

### 3 Direito Penal Internacional

O Direito Penal é o ramo do Direito que tem por finalidade prevenir e, se descumprido for, sancionar práticas contrárias ao ordenamento jurídico, configuradas como ilícitos penais. No dizer de Mirabete (2005, p.21), trata-se da “reunião das normas jurídicas pelas quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaça de sanção penal, estabelecendo ainda os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança”.

Ainda na esteira do autor em comento (MIRABETE, 2005, p.24), possui essa ciência jurídica alguns caracteres, entre os quais se destacam: valorativo, ou seja, protege os valores mais elevados da sociedade, havendo uma relação diretamente proporcional entre o ato criminoso e a sanção; finalista, por proteger bens e interesses jurídicos mercedores de tutela, e sancionador, impondo-se penalidade caso esses bens e interesses jurídicos sejam violados.

Vislumbra-se que o Direito Penal é mecanismo que tem por finalidade precípua a proteção da sociedade, tendo em vista que tipifica condutas socialmente relevantes que, se descumpridas, darão ensejo à aplicação de penas previamente estipuladas.

O âmbito de alcance dessa legislação penal, regra geral, se limita ao Estado que editou a norma, sendo este o responsável por sua criação, em obediência ao processo legislativo interno, e aplicação caso descumprida, observando-se o Direito Processual, de igual forma elaborado em obediência aos mandamentos existentes em seu próprio ordenamento.

Já o Direito Internacional, em especial atenção ao segmento público, é compreendido, em apertada síntese, como o “conjunto de normas e princípios que norteiam as relações entre os Estados” (DEL’OLMO, 2011, p.19). Essas relações internacionais podem dar-se nos mais variados segmentos, como econômico, político, esportivo, militar, entre outros.

Há a necessidade de normas para orientar essa relação, em razão de que a principal característica dessa afinidade ser pautada pela coordenação, inexistindo

um ente central ao qual os demais Estados estejam hierarquicamente subordinados.

Essas normas compõem a ordem jurídica internacional, consubstanciada em costumes e formalizada nos tratados, sendo necessária a manifestação de interesse dos Estados em sua celebração, sendo certo que seu processo de elaboração será sucintamente visto abaixo.

Mas agora fica a pergunta: é possível a união dessas duas ciências, criando-se assim um Direito Penal Internacional ou Direito Internacional Penal? Ou seja, existe a possibilidade de criação de normas penais de alcance internacional, que seriam discutidas pelos Estados e se tornariam obrigatórias aos mesmos?

A resposta é positiva. Como visto, as relações internacionais são pautadas nos mais variados objetos, e nada impede que um desses seja a criação de uma normativa internacional para tentar coibir e efetivamente punir as violações a bens jurídicos considerados relevantes pela sociedade internacional, sob o enfoque penal.

Basta que haja manifestação de vontade dos Estados no sentido de se criar uma normativa de amplitude internacional, com o escopo de se reprimir condutas que sejam intoleráveis por todos, havendo assim uma unidade de desígnios internacionalmente reconhecida para a prevenção de repressão de condutas globalmente relevantes.

É de todo necessário sua instituição, tendo em vista a necessidade de se criminalizarem condutas que, praticadas isoladas ou conjuntamente, possam colocar em risco a paz entre os Estados e a convivência entre os homens (JAPIASSÚ, 2004, p.15).

Sobre o Direito Penal Internacional, leciona Ambos (2005, p.8-9):

[...] tal sistema de Direito Penal pode ser descrito como orientado para os problemas, as situações e as consequências e, nesse sentido, como aberto e flexível quanto aos novos desenvolvimentos político-criminais. [...] defende, por meio de uma normatização extrema (livre de dados empíricos), uma concepção da culpabilidade completamente preventiva geral, isto é, orientada para as respectivas necessidades punitivas da sociedade.

Existe certa controvérsia doutrinária sobre a nomenclatura que deve ser adotada, se Direito Internacional Penal ou Direito Penal Internacional. Segundo

Zaffaroni & Pierangeli *apud* Japiassú (2004, p.18), o primeiro liga-se ao Direito Internacional Público e “tem como atribuição o estudo da tipificação internacional de delitos por via de tratados e o estabelecimento da jurisdição penal internacional”, enquanto o segundo estaria ligado ao Direito Internacional Privado e “determina o âmbito de validade da lei penal de cada estado e a competência de seus tribunais penais”.

A questão terminológica não é pacífica no meio doutrinário e, tendo por finalidade evitarem-se maiores digressões sobre o assunto, adotar-se-á como conceito de Direito Penal Internacional o trazido por Ambos (2005, p.1), como sendo “o conjunto de todas as normas de Direito Internacional que estabelecem consequências jurídico-penais. Trata-se de uma combinação de princípios de Direito Penal e de Direito Internacional”.

Segundo o autor, tem-se que a responsabilização penal do indivíduo e censura à conduta praticada oriunda do Direito Penal, ao passo que os tipos penais devem ser classificados como Direito Internacional, ensejando a punição do ato ilícito de forma autônoma por este.

Para uma norma internacional ser criada, no mais das vezes esta é precedida pelo costume, demonstrando situações reiteradas e uniformes que, mesmo sem estarem previstas e codificadas, são tidas como de observância obrigatória por aqueles que anuíram, ainda que tacitamente, ao seu cumprimento.

