

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito – Direito Público

Ronald Jean de Oliveira Henriques

**OS REFLEXOS E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA
ANÁLISE ACERCA DA (I)LEGALIDADE DOS JULGAMENTOS DOS CRIMES
DE LESA HUMANIDADE**

Belo Horizonte

2019

Ronald Jean de Oliveira Henriques

**OS REFLEXOS E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA
ANÁLISE ACERCA DA (I)LEGALIDADE DOS JULGAMENTOS DOS CRIMES
DE LESA HUMANIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público com ênfase em Ciências Penais.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen

Área de concentração: Direito Público

Linha de Pesquisa: O Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas

Belo Horizonte

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

H519r	<p>Henriques, Ronald Jean de Oliveira</p> <p>Os reflexos e características do direito penal do inimigo na análise acerca da (i)legalidade dos julgamentos dos crimes de lesa humanidade / Ronald Jean de Oliveira Henriques. Belo Horizonte, 2018.</p> <p>134 f.</p>
	<p>Orientador: Guilherme Coelho Colen</p> <p>Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p>
	<p>1. Tribunal Penal Internacional. 2. Crime contra a humanidade. 3. Ilegalidade - Aspectos jurídicos. 4. Soberania. 5. Jurisdição penal. 6. Direito penal - Legislação. I. Colen, Guilherme Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p>
	<p>SIB PUC MINAS</p>
	<p>CDU: 341.4</p>

Ronald Jean de Oliveira Henriques

**OS REFLEXOS E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA
ANÁLISE ACERCA DA (I)LEGALIDADE DOS JULGAMENTOS DOS CRIMES
DE LESA HUMANIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público com ênfase em Ciências Penais.

Área de concentração: Direito Penal

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt – UFMG (Banca examinadora)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Alisson da Costa e Silva – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 08 de fevereiro de 2019

Dedico este trabalho, primeiramente, ao Grande Arquiteto do Universo, que se mostrou criador, por ser essencial em minha vida, autor de meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia. Ao meu pai Ricardo José Henriques, minha mãe Maura Julieta de Oliveira Henriques, aos meus irmãos Warlyson e Wanessa, às minhas sobrinhas Melissa e Helena e aos familiares

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer ao Grande Arquiteto do Universo, por me abençoar e me dar a chance a cada dia de conquistar coisas novas, abrindo meus horizontes e me dando oportunidades ímpares para que eu possa buscar o aperfeiçoamento intelectual, o afinamento das faculdades de pensar e o enriquecimento dos conhecimentos adquiridos, de modo a alcançar o domínio do saber necessário, para me comportar de forma digna em todos os momentos da vida e não me deixar sucumbir ao vício, e aprimorar a virtude.

Aos meus pais e irmãos, família de verdade, na sua concepção mais profunda e pura, que sempre estiveram ao meu lado, me incentivando de todas as maneiras possíveis, e que, seguramente, a conquista deste sonho de ser Mestre em Direito não seria possível sem o apoio e carinho de cada um deles. À minha cunhada Carol e às minhas sobrinhas, Melissa e Helena, dedico um agradecimento especial, pois cada uma, com seu jeito, me faz sentir único e diferenciado.

Ao meu orientador, o professor e amigo Dr. Guilherme Colen Coelho, que, desde o início da minha busca pelo título de Mestre, em 2015, quando fui aprovado no primeiro processo seletivo para o Mestrado na PUC MINAS, me incentivou e participou diretamente e ativamente de todas as minhas atividades acadêmicas e profissionais. Sem os seus ensinamentos e orientações nunca seria possível concluir as determinações da Universidade, inclusive a confecção da dissertação com a qualidade que é exigida de um Mestre da PUC MINAS. Certamente é mais do que um professor, apresentando-se como um líder-mestre em todas as acepções do termo, um exemplo a ser seguido.

Ao professor Dr. Henrique Viana Pereira, por me apoiar me dando a chance de participar ativamente da vida acadêmica com suas aulas exemplares, convites para participar de bancas de monografias e convite para palestrar em faculdades para obter a experiência jurídica e profissional necessária para aquele que ostenta o título de Mestre em Direito.

Ao professor Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt, por aceitar fazer parte da banca de avaliação de minha dissertação e por me incentivar a buscar conhecimentos, além de ser um exemplo de profissional e de pessoa.

Aos professores da minha graduação, Dr. Sérgio Henriques Zandona de Freitas e Dra. Silvana Lourenço Lobo, que, desde a graduação me mostraram que o conhecimento abre portas e o estudo no Direito abre a mente, bem como por me incentivar a estudar para ter chances de fazer o mestrado, buscando a glória e honra de ostentar o título de Mestre em Direito.

À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Faculdade Mineira de Direito, aos professores e funcionários pelo apoio e auxílio na conclusão de todas as etapas dessa caminhada.

Aos meus amigos do mestrado, pela troca de informações e conhecimentos nestes dois anos de caminhada, que só quem esteve presente sabe que é verdadeira honra concluir com êxito.

À minha namorada, amiga e confidente, Camila Freitas, por estar ao meu lado em cada angústia e em cada vitória nesse tempo que estamos juntos, e por ser a mulher da minha vida, a quem dedico o título de Mestre em Direito com todo o carinho e amor que ela merece.

À Polícia Militar de Minas Gerais, ao Centro de Pesquisa e Pós-graduação da Academia de Polícia Militar e à FAPEMIG, que me deram apoio institucional e me concederam a bolsa de estudos que foi crucial para concluir todas as atividades. Aos meus amigos e irmãos de farda da PMMG, com os quais, nos diversos cursos de formação e aperfeiçoamento, certamente aprendi com cada disciplina e cada militar.

Aos meus familiares e amigos que estiveram juntos nessa minha caminhada, mesmo que à distância.

E, mais uma vez, agradeço ao Grande Arquiteto do Universo, pois sem as bênçãos que recebi nunca teria chegado conquistar todas as coisas que sou extremamente grato em minha vida pessoal, profissional e acadêmica.

“Esforço-me para que eles sejam fortalecidos em seu coração, estejam unidos em amor e alcancem toda a riqueza do pleno entendimento, a fim de conhecerem plenamente o mistério de Deus, a saber, Cristo. Nele estão escondidos todos os tesouros da sabedoria e do conhecimento”.

Colossenses 2:2-3

RESUMO

Esse trabalho tem por objetivo pesquisar e analisar a (i)legalidade dos julgamentos dos crimes lesa humanidade, seja pelo Tribunal Penal Internacional – TPI, seja pelos Estados envolvidos, com a criação de tribunais de exceção, pelo fato de que esta situação-problema, de real importância, não pode ser resolvida a partir de simples consultas bibliográficas. A questão-problema elaborada para ser respondida é a seguinte: os julgamentos dos crimes lesa humanidade pelo Tribunal Penal Internacional, ou por outros tribunais de exceção, violam o princípio da soberania dos Estados e as garantias e direitos fundamentais do indivíduo? A metodologia utilizada na investigação permite classificar a pesquisa como bibliográfica e documental, com uso do método de abordagem dedutivo e do de procedimento descritivo. Pode-se concluir que, ao julgar os crimes lesa humanidade, o TPI fere a soberania dos Estados, na medida em que ultrapasse o seu poder de regular as relações sociais ocorridas em seu meio por meio de leis e julgar os seus cidadãos tal como os seus representantes eleitos definiram, seguindo a forma e as penas a serem a eles aplicadas. Além de ferir frontalmente a soberania do Estado, atingem-se, também, os direitos e garantias fundamentais do indivíduo estabelecidos no direito constitucional nacional, considerando-se que estes serão mitigados para se prostrar diante de norma vigente a nível internacional.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Tribunal Penal Internacional. Crimes Lesa Humanidade.

ABSTRACT

The objective of this work is to investigate and analyze (i) the legality of trials of crimes against humanity, whether by the International Criminal Court (ICC) or by the states involved, with the creation of courts of exception, can't be solved by simple bibliographic queries. The question to be answered is the following: do the trials of crimes against humanity by the International Criminal Court or other courts of exception violate the principle of State sovereignty and the fundamental rights and guarantees of the individual? The methodology used in the research allows to classify the research as bibliographical and documentary, using the method of deductive approach and the descriptive procedure. It can be concluded that, in judging crimes, it damages humanity, the ICC violates the sovereignty of States, insofar as it exceeds its power to regulate social relations in its environment by means of laws and to judge its citizens as the their elected representatives have defined the form and the penalties to be applied to them. In addition to frontally damaging the sovereignty of the State, one also reaches the fundamental rights and guarantees of the individual established in national constitutional law, considering that these will be mitigated to prostrate before a norm in force at international level.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. International Criminal Court. Humanity Crimes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ONU Organização das Nações Unidas

STF Supremo Tribunal Federal

TPI Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL NO MUNDO	15
2.1 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL	15
2.2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO PENAL	19
2.3 O BEM JURÍDICO PENAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	23
2.4 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL	27
3 SEGURANÇA JURÍDICA	33
3.1 DA SOBERANIA NACIONAL: PREVALÊNCIA DA NORMA INTERNACIONAL SOBRE A NORMA INTERNA.....	33
3.1.1 Interpretação conforme a Constituição e princípios da interpretação constitucional e convencional.....	34
3.1.2 Recepção das normas internacionais.....	40
3.2 NORMA INTERNACIONAL <i>VERSUS</i> NORMA CONSTITUCIONAL INTERNA	54
3.3 DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES INTERNACIONAIS E EXCEÇÕES INSERTAS NA CF/88	59
3.4 VEDAÇÃO DA PRISÃO PERPÉTUA	60
3.5 VEDAÇÃO À EXTRADIÇÃO DE BRASILEIRO NATO	61
3.6 VEDAÇÃO AOS TRIBUNAIS DE EXCEÇÃO	64
3.7 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO PENAL INTERNO, DIREITO PENAL INTERNACIONAL E DIREITO PENAL COMUNITÁRIO	65
4 VELOCIDADES DO DIREITO PENAL	69
4.1 PRIMEIRA VELOCIDADE	69
4.2 SEGUNDA VELOCIDADE	70
4.3 TERCEIRA VELOCIDADE	71
4.4 DIREITO PENAL DE URGÊNCIA OU DE EMERGÊNCIA.....	82
4.5 DO GARANTISMO PENAL POR LUIGI FERRAJOLI	85

5 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	93
5.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO.....	93
5.2 COMPETÊNCIA.....	101
5.3 CONSTITUIÇÃO DO TPI	109
5.4 PRINCÍPIOS DO TPI	112
5.5 DA (I)LEGALIDADE DOS JULGAMENTOS DOS CRIMES DE LESA- HUMANIDADE E OS REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	117
5.5.1 Breve esboço histórico	117
5.5.2 Dos crimes contra a humanidade.....	123
6 CONCLUSÃO.....	127
REFERÊNCIAS	129

1 INTRODUÇÃO

A relevância social, humana e jurídica e a contribuição para soluções atuais no que diz respeito às repercussões práticas, no mundo fático-jurídico e acadêmico, acerca da adoção das velocidades do Direito Penal e, conseqüentemente, os reflexos e características do Direito Penal do Inimigo na análise acerca da suposta ilegalidade dos julgamentos dos crimes lesa humanidade será o ponto principal de discussão e análise da presente pesquisa.

Pretende-se adentrar na discussão à teoria das velocidades do Direito Penal, que foi apresentada primeiramente pelo professor catedrático da Universidade de Pompeu Fabra de Barcelona, o espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez, revelando existir uma nítida preocupação com a consolidação de um único Direito Penal moderno.

Assim, tem-se como objetivo geral proceder a um estudo crítico acerca dos julgamentos dos crimes lesa humanidade, analisando seus aspectos fático-jurídicos, especialmente no que tange a sua ilegalidade em face do princípio da soberania dos Estados, à vigência do princípio da extraterritorialidade e dos demais princípios gerais do Direito, princípios gerais do Direito Penal e Processual Penal, com foco na prevalência dos Direitos Humanos.

Destarte, no que tange ao Direito Penal, entende-se que esse problema é por vezes mais gravoso para a parte, pois o Estado, com o monopólio da jurisdição, trata de situações pontuais que envolvem a liberdade do indivíduo ou, até mesmo, a vida deste.

Entende-se que a ideia de velocidade no Direito Penal remete à falsa noção de um progresso, pois, quando o Direito Penal acelera, ele não segue adiante. Na verdade, o que ocorre é que ele retorna às suas formas mais primitivas, como se pode verificar na terceira e quarta velocidades, já que, caso se analisem os seus aspectos, se verá que não passam de flexibilização de garantias fundamentais para se buscar concretizar, a qualquer custo, a pretensão punitiva.

Corroborando a informação anterior, considere-se que, na primeira velocidade, são mantidos rigorosamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais, tendo como seu principal representante o aspecto da prisão propriamente dita.

A segunda velocidade, também chamada Direito Penal reparador, é caracterizada pela substituição da pena de prisão por penas alternativas (penas restritivas de direito, pecuniárias etc.), havendo, nesse momento, uma relativização das garantias penais e processuais penais.

A terceira velocidade do Direito Penal, ou Direito Penal do Inimigo, segundo Günther Jakobs, tem como característica principal a antecipação da punibilidade em razão da preponderância do Direito Penal do autor, a desproporcionalidade de penas as restrições de garantias penais e processuais.

A quarta velocidade do Direito Penal tem a sua essência diretamente relacionada ao Direito Penal Internacional. Por esta linha teórica, àqueles que ostentam ou ostentaram a posição de Chefes de Estado e que violaram tratados internacionais de Direitos Humanos devem ser aplicadas as normas do Tribunal Penal Internacional – TPI.

Especificamente em relação a este Tribunal, tem-se que, dentre os crimes de sua alçada, estão os crimes contra a humanidade, também denominados crimes de lesa-humanidade, que têm previsão no bojo do artigo 5º do Estatuto que instituiu o TPI, que podem ser compreendidos como uma ofensa a princípios gerais do Direito Internacional, que inquietam a comunidade internacional.

Desse modo, foram definidos como crimes de lesa humanidade, que devem ser submetidos ao TPI para julgamento, os seguintes: genocídio¹, crimes contra a humanidade², crimes de guerra³, e crimes de agressão⁴.

Atentando para a história do Direito Penal brasileiro, percebe-se a adoção da teoria das velocidades de Sánchez, revelando-se a adoção da segunda velocidade na flexibilização do cumprimento das penas previsto na parte geral do Código Penal e da terceira velocidade em diversas situações, conforme será demonstrado. A quarta velocidade também foi adotada, mas pode ser considerada como uma evolução negativa do Direito Penal da terceira velocidade.

Desta forma, o presente estudo propõe-se a pesquisar e analisar a suposta ilegalidade dos julgamentos dos crimes lesa humanidade, seja pelo Tribunal Penal Internacional – TPI, seja pelos Estados envolvidos, com a criação de tribunais de

¹ Destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

² Ataque sistemático ou generalizado contra a população civil.

³ Violações graves à Convenção de Genebra de 1949.

⁴ Violações descritas na Convenção da ONU de 1974.

exceção, pelo fato de que esta situação-problema, de real importância, não pode ser resolvida a partir de simples consultas bibliográficas.

Tal propósito decorre da seguinte indagação, estabelecida como questão-problema para a pesquisa: os julgamentos dos crimes lesa humanidade pelo Tribunal Penal Internacional, ou por outros tribunais de exceção, violam o princípio da soberania dos Estados e as garantias e direitos fundamentais do indivíduo?

Como hipótese primária de pesquisa, a ser confirmada ou refutada com o presente estudo, tem-se que: considerando que o Direito Penal deve ser utilizado como último recurso (*ultima ratio*), atendendo aos princípios da legalidade e da intervenção mínima, dentre outros, acredita-se que as teorias das velocidades do Direito Penal podem trazer efeitos práticos, favorecendo a solução ao problema da retomada do Direito Penal às suas formas mais primitivas.

Isso porque não passam de flexibilização de garantias fundamentais, afastando-se do sistema garantista e constitucionalizado, sugerindo que possam vir a causar prejuízos consideráveis para a sociedade, pois um dos bens jurídicos mais importantes do Direito que está em discussão é o direito à liberdade, bem como ao direito a vida, no caso de penas mais severas.

No que toca à metodologia, adota-se, como método de abordagem, o dedutivo, e, como método de procedimento, o descritivo. Para a coleta de dados será utilizada, principalmente, a pesquisa bibliográfica, constituída principalmente de livros e artigos científicos, muito embora a pesquisa documental também possa vir a ser utilizada por meio de documentos como reportagens de jornal, estatísticas criminais, documentos oficiais, dentre outros.

2 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL NO MUNDO

Somente é possível compreender as peculiaridades e consequências do Direito Penal do Inimigo caso se entenda, em linhas gerais, a modificação pela qual passou o Direito Penal ao longo de sua evolução, e como se instauraram os limites ao poder punitivo do Estado.

De acordo com Prado⁵, o Direito Penal sofreu inúmeras modificações no que diz respeito a sua função, pois em seus primórdios sua função contemplava uma dimensão eminentemente teológica ou privada, em que se buscava proteger apenas os interesses divinos. Nesse cenário, consideravam-se crimes e passíveis de penalização toda conduta que atentava contra a divindade.

Na atualidade, o Direito Penal moderno tem como sua função a proteção de bens jurídicos declarados pelo Estado, identificados nos valores existentes em cada contexto social. Deste modo, pode-se concluir que se está diante da identificação do bem, e não ao contrário, já que não incumbe ao legislador criar estes bens, apenas identificá-los dentro do contexto social e garantir sua tutela por meio de seu reconhecimento como tais na norma.

Anote-se que, na criação destes bens jurídicos, não deve ser observado o critério da subjetividade do legislador, pois, ao identificá-los, é preciso aferir se eles respeitam os princípios limitadores. Isso se deve porque o Direito Penal é o ramo do direito que age de forma coercitiva em favor da proteção de bens jurídicos fundamentais. Portanto, por ser um poder de coerção, deve ser usado sempre em *ultima ratio*, e por isto é preciso observar os limites do Direito Penal quando se trata da atuação do legislador por meio dos princípios constitucionais, motivo pelo qual se faz necessário, primeiramente, analisar as funções do Direito Penal.

2.1 A função do direito penal

O Direito Penal, segundo ensinamentos de Santos,⁶ é o ramo do ordenamento jurídico que define crimes e descreve as condutas proibidas às quais são cominadas penas. É ele, ainda, que prevê medidas de segurança aplicáveis

⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

⁶ SANTOS, Juez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 10. ed. Curitiba: ICPC, Lúmen Júris, 2015, p. 3.

aos autores das condutas incriminadas. Diante disto, nota-se que o Direito Penal tem por objetivo as ações ou omissões descritas, de forma positiva, como tipos penais.

De acordo com Queiróz⁷, a ordem jurídica e o Estado são o reflexo ou a superestrutura de determinada ordem social, incapazes, por si mesmos, de regular a convivência de modo organizado e pacífico. Em observância a este fator, o Direito, como norma de conduta, padroniza coercitivamente determinados comportamentos, não podendo ser compreendido senão em consonância com o sistema social em que se insere.

