



Prisma Jurídico

ISSN: 1677-4760

prismajuridico@uninove.br

Universidade Nove de Julho

Brasil

Baldan, Édson Luís

Tribunal penal internacional: de Direito de momento a momento do Direito

Prisma Jurídico, núm. 2, 2003, pp. 39-59

Universidade Nove de Julho

São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93420004>

- ▶ Como citar este artigo
- ▶ Número completo
- ▶ Mais artigos
- ▶ Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: de Direito de momento a momento do Direito

Édson Luís Baldan

Doutorando e Mestre em Direito Penal – PUC-SP; Pós-Graduado em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público-SP e pela Universidad Salamanca, Espanha; Professor de Direito Penal e Processual Penal na UNINOVE

Resumo

Este artigo tem por escopo a discussão da compatibilidade entre as disposições do Estatuto do Tribunal Penal Internacional e o direito penal e processual penal constitucionais brasileiros, bem como a análise da possibilidade de adequação dos dispositivos internacionais de proteção aos direitos humanos e as garantias individuais do cidadão.

Uniterms: *Tribunal Penal Internacional; direitos humanos; devido processo legal; direitos fundamentais; Direito Penal Internacional.*

Abstract

This paper discusses the compatibility between the dispositions of the International Penal Court Statute and the Brazilian constitutional penal law and procedural penal, as well as analyzes the possibility of the international provision fitness for the protection of human rights and the citizen's individual guarantees.

Uniterms: *International Penal Court; human rights; proper legal process; fundamental rights; International Penal Law.*

Alguns têm sustentado que, em qualquer lugar em que alguém cometia um delito, isto é, uma ação contrária às leis, pode ser ele castigado como se o caráter de súdito fosse indelével, vale dizer, sinônimo, ainda pior, que o de escravo; como se alguém pudesse ser súdito de um domínio e habitar em outro: e que suas ações pudessem, sem contradição, estar subordinadas a dois soberanos e a dois códigos, muitas vezes contraditórios. Igualmente crêem alguns que uma ação cruel feita, por exemplo, em Constantinopla possa ser castigada em Paris, fundados na razão abstrata de que quem ofenda a humanidade merece ter toda a humanidade por inimiga e a execração universal, como se os juízes fossem vingadores mais da sensibilidade dos homens que dos pactos que os unem entre si.
(Marquês de Beccaria, In: *De los delitos e de las penas*.)

1. A histórica busca da defesa internacional dos direitos humanos

O Decreto nº 4.388, outorgado em 25 de setembro de 2002 pelo Presidente da República, incorporou ao ordenamento jurídico nacional, secundando o Decreto Legislativo nº 112, de 06 de junho do mesmo ano, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, inaugurando inédita fase na história do Direito em seus variegados ramos.

Firmar tratados internacionais e, depois, integrá-los ao corpo normativo nacional não constitui motivo de qualquer apreensão mesmo ao mais extremado nacionalista, ou ao mais fervoroso xenófobo, pois o termo 'globalização', incorporado recentemente ao vocabulário hodierno, representa hoje mais que um simples neologismo ou projeção teórica de cientistas sociais, sociólogos, antropólogos e juristas: passa a significar uma nova era da humanidade que, retrogradando a Babel, busca a integração da comunidade internacional em todas as searas imagináveis.¹

¹ Ao dissecar o paradoxo de princípios de uma tradição liberal com uma outra, republicana, quanto ao modo de interpretar a relação entre a soberania do povo e os direitos humanos, Habermas apontou para a necessidade da compreensão moderna da democracia em relação à clássica. O que deve vir antes: os direitos subjetivos de liberdade dos cidadãos da sociedade económica moderna ou os direitos de participação política dos cidadãos democráticos? O próprio Habermas (2003, p. 155) responde a essa inquietude, aclarando que "a idéia dos direitos humanos, vertida em direitos fundamentais, não pode ser imposta ao legislador soberano a partir de fora, como se fora uma limitação, nem ser simplesmente instrumentalizada, como um requisito funcional necessário a seus fins. Por isso, consideramos os dois princípios como sendo, de certa forma, co-originais, ou seja, um não é possível sem o outro".

Inegável que a integração jurídica, por muito tempo, quedou-se refratária a esse processo de internacionalização de valores e interesses, talvez porque digna de ouvidos a conhecida máxima de Montesquieu (1689-1755) a advertir que as leis devem ser de tal forma apropriadas ao povo para o qual são feitas que será grande coincidência se as leis de uma nação servirem a outra.