Os costumes, assim como os tratados e princípios gerais, entre outros, são fontes considerados fontes do direito internacional, segundo a redação do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Por fonte entende-se a origem, o local de onde provém o direito, ou melhor dizendo, seu fundamento de validade.

No âmbito interno os costumes podem ser conceituados como “regra de conduta usualmente observada em um meio social por ser considerada juridicamente obrigatória e necessária” (GUSMÃO, 2002, p.119).

Podem-se transpor as especificidades do costume no Direito interno de cada Estado para aquele verificado no âmbito internacional. Sua conceituação encontra-se no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu artigo 38, §1º, “b”, como sendo “prática geral aceita como sendo o direito”.

De igual forma requer a conjugação dos elementos objetivo (prática generalizada, reiterada, uniforme e constante de ato nas relações internacionais) e subjetivo (convicção de que sua prática é obrigatória), conforme leciona Portela (2010, p.65-6).

Porém, a importância dessa fonte do Direito não é semelhante tanto para o ordenamento interno como para o externo. Enquanto que naquele sua importância encontra-se diminuída, quando se fala de relações internacionais, continua a desempenhar seu papel de importante fonte do Direito Internacional (ainda que haja normatização por meio dos tratados).

Neste sentido, importante ressaltar o ensinamento de Del'Olmo (2011, p.43):

Constituem os costumes o que muitos identificam como Direito Consuetudinário ou Direito Costumeiro, com relativa autonomia nas ciências jurídicas. Apesar de ser cada vez mais reduzida a sua importância no direito interno na maioria dos países, no Direito Internacional Público o costume continua a ser fonte relevante.

Os princípios também exercem papel de destaque, não apenas para o Direito elaborado por cada Estado soberano e de aplicação restrita, regra geral, ao seu território, mas também para o Direito Internacional em seus mais variados ramos, inclusive o penal.

Esses enunciados lógicos são criados para uma determinada finalidade, analisando-se o contexto fático vivido por dada sociedade e o que se espera com a sua implementação. Nas lições de Ávila (2008, p.78-9):

[...] princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção. Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Elas estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é ideia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação e um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva para a determinação da conduta.

Já no âmbito internacional, os princípios gerais do Direito, assim como os costumes, são considerados fontes do Direito Internacional, segundo o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, se reconhecidos pelas nações

civilizadas – expressão alvo de críticas por possuir “caráter etnocêntrico”, em clara referência ao mundo ocidental, segundo Amaral Junior *apud* Portela (2008, p.69).

Estes princípios trazem em si valores existentes na quase totalidade dos sistemas jurídicos do globo, sendo certo que orientam a elaboração, interpretação e aplicação de seus preceitos, podendo ser diretamente aplicados (PORTELA, 2008, p.69).

Sob a rubrica princípios gerais do Direito, entende-se que pela possibilidade de análise sob um duplo viés, aqueles existentes no âmbito interno dos Estados, elevados como fonte de Direito Internacional sempre que suas normas forem com ele compatíveis, e os princípios gerais do Direito Internacional, que dizem respeito de forma direta à área internacionalista (DEL’OLMO, 2011, p.44).

Em atenção à importância atribuída aos princípios, muitos destes foram expressamente previstos no corpo do Estatuto de Roma, em razão, como dito, do seu relevo não só para o Direito Penal Internacional, mas para o ordenamento jurídico em sua acepção mais ampla.

Tem-se como exemplos de princípios gerais do Direito Penal Internacional expressos no Estatuto de Roma o da irretroatividade da lei, irrelevância da qualidade oficial, imputabilidade penal aos maiores de dezoito anos, entre outros.

Assim, no campo específico do Direito Penal Internacional, seu escopo é a pacificação de eventuais conflitos, que podem (e devem) ser solucionados com base em seus próprios preceitos, sendo um comprometimento dos Estados signatários com sua força e vigência. No dizer de Ambos (2005, p.10):

No plano do Direito Internacional, está ainda mais claro que a validade e obrigatoriedade geral de princípios jurídico-penais com operatividade supranacional, como agora foram formulados na terceira parte do Estatuto de Roma, resulta de um processo de negociação orientado para a solução de problemas e de consenso, a cujo termo não se impõem dados supostamente lógico-objetivos, mas sim fórmulas de compromisso de política criminal e de política de Direito Internacional.

### 3.1 Considerações gerais

Um aspecto sempre enfrentado quando se fala no TPI diz respeito à soberania do Estado que é signatário do Estatuto, se o caso é de perda/cedência daquela ou se, na espécie, inexistente qualquer tipo de transferência de parte desta, havendo vozes em todos os sentidos.

Mas, o que vem a ser a soberania? Seu conceito é indeterminado, também chamado de cláusula aberta. Nesta hipótese, o ordenamento transfere não ao legislador, mas sim ao intérprete, a competência decisória, devendo integrar com os valores dela emanados (BARROSO, 2006). Não é, assim, uma tarefa fácil, por ser um conceito de difícil precisão.

Segundo Martins (2006), a própria reserva histórica demonstra a necessidade de reconceituar soberania, podendo ser contextualizada sua classificação por conta da evolução da sociedade internacional.

Faro Junior *apud* Del’Olmo (2011, p.92) a define como o poder supremo do Estado de dirigir-se tanto nos negócios internos como nos externos. Vislumbra-se assim a coexistência de soberania tanto no âmbito interno, como no internacional.

Por soberania interna, tem-se aquele poder supremo que o Estado exerce sobre seus súditos. Já a soberania externa seria a proibição de intervenção de um Estado soberano para com outro e a obrigatoriedade do dever de respeito entre todos.

