança pura e simples contra as minorias do derrotado hitlerismo que haviam escapado da sanção através da fuga ou do suicídio. Organizada ad hoc, de improviso, a Corte de Nurembergue não foi outra coisa que uma tragicomédia (...) Fez tábula rasa do princípio nullum delictum nulla poena sine lege e da retroatividade da lex gravior em matéria penal.”⁵⁸

Tal alegação, porém, foi rechaçada pelo próprio Tribunal, quando afirmou que “a própria Carta de Nuremberg era expressão do Direito Internacional existente no momento de sua constituição de modo que a Carta vinculava suas decisões.”⁵⁹ Dessa forma, o Tribunal afastou qualquer possibilidade de aplicação do princípio da legalidade com o fim de se afastar a possibilidade de condenação dos acusados, demonstrando uma preferência na punição dos atos desumanos praticados sobre a defesa da inaplicabilidade de legislação retroativa.

O tribunal era composto por dois membros de cada um dos países signatários, sendo um o juiz e um substituto, além de ampla comissão de investigação e acusação, também composta pelos referidos países, conforme preceituam os artigos 2º e 14 do referido diploma.⁶⁰

58 KRIEGER, César Amorim. ob. cit. p. 129

59 LIMA, Renata Manoveni de. Ob cit. p. 29

60 In verbis: “Article 2. The Tribunal shall consist of four members, each with an alternate. One member and one alternate shall be appointed by each of the Signatories. The alternates shall, so far as they are able, be present at all sessions of the Tribunal. In case of illness of any member of the Tribunal or his incapacity for some other reason to fulfill his functions, his alternate shall take his place.

Article 14. Each Signatory shall appoint a Chief Prosecutor for the investigation of the charges against and the prosecution of major war criminals.

The Chief Prosecutors shall act as a committee for the following purposes:

- (a) to agree upon a plan of the individual work of each of the Chief Prosecutors and his staff,
- (b) to settle the final designation of major war criminals to be tried by the Tribunal,
- (c) to approve the [Indictment](#) and the documents to be submitted therewith,
- (d) to lodge the [Indictment](#) and the accompany documents with the Tribunal,
- (e) to draw up and recommend to the Tribunal for its approval draft [rules of procedure](#),

contemplated by [Article 13](#) of this Charter. The Tribunal shall have the power to accept, with or without amendments, or to reject, the rules so recommended.

The Committee shall act in all the above matters by a majority vote and shall appoint a Chairman as may be convenient and in accordance with the principle of rotation: provided that if there is an equal division of vote concerning the designation of a Defendant to be tried by the Tribunal, or the crimes with which he

Os Juízes escolhidos pelos próprios países foram, da União Soviética, Major General Iona Nikitchenko e seu substituto Tenente Coronel Alexander Volchkov; do Reino Unido, Coronel Sir Geoffrey Lawrence e seu substituto Sr. Norman Birkett; dos Estados Unidos, o Juiz Francis Biddle e seu substituto, também juiz, John Parker e, da França, o Professor Henri Donnedieu de Vabres e seu substituto, o juiz Roberto Falco.

Os promotores de cada país foram liderados por: Advogado (*barrister*) do Reino Unido Sir Hartley Shawcross; Roberto H. Jackson da Suprema Corte dos Estados Unidos; Roman Andreyevich Rudenko, tenente-general da União Soviética e François de Menthon, professor de direito da França.

O conselho de Defesa, por sua vez, era constituído basicamente por Advogados de Defesa da Alemanha, dentre eles Georg Fröschmann, Heinz Fritz (Hans Fritzsche), Otto Pannenbecker (Wilhelm Frick), Alfred Thoma (Alfred Rosenberg), Kurt Kauffmann (Ernst Kaltenbrunner), Hans Laternser (general staff and high command), Franz Exner (Alfred Jodl), Alfred Seidl (Hans Frank), Otto Stahmer (Hermann Göring).

Pelo fato do Tribunal ser constituído apenas por membros dos países vencedores da 2ª Guerra Mundial, foi-se feita outra crítica ferrenha a atuação do Tribunal. Conforme demonstra Elio Cardoso:

“A carta daquele tribunal indicara explicitamente a intenção de processar e julgar 'os grandes criminosos de guerra dos países europeus do Eixo'. O Tribunal Militar, por sua vez, seria composto por juízes e promotores pertencentes às potências vencedoras, e não por quadros de outras nacionalidades, o que realçou ainda mais as vinculações entre vencedores e juízes, de um lado, e vencidos e acusados, do outro.”⁶¹

Em seu primeiro julgamento, foram acusados 24 integrantes do partido nazista alemão. Destes 12 foram condenados à pena capital, 3 a prisões perpétuas, 4 a prisões que variavam de 10 a 20 anos, 3 foram absolvidos de suas acusações; Robert Ley cometeu suicídio antes de seu julgamento e Gustav Krupp, que foi indiciado por equívoco no lugar de seu filho, foi considerado impróprio para o julgamento.⁶²

A sentença dos acusados começou a ser lida em 30 de setembro de 1946 e só terminou em 1º de outubro, sendo as execuções realizadas no dia 16 de outubro de 1946, por enforcamento, ao invés de serem executados pelas forças armadas, como é de costume em execuções militares. Alegou-se que, apesar de criminosos militares, os

shall be charged, that proposal will be adopted which was made by the party which proposed that the particular Defendant be tried, or the particular charges be preferred against him.”, disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>, acessado em 05/08/2013

61 CARDOSO, Elio. Tribunal Penal Internacional: Conceitos, realidades e implicações para o Brasil. - Brasília FUNAG, 2012. P 22.

62 MAIA, Marielle. op. cit. p. 49.

condenados não mereciam essa “honra”, por terem violado o código de ética militar. Os prisioneiros sentenciados a encarceramento foram levados à prisão Spandau, ao oeste de Berlim, em 1947.

Insta frisar que a taxa de condenações do Primeiro Julgamento de Nuremberg foram extremamente altas, o que corrobora com a crítica feita contra ele, de que seria apenas mais um mecanismo de Vingança, uma aplicação da “lei dos vencedores”, conforme supra abordado. No entanto, há ainda posições que defendem a instituição do Tribunal, como é o caso do Professor Anthony Nicholls:

“Quanto ao grande criticismo de 'justiça dos vencedores', acredito que tenhamos que nos perguntar, qual era a alternativa? Os Aliados iriam ficar sem fazer nada para que alguém pagasse por uma guerra que foi deliberadamente iniciada e conduzida com tantas atrocidades? (...) De outro lado, seria igualmente absurdo supor que Ingleses e Americanos, muito menos a União Soviética realizariam julgamentos neutros. A opinião pública nos referidos países e países vítimas teria se indignado se os nazistas e os outros líderes alemães escapassem sem condenação.

Como foi, o procedimento de Nuremberg foi conduzido com muito mais justiça e escrúpulos legais do que qualquer um dos acusados teria direito de requerer, tendo em vista sua conduta perante os países por eles capturados.”⁶³

Mesmo com todas as suas fundadas críticas, foi na instituição do Tribunal de Nuremberg que diversas outras legislações se basearam. Como a convenção acerca do Genocídio e a própria instituição do Tribunal Penal Internacional.

Imperioso que se verifique que se tratam de tempos pós-guerra, em que ambas as partes realizaram diversas atrocidades, em nome de seus países. Nas palavras de Krieger:

“Não se deve analisar o Tribunal de Nurembergue sob o prisma dos standards legais contemporâneos, mas sim, sob o ponto de vista da história, pois para o contexto da época, foi um feito extraordinário haverem sido julgados importantes figuras nazistas, mesmo com imperfeições, do que sumariamente executados, como fora a proposta inicial de Winston Churchill e Joseph Stalin.”⁶⁴

Para nosso estudo, porém, o mais importante é se verificar o Tribunal em que se baseou grande parte da instituição do Tribunal Penal Internacional, para que possamos

63 On the general criticism of victors' justice I think we have to ask the question, what was the alternative? Were the Allies really going to do nothing to make anybody pay for a war which had been deliberately started and conducted with such vicious atrocities? (...) On the other hand, it would have been equally preposterous to suppose that the British and the Americans, let alone the Soviet Union, would have handed the trials over to a neutral state. Public opinion in the belligerent countries and the victim countries, would have been outraged if the nazis and the other German leaders had got away Scot free. As it was, the Nuremberg proceedings were conducted with more fairness and legal scruple than any of the defendants expected, or indeed had a right to expect, given their own conduct towards captured enemies. <http://www.sant.ox.ac.uk/events/lecturesarchive/nicholls.html>, de autoria do Professor Anthony Nicholls da Universidade de Oxford

64 KRIEGER, César Amorim. ob. cit. p. 139

analisar efetivamente os julgamentos desta Corte.

2.1.3.2 – DO TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DO EXTREMO ORIENTE – O Tribunal de Tóquio.

O Tribunal Internacional do Extremo Oriente, também conhecido como Tribunal de Tóquio, também foi palco de um dos maiores julgamentos referentes ao Direito Penal Internacional moderno. Ele se espelhou muito no modelo adotado pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e, assim como sua inspiração, teve como função o julgamento dos Crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial. Desta vez, a corte visava o julgamento dos líderes militares do Império do Japão, pelo cometimento de referidos crimes.⁶⁵

Os crimes aos quais foram acusados dividiam-se em três classes, nos modelos do Tribunal de Nuremberg, em resumo: a classe “A”, referente aos que teoricamente teriam conspirado para iniciar ou realizar guerras e visava, principalmente a punir os líderes de maior escalão. A classe “B” de crimes referia-se a crimes comuns e a atrocidades realizadas em desrespeito aos Direitos Humanos. Por último temos a classe “C” de crimes, que se referiam a crimes cometidos contra a população civil do país, sendo os comandantes de tais realizações responsabilizados por todas as atitudes de seus subordinados. Todos os crimes estão previstos no artigo 5º do Tratado de Criação do Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente.

Outra grande diferença entre o Tribunal de Tóquio e o de Nuremberg são a sua constituição, enquanto o Tribunal de Nuremberg era composto por um integrante e um substituto de cada país signatário, o de Tóquio, pela abrangência das atitudes do Império Oriental, eram composto por 12 juízes, nove dos quais signatários do Instrumento de Rendição do Japão.⁶⁶

Outra diferença notável é o fato desta conte constar basicamente de juízes, professores e advogados, não havendo presença de qualquer militar, enquanto a acusação era constituída pelos mesmos países julgadores, liderados pelo americano Joseph Keenan.

Foram acusadas 28 pessoas, em sua maioria militares e funcionários do governo japonês, sob o fundamento de realização de crimes de conspiração contra a paz e guerra de agressão contra a China, Estados Unidos da América, a Comunidade

65 KRIEGER, César Amorim. op. cit. p. 140.

66 CASSESE, Antonio. Op. cit. p. 06

Britânica das Nações, a Holanda, a França e a União Soviética, ao longo dos anos de 1938 e 1939.