Certo que a essência dessa busca apresenta, hoje, matizes outros, sendo esclarecedora a observação de Norberto Bobbio (1999, p. 164-165):

O universalismo jurídico ressurge hoje não mais como crença num eterno Direito Natural, mas como vontade de constituir um Direito positivo único, que recolha em unidade todos os Direitos positivos existentes, e que seja produto não da natureza, mas da história, e esteja não no início do desenvolvimento social e histórico (como o Direito natural e o estado de natureza), mas no fim. A idéia do Estado mundial único é a idéia-limite do universalismo jurídico contemporâneo; é uma unidade procurada não contra o positivismo jurídico, com um retorno à idéia de um Direito Natural revelado à razão, mas através do desenvolvimento, até o limite extremo, do positivismo jurídico, isto é, até a constituição de um Direito positivo universal.

Malgrado as conhecidas resistências, pretextando-se, em regra, o imperativo maior de preservação da soberania dos Estados, passou, em especial no primeiro quartel do século XX, a vingar a idéia de um tribunal que não conhecesse as clássicas limitações geopolíticas como balizadoras do exercício jurisdicional.

De forma geral, a humanidade tem buscado elevar ao superlativo seu caráter gregário, demonstrando que,

se duas pessoas concordam entre si e unem as suas forças, terão mais poder conjuntamente e, consequentemente, um direito superior sobre a natureza que cada uma delas não possui sozinha e, quanto mais numerosos forem os homens que tenham posto as suas forças em comum, mais direito terão eles todos (SPINOZA, 1994, p. 35).

Relativamente a essa questão, formulou Habermas (2003, p. 154) aguda análise:

Trata-se de crescente discrepância entre o sistema da sociedade que aspira a uma unidade global, e o direito positivo pelo outro lado, que é estatuído com vigência dentro de limites territoriais da jurisdição. O sistema social abrangente amalgamou-se de fato no sentido de uma sociedade mundial uniforme, abarcando todas relações entre as pessoas, sem que esse desenvolvimento tivesse sua correspondência em termos de uma unificação política do mundo. A formação do direito continua sendo, como sempre, atribuída a sistemas políticos locais e controlada por seus processos decisórios. Com isso delineia-se a situação na qual aqueles problemas que só podem ser resolvidos no plano da sociedade mundial, que no mais podem ser problematizados nos sistemas políticos parciais a não ser do ponto de vista local, não mais podem ser encaminhados na forma do direito.

Jamais será possível expurgar da memória mundial as páginas rubras da História que documentam as ações de Stálin, Mussolini, Hitler, Duvalier, Fujimori, Stroessener, Somoza, Noriega, Suharto, Milosevic, Idi Amin Dada, entre outros tantos que passaram e que estão por vir. Talvez por tais motivos, a existência de uma justiça universal tenha sido de longa data objeto de busca pelo homem. Não foi ela implantada com o Tribunal de Roma – e dificilmente será integralmente algum dia² –, mas o fato consumado é que o decreto presidencial da última primavera materializa o fastígio de um longo e penoso processo em que os esforços e cessões de países de todos os quadrantes da Terra lograram suplantar as apreensões e incertezas, ainda que estas, em parte, teimem em subsistir sob vários aspectos.

O ineditismo do Tribunal Penal Internacional tem a ver com algumas das características singulares que o distinguem, por

² Naturalmente, não fazemos aqui referência à extraterritorialidade da lei penal brasileira, consistente na possibilidade, admitida, em razão de o criminoso (CP, 7º, II, b) ou as vítimas serem nacionais ou residentes (CP, 7º, § 3º), ou o local do crime possuir regime internacional (CP, 7º, II, c), ou o crime atingir interesses nucleares do Estado (CP, 7º, I, a, b,c), ou, por fim, se os fatos envolverem violações graves ao direito internacional, atingindo a consciência universal (CP, 7º, I, d, e II, a). A jurisdição universal seria a admissão desta última hipótese, independentemente de no crime estarem envolvidos nacionais ou interesses internos.

exemplo, dos famosos Tribunais de Nüremberg, Tóquio e de Ruanda, os quais guardam entre si os traços de verdadeiros tribunais de exceção ou, de forma eufemística, juízos de momento, com sua legitimidade e imparcialidade contestadas por representarem um ‘direito de ocasião’, por serem instituídos, exclusiva e posteriormente, aos eventos submetidos a julgamento.

A necessidade de um Juiz cuja soberania transpusesse os lindes geográficos (que, por vezes, prestam-se a delimitar o território das injustiças) dos Estados foi sentida pelo homem ao longo de sua belicosa existência. No III Concílio de Latrão, de 1179, apareceram as primeiras qualificações de condutas como a escravização de prisioneiros de guerra e a pirataria. No século recém-fundo, pode-se indicar, no Tratado de Versalhes, uma tentativa de responsabilizar, perante tribunal composto de juízes das principais potências, os autores de ofensas supremas contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados, verificadas durante a primeira grande guerra. O intento não prosperou porque Holanda e Alemanha preferiram não entregar seus criminosos para julgamento, sendo estes apenados com sanções brandas em seus próprios países. Idêntico esforço, agora com êxito, foi reprisado após a segunda conflagração mundial, quando o Conselho de Controle Aliado na Alemanha instalou, pela lei, o Tribunal de Nüremberg, ao passo que um proclama do Comandante Supremo das Potências Aliadas constituiu o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente.