Mas e a adesão ao Estatuto de Roma, em atenção especial ao caso brasileiro, constitui uma forma de delegação da soberania, autorizando-se assim interferências externas dentro de nosso território, ou se está diante de uma situação em que esta permanece incólume?

Em uma visão mais tradicional, a soberania é tida como algo que não pode ser objeto de qualquer tipo de interferência ou mitigação, em qualquer hipótese, por ser um dos próprios fundamentos de existência do Estado. Segundo Ihering (1963, p. 215):

Em nome do próprio fim do Estado, é absolutamente necessário que a autoridade pública tenha na sua mão o poder supremo, e que nenhuma outra autoridade se colloque superior á sua. Ella deve dominar tudo — o individuo e as multidões.

A soberania deve ser apanágio do Estado, o qual deve estar acima de tudo (supra, supranus, sovrano). Ele possui a autoridade e ordena a submissão (subdius, sujeição). A impotência, a fraqueza da autoridade pública, são a própria negação do Estado; porque um poder público sem poder é coisa que se não compreende.

Este importante jurista alemão, que viveu no século XVIII, influenciou posicionamentos em todo o mundo ocidental, sendo certo que seu pensamento sobre o poder soberano estatal permaneceu incontestado por longo período de tempo.

Porém, com a evolução da sociedade internacional, impende a necessidade de uma releitura do conceito de soberania, adequando-o ao contexto atualmente vivenciado, em especial quando se trata de direitos humanos.

Não se admite mais que, sob o argumento e a proteção do poder soberano estatal, sejam praticados atos contrários à população, a qual é sujeito de direito internacional e merece toda a proteção do mesmo. Violações de toda sorte foram verificadas no Brasil e nos países Cone Sul no período da ditadura militar, inexistindo nesta época qualquer tipo de controle por ser a violência perpetrada pelo ente estatal.

Com o término desse período, os direitos humanos foram incorporados e tiveram papel de destaque na Constituição Federal de 1988, passando o país a aderir a vários atos internacionais que objetivavam sua proteção. O Embaixador Gilberto Vergne Sabóia, Representante adjunto em Genebra e Chefe da Delegação brasileira da Comissão de Direitos Humanos, no artigo intitulado O Brasil e o Sistema Internacional dos Direitos Humanos (2009, p. 1-2) enfrenta o tema com a seguinte posição:

A supervisão internacional dos direitos humanos é objeto de forte polêmica e não se desenvolveu sem grande resistência, e são imensos os hiatos entre os padrões consagrados e a prática. Mas torna-se cada vez mais difícil afastar do escrutínio internacional, sob o argumento da soberania e da jurisdição interna, práticas odiosas e repressivas contra indivíduos e grupos, assim como situações extremas de pobreza e marginalização. No Brasil, o fim do autoritarismo permitiu o retorno pleno ao Estado de direito e a adoção de uma Constituição que ampliou as garantias aos direitos humanos e reforçou, de maneira inovadora, os instrumentos para sua defesa. Essas garantias assumiram o caráter de cláusulas pétreas, insuscetíveis de alterações restritivas (art.4, IV). Consagrou também a Constituição a incorporação ao sistema jurídico das obrigações contraídas em razão de tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, quando se fala em direitos humanos, está-se diante de um caso muito excepcional, pois a soberania não pode ser interpretada da mesma forma como outrora, impossibilitada sua compreensão hodiernamente como era outrora.

O Estatuto de Roma previu em seu corpo a punição de indivíduos que contrariarem suas normas, independente de sua nacionalidade ou cargo ocupado, caso o Estado onde foi perpetrada a violação se abstenha de processar e julgar essa pessoa ou que não o faça de maneira isenta e imparcial. Segundo Bahia (2005, p.292):

É obvio que o funcionamento do TPI significa uma perda de soberania por parte dos países que dele participem. Este não é o primeiro exemplo, na sociedade internacional, em que o funcionamento de organizações supranacionais encontram resistência no dogma da soberania. E, tal como acontece no tocante às organizações que surgem no bojo de processos de integração econômica, a superação do paradigma da reserva de poder soberano aos Estados apenas acontecerá quando e onde houver necessidade para isto.

A opinião do renomado autor encontra-se em consonância com a posição dominante existente no Direito Internacional atual. Não se trata de qualquer tipo de interferência externa de outro Estado dentro dos assuntos internos de algum país, e sim a possibilidade de se levar a julgamento algum criminoso internacional.

A Constituição Federal de 1988 elencou em seu Título I, de maneira genérica, os chamados “princípios fundamentais” do Estado Brasileiro. Em cada um dos quatro artigos temos enunciados lógicos que devem ser seguidos e obedecidos pela República Federativa do Brasil, de maneira cogente.

No artigo 1º, há cinco incisos que enumeram os máximos valores que orientam o Estado, denominados pelo constituinte originário de “fundamentos da República Federativa do Brasil”. Não é à toa que o vocábulo fundamento foi ali inserido. Este quer dizer o alicerce, o principal apoio, a viga mestra da ordenação político-jurídica nacional.

Em seus incisos, logo no primeiro se encontra a soberania que, no dizer de Paulo & Alexandrino (2012, p.94),

[...] significa que o poder do Estado brasileiro, na ordem interna, é superior a todas as demais manifestações de poder, não é superado por nenhuma outra forma de

poder, ao passo que, em âmbito internacional, encontra-se em igualdade com os demais Estados independentes.