O Tribunal iniciou suas operações em 29 de abril de 1946 e, em 3 de maio a procuradoria abriu o caso, realizando sua acusação. O Julgamento durou mais de 2 anos e meio, sendo ouvidas mais de 400 pessoas, com mais de 4000 provas juntadas aos autos e declarações escritas de mais de 700 pessoas.

Ao final, todos os acusados foram condenados. Sete deles foram condenados à pena de morte; 16 à prisão perpétua, um a 20 anos de prisão, enquanto dois morreram por causas naturais durante o julgamento e um foi considerado mentalmente inapto a passar por julgamento.⁶⁷

As sentenças de morte foram executadas na prisão de Sugamo, em 23 de dezembro de 1948, vedando-se o registro fotográfico da execução, para evitar maiores atritos com a população japonesa. Apesar de 4 países signatários da carta de rendição do país japonês terem opinado pela redução das sentenças, tal ato não foi realizado. Não obstante, todos os sentenciados à prisão foram libertados entre os anos de 1954 e 1956.

As críticas à realização do Tribunal de Tóquio são mais ou menos as mesmas do Tribunal de Nuremberg, como a violação do princípio *nulla pena sine lex previa* e a alegada característica de aplicação da “Lei dos vencedores”.

2.1.3.3 – Consequências dos Tribunais após Segunda Guerra Mundial

Apesar de todo o criticismo realizado contra a instauração e atuação dos tribunais Militares pós-segunda guerra, inegável a sua influência na consolidação do Direito Penal Internacional atual. Através de suas incosistências e defeitos é que foi possível um maior avanço no sentido de se conseguir construir uma doutrina sólida a esse respeito. Nas palavras de Mantovani de Lima:

“As debilidades da jurisdição internacional estabelecida em Nuremberg e Tóquio restaram, portanto, configuradas. Entretanto, nos anos 90, a comunidade internacional esforçar-se-ia não apenas para colocar em obra os princípios estabelecidos, valorizando os avanços obtidos, mas também para superar os problemas levantados.”⁶⁸

Segundo César Amorim Krieger, pode-se verificar três contribuições indispensáveis dos Tribunais Militares, principalmente do Tribunal de Nurembergue:

67 KRIEGER, César Amorim. ob. cit. p. 141

68 LIMA, Renata Manoveni de. Op. cit., p. 33

“Em primeiro lugar, prepara o caminho ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha a liderar esforços para a codificação de novas normas de um conflito armado, chamado Direito Internacional Humanitário, através das convenções de Genebra de 1949 e após os protocolos adicionais de 1977.

Em segundo lugar, apesar de a Carta de Nurembergue em sentido estrito dirigir-se às atrocidades conexas somente com a guerra, o Tribunal de Nurembergue provou ser uma plataforma para o desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário, no momento em que a comunidade internacional veio a concluir que o tratamento dos Estados e seus cidadãos em tempos de paz era o apropriado à regulação geral internacional. (...) Num terceiro momento, o Tribunal de Nurembergue funcionou como laboratório para outras elaborações do Direito Internacional Público em relação à responsabilidade criminal individual nas violações do Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos.”⁶⁹

Antonio Cassese ressalta a importância dos Tribunais no sentido de terem eles determinado a quebra do monopólio da jurisdição penal quanto a crimes de guerra, havendo sido criadas instituições não-nacionais para seu processamento e julgamento, além de terem determinado o surgimento de novas modalidades de crimes contra a humanidade e a paz. O autor finaliza afirmando que:

“Por fim, uma importância simbólica surgiu a partir dessas experiências em termos de seu legado moral que foi tomado como base por aqueles que buscavam um sistema de justiça penal internacional permanente, eficaz e não comprometido politicamente”⁷⁰

Inegável, portanto, a influência dos Tribunais militares na consolidação não apenas de uma base teórica que serviria para o Tribunal Penal Internacional, como também na consolidação de um sentido à punição dos responsáveis por esses crimes, no sentido de buscar uma proteção aos Direitos Humanitários, não apenas das vítimas dos delitos, como também dos próprios acusados.

2.1.4 – Os Tribunais *ad hoc*.

Os Tribunais de Nuremberg e Tóquio foram extremamente importantes para a jurisdição penal internacional, pois não apenas eles consolidaram duas novas categorias de crimes internacionais (os crimes contra a paz e contra a humanidade), mas também serviram de marco inicial para a responsabilização de agentes estatais, por atos cometidos durante o período entre guerras, individualmente. Observe-se os comentários de Lima:

“As obrigações internacionais que se impõem aos indivíduos têm primado sobre o seu dever de

69 KRIEGER, César Amorim. ob. cit. p. 147 e 148.

70 CASSESE, Antonio. Op. cit. p. 08

obediência para com o Estado a que pertencem. Aquele que violou as leis da guerra não pode, para se justificar, alegar o mandato que recebeu do Estado, uma vez que o Estado dado-lhe este mandato, ultrapassou os poderes que lhe reconhece o direito internacional.”⁷¹

Durante o período da Guerra Fria, os conflitos internacionais penais acabaram sendo renegados para segundo plano, tendo em vista o atrito existente entre as duas potências predominantes à época (EUA e URSS) e a constante iminência de um conflito nuclear entre as duas nações.

Finda a Guerra Fria, instalou-se uma situação bastante conflitante entre diversos países. Nesse contexto, o Conselho de Segurança da ONU se viu impelido a atuar e o fez através de seus Tribunais *ad hoc*. Esses tribunais eram constituídos para julgamento de infrações constantes e reiteradas de Direitos Humanos, investigadas por uma comissão do próprio Conselho de Segurança. Dessa forma, criaram-se dois tribunais *ad hoc* extremamente relevantes: o Tribunal Penal da ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal de Ruanda.

Insta ressaltar que os tribunais *ad hoc* tiveram grande influência dos tribunais militares, por mais que haja críticas muito plausíveis contra sua realização. Eles deram início à sedimentação do Direito Internacional Humanitário, que foi posteriormente positivado com o apoio do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e da Organização das Nações Unidas.⁷²

2.1.4.1 – Do Tribunal da ex-Iugoslávia

O Tribunal Penal da ex-Iugoslávia foi criado para se julgar os delitos mais graves realizados em desrespeito à Convenção de Genebra, violações de leis e costumes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade, no período correspondente entre janeiro de 1991 até “alcançada a paz”.

Ele era composto de duas câmaras de Julgamento e uma de apelação, situado em Haia. A situação de Haia se deteriorou pela desintegração da antiga República Federativa Popular da Iugoslávia nos anos de 1990, após o final da Guerra Fria. Os conflitos tiveram origem, em grande parte, étnica, tendo em vista a complexidade da formação populacional do local.

Outro ponto importante de se ressaltar é que o próprio estatuto da criação do tribunal já previa diversos direitos aos acusados, dentre eles, o direito a ser informado de

71 LIMA, Renata Manoveni de. Op. cit., p. 31

72 Nesse sentido, vide KRIEGER, César Amorim. Ob. cit. p. 147 a 150.

sua acusação, que tenha meios adequados para a preparação de sua defesa, o *non bis in idem* e princípios da razoabilidade de duração do julgamento entre outros.⁷³ Afastou-se, outrossim, a pena capital, cabendo, porém, prisão perpétua, independentemente do crime cometido.

Durante o Tribunal da ex-Iugoslávia, foram esclarecidos diversos temas polêmicos quanto ao Direito Penal Internacional. Nas palavras de Marco Sassòli e Laura M. Olson:

“Nessa decisão, a Câmara de Apelação tomou decisões que não são sempre incontroversas, mas que certamente desenvolverem e esclareceram a Lei Internacional em diversos aspectos: que as Resoluções do Conselho de Segurança estão sujeitas à apreciação judicial; que o Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia fora legalmente estabelecido; que os conflitos na antiga Iugoslávia foram, ao mesmo tempo, de características internacionais e não-internacionais; que o conceito de crimes de guerra aplica-se igualmente aos conflitos armados não-internacionais; e que um extensivo corpo do Direito Internacional Consuetudinário se aplica nos conflitos mais recentes e transforma algumas atitudes em ilícitos penais.”⁷⁴

Observe-se, por fim, que o Tribunal Penal da ex-Iugoslávia foi o primeiro Tribunal do gênero a ser instituído pela ONU, por isso, para muitos autores, é considerado o primeiro Tribunal a representar todas as Nações Unidas, não apenas parte da comunidade.⁷⁵

Conforme já foi abordado, o Tribunal sofreu grandes críticas acerca de sua instituição, em parte por demonstrar a incapacidade da ONU em manter a paz mundial de forma eficaz, além de ter o Conselho de Segurança, em tese, excedido os poderes a ele atribuídos.⁷⁶

Inegável, porém, sua contribuição ao cenário internacional. O Tribunal Penal Internacional à ex-Iugoslávia, através de todas as críticas sofridas apenas demonstrou a necessidade da instauração e manutenção de um Tribunal Penal Permanente.

2.1.4.2 – O Tribunal Penal de Ruanda

73 KRIEGER, Cesar Amorim. ob. cit. p. 157

74 “In this decision, the Appeals Chamber made findings which are not always uncontroversial but which certainly developed or clarified international law in various respects: that Security Council resolutions are subject to judicial review; that the ICTY was lawfully established; that the conflicts in the former Yugoslavia were both of an international and of a non-international character; that the concept of war crimes equally applies to non-international armed conflicts; and that an extensive corpus of customary international law applies in the latter conflicts and renders some behaviour a criminal offence.” SASSÒLI, Marco. OLSON, Laura M. The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case. Disponível em <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jqgc.htm>

75 Nesse sentido, vide KITTICHAISAREE, Kriangsak. International Criminal Law. p. 24

76 CASSESE, Antonio. Ob. cit. p. 14.

O Tribunal Penal de Ruanda foi criado pouco após para julgar os delitos de crime contra a humanidade e genocídio perpetrados em Ruanda, tendo em vista o conflito étnico ocorrido na região, entre as etnias Tutsi e Hutu. Ainda, tinha uma limitação temporal correspondente aos crimes perpetrados no ano de 1994, ano em que a violenta guerra étnica assolou o país.⁷⁷

Apesar de diversas semelhanças entre os tribunais adotados, como seu fundamento e procedimento, há uma vital diferença entre as competências atribuídas aos tribunais. Enquanto o Tribunal da ex-Iugoslávia tratava de crimes realizados quando da existência de um conflito armado, o Tribunal de Ruanda tratava de qualquer transgressão aos Direitos Humanos realizados em determinado espaço de tempo. De outro lado, algumas das garantias dadas aos acusados pelo Tribunal da Ex-Iugoslávia não eram respeitados no Tribunal de Ruanda.⁷⁸

Outra circunstância importante decorrente da instauração do Tribunal foi a concepção do grande custo decorrente da instauração do referido tribunal e isso fez com que o próprio Conselho de Segurança acabasse por ficar desestimulado a instaurar outros tribunais do gênero, o que mais uma vez denotou a necessidade da implementação do Tribunal Penal Internacional.