A parcialidade desses tribunais – em que os vencedores julgaram os vencidos –, a inobservância às balizas do devido processo legal e a inexistência de condutas previamente tipificadas, se subtraíram inegavelmente sua legitimidade, não impediram que processassem a alta hierarquia nazista e também os comandantes das forças nipônicas, impondo-lhes severas penas, inclusive a capital e a perpétua.

2. Notas essenciais do Tribunal Penal Internacional

A Corte Penal Internacional terá competência para julgar os autores dos crimes considerados mais graves pelo Direito

Internacional, sobretudo os de guerra, genocídio, lesa-humanidade e de agressão (artigo 5º, do Estatuto). No mesmo diploma também se estabeleceu que a Corte Penal Internacional será uma instituição de caráter permanente (artigo 1º), com sede em Haia, Holanda, e sua vinculação com o sistema das Nações Unidas regular-se-á mediante acordo a ser aprovado por assembléia dos Estados-Parte.

Um traço importante da Corte Penal Internacional, a distingui-la da almejada ‘justiça universal’, é que sua jurisdição será complementar às jurisdições penais nacionais, isto é, a atividade da Corte somente será desencadeada nos casos em que as jurisdições locais não queiram ou não possam promover a persecução dos delitos previstos no Estatuto (preâmbulo e artigo 1º). O alcance desse princípio se encontra desenvolvido nos artigos 17 a 20 do Estatuto, segundo os quais a Corte declarará inadmissível um caso nas seguintes hipóteses:

- a) o assunto seja objeto de investigação ou processo no Estado que detém jurisdição sobre ele, exceto se não houver, ali, disposição ou condições para levar os procedimentos adiante;
- b) o assunto já houver sido objeto de investigação pelo Estado que tenha jurisdição sobre ele e tiver ocorrido a decisão de não desencadear o procedimento judicial (excetuadas as hipóteses do item anterior);
- c) o agente já tenha sido julgado pela mesma conduta imputada;
- d) o assunto não seja de gravidade suficiente para justificar a adoção de outras medidas pela Corte.

A Corte também examinará os casos em que se apure que o Estado haja iniciado o processo, mas que este tenha por objetivo subtrair a pessoa da competência do Tribunal, ou retardar o procedimento, ou, de qualquer modo, quando a justiça local não seja independente, imparcial e operante o bastante para promover o processo e julgamento.

Se é verdadeiro que “o maior ou menor grau de eficácia do sistema judiciário como guardião da cidadania, em razão de sua função institucional, decorre do maior ou menor grau de violência simbólica de suas práticas e discursos jurídicos” (FALBO, 2002, p. 59), pode-se afirmar que o traço diferencial entre os importantes ensaios de jurisdição transcontinental (representados pelos

tribunais excepcionais de Nüremberg e Tóquio) e o Tribunal Penal Internacional, gerado a partir da Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas, celebrada em 17 de julho de 1998, em Roma, assenta-se na constatação de se cuidar de um ‘momento do Direito’ e não de um ‘Direito de momento’, aferida sobre as seguintes características principais:

- a – *complementaridade*: entendida como coexistência do Tribunal com as instâncias judiciais locais, sem suplantá-las;
- b – *perenidade*: o Tribunal é instituição global de caráter permanente, destinada ao conhecimento de eventos que, cronologicamente, sucederem sua criação;
- c – *representatividade*: o corpo de juízes e promotores é composto de autoridades de vários países, não corporificando uma hegemonia militar, econômica ou política;
- d – *universalidade*: o Tribunal é desprovido de nacionalidade, pairando acima das fronteiras geográficas e políticas por poder estender-se, funcional e organicamente, sobre todas as nações que dele se disponham a fazer parte;
- e – *legitimidade*, porque obediente aos postulados basilares do devido processo legal, em especial o da anterioridade, que se mostra coincidente com o princípio pátrio do ‘juiz natural’;
- f – *independência*, pois a atuação desse órgão judiciário transnacional somente deve encontrar limitações na sua emolduração positiva, uma vez que sua admissão pelos Estados é incondicional;
- g – *imparcialidade*: diferentemente dos tribunais de ‘vencidos sobre vencedores’, a composição plural e o caráter de perenidade, aliados à sua nota de respeito ao devido processo penal, conferem ao Tribunal inegável isenção na análise das causas submetidas a julgamento.