Ao se avançar um pouco no mesmo Título I da CF/88, há no artigo 4º os princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais, encontrando-se, como consequência da soberania, a não intervenção (inciso IV), assegurando-se ao Estado brasileiro a impossibilidade de sofrer ingerências externas quando da condução de seus interesses.

Nesse mesmo artigo 4º, encontra-se em seu inciso II a prevalência sobre os Direitos Humanos, devendo estes, de igual forma, orientar o Brasil na ordem internacional. Mas, como fica, então, a possibilidade de o país ser signatário de um tratado internacional que prevê a criação de um organismo jurisdicional apto a julgar indivíduos que violem seus termos?

Aparentemente, há certa tensão (e não conflito) entre os artigos 1º, I e 4º, IV com o artigo 4º, II, todos da CF/88, que versam, respectivamente, sobre a soberania como fundamento da República Federativa do Brasil e o princípios da não intervenção com a prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais.

Usando de ponderação, pacificou-se que ordenamento admite a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do próprio TPI. Isso significa sim um abrandamento do conceito de soberania, que não pode ser absoluto, em especial quando houver uma colisão, ainda que leve, com os direitos humanos. Nestas hipóteses, passível está a República Federativa do Brasil, ainda que soberana seja, de sofrer intervenções internacionais. Paulo & Alexandrino (2012, p. 96-7) assevera que:

O princípio da não-intervenção (art. 4º, IV), e seu correlato, a auto-determinação dos povos (art. 4º, III), também tem origem no reconhecimento da igualdade entre os Estados. Respeita-se a soberania de cada um, assegurando-se que, no âmbito interno, os Estados não devem sofrer ingerências na condução de seus assuntos. Vale lembrar que não existem princípios absolutos, devendo sua conveniência seguir a lógica da ponderação. Assim, o inciso II do art. 4º enuncia como princípio fundamental internacional a prevalência dos direitos humanos, o que, em casos extremos de afronta a esses direitos por um Estado, pode levar o Brasil a apoiar a interferência naquele, a fim de impedir a continuação de situações de profunda degradação da dignidade humana. Nesses casos, de que são inúmeros os exemplos concretamente ocorridos, os direitos humanos prevalecem à própria soberania.

Assim, quando se fala em direitos humanos, tem-se que este é um assunto de interesse não apenas do Estado Brasileiro, mas algo que transcende as fronteiras territoriais caso sejam verificadas transgressões ao mesmo.

É dever de todos, na acepção mais ampla que o termo pode ser empregado, obedecer aos seus mandamentos. Se descumpridos forem, enseja-se a responsabilização de quem o violou pelo próprio Estado e, caso este se quede inerte, nascerá a competência de organismos internacionais que processarão e julgarão a ofensa perpetrada, tratando-se assim com a importância devida este assunto.

Beetham (2003, p. 156) corrobora com esse posicionamento e, apesar de discorrer sobre a DUDH, pode-se facilmente transpor seus argumentos para o Tribunal Penal Internacional, por versar também sobre a relação existente entre soberania e direitos humanos, aliado a marcante e frequente participação do homem no cenário internacional, seja como destinatário da norma ou como partícipe de sua construção por meio da sociedade civil internacional. Segundo o autor:

Pode-se seguramente afirmar que a evolução moderna da legislação e da jurisprudência dos direitos humanos não reconhece a soberania (ou jurisdição doméstica) como um escudo para as flagrantes violações dos direitos humanos. Além disso, não se pode ler na Declaração toda uma configuração de elementos legitimando as violações dos direitos. A idéia de que os povos não são entes no direito internacional apóia-se na premissa clássica que considera apenas os Estados sujeitos originais ou preeminentes. Contudo, a participação cada vez maior das organizações não-governamentais (hoje intituladas “sociedade civil internacional”) na elaboração da lei internacional durante as Conferências de Cúpula do Rio, de Viena, de Copenhague, do Cairo, de Beijing e de Istambul simplesmente não pode ser negada. Tampouco se pode ignorar o impacto dos movimentos feministas pelo mundo, responsáveis pela criação de uma sorte de obrigações para os Estados que reconfiguram radicalmente a própria noção dos direitos humanos mediante a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. A Declaração consuma essa tendência de várias maneiras, mas só é logicamente possível porque os Estados-nações, e a sociedade de Estados como um todo, são nomeados titulares das obrigações.

Tal é compatível com o ordenamento vigente pois, delimitando-se o objeto de estudo para o Estatuto de Roma, sua incorporação ao Direito interno não significa redução do elemento estatal soberania porque outro Estado julgará um

nacional ou qualquer pessoa que se encontre em seu território, submetido assim, em regra, à sua jurisdição.

Em que pese a pacificação do assunto perante a ordem jurídica internacional, o Brasil caminhou em sentido contrário quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental 153.

Este tipo de demanda é utilizado para se verificar a compatibilidade entre textos normativos que antecedem uma nova constituição, decidindo em caso de controvérsia quanto a essa adequação entre os textos.

Como existiam entendimentos divergentes entre os ministérios da Justiça e da Defesa quanto a aplicação da Lei 6683, de 19 de setembro de 1979, popularmente conhecida como Lei da Anistia, coube ao Poder Judiciário por fim a celeuma.