Semelhantes são os ensinamentos de Bitencourt,⁸ para quem o Direito Penal é reconhecido como sendo o conjunto de normas jurídicas que objetiva a caracterização de delitos, ou seja, ações que causem dano ou perigo a determinado bem jurídico, como também a determinação de suas sanções, seja m elas concernentes à aplicação de pena ou de medida de segurança.

Logo, este conjunto de normas e princípios tem a finalidade de criminalizar condutas intoleráveis para a sociedade, visando sua aplicação nos casos concretos, sempre observados por princípios fundamentais, assumindo seu papel valorativo e essencialmente crítico⁹.

Cumprе ressaltar que as regras de convivência nascem naturalmente dentro de uma sociedade, o que leva a entender que esta imposição de regras de convívio são tão naturais quando o simples fato do ser existir.

Neste sentido são os ensinamentos de Prado¹⁰, que salienta ser objetivo do Direito Penal proteger o funcionamento, diante de um fato socialmente danoso dentro do sistema social. Logo, a sua missão é assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas, garantindo assim as expectativas indispensáveis para a ordem social através da imputação de condutas.

Não é demais frisar que, nos tempos pretéritos, o Direito Penal assumia apenas a função de punição, pois se buscava apenas uma proteção teológica, privativa de um estado vinculado ao clero, excluindo a intervenção social. Os interesses sociais, neste período, pouco importava para os que exerciam o poder

⁷ QUEIRÓZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21.

⁸ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 02.

⁹ Idem, p. 2.

¹⁰ PRADO, op. cit., p. 40-42.

político estatal, já que o império e o clero apenas visavam proteger e legitimar os seus próprios interesses, usando o discurso de detentores dos interesses sociais em favor de Deus. Tal conduta é inaceitável na atualidade.

Por isso, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, o Direito Penal assumiu a função de proteção da sociedade, buscando não só aplicar o seu poder punitivo diante das ameaças ou danos aos bens jurídicos protegidos, como também a função de criar limites jurídicos ao poder Estatal, sempre em seu sentido democrático.

Desta feita, e considerando que a função limitadora do Direito Penal é a proteção de valores relevantes para a sociedade, respeitando os princípios e normas declaradas na Constituição da República de 1988, ou seja, a proteção de bens jurídicos, objetivando proteger condutas, um valor-ação, conforme defende Prado,¹¹ *in verbis*:

A sua concepção dos valores ético-sociais da ação, a ameaça penal deve contribuir para o asseguramento dos interesses individuais e coletivos fundamentais, através do valor-ação. Daí, ser o delito formado de um desvalor da ação e de um desvalor do resultado.

Vale ressaltar que os homens vivem em constante transformação, e dentro de uma sociedade existem inúmeros grupos com éticas diferenciadas. Com isto, deve-se observar quando o tipo penal não estiver mais enquadrado no contexto atualizado da sociedade e, devido a esta mudança constante que a sociedade vive, é que não se pode falar em harmonia social, e muito menos que o Direito Penal busca esta harmonia.

Isso se deve porque a sociedade vive num sistema de conflitos de interesses, tornando essencial a atuação do Direito Penal perante as soluções destes conflitos, o que se dá através da norma penal, que faz surgir um poder do Estado de exigir que não se pratiquem ações delituosas. E, com isto, a tutela penal tem o dever de considerar o juízo de valor dos atos, para considerá-los delituosos, em função de a norma penal exprimir os valores presentes na sociedade.

Ademais, como se vive em Estado Democrático de Direito, e sendo a Constituição a fonte principal para a criação das normas, entende-se que "o Direito

¹¹ PRADO, op. cit., p. 45.

Penal tem a missão de proteger a normal convivência dos indivíduos na sociedade, evitando possíveis comportamentos socialmente danosos".¹²

Nesse contexto é que Prado¹³ salienta:

O Estado de direito como Estado constitucional surge fundado na ideia de liberdade dos indivíduos, das comunidades, dos povos e, por ela, busca-se a limitação do poder político. Este estado de liberdade plasma um estado de espírito: o homem como centro onipresente da esfera política.

Não se pode ignorar que a sociedade é incapaz de regular, por si mesma, a convivência de modo organizado e pacífico, motivo pelo qual o Direito Penal passou então a assumir esta finalidade, como se observa Queiróz: ¹⁴

O direito penal, como norma de conduta, padroniza coercitivamente certos comportamentos, não pode ser compreendido senão em referência (e a partir) ao sistema social em que se insere. Porque as normas jurídico-penais, consideradas em face do sistema social e do próprio direito, não são senão um dos muitos instrumentos dirigidos à socialização do homem.

Importante se faz ressaltar o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, o que foi concebido com a evolução desse ramo do direito. E, por isto, protege bens jurídicos apenas em *ultima ratio*.¹⁵

Seu caráter subsidiário se dá porque supõe a atuação principal dos meios de proteção mais efetivos do instrumental sociopolítico e jurídico do Estado, já o seu caráter fragmentário surge porque não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição de 1988, protegendo apenas parcialmente os bens jurídicos relevantes para proteção penal.¹⁶

A esse respeito disserta Queiróz,¹⁷ para quem a natureza subsidiária do Direito Penal, diante de outras formas de controle social, decorre do fato do Direito Penal constituir a forma mais violenta de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, não se justificando uma lesão a liberdade se se dispõe de meios menos gravosos e mais adequados de intervenção, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade.

¹² PRADO, op. cit., p. 47

¹³ Idem, p. 73.

¹⁴ QUEIRÓZ, op. cit., p. 21.

¹⁵ SANTOS, op. cit., p. 5.

¹⁶ Idem, p. 5.

¹⁷ QUEIRÓZ, op. cit., p. 29.

Em relação ao caráter fragmentário, Queiróz ¹⁸ destaca que o Direito Penal não constitui um sistema exaustivo de ilicitudes ou de proteção de bens jurídicos, mas sim descontínuo e fragmentário, já que sua intervenção pressupõe o insucesso de intervenções outras, jurídicas ou não.

Ademais, o Direito Penal seleciona condutas, atendendo a relevância do bem jurídico e segundo a intensidade da lesão de que se trate, em face de sua gravidade, outorgando-lhe uma proteção não absoluta, mas relativa.

Portanto, o subsistema penal deve ocupar, dentro do sistema social, um papel secundário, fato que diminui a sua intervenção, isto porque sua função é subsidiar a vigência, em última razão, de outras instâncias de controle. ¹⁹

Ao deixar de avaliar a norma penal conjuntamente com os valores morais, sociais, econômicas, ou seja, os valores presentes em cada contexto social, a atuação do legislador se torna ilimitada, desrespeitando as garantias e limites previstos na Constituição, como se extrai dos ensinamentos de Bitencourt: ²⁰

A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que os resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um Estado Pluralista e Democrático.

Não há como negar, portanto, que o Direito Penal objetiva exercer a função de declarar e proteger os bens jurídicos relevantes para vida social. Para tanto, o direito tem que se aproximar da sociedade para que se evite a anomia, que se dá quando a sociedade não interioriza uma norma. Ao criar as normas o legislador não pode deixar de observar o que de fato é relevante dentro do núcleo social, para medida de proteção dos bens jurídicos que dentro dele são identificados, sempre respeitando os direitos fundamentais presentes dentro de um Estado Democrático de Direito.

2.2 Evolução do conceito de bem jurídico penal

¹⁸ QUEIRÓZ, op. cit., p. 31.

¹⁹ Idem, p. 21-22.

²⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 12.

Apesar do conceito de bem jurídico ser reconhecido a partir do movimento liberal, pode-se visualizar nos Estados teocráticos a aplicação de uma pena a ato considerado criminalmente lesivo. Este ato de proteção a um bem, devido a Deus, mesmo que não estudado como conceito de bem jurídico, mostra -se relevante, e pertinente à observação de sua existência neste período.

Nessa esteira são os ensinamentos de Prado,²¹ que destaca:

Em eras pretéritas, o ilícito penal aparece contemplado em uma dimensão eminentemente teológica ou privada. Assim, “na união social pré-histórica, que se funde na comunidade de sangue e ainda não distingue o mandamento de Deus do estatuto do homem, o *crimen* é um atentado contra a divindade e a pena a eliminação ou expulsão dos agressores à associação cultural, se bem que como sacrifício à divindade, num primeiro momento.

Cumprê ressaltar que as primeiras delimitações sobre o conceito moderno de bem jurídico iniciou-se com Feuerbach, no período iluminista, que construiu um processo totalmente desvinculado de noções ético-religiosas. Desde então o delito passou a ser visto como uma violação do pacto social, buscando o favorecimento e garantia dos bens individuais, e a pena utilizada apenas como instrumento de prevenção.

Assim, o bem jurídico passa a corresponder ao de direito subjetivo, um dos bens fundamentais para a existência da tutela do Estado.²²

Anota-se que o essencial do conceito de bem jurídico para Feuerbach não seria o fato da conduta lesiva se direcionar contra uma coisa do mundo real, “o objeto de proteção, integrado por uma faculdade jurídica privada ou uma atribuição externa e individual constitutivas de direito subjetivo, representa o núcleo essencial do fato punível, sobre o qual se deve configurar o conceito jurídico de delito”.²³

A prioridade era preservar os direitos existentes em um contrato social, objetivando a proteção do homem como indivíduo social, pois, neste período, o homem assumiu uma posição central em um Estado que estaria passando por um processo de separação entre o direito e a moral.

²¹ PRADO, op. cit., p. 27.

²² COPETTI, André. **Direito penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 91.

²³ PRADO, op. cit., p. 29.

O objeto do delito tinha que ser necessariamente um direito subjetivo natural da pessoa, um dos bens fundamentais para cuja tutela existia o Estado, e que seriam a vida e os meios necessários à sua preservação, como a liberdade, à saúde, os membros ou os bens. Em suma, o crime é a ação que contradiz ao direito de outrem.²⁴

Ressalta Paschoal²⁵ que “ao aduzir que o Direito Penal tem por fim a proteção de direitos subjetivos, Feuerbach objetivava não limitar, mas fundamentar (ou legitimar) o poder punitivo estatal”.

Nota-se que os direitos individuais do homem passaram a ser o único foco de proteção, apesar do poder-dever para realizar esta proteção estaria nas mãos do Estado. Porém, os interesses coletivos, como a proteção dos bens do Estado, não estariam atribuídos como bens necessários de proteção pelo Direito Penal.

Em um momento posterior surgiu a materialização do objeto de proteção do Direito Penal, ao qual Birnbaun propôs que o Direito Penal não visa à defesa de direitos subjetivos e sim de bens, o objeto sobre o qual o direito subjetivo recai.²⁶

Com a concepção materialista de bem jurídico, construída por Birnbaun, visando a substituição de um direito subjetivo desenvolvido por Feuerbach, o bem jurídico passou a ter uma relevância individual ou coletiva consolidado diretamente na realidade.²⁷

A esse respeito Navarrete, citado por Prado,²⁸ pontua:

Há um afastamento de Birnbaun em relação à tese de Feuerbach em três pontos: na configuração do conceito de bem comum, na ampliação do fim do Estado e na renúncia de extrair a doutrina, do objeto do delito, os postulados das condições de vida em sociedade, como haviam feito o iluminismo e o liberalismo originário.

Com o surgimento do positivismo, o Direito Penal assumiu diversas direções metodológicas. Iniciando com Binding, surgiu então uma dimensão formal, o delito consiste então na ofensa ao direito de obediência estatal, ou seja, bem jurídico é tudo aquilo que o legislador entende como relevante para a ordem jurídica.²⁹

²⁴ PRADO, op. cit., p. 29.

²⁵ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 27.

²⁶ PASCHOAL, op. cit., p. 27.

²⁷ COPETTI, op. cit., p. 92.

²⁸ PRADO, op. cit., p. 32.

²⁹ Idem, p. 32-33.

Segundo Paschoal ³⁰ “o bem jurídico para Binding, é tudo que aos olhos do legislador tem valor como condição de vida da comunidade jurídica, e, para cuja manutenção, a sociedade, também a critério do legislador, tem interesse em proteger de lesões, ou perigo, por meio de suas normas”.

Neste ponto é mister frisar que uma primeira característica é a harmonia absoluta entre a norma e o bem jurídico, o bem jurídico necessário da proteção do Direito Penal é determinado exclusivamente pela norma. Outra característica é a liberdade absoluta do legislador na criação das normas que determinam os bens jurídicos, “os bens, são, nessa concepção, uma criação exclusiva do legislador, que atua sem outra limitação que não a sua própria consideração, imposta somente pela lógica”. ³¹

Contrariando Binding, para Franz Von Linszt o bem jurídico não é um conceito exclusivamente criado pela norma, pelo contrário o bem jurídico preexiste à norma, sendo ele identificado pelo legislador no cenário social, como salienta Prado: ³²

O bem jurídico constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador. [...] Isto porque o fim do direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa.

Salienta Paschoal, ³³ ao observar que “tanto Liszt quanto Binding partiram do mesmo ponto, separando-se na sequência, pois, a seu ver, Binding fez da norma a pedra angular de todo o sistema do Direito Penal, tendo sido o seu vício capital conceber o delito de modo puramente formal, como ofensa ao dever de obediência”.

Franz Von Liszt, juntamente com Beling, criaram a teoria casual da ação, regida pela lei da casualidade, onde a vontade humana estaria composta por duas partes distintas, mas complementares, uma delas seria a vontade objetiva, correspondente ao movimento corporal, natural ou mecânico, chamado de processo casual da ação, a outra é a vontade subjetiva que seria o conteúdo final da ação. ³⁴

A partir do conceito clássico de delito criado por Von Liszt e Beling, a teoria da ação seria a representação de uma ação que produz uma modificação no resultado. Esta teoria foi muito importante, surge à visão tripartida do delito, a

³⁰ PASCHOAL, op. cit., p. 30.

³¹ COPETTI, op. cit., p. 92.

³² PRADO, op. cit., p. 35.

³³ PASCHOAL, op. cit., p. 33.

³⁴ QUEIROZ, op. cit., p. 134

vontade objetiva é representada pela tipicidade e antijuridicidade, já a vontade subjetiva representa a culpabilidade diante da ação, com isto, pela primeira vez foi desenvolvida a separação entre a antijuridicidade e a culpabilidade.³⁵

Nesse cenário o bem jurídico surge então através da experiência, para Franz Von Linszt, e serve como ponto de união entre a política criminal e o direito penal, o delito passa a ser toda ação ou omissão culpável, típica e antijurídica, que objetiva proteger bens jurídicos identificados dentro da realidade social, devendo ser identificado pelo legislador e não criado por ele.

2.3 O bem jurídico penal e o estado democrático de direito

Inicialmente cumpre ressaltar que o conceito de Estado Democrático de Direito desenvolveu-se a partir da instituição do Estado Liberal de Direito, conforme caracteriza Copetti,³⁶ para quem houve uma reestruturação do próprio Direito Penal. E o autor acrescenta as seguintes características:

[...] a) pelo afastamento das ideias transpessoais do estado como instituição ou ordem divina, tornando-se apenas uma coisa pública destinada a satisfazer os interesses dos indivíduos, o que mais tarde revelou-se como sendo os interesses da burguesia. b) limitação dos fins e tarefas do Estado à garantia da liberdade e segurança da pessoa e da propriedade individual; c) organização e regulamentação da atividade estatal segundo princípios racionais de modo a construir uma ordem estatal justa: reconhecimento dos direitos individuais garantia dos direitos adquiridos, independência dos juízes, responsabilidade do governo, prevalência da representação política e participação desta no poder; d) conceito de lei como eixo de concretização constitucional do Estado de Direito; e) esta lei é juridicamente vinculante para a administração.

Contudo, a solidificação surgiu a partir da ideia de um Estado Social de Direito, pois o Estado de Direito deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, com a pretensão de realização da justiça social.³⁷

A partir da Constituição da República do Brasil de 1988, passou-se a adotar o Estado Democrático de Direito como sistema de nosso governo, legitimando todo o poder à sociedade, devendo este ser exercido por seus representantes

³⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 257.

³⁶ COPETTI, op. cit., p. 53-54.

³⁷ Idem, p. 55.

devidamente eleitos pelo povo, conforme está previsto no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988.

Neste aspecto, o sistema e o discurso penal jamais devem se desenvolver longe da ótica dos interesses sociais, uma vez que, se o direito serve ao homem, e não ao contrário, o exercício de poder do sistema penal deve pressupor esta antropologia filosófica básica ou costume regional do homem.

Anote-se que a Constituição da República do Brasil de 1988 é que determina o perfil do Estado, assinalando os fundamentos, objetivos e princípios basilares, que direcionam as demais áreas do direito. O direito, em especial o Direito Penal, que manifesta a soberania do Estado, deve expressar esta conformação político - jurídica sugerida pela Constituição vigente. ³⁸

A hierarquia existente entre a Constituição e o Direito Penal, não é apenas formal, mas funcional e axiológica. Isso se deve porque a norma presente no texto legal apenas tem validade, e obriga os jurisdicionados, quando visa a realização dos fins constitucionais e prestigiam os valores existentes em cada contexto histórico-cultural da sociedade, valores estes que são identificados como bem jurídicos. ³⁹

Não é demais frisar que o que estruturou o atual modelo de Estado Democrático de Direito é a proteção aos direitos fundamentais e a garantia de princípios presentes na Constituição. Sendo assim, cria-se mais uma fonte de limitação do Poder Estatal sobre o individual, garantindo maior legitimidade na atuação do Estado, principalmente diante da atuação do poder punitivo.

Como já visto, o Direito Penal tem a função de regular os conflitos existentes dentro de uma sociedade e limitar o poder punitivo do Estado diante das resoluções dos conflitos.

A frente da inexistência deste instrumento limitador, permite-se a atuação inquisitória do Estado, verticalizando toda soberania, fato este que é contrário a Constituição de 1988, que em seu artigo 1º, parágrafo único determina: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. ⁴⁰

³⁸ QUEIROZ, op. cit., p. 33

³⁹ Idem, p. 35.

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%E7ao_Compilado.htm. Acesso em: 22 set. 2018. .

Anote-se que o vínculo entre o Direito Penal e o Estado é estreitíssimo, justamente pelo fato do Estado ser responsável por ditar as regras jurídico-penais e ser o detentor do poder punitivo. Esta hierarquia não é apenas formal, mas também funcional e axiológica, no sentido em que suas disposições somente têm validade e obrigam quando correspondem as funções declaradas do Direito Penal.

Não é demais frisar que por representar o mais violento instrumento normativo de regulação social, o Direito Penal por este motivo deve ser utilizado quando não houver mais alternativas disponíveis nos outros procedimentos extrapenais, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, direito este constitucionalizado como parte dos Direitos Fundamentais.⁴¹

De acordo com Zaffaroni,⁴² pode-se sustentar a importância de não exceder com o exercício do Poder Punitivo na realidade social, e acrescenta o autor:

Na realidade social, o verdadeiro e real poder do sistema penal não é o poder repressor que tem a mediação do órgão judicial. O poder não é mera repressão (não é algo negativo); pelo contrário, seu exercício mais importante é positivo, configurador, sendo a repressão punitiva apenas um limite ao exercício do poder.