2.1. Competência *ratione temporis*

A Corte deterá competência para julgar os crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto (artigo 11) e desde que estes não estejam prescritos (artigo 29), sendo a retroatividade objeto de expressa inadmissão (artigo 24). Essa regra comporta tratamentos particularizados. Quando um Estado vier a *constituir* parte do Estatuto,

depois de sua entrada em vigor, a Corte poderá estender sua jurisdição a fatos pretéritos, desde que haja consentimento do país signatário (artigos 11,2 e 12,3). Igualmente, os Estados que venham a aderir ao Estatuto podem pactuar que a jurisdição da Corte somente seja exercida sobre seu território e nacionais após um período de sete anos contados da data da entrada em vigor do Estatuto para si (artigo 124).

2.2. Competência *ratione materiae*

Serão objeto de conhecimento pela Corte Mundial aqueles ilícitos de contornos criminais que, por algum motivo, revelem transcendental interesse na sua repressão penal ou, no dizer de Ilen Guerra Silvério,³ aquelas

infrações das normas e princípios jurídicos internacionais por um sujeito do Direito Internacional, que implica responsabilidade internacional e, por isso, podem ser perseguidos diretamente em virtude do Direito Internacional Público, ainda que a lei nacional não os contemple, em poucas palavras, o Direito Internacional se aplica “ex proprio vigore” sobre eles.

A Corte terá, assim, competência para julgar os seguintes crimes, em conformidade com seu artigo 5º:

- a) crime de genocídio;
- b) crimes contra a humanidade;
- c) crimes de guerra;⁴
- d) crime de agressão;
- e) crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional.

³ Transcrição de palestra assistida durante o *III Encuentro Internacional sobre Ciências Penales*, Havana, Cuba, 12-15 nov. 1996.

⁴ Ao longo da História, provou-se que a guerra é indissociável da convivência humana dita ‘civilizada’ e que sempre será um paradoxo para o Direito, pois “é o assassinio e o roubo sonegados ao cidadão pelo arco de triunfo. É a sociedade ordenando o que ela proíbe e proibindo o que ela ordena, recompensando o que ela castiga e punindo o que ela recompensa, glorificando o que ela desmerece e desonrando o que ela glorifica” (CHAVES, 1945, p. 7). À parte isso, mister reconhecer a necessidade de censura penal a certos atos cometidos como parte de um plano ou política, ou como parte da comissão, entendendo-se por tais as infrações graves ao estabelecido na Convenção de Genebra de 1949 e a seus protocolos adicionais, em especial: matar intencionalmente; submeter à tortura ou a outros tratamentos desumanos (incluídos os experimentos biológicos).

2.3. *Ratione personae*

O Tribunal exercerá sua jurisdição sobre pessoas físicas (art. 1º), maiores de 18 anos (art. 26), por condutas posteriores à entrada em vigor do estatuto (art. 24), sem qualquer distinção fundada em relação a eventual cargo oficial do agente (art. 27). Tais condutas serão puníveis tanto para quem cometê-las por si só, em co-autoria ou por ordem de outrem, quer restem consumadas ou simplesmente no liame da tentativa. Também responderão criminalmente aqueles que, devendo atuar para evitar ou reprimir as mesmas condutas, permaneçam omissos.

3. Tribunal Penal Internacional *versus* Constituição Nacional

A Constituição da República Federativa do Brasil não excluiu, em absoluto, a existência de outros direitos e garantias individuais, não previstos expressamente em seu texto, mas constantes de atos e tratados internacionais dos quais o País seja signatário. É a intelecção que decorre do art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Também no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ficou assentado que o Brasil propugnaria “pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

No entanto, os tratados devem acarretar sempre a ampliação dos direitos estabelecidos, seja por meio de novos direitos que se incorporam ao ordenamento jurídico, seja pelo aperfeiçoamento trazido pelos tratados a direitos anteriormente já existentes. Também reforçam a obrigação do Estado brasileiro de conferir efetividade aos direitos humanos. Influenciam ainda a legislação interna, não somente porque as normas jurídicas editadas devem ser consonantes com o conteúdo dos preceitos dos tratados, como também porque os próprios tratados muitas vezes, de modo expresso, estabelecem a necessidade de edição de leis que aperfeiçoem e dêem maior concreção aos seus preceitos. Por derradeiro, trazem uma nova pauta de valores que, para a sua internalização nos comportamentos das pessoas, dependem de ampla divulgação.

Subsistem algumas questões que hão de ser sublimadas para que o Brasil possa, sem derivação da legalidade constitucional e do respeito aos direitos e garantias do cidadão, perfilhar a normativa internacional, em especial:

3.1. Foro por prerrogativa de função

A vedação de invocação de imunidade de jurisdição pelo acusado parece colidir com o pressuposto de soberania nacional, expresso no artigo 1º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil. A soberania, figurada na capacidade de irradiação de normatividade, liga-se ao exercício do sufrágio secreto pelos eleitores que, por esse instrumento democrático, conferem ao mandatário a condição de representante da vontade popular, inclusivamente no plano de elaboração legislativa constitucional. Defende-se que a soberania, não podendo ser objeto de pactuação ou delegação pelo legislador, restaria ferida na supressão do denominado foro por prerrogativa de função (que, sabido, não constitui privilégio da pessoa, mas garantia da normalidade pública relativa a determinados cargos).