Esta lei anistiou crimes cometidos durante o período da ditadura militar, chegando inclusive ao descalabro de considerarem conexos todos os delitos, qualquer que fosse sua natureza, com os crimes políticos ou de natureza política, sendo assim anistiados por arrastamento.

Frise-se que essa lei fora sancionada por um militar que ocupava o cargo de Presidente da República não de forma democrática, chegando ao poder pelas mãos do povo, e sim pelos tentáculos de seus companheiros de farda, legitimando assim ações arbitrárias de toda sorte praticadas pelos agentes do Estado.

Em apertada síntese, essa decisão reconheceu a plena compatibilidade dessa lei com o texto da Constituição Federal de 88, segundo o Supremo, sem afronta ou violação a nenhum preceito fundamental, como por exemplo o direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular ou coletivo, a não promoção de investigações e ações penais por indevida aplicação de lei, o princípio democrático republicano, entre outros.

A decisão proferida em sede da ADPF 153 contrariou frontalmente o que fora decidido anteriormente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Gomes Lund e Outros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil”, datado de 24 de novembro de 2010, a qual responsabilizou o Estado brasileiro pela “detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de

operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985)”, bem como por porque, “em virtude da Lei No. 6.683/79 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas”, além da falta de acesso às informações sobre os fatos, ante a restrição indevida de acesso às mesmas pelo próprio Estado.

As alegações do Brasil para que fosse a demanda julgada improcedente foram rechaçadas pela Corte, em todos os seus itens. Chegou a ser, inclusive, alegada a incompetência da CIDH para julgamento do Estado brasileiro, a qual fora afastada por aquele organismo jurisdicional.

Em sua decisão, em especial quanto a concessão de anistia aos violadores dos direitos humanos, salienta a CIDH:

As anistias ou figuras análogas foram um dos obstáculos alegados por alguns Estados para investigar e, quando fosse o caso, punir os responsáveis por violações graves aos direitos humanos. Este Tribunal, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os órgãos das Nações Unidas e outros organismos universais e regionais de proteção dos direitos humanos pronunciaram-se sobre a incompatibilidade das leis de anistia, relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados. (...) No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual Brasil faz parte por decisão soberana, são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quando se trata de graves violações dos direitos humanos. Além das mencionadas decisões deste Tribunal, a Comissão Interamericana concluiu, no presente caso e em outros relativos à Argentina, Chile, El Salvador, Haiti, Peru e Uruguai, sua contrariedade com o Direito Internacional. (sentença CIDH, p. 54-55, disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf))

Percebe-se que não é somente o Brasil que é recalcitrante no cumprimento de suas obrigações assumidas no âmbito internacional, violando várias disposições da Convenção Americana.

Essa isenção penal, com o escopo de se manter a paz, fracassa desde a origem em seu objetivo, servindo ainda de fomento e incentivo para futuras violações. A Justiça não alcança, nesses casos, as vítimas dos crimes perpetrados. O argumento do Estado é que a Justiça fora feita, mas é do senso comum que anistiar criminosos passa ao largo da noção do que é justo e correto. Pode ser considerada, segundo a decisão do STF, uma medida de Direito, mas jamais de Justiça.

Del’Olmo (2011, p.95) traz uma importante consideração sobre o assunto, tratando a soberania de maneira genérica, sem se ater a especificidade dos direitos humanos:

No plano internacional, o Estado, reconhecida sua condição de paridade aos demais – igualdade jurídica, pelo menos – aceita limitações, consentâneas com o Direito Internacional, que não chegam a ferir sua soberania, uma vez que se originam em tratados com outros países ou organizações internacionais. Tais limites têm como objetivo a harmonia entre os Estados e o bem-estar de suas populações. Em verdade, pela soberania externa o Estado é plenamente capaz de tomar as iniciativas que lhe aprouverem, mantida uma adequada posição de não sujeição a qualquer outro país, firmando assim sua personalidade no âmbito dos Estados.

Veja-se que a sujeição que não pode existir é em relação a outro Estado soberano, o que não se aplica na hipótese, por ser a sujeição a organismo supranacional, formado pela conjugação de vontades de vários países, com a finalidade de trazer segurança jurídica e paz nas relações internacionais onde possa haver algum tipo de violação aos crimes descritos.

Quando se fala em direitos humanos, a questão da soberania assume outra postura, a de poder ser flexibilizada, podendo um Estado ou indivíduo ser condenado em caso de ofensa. São diversos aspectos que se complementam e entrelaçam, fazendo com que a hermenêutica internacional dos tratados de direitos humanos se inclinasse para essa postura. Salienta Rogerio Tair, em sua tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2009, p.13):

Defende-se que a soberania, fundada no princípio da igualdade soberana de todos seus membros (artigo 2º, item 1, da Carta das Nações Unidas) continua a ser identificada e exercida como poder supremo que qualifica determinado Estado diante dos demais. Entretanto, com a instituição do direito internacional dos direitos humanos, o indivíduo passou a adquirir a condição de sujeito de direitos, não apenas nos limites territoriais de seu Estado, mas frente a toda a comunidade

internacional, e, desse modo, os Estados não mais podem justificar a violação de direitos humanos em seu espaço interno sob o argumento do exercício da soberania. O indivíduo, enquanto sujeito de direitos no âmbito da ordem jurídica internacional, recebe a garantia de proteção do direito internacional público, que não conhece delimitação territorial, isto é, em caso de violação de direitos humanos, existe a possibilidade de intervenção nos assuntos internos dos Estados, sem que isso signifique, necessariamente, eventual restrição do poder soberano. Não se trata de uma limitação do poder soberano do Estado, mas da inserção, no conceito de soberania, da proteção dos direitos humanos. Nesse pensar, os conceitos de soberania e de direitos humanos não são antagônicos, antes disso, são fundamentos que se apresentam interligados.