2.1.4.3 – Consequências dos Tribunais *ad-hoc* para o Direito Penal Internacional

Conforme já abordado, a criação de ambos os tribunais foi amplamente criticada pela comunidade acadêmica, principalmente pela forma com que foram instituídas. Em que pese o próprio Estado da Ruanda tenha corroborado com a instalação do Tribunal, questionava-se sua legitimidade pelo modo com que foram instaurado, por intermédio de resoluções e a escolha da instauração nessas duas situações, mas não em outras que ocorriam pelo mundo e a própria legitimidade da justificativa da atribuição de poderes apresentada para sua criação, quer seja o restabelecimento da paz e segurança, previstos no capítulo VII da Carta da ONU.⁷⁹

77 LIMA, Renata Mantovani de. ob. cit. p. 35

78 KRIEGER, César Amorim. ob. cit. p. 161 e 162.

79 Nesse sentido: “As prerrogativas acostadas em dito instrumento atinam apenas para a manutenção ou restabelecimento da paz e segurança, e não para ações legais contra indivíduos. O Conselho de Segurança tem, sim, como função a manutenção da paz, mas isso não implica a legitimidade para ser criador de tribunais internacionais. Nesse sentido, ao avocar tal competência o Conselho de Segurança estaria incorrendo em um clássico caso de decisão *ultra vires*, ou seja, estaria imputando-se um poder

Nas palavras de MAIA:

“Reconhece-se que a criação desses tribunais, mesmo sendo estabelecidos por meio de resoluções do Conselho de Segurança – que teve de atuar com base em sua própria Constituição, a Carta das Nações Unidas –, foi um passo inevitável e importante, porém, imperfeito. Pode-se dizer que as experiências passadas com tribunais *ad hoc* confirmaram a necessidade de um sistema permanente de justiça criminal internacional.”⁸⁰

Além do mais, os altos custos para a instauração e manutenção de referidos tribunais acabou por demonstrar à ONU a necessidade de uma implementação mais sólida de meios de garantia da paz social. Além disso, os tribunais conquistaram notável credibilidade e fizeram com que a comunidade internacional acabasse por se sensibilizar acerca dos problemas existentes em diversas partes do mundo. Com isso, iniciou-se toda uma movimentação internacional que clamava pela instituição de um Tribunal Permanente, que não sofresse dos mesmos problemas dos tribunais *ad hoc*.⁸¹

2.2 – PRECEITOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

2.2.1 – Permanência e Independência

A criação do Tribunal Penal Internacional foi precedida de amplo debate e discussões. Idealmente, visava-se instaurar um Tribunal que, ao contrário dos Tribunais Penais Internacionais instituídos até o momento, precedesse a realização dos delitos cometidos de sua jurisdição. Isso visava eliminar a alegação de ofensa ao princípio da legalidade, um dos corolários do Direito atual e de fundamental importância no Direito Penal. Por isso, decidiu-se por criar um tribunal PERMANENTE, o que, em tese, eliminaria a criação de tribunais *ad hoc* e teria atuação mais célere e menos custosa.

As negociações, que duraram aproximadamente três anos, visavam dar legitimidade à atuação do Tribunal, tendo em vista a ferrenha crítica feita aos Tribunais *ad hoc*, já estudados, tornando o Estatuto de Roma o resultado de um “encontro de vontades de grande parte – ainda que não da totalidade – da comunidade internacional”⁸²

A independência do Tribunal Penal Internacional se justificava pela própria natureza judicial do órgão. Ora, se o TPI era um Tribunal destinado a julgar crimes

que não lhe foi atribuído pela Carta.” LIMA, Renata Manoveni de. Op. cit., p. 38 e 39.

80 MAIA, Marrielle. ob. cit. p. 55

81 CASSESE, Antonio. Ob. cit. p. 16

82 CARDOSO, Elio. Tribunal Penal Internacional: Conceitos, realidades e implicações para o Brasil. - Brasília FUNAG, 2012. P 40

cometidos em detrimento de cidadãos, pertencentes a algum país, ele não poderia se sujeitar às vontades de país nenhum, para que não se recaísse em um controle ideológico ou político arbitrário. Nesse sentido, absolutamente compreensível a desvinculação direta com a ONU.⁸³ Há, porém, que se ressaltar o vínculo criado entre as entidades, conforme nos ensina Elio Cardoso:

“diante da aparente convergência dos princípios e propósitos de ambas as entidades, houve a intenção de firmar estreita e sólida relação de cooperação com as Nações Unidas. O preâmbulo do Estatuto, a propósito, destaca a vinculação do TPI com o sistema da ONU. Foram estabelecidas, ademais, modalidades de relacionamento entre o Tribunal e o Conselho de Segurança.”⁸⁴

A independência do TPI é ainda mais evidente, quando analisamos a possibilidade de se acionar o Tribunal. Observe-se que, para que ele inicie seus trabalhos, ele deve ser acionado por um dos três métodos listados, todos independentes entre si: 1) A pedido da Promotoria, instituída para o Tribunal; 2) A remessa por Estado parte e 3) A remessa pelo Conselho de Segurança.⁸⁵

A desvinculação do Tribunal Penal Internacional e de sua promotoria é, portanto, absolutamente essencial para a manutenção da própria independência do Tribunal e para que ele possa atuar de maneira efetiva.

2.2.2 – Da Complementaridade. O papel dos Estados no Tribunal Penal Internacional.

A complementaridade do Tribunal Penal Internacional é de suma importância para a manutenção da soberania dos Estados e, conseqüentemente, de sua adesão ao Estatuto de Roma. Ao contrário das experiências anteriores, nas quais os Tribunais Penais Internacionais eram considerados superiores aos locais, o Tribunal Internacional apenas atuaria quando a jurisdição estatal se mostra-se ineficaz ou impossível. Dessa

83 MAIA, Marielle. ob. cit. p. 61 e ss.

84 CARDOSO, Elio. Tribunal Penal Internacional: Conceitos, realidades e implicações para o Brasil. - Brasília FUNAG, 2012. P 40

85 Observa-se do Artigo 13 do Estatuto de Roma:

O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:

a) Um Estado Parte denunciar ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;

b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou

c) O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.

forma, “o Tribunal não substitui os tribunais nacionais, pelo contrário, só atuará subsidiariamente às cortes nacionais, uma vez que essas possuem prioridade no exercício da jurisdição.”⁸⁶

Isso se justifica, principalmente, pela facilidade que os operadores do Direito locais e seus Tribunais têm, não apenas para colher provas dos fatos, tendo em vista a proximidade física de sua ocorrência, o que diminui o tempo e os custos de sua produção, mas também do conhecimento normativo que os operadores do Direito e os acionados têm da legislação local. Além disso, o Tribunal Penal Internacional não conseguiria agir em todos os casos de Crimes Internacionais, pois não conseguiria criar uma estrutura de tais proporções.⁸⁷

Note-se, no entanto, que, em determinados casos, é o próprio Tribunal Penal Internacional quem decide sobre sua competência, a fim de que não se esvazie sua competência. Muitos comitês consideraram, porém, tal delegação como excessivamente arbitrária, afirmando que deveria haver um duplo grau de aceitação para que se pudesse adotá-lo, o que foi parcialmente acolhido no artigo 124 do referido estatuto.⁸⁸

O Tribunal Penal Internacional age apenas quando a Jurisdição Nacional não consegue ou não quer agir, ou seja, de maneira subsidiária ao Estado, para que se possa manter sua soberania acerca de seus temas internos. Dessa forma, o Tribunal seria um último recurso, como frisa Elio Cardoso: “*O tribunal afigurar-se-ia como órgão de 'último recurso' nas hipóteses em que as instituições nacionais, não pudessem\quisessem atuar.*”⁸⁹

2.2.3 – Da Jurisdição e Competência do Tribunal Penal Internacional.

Feita essa breve análise da característica de complementaridade do TPI, observamos que se queda uma dúvida. Se o Tribunal Penal Internacional é subsidiário da Justiça Estadual, como se teria uma certa uniformidade de tratamentos do direito Estadual contra condutas consideradas danosas pela Jurisdição Internacional?

2.2.3.1 – Competência Racione Materiae – Dos *core crimes*.

86 LIMA, Renata Manoveni de. Op. cit., p. 91.

87 LIMA, Renata Mantovani de. ob. cit. p. 91

88 MAIA, Marielle. ob. cit. p. 79

89 CARDOSO, Elio. ob. cit. p. 46

Inicialmente, cumpre-nos delinear qual é a Jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Como vimos anteriormente, o Estatuto de Roma se baseia no Estatuto do Tribunal Penal Militar de Nurembergue. Dessa forma, observamos que sua competência também se delinea de maneira bastante próxima ao referido Tribunal, adotando, basicamente, quatro categorias de crimes de repercussão internacional, os chamados *core crimes*, a saber: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão.

A conferência de Roma logrou êxito em definir os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, porém, os crimes de agressão foram delineados apenas em momento posterior.

Outra discussão colocada quanto a este assunto era se iria se tornar de competência do TPI os ilícitos de Tráfico de Drogas. Entendeu-se, porém, que, devido à complexidade da matéria e da necessidade de um amplo corpo investigativo, fosse mais sensata a atuação dos próprios países.⁹⁰

2.2.3.1.1 – A caracterização de genocídio.

Ela se baseou na caracterização dada quando da realização da convenção do genocídio, a saber:

“atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional étnico racial ou religioso. Entre esses atos figuram (i) o homicídio de membros do grupo; (ii) o dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; (iii) a submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem destruição física total ou parcial; (iv) a imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no âmbito do grupo; e (v) a transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.”⁹¹

Insta ressaltar que os crimes de genocídio têm um objeto bastante específico, quer seja a proteção de grupos humanos considerados estáveis, que nas palavras de Alicia Gil Gil, seriam grupos:

“que constituem o âmbito em que se desenvolve o indivíduo em praticamente todas as facetas sociais e culturais de sua existência e que formam o substrato da comunidade internacional sendo, em relação a sua funcionalidade para o indivíduo, de importância quase comparável aos próprios Estados.”⁹²

90 MAIA, Marielle. ob. cit. p. 86

91 CARDOSO, Elio. Op. cit. P 24

92 GIL, Alicia Gil. Los crímenes contra la humanidad y el genocidio em el estatuto de la corte penal

Nota-se, portanto, que o delito não se trata de um delito cuja principal faceta seja a motivação, pois a destruição ou desestruturação de um grupo social pode ter diversos sentidos, mas sim de um delito que se caracteriza pela sua finalidade. Um delito de intenção.⁹³

2.2.3.1.2 – Dos Crimes contra a humanidade.

Nas palavras de KRIEGER, os crimes contra a humanidade seriam:

“uma ofensa que afeta certos princípios gerais de Direito Internacional e que se tornaram uma preocupação da comunidade internacional. A diferença entre os crimes contra a humanidade e o genocídio encontra-se no *dolus specialis* de destruição de um determinado particular grupo, pois, sendo requisito necessário ao genocídio não é levado em consideração nos crimes contra a humanidade.”⁹⁴

No estatuto de Roma, teve-se o cuidado de contemplar apenas as situações mais graves, adotando-se uma lista de atos precedida do elemento essencial do crime: o cometimento dos crimes como parte de um ataque, “generalizado ou sistemático dirigido contra qualquer população civil, com conhecimento do ataque.”⁹⁵

Alicia Gil Gil determina crimes contra a humanidade como: “Os atentados

internacional a la luz de los “elementos de los crímenes”. In O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 249. In verbis: “que constituyen el ámbito em el que se desarrolla el individuo em prácticamente todas las facetas sociales de la comunidad internacional siendo, em relación a su funcionalidad para el individuo, de importância casi comparable a los propios Estados.”