Neste sentido, visa-se à importância de uma adequação antropológica do legislador, conforme ensina Zaffaroni,⁴³ para quem não “existe teoria que tenha força suficiente para vencer uma estrutura que se interioriza, desde cedo, na vida das pessoas, se não vier acompanhada de um fato de particular evidência, que opere como “choque” com a realidade”.

Ademais, o Estado empenha-se num aumento do aparato legal o que implica na necessidade de atuação de outros órgãos, em especial o Legislativo, em apresentar respostas rápidas ao problemas da criminalidade, através da atividade legislativa, o que acaba acarretando sérios problemas na realização do Estado social e, conseqüentemente, na impossibilidade de realização do Estado Democrático de Direito.

⁴¹ COPETTI, op. cit., p. 87.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 22-23.

⁴³ Idem, p. 38.

Sendo assim, o poder estatal hoje exercido não pode ser considerado fundamentado eticamente em noções humanistas, por não ter a capacidade de cumprimento da função que lhe é atribuída ou, pelo menos, que deveria ser atribuída no atual estágio do desenvolvimento cultural da humanidade, devido ao excesso de leis, acaba-se criminalizando parte, ou até mesmo todos, os indivíduos da sociedade⁴⁴.

Segundo Prado,⁴⁵ visto que o Direito Penal visa declarar e proteger bens jurídicos, garantindo aos indivíduos uma vida de paz em sociedade, isto quer dizer que, em cada situação histórica e social os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas, denominados bem jurídicos, sendo função do Direito Penal assegurar o uso e gozo destes bens.

Destarte, a concretização do bem jurídico como um juízo de valor do ordenamento positivo, dentro do Estado Democrático de Direito, deve levar em consideração algumas condições, conforme especifica Prado:⁴⁶

[...] 1) o legislador não é livre em sua decisão de elevar à categoria de bem jurídico qualquer juízo de valor, estando vinculado às metas que para o Direito Penal são deduzidas da Constituição. 2) que com o anterior somente se assinalou o ponto de vista valorativo para se determinar o conteúdo material do bem jurídico, ficando ainda para serem desenvolvidas as condições e funções em que se baseia esta sociedade dentro do marco constitucional. 3) um tipo penal seja portador de um bem jurídico claramente definido não significa já a sua legitimação; é necessário, ainda, que só seja protegido, diante de ações que possam realmente lesioná-lo ou colocá-lo em perigo.

Ressalta-se que o Estado de Direito como estado constitucional surge fundado na ideia de liberdade dos indivíduos, ideia esta que torna o homem como centro onipresente da esfera política, implica referência ao homem como sujeito que dá sentido à sua existência.⁴⁷

Por fim, cumpre ressaltar que a liberdade supracitada, considerado inclusive um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, parte do pressuposto de que a lei só existe em favor da sociedade e nunca o contrário, visando à adequação da sociedade à legislação de maneira totalmente arbitrária.

⁴⁴ COPETTI, op. cit., p. 89.

⁴⁵ PRADO, op. cit., p. 63.

⁴⁶ Idem, p. 64.

⁴⁷ Idem, p. 72.

2.4 Princípios limitadores do poder punitivo estatal

Inicialmente cumpre ressaltar que os princípios têm a função de ampliar a compreensão e interpretação das normas, visando uma melhor aplicação do Direito Penal inserido em um Estado Democrático de Direito.

Ao lado das regras, os princípios são normas jurídicas que objetivam limitar a vontade subjetiva dos juristas, ou seja, detém caráter de controle de constitucionalidade das leis baseadas muitas vezes apenas na vontade subjetiva do legislador, gerando conseqüentemente leis contrárias à Constituição da República de 1988.

O primeiro princípio é denominado de princípio da legalidade, também conhecido como princípio da reserva legal, que tem como principal função limitar o poder punitivo do Estado, a subjetividade de seus julgamentos, fazendo com que o Estado atue apenas com base na norma em vigor.

Segundo Bitencourt⁴⁸, trata-se o princípio da legalidade de corolário que ressurgiu com a Revolução Burguesa, sendo inspirado nos ideais publicados por Beccaria, e tinha como finalidade maior evitar os abusos ocorridos no poder absolutista. Trata-se de enunciado relacionado à possibilidade de se intervir na consecução do poder punitivo estatal, com a imposição de limites a tal intervenção, de modo que ela não seja absoluta.

Sobre a função limitadora do princípio da legalidade, assim pontua Gomes⁴⁹:

A consequência mais importante derivada da constitucionalização do princípio da legalidade criminal e penal, contemplada no já mencionado artigo 5º, XXXIX (“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”), assenta-se na sua força vinculante, inclusive e especialmente em relação a todos os poderes públicos. Até mesmo o legislador, destarte, a ele está subordinado. Isto significa sobretudo que não lhe é lícito abrir mão do monopólio “tendencialmente absoluto” (no sistema brasileiro) de definir crimes e estabelecer sanções.

Devido ao objetivo de limitar o poder punitivo do Estado, é indispensável a que se estabeleça vedação às leis vagas, indeterminadas e imprecisas, pois estas proporcionam com facilidade o entendimento subjetivo do julgador. Isto acontece

⁴⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 13.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 2, p. 35-36.

quando o legislador utiliza-se de forma excessiva de conceitos que necessitam de contemplação valorativa, deixando vaga a determinação da conduta proibida, e sendo assim ameaçando a segurança jurídica e inclusive o princípio da legalidade.

50

A aplicação do princípio da legalidade assegura que ninguém será punido ou julgado de forma distinta do que a norma prevê, inclusive possibilita o prévio conhecimento dos crimes e das penas a eles estipulados.

Nesta garantia inclui-se a atuação do legislador ao determinar penas para determinadas condutas, a aplicação destas penas conforme o entendimento do julgador e pôr fim a administração da execução destas penas.

Visando o funcionamento do sistema penal, Zaffaroni ⁵¹ sustenta que:

O sistema penal não respeita a legalidade porque, para o verdadeiro e fundamental exercício de poder (o exercício de poder positivo configurador disciplinante), a própria lei se ocupa de renunciar à legalidade, concedendo amplíssima margem de arbitrariedade a suas agências.

Importante ressaltar que o princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado democrático de Direito, isto porque o significado político deste princípio está expresso nas formulas de *lex praevia*, de *lex scripta*, de *lex stricta* e de *lex certa*.

Em outras palavras, fica proibido a retroatividade como agravamento da pena de fato anterior, a utilização do costume como agravamento de crime e penas, o uso da analogia como método de criminalização e a indeterminação dos tipos legais e das sanções aplicada. ⁵²

O segundo princípio limitador à função punitiva do Estado é o da intervenção mínima. Segundo este princípio, o emprego do poder punitivo do Estado, ao criminalizar uma conduta, só terá sua legitimidade se utilizar os meios necessários para a proteção de determinado bem jurídico, caso existam outros meios cabíveis para conferir esta proteção, a criminalização se apresenta inadequada.

Anote-se que o princípio da intervenção mínima é também conhecido como *ultima ratio*, isto significa que, o Direito Penal deve atuar apenas quando não

⁵⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 15.

⁵¹ ZAFFARONI, op. cit., p. 28.

⁵² SANTOS, op. cit., p. 20.

existem outros ramos do direito capaz de dar a tutela devida aos bens relevantes na vida da própria sociedade.⁵³

O Direito Penal tem a finalidade de organizar e garantir a paz dentro da sociedade, bem como limitar o poder punitivo do Estado, conforme já foi mencionada, por isto a importância da aplicação deste princípio. Com o abuso da criminalização e da penalização, contrariando o princípio em questão, direciona-se à um descrédito não só do Direito Penal, como também de sua sanção criminal, e também possibilita o aumento da população que vive à margem da criminalização.

54

Vincula-se, portanto, o princípio da intervenção mínima com a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal. Isso se deve porque, em relação ao primeiro exige-se que se criminalize um número mínimo de conduta humana, apenas o que realmente for relevante diante da proteção penal, já em relação à característica da subsidiariedade, se dá pela atuação sancionatória do Direito Penal, que só deve ser aplicado quando não for solucionado por outro ramo do direito.

Ao se fazer menção ao direito penal mínimo, deve-se obrigatoriamente remontar a Beccaria⁵⁵, cujas ideias contra penas desumanas e torturas têm repercutido até os dias de hoje. Para ele, o princípio da intervenção mínima estava relacionado à incidência mínima de pena.

Ou seja, partia-se da noção da mínima intervenção estatal na esfera das liberdades da pessoa, apregoando-se, ainda, como corolário expressivo de tal concepção, a necessidade de se aplicar a menor pena possível diante das circunstâncias da infração cometida.

Isso porque, para ele, “[...] a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada lei”⁵⁶, sob pena de representar a penalidade imposta verdadeiro “[...] ato de violência contra o cidadão”⁵⁷. A partir dessa concepção de Beccaria é possível, ainda, extrair outro princípio limitador da ação punitiva estatal, qual seja, o princípio da proporcionalidade, sobre o qual se versará mais à frente.

⁵³ BITENCOURT, op. cit., p. 17.

⁵⁴ Idem, p. 18.

⁵⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 16.

⁵⁶ BECCARIA, op. cit. p. 107.

⁵⁷ Idem, p. 107.

Por hora, se fará menção ao princípio da lesividade, também conhecido por princípio da ofensividade, que visa tipificar tão somente os crimes que representarem um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penal, por isto são inconstitucionais os crimes que forem considerados de perigo abstrato.

58

Segundo o artigo 3º da Constituição, é objetivo fundamental construir uma sociedade livre, portanto nenhum ato que venha a restringir a liberdade pode ser tolerado, exceto quando houver abuso em seu exercício e disto gerar dano à liberdade de terceiros.

O princípio da lesividade serve inclusive para justificar a necessidade das proibições e penalizações diante da ofensa a um bem jurídico, não apenas com a função de proteção a estes bens. Ferrajoli sustenta que independente de conceitos individuais, a necessária lesividade do resultado, condiciona toda justificação da utilização do Direito Penal como instrumento de tutela de bens jurídicos.⁵⁹

O foco principal atribuído ao princípio da lesividade é o bem jurídico protegido em tipos legais. Este princípio visa o bem jurídico tanto no ponto de vista quantitativo, que tem por objetivo a extensão da lesão ao bem jurídico, quando no ponto de vista qualitativo, que tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado.

60

Visando a criminalização da conduta de acordo com a lesão ao bem jurídico, a questão qualitativa da natureza do bem jurídico, vista no princípio da lesividade, impede a criminalização primária ou secundária excludente ou redutora das liberdades constitucionais de pensamento, de consciência e de crença, de convicções filosóficas e políticas ou expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, garantidas pela Constituição da República acima de qualquer restrição da legislação penal.

Por outro lado, do ponto de vista quantitativo da extensão da lesão do bem jurídico, está excluído pelo princípio da lesividade a criminalização primária ou secundária de lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos não constituem crime.⁶¹

⁵⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 27.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 428.

⁶⁰ SANTOS, op. cit., p.25.

⁶¹ SANTOS, op. cit., p.26.

Com isto, é possível que se perceba a importância de se identificar o bem jurídico penal, já que ele é o responsável por definir a lesividade, determinando o grau de proteção necessário pra evitar a ofensa a ele oferecida, proporcionando subsídios para a função do legislador, como se extrai dos ensinamentos de Bitencourt⁶²:

[...] a atribuição do legislador de legislar, isto é, de elaborar os diplomas legais, a despeito da previsão constitucional, não é absoluta e não esgota em definitivo o direito de estabelecer o limite do *ius puniendi* estatal. Com efeito, como esta atividade parlamentar pode apresentar-se de forma incompleta ou imperfeita ou, por alguma razão, mostrar-se insatisfatória, vaga, exageradamente extensa ou inadequada no âmbito de um Estado Democrático de Direito, o juiz, no exercício de sua função jurisdicional, deve corrigir eventual imperfeição da norma legislativa para adequá-la aos princípios norteadores dessa modalidade de Estado de Direito.

Para que haja uma harmonia no sistema jurídico, não apenas no sistema jurídico penal, como em todas as outras áreas, as normas devem manter correção de acordo com o regulamento da própria Constituição da República. E quando ocorrer qualquer equívoco devem ser recompostos, pelo Poder Judiciário, que é visto como o Guardião da própria Constituição. ⁶³

Pode se notar que o princípio da lesividade, não serve apenas como limitador do legislador, impondo exigências em sua atuação, mas também, sobre a atuação dos juízes, aos quais são encarregados de verificar, concretamente, a existência e a intensidade da lesão, seja para considerar as condutas atípicas ou típicas, ou mesmo para eleger e dosar a pena que deverá ser aplicada em cada caso concreto.⁶⁴

Além destes, tem-se, ainda, o princípio da proporcionalidade, cuja essência foi inserida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo a qual, em seu artigo 15, “[...] a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”⁶⁵.

Em outras palavras, deve-se guardar proporcionalidade entre a sanção aplicada e a gravidade do crime cometido. Cesare Beccaria⁶⁶ seguiu em sua obra

⁶² BITENCOURT, op. cit., p. 29.

⁶³ Idem, p. 29.

⁶⁴ QUEIROZ, op. cit., p. 61.

⁶⁵ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2019.

⁶⁶ BECCARIA, op. cit., p. 16.

nesse mesmo sentido, ao asseverar que “[...] os crimes só podem ser medidos pelo prejuízo que causam à sociedade [...]”, expressando a sua ideia de pena justa da seguinte forma:

Para que uma pena seja justa deve ter apenas o grau de rigor que seja necessário para desviar os homens do crime. Ora não há homem que possa hesitar entre o crime e o risco de perder para sempre a liberdade por mais vantagens que este prometa⁶⁷.

Para o autor, a severidade imposta aos castigos não deve servir tão somente como um espetáculo para imposição da força e ordem. Antes, deve ela ter sua aplicação direcionada tão somente ao ideal de punição do próprio crime, o que faz com que a principal função do princípio de proporcionalidade seja a de adotar critérios capazes de definir a sanção conforme o delito que foi praticado. Isso porque, a seu ver, para que se possa considerar uma pena como sendo justa ela deve ser necessária⁶⁸.

Diante de tais apontamentos, o princípio da proporcionalidade se mostra como um limitador do poder punitivo estatal na medida em que, segundo Ferrajoli⁶⁹, ele estabelece a necessidade de se manter uma proporção entre a gravidade da ação perigosa e da lesão possível de ser produzida para salvaguardar o bem jurídico pretendido.

Cumprido ressaltar, contudo, que, de acordo com Bitencourt⁷⁰, embora tenha sido mencionado por Beccaria em sua obra, o princípio da proporcionalidade é decorrente do constitucionalismo moderno, procedendo das ideias iluministas. Trata-se de enunciado, conforme o autor, que deve ser compreendido a partir da concepção da necessidade de se realizar um juízo de ponderação entre o fim que se persegue por meio da cominação penal e a carga coativa da pena.

⁶⁷ Idem, p. 60.

⁶⁸ Idem, p. 68.

⁶⁹ FERRAJOLI, op. cit., p. 432.

⁷⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 37.

3 SEGURANÇA JURÍDICA

Nessa parte do trabalho, o propósito é discorrer sobre aspectos gerais relacionados à segurança jurídica. Sendo assim, inicialmente, propõe-se abordar acerca da soberania nacional, ressaltando a prevalência dos ditames da norma internacional sobre a interna, de modo a ressaltar o caráter interpretativo das mesmas diante dos princípios constitucionais e convencionais, o que se fará no subcapítulo seguinte.

3.1 Da soberania nacional: prevalência da norma internacional sobre a norma interna

Ao se fazer menção à noção de soberania é possível reportar-se a quatro concepções:

- a de soberania teocrática, cujas teorias apontam para a investidura dos governantes por Deus⁷¹;
- a de soberania democrática, que comporta em si duas teorias distintas – a desenvolvida pelo abade Sièxes, segundo a qual o poder não emana dos indivíduos e sim da coletividade, expressando-se a noção de soberania nacional, e a que atribui a soberania ao povo e não à nação, considerando que todo o poder emana do povo, sendo em seu nome exercido – ou seja, o poder, ao contrário da teoria anterior, não emana da coletividade e sim do indivíduo, expressando-se, desse modo, a noção de soberania popular⁷²;
- a de soberania interna, relativa à atuação governamental no território interno de cada Estado-nação. Sobre ela, assim leciona Accioly, Silva e Casella⁷³:

A soberania interna compreende os direitos:

a) de organização política, ou seja, o de escolher a forma de governo, adotar uma constituição política, estabelecer, enfim, a organização política própria e modificá-la à vontade, contanto que não sejam ofendidos os direitos de outros Estados;

⁷¹ MORAES, op. cit., p. 17.

⁷² Idem, p. 17.

⁷³ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 104.

- b) de legislação, ou seja, o de formular as próprias leis e aplicá-las a nacionais e estrangeiros, dentro, naturalmente, de certos limites;
- c) de jurisdição, ou seja, o de submeter à ação dos próprios tribunais as pessoas e coisas que se achem no seu território, bem como o de estabelecer a sua organização judiciária;
- d) de domínio — em virtude do qual o Estado possui uma espécie de domínio eminente sobre o seu próprio território;

- a de soberania externa, cuja concepção se confunde com a independência de cada Estado-nação no âmbito do direito internacional. Por ela, então, assegura-se a liberdade de atuação do Estado diante dos demais membros integrantes da comunidade internacional. Acerca da soberania externa, a lição de Accioly⁷⁴ é no seguinte sentido:

A soberania externa compreende vários direitos, entre os quais se salientam: o de ajustar tratados ou convenções, o de legação ou de representação, o de fazer a guerra e a paz, o de igualdade e o de respeito mútuo.

A soberania nacional é consagrada como o primeiro fundamento que norteia o Estado Democrático de Direito. Logo, num primeiro momento poder-se-ia afirmar, com base nesse princípio, que as normas internas devem prevalecer sobre as normas de direito internacional.

Porém, a questão não é tão simples e vários são os pontos a serem observados em tal discussão, sendo mister abordar, nesse ponto, duas em especial: a problemática da interpretação conforme a constituição e do princípio da interpretação constitucional e convencional e, ainda, a recepção dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, como se passa a expor.

3.1.1 Interpretação conforme a Constituição e princípios da interpretação constitucional e convencional

A Constituição Federal de 1988 é considerada o grande marco jurídico na transição do regime militar para o regime democrático no Brasil, apresentando desde seus primeiros artigos (arts. 1º e 3º) os fundamentos basilares para a construção de um Estado Democrático de Direito, ao caracterizar os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico. O texto, ao abordar de forma inovadora estes

⁷⁴ ACCIOLY; SILVA; CASELLA, op. cit., p. 104.

aspectos, obtém status de uma das Constituições mais avançadas no mundo nesta matéria.⁷⁵

A Constituição de 1988 também ampliou a dimensão dos direitos e garantias fundamentais, incluindo em seu rol, além dos direitos civis e políticos, os direitos sociais, econômicos, culturais, de interesses coletivos e difusos, de minorias vulneráveis, entre outros.⁷⁶

É a primeira Carta brasileira a acolher o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, conjugando os valores indissociáveis da liberdade e da igualdade.⁷⁷

Ademais, consagrou princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito que constituem a República Federativa do Brasil, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Ao tratar do conceito de soberania, assim leciona Moraes:⁷⁸

[...] um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos".
É a capacidade de editar suas próprias normas, sua própria ordem jurídica (a começar pela Lei Magna), de tal modo que qualquer regra heterônoma só possa valer nos casos e nos termos admitidos pela própria Constituição. A Constituição traz a forma de exercício da soberania popular no artigo 14 [...].