3.2. Prisão perpétua

A combinação da pena de prisão perpétua pelo Estatuto confronta com garantia individual inscrita no artigo 5º, XLVII, a, CF, que veda, em absoluto, essa sanção caracterizada como destituída de limite temporal. A inadmissibilidade de infiltração da privação de liberdade perpétua afigura-se, além disso, como verdadeira cláusula pétreia ou ‘superconstitucional’, não passível de alteração sequer por emenda constitucional (tampouco por decreto ratificador de tratado internacional), como explicitamente taxado no artigo 60, §4º, IV, da Lei Maior.

É cediço que as teorias acerca da justificação do poder de punir do Estado representam a própria história e essência do Direito Penal, podendo-se afirmar que o Brasil, hoje, perfilhando as modernas concepções penológicas a arredar a mera retribuição ou a pura necessidade de prevenção, enxerga na ressocialização o verdadeiro sentido e valor da pena criminal.

Por isso, segundo a lição de Jorge Figueiredo Dias (1999, p. 91),

a medida concreta da pena com que deve ser punido um certo agente por um determinado fato não pode em caso algum ser encontrada em função de quaisquer pontos de vista (por mais que eles se revelem socialmente valiosos e desejáveis) que não sejam o da correspondência entre a pena e o fato ou a culpabilidade do agente. Qualquer outra teoria dos fins das penas (entendendo por estes os efeitos socialmente úteis que com elas se pretenda alcançar) torna o fato em mero desejo de aplicação da pena e falha completamente a sua vera essência e natureza: pune-se porque se 'pecou'.

O preclaro constitucionalista pátrio Celso Bastos (1988, p. 241) foi preciso ao enunciar que

a prisão perpétua priva o homem da sua condição humana. Esta exige sempre um sentido de vida. Aquele que estiver encarcerado sem perspectiva de saída, está destituído dessa dimensão espiritual, que é a condição mínima para que o homem viva dignamente.

Questionava, igualmente, Michel Foucault (2001, p. 89) acerca da utilidade da pena de prisão sem modulação temporal:

Uma pena que não tivesse termo seria contraditória: todas as restrições por ela impostas ao condenado e que, voltando a ser virtuoso, ele nunca poderia aproveitar, não passariam de suplícios; e o esforço feito para reformá-lo seria pena e custo perdidos, pelo lado da sociedade. Se há incorrigíveis, temos que nos resolver a eliminá-los. Mas para todos os outros as penas só podem funcionar se terminam.

Não nos parece razoável que se empreenda a impossível superação exegética entre o dispositivo do Estatuto que comina a pena de prisão perpétua e a norma constitucional que a veda peremptoriamente.⁵ A negação à pena de prisão perpétua é, no Brasil, a afirmação do caráter humanitário de nosso Direito Penal.

O nó hermenêutico instaurado não é tarefa que se possa vencer pela análise da letra de artigos de lei (que somente servem como continentes do espírito que presidiu a *mens legis* do nosso constituinte que, a seu turno, somente ecoou o clamor pela cessação das penas cruéis, entre as quais, inegavelmente, insere-se a de caráter perpétuo). Como é possível sustentar, a não ser por via de opção ideológica, a negação dos direitos humanos como instrumento de afirmação desses mesmos direitos, embora relativamente a outros titulares considerados? Não se cuida, aqui, de derrogação de normas, mas de afronta a princípios.⁵ Enfrenta essa questão, com extrema objetividade, Willis Santiago Guerra Filho (2000, p. 11):

A Constituição aparece como estruturada a partir de normas jurídicas que são princípios, de acordo com os quais a atuação política, assim como a interação social devem pautar-se. Princípios, à diferença das demais normas jurídicas, que são mais propriamente denominadas regras, não se reportam a algum fato específico, determinando a consequência jurídica decorrente de sua verificação; princípios são a expressão juspositiva de valores, de metas e objetivos a serem perseguidos por aqueles que formam a comunidade política, reunida em torno da Constituição. Daí a idéia de que ela não seria tão-somente um corpo estático de normas, mas contemplaria igualmente uma dimensão processual, que cotidianamente proporcionaria a possibilidade de realização dos objetivos por ela fixados. Tais objetivos, contudo, por serem diversos, podem vir a entrar em conflito, em situações concretas. Dá-se, então, uma colisão de princípios, a ser resolvida pela incidência de

⁵ "De qualquer forma, a ordem supranacional não implica o esgotamento do conceito de soberania estatal guardada nas Constituições nacionais [...] E muito menos ainda significa uma desvalorização das Constituições, que representam os mais importantes diplomas e instrumentos protetivos dos direitos fundamentais desde o século XVIII" (SOLANGE, p. 49).