93 *Ib idem*. p. 249

94 KRIEGER, César Amorim. *Ob. cit.* p. 176

95 Art. 7º, § 1º do Estatuto de Roma:1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de apartheid;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

contra bens jurídicos individuais fundamentais cometidos, tanto em tempo de paz como de guerra, como parte de um ataque generalizado ou sistemático realizado com a participação ou tolerância do poder político de iure ou de fato.”⁹⁶

2.2.3.1.3 – Dos Crimes de Guerra

Os Crimes de Guerra também foram melhor delineados do que quando de sua adoção no Tribunal de Nurembergue, decidindo-se que apenas os crimes mais graves seriam de jurisdição do referido tribunal.⁹⁷

Uma das novidades mais importantes foi a adoção de crimes que seriam julgados pelo Tribunal, mesmo se cometidos em âmbito interno, devido a sua gravidade, ressaltando-se que isso não retiraria a responsabilidade do Estado de defender sua população. Isso visava evitar que o TPI viesse a julgar crimes isolados em guerra civil, ao mesmo tempo que não se queria deixar de fazer com que o TPI julgasse as violações mais graves ao Direito Humanitário.⁹⁸

2.2.3.1.4 – Dos Crimes de Agressão

Por fim, quanto aos crimes de Agressão, as negociações não foram conclusivas, quando da finalização do Estatuto de Roma, porém foram definidas na Conferência de Revisão em Campala, definindo-o como o planejamento, a preparação, o início ou a execução, por pessoa em posição efetiva para exercer controle ou dirigir a ação política ou militar de um Estado, de um ato de agressão o qual, pelo seu caráter, gravidade e escala, constitui violação manifesta da Carta das Nações Unidas.⁹⁹

2.2.3.1.5 – Considerações acerca da Competência Material do TPI.

O estudo das competências materiais do Tribunal Penal Internacional é de suma importância para que seja possível compreender os próprios objetivos do Tribunal

96 GIL, Alicia Gil. op. cit. p. 248. in verbis: “los atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos, tanto em tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado com la participación o tolerancia dell poder político de iure o de facto.”

97 CARDOSO, Elio. Op. cit. P 24

98 MAIA, Marielle. op. cit. p. 90

99 CARDOSO, Elio. Op. cit. P 50

Penal Internacional, que será objeto de Estudo mais adiante.

Analisando-se, portanto, as competências do TPI, pode-se traçar um perfil de sua atuação e se iniciar um esboço de suas finalidades. Conforme bem frisa Elio Cardoso: “De fato, os crimes que o TPI viria a julgar tendem a ser cometidos em conexão com o exercício de beligerância ou da violência política. Ocorreriam invariavelmente em situações de conflitos armados (internacionais ou internos) ou no contexto de violações graves de direitos humanos.”¹⁰⁰

Nota-se, portanto, que há um discurso garantista quando da Criação do Tribunal Penal Internacional. Ao realizar a escolha pela 'proteção' dos Direitos Humanos e Humanitários, acaba-se por relativizar a soberania dos países, em face da Proteção dos Direitos dos Homens, conforme leciona Salo de Carvalho: “A opção pela limitação dos poderes com a criação de sistema de freios à violação dos DDHH na esfera política internacional, instrumentalizada por modelos de minimização das respostas desproporcionais às lesões, possibilitaria a base de uma teoria garantista do direito internacional público.”¹⁰¹

2.2.4 – Da responsabilidade penal internacional individual e da irrelevância de cargos, função oficial.

A responsabilização por delitos de competência do Tribunal Penal Internacional se dá de forma individual, conforme dita o artigo 25 do Estatuto de Roma.¹⁰²

Deste modo, cada indivíduo é pessoalmente responsável pelas atitudes que cometeu, não se responsabilizando, portanto, as entidades legais. Essa decisão baseou-se no fato de que nem todos os países signatários do Tratado de Roma traziam a previsão de responsabilização destas entidades em sua legislação. A responsabilização individual se dá a quem:

“a) cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja ou não criminalmente responsável; b) ordenar, provocar ou instigar à prática desse

100CARDOSO, Elio. Op. cit. P 51

101CARVALHO, Salo de. Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua Incorporação no Direito Interno. In O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 83.

102Artigo 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.

crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; c) com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; d) contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa e prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum”¹⁰³

No entanto, o referido artigo não abrange a realização de tipos omissivos, limitando-se às hipóteses de autoria, participação e tentativa. Dessa forma, dita Albin Ester que essa falta de regulamentação “não pode ser interpretada de outra forma que não a rejeição de responsabilidade penal individual pela prática de crime por omissão”¹⁰⁴.

Para que seja possibilitada a responsabilização do indivíduo, ainda, é indispensável que ele tenha vontade de cometer o crime e conhecimento de seus elementos materiais, conforme dita o artigo 30 do Estatuto.¹⁰⁵ Deste modo, o Estatuto de Roma prevê a necessidade da existência de uma intenção como elemento subjetivo para a realização de um ilícito. Há, porém, exceções, como a prevista no artigo 28, a, I, que amplia o âmbito da responsabilização para atitudes negligentes.¹⁰⁶

O artigo 27 do Estatuto dita que a responsabilização pelos delitos penais internacionais será efetivada independentemente de cargo oficial por esse indivíduo detido, quando da realização da transgressão. Justifica-se essa abordagem, pois a maior parte dos crimes penais internacionais é cometida quando o sujeito já tem imunidade de seu próprio estado. Dessa forma, dita Elio Cardoso que, “aceitá-las significaria ir contra os anseios da comunidade internacional e permitir a perpetuação de crimes e a impunidade dos responsáveis.”¹⁰⁷

Inclusive, conforme dita o artigo 28 do Estatuto de Roma¹⁰⁸, a

103LIMA, Renata Mantoveni de. Op. cit., p. 89.

104ESER, Albin. Responsabilidade Penal Individual. In O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 05.

105Artigo 30 – Elementos Psicológicos

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

106ESER, Albin. ob. cit. p. 103

107LIMA, Renata Manoveni de. Op. cit., p. 100.

108Artigo 28 - Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos

Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

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

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

responsabilização de chefes militares e superiores hierárquicos se dá por todas as atitudes das forças sob seu comando. Para que seja possível a responsabilização do superior hierárquico, porém, é necessária a observação de, ao menos, 5 elementos objetivos, quer sejam que o agente seja efetivamente um superior hierárquico com poderes sobre seus subordinados; os poderes a eles atribuídos devem ser efetivos; os crimes cometidos pelos subordinados devem ser resultado de uma atitude negligente do superior, ao não exercer um controle adequado sobre seus subordinados; falta de atitudes necessárias e razoáveis para evitar o cometimento dos crimes; e a não colaboração com as autoridades competentes para a investigação e punição dos crimes realizados.¹⁰⁹

Quanto ao elemento subjetivo da responsabilização, seria o efetivo conhecimento do ilícito realizado ou o descumprimento da obrigação de se saber o que estava sendo realizado. Ainda, considera-se a responsabilização dos superiores hierárquicos que deliberadamente deixaram de punir os responsáveis pelos ilícitos.¹¹⁰

2.3 – O Tribunal Penal Internacional e o Conselho de Segurança da ONU.

Conforme já pudemos verificar, o Tribunal Penal Internacional teve grande influência dos Tribunais instituídos para o julgamento dos crimes realizados em Ruanda e na antiga Iugoslávia, os tribunais *ad hoc*. Não podemos esquecer que estes tribunais foram instituídos pelo Conselho de Segurança da ONU. Inegável, portanto, a influência do órgão sobre a instituição do TPI, apesar da independência do Tribunal Internacional.¹¹¹

Um ponto de convergência seriam seus objetivos. É consabido que o Conselho

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e

c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

109AMBOS, Kai. La Responsabilidad del Superior em el Derecho Penal Internacional. In O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 192.

110AMBOS, Kai. ob. cit. p. 208 a 217.

111CARDOSO, Elio. ob. cit. p. 53 e 54

de Segurança tem como principal objetivo a manutenção da paz e segurança internacionais, vale-se dizer que ele age visando evitar os conflitos internacionais.¹¹²

O Tribunal Penal Internacional, por sua vez, visa a penalização dos crimes realizados em desrespeito aos preceitos internacionais, conforme já abordamos. Nota-se, portanto, que era necessário que se fizesse um equilíbrio para que se conseguisse separar claramente a atuação um do outro, já que vários crimes internacionais são um grave perigo à paz e segurança de diversos países, e isso exige uma atitude tanto do Conselho de Segurança quanto do próprio Tribunal Penal Internacional.¹¹³

Dessa forma, observa-se que houve um grande dilema quando da instituição do Tribunal Penal Internacional, para manter a independência entre as duas instituições. A controvérsia se resolveu do seguinte modo, conforme explicita Elio Cardoso:

“o CSNU poderia, grosso modo, ora contribuir para colocar assuntos na pauta do Tribunal, ora determinar que este último suspendesse temporariamente a consideração de situação ou caso específico. São essas, respectivamente, as duas modalidades previstas no Estatuto – a **remessa** (referral) e o adiamento (deferral) – representando uma espécie de equilíbrio jurídico-político”¹¹⁴

Observa-se, portanto, que pode-se individualizar duas formas de atuação do Conselho de Segurança no Tribunal Penal Internacional, referidas pelo autor como Remessa e Adiamento.

Conforme explica, a remessa é uma das formas de se iniciar um procedimento junto ao Tribunal Penal Internacional e está prevista no artigo 13, alínea *b* do Estatuto de Roma.¹¹⁵

Porém, observa-se que sua atuação está vinculada a aplicação do Capítulo 7º da Carta das Nações Unidas, conforme explica o referido professor, a atuação do Conselho de Segurança acaba por se limitar a intervenção do Conselho de Segurança a situações de ameaça ou ruptura à paz e de agressão, observando o contido no artigo 39 da Carta das Nações Unidas.¹¹⁶

112 ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 421

113 MAIA, Marielle. ob. cit. p. 95 e 96

114 CARDOSO, Elio. Op. cit. P 54

115 : In verbis: “Artigo 13 – Exercício da Jurisdição

O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:(...)

b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;”

116 In verbis: “Article 39

The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of

Importante ressaltar, ainda duas circunstâncias: o Conselho remete uma situação geral, não um caso específico. Dessa forma, não cabe a ele individualizar as condutas ocorridos ou caracterizar os crimes que acredita terem sido realizados. Em segundo lugar, observa-se que a prerrogativa para abertura ou não de procedimento investigativo é de competência do Tribunal, não do Conselho, logo, o que o Conselho faz é informar alguma ocorrência ao Tribunal para que ele possa decidir acerca do ocorrido.¹¹⁷

Por outro lado, temos a possibilidade do Conselho de Segurança da ONU suspender a provisoriamente eventuais investigações em trâmite perante o Tribunal Penal Internacional, conforme dita o artigo 16 do Estatuto de Roma:

“Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.”