Outro princípio fundamental na orientação do Estado brasileiro em suas relações internacionais é a prevalência dos direitos humanos, consagrado no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988⁷⁹.

Ele representa o compromisso declarado pelo Brasil de promover os direitos humanos e se traduz na participação do País na elaboração de normas de Direito Internacional sobre o tema, na concretização efetiva da integração dessas regras, bem como na adoção de posição política contrária à Estados que violarem as garantias da pessoa humana.⁸⁰

⁷⁵ PIOVESAN, op. cit., p. 25.

⁷⁶ Ibid., loc. cit.

⁷⁷ Ibid., loc. cit.

⁷⁸ MORAES, op. cit., p. 35.

⁷⁹ Ibid., loc. cit.

⁸⁰ PIOVESAN, op. cit., p. 37-40.

Em harmonia com a atual ordem internacional, o poder constituinte de 1988, de forma inédita nas Constituições brasileiras, reconheceu o princípio da prevalência dos direitos humanos, rompendo com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, admitindo maior flexibilização e relativização, despendo-se de uma pretensão estratificada de completude, quanto à proteção de seus cidadãos.

Para que o princípio da prevalência dos direitos humanos fosse efetivamente concretizado no âmbito nacional e na esfera das relações internacionais travadas pelo Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, um sistema aberto diferenciado no tratamento dos direitos e garantias constantes nos tratados internacionais de direitos humanos em que o País seja parte, positivado no § 2^o⁸¹ de seu artigo 5^o.⁸² O dispositivo em comento representou um enorme no que tange à problemática da recepção das normas jurídicas internacionais sobre direitos humanos, pois autorizou a equiparação dos tratados internacionais sobre o tema às demais disposições constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, passível de integrar os planos nacional e internacional na proteção dos direitos humanos.

Nesse ponto é mister ressaltar que os Tratados Internacionais, à luz do Direito interno, vêm como uma forma de incremento do processo de integração internacional entre os Estados, sendo associado à perspectiva do fim do protagonismo estatal na construção das normas jurídicas de regência da sociedade humana. Observando-se que na economia globalizada, o direito não é mais “estatal-positivo”, mas sim “global-normativo”.⁸³

Todavia, a emergência deste contexto de integração política, econômica e social, não implica na rejeição do primado da soberania do Estado, já que os tratados, uma vez assinados e ratificados, devem ter seu conteúdo inserido nos respectivos direitos internos.

No campo da doutrina, duas grandes correntes (monista e dualista), que serão aprofundadas mais adiante, buscam demonstrar o que as normas

⁸¹ Artigo 5^o, § 2^o, Constituição Federal de 1988. 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 (BRASIL, 1988).

⁸² PIOVESAN, op. cit., p. 51.

⁸³ DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 01.

internacionais (tratados) e as internas têm em comum, e ao mesmo tempo se estas podem funcionar separadamente.⁸⁴

No entanto, a introdução dos tratados na ordem jurídica interna estabelece direitos e obrigações aos particulares. Esta introdução permitirá que as normas estabelecidas no tratado se imponham efetivamente, como qualquer outra norma de direito interno, perante todas as autoridades estatais, governantes e da administração, seja qual for o escalão de hierarquia em que se encontrem colocado, como também, perante as nacionais Estatais.⁸⁵

Por sua vez, esta relação entre os tratados e o direito interno, tem sido equacionada de acordo com vários importantes tópicos, sendo o primeiro deles e mais importante, o que consiste na avaliação da compatibilidade ou não nas estruturas entre os ordenamentos em causa, levando em conta as suas características intrínsecas.⁸⁶

Para solucionar a controvérsia causada pelo choque aparente entre as normas de Direito Interno e as normas internacionais, bem como para explicar a relação de hierarquia entre elas, a doutrina divide-se em duas concepções, de um lado a teoria monista, e de outro a corrente dualista.

Ao analisar um caso concreto, o juiz terá de optar por uma das duas, em caso de conflito entre o direito interno e o internacional, ou melhor dito, entre lei interna e tratado em vigor.⁸⁷

De acordo com a corrente do dualismo, deve-se conceber o Direito Internacional e o Direito Estatal como duas ordens jurídicas radicalmente distintas, que não se confundem.⁸⁸

Dallari (2003, p. 08) argumenta, que no dualismo, o direito internacional depende da vontade unilateral do estado, que em consequência o direito internacional não criaria obrigação para o indivíduo, a não ser que suas normas vissem transformadas em direito interno, ou seja, uma lei interna terá de ser criada para atender a uma obrigação contraída pelo Estado perante outros Estados soberanos.

⁸⁴ ACCIOLY, SILVA, CASSELLA, op. cit., p. 210

⁸⁵ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. **Droit International Public**. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, E.J.A., 1999, p. 210.

⁸⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 293.

⁸⁷ ACCIOLY, SILVA, CASSELLA, op. cit., p. 210

⁸⁸ GOUVEIA, op. cit., p. 294.

Desta forma, os tribunais do ordenamento jurídico interno só aplicam a legislação interna que põe em vigor o tratado, e não o próprio tratado. Tal concepção se revela ultrapassada, mas ainda é adotada por alguns Estados ditatoriais.⁸⁹

O monismo por sua vez, dará margem para outra visão, que admite a unicidade do ordenamento jurídico, não aceitando a existência de duas ordens jurídicas distintas e autônomas, sustentando a tese da existência de uma única ordem jurídica, ou seja, de um sistema universal.⁹⁰

Este sistema foi elaborado sobre o princípio da subordinação, em que as normas jurídicas se encontram subordinadas umas às outras, limitando o poder dos Estados, impondo a inoperacionalidade das normas estaduais que venham a contrair as normas internacionais.⁹¹

Incluídas dentro da corrente monista estão duas correntes distintas: os monistas internacionalistas, para os quais, a norma internacional sempre prevalecerá tendo em conta a superioridade hierárquica dos tratados internacionais sobre as normas internas; já para os monistas nacionalistas, prevalecerá sempre a norma de direito interno.

Todavia a concepção do nosso ordenamento jurídico, consagra a primazia do Direito Internacional sobre o direito interno, determinando que um tratado não será revogado por uma norma interna, tendo em vista que estas se influenciam mutuamente.⁹²

A teoria monista é considerada atualmente pela maioria dos internacionalistas como a doutrina predominante, sendo adotada por algumas Constituições. No caso do Brasil, a posição predominante em relação ao conflito entre os dois ordenamentos jurídicos apoiou-se na supremacia da Constituição, onde esta prevalecerá se conflitar com um tratado internacional⁹³.

E tratando-se de conflito entre tratado e legislação infraconstitucional, a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal, é a de que prevaleceria a norma posterior, passando a considerar as normas externas e internas em situações paritárias.⁹⁴

⁸⁹ SILVA, op. cit., p. 126.

⁹⁰ ACCIOLY, SILVA, CASSELLA, op. cit., p. 211.

⁹¹ GOUVEIA, op. cit., p. 297.

⁹² DALLARI, op. cit., p. 13.

⁹³ Ibid., loc. cit.

⁹⁴ SILVA, op. cit., p. 127.

Nesse contexto ganha relevância a interpretação conforme a Constituição , sem a pretensão, claro, de se esgotar o tema, dada a sua complexidade. Segundo Moraes,⁹⁵ a Constituição Federal há sempre de ser interpretada por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento. Só assim, no entender do autor, “se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia”.⁹⁶

Assim, prossegue Moraes⁹⁷ ressaltando que a interpretação conforme a Constituição exige a observância de uma série de princípios e regras interpretativas, a exemplo da unidade da Constituição (a interpretação deve ser realizada de modo a evitar contradições entre suas normas); do efeito integrador (deverá dar primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, e também da unidade política); da máxima efetividade ou da eficiência (deve ser atribuído sentido à norma constitucional que maior eficácia lhe conceda); da justeza ou da conformidade funcional (os órgãos encarregados pela interpretação não podem chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o que está constitucionalmente estabelecido); da concordância prática ou da harmotização (exige-se coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros); da força normativa da constituição (entre as interpretações possíveis, deve prevalecer aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais), dentre outros.

Moraes⁹⁸ ressalta, ainda, que outros estudiosos do tema apresentam princípios que também devem ser observados pelo intérprete para, assim, privilegiar a soberania. Portanto, havendo contradição dos princípios, e esta não puder ser superada, deve o intérprete buscar meios para que determinado princípio tenha prioridade sobre os demais, a depender do caso concreto.

De igual forma, “deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade”.⁹⁹

⁹⁵ MORAES, op. cit., p. 33.

⁹⁶ Ibid., loc. cit.

⁹⁷ Ibid., p. 33-34.

⁹⁸ Ibid., p. 34.

⁹⁹ MORAES, op. cit., p. 34.

Por fim, os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, buscando o seu verdadeiro significado. Logo, não há como negar a complexidade da interpretação constitucional para que se resguarde a soberania, o que se torna ainda mais difícil quando se trata de conflitos entre normas de direito interno e de direito internacional.

Desta feita, há de se reconhecer que deve ser interpretada aquela norma que estiver voltada para os direitos humanos, principalmente a teoria do garantismo penal. Contudo, antes de se adentrar em tal questão, é mister analisar a recepção das normas constitucionais, mormente as de direitos humanos, como se passa a expor.

3.1.2 Recepção das normas internacionais

Analisar a recepção das normas internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro clama, inicialmente, atenção especial à Convenção de Viena. A primeira questão a se ressaltar é que o Direito dos Tratados é um ramo do Direito Internacional que trata principalmente da celebração, aplicação e término dos tratados. Há várias definições para o termo “tratado”, o que justifica a variedade de nomenclaturas encontrada na doutrina.

Ao dissertar sobre o tema, Oliveira¹⁰⁰ enfatiza:

[...] o Direito dos Tratados, parte importante do Direito Internacional, até o início do século XX apresentava-se através de fortes substratos costumeiros e sob a égide do princípio *pacta sunt servanda* – o princípio da boa-fé – que regia então as partes contratantes.

Não é demais ressaltar que no século XX que se consolida a codificação do Direito dos Tratados, significando a transformação das regras costumeiras em normas convencionais, vale dizer, escritas e formais. Exatamente por isso, o tratado sofre transformações ao longo dos séculos, deixando de ser um instrumento costumeiro, tornando-se norma escrita e formal.

No que tange ao Direito dos Tratados, o artigo 2º da Convenção de Viena declara tratar-se de “acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais**: estudos de introdução. Juruá, Curitiba, 2001, p. 31.

regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular”.¹⁰¹

Portanto, a partir da percepção da importância dos tratados e visando a sua regulamentação no âmbito do Direito Internacional, foi assinada no ano de 1969 a Convenção de Viena, internacionalmente em vigor desde 1980, considerada uma das mais importantes normas do direito internacional sobre direito dos tratados, estando nelas codificadas as regras gerais sobre a matéria.¹⁰²

São diferentes as formas como os doutrinadores compreendem as diferentes espécies de Tratados Internacionais existentes. A própria definição do termo ‘tratado’ é bastante aberta.¹⁰³

O doutrinador Celso Albuquerque Mello¹⁰⁴ classifica tratado como “acordos solenes, por exemplo, tratado de paz. Convenção – é o tratado que cria normas em gerais, por exemplo, convenção sobre mar territorial”.

Portanto, em um primeiro momento, pode-se perceber que não há uma demasiada distinção entre os termos ‘tratado’ e ‘convenção’, são apenas nomenclaturas diferentes com a mesma finalidade. A própria alínea ‘a’ do artigo 2º da Convenção de Viena, expressamente dispõe sobre a definição de tratado como um acordo internacional, sendo assim, torna-se irrelevante o nomen iuris utilizado para definir esse acordo.

Apesar da definição de tratado contida na Convenção de Viena referir-se somente a tratados escritos, cabe expor que, mesmo forma escrita sendo a mais comum, isso não significa que ela seja a única forma de expressão. Celso D. Albuquerque Mello¹⁰⁵ explica que existem acordos orais entre Estados que também possuem legalidade.

Jo¹⁰⁶ define o tratado como “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional”. Segundo o autor, o acordo pode

¹⁰¹ BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁰² ACCIOLY; SILVA; CASELLA, op. cit., p. 130.

¹⁰³ Ibid., loc. cit.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 204.

¹⁰⁵ MELO, op. cit., p. 204.

¹⁰⁶ JO, Hee Moon. **Introdução ao Direito Internacional**. São Paulo: LTr, 2000, p. 84.

ser inserido num único instrumento, ou em dois ou mais instrumentos conexos e quaisquer que sejam as suas designações específicas.

Na concepção descrita por Piovesan¹⁰⁷ em sua obra, deve-se conceber os tratados internacionais como sendo “[...] acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*), constituindo a principal fonte de obrigação do Direito Internacional”.

O *pacta sunt servanda* é definido na obra de Rezek¹⁰⁸ como sendo um princípio, no qual “o que foi pactuado deve ser cumprido”.

O tratado é a principal fonte de direito internacional, pois cria um vínculo jurídico obrigatório. Constitui o principal instrumento de cooperação nas relações internacionais, cooperação essa que, frequentemente implica uma modificação na posição relativa dos Estados participantes. Os tratados são, muitas vezes, um instrumento de mudança, desempenhando uma função que estava esquecida pelos que consideram o Direito Internacional uma força essencialmente conservadora.¹⁰⁹

Os tratados são instrumentos jurídicos essenciais para a Sociedade Internacional, por abordarem as matérias mais importantes entre os Estados. Constituem o principal instrumento de coordenação em relações de carácter internacional.¹¹⁰

Os seguintes documentos são fundamentais com relação ao direito dos tratados: Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969); b) Convenção de Viena sobre Sucessão de Estados em respeito aos Tratados (1978); c) Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e organizações internacionais ou entre Organização Internacional (1986); d) Review of the Multilateral Treaty-making process.¹¹¹

A Convenção de Viena, que em especial interessa ao presente estudo, surge para regulamentar a criação dos tratados internacionais e como os mesmos devem ser cumpridos. Esta só se aplica aos tratados elaborados posteriormente à sua entrada em vigor.

¹⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67.

¹⁰⁸ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 03.

¹⁰⁹ JO, op. cit., p. 82.

¹¹⁰ SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 37.

¹¹¹ JO, op. cit., p. 84.

Assim, os tratados têm codificado, integralmente ou com modificações, regras preexistentes consolidadas pelo costume, além de estabelecer normas até então inexistentes para reger relações no âmbito internacional.¹¹²

Para harmonizar a criação e aplicação dos tratados, foi elaborada a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, aprovada em 1969, ao final de uma conferência diplomática internacional convocada pela Organização das Nações Unidas - ONU. Tal Convenção disciplinou os tratados internacionais em que são partes exclusivamente os Estados.¹¹³

Em observância ao artigo 11 da Convenção de Viena, sobre o direito de celebrar tratados, impõe-se que:

[...] o consentimento de um estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, a troca de instrumentos constitutivos de um tratado, a ratificação, a aceitação, a aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim for acordado.¹¹⁴

Com isso, entende-se que a Convenção de 1969, não se ocupou das chamadas fases internas de celebração de tratados, ou seja, o texto convencional respeitou as regras constitucionais sobre competência para concluir tratados.¹¹⁵

No entanto, com relação a sua celebração no território brasileiro, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 84, inciso VIII,¹¹⁶ que compete privativamente ao Presidente da República, celebrar tratados, convenções e atos internacionais, estando sujeito a referendo do Congresso Nacional.

De acordo com o artigo 49, inciso I, da Constituição Federal de 1988, quanto à competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.¹¹⁷ Ou seja, sendo o Estado Brasileiro

¹¹² PIOVESAN, op. cit., p. 44.

¹¹³ FAVARO, Luciano Monti; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. A convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e o porquê de sua não ratificação pela República Federativa do Brasil: um problema constitucional? In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 2679-2702, 2008, p. 2681.

¹¹⁴ BRASIL, 2009.

¹¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 160.

¹¹⁶ Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República:

[...].

VIII – Celebrar tratados, convenções e atos internacionais sujeitos a referendo do Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

¹¹⁷ BRASIL, 1988.

Democrático, cabe ao Executivo celebrar os tratados, mas exige-se o referendo do Congresso Nacional, para posterior ratificação pelo Presidente da República.

O processo de recepção do Brasil a um tratado se inicia com a decisão discricionária do Presidente da República no sentido de submeter ao Crivo do Congresso Nacional o texto convencional no qual o País ainda não é parte, por procedimento idêntico ao envio do acordo ao Chefe de Estado para apreciação legislativa¹¹⁸.

Uma vez autorizado pelo Poder Legislativo, o Presidente da República expede, também ao seu alvitre, o instrumento de adesão, que é entregue à autoridade depositária do trabalho. Por fim, com a sua entrada em vigor internacional o acordo é incorporado a ordem jurídica interna por meio de promulgação e da publicação.¹¹⁹

Desta feita, a conjugação das fases internacionais com as fases internas de celebração de atos internacionais faz surgir um procedimento complexo dos poderes da União, onde se juntam as vontades do Poder Executivo e do poder Legislativo para a perfeita formalização do acordo, o que faz com que todo este trâmite no processo de celebração de tratados se mostre muito mais democrático¹²⁰.

Sendo esta característica dos textos constitucionais mais recentes, onde a participação desses dois órgãos federais é indispensável para formar a vontade da nação em relação ao que foi acordado internacionalmente.¹²¹

A partir da publicação, os tratados passam a integrar o acervo normativo nacional, sendo habilitados ao cumprimento pelos particulares e governantes, tendo a sua garantia de vigência.¹²²

O Estado brasileiro tem responsabilidade em manter um sistema interno de incorporação das normas internacionais por ele mesmo subscrita, sendo este parcialmente regulado na Constituição Federal da República. Envolvendo a competência dos poderes constituídos para celebrar tratados e a sistemática de incorporação dos mesmos no ordenamento interno.¹²³

¹¹⁸ Ibid., loc. cit.

¹¹⁹ SILVA, op. cit., p. 89-91.

¹²⁰ Ibid., loc. cit.

¹²¹ MAZZUOLI, op.c it., p. 160.

¹²² ACCIOLY, SILVA, CASSELLA, op. cit., p. 144.

¹²³ MAZZUOLI, op. cit., p. 294.

Anote-se, ainda, que a vontade do Executivo é manifestada quando da assinatura do tratado, podendo ser feita pelo Presidente da República ou por seu agente munido de plenos poderes por ele nomeado, aperfeiçoando-se somente após a decisão do Congresso Nacional, ficando, pois, consagrada a cooperação entre os dois poderes.