⁶ Essa limitação substancial do ordenamento jurídico acarreta, ademais, "uma limitação substancial da própria democracia, na medida em que se explicita o que pode ou não ser decidido pela maioria. Desse modo – ainda fazendo uso das palavras de Ferrajoli – os direitos fundamentais apresentam-se como verdadeiros limites impostos à democracia: limites negativos, oriundos dos direitos de liberdade, que nenhuma maioria pode violar; limites positivos, baseados nos direitos sociais, que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer. Nenhuma maioria, nem sequer a unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade, ou não decidir a satisfação de um direito social. Os direitos fundamentais apresentam-se, pois, como fatores de legitimação e deslegitimação das decisões e das não-decisões" (ANDREI, 2001, p. 174-175).

uma norma que não se encontra prevista explicitamente em nossa ordem constitucional, mas que dela podemos – e devemos – deduzir com facilidade: aquela que consagra essa verdadeira garantia fundamental, a garantia das garantias e direitos fundamentais, que é o princípio da proporcionalidade.

Como adverte Rogério Zeidan (2002, p. 48), que nessa tarefa de valoração e adequação das normas infraconstitucionais deva ser tida como “inconstitucional qualquer norma que contrarie os valores que promanam da Constituição ou que, no plano de aplicação do Direito, não se atinja a vontade e o escopo social da lei: o de preservação da dignidade e o da pacificação com justiça”.

As agências produtoras do discurso penal humanitário, em especial aquelas responsáveis pelo teor acadêmico, doravante terão subtraídos a seus pés os alicerces principiológicos que implicavam, antes que edificação de teorias novas garantistas, refutação às antigas que viam o Direito Penal como instrumento de vingança comunitária contra o delinquente.

3.3. Entrega e extradição

A previsão de entrega de nacional para submissão a julgamento perante o Tribunal Internacional, sediado noutro Estado, afigura-se como contrária à disposição constitucional, também fincada no artigo 5º que, em seu inciso LI, proíbe a extradição de brasileiros. Verdade que o Estatuto, em seu artigo 102, faz distinção entre os termos ‘entrega’ (*surrender*) e ‘extradição’, disciplinada na Lei 6.815/80 (o que não resolve terminantemente a questão, pois ambos implicam subtrair o cidadão à incidência do poder jurisdicional de um Estado, para envio a julgamento por Tribunal d’outro Estado. O professor João Grandino Rodas, analisando a proximidade entre os conceitos de extradição, asseverou que “muito embora se deseje extremar as duas figuras de extradição e de entrega ou, ainda dizendo, quanto mais se deseja extremar, mais não se separa uma da outra questão. Elas são quase siamesas”.⁷ Emendamos, aqui, outra metáfora de similar natureza, formulada por Zaffaroni (1996,

⁷ In: Entrega de Nacionais ao Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/textos/tpi.grandino.html>. Acesso em: 16 abr. 2003.

p. 190) que, ao analisar a necessidade de legitimação da atividade das agências legislativas, reportou-se à tendência de o jurista inclinar-se a um idealismo que lhe permite construções teóricas em desprezo ao realismo (este com a vantagem de valorizar o mundo não articulado na medida das necessidades do sujeito que avalia), avultando daí a importância das estruturas lógico-reais do Direito:

Esta teoria apresenta-se como a antítese da versão do neokantismo que só torna racionalmente acessível o mundo através do valor: diante da função criativa assumida pelo valor nessas versões neokantianas, a teoria das estruturas lógico-reais afirma que o Direito, quando se refere a qualquer ente, deve reconhecer que este está inserido numa certa ordem, que o mundo não é um 'caos' e que o conhecimento jurídico, como todo conhecimento, não altera o objeto do conhecimento. [...] Quando o legislador desconhece as estruturas lógico-reais, não deixa, necessariamente, de produzir Direito, mas limita-se a arcar com as consequências políticas de seu erro: se o legislador – ou o jurista idealista – pretende definir as vacas 'no sentido jurídico' como uma espécie de cachorro-grande, negro, com dentes enormes e que uiva nas estepes, pode, obviamente, fazê-lo; apenas deverá arcar com as consequências quando pretender ordenhar um lobo.

3.4. Os nortes hermenêuticos

O principal objetivo dos tratados é conferir às pessoas a mais ampla proteção possível, buscando-se incentivar a perfeita harmonia e interação entre as suas disposições e as normas editadas internamente, o que deveria estimular uma interpretação ampliativa de todas as normas, sempre em benefício dos destinatários. Exsurgem, por meio do princípio da prevalência da norma mais favorável ao ser humano, duas importantes regras a serem observadas:

- a) não se pode suscitar disposições de direito interno para impedir a aplicação de direitos mais benéficos ao ser humano, previstos nos tratados ratificados;
- b) caso exista alguma disposição em lei promulgada internamente que seja mais favorável às pessoas residentes no país, essa

norma prevalecerá sobre as disposições que constem de tratados aos quais o país aderiu.