Mais uma vez à remição ao capítulo 7º da Carta da ONU serve como um modo de se evitar que o Conselho de Segurança acabe por se sobrepor à atuação do TPI. Outro ponto interessante de verificarmos é que o Conselho de Segurança não pode impedir a atuação do Tribunal Penal Internacional, mas determinar a **SUSPENSÃO** de processos em andamento, para que possa realizar sua própria investigação quanto à necessidade de sua atuação naquela situação. Observa-se, portanto, a supremacia dada à possibilidade de negociações de paz sobre a eventual atuação da “justiça” e a responsabilização penal de eventuais responsáveis pelo ocorrido.¹¹⁸

2.4 – Procedimento do Tribunal Penal Internacional.

2.4.1 – Inquérito e Instrução.

Conforme já verificamos o Processo perante o Tribunal Penal Internacional se inicia com o requerimento de alguma das partes legitimadas: Estado parte; o Conselho de

aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security.”, disponível em

<http://www.un.org/en/documents/charter/chapter7.shtml>, acessado em 19\03\2013.

117CARDOSO, Elio. Op. cit. P 56

118CARDOSO, Elio. ob. cit. p. 58

Segurança, nas hipóteses do Capítulo 7 do Estatuto da ONU e o Promotor. Qualquer seja o modo de início do Procedimento, ele deve ser inicialmente apreciado pelo Promotor do TPI, para reconhecer a seriedade das informações recebidas. Nesse ponto, ele poderá, ainda realizar uma investigação preliminar, colhendo mais informações, prestando contas à câmara de questões preliminares.¹¹⁹

Concluída a investigação preliminar, o Promotor pode optar por uma das duas situações:

a) Caso entenda pela existência de um crime de competência do Tribunal Penal Internacional, ele pode iniciar um procedimento criminal perante o Tribunal Penal Internacional, requerendo a detenção do acusado, caso entenda ser necessário.

b) Caso entenda pela ausência de fundamentos suficientes para o início de um procedimento penal perante o TPI, requerer o arquivamento do feito, com fulcro no artigo 53, 2 do Estatuto de Roma, tendo ele a obrigação de informar a Câmara de Questões Preliminares, para ratificação, nos casos do Art. 17 do Estatuto.¹²⁰

Iniciado o procedimento criminal, com a coleta de provas e, eventualmente o julgamento do acusado.

2.4.2 – Julgamento e Recursos

O julgamento é realizado, via de regra na Sede do Tribunal, podendo ele ser relocado, a requerimento das partes ou por decisão dos Magistrados do Tribunal, conforme prevê o artigo 62 do Estatuto de Roma, com a presença do acusado (artigo 63), havendo possibilidade de sua ausência apenas em circunstâncias excepcionais.

Lida a acusação, o acusado é ouvido, podendo confessar ou não a realização dos atos. Insta frisar que a confissão do acusado não é tida de modo absoluto, podendo ela ser relativizada, dada a gravidade dos fatos.

119LIMA, Renata Mantovani de. ob. cit. p. 70 e ss.

120In verbis: Artigo 53 – Abertura do Inquérito

2. Se, concluído o inquérito, o Procurador chegar à conclusão de que não há fundamento suficiente para proceder criminalmente, na medida em que:

a) Não existam elementos suficientes, de fato ou de direito, para requerer a emissão de um mandado de detenção ou notificação para comparência, de acordo com o artigo 58;

b) O caso seja inadmissível, de acordo com o artigo 17; ou

c) O procedimento não serviria o interesse da justiça, consideradas todas as circunstâncias, tais como a gravidade do crime, os interesses das vítimas e a idade ou o estado de saúde do presumível autor e o grau de participação no alegado crime, comunicará a sua decisão, devidamente fundamentada, ao Juízo de Instrução e ao Estado que lhe submeteu o caso, de acordo com o artigo 14, ou ao Conselho de Segurança, se se tratar de um caso previsto no parágrafo b) do artigo 13.

Após, é realizada a produção de provas, conforme previsão no artigo 69 do Estatuto de Roma, que prevê um rol aberto de provas, que podem ser requisitadas por ambas as partes, conforme a necessidade que entendam em produzi-las, sendo vedadas as provas que forem produzidas em violação ao Estatuto ou aos princípios dos Direitos Fundamentais.¹²¹

O julgamento se dá, via de regra, por unanimidade. Apenas quando ela não é possível é que se fala em decisão por maioria, conforme preceitua o artigo 74 do Estatuto. A decisão deve ser escrita, contendo a síntese dos fatos e sua fundamentação.¹²²

Da decisão, cabem Recursos de Apelação ou Revisão. A Apelação pode ser fundada tanto na quantidade da pena aplicada (artigo 81, inciso 2, alínea a) ou na culpabilidade do agente.

Caso o Tribunal, ao analisar a apelação fundada na desproporção da pena cominada, entenda por haver indícios suficientes para a modificação da decisão em si, ele pode chamar o acusado a se manifestar quanto ao ponto específico, para eventualmente modificar a decisão e vice-versa.¹²³

Tanto o promotor quanto o condenado podem recorrer quanto a vícios processuais, de fato ou de lei. Dessa forma, havendo algum vício, há a possibilidade de recurso de apelação, sendo reservado ao condenado o apelo por qualquer fato que possa afetar o processo ou a justiça da decisão. Ainda, importante observarmos que não há, como no processo brasileiro, qualquer ressalva quanto à parte que pode interpor o recurso. Dessa forma, o Promotor poderia interpor recurso contra decisão condenatória que se mostre viciada, seja por erro processual, de fato ou de direito, com base no artigo 81, 1.a do Estatuto de Roma.

Quanto à revisão, por sua vez, deve se fundar exclusivamente na aparição de novos elementos de prova ou descoberta de alguma irregularidade da prova na qual se fundou a decisão de primeira instância, conforme dita o artigo 84 do Estatuto de Roma. Como no Direito pátrio, a revisão deve se fundar em elemento de prova desconhecido, quando da prolação da decisão de 1º grau e este elemento deve ter força suficiente para modificar a decisão de primeira instância.

A Câmara de apelação fará, então, uma análise prévia da demanda, podendo rejeitá-la por ausência de fundamentos. Caso a aceite, ela tem três opções, que podem

121LIMA, Renata Mantovani de. ob. cit. p. 75

122Ib idem. p. 77

123Ib idem. p. 79

ser escolhidas, conforme sua conveniência: a) Reunir novamente o Conselho de Sentença para que revise sua decisão; b) Constituir novo Conselho de Sentença para julgar o caso ou c) Julgar o caso por si mesma, conforme dita o artigo 84.2 do Estatuto.

2.4.3 – Da fixação e execução das penas.

A pena é fixada, *a priori*, pelo Conselho de Sentença, quando da Condenação do acusado, podendo ela ser questionada, conforme verificado no item anterior. As penas cominadas estão previstas no artigo 77 do Estatuto, podendo ser elas privativas de liberdade (abordando-se, inclusive, a prisão perpétua) ou pecuniárias, não abrangendo a Pena Capital.¹²⁴

A execução das penas, por sua vez, é realizada pelo Estado designado pelo Tribunal, não tendo este estrutura suficiente para executá-la. A escolha é realizada segundo um rol de países que se voluntariaram e leva-se em consideração a opinião do condenado, sua nacionalidade, suas condições pessoais e outros fatores relacionados às circunstâncias do crime.¹²⁵

A execução segue às leis e regulamentos do Estado que a executa, que, porém, devem obedecer a padrões internacionais, para que se cumpra a pena de maneira justa, sob a supervisão do Tribunal. Não havendo designação de Estado, a pena será cumprida em prisão na própria sede do TPI.

124Ib idem. p. 78

125Ib idem. p. 83

3 – DA FUNÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

3.1 – Da Justificação Penal do Tribunal Penal Internacional – O Tribunal penal como forma de defesa dos Direitos Humanos face a crimes mais graves.

Conforme se observa do Próprio Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional foi criado com o intuito de se punir a realização dos crimes considerados mais graves, internacionalmente, conforme se observa de seu preâmbulo:

“Os Estados Partes no presente Estatuto.

Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante,

Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade,

Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade,

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

Decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes,

Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais,

Reafirmando os Objetivos e Princípios consignados na Carta das Nações Unidas e, em particular, que todos os Estados se devem abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força, contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de atuar por qualquer outra forma incompatível com os Objetivos das Nações Unidas,

Salientando, a este propósito, que nada no presente Estatuto deverá ser entendido como autorizando qualquer Estado Parte a intervir em um conflito armado ou nos assuntos internos de qualquer Estado,

Determinados em perseguir este objetivo e no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto,

Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais,

Decididos a garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional,”

Nota-se claramente, portanto, a reafirmação do discurso clássico da aplicação penal, conforme previamente estudado, no sentido de se buscar a punição dos autores de

delitos (sentido retributivo), excluindo-os da sociedade e, assim, evitar que realizem novos crimes (sentido preventivo especial), ao mesmo tempo em que se busca uma uniformização do modo de agir da população, “dando-se o exemplo” a fim de evitar novos atos delituosos por parte de outros agentes (sentido preventivo geral). Nesse sentido, dita Salo de Carvalho: “no plano funcional das práticas penais, as incriminações e sanções previstas no Estatuto de Roma se justificam a partir dos tradicionais discursos jurídico-penais. Ao tomar de empréstimos do direito penal os discursos justificacionistas direcionam como finalidade (missão) da ordem penal internacional a tutela de bens jurídicos.”¹²⁶

Nesse mesmo sentido, observa-se o que dita Benjamin N. Schiff: “O estatuto chamar pela criação de uma instituição judicial para investigar, julgar e punir a quem realiza crimes internacionais. Nesse sentido, segue o antigo modelo de justiça retributivo”¹²⁷

Pois bem, conforme já demonstrado esses objetivos penais, por si só, já foram considerados inócuos para a realização da finalidade a que se destinam, no âmbito do direito interno de cada país.¹²⁸

Não obstante, há alguns avanços consideráveis quando da instituição do Tribunal Penal Internacional, como a adoção de uma política criminal de gênero mais explícita, havendo previsão do Direito da contratação de Juízas de diversas etnias, para que se pudesse fazer um julgamento mais justos de casos que envolvessem a questão de gênero.¹²⁹ Há, ainda, a previsão de maior intervenção das vítimas nos julgamentos realizados pelo Tribunal, existindo, inclusive, a previsão da instauração de um fundo para a reparação das vítimas.¹³⁰

Porém, aqui insta ressaltar uma característica peculiar do Tribunal Penal Internacional. Devemos levar em consideração que o Tribunal não visa a proteção dos indivíduos ou mesmo da coletividade, mas sim da Paz, da Segurança e do Bem Estar social da população mundial, face a crimes de maior gravidade.¹³¹ Nesse sentido, teremos

126CARVALHO, Salo de. Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua Incorporação no Direito Interno. In O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 90.