Não obstante, Piovesan¹²⁴ afirma que “apenas pela via do consenso podem os tratados criar obrigações legais, uma vez que Estados soberanos, ao aceitá -los, comprometem-se a respeitá-los.”

A autora ainda destaca que, de acordo com a Convenção de Viena, em seu artigo52, “o tratado será nulo se sua aprovação for obtida mediante ameaça ou pelo uso da força, em violação aos princípios de Direito Internacional consagrados pela Carta da ONU”.¹²⁵

O tratado, uma vez firmado mediante consenso, passa a ter força de norma jurídica de observância obrigatória entre os Estados-parte, fundado no princípio geral do pacta sunt servanda, amplamente aceito no direito internacional, e no princípio da boa-fé, gerando para os pactuantes novas obrigações e prerrogativas.¹²⁶

Sobre a observância dos tratados pelos Estados-parte, ressalta Piovesan:¹²⁷

Como dispõe a Convenção de Viena: 'Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé'. Acrescenta o artigo27 da Convenção: 'Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de um tratado.' Consagra-se assim o princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir plena observância ao tratado de que é parte, na medida em que, no livre exercício de sua soberania, o Estado contraiu relações jurídicas no plano internacional.

Dessa forma, o tratado firmado livremente pelas partes traduz-se numa norma jurídica que tem o objetivo de produzir efeitos na realidade social de cada País. Para tanto, são previstos procedimentos específicos para que referida norma seja introduzida em cada ordenamento jurídico nacional e considerada efetivamente vigente.¹²⁸

¹²⁴ PIOVESAN, op. cit., p. 46.

¹²⁵ Ibid., loc. cit.

¹²⁶ REZEK, op. cit., p. 18.

¹²⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 45.

¹²⁸ BATISTA, Vanessa Oliveira; RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo; PIRES, Thula Rafaela. Emenda Constitucional nº 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos

Portanto, é a Convenção de Viena que determina, também, sejam os acordos interpretados de boa fé e conformidade com os termos atribuídos ao tratado, visando o seu objetivo primordial, disposto no seu preâmbulo 1 do artigo 31.

Para melhor esclarecimento, Accioly, Silva e Cassella¹²⁹ discorrem sobre quais Entidades tem a capacidade de concluir Tratados:

A convenção de Viena sobre direito dos tratados, de 1969, estipula com singela concisão, em seu artigo 6º. “todo estado tem capacidade para concluir tratados”. A doutrina tradicional, baseada na prática dos estados, ensinava que apenas os estados soberanos tinham o direito de assinar tratados. Isso se tornou obsoleto. Quando em 1924 o Governo do Brasil informou o Secretário – Geral da Sociedade das Nações de sua intenção de criar em Genebra uma representação permanente a ser dirigida por um Embaixador, tal decisão trazia, in statu emergente, o eventual direito da Sociedade das Nações de firmar tratados. A questão chegou a ser suscitada, mas só foi com a Carta das Nações Unidas que passou a ter aceitação, embora de maneira tímida no início. Atualmente, não padece a menor dúvida a respeito, tanto assim que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986 trata especificamente da questão.

No Brasil, o primeiro passo do processo de ratificação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro é a assinatura do tratado, realizada pelo Poder Executivo¹³⁰.

A assinatura põe termo a uma negociação (quase sempre bilateral), fixando e autenticando o texto do compromisso, exteriorizando em definitivo o consentimento das pessoas jurídicas que os signatários representam. O comprometimento se perfaz.¹³¹

No que tange ao processo de formação dos tratados, Piovesan¹³² considera a ressalva de que “cabe assinalar que a sistemática concernente ao exercício do poder de celebrar tratados é deixada a critério de cada Estado. Por isso, as exigências constitucionais variam enormemente”.

Em geral, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são atos de competência do Poder Executivo. A assinatura do tratado, por si só, traduz o aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se de mera

humanos no Brasil, **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, Edição Especial, p. 01-44, abril/maio, 2008, p. 10.

¹²⁹ ACCIOLY, SILVA, CASSELLA, op. cit., p. 136.

¹³⁰ Ibid., loc. cit.

¹³¹ REZEK, op. cit., p. 49.

¹³² PIOVESAN, op. cit., p. 155.

aquiescência do Estado com relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão-somente que o tratado é autêntico e definitivo.¹³³

Após tal ato, o mesmo será encaminhado ao Congresso Nacional para apreciação e aprovação, mediante a edição de decreto legislativo, sendo um ato que dispensa sanção ou promulgação por parte do Presidente da República.¹³⁴

Ainda segundo Moraes,¹³⁵ o

[...] decreto legislativo contém a aprovação do Congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República ratifique-o em nome da República Federativa do Brasil, por meio da edição de um decreto presidencial.

Compreendem-se três fases para a incorporação de um tratado internacional: primeira fase: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais, de acordo com o artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal. Já a segunda fase é de competência exclusiva de o Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais, que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (artigo 49, inciso I, Constituição Federal).

A deliberação do Parlamento será realizada da aprovação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicação; terceira fase: edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional¹³⁶. Adquire-se executoriedade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Se aprovado, o tratado poderá ser ratificado, cabendo somente ao Presidente da República decidir sobre tal ato.¹³⁷ A ratificação, de acordo com os ensinamentos de Rezek,¹³⁸ “é o ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente no plano internacional sua vontade de obrigar-se”.

¹³³ PIOVESAN, op. cit., p. 155-156.

¹³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. Atlas, São Paulo, 2017, p. 503.

¹³⁵ Ibid., loc. cit.

¹³⁶ Ibid., loc. cit.

¹³⁷ MORAES, op. cit., p. 569.

¹³⁸ REZEK, op. cit., p. 53.

É um ato discricionário e ao mesmo tempo tão livre quanto o Estado soberano para celebrar tratados internacionais, sendo também irretroatável, segundo o princípio do *pacta sunt servanda* que opera desde que formalizada a expressão individual do consentimento definitivo.

Ainda de acordo com Rezek,¹³⁹ “a ratificação se consuma pela comunicação formal à outra parte ou ao depositário, do ânimo definitivo de ingressar no domínio jurídico do tratado”.

A ratificação é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados que concluiu a aprovação que se dá ao projeto de tratado, de acordo com o entendimento de Mello.¹⁴⁰

Significa, segundo Piovesan,¹⁴¹ “o aceite definitivo, pelo qual o Estado obriga-se pelo tratado no plano internacional; a ratificação é o ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional”.

Segundo Mello,¹⁴² o estabelecimento do Poder competente para ratificar é fixado pelo Direito Constitucional e este, devido à natureza das relações externas do Estado, dá-se ao Poder Executivo. As constituições determinam que a ratificação deverá ocorrer após a aprovação do Poder Legislativo. Entretanto, a aprovação do tratado por este, não impede que o Poder Executivo se recuse a ratificá-lo. Portanto, a ratificação é um ato discricionário do Estado.

O Poder Executivo pode desistir de um tratado concluído por seu negociador e não o enviar ao Poder Legislativo, ou seja, o mesmo poderá ser arquivado.

O Estado somente será responsabilizado por violação de tratado quando o mesmo tiver sido ratificado. A partir do momento em que se dá legitimidade para um órgão externo decidir, faz-se a revitalização da soberania do Estado, isto é, a revitalização do poder soberano.

A Convenção de Viena, sobre o Direito dos Tratados, estabelece que: “o consentimento do Estado em se obrigar ao tratado pela ratificação só ocorrerá se ela estiver prevista no tratado, ou for esta a intenção das partes” (ONU, 1969), com já dito. Por isso o Presidente da República e o Ministro das Relações Exteriores do Governo Brasileiro possuem legitimidade para efetuar a ratificação do tratado.

¹³⁹ *Idem*, p. 53.

¹⁴⁰ MELLO, *op. cit.*, p. 279.

¹⁴¹ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 156.

¹⁴² MELLO, *op. cit.*, p. 279.

Para que um tratado tenha validade e eficácia no plano internacional, é necessário que se obtenha um número mínimo de ratificações por parte dos Estados, para que haja a cooperação da fiscalização do cumprimento do mesmo. A ratificação passou a ser considerada a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados, porque é a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação que torna o tratado obrigatório.¹⁴³

Após tal ato, deve-se efetuar o depósito do instrumento de ratificação no órgão de custódia, como por exemplo, quando se tratar do Sistema Universal ou Global de Proteção aos Direitos Humanos deposita-se na Organização das Nações Unidas (ONU). O órgão de custódia é responsável por fiscalizar o cumprimento do tratado ratificado.¹⁴⁴

Desse modo, o poder de celebrar tratados é uma autêntica expressão da sistemática de *checks and balances*. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Poder Executivo, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder.¹⁴⁵

Com a ratificação, o tratado passa pela incorporação legislativa, saindo do plano internacional e ingressando no plano interno do Estado.

De todo o até aqui exposto não há como negar que a ratificação da Convenção de Viena, pelo Brasil, se deu tardiamente se considerado o fato de que a Convenção foi celebrada no ano de 1969 e somente incorporada ao direito brasileiro no ano de 2009. Por isso Alcoforado¹⁴⁶ pontua que o ato do Executivo, que ratificou a Convenção em comento, era aguardada pela comunidade jurídica, pois tal medida é imprescindível para a vinculação do disposto no Tratado e a sua validade no âmbito interno.

Ainda segundo o autor, a Convenção de Viena é um divisor de águas no que tange o processo de elaboração dos tratados, já que busca “harmonizar os procedimentos de elaboração, ratificação, denúncia e extinção desses atos jurídicos internacionais”.¹⁴⁷ Logo, vem proporcionar segurança jurídica.

¹⁴³ MELLO, op. cit., p. 280.

¹⁴⁴ PIOVESAN, op. cit., p. 156.

¹⁴⁵ Ibid., loc. cit.

¹⁴⁶ ALCOFORADO, Luis Alberto. Convenção de Viena: Direito dos Tratados afeta direito interno. **ConJur**, 27 jan. 2010.

¹⁴⁷ ALCOFORADO, op. ci., p. 1.

Não se pode ignorar que o Decreto que ratifica a Convenção de Viena acaba por regulamentar um procedimento que já vinha sendo utilizado pelos costumes¹⁴⁸.

Contudo, a obrigatoriedade somente advém da incorporação ao direito pátrio. Desta feita, por força da convenção em comento, espera-se que as partes assumam, de fato, suas obrigações quanto aos pontos fixados nos tratados, para assim assegurar a paz social.

Especial atenção ganha a problemática da incorporação ao direito interno dos tratados que versam sobre direitos humanos. Não há dúvidas de que aqui reside a principal controvérsia no âmbito do tema da recepção e integração dos tratados internacionais no direito interno.

Quando se trata da interpretação majoritária, consagrada por via jurisprudencial, sustenta-se que os tratados internacionais são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexistindo entre o tratado e a lei uma relação de hierarquia, sujeitando-os à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior.¹⁴⁹

No entanto, no sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais, encontram-se hierarquicamente subordinados ao poder normativo da Constituição Federal da República, que caso venham a ser incorporados em discordância com a carta política, formal ou materialmente, nenhum valor terão em si.¹⁵⁰

Ainda que a Constituição Federal consagre a declaração de inconstitucionalidade de tratados (artigo 102, inc. III, alínea “b”) é visto que não existe em nosso texto constitucional menção expressa sobre o grau hierárquico a ser atribuído aos tratados internacionais, acredita-se que não existe outra saída senão atribuir valor infraconstitucional aos tratados, ainda que de caráter supralegal.¹⁵¹

No entanto, ocorre que, todos os poderes do Estado devem respeito e obediência ao Direito Internacional Público, primando sempre à ordem internacional sobre a interna¹⁵².

¹⁴⁸ Ibid., loc. cit.

¹⁴⁹ DALLARI, op. cit., p. 108.

¹⁵⁰ SILVA, op. cit., p. 70.

¹⁵¹ MAZZUOLI, op. cit., p. 207.

¹⁵² Ibid., loc. cit.

Tanto isso é verdade que, quando o legislador brasileiro se dedica à produção de normas que estão em desacordo com as disposições de um compromisso internacional assumido anteriormente e, após isso, o Poder Judiciário não encontra formas de promover a superação da contradição, harmonizando aqueles preceitos, esta atitude final encontra reparo na ordem jurídica internacional.¹⁵³

A lei interna de um País em nada diverge hierarquicamente do texto de um tratado devidamente ratificado pelo mesmo, no entanto, os Estados heterogêneos que optam por abrir mão da sua soberania absoluta para pôr fim aos conflitos de interesses subordinam-se ao Direito Internacional, que é um instrumento capaz de estabelecer um consenso entre os diversos ordenamentos internos¹⁵⁴.

Sendo assim, pode-se conceber o Direito Internacional como sendo uma ordem jurídica hierarquicamente superior que limita o poder soberano dos Estados.

Em se tratando dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, conforme interpretação do já citado § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, há basicamente quatro correntes de interpretação sobre a relação hierárquica entre os tratados internacionais de direitos humanos, a Constituição e as leis internas. Dentre estas, o entendimento defendido pela maioria dos doutrinadores brasileiros é de que as normas previstas nesses tratados são equiparadas, em nível hierárquico, às normas previstas na Constituição Federal.

Ainda, de acordo com os defensores desta vertente, os tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos têm, por sua vez, força hierárquica infraconstitucional.

Esta hierarquia infraconstitucional dos demais tratados internacionais, conforme expõe Piovesan,¹⁵⁵ é extraída do artigo 102, III, b, da Constituição Federal de 1988, o que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para poder “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida [...] declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

A autora ainda sustenta em sua obra que estes tratados, em contrapartida, apresentam hierarquia supralegal, uma vez que o posicionamento contrário confrontaria o princípio da boa-fé, consolidado pelo artigo 27 do texto da Convenção

¹⁵³ Idem, p. 207.

¹⁵⁴ Ibid., loc. cit.

¹⁵⁵ PIOVESAN, op. cit., p. 60.

de Viena, segundo o qual não tem um Estado como invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de um tratado.

Na mesma senda leciona Rocha,¹⁵⁶ para quem:

A respeito desde debate, de há muito temo-nos filiado àqueles que consagram a tese da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos, por entender que ela é mais consentânea com o princípio basilar da prevalência dos direitos humanos que rege a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, nos termos do artigo 4º, II, de nossa Carta Política, ao mesmo tempo em que consagra a interpretação que mais se ajusta ao princípio da máxima efetividade, segundo o qual a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que lhe dê maior eficácia.

Da mesma forma, Araújo e Lehfeld¹⁵⁷ entendem que os tratados internacionais de direitos humanos “após submetidos ao processo misto de ratificação, posicionam-se em nível constitucional, diferenciando-se daqueles que tratam de assuntos outros”.

Este tratamento diferenciado, previsto pelo § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, justifica-se pois os tratados internacionais de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, transcendendo os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, característica esta dos demais tratados, os quais buscam predominantemente o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, atingindo apenas indiretamente os indivíduos.¹⁵⁸

Devido a esta diferenciação hierárquica, também a incorporação dos tratados internacionais e os conflitos entre estes e as normas jurídicas internas têm procedimentos e soluções diferenciadas, caso versem sobre direitos humanos ou temas gerais.

No caso dos tratados em geral, apenas após sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional (através da ratificação ou adoção) é que podem ser criadas obrigações e deveres aos particulares, mesmo que o Estado já tenha assumido o compromisso internacionalmente perante seus pares¹⁵⁹.

Uma vez internalizado, se o tratado for conflitante com as normas internas, a solução é relativamente simples e se dá pelos critérios da temporalidade, ou seja,

¹⁵⁶ ROCHA, 2006, p. 45.

¹⁵⁷ ARAÚJO LEHFELD 2006, P. 105.

¹⁵⁸ PIOVESAN, 2006, p. 65.

¹⁵⁹ Ibid., loc. cit.

a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível, passando a reger a situação conflituosa até o seu deslinde.¹⁶⁰

Já no caso de tratados que versem sobre direitos humanos, as questões da sua incorporação e de seu posicionamento hierárquico não são resolvidas tão facilmente como descrito, por conta justamente do que prevê o § 2º do artigo 5º da Constituição, o qual, como referido, institui um sistema aberto de proteção aos direitos e garantias fundamentais, autorizando sua internalização como norma materialmente constitucional.

Assim, a solução de conflitos envolvendo esta espécie de tratado enseja o recurso a um critério diferenciado, especialmente porque a necessidade de resolução de antinomias se dará entre os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil (considerados materialmente constitucionais) e normas formalmente constitucionais. Esse critério é traduzido na concepção do princípio hermenêutico da primazia da norma mais favorável – em outras palavras, é expresso na adoção da norma que melhor proteja o indivíduo no caso concreto, afinal de contas, o confronto deve ser sanado para privilegiar, tanto quanto possível, a dignidade da pessoa humana.¹⁶¹

Diante da controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o status dos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez incorporados ao ordenamento jurídico nacional, buscou-se uma solução capaz de pacificar tais divergências. Foi, então, promulgada a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que veio equiparar o processo legislativo de aprovação de tratados de direitos humanos àquele previsto pela Constituição de 1988 para a aprovação de emendas constitucionais ao introduzir o § 3º,¹⁶² ao artigo 5º em seu texto.

A nova sistemática de aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos, que passou a exigir votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por maioria de três quintos dos respectivos membros, para serem equivalentes hierarquicamente às emendas constitucionais, tornará mais dificultosa a absorção das regras internacionais de direitos humanos, em oposição à metodologia da maioria simples até então vigente, que permitia, com mais

¹⁶⁰ ARAÚJO; LEHFELD, *op. cit.*, p. 104.

¹⁶¹ *Idem*, p. 105.

¹⁶² Artigo 5º, § 3º, Constituição Federal de 1988. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

facilidade, o consenso sobre a internalização desta espécie de normas, que uma vez aprovadas passavam automaticamente a possuir status materialmente constitucional.

Não se pode ignorar, contudo, que a inserção o § 3º, do artigo 5º da Constituição Federal não colocou fim às discussões quanto à hierarquia das normas internacionais no âmbito interno, seja porque vários foram os tratados ratificados antes do advento da Emenda Constitucional nº 45, seja porque há importantíssimos tratados que não versam sobre direitos humanos, mas que, de forma reflexa, os atinge¹⁶³.

Um claro exemplo é o Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, que por não ser considerada norma que versa sobre direitos humanos, foi recepcionada pelo Brasil com status de lei ordinária. Tal tratado foi ratificado pelo Brasil por força do Decreto nº 4.388/2002.

De fato, a celeuma jurídica em torno da posição hierárquica assumida pelos tratados de direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico brasileiro está longe de ser solucionada, assim como também se discute a problemática do conflito de normas internacionais recepcionadas pelo direito interno versus as normas constitucionais, principalmente quando se trata do já citado Estatuto de Roma¹⁶⁴.

Basta imaginar que este diploma autoriza a prisão perpétua, o que é vedado expressamente pela Constituição Federal de 1988. Em meio a esse cenário, qual norma deve prevalecer? O Estatuto de Roma, norma internacional, ou as normas constitucionais? Dada a relevância da questão, passa-se a abordá-la no próximo tópico.