Trata-se de um organismo internacional que julgará uma pessoa (mesmo que seja brasileiro nato), tão-somente na hipótese de o país não adotar as medidas necessárias para que essa pessoa seja julgada em seu solo, pelas suas leis. É uma limitação perfeitamente compatível com a normativa internacional, mas não é caso de perda de parcela da soberania.

É uma relação de coordenação, em um primeiro momento, existente entre o Brasil e o TPI que, caso descumpra com seus termos, essa relação se torna de subordinação. Este somente irá atuar se ocorrer quaisquer das hipóteses previstas no Estatuto, por exemplo, demora injustificada no julgamento, em respeito ao princípio da complementaridade.

Traçando-se um paralelo com o ordenamento interno, assemelha-se, guardadas as devidas proporções, a atuação do TPI, em caso de ineficácia da Justiça local, com o processo e julgamento ineficiente de crime pela Justiça estadual, ensejando o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Se houver a soma dos requisitos disciplinados, será o crime julgado pela Justiça Federal, inexistindo afronta ao princípio do juiz natural. Voltando ao campo internacional, esse julgamento pelo TPI traduz-se na vontade dos países signatários, de verem processados por um tribunal com jurisdição internacional, aqueles que praticaram os crimes enumerados como de sua competência, independente do cargo ou função que ocupem no Estado.

A soberania, em verdade, é a que fundamenta o Estado a aderir ou não a um tratado. Ninguém força um país a ser signatário de um tratado. Fá-lo por uma liberalidade, caso concorde com seus termos e se obrigue a cumpri-los. Caso

houvesse qualquer tipo de pressão, viciando a vontade do aderente, sua adesão estaria prejudicada, conforme ver-se-á adiante.

Os Estados são gregários, assim como os seres humanos, ou seja, relacionam-se entre si. E dessas relações podem surgir eventuais conflitos, que deverão ser solucionados/pacificados. Esta solução somente será possível se o Estado entrar em consenso com outros, e tal harmonia se dará por meio da assinatura de tratados, prevendo direitos, obrigações e compromissos, de modo recíproco.

Com o TPI não é diferente, com a nota de que o objeto de julgamento são pessoas que pratiquem um determinado rol de crimes, exercendo jurisdição subsidiária em relação aos Estados.

A criação de foros internacionais não é nenhuma novidade no campo do Direito Internacional, sendo recorrente sua utilização para pacificação de controvérsias. Assim, dando seguimento aos comentários sobre a soberania, Del'Olmo (2011, p.96) arremata o assunto tecendo as seguintes considerações:

Entendemos que soberania tem atualmente um sentido relativo: o Estado considerado soberano é aquele que estabelece seu próprio governo, organiza sua administração, detém o poder de legislar, constitui o seu ordenamento jurídico e mantém competência e jurisdição plenas sobre seu território e sua população. Ademais, dispõe de autonomia no contexto dos demais Estados, caracterizada pela igualdade jurídica e pelo respeito mútuo, com capacidade de estabelecer relações admitidas pelo Direito Internacional, de que são consectárias a celebração de tratados, a troca de legações e presença em foros internacionais.

Frise-se ainda a opção feita pelo constituinte derivado fez com a EC 45/04 quando inseriu o §4º no artigo 5º da CF/88, determinando que o Brasil se submeta à jurisdição de Tribunal Internacional de cuja criação tenha manifestado adesão.

Ora, se por uma opção política, típica da atividade legiferante, resolveu-se arvorar na Lei Maior que o país se submete à jurisdição internacional, isto deve ser entendido como falta de soberania? Muito pelo contrário, essa escolha é uma decorrência da soberania existente, tanto no plano interno quanto externo, e não sua perda ou perecimento.

O processo de elaboração dos tratados internacionais obedece a uma sistemática prevista em dois atos dessa mesma natureza: as Convenções de Viena

de 1969 e de 1986, cuja observância condiciona sua validade. Em uma acepção mais simplória, trata-se de tratados que disciplinam o modo de elaboração dos demais tratados.

A primeira encontra-se em vigor no âmbito internacional desde 1980, tendo sido, entretanto, incorporada ao ordenamento pátrio apenas em dezembro de 2009, ante a conjugação de dois instrumentos: o Decreto Legislativo no. 469/09 e o Decreto no. 7030/09. A segunda ainda não é dotada de vigência.

Antes de sua plena vigência no Estado brasileiro, *grosso modo*, a Convenção de Viena de 1969 não obrigaria o país a cumprir com seus termos antes da sua ratificação, e a de 1986 até os dias atuais, por não ter entrado em vigor.

Ocorre que a Convenção de 1969 (antes de dezembro de 2009) era cumprida por consagrar norma consuetudinária, incluídas nos costumes internacionais, bem como a de 1986 o é hodiernamente.

Em apertada síntese, são condições para a validade do tratado a conjugação dos seguintes elementos: partes capazes, habilitação de seus agentes, objeto lícito e possível e consentimento regular.