127SCHIFF, Benjamin N. Building the International Criminal Court. Nova Iorque. Cambridge University Press, 2008. versão digital, localização 1037.

128Nesse sentido, basta nos remetermos às contundentes críticas realizadas por Juarez Cirino dos Santos in Direito Penal, parte geral; Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista in Direito Penal Brasileiro – Volume 1

129SCHIFF, Benjamin N. ob. cit. localização 1057.

130SCHIFF, Benjamin N. ob. cit. localização 1065 e ss.

131LIMA, Renata Mantovani de. Ob. cit. p. 102 e ss.

que verificar qual a efetividade da aplicação penal pelo Tribunal Penal Internacional neste quesito específico.

Para isso, verificaremos inicialmente a possibilidade de proteção desses direitos através de uma eventual atuação do Tribunal Penal Internacional. Passaremos a uma análise dos casos em que atua, para tentarmos traçar uma possibilidade de delineamento de sua função.

3.2 – O Tribunal Penal Internacional como garantidor da paz, segurança e bem-estar da comunidade.

Conforme já se observou, o preâmbulo do Estatuto de Roma deixa clara a intenção do Tribunal Penal Internacional em ser um instrumento de proteção dos Direitos dos Homens e dos cidadãos, mais especificamente, do Direito à Paz, Segurança e Bem-Estar.

Pois bem, o primeiro questionamento feito será da possibilidade de proteção aos Direitos Humanos da maneira a que se dispõe o próprio Tribunal Penal Internacional.

Conforme demonstra Emerson Garcia, muitas vezes atitudes intervencionistas do Conselho de Segurança da ONU não são suficientes para que se garanta a efetiva manutenção dos direitos humanos, tendo em vista as limitações da possibilidade de proteção dos referidos direitos pelos mecanismos ora utilizados. Apesar da necessidade dos inegáveis avanços no âmbito de proteção dos Direitos Humanos, pela adoção de Tribunais Internacionais que os protejam, a efetiva relevância da vítima acaba ficando em segundo plano. Nas palavras do autor:

“(...) tanto os meios de acesso aos mecanismos de proteção como a própria efetividade das decisões proferidas, que, não raro, redundam em meras reprovações morais às violações praticadas, ainda devem passar por novos aperfeiçoamentos, permitindo que a previsão abstrata da norma mantenha sua plasticidade e o seu vigor quando transposta à realidade”¹³²

Conclui-se, portanto, que, por mais que inegáveis os avanços no sentido de se sancionar aqueles que transgrediram a norma do Direito Penal Internacional, a instituição do TPI não é suficiente para que se garanta uma aplicabilidade de seu estatuto, tendo em vista a limitação da possibilidade de acesso a seu julgamento.

132GARCIA, Emerson. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 106.

Nesse sentido, observa-se que não é possível que entendamos que a mera proteção aos Direitos dos Homens seja a finalidade da aplicação penal do TPI, já que para isso, conforme demonstrou o autor supra mencionado, teria-se que se expandir a possibilidade de aplicação de punições pelo Tribunal Penal Internacional, não obstante o seu importante papel quando da punição de indivíduos que outrora saíam impunes.¹³³

3.3 – Análise Crítica da função penal no Tribunal Penal Internacional

3.3.1 – Da seletividade dos casos do TPI. Uma nova justiça dos vencedores?

Já observamos que o Tribunal de Nurembergue foi muito criticado por ser considerado uma aplicação normativa do grupo que venceu a guerra no grupo que acabou a perdendo. Para que se evitasse novas alegações do gênero, criou-se o Tribunal Penal Internacional permanente, que atuaria em todos os casos de violações graves, independentemente do crime realizado.

O Tribunal Penal Internacional, porém, é uma instituição relativamente recente na história jurídica internacional.

Neste excerto, busca-se verificar qual o critério para a atuação do Tribunal Penal Internacional, através de uma análise dos casos em trâmite. Atualmente, 8 situações foram trazidas à análise do Tribunal Penal Internacional, subdivididos em 20 casos, dos quais apenas 02 foram julgados, restando apenas uma condenação e uma absolvição.

3.3.1.1 – A Situação de Uganda

A situação se refere a um massacre realizado no início de 2002, pelo chamado Exército de Resistência do Senhor (ERS), uma instituição religiosa, que opera no norte de Uganda e Sul de Sudão.

O ato específico foi realizado quando a Força de Defesa da População de Uganda lançou uma ofensiva contra o ERS, que visava instituir uma teocracia na região, operação que ficou conhecida como Operação Punho de Ferro.

Em represália, os rebeldes do ERS realizaram diversos massacres na região, o

133GARCIA, Emerson. ob. cit. p. 156.

que resultou em anos de conflito e centenas de mortos.¹³⁴

Levada a situação ao Tribunal Penal Internacional, foi determinada a abertura de Inquérito e requisitada a apreensão de cinco dos líderes da organização, em 29 de Julho 2004. Dos indiciados, quatro permanecem foragidos, enquanto foi confirmada a morte de Raska Lykwiya, alegado sub-comandante do Exército da Resistência do Senhor.¹³⁵

A situação de Uganda foi a primeira atuação efetiva do Tribunal Penal Internacional e, como tal, uma ótima oportunidade de se demonstrar a retidão do mesmo.

O que se observou, porém, foram diversas atuações questionáveis do próprio Tribunal, ao concentrar seus esforços em ilícitos cometidos pelo ERS, ao invés de procurar por ilícitos cometidos no norte do país imparcialmente, o que fez com que sua própria imparcialidade fosse questionada.¹³⁶

Ademais, apesar de estar sempre afirmando que estaria em busca da paz, a efetividade de suas atitudes é bastantes questionável. Prova disso, são os efeitos dos mandados de prisão expedidos pela Corte. Com a expedição dos referidos mandados, as negociações de paz foram prejudicadas e o próprio grupo do ERS acabou se desmantelando em grupos menores que continuaram realizando crimes na região.¹³⁷

3.3.1.2 – A Situação de Darfur, Sudão.

Darfur é uma região pertencente ao Sudão, nordeste da África. A região é dominada por basicamente três etnias: Os Fur, os Zaghawa e os Masalit. No entanto, o governo sudanês é controlado basicamente por árabes, o que acabou gerando grande atrito na região. Os atritos se intensificaram com o alegado apartheid (separação, do africâner) realizado no local.

O conflito propriamente dito se iniciou, porém, no início de 2003, quando a Frente de Liberação de Darfur alegadamente iniciou ataques contra alvos governamentais, o que acarretou em violenta represália governamental. O governo de Sudão utilizou-se da milícia armada conhecida como Janjaweed para realizar uma espécie de “limpeza étnica” no país, o que resultou na morte de centenas de milhares de

134Vide: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/1981951.stm> e <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/8587305.stm>

135Informações em http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/Pages/situation%20index.asp

X

136Nesse sentid, vide: SCHIFF, Benjamin N. ob. cit. localização 2518.

137Ib idem. Localização 2466 e ss.

pessoas e no desalojamento de milhões.¹³⁸ Os conflitos vêm se estendendo até a data atual, mesmo já havendo diversas tentativas de paz.

Tendo em vista os conflitos ocorridos e a alegada transgressão aos direitos humanos, o Tribunal Penal Internacional resolveu iniciar uma investigação contra diversos integrantes do governo, alegadamente responsáveis pelas atrocidades cometidas.

O processo judicial junto ao TPI ainda não foi concluído, havendo a rejeição da denúncia em relação a um acusado, por se entender não haver provas suficientes para sua recepção; previsão para o julgamento de Abdallah Banda Abakaer Nourain e Saleh Mohammed Jerbo Jamus para maio de 2014, estando o restante dos acusados atualmente foragidos.¹³⁹

O governo sudanês não aceitou pacificamente a intervenção do Tribunal Penal Internacional, tendo seus ministros alegado, inclusive, uma “total rejeição à resolução I 593 da ONU, que instituiu a instauração de Inquérito no país. Além disso, a investigação no país enfrentou diversas dificuldades, consistentes na falta de colaboração do governo local e na falta de segurança dos investigadores e testemunhas.¹⁴⁰

O caso sudanês foi extremamente importante para o Tribunal Penal Internacional, pois comprovou a possibilidade da realização de uma investigação sem a cooperação do governo local.¹⁴¹ Importante ressaltar, ainda, a afirmação realizada pelo Promotor Chefe do caso, Sr. Moreno Ocampo, ao responder aos questionamentos da Alta Comissária de Direitos Humanos, Louise Arbour, que o intuito da atuação da Corte Internacional não seria uma assistência humanitária geral, mas sim para atividades de perquirição e julgamento de eventuais ilícitos cometidos.¹⁴²

3.3.1.3 – Situação da República Central Africana

O caso em tela refere-se a atrocidades cometidas pelo Movimento de Liberação do Congo, sob a liderança de Jean-Pierre Bemba Gombo. Alegadamente, ele seria responsável por diversos assassinatos e estupros, ocorridos, principalmente entre os anos de 2002 e 2003, no contexto de Guerra Civil em que vivia o país. Atualmente o

138Nesse sentido: <http://www.historyextra.com/darfur>; <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/3496731.stm>.

139http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/Pages/situation%20icc-0205.aspx

140Schiff, Benjamin N. ob. cit. localização 2792.

141Ib idem. Localização 2888

142Ib idem. Localização 2860

país em si ainda enfrenta grandes instabilidades referentes a diversos grupos que se rebelam contra o Governo.¹⁴³

O caso da República Central Africana é marcante pois é o primeiro a julgar crimes sexuais com maior ênfase.¹⁴⁴

3.3.1.4 – Situação na República do Kenya.

A situação do Kenya se refere à violência realizada após as eleições de 2007\2008 realizadas no país. O presidente eleito teria se utilizado de fraude para ganhar as eleições e isso acabou gerando diversos protestos na localidade, tanto pacíficos quanto violentos. O resultado foram diversas mortes e a manutenção do presidente eleito, após diversas tentativas de conciliação.

Dos quatro acusados da ocorrência em questão (cuja acusação envolve casos de crimes contra a humanidade, a saber homicídios, estupros, deportação forçada etc), três estão com julgamento marcado para este ano e um encontra-se foragido.

3.3.1.5 – A situação da Líbia

Refere-se à Guerra Civil ocorrida na região, quando rebeldes tentaram derrubar o governo de Muammar Gaddafi. Alega-se que o governo se utilizou de desnecessária violência contra a população, que agia, inicialmente, de maneira pacífica, fazendo com que se eclodisse uma Guerra Civil com diversas ocorrências contrárias aos Direitos Humanos. Seguido a isso, o Conselho de Segurança da ONU decidiu intervir no conflito, iniciando-se, concomitantemente, o caso junto ao Tribunal Penal Internacional.¹⁴⁵

Muammar faleceu no final de 2011, com o que seu processo foi terminado, porém, dois de seus subordinados ainda aguardam julgamento junto ao Tribunal Penal Internacional.¹⁴⁶

3.3.1.6 – Situação na Costa do Marfim

Após anos de dificuldade em realizar uma eleição no país, devido aos

143lb idem. Localização 2896

144lb idem. Localização 2916

145<http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-13754897>

146http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx

constantemente conflitos existentes devido à Guerra Civil que assolava o local. Devido a diversas falhas no sistema eleitoral e a fraudes, dois presidentes se auto-proclamaram vencedores e assumiram o governo ao mesmo tempo, o que levou à Crise da Costa do Marfim de 2010.