3.2 Norma internacional *versus* norma constitucional interna

A primeira questão a ser ressaltada é que até a década de 1970, a posição predominante no Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos era a de que estes possuíam natureza supraconstitucional, prevalecendo sobre as normas constitucionais, podendo se

¹⁶³ Ibid., loc. cit.

¹⁶⁴ Ibid., loc. cit.

constatar diversos acórdãos deste período que consagram a primazia do direito internacional.¹⁶⁵

No ano de 1977, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE modificou drasticamente o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, passando a prevalecer a tese de que os tratados internacionais estariam em igualdade de condições, nos sistema hierárquico, com as leis federais, independentemente de versarem sobre direitos humanos ou matéria geral de direito internacional, sendo aplicável em caso de conflito de normas o princípio temporal, segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível.¹⁶⁶ A tese da equiparação entre tratado e lei federal foi firmada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em 1977, sendo anterior, portanto à Constituição de 1988, e tratou de matéria comercial (Conflito entre a Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – e o Decreto-Lei nº. 427, de 1969). Apesar disso, mesmo após o advento da Constituição de 1988, com a introdução da inovação prevista no § 2º do seu artigo 5º, constata-se que esta decisão foi reiterada, em diversas oportunidades, pela Suprema Corte.¹⁶⁷

Como ressalta Oliveira:¹⁶⁸

[...] ao primeiro chamamento a se pronunciar sobre a aludida inovação constitucional de 1988, o STF foi na contramão do constitucionalismo contemporâneo e declarou a hierarquia ordinária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, denominado Pacto de São José da Costa Rica, no tocante a prisão civil de depositário infiel, (vedada pelo pacto e admitida pela nossa Constituição).

Isso ocorreu no HC 72.131, datado de 23.11.1995, precedente que foi consagrado no tribunal dali para frente. Com o julgamento do Habeas Corpus nº 72.131/RJ (22.11.1995), o STF manteve o entendimento de paridade hierárquica entre os tratados internacionais e as normas internas ao enfrentar a questão concernente ao Pacto de San José da Costa Rica (particularmente do artigo 7º, inciso VII, que proíbe a prisão civil por dívida, salvo no caso de alimentos)¹⁶⁹.

Todavia, uma manobra jurídica se fez necessária para que o posicionamento permanecesse inalterado pois, pelo critério cronológico de solução de conflitos, o

¹⁶⁵ PIOVESAN, op. cit., p. 62.

¹⁶⁶ ARAÚJO, LEHFELD, op. cit., p. 104.

¹⁶⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 63.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 313.

¹⁶⁹ Ibid., loc. cit.

Pacto ao qual o Brasil aderiu em 1992, deveria prevalecer sobre o Decreto-Lei nº 911/69, pois se tratava de lei mais moderna.¹⁷⁰

O expediente utilizado foi a adoção do critério da especialidade para a solução dos conflitos, ou seja, passou-se a exigir que, mesmo quando o tratado fosse mais recente, só seria apto a revogar lei interna anterior se estabelecesse norma de caráter especial se comparada com a norma antiga.

Ao acolher o posicionamento do tratamento igualitário entre tratados de direitos humanos e normas internas, o STF negou a esta modalidade de tratados status materialmente constitucional, reforçando a já desgastada noção de soberania absoluta, em desprestígio do avanço, na seara internacional, dos acordos celebrados para a proteção do ser humano.¹⁷¹

Apesar deste entendimento ter permanecido inalterado há muito tempo, desponta no horizonte uma mudança de rumos na Suprema Corte do Brasil, o que pode ser constatado na análise do recentíssimo julgamento do Recurso Extraordinário 46.6343/SP, realizado em 03/12/2008 e publicado em 05/06/2009, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, versando sobre a tão debatida matéria da (in) constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel.

O citado Recurso Extraordinário teve seu provimento negado por unanimidade no pleno do Supremo Tribunal Federal, tendo a maioria dos Ministros firmado entendimento no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, fato que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Destaca-se do corpo do acórdão, o voto vista do Ministro Gilmar Mendes que veementemente defendeu o posicionamento do status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, ressaltando que estes possuiriam um caráter especial que não se poderia ignorar, qualidade que os colocaria em posição superior à legislação federal, mas não autorizaria a revogação de dispositivo constitucional, em virtude da supremacia da Carta Federal.¹⁷²

Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes salienta também que a equiparação constitucional de atos normativos internacionais às normas expressas na

¹⁷⁰ PIOVESAN, op. cit., p. 63.

¹⁷¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 313.

¹⁷² BATISTA, RODRIGUES, PIRES, op. cit., p. 28.

Constituição só seria possível se, nos termos do novel § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados que versassem sobre direitos humanos fossem submetidos ao procedimento especial de aprovação nele previsto, sendo, então, formalmente igualados às emendas constitucionais.¹⁷³

Acerca do acórdão, importa ressaltar ainda o posicionamento do Ministro Celso de Mello, que divergiu da maioria dos outros julgadores, proferindo entendimento de que os tratados de direitos humanos possuiriam sim status constitucional, mas somente aqueles que o Brasil ratificou ou aderiu anteriormente a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como aqueles formalizados no interregno entre o advento da Carta constitucional e a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Isso porque, nestes casos, o Ministro Celso de Mello entendeu que os referidos instrumentos teriam sido recepcionados pelo § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Salientou, no entanto, que os tratados de direitos humanos de que o Brasil viesse a fazer parte após a Emenda Constitucional nº 45/2004, para adquirirem natureza constitucional deveriam observar o procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Constata-se da breve análise dos votos proferidos no Recurso Extraordinário nº 46.6343, especialmente daquele proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, seguido pela maioria, o qual adotou o entendimento sobre a supralegalidade mas infraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos que, apesar de não terem adotado a tese da equiparação irrestrita das normas de direito internacional propugnada pelas prolíferas doutrinas nacional e internacional, representou o decisum efetivo progresso para a jurisprudência pátria, que se encontrava cristalizada há tantas décadas, num entendimento contrário à tendência de expansão de proteção aos direitos humanos.

Com este julgado histórico não há como negar que, finalmente, avançou-se na direção do reconhecimento da importância dos tratados de direitos humanos firmados internacionalmente e do respeito necessário por parte do Estado brasileiro para com estes instrumentos que têm como finalidade a garantia de uma sociedade global e regionalmente mais justa e igualitária.

¹⁷³ Ibid., loc. cit.

Nesse ponto retoma-se o questionamento que finalizou o tópico anterior. A prisão perpétua se encontra prevista no Estatuto de Roma. Contudo, é vedada expressamente pela Constituição Federal de 1988. Porém, como já dito, o Estatuto de Roma foi recepcionado com o *status* de norma infraconstitucional, considerando-se o seu não reconhecimento como tratado que versa sobre direitos humanos. Logo, surge o embate: prevalece a norma constitucional ou a norma internacional?

A prisão perpétua é, como leciona Menezes,¹⁷⁴ é historicamente uma tradição no direito pátrio. Por isso, segundo o autor, quando se cria “uma possibilidade de sua aplicação faz-se necessário um cuidado a fim de que não haja um retrocesso em toda a evolução humanitária conquistada pelo direito no decorrer da história”.

De fato, o direito de punir evoluiu significativamente para atender aos princípios democráticos, balizadores do Estado Democrático de Direito, visando desse modo criar meios para se assegurar o exercício das liberdades, dentre elas a liberdade de locomoção.

Esta máxima é incompatível com a ideia de prisão perpétua, que remete à noção da privação de liberdade até o fim da vida do condenado, punição esta que viola uma série de preceitos no direito brasileiro, como a vedação de penas cruéis, de tortura.

Ademais, a execução penal é norteadada pelo princípio da ressocialização. Assim, o cumprimento da pena deve buscar a reinserção do indivíduo em sociedade, de modo que todas as etapas conduzam à expectativa de retorno ao convívio social, ou, em outras palavras, à própria liberdade. Quando se priva o indivíduo desta expectativa, com a prisão perpétua, afasta-se a própria função da pena na atualidade, já que não se admite a sanção como mera retribuição ao mal causado pelo infrator.

Contudo, há de se destacar que a Emenda Constitucional nº 45 submeteu o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, instituído pelo Estatuto de Roma que, repita-se, prevê a prisão perpétua.

Porém, como lembra Menezes,¹⁷⁵ isso não altera a vedação à prisão perpétua consagrada no texto constitucional, até mesmo porque o Tribunal Penal

¹⁷⁴ MENEZES, Fabio Victor de Aguiar. A pena de prisão perpétua e o Tribunal Penal Internacional: Aspectos constitucionais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009.

¹⁷⁵ MENEZES, op. cit.

Internacional trata de delitos previstos em diplomas outros, senão as leis penais ordinárias, e cuja danosidade transcende o território nacional.

Portanto, concluiu o autor em sua obra que a possibilidade de prisão perpétua não pode se estender aos delitos que não são de competência do referido Tribunal, até mesmo porque a própria Constituição brasileira prevê a prevalência dos direitos fundamentais nas relações com a comunidade internacional.

Por fim, mister ressaltar que segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em tais situações deve prevalecer a norma mais benéfica, ou seja, a vedação à prisão perpétua, garantia constitucional do cidadão.

3.3 Da imprescritibilidade dos crimes internacionais e exceções insertas na CF/88

A Constituição Federal de 1988, de forma expressa, consagra a imprescritibilidade dos crimes de racismo e ações de grupos armados. É o que se extrai do artigo 5º, incisos XLII (a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão) e XLIV (constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).

O racismo, segundo Santos,¹⁷⁶ é “sem sombra de dúvidas, a mais relevante das hipóteses de não prescrição, sob o ponto de vista da aplicabilidade”. E complementa que na atualidade é considerado racismo, apesar da divergência doutrinária, “a conduta de discriminar ou praticar o preconceito contra alguém em virtude de pertencer essa pessoa a qualquer um dos cinco ‘grupos’ (raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional)”.

Já ações criminosas praticadas por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, também considerado crime imprescritível no direito pátrio, não apresenta, segundo o mesmo autor, fácil definição. Contudo, lembra Santos¹⁷⁷ que o delito em comento é o que se convencionou chamar de “golpe de estado”.

¹⁷⁶ SANTOS, Jorge Christiano. Prescrição penal e imprescritibilidade. Rio Janeiro: Elsevier, 2011, p. 90.

¹⁷⁷ SANTOS, op. cit., p. 94.

Em que pesem as críticas à imprescritibilidade dos dois delitos supracitados, Santos¹⁷⁸ chama a atenção para o fato de que nada obsta seja o rol ampliado, embora seja a prescrição concebida como direito individual do agente. Não obstante a possibilidade de ampliação do rol dos crimes imprescritíveis no direito brasileiro, posição defendida pelo autor supracitado, apenas o racismo e a ação de grupos armados possuem essa característica. Todos os demais delitos prescrevem.

Nesse ponto, uma questão chama a atenção. Os crimes de lesa humanidade, por força do disposto no artigo 39 do Estatuto de Roma, são imprescritíveis. Porém, repita-se, no direito brasileiro apenas o racismo e a ação de grupos armados são imprescritíveis.

E por ter sido recepcionado como norma infraconstitucional, o Estatuto de Roma é norma hierarquicamente inferior à Constituição. Portanto, embora os crimes de lesa humanidade sejam imprescritíveis pelo Estatuto de Roma, são prescritíveis pela Constituição Federal de 1988, em virtude da prevalência dos direitos humanos.

3.4 Vedação da prisão perpétua

Como já dito alhures, o Estatuto de Roma autoriza a prisão perpétua, em seu artigo 77,¹⁷⁹ ao tratar das penas aplicáveis. Porém, o ordenamento jurídico brasileiro não autoriza a prisão perpétua, pois impera, como ressalta Moraes,¹⁸⁰ a necessidade de comutação de prisão perpétua em pena privativa de liberdade com prazo máximo de 30 anos em se tratando de extradição, por exemplo.

Segundo Menezes,¹⁸¹ no Brasil a vedação à prisão perpétua esteve presente em vários textos constitucionais, sendo a primeira delas a de 1934, que em seu artigo 113, inciso XXIV dispôs que “não haverá penas de banimento, morte, confisco, ou de caráter perpétua, ressalvadas quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro”.

¹⁷⁸ Ibid., p. 95.

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

a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou
b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem (BRASIL, 2002).

¹⁸⁰ MORAES, op. cit., p. 84.

¹⁸¹ MENEZES, op. cit.

A Constituição de 1937, por sua vez, também consagrou a vedação da prisão perpétua, o que foi observado pelo texto de 1945, que repetiu o que já dispunha a Constituição de 1934.

A Constituição de 1967, embora outorgada em um momento turbulento no país, com restrições aos direitos fundamentais, também manteve à vedação à prisão perpétua, o que também foi observado pela Emenda Constitucional de 1969. E a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVII, de forma expressa proíbe a pena de caráter perpétua, ou seja, somente se admite a privação de liberdade de forma temporária, não se admitindo que o indivíduo permaneça recolhido no cárcere até o fim da sua vida.¹⁸²

3.5 Vedação à extradição de brasileiro nato

A Constituição Federal de 1988, de forma expressa, veda a extradição de brasileiro nato, nos termos do artigo 5º, inciso LI,¹⁸³ da Constituição Federal. Desta feita, apenas o estrangeiro e o brasileiro naturalizado, a partir de uma interpretação literal do texto constitucional, pode ser extraditado.

Nação é a comunidade natural de homens e mulheres que, reunidos num mesmo território, possui em comum a origem, os costumes e a língua e estão conscientes desses fatos. Sobre o tema, aduz Silva:¹⁸⁴

Nação por sua origem etimológica, do latim *natio*, de *natus* (nascido), já se tem a ideia de que nação significa a reunião de pessoas, nascidas em um território dado, procedentes da mesma raça, falando o mesmo idioma, tendo os mesmos costumes e adotando a mesma religião, formando assim, um povo, cujos elementos componentes trazem consigo as mesmas características raciais e se mantém unidos pelos hábitos, tradições, religião e língua.

Conforme se observa, o conceito de nação abrange elementos essenciais para a constituição da nacionalidade. São eles: a tradição comum de cultura, origem e raça (fatores objetivos), e a consciência do grupo humano de que esses elementos comunitários estão presentes (que corresponde ao fator subjetivo). Por fim, é importante dizer que nação não se confunde com a população que ocupa um

¹⁸² MENEZES, op. cit.

¹⁸³ BRASIL, 1988.

¹⁸⁴ SILVA, op. cit., p. 99.

determinado território, uma vez que o termo população abrange brasileiros e os estrangeiros.

Estado, por sua vez, pode ser conceituado como sendo uma sociedade política dotada de características próprias e elementos essenciais, quais sejam: povo, território e soberania.

Acerca do conceito de Estado, Silva¹⁸⁵ leciona:

[...] o Estado é derivado do latim *status* (estado, posição, ordem, condição), [...] No sentido de Direito Público, [...] é o agrupamento de indivíduos, estabelecidos ou fixados em um território determinado e submetidos à autoridade de um poder público soberano, que lhe dá autoridade orgânica. Embora Estado e Nação tenham intrínseca relação, é importante ressaltar que ambos não se confundem, haja vista que há Estados compostos por nações diversas, bem como nações que compreendem Estados diversos.

Ainda, sobre o conceito de Estado, faz-se necessário citar os ensinamentos de Dallari:¹⁸⁶

Os Estados são pessoas jurídicas de direito internacional integrados por estes elementos fundamentais: território, povo e soberania. Eles são compostos de pessoas físicas que habitam um território e, desde que tenham organização política dotada de independência, com governo próprio capaz de se relacionar com outras coletividades da mesma natureza, pode-se afirmar da existência de um Estado.

Nacionalidade nada mais é do que o vínculo político-jurídico existente entre um Estado e um indivíduo que faz parte de uma determinada comunidade que compõe o referido Estado. É o que leciona Silva:¹⁸⁷

O vocábulo nacionalidade advém de *nationalitate* (m), não é derivado de nação, mas do latim *nationalitate*, *cognato de natio, nationis, de natus, ou gratus*, sendo que *natus* é o particípio passado de *nascor*, que significa nascer e “exprime a qualidade ou a condição de nacional, atribuída a uma pessoa ou coisa, em virtude do que se mostra vinculada à Nação ou ao Estado, a que pertence ou de onde se originou.

Ainda, sobre o conceito de nacionalidade, segue a lição de Silva:¹⁸⁸

Sociologicamente é certo que a nacionalidade indica a pertinência da pessoa a uma nação. Nesse sentido, nacionais seriam “todos quantos

¹⁸⁵ Ibid., p. 238.

¹⁸⁶ DALLARI, op. cit., p. 104.

¹⁸⁷ SILVA, op. cit., p. 99.

¹⁸⁸ Ibid., p. 321.

nascem num certo ambiente cultural feito de tradições e costumes, geralmente expresso numa língua comum, actualizado num idêntico conceito de vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e mesmos ideais coletivos.

Portanto, a nacionalidade pode ser conceituada como a qualidade de nacional, ou seja, a naturalidade de uma pessoa. Também se pode dizer que se trata do liame jurídico que prende o indivíduo a um Estado em razão do *ius soli* ou *ius sanguinis*.

Existem dois sistemas que permitem analisar o instituto da nacionalidade. O primeiro deles é o da nacionalidade originária e o segundo o da nacionalidade secundária ou derivada¹⁸⁹.

A nacionalidade originária é a que resulta do nascimento de uma pessoa no território de um determinado Estado (*ius soli*) ou aquela concedida em virtude da nacionalidade dos seus genitores (*ius sanguinis*)¹⁹⁰.

No Brasil, as regras acerca da nacionalidade se encontram elencadas no artigo 12 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe, no seu inciso I, acerca das hipóteses de nacionalidade originária, sendo a redação conferida ao dispositivo a seguinte:

Artigo 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira (BRASIL, 1988).

Trata-se de nacionalidade adquirida de forma involuntária, eis que atribuída ao indivíduo pelo ordenamento jurídico do Estado, conforme observado acima. A nacionalidade derivada, também conhecida por nacionalidade adquirida ou por eleição, por sua vez, não é originária, mas, sim, voluntária, caracterizando-se pela sua concessão mediante a apresentação de requerimento e decorrente de naturalização.

¹⁸⁹ Ibid., loc. cit.

¹⁹⁰ Ibid., loc. cit.

Destarte, é assegurado ao brasileiro nato o direito de não ser extraditado, norma constitucional que é, na verdade, uma segurança jurídica ao cidadão brasileiro.

3.6 Vedação aos tribunais de exceção

Dentre as vedações consagradas na Constituição Federal de 1988, que objetivam dar segurança jurídica aos jurisdicionados, se encontra a vedação aos juízos ou tribunais de exceção, a teor do que dispõe o artigo 5º, inciso XXXVII.

De acordo com Lima,¹⁹¹ juízo ou tribunal de exceção é aquele “instituído após a prática do delito com o objetivo específico de julgá-lo”, contrapondo-se ao princípio do juiz natural, que pertence ao Poder Judiciário e assegura ao acusado garantias que lhe permitem exercer o seu mister de forma objetiva, imparcial e com independência.