Assim, em matéria de direitos fundamentais, os argumentos fundados na hierarquia de normas passam por severo questionamento. Nesse sentido, o pensamento de Antonio Augusto Cançado Trindade (CUNHA, 1997, p. 13):

No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartmentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Como decorre de disposições expressas dos próprios tratados de direitos humanos, e da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos internacionalmente consagrados, não mais cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, porquanto o primado é sempre da norma – de origem internacional ou interna – que melhor proteja os direitos humanos.

Consistente o entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 239) de que os tratados e convenções são válidos e eficazes e

aprovados no âmbito interno conforme procedimentos prescritos pelas respectivas constituições, adquirem o status legal, imperam como leis internas, de tal modo que, se são incompatíveis com leis ordinárias do país, as tornam revogadas conforme a regra estrutural da *lex posterior*. Submetem-se, não obstante, à hierarquia e não podem contrariar disciplinas constitucionais.

O Estatuto, no entanto, apresenta dispositivo vinculador na resolução de eventual antinomia, uma vez que prevê expressamente a impossibilidade de aceitação condicional das normas estatuídas, sendo, por conseguinte, necessária a derrogação ou ab-rogação do elenco positivo interno, ainda que de hierarquia constitucional, diante de eventual conflito com aquelas.

Afora as questões apontadas, também mister acentuar que eventual diversidade procedural entre nosso ordenamento e a



normativa transcontinental não pode ser analisada sob a óptica simplista de mera dissonância de ritos, e sim cuidadosamente sopesada como limitador potencial da atividade defensiva e, pois, inexorável ferimento ao postulado constitucional do devido processo penal, levando à configuração do processo como mero instrumento formal de imposição de pena, qual em visão clássica era entendido.

Assevera Marco Antonio Marques da Silva (2001, p. 143) que

um sistema de direito penal, no Estado Democrático de Direito, deve ter como limite os direitos humanos acolhidos na Constituição Federal e nos tratados e convenções internacionais. Qualquer violação por parte do Estado destes direitos atinge, de forma direta, a dignidade humana, impedindo, assim, a concretização das garantias constitucionais, objetivo do processo penal.

No Brasil, ao preâmbulo de qualquer crítica à incondicional filiação à jurisdição penal internacional, deve-se ter presente a lúcida advertência de Heidegger (1995, p. 74) “porque se se fala contra o ‘humanismo’, teme-se que se defenda o inumano e se glorifique a brutalidade e barbaridade. Pois, o que é ‘mais lógico’ do que isto: quem nega o humanismo, não lhe resta senão afirmar a desumanidade?”. Registre-se, por isso mesmo, que não se trata de cega refutação à importância e conveniência na pactuação com a Corte intercontinental, mas, sim, de também chamar à razão aqueles que, inebriados pela defesa dos direitos humanos das vítimas, possam olvidar dos não menos dignos direitos dos imputados, pois seria paradoxal que o simples câmbio de titularidade viesse a autorizar o sacrifício de um direito por outro de mesma natureza e relevância, ou que a luta pelos direitos humanos redundasse em batalha contra esses mesmos direitos:

Nunca será demais repetir que cabe à positividade da lei e do direito objetivo conferir aos direitos do indivíduo sua dimensão jurídica e mediatizar assim a efetividade deles, ou seja, a produção dos efeitos jurídicos vinculados a eles. Em outros termos, os direitos que são definidos, determinados e

fixados pela lei são, ao mesmo tempo, protegidos pela lei: os direitos privados estabelecidos pelo direito público estatal são garantidos pela lei pública. Isso significa portanto que, no Estado de Direito que assume de certa maneira a herança filosófica do século XVIII, o Poder é menos a fenomenologia de um conceito político (isto é, de um instrumento decisório absoluto e exclusivo) do que de um conceito jurídico (isto é, de uma competência organizacional, submetida por sua vez a suas próprias regras e às suas leis). A idéia do Estado de Direito corresponde dessa forma às exigências de uma normatividade formal de alcance geral, cuja vocação é articular juridicamente um ao outro, sem sacrificar nem um nem outro, os dois parâmetros da ordem pública e da liberdade das pessoas (GOYARD-FABRE, 1999, p. 339).

Sabe-se que o processo penal pátrio, conquanto ainda escorado, em boa medida, nos vetustos dispositivos de um diploma outorgado sob vigência de regime de exceção, sofre a necessária acomodação aos primados do devido processo legal de um Estado Democrático de Direito, porque lapidado pelo diligente cinzel de doutrinadores e tribunais historicamente animados pela defesa dos direitos do cidadão, em especial quando deva ele escudar-se sob preceitos legais delimitadores de garantias individuais em face do *jus puniendi* estatal. Deve-se ter em vista, na compatibilização de princípios, que “a sociedade de Estados não é, ela própria, um Estado e, portanto, os julgamentos no que concerne à existência e às perspectivas de uma ordem jurídica dentro dela, precisam levar em conta o caráter e as circunstâncias específicas daquela sociedade” (NARDIN, 1987, p. 152).