Isso levou a diversos conflitos de ambas as partes, o que acabou por levar a diversas mortes e atrocidades por apoiadores de ambos os lados. O presidente Gbabo teria criado esquadrões de morte, realizando mais de 200 assassinatos, prendendo centenas de pessoas, além de realizar diversos atos contra a atuação da ONU e da França na localidade.

Dessa ocorrência foram acusados Laurent Gbabo, sua mulher Simone Gbabo e um de seus principais apoiadores Charles Blé Goudé pela realização de quatro crimes contra a humanidade: homicídio, estupro, perseguição e outros atos desumanos.¹⁴⁷

Laurent Gbabo encontra-se sob a custódia do TPI, sem previsão para a finalização de seu caso.

3.3.1.7 – A situação da República Democrática do Congo

A situação da república democrática do Congo é, atualmente, a única situação com uma condenação.

Ela foi a primeira atuação do Tribunal Penal Internacional, iniciada pelo Procurador Chefe do TPI à época, Luis Moreno-Ocampo.

Para que possamos compreender o caso da República Democrática do Congo, é necessário que conheçamos um pouco de sua História. A República do Congo foi colônia da Bélgica até 1960, quando conseguiu sua independência. Imediatamente depois, eclode o primeiro conflito interno do país e, desde então, são constantes os conflitos na região.

Em 1965, houve um golpe militar na região e o General Mobutu Sese Seko assumiu o poder, onde ficou até 1997, quando foi deposto e instalada a República Democrática do Congo. Nesse ponto, houve uma rebelião realizada pelos apoiadores do antigo regime, tornando o país um grande campo de batalha. Eventualmente a batalha se alastrou até às partes mais distantes da capital, tomando características étnicas.¹⁴⁸

¹⁴⁷http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0211/Pages/situation%20index.aspx
¹⁴⁸

Portella Jr., José Carlos. “O caso “república democrática do Congo” no Tribunal Penal Internacional”, in

Em 1º de Julho de 2002 foi aberta a primeira investigação do TPI, para averiguar os delitos cometidos na região, que feriam o Estatuto de Roma, que acabara de entrar em vigência.¹⁴⁹

Ao final das investigações foram acusados cinco líderes das facções consideradas responsáveis por diversas atrocidades:

a) Thomas Lubanga Dyilo – Ex-líder do movimento rebelde da União Patriótica dos Congolezes. Foi considerado culpado por “Enlistar e obrigar diversos menores de 15 anos a prestar serviço militar na *Força Patriótica pela Liberação do Congo* e usá-los ativamente em conflitos armados de 1º de Setembro de 2002 a 13 de Agosto de 2003.”¹⁵⁰ Foi condenado a cumprir 14 anos de prisão.

b) Germain Kalanga, vulgo “Simba” - Ex-comandante da “Força de resistência patriótica de Ituri”, está sendo acusado da realização de três crimes contra a humanidade: Homicídio, escravização sexual e estupro; e sete crimes de guerra: Usar crianças de menos de 15 anos em conflitos armados, atacar deliberadamente a população civil, destruição de propriedade, pilhagem, escravização sexual e estupro.¹⁵¹

c) Bosco Ntaganda – Comandante de operações das “Forças patrióticas para a liberação do Congo”, pelos mesmos crimes de Germain Kalanga: Homicídio, escravização sexual e estupro; usar crianças de menos de 15 anos em conflitos armados, atacar deliberadamente a população civil, destruição de propriedade, pilhagem.

d) Callixte Mbarushimana – Secretário Executivo das Forças democráticas pela liberação de Ruanda, teve sua acusação recusada, sendo liberado em 23 de dezembro

Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.1, n.1, jan./jun.2005. p. 107, disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/dint/article/view/4613/3812>

149 http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/Pages/prosecutor%20receives%20referral%20of%20the%20situation%20in%20the%20democratic%20republic%20of%20congo.aspx

150 “Enlisting and conscripting of children under the age of 15 years into the Force patriotique pour la libération du Congo [Patriotic Force for the Liberation of Congo] (FPLC) and using them to participate actively in hostilities in the context of an armed conflict not of an international character from 1 September 2002 to 13 August 2003 (punishable under article 8(2)(e)(vii) of the Rome Statute).”, segundo o site do Tribunal Penal Internacional: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/Pages/situation%20index.aspx

151 “Three crimes against humanity: Murder under article 7(1) (a) of the Statute; sexual slavery and rape under article 7(1) (g) of the Statute.

Seven war crimes: Using children under the age of 15 to take active part in hostilities under article 8 (2)(b)(xxvi) of the Statute; deliberately directing an attack on a civilian population as such or against individual civilians or against individual civilians not taking direct part in hostilities under article 8(2)(b)(i); wilful killing under article 8(2)(a)(i) of the Statute; destruction of property under article 8(2)(b)(xiii) of the Statute; pillaging under article 8(2)(b)(xvi) of the Statute; sexual slavery and rape under article 8(2)(b)(xxii) of the Statute.”, segundo o site do Tribunal Penal Internacional: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/Pages/situation%20index.aspx

de 2011.

e) Mathieu Ngudjolo Chui – Ex-líder da Frente dos Nacionalistas e Integracionistas de Congo. Foi considerado inocente de todas as suas acusações.

3.3.1.7.1 – Da condenação de Thomas Lubanga Dyilo.

Thomas Lubanga Dyilo foi considerado culpado em 14 março de 2012, por crimes de guerra, utilizando-se de crianças de menos de 15 anos nas batalha e sentenciado, em 10 de Julho de 2012 a 14 anos de prisão.

Sua sentença de quase 600 laudas afirma, resumidamente que:

“A câmara satisfeita além de qualquer dúvida razoável que, como resultado da implementação de um plano comum de constituir um exército com o propósito de estabelecer e manter controle político e militar sobre Ituri, meninos e meninas menores de 15 anos foram obrigadas a se enlistar UPC\FPLC entre 1 de Setembro de 2002 e 13 de agosto de 2003. De igual modo, a Câmara está satisfeita além de qualquer dúvida razoável que o UPC\FPLC se utilizou de crianças menores de 15 anos para participarem ativamente dos conflitos, inclusive durante as batalhas. Eles também foram usados durante o período em questão, como soldados e guardacostas para oficiais de cargo superior, incluindo o acusado.”¹⁵²

Atente-se, porém, que o acusado foi condenado como participante do delito, que contribuiu para um plano comum, por ser ele líder da Organização que teria realizado o ilícito.

A dosimetria da pena, por sua vez, foi realizada em momento posterior e é nela que basearemos nossa análise.

Para aplicação da Pena foram levados em consideração os seguintes fatores: Gravidade do Crime, abrangência territorial do delito, Grau de participação do acusado, circunstâncias individuais do acusado, Circunstâncias agravantes e atenuantes.

Como circunstâncias agravantes, a Promotoria apontou as punições a que eram submetidas as crianças, a violência sexual contra elas realizadas, a fragilidade das

¹⁵²“The Chamber is satisfied beyond reasonable doubt that as a result of the implementation of the common plan to build an army for the purpose of establishing and maintaining political and military control over Ituri, boys and girls under the age of 15 were conscripted and enlisted into the UPC/FPLC between 1 September 2002 and 13 August 2003. Similarly, the Chamber is satisfied beyond reasonable doubt that the UPC/FPLC used children under the age of 15 to participate actively in hostilities, including during battles. They were also used, during the relevant period, as soldiers and as bodyguards for senior officials, including the accused.”, fl. 588 e 589 do acórdão disponível em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>

vítimas e o tratamento discriminatório das recrutas femininas. Todas as agravantes, porém, foram rechaçadas, por ausência de nexo de causalidade ou mesmo de prova da materialidade das agravantes.¹⁵³

Quanto às atenuantes, foi levantado pela Defesa a finalidade pacífica do delito (o acusado estaria se defendendo de ataques externos, buscando alcançar um estado de paz para seus subordinados) e a cooperação do apenado. Destes, apenas a cooperação do apenado fora levada em consideração, tendo em vista, inclusive, diversas falhas da investigação realizadas pela Promotoria.¹⁵⁴

Levando essas situações em consideração, a corte sentenciou o Sr. Lubanga a 14 anos de prisão, devendo ser reduzida da pena o período em que o apenado esteve sob a custódia do TPI.

Conforme se pode observar a aplicação da pena foi baseada, em grande parte, na gravidade do delito cometido e na consequência que teve o delito para as vítimas dele, levando-se em consideração a situação do apenado à época da realização do delito, em um discurso plenamente retributivo.

Observa-se, porém, não foi realizado qualquer tipo de compensação às vítimas do delito.

3.3.1.8 – Conclusões acerca das situações investigadas pelo TPI.

Através de uma rápida análise acerca das situações que tramitam ou tramitaram perante o Tribunal Penal Internacional, verifica-se que são todas referentes a países de menor renda, notadamente, países africanos.

Essa seletividade, ademais, denota mais uma vez, como o Tribunal Penal Internacional falha ao cumprir a que se comprometeu, quando da instituição do Estatuto de Roma, que seria a punição dos responsáveis pelas atrocidades cometidas e a proteção à paz e ao bem estar mundial. Conforme já havia preconizado Salo de Carvalho:

“O que se quer chamar atenção é que esta espécie de justificativa própria dos discursos otimistas com as funções declaradas do direito penal (função de tutela de bens e valores universalmente aceitos), potencializa o caráter desigual dos aparelhos repressivos, configurando em hipóteses de 'Justiça dos Vencedores'. Inegável, logicamente, a vantagem normativa da jurisdição previamente determinada, como fixa o

153 ICC-01/04-01/06-2901, Fls. 23 a 30

154 ICC-01/04-01/06-2901, Fls. 30 a 34

Estatuto de Roma. No entanto, a se manter este discurso justificacionista, o risco fático de instrumentalização de um novo tipo de seletividade perdura.”¹⁵⁵

A atuação do TPI sempre tem uma limitação muito delicada. Ao mesmo tempo em que é necessária a interação do país com o Tribunal, para que se possa realizar uma investigação propriamente dita, é indispensável que se mantenha um certo distanciamento do próprio país, para que a Corte não acabe sendo um instrumento político nas mãos de seus governantes.¹⁵⁶ O mesmo ocorre quanto às Organizações Não Governamentais.

É notável, porém, que o Tribunal Penal Internacional não consegue efetivamente dar paz e justiça à população, não obstante os efeitos de suas decisões.¹⁵⁷

Cai por terra, portanto, toda a teorização clássica acerca do funcionalismo da pena, também quanto ao Tribunal Penal Internacional.