Por capacidade das partes, tem-se que podem celebrar tratados os Estados e as Organizações Internacionais. Frise-se que a capacidade das Organizações Internacionais em celebrarem tratados encontra-se disciplinada na Convenção de Viena de 1986, mas, conforme visto anteriormente, suas normas são aceitas como costumeiras, aplicando-se, no que couber, a Convenção de 1969. Sua área de atuação não é tão ampla quanto a dos tratados, celebrando apenas acordos que guardem relação com seu objeto.

No caso específico do TPI, os destinatários de suas regras são as pessoas físicas que praticam as condutas delineadas no Estatuto, ou seja, devem obrigatoriamente se submeter às suas regras. Isso não quer dizer que os indivíduos sejam aptos a celebrar tratados, de forma alguma.

Reconhece-se como sujeitos de Direito Internacional, além dos Estados e Organizações Internacionais, os indivíduos, organizações não governamentais (ONGs) e até empresas. Entretanto, apenas quem pode celebrar o ato internacional são os dois primeiros, ninguém mais.

Quanto à habilitação do agente, deve o mesmo ser apto para representar o Estado ou Organização Internacional, sendo aquele definido pelo próprio ente celebrante. Existem alguns agentes que não precisam de nenhum tipo de autorização específica. Para as demais pessoas que não se encontram arroladas na Convenção, há a necessidade de que portem carta de plenos poderes, legitimando-as a representar o signatário para a prática do ato.

Objeto lícito e possível é aquele que não viola normas internacionais já existentes. É permitida, contudo, a substituição das regras vigentes por outras mais adequadas à realidade internacional vivenciada, podendo, por exemplo, revogar uma conduta que era tida como relevante, mas, com a evolução da comunidade internacional, deixou de sê-la.

Quando se fala em consentimento regular, deve a manifestação do agente que celebrou o ato não estar eivada de nenhum tipo de vício, como erro, dolo, coação e corrupção do representante do Estado.

Caso seja verificada alguma dessas condutas, os atos não serão considerados válidos, por ofensa à manifestação de vontade daquele que assumiu um compromisso perante a comunidade internacional.

Cumpridos esses requisitos, devem os tratados ainda ser submetidos a regular trâmite para seu aperfeiçoamento. Essas etapas que devem ser cumpridas constituem o processo de elaboração dos tratados, como condição de validade do ato internacional.

Sua fase inaugural é a negociação, em que serão delineados os termos do ajuste, ou seja, sobre o que o mesmo irá versar, afinal de contas “o conteúdo dos tratados é estabelecido pelos próprios Estados ou Organizações Internacionais, que devem consentir com seu teor” (PORTELA, 2010, p.84).

O prazo máximo para que ocorra a rodada de negociações não está definido em nenhum texto, podendo durar, inclusive, vários anos até que se chegue a um consenso sobre o objeto e redação do ato internacional.

Estão legitimados a participar desta etapa do tratado todas as autoridades aptas a concluir o tratado, como chefes de Estado e de Governo e ministros das Relações Exteriores, podendo haver delegação para outras pessoas que não se encontram expressamente arroladas na Convenção de Viena. Estes são os

chamados plenipotenciários, que recebem a chamada carta de plenos poderes, podendo com tal participar, além da negociação, de etapas subsequentes para aperfeiçoamento do ato internacional.

No caso das Organizações Internacionais, a pessoa competente para promover a assinatura de um tratado deve estar especificada em seus atos constitutivos, o qual tratara também de casos de delegações autorizadas. Depois, tem-se a assinatura, que é o ato formal que demonstra que os negociadores chegaram a uma concordância sobre o tratado, anuindo com seus termos. Com esta, encerra-se a fase de negociação, devendo ocorrer autenticação do seu texto e impulsionamento para atos subsequentes.

Frise-se que esta assinatura não é, em hipótese alguma, considerada como a regra para exigibilidade do tratado, não obrigando as partes aos seus termos. Salutar a lição de Portela (2010, p.100): “A assinatura é, portanto, apenas uma anuência preliminar, que não vincula as partes a observar os termos do ato, o que só ocorrerá com a aceitação definitiva, feita pela ratificação, e da entrada em vigor do instrumento.”

Imagine-se, no âmbito interno, um projeto de lei sobre um determinado assunto, que tramita no Congresso Nacional. O fato de uma comissão, de qualquer das duas Casas, ter se manifestado favoravelmente a uma proposição legislativa, não implica em reconhecer que houve sua conversão em lei, a qual seria de observância geral e obrigatória por todos.

Esta hipótese é deveras semelhante com o simples fato de um Estado, seja por meio de suas autoridades máximas, seja por meio de plenipotenciários, promover a assinatura de um ato internacional. Haverá a imperiosa necessidade de cumprimento das etapas subsequentes, para que assim ocorra seu aperfeiçoamento e consequente obrigatoriedade.

Uma importante consequência da assinatura é a impossibilidade de alteração unilateral de seu texto por qualquer de seus futuros membros (futuros, pois ainda não há obrigatoriedade com seus termos). Assim, ocorre o efeito da vinculação não com o tratado como um todo, mas com relação ao seu texto final. Para que se de seguimento com as ulteriores etapas do ato, deve-se como norte a redação que fora assinada pelos negociadores.

Após a assinatura, entra em cena o instituto da ratificação, considerado como meio pelo qual o Estado (ou Organização Internacional), confirma seu interesse em concluir o tratado, aceitando-o definitivamente, obrigando-se com suas normas.