De nada aproveitaria, afinal, ao Brasil assegurar incondicional inserção numa pretendida modernidade democrática internacional, se essa adesão implicasse, inexoravelmente, um rebaixamento do nível de proteção de direitos fundamentais do indivíduo, com comprometimento da solidez positiva que, no país, tem servido de anteparo a freqüentes investidas do Poder Legislativo, como oficina legislativa, e do Poder Executivo, quando no exercício do poder anômalo de produção de normas jurídicas.

Para ilustrar nossas ponderações, figure-se um cenário futuro em que, por via do sufrágio, ascenda ao poder central, com ampla maioria também nas casas legislativas, facção ideológica não comprometida com a defesa dos direitos humanos. Tarefa fácil restaria a de ampliar o alcance da pena de prisão perpétua e da entrega de nacionais para crimes diversos, eis que avassalados os óbices legais representados pelos pilares constitucionais configuradores do sistema de garantias individuais até então indene na Constituição Federal.⁸

Esse o norte do qual não deveremos nos apartar na tarefa hermenêutica de adequar, quanto possível, preceitos do Estatuto do Tribunal e garantias individuais insertas no texto constitucional pátrio.

4. Conclusão

Foi sintomática a não-ratificação do estatuto do Tribunal Penal Internacional pelos Estados Unidos da América, cujas vozes diplomáticas decantaram vivos questionamentos quanto à legitimidade e imparcialidade dessa instância judicial supranacional. Tal atitude pode reproduzir, no cenário jurídico mundial, uma infeliz realidade do Direito Penal que, com sua seletividade na punição exclusiva dos marginalizados, com sua função meramente simbólica, segue sendo, também no plano internacional, o ‘Direito dos Pobres’, não porque a eles empreste sua tutela, mas porque somente contra eles dirija sua sanha sancionatória.

A segunda consequência da posição adotada pelos EUA é parecer confirmar o nascimento (e franco desenvolvimento) do que se denominou ‘terceira cultura’, fenômeno surgido como “padrões de conduta criados, compartilhados e aprendidos por pessoas de diferentes sociedades que se encontram usualmente em relação direta com outras sociedades”.⁹ Assim, diz-se que a primeira cultura é a norte-americana, a segunda é a não-norte-americana e a terceira emerge como uma distinta de ambas.

⁸ Miramos Kant, para quem “qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal” (2003, p. 76-77).

⁹ Reprodução livre de palestra proferida pelo Licenciado Roberto Luis Rodriguez Lastre, Fiscal General da República de Cuba, durante *III Encuentro Internacional sobre Ciências Penales*, Havana, Cuba, 12-15 de nov. 1996.

Encerramos com Piero Calamandrei (2003, p. 121), de cujo discurso invariavelmente amargurado colhemos que

ainda estamos a uma distância infinita da formação de organismos verdadeiramente universais e pacíficos; e o direito internacional, enquanto se arrisca agora a perder a base da independência e soberania de cada um dos Estados, não conseguiu ainda um novo fenômeno de uma real organização mundial, o que no fundo não é mais do que expressão da incapacidade dos homens para organizar a paz.

Referências

- ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. *Direito Internacional Penal. Delicta Iuris Gentium*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARBOUR, Louise et al. *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*. Freiburg im Breisgau: Iuscrim, 2000.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *ICC Ratification and National Implementing Legislation*. New York: Eres, 1999.
- BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, 6v.
- BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas*. (facsimilar de la edición Príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774). México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste J.C. Santos, 10. ed. Brasília: UnB, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. *A Crise da Justiça*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- CHAVES, Antonio. *Os súditos inimigos*. São Paulo: Lex, 1945.
- CHOUKR, Fauzi (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000.
- CUNHA, J.S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. *O Processo Penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Juruá, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

DUROSELLE, Jean-Baptiste. *Todo Império Perecerá. Teoría sobre las Relaciones Internacionales*. México: FCE, 1998.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno*. Tradução de Irene A. Paternot, 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALBO, Ricardo Nery. *Cidadania e violência no judiciário brasileiro: uma análise da liberdade individual*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. Nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.

HAERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEEI, Roy S. *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute issues, negotiations. Results*. Kluwe: The Hague, 1999.

LUHMAN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

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

NARDIN, Terry. *Lei, moralidade e as relações entre os Estados*. Tradução de Elcio Gomes de Cerqueira. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SOUZA, Solange Mendes. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SPINOZA, Benedictus de. *Tratado político*. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: RT, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

ZEIDAN, Rogério. *Ius Punieri, Estado e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Fabris, 2002