3.3.2 – Da aplicabilidade das teorias críticas da pena.

Em não sendo possível, portanto, se adotar a justificação dada pelo próprio Tribunal à aplicação de sua pena, qual seria, então, a justificação na função penal do Tribunal Penal Internacional?

Observa-se, inicialmente, que a teoria do Direito Penal do Inimigo é inaplicável nessa situação, tendo em vista a própria necessidade da existência de um Estado organizado, para que se pudesse identificar o “inimigo” da sociedade. Nesse sentido, não há como se falar em uma negação do estado de cidadania, tendo em vista que o indivíduo a ser julgado o será em face da Legislação Internacional. Outro fator que acaba por afastar a aplicabilidade da teoria do Direito Penal do Inimigo são os próprios institutos do Estatuto de Roma que visam dar um grau de cidadania ao delinquente, em oposição à justiça napoleônica cogitada quando da instauração do Tribunal de Nurembergue.

Quanto à teoria dialética materialista preconizada por Juarez Cirino dos Santos, também não há como considerá-la. Ela é pensada em um âmbito interno, no qual se julgam, na grande maioria, as pessoas de menor renda. Em âmbito internacional, porém, conforme pudemos observar dos processos em curso, os apenados são em sua maioria, os líderes das facções que realizaram os ilícitos. Dessa forma, a efetividade do controle

155CARVALHO, Salo de. ob. cit. p. 92.

156Nesse sentido, SCHIFF, Benjamin N. ob. cit. localização 2939

157Ib idem. Localização 2949

ideológico acaba muito limitada. Caso se visasse um controle da mão de obra, teria que se retirar ou repor na sociedade um grande número de pessoas, o que acaba por não acontecer, no âmbito do Tribunal Penal Internacional.

Feitas essas ponderações, acaba-se alinhando à conclusão de Salo de Carvalho, para quem a aplicação penal do Tribunal Penal Internacional teria sentido apenas levando-se em consideração a teoria agnóstica da pena. Dita o autor:

“A importância do TPI é tamanha que seu local assecuratório de direitos contra a seletividade dos 'Tribunais de vencedores contra vencidos' e os estatutos penais autoritários deve se impor, informando à comunidade internacional que mesmo os autores das condutas mais reprováveis têm direitos que devem ser respeitados, e que isto é pressuposto de civilidade.”¹⁵⁸

Conforme se observa o autor considera absolutamente indispensável a característica assecuradora do Tribunal, de forma que ele possa efetivamente distanciar-se da concepção enraizada nos Tribunais Militares, de que Tribunais Internacionais seriam um julgamento dos vencedores.

158CARVALHO, Salo de. Ob cit. p. 94.

CONCLUSÃO

Conforme verificamos, a função penal é um instituto muito estudado desde a fundação do próprio Direito Penal e está intimamente ligada aos próprios fundamentos do Direito Penal em si.

Verificamos também, que a função retributiva da pena, de per si, não tem sentido, tendo em vista não ser ela capaz de satisfazer qualquer tipo de ilícito cometido. Por outro lado, as teorias preventivas da pena também não se justificam por si só, tendo em vista a sua inocuidade em realizar aquilo a que se dispôs. Nesse sentido, por mais que seja possível levar-se em consideração essas teorias penais, elas não são suficientes para que se justifique uma aplicação contemporânea da pena.

Feita essa breve análise, passamos a verificar as teorias contemporâneas da pena, quer sejam o Direito Penal do Inimigo, idealizado por Günther Jakobs, a Teoria Agnóstica da Pena e a teoria materialista dialética da pena.

Nesse sentido, verificamos que Jakobs idealiza uma cisão do Direito Penal, entre direito dos cidadãos e dos inimigos, tendo em vista a capacidade das pessoas em se adaptarem a vida em sociedade. Essa teoria, porém, não está alheia a críticas, sendo alvo de severas críticas, que afirmam ser uma teoria que ignora os direitos dos acusados, fazendo com que o próprio direito acabe por ser desmoralizado.

A teoria negativa da pena, por sua vez, se baseia em negar a possibilidade de adoção de uma teoria penal, no sentido de se ter o Direito penal como um mecanismo de proteção dos cidadãos contra a capacidade punitiva do Estado, tendo em vista a hipossuficiência daquele. Nesse sentido, a pena em si seria uma proteção do condenado contra algum tipo de agressão injustificada e desproporcional aos seus bens jurídicos.

Por fim, a teoria crítica da pena parte de uma noção dialética-marxista da sociedade, levando em consideração o modo de produção predominantemente capitalista da contemporaneidade. Afirma que a Punição teria como finalidade um controle da quantidade de mão-de-obra disponível no mercado e a consequente permanência do modo de produção capitalista.

Verificamos, ainda, a profunda influência dos Tribunais de Nurembergue e Tóquio quando da instituição do Tribunal Penal Internacional e as ferrenhas críticas feitas contra ambos os tribunais, principalmente quanto ao desrespeito ao princípio nulla poena

sine lege, a aplicação da "Justiça dos Vencedores" e sua consequência quando da instituição de um Tribunal Penal Internacional Permanente.

Demonstrou-se também como a instituição dos tribunais ad hoc, que reafirmaram a necessidade de instauração de um Tribunal Penal Internacional permanente, tanto pela grande influência do Conselho de Segurança na instauração dos referidos tribunais, quanto pelos altos custos de sua manutenção.

Verificamos, então, os preceitos básicos do Tribunal Penal Internacional, abordando seus princípios regentes e suas principais características, além de termos delineado sua competência, conforme dita o Estatuto de Roma e os crimes considerados de maior relevância internacional.

Por fim, em um terceiro ponto de nosso estudo, analisamos a possibilidade de aplicação de uma teoria da pena no âmbito do tribunal penal internacional, analisando todos os casos que estão sendo apurados pelo Tribunal Penal Internacional.

Observamos, inicialmente, que o próprio Estatuto de Roma deixa claro o intuito retributivo e preventivo do Tribunal Penal Internacional. No entanto, conforme se pode observar da análise realizada dos casos e da condenação do Sr. Thomas Lubanga Dyilo, tais finalidades não podem ser consideradas preponderantes quando da atuação do referido Tribunal.

Conforme se observou, a condenação de apenas alguns casos específicos aos quais está se dedicando o Tribunal Penal Internacional acaba demonstrando ser inócua a função preventiva da pena imposta e a alta seletividade dos casos acaba por fazer com que a função retributiva da pena seja extremamente limitada.

Conforme se pode verificar do próprio histórico de criação do Tribunal Penal Internacional, a principal preocupação e crítica feita aos tribunais penais de Nurembergue e de Tóquio e aos tribunais ad hoc, dizia respeito a questões de proteção do acusado, quando se invoca uma quebra de imparcialidade, pela aplicação do direito dos vencedores ou desrespeito ao preceito universal do nullum crimen sine lege.

É possível se concluir, portanto, que, pela própria estruturação do Tribunal Penal Internacional e das fundamentações teóricas oriundas da experiência dos Tribunais Militares de Nurembergue e Tóquio e dos Tribunais ad hoc, que a principal aplicação penal do Tribunal Penal Internacional está fundada em uma proteção dos direitos subjetivos dos acusados.

Deste modo, a teoria penal que mais se assemelha a aplicação do Tribunal Penal Internacional seria a teoria agnóstica da pena, preconizada por Eugenio Raul

Zaffaroni, tendo em vista a maior ênfase dada na proteção dos direitos dos acusados do que propriamente a reparação do dano causado ou mesmo da função preventiva da pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 421
- 2) AMBOS, Kai. La Responsabilidad del Superior em el Derecho Penal Internacional. In O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 192.
- 3) ARROSI, João Paulo. Direito Penal do Inimigo: Uma leitura a partir da obra de Giorgio Agamben. Curitiba, 2010. UFPR. p. 23
- 4) BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral. 13ª edição. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 83.
- 5) BRANDÃO. Cláudio, Introdução ao direito penal. 2002, p. 160
- 6) BUSATO. Paulo César e HUAPAYA. Sandro Montes, Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003. p. 223.
- 7) CARDOSO, Elio. Tribunal Penal Internacional: Conceitos, realidades e implicações para o brasil. - Brasília FUNAG, 2012. P 22.
- 8) CARVALHO, Salo de. Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua Incorporação no Direito Interno. In O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 83.
- 9) CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 05.
- 10) ESER, Albin. Responsabilidade Penal Individual. In O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 05.
- 11) GARCIA, Emerson. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 106.
- 12) <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/1981951.stm> e
<http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/8587305.stm>
- 13) <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/3496731.stm>.
- 14) <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-13754897>

- 15) <http://www.historyextra.com/darfur;>
- 16) http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/Pages/prosecutor%20receives%20referral%20of%20the%20situation%20in%20the%20democratic%20republic%20of%20congo.aspx
- 17) http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx
- 18) http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/Pages/situation%20index.aspx
- 19) http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/Pages/situation%20icc-0205.aspx
- 20) http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0211/Pages/situation%20index.aspx
- 21) http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/Pages/situation%20index.aspx
- 22) http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/Pages/situation%20index.aspx
- 23) <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>
- 24) <http://www.sant.ox.ac.uk/events/lecturesarchive/nicholls.html>, de autoria do Professor Anthony Nicholls da Universidade de Oxford
- 25) JAKOBS, Günther; MELIÁ, Celso Antonio. Direito Penal no Inimigo: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari, Porto Alegre, Livaria do Advogado Eitora Ltda, 2008. p. 31
- 26) KANT, Emmanuel. Microfísica do Poder. p. 331
- 27) KRIEGER, César Amorim. Direito Internacional Humanitário: O precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional. Curitiba: Juruá, 2006. p. 126
- 28) LIMA, Renata Manoveni de. O Tribunal Penal Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 28.
- 29) LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo – Saraiva. p. 64 e 65

- 30) MAIA, Marielle. Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 46
- 31) PLATÃO. As Leis. P. 77
- 32) Portella Jr., José Carlos. “O caso “república democrática do Congo” no Tribunal Penal Internacional”, in Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.1, n.1, jan./jun.2005. p. 107, disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/dint/article/view/4613/3812>
- 33) PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do risco e o Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e Política Criminal. In: Rev. Brasileira de Ciências Criminais, vol. 47, 2004. p. 43
- 34) ROXIN. Claus, Estudos de direito penal. Tradução de Luís Greco: Rio de Janeiro. Renovar, 2006. p. 29
- 35) SCALCON, Raquel Lima. Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo – Rio de Janeiro: JL Mundo Jurídico, 2013. p. 08
- 36) SCHIFF, Benjamin N. Building the International Criminal Court. Nova Iorque. Cambridge University Press, 2008. versão digital, localização 1037.
- 37) STRATENWERTH, Günther. Derecho Penal, parte general, I. Tradução por Gladys Romero, Madrid; Edersa, 1982, p. 18, in BUSATO\HUAPAYA, Introdução ao Direito Penal. 2003. p. 232
- 38) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro – Volume 1. Quarta edição. Rio de Janeiro, Revan, 2011. p. 98.