Lima¹⁹² lembra, contudo, que embora vedado expressamente, não apenas no âmbito interno, mas também em normas de Direito Internacional, há inúmeros tribunais instituídos excepcionalmente, principalmente para o julgamento de crimes de guerra, a exemplo dos praticados na ex-Iugoslávia, Ruanda, Camboja, dentre outros, fatos estes que faz com que o autor venha a ressaltar em sua obra a importância atribuída ao Tribunal Penal Internacional, pois este é previamente instituído para julgar crimes contra a humanidade, de genocídio, de guerra e de agressão.

Por fim, vale destacar que a vedação à criação de tribunais de exceção não se equipara à instituição de justiça ou vara especializadas. Estas visam a melhor operacionalização do Direito, sendo instituídas com base em pessoas ou matérias, nunca em fatos pretéritos.

¹⁹¹ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 331.

¹⁹² Ibid., loc. cit.

3.7 Breves considerações acerca do direito penal interno, direito penal internacional e direito penal comunitário

Como visto anteriormente, há uma grande preocupação de que o Direito Penal Interno seja interpretado segundo a Constituição vigente, principalmente porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra uma série de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, a exemplo da vedação à prisão perpétua, à pena de morte, à penas cruéis, a criação de tribunais de exceção, dentre outras. Contudo, há de se buscar uma forma para a coexistência harmônica do Direito Penal interno, do Direito Penal Internacional e do Direito Penal Comunitário.

A consagração de um Direito Penal interno está relacionado ao conceito de soberania, elemento essencial à definição de Estado Moderno, assim como ao estabelecimento das relações internacionais.

De acordo com Portela,¹⁹³ “o direito Penal Internacional é o ramo do Direito das Gentes que regula a cooperação internacional no combate à criminalidade”, ou seja, visa combater os crimes ocorridos dentro dos Estados e “cujo enfrentamento pode exigir o apoio de outros entes estatais, como os ilícitos transnacionais ou atos que demandem investigação no exterior”.

Não destoa desse entendimento a lição de Husek,¹⁹⁴ que sobre o conceito de Direito Penal Internacional elucida:

É um novo ramo que surge para aqueles que se dedicam ao Direito Penal. Envolve questões não só referentes à punição de criminosos internacionais, como a cooperação judiciária entre Estados, aplicação de princípios, como o da reciprocidade e de tratados internacionais, como temas maiores, ainda não bem enquadrados, como Tribunal Penal Internacional e os deles decorrentes, bem como outros Tribunais *ad hoc*, surgidos ao longo da história e ao sabor dos acontecimentos. Também trata dos crimes considerados internacionais (princípios, processo, julgamento na punição de criminosos que agiram em nome de uma ideologia, de uma religião, de um Estado), levando em conta um corpo de regras comum além das fronteiras estatais. É sem dúvida um estudo de Direito Internacional Público.

¹⁹³ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 534.

¹⁹⁴ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: LTR, 2017, p. 43.

Percebe-se, portanto, que o Direito Penal Internacional está diretamente relacionado ao Direito Internacional Público e à cooperação entre os Estados no enfrentamento de crimes que dizem respeito à mais de um ente estatal.

A ideia de cooperação, por sua vez, remete à noção de Direito Comunitário. O Direito Comunitário é um fenômeno recente, surgiu como necessário à viabilização do processo de unificação europeu, de maneira que apenas se manifesta nesta comunidade¹⁹⁵.

O requisito da supranacionalidade, ou seja, de transferência de soberania a fim de garantir a primazia desse ordenamento em relação aos dos Estados-membros, é o principal fator que o diferencia do Direito Internacional Público, não sendo simplesmente mais um ramo deste.

Anote-se, ainda, que o Direito Comunitário remete, indubitavelmente, à noção de supranacionalidade, que pode ser compreendida como elemento fundamental e característica única do Direito Comunitário¹⁹⁶.

O termo elucida um “[...] poder de mando superior aos Estados, resultado da transferência de soberania operada pelas unidades estatais em benefício da organização comunitária [...]”.¹⁹⁷ Ante o exposto, para que se configure a existência daquela se faz necessária também uma análise acerca da evolução do termo soberania, haja vista que a possibilidade de relativização deste é peça fundamental à configuração do fenômeno supranacional.

O Direito Comunitário revela-se, no entanto, como um passo mais avançado do Direito da Integração, quando os “blocos regionais” implementam outras preocupações, não só econômicas, mas jurídicas, políticas, sociais, educacionais, preventivas etc., buscando uma realidade político-jurídica maior do que aquela dos países que compõem o bloco, a exemplo da União Europeia. Ultrapassam a fase meramente econômica para uma integração mais completa (“mercado comum”, “união econômica e monetária”, “união política”), com quebra de fronteiras, livre circulação de pessoas, mercadorias, bens e serviços. Cria-se uma realidade maior que o sistema interno dos Estados e menor que o sistema internacional, um sistema supranacional (sobre as nações que pertencem ao bloco). Teríamos, a partir dessa realidade, três níveis de Direito: o Direito Internacional, o Direito supranacional e o Direito interno.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Ibid., loc. cit.

¹⁹⁶ Ibid., loc. cit.

¹⁹⁷ STELZER, Joana. União europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade? 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 74.

¹⁹⁸ HUSEK, op. cit., p. 44.

O Direito Comunitário é, deste modo, notadamente distinto do Direito Internacional Público. A importância daquele é destacada por Silva,¹⁹⁹ ao comentar o sucesso de sua empreitada, em contraste ao fracasso decorrente das duas Guerras Mundiais.

A existência deste Direito Comunitário garante viabilidade ao projeto. Sem aquele, este tenderia ao fracasso, pois não cumpriria os fins integracionistas, tornando-se apenas uma organização internacional clássica. Não haveria sustentabilidade para operar a transferência de soberanias, não fosse o cunho jurídico garantido através do Direito Comunitário.

Em meio a esse cenário é possível falar de um Direito Penal Comunitário. Contudo, Dias²⁰⁰ destaca que embora seja cada vez mais comum se falar em supranacionalidade e, conseqüentemente, em um Direito Penal Comunitário, principalmente em grupos econômicos, como a Comunidade Europeia, muito ainda precisa ser discutido acerca da legitimidade e do modelo político-criminal adequado para este ramo do Direito, sob pena de se contar com baixo nível de aceitação e alto nível de ineficiência.

Isso se deve, no entender do autor, ao fato de que as regras mínimas estabelecidas por um Direito Penal Comunitário são transfonteiriças e podem vir a colidir com as normas de Direito Interno, correndo-se o risco de que aquele se transforme “em instrumento de furor regulador das instituições europeias e a pena de prisão um fenômeno banal”.²⁰¹

Em que pese as críticas tecidas pelo autor serem direcionadas à Comunidade Europeia, de fato o Direito Penal Comunitário, dada a sua natureza de cooperação, o que lhe aproxima do Direito Penal Internacional, deve ser visto com cautela, principalmente quando houver eventual colisão entre o que preconiza as normas internas de um determinado Estado e as preconizadas pelo Direito Penal Internacional e pelo Direito Penal Comunitário.

Exatamente por isso é que se preconiza a necessidade de que as normas provenientes destes últimos sejam sempre interpretadas à luz do garantismo penal,

¹⁹⁹ SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos**. Ijuí: Ed. da Unijuí, 2005, p. 107.

²⁰⁰ DIAS, Augusto Silva. De que direito penal precisamos nos europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário. **Lusíada**. Direito, n. 4/5, p. 13-28, 2014, p. 18.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 24.

não buscando violar direitos, sob pena de tornarem-se arbitrários. Se assim o for, normas de Direito Interno e de Direito Internacional e Comunitário poderão coexistir, sendo fontes para a aplicação do Direito Penal, desde que, repita -se, sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição e os princípios garantistas.

4 VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

4.1 Primeira velocidade

No que tange às velocidades do Direito Penal, teoria idealizada por Jesús-María Silva Sánchez e que surge nesta mesma linha de contraposições, cada velocidade representa um modo de o Estado apurar a punição para o delito cometido. Isto é, em síntese, cuida-se do tempo desempenhado pelo Estado para punir o autor de um delito, dependendo da gravidade do ato.

Neves,²⁰² ao dissertar sobre a evolução do Direito Penal, e a sua classificação em "velocidades", explica o porquê de tal definição a partir de duas classes de delitos, quais sejam, aqueles punidos com pena de prisão, e aqueles aos quais são destinadas as denominadas penas restritivas de direito. E o autor sintetiza:

O Direito Penal sempre passa por transformações doutrinárias ao longo do tempo, uma delas atine às chamadas "velocidades do Direito Penal".

Para compreensão do tema, a primeira informação a ser definida consiste em que, para essa teoria, o Direito Penal contém duas espécies de ilícitos penais. Dessarte, um tipo de ilícito penal tem cominada a pena privativa de liberdade, por sua vez, outro tipo de ilícito penal tem como sanção penas alternativas às privativas de liberdade.

Assim sendo, esses dois tipos de ilícitos penais pediriam duas formas distintas de processo. Com efeito, àquele que comina prisão deve ter o processo imbuído dos princípios garantistas, haja vista que a privação da liberdade é medida bem grave ao ser humano. Por outro lado, àquele que impõe penas alternativas, poderia existir uma maior flexibilização das garantias processuais penais.

O autor,²⁰³ ao tratar das velocidades do Direito Penal, afirma que a primeira velocidade se caracteriza pelo "cumprimento ao devido processo legal, no que diz respeito a penas privativas de liberdade e as garantias constitucionais", e ressalta ser o fundamento de tal velocidade os ideais iluministas e, por conseguinte, uma visão garantista.

Para Jakobs e Meliá,²⁰⁴ "a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade, e no qual, segundo

²⁰² NEVES, Carlos Eduardo. O que são as "velocidades" do Direito Penal? **DireitoNet**. 2010.

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 68.

Silva Sánchez, devem manter-se de moto estrito os princípios políticos-criminais", ou seja, se caracteriza pelas regras clássicas quanto à imputação penal, sem ignorar os princípios processuais, que são concebidos como garantias conquistadas pelos acusados ao longo da evolução do Direito Penal.

Desta feita, na primeira velocidade pode-se notar que há uma garantia de todos os direitos constitucionais. Visualiza-se claramente princípios como o *in dubio pro reo*, o devido processo legal e a presença de advogado, ou seja, aqui o Direito Penal apresenta-se como deve ser, com a pena em *ultima ratio* e não como regra, tendo em vista ser esta uma medida extrema.

4.2 Segunda velocidade

Na segunda velocidade do Direito Penal substitui-se a pena de prisão por penas restritivas de direitos ou outras penas alternativas (pena pecuniária, prestação de serviço comunitário, etc.) em razão de que delimitariam a vida do criminoso e impõe obrigações frente ao mal causado²⁰⁵.

A proposta nesta etapa é a relativização de garantias, mas que, em contrapartida, sejam aplicadas penas mais brandas, isto é, que ocorra a flexibilização de garantias e princípios processuais mas também a exclusão da pena de prisão²⁰⁶.

No sistema jurídico vigente, por exemplo, observa-se a relativização das garantias penais e processuais penais do infrator na Lei dos Juizados Especiais (nº 9.099/1995), que não exige a presença de advogado para algumas fases do processo, e não há processo e nem há denúncia quando se fala em transação penal, visto que esta já possui seu tipo específico de pena.

No tocante à segunda velocidade, ressalta Neves²⁰⁷ ser caracterizado pela possibilidade de substituição da pena de prisão por penas restritivas de Direito, exemplificando com o disposto nos arts. 8 e 13 da Lei dos Crimes Ambientais - Lei nº 9.605/1998 e na Lei dos Juizados Especiais. Logo, a cerne dessa velocidade é exatamente a flexibilização das penas privativas de liberdade por medidas alternativas à prisão.

²⁰⁵ Ibid., loc. cit.

²⁰⁶ Ibid., loc. cit.

²⁰⁷ NEVES, op. cit.

Já Jakobs e Meliá²⁰⁸ ressalta que a segunda velocidade do Direito Penal "seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se só penas pecuniárias ou restritivas de direito - tratando-se de figuras delitivas de cunho novo -, caberia flexibilizar", sem, contudo, ignorar os princípios e regras considerados clássicos. E ressalta o autor, ainda, que tanto na primeira, quanto na segunda velocidade, coexistem a pena privativa de liberdade, sendo esta uma característica também presente na terceira velocidade do Direito Penal.

Desta feita, pode-se dizer que a segunda velocidade do Direito Penal acabou por adentrar na esfera do Direito Penal clássico sem que se questionasse a sua legitimidade, o que se deve, em grande parte, aos benefícios de natureza processual, como a celeridade, sem que isso configure, na prática, ameaça à liberdade do indivíduo²⁰⁹.

É, pois, uma fase de flexibilização dos direitos processuais, na qual se tem uma situação fática em que o Estado "abre mão" de seu poder-dever de acusar o infrator, realizando acordos, o que configura uma verdadeira interrupção da persecução penal, devendo o acusado, para tanto, cumprir as condições ofertadas pelo acusador.

4.3 Terceira velocidade

A primeira questão a ser ressaltada é que no Direito Penal de terceira velocidade têm-se uma grande mistura das duas primeiras velocidades. Trata-se de um sistema que possui a prisão como regra, característica da primeira velocidade, mas que, além disso, suprime diversas garantias penais e processuais penais, o que é elemento marcante na segunda velocidade.

A terceira velocidade do Direito Penal relaciona-se ao Direito Penal do Inimigo, que será conceituado alhures, mas que se caracteriza, em apertada síntese, segundo ensinamentos de Neves,²¹⁰ pela "antecipação da punição do inimigo, desproporcionalidade das penas e ou supressão de garantias; criação medidas gravosas contra crimes de alto repúdio social".

²⁰⁸ JAKOBS; MELIÁ, op. cit., p. 70.

²⁰⁹ Ibid., loc. cit.

²¹⁰ NEVES, op. cit.

Logo, é a distinção entre o cidadão e o inimigo que caracterizam esse terceiro momento, sendo o inimigo visualizado como aquele que se apresenta como ameaça ao Estado, tese esta que foi reforçada após os atentados de 11 de setembro de 2001, às denominadas torres gêmeas, nos Estados Unidos da América, trazendo à baila, de forma mais acentuada, os ideais preconizados por Jakobs desde meados da década de 1980, com influência em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro.

Ao sintetizar as três velocidades, Moraes²¹¹ pontua:

Surge com a Teoria do 'Direito Penal do Inimigo', o conceito de terceira velocidade do Direito Penal. O modelo clássico (pena de prisão e garantias penais e processuais clássicas) já dera espaço ao Direito de segunda velocidade (mitigação da pena privativa de liberdade e alternativa à pena de prisão, ainda que a custo do devido processo legal) e agora assiste ao surgimento teórico do que antes já impregnava as legislações, ou seja, de um Direito de terceira velocidade, em que se conjugam a flexibilização de garantias penais e processuais e a pena privativa de liberdade.

Cumprе ressaltar que a expressão "Direito Penal do Inimigo", em sua concepção atual, foi cunhada pela primeira vez pelo penalista alemão, Günther Jakobs, que no ano de 1985, ao participar de um congresso, abordou a problemática do endurecimento da legislação penal.

[...] todavia, somente em 2003 é que o uso da expressão se consagrou no universo jurídico, ano em que Jakobs lançou sua obra intitulada "Direito Penal do Inimigo", trazendo um discurso afirmativo e legitimador acerca de uma posição radical à favor do chamado Direito Penal do Inimigo.²¹²

Ao dissertar sobre o tema, Moraes²¹³ sintetiza a influência de Jakobs e sua contribuição para a teoria do delito, buscando justificar a Teoria do Direito Penal do Inimigo, sem a qual não se faz possível conceber o seu conceito. Cumpra aqui, trazer à baila os ensinamentos do autor, *in verbis*:

²¹¹ MORAES, Alexandre da Rocha. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade penal. Curitiba: Juruá, 2008, p. 12.

²¹² MARTINS, Fernando Costa. O direito penal do inimigo e as velocidades do direito penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3709, 27 ago. 2013.

²¹³ MORAES, Vinicius Borges de. **O direito penal do inimigo e a concretização dos direitos fundamentais**: um estudo sobre a presença da teoria de Günther Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009.

Jakobs, o mais importante discípulo de Welzel, inicia sua trajetória à luz dos ensinamentos de seu mestre, o qual, com a teoria finalista da ação, contrapôs as ideias da até então aplicada teoria causalista da ação, atribuindo ao Direito Penal uma função muito além da mera retribuição do mal decorrente de um ilícito penal. Para que se tenha uma mínima diferenciação entre os modelos apregoados por essas duas teorias, é suficiente informar que para a teoria causalista a ação é a consequência de um "ato voluntário com um conteúdo qualquer". Ou seja, para que uma ação seja passível de responsabilização criminal, basta que seja voluntária, ainda que não tenha sido direcionada com a finalidade de dano a um determinado bem jurídico. Logo, essa doutrina dispensa a análise da culpa e do dolo do indivíduo infrator.

Jakobs²¹⁴ não desvinculou seus pensamentos do caráter social, defendendo que o "direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas". Logo, o que fez Jakobs foi deslocar o foco de sua investigação na Teoria do Delito, até então focada nas intenções e preferências do infrator, para os indivíduos, ou seja, como as pessoas devem ser vistas pelo direito.

Logo, para se compreender o conceito do instituto ora trabalhado, se faz necessário compreender, ainda que em linhas gerais, a Teoria de Jakobs, para a qual existem dois "direitos penais", sendo um destinado ao cidadão, e por isso se pauta nas garantias individuais, ao passo que o segundo é destinado ao inimigo, o que justifica a redução, ainda que drástica, das garantias individuais dos cidadãos, e assim punir atos ainda que meramente preparatórios, como se extrai dos ensinamentos de Günther Jakobs, em sua obra em coautoria com Manuel Cancio Meliá, quando o autor traça uma clara distinção entre os dois polos, cidadão e inimigo, *in verbis*:

[...] o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no Estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. Um exemplo do primeiro tipo pode constituir o tratamento dado a um homicida, que, se é processado por autoria individual só começa a ser punível quando se dispõe imediatamente a realizado o tipo (p. 22,21 StGB), um exemplo do segundo tipo pode ser o tratamento dado ao cabeça (cgefe) ou quem está por trás (independentemente de quem quer que seja) de uma associação terrorista, ao que alcança uma pena só levemente mais reduzida do que a correspondente ao autor de uma tentativa de homicídio, já quando funda a associação ou leva a cabo atividades dentro desta (p 129 a StGB), isto é, eventualmente anos antes de um fato previsto com

²¹⁴ JAKOBS, Günther. **O que protege o direito penal:** os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís et.al. Direito Penal e Funcionalismo. Tradução de Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

maior ou menor imprecisão. Materialmente é possível pensar que se trata de uma custódia de segurança antecipada que se denomina <<pena>>. ²¹⁵

Percebe-se, portanto, que Jakobs e Meliá, em sua obra "Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas", cita dois tipos de ideais dentro do Direito Penal, sendo que o primeiro é o já citado Direito Penal do Cidadão, no qual o sujeito, enquanto cidadão, mediante a prática de uma conduta que infringiu a vigência de uma norma, deve ser punido, mas tendo respeitados os seus direitos, embora deva reparar o dano que causou²¹⁶.