O modo como irá se operacionalizar essa ratificação depende não do disciplinamento por parte de um ato internacional, e sim de acordo com normas de direito interno. No caso brasileiro, logo se verá o processo de como a República Federativa do Brasil se obriga definitivamente com o ajuste de amplitude internacional.

Finalizando esta etapa, deve agora o tratado entrar em vigor no âmbito internacional. Para tanto, deve-se analisar, em especial, o número de partes signatárias do ajuste, pois “não gera consequências jurídicas a ratificação de um tratado bilateral que não foi ratificado pela outra parte ou de um acordo multilateral que não atingiu o número mínimo de ratificações” (PORTELA, 2010, p.103).

Isto posto, se o acordo envolver apenas duas partes sua entrada em vigor se dará quando se der a segunda ratificação e troca de informações, que pode ser feita notificando-se a outra parte da confirmação do tratado ou pela troca dos instrumentos de ratificação. Esta última é ato solene, e depende da que os signatários, por meio de seus representantes, permutem documentos que comprovem sua ratificação.

Já nos acordos multilaterais, haverá a figura do depositário, responsável pelo recebimento e guarda dos instrumentos de ratificação. Ficaria extremamente dificultoso que aqueles que fossem ratificando o tratado fossem comunicando todos os signatários, em especial se houver grande quantidade de partes.

Este depositário ficará incumbido de comunicar às outras partes das adesões e, quando atingido o número mínimo de ratificações para entrar em vigor, o ato ficará apto a gerar seus efeitos, apenas entre as partes que já ratificaram, obrigatório aos demais a medida de sua ratificação. Esse número mínimo, de igual forma, depende do que estabelecer o tratado, sendo uma questão que deve ser decidida pelos negociadores.

Por fim, as últimas etapas a serem cumpridas são o registro e publicidade. Sua competência é do secretário-geral da ONU, e tem por finalidade a consolidação das normas de direito internacional e divulgação irrestrita de seus termos, evitando-se assim eventuais compromissos ocultos ou escusos dos Estados.

Quanto à data de entrada em vigor, esta vai depender do que disciplinar o ajuste, podendo ser nessa mesma data ou em momento futuro.

### **3.2 Processo de incorporação**

Para que o tratado internacional surta efeito tanto na ordem interna quanto externa, não basta, como foi visto, sua assinatura. Devem ser praticados atos com vista à internalização do tratado, e os requisitos para tanto são previstos de acordo com o que disciplina o ordenamento interno de cada país.

Esses atos compõem o processo de incorporação de um ato internacional ao ordenamento jurídico interno, tornando-se vinculante e obrigatório tanto para o Estado perante a ordem externa quanto para os cidadãos deste.

No Brasil, este disciplinamento está inserto na Constituição Federal, sendo esta um ato privativo do Presidente da República, em observância aos incisos VII e VIII de seu artigo 84. Apenas essa autoridade pode “manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos” e “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

Não está o Estado obrigado a ratificar o tratado, fazendo-o por motivo de conveniência e oportunidade. Segundo Portela (2010, p.102),

A ratificação é um ato discricionário. De fato, a dinâmica das relações internacionais pode fazer com que um acordo que era interessante para um Estado à época de sua assinatura não mais o seja posteriormente. Nesse sentido, ratificar um ato internacional contrário ao interesse nacional feriria, no caso brasileiro, o próprio compromisso assumido feito pelo Presidente da República por ocasião de sua posse, quando prometeu “promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil (CF, art. 78, caput).

O processo de incorporação não depende apenas da manifestação do Poder Executivo, sendo necessária também a participação do Legislativo nesse processo. Os incisos VII e VIII do art. 84 da CF devem ser aplicados em conjunto com o art. 49, I do mesmo diploma constitucional, que prevê, como competência exclusiva do Congresso Nacional, “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Pode-se ter a impressão de que a participação do Congresso Nacional, neste processo, se dá em momento posterior à análise pelo Presidente da República. Entretanto, a anuência do Poder Legislativo é prévia, posterior à assinatura do acordo, para que depois haja remessa ao Executivo.

Veja-se didático acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1480, relatada pelo Ministro Celso de Mello:

O exame da vigente CF permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. (ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-9-1997, Plenário, DJ de 18-5-2001.)

Ainda em análise ao entendimento do STF, importante também verificar-se o entendimento trazido quando da apreciação da Carta Rogatória nº. 8279, de igual forma relatada pelo Ministro Celso de Mello:

A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento;

(c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executividade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O sistema constitucional brasileiro não consagra o princípio do efeito direto e nem o postulado da aplicabilidade imediata dos tratados ou convenções internacionais. (CR 8.279-AgR, Rel. Min. Presidente Celso de Mello, julgamento em 17-6-1998, Plenário, DJ de 10-8-2000.)

Pelo exposto, conclui-se que, para que seja o tratado incorporado ao ordenamento interno, após sua assinatura devem se seguir as seguintes etapas: análise pelo Congresso Nacional que, em caso de anuência, expedirá o competente Decreto Legislativo; depósito do instrumento perante os signatários; promulgação e publicação, pelo Presidente da República, por meio de Decreto, que terá como efeitos dar fazer com que se torne obrigatório e conhecido, permitindo-se assim sua executividade.

Trata-se de ato que, para seu aperfeiçoamento, necessita da conjugação de vontade de duas autoridades distintas, sendo o ato considerado complexo, não se considerando perfeito com a manifestação de apenas um só órgão ou autoridade.