E o Direito Penal do Inimigo, aplicado a uma categoria específica de pessoas que, com frequência, violam o ordenamento jurídico, colocando em risco a segurança jurídica e a sociedade como um todo, evidenciando, dessa forma, a seletividade que caracteriza o Direito Penal do Inimigo.

E sobre o tema os autores acrescentam:

Aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia de que se comportará como pessoa; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Essa guerra acontece com um direito legítimo dos cidadãos, mais precisamente com seu direito à segurança; mas, diferentemente da pena, ela não é direito no que se refere ao apenado; pelo contrário, o inimigo é excluído. ²¹⁷

Anote-se que o Direito Penal do Inimigo, formulado por Günther Jakobs, trata de um direito onde se busca o combate aos que representam perigo ao Estado, ou seja, um Direito Penal que não busca a coerção de delitos consumados, mas sim a prevenção de delitos que podem vir a ser praticados no futuro, pois o inimigo passa a representar uma ameaça à soberania Estatal.

Assim, diferentemente do Direito Penal do Cidadão, os considerados inimigos perdem direitos inerentes ao processo e direitos humanos. Logo, retira as características de cidadão do agente infrator, apesar de formalmente continuar a ser tratado como "pessoa", pois não é lícito lhe retirar todos os direitos. O que faz é mitigar as garantias processuais.

Percebe-se, então, que o Direito Penal do Inimigo, que não é fácil de ser conceituado, e só se faz possível compreendê-lo se analisados os seus fundamentos, busca a segurança da sociedade, principalmente através da

²¹⁵ JAKOBS, MELIÁ, op. cit., p. 36.

²¹⁶ Ibid., loc. cit.

²¹⁷ JAKOBS; MELIÁ, op. cit., p. 22-23

prevenção de crimes, ou seja, por meio de medidas de segurança, e não a punição da ação delituosa propriamente dita. Destarte, Direito Penal do Inimigo ocorre a punição à periculosidade que o autor representa, tendo ele praticado ou não um crime.

Em suma, reveste-se de um caráter de combate a indivíduos ou grupos especialmente “perigosos”, por meio de uma demonização infligida, sem vê-los como cidadãos. Não é um Direito Penal do fato, mas do autor. Não se volta aos fatores etiológicos do crime para dirimi-los, mas aos seus agentes.²¹⁸

Sendo assim, o Direito Penal do Inimigo pode ser conceituado como aquele de cunho seletista, que cria penas limitadas aos iguais (os cidadãos, no sentido de ressocializá-lo depois) e medidas preventivas, buscando a segurança, que funcionariam, na realidade, como penas ilimitadas e desproporcionais aos sujeitos considerados perigosos a sociedade, quais sejam, os inimigos, objetivando a exclusão dos mesmos e, por conseguinte, a eliminação dos riscos que estes representam ao ordenamento jurídico.

Portanto, cabe ao Estado proporcionar segurança aos cidadãos, mas não se pode simplesmente ignorar princípios constitucionais, como o da igualdade, do devido processo legal, da legalidade, entre outros, para se buscar essa segurança.

Do contrário, estar-se-ia retrocedendo a escola positivista do século XIX, onde Lombroso descrevia o homem delinquente por características físicas, ou porque não dizer, pela sua origem, sendo este um dos argumentos levantados por aqueles que questionam a legitimidade do Direito Penal do Inimigo.

Cabe ressaltar, ainda que Jakobs defende um Direito Penal do Inimigo que seja aplicado de maneira bem delineada, ou seja, limitado ao necessário, pois assim seria menos perigoso ao Estado de Direito do que se fosse aplicado de maneira fragmentada dentro de um Direito Penal do Cidadão.

Mas, sendo delimitado ou não, essa doutrina trata de um instituto nocivo aos princípios constitucionais do nosso Estado de Direito, embora venha influenciando inúmeros diplomas legais no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se observará no momento oportuno.

Anote-se, ainda, que para se entender o conceito de inimigo, inicialmente será necessário compreender o conceito de pessoa para o direito:

²¹⁸ SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Direito penal do inimigo e a culpa jurídico penal**: o problema da responsabilidade pelo livre-arbítrio. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 45.

[...] pessoa é todo aquele indivíduo que representa um papel. Haja vista o próprio termo pessoa derivar de *persona* (máscara), exigindo, por conseguinte, uma representação, que no campo das relações sociais torna-se obrigatória de cumprimento, justamente por representar as expectativas normativas normalmente esperadas. Eis que, sob esse prisma, não há falar-se em pessoa como sinônimo de ser humano. Porquanto somente se deve subsumir como pessoa aquele ser que cumpre o seu papel na sociedade – vale dizer, que se porta conforme os ditames normativos.²¹⁹

Não é demais mencionar que, historicamente, a sociedade sempre discriminou e perseguiu determinados grupos sociais ou indivíduos que consideravam perigosos a hierarquização da mesma, denominando-os como seus inimigos. Esse discurso de um tratamento diferenciado para os inimigos em potencial surgiu na antiguidade, tendo seus primeiros indícios nos escritos de Protágoras e Platão, como disserta Zaffaroni, para quem:²²⁰

[...] este último desenvolveu pela primeira vez no pensamento ocidental a ideia de que o infrator é inferior devido à sua incapacidade de aceder ao mundo das ideias puras e, quando esta incapacidade é irreversível, ele deve ser eliminado. Protágoras sustentava uma teoria preventiva geral e especial da pena, mas também postulava um Direito Penal diferenciado, segundo o qual os incorrigíveis deviam ser excluídos da sociedade.

Günther Jakobs, para fundamentar sua teoria, descreve filósofos como Rousseau, que alegava que todo aquele que negasse ao contrato social imposto pela sociedade, cometendo algum delito, deveria perder todos os direitos; Kant, que também defendia que todos para conviver em sociedade deviam viver em um estado civil-legal, e que aqueles que não o conceberam ou o abandonaram deveriam ser afastados.²²¹

Semelhante são os ensinamentos de Martín, que buscando conceituar o Direito Penal do Inimigo, salienta:

[...] o simples fato de um homem se encontrar no estado de natureza o converte em inimigo, e isso é suficiente para legitimar hostilidade contra ele, mesmo quando não tenha realizado uma lesão de fato, pois “a [mera] omissão de hostilidades [por ele] ainda não é garantia de paz.”²²²

²¹⁹ SANTOS, op. cit., p. 28-29.

²²⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 83.

²²¹ JAKOBS, MELIÁ, op. cit., p. 39.

²²² MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 101.

Hobbes, também descrito por Jakobs,²²³ trazia a distinção entre o delinquente, que continuava como *status* de cidadão depois de ter cometido um delito, e o alto traidor, que deveria ser combatido como inimigo da sociedade, pois este combatia o princípio, encarnado na soberania concreta.

Baseados nessas ideias de exclusão, ou mesmo a eliminação dos indivíduos considerados daninhos, é que se veio construindo vários “inimigos” históricos, geralmente sob o pano de uma medida emergencial, que buscava a sobrevivência dos cidadãos. Eram considerados assim, por exemplo, na Europa da idade média,

[...] os hereges ou os reformistas que protagonizavam o espetáculo patibular e festivo das execuções públicas nas principais praças de todas as cidades da Europa. Na Espanha, os principais inimigos nunca foram as bruxas – embora muitas tenham sido eliminadas – mas sim os opositores do monarca acusados de hereges ou dissidentes, isto é, *hostis judicatus*, prolongando-se a Inquisição por até o século XIX.²²⁴

Nesse sentido, conclui-se que os inimigos são pessoas iguais no geral, mas que não cumprem com o contrato imposto pelo Estado (leis), sendo considerados adversários por princípio da soberania do Estado.

E é, pois, esse o foco do Direito Penal do Inimigo, que visualiza nas pessoas a sua razão de punir, motivo pelo qual se faz necessário analisar as características apresentadas pela doutrina.

No tocante às características do Direito Penal do Inimigo, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Meliá,²²⁵ *in verbis*:

[...] o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se em amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Percebe-se, para o autor supra, que a primeira característica do Direito Penal do Inimigo é exatamente o fato de adiantar-se à punibilidade, ou seja, punindo

²²³ JAKOBS, MELIÁ, op. cit., p. 42.

²²⁴ ZAFFARONI, op. cit., p. 34

²²⁵ JAKOBS, MELIÁ, op. cit., p. 90

abstrativamente determinadas condutas, uma vez que, ao estabelecer determinados sujeitos como inimigos, passa a considerar suas condutas, de antemão, como ilícitas.

Dessa prática decorre a segunda característica, que é a estipulação de penas desproporcionais, com o agravamento do Direito Penal, o que muito se assemelha à política da "tolerância zero".

E, por fim, há a supressão de algumas garantias processuais, pois os "inimigos", na visão do Direito Penal do Inimigo, não são detentores de garantias semelhantes às dos cidadãos, garantias estas que podem ser facilmente suprimidas.

Semelhante são os ensinamentos de Carvalho,²²⁶ que pontua:

Os processos de exclusão e vitimização dos segmentos sociais subalternos representam a missão não declarada do sistema penal brasileiro, mediante a punição implacável ou a escancarada e desinibida eliminação da população negra e/ou pobre dos grandes centros urbanos, escandalosamente assumidas como forma e estratégia de manutenção da "ordem social".

Em obra mais recente Jakobs²²⁷ apresentou cinco características principais do Direito Penal do Inimigo, quais sejam: a progressiva anonimidade dos indivíduos; o comportamento uniforme das massas; o predomínio do sistema econômico, e conseqüente influência do capitalismo no âmbito dos delitos; a consciência dos riscos; e, por fim, a internacionalização.

Moraes,²²⁸ por sua vez, sintetizando os ensinamentos de Meliá, apresenta as principais características do Direito Penal do Inimigo, nos seguintes termos:

CANCIO MELIÁ, por sua vez, sintetiza as características principais desta política criminal praticada nos últimos tempos, utilizando a terminologia 'expansão do Direito Penal', aventada na obra 'Direito Penal do Inimigo', escrito em co-autoria com GÜNTHER JAKOBS: 1) hipertrofia legislativa irracional (caos normativo); 2) instrumentalização do Direito Penal; 3) inoperatividade, seletividade e simbolismo; 4) excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo); 5) descodificação; 6) desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e executórias); 7) prisionização (explosão carcerária).

²²⁶ CARVALHO, Thiago Fabres de. **O "Direito Penal do Inimigo" e o "Direito Penal do homo sacer da Baixada"**: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. 2006.

²²⁷ JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Baruer: Manole, 2003, p. 30-31.

²²⁸ MORAES, op.cit., p. 149-150.

Em suma, MELIÁ ressalta que na evolução atual, seja do Direito Penal, seja do Direito Processual, delineiam-se tendências que, em seu conjunto, representam traços de um “Direito Penal da colocação em risco de características antiliberais”. Essas linhas de evolução - ‘simbólica’ e ‘punitivista’ -, constituem, segundo esse autor, a genealogia do ‘Direito Penal do Inimigo’.

Percebe-se que a principal característica do Direito Penal do Inimigo se encontra exatamente no “público alvo”, ou seja, nas pessoas a que se destina, notadamente aquelas que convivem diuturnamente com o tráfico de drogas, por exemplo, já que se trata de um Direito Penal extremamente seletivo, que no afã de proteger os cidadãos, exclui os denominados “inimigos”.

Por isso a teoria desenvolvida por Jakobs pode também ser denominada de Direito Penal do Autor, onde aos cidadãos é aplicado um direito direcionado ao fato ilegal cometido por estes, e aos inimigos restam apenas medidas de segurança, importando-se não com um fato cometido, mas sim, a que grupo de indivíduos pertence o sujeito, no caso, por exemplo, de um traficante ou favelado, que será considerado inimigo, restará a prisão apenas, para que depois ocorra o processo limitado de direitos e garantias, posto que esse já não é considerado cidadão.

Acontece que essa característica do Direito Penal do Inimigo faz com que várias críticas sejam tecidas ao instituto, porque retrocede à denominada Escola Positiva, do século XIX, onde estudiosos como Lombroso, Ferri e Garófalo que defendiam uma criminologia totalmente baseada no estudo do “comportamento criminoso, baseada na dupla hipótese do caráter complementar determinado do comportamento criminoso, e da diferença fundamental entre indivíduos criminosos e não-criminosos”.²²⁹

Ainda no tocante à característica da punibilidade relacionada com quem o autor representa, ou seja, um ser perigoso a sociedade, e não ao delito praticado por este, Ferrajoli, citado por Moraes,²³⁰ salienta o fundamento do Direito Penal do Inimigo:

[...] nas doutrinas políticas e jurídicas do período nazista, a transformação ética do direito chegou a fazer com que o princípio de legalidade passasse a ser o irracional e decisionista Führerprinzip, consentido no ingresso, no Direito Penal, de o mais exasperado substancialismo e subjetivismo,

²²⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2002, p. 43.

²³⁰ FERRAJOLI apud MORAES, Alexandre da Rocha. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade penal**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224.

mediante as nefastas figuras do 'tipo normativo do autor' (Tätertyp) ou do 'inimigo' (do povo ou do Estado), identificados, a despeito dos fatos cometidos ou não, com base, simplesmente, na atitude interiormente infiel ou antijurídica do réu.

Nesse contexto, não há como negar que o Direito Penal do Inimigo apresente-se como uma "ressurreição de uma concepção nazista sobre o ser humano, agora sob o foco de preconceito social, renovando antigas teorias e práticas com nova roupagem ideológica e escuridão do espírito", ²³¹ posto a implicação da pena pelo que representa o autor, e não ao delito por ele praticado, conforme acontecia na Segunda Guerra Mundial, quando os Judeus eram condenados a morte, pelo simples fato de serem "judeus".

Destarte, não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso, ²³² característica do Direito Penal do Inimigo que, como já salientado, é alvo de diversas críticas.

Ademais, em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, alicerçado em direitos e garantias fundamentais, é inaceitável a aplicação de penas e medidas cautelares pela periculosidade eventual autor, pois assim estaria indo de encontro às garantias descritas na Constituição da República Federativa Brasileira, tais como da dignidade da pessoa humana, da legalidade, do devido processo legal, entre outras instituídas, como se verá no próximo capítulo.

Segundo Moraes, ²³³ Jakobs, para delimitar o Direito Penal do Inimigo, reestruturou a própria Teoria do Direito, e para justificar a finalidade do reconhecimento dos "inimigos" do Estado, defende que o Direito, na atualidade, não proporciona conteúdos fixos, mas sim condições de uma sociedade pluralista, motivo pelo qual a prevenção geral ganha importância.

Logo, a finalidade precípua do Direito Penal do Inimigo, para Jakobs, é permitir que o próprio Direito Penal assegure à sociedade uma identidade normativa, consubstanciada em uma constituição que não meça esforços para assumir novos problemas, já que cabe ao Estado proporcionar a segurança aos

²³¹ DOTTI apud MORAES, op. cit, p. 225.

²³² ZAFFARONI, op.cit., p. 18.

²³³ MORAES, op. cit.,p. 84,

seus indivíduos. Destarte, a pena, para Jakobs, como ressalta Moraes,²³⁴ se reveste de uma função "preventivo-integradora".

Nesse sentido são os ensinamentos de Jakobs e Meilá, *in verbis*:²³⁵

[...] sustenta-se que o Direito Penal deve realizar esforços para assumir os novos problemas. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia da segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm direito à segurança.

Não há como negar que a finalidade do Direito Penal do Inimigo está intrinsecamente relacionada ao seu fundamento, que é sintetizado pelos autores supracitados nos seguintes termos:

[...] não é que haja um cumprimento melhor ou pior do princípio do Direito Penal do fato – o que ocorre em muitos outros âmbitos de antecipação das barreiras de punição – mas que a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os inimigos – mais que na definição de um fato.²³⁶

Nesse sentido são os ensinamentos de Zaffaroni,²³⁷ para quem, "embora o tratamento com o inimigo seja a guerra, trata-se de uma guerra rigorosamente delimitada", em que só se priva o inimigo do estritamente necessário para neutralizar seu perigo, mas se deixa aberta a porta para seu retorno ou incorporação, mantendo todos os seus demais direitos.

Poder-se-ia dizer que, assim como propõe encerrar o Direito Penal do Inimigo num compartimento estanque para salvar o resto do Direito Penal (do cidadão), ele também aspira a limitar o caráter de não pessoa do inimigo quando à intensidade da despersonalização.

Contudo, tudo isso se desloca como uma limitação aos princípios do Estado de direito, imposta pela necessidade e em sua estrita medida. Sem dúvida, esta tática de contenção está destinada ao fracasso, porque não reconhece que para os teóricos – e, sobretudo, para os práticos – da exceção, esta sempre invoca uma necessidade que não conhece lei sem limites.²³⁸

²³⁴ MORAES, op.cit., p. 137.

²³⁵ JAKOBS, MELIÁ, op. cit., p. 28.

²³⁶ JAKOBS. MELIÁ, op. cit., p. 109.

²³⁷ ZAFFARONI, op.cit., p. 161.

²³⁸ ZAFFARONI, op.cit., p. 161.

É nesse contexto que se faz necessário analisar a endurecimento da legislação penal vigente, por parte do legislador brasileiro, que encontra amparo no Direito Penal do Inimigo, de modo a identificar, como já apontado alhures, se isso permitirá que se alcance a paz social e seja solucionado o problema da segurança pública que assola o país.

Por fim, cumpre tão somente destacar que, como aponta Neves,²³⁹ já é possível falar em uma quarta velocidade do Direito Penal, que surgiu na Itália e vem ganhando força na América do Sul, principalmente com Zaffaroni, que preconiza a necessidade de proporcionar repressão aos crimes contra toda a coletividade.

Nesse contexto, o Direito Penal atua de forma universal, e seria utilizada para a punição, por exemplo, dos inimigos de guerra, ou daqueles delinquentes que cometeram crimes contra a humanidade, sendo esta a principal diferença da quarta para a terceira velocidade do Direito Penal, embora em muito se assemelhem pelo caráter de rigidez e, ainda, por se focar no autor, e não no fato delituoso.

4.4 Direito penal de urgência ou de emergência

É notável que o crescente desenvolvimento humano e a globalização ocorreram (e continuam ocorrendo) numa velocidade gigantesca. Certo é também que o Estado Moderno apresenta várias imperfeições no que diz respeito à eliminação de problemas estruturais da sociedade. Muito embora as evoluções e as conquistas ocorridas no Estado liberal, incentivadas pelas manifestações do século XVIII e direcionada para questões coletivas e, pelo surgimento do Estado Democrático de Direito e o pluralismo que ele traz consigo; muito embora tudo isso, percebe-se que ainda não foram suficientes a ponto de satisfazerem a busca do mundo ocidental por melhores condições de existência.

É no início dos anos 2000 que, com o intuito de melhorar a qualidade de vida que a tecnologia começa a avançar em nível absurdamente veloz, surgindo coisas antes impensáveis como segurança à distância, compras online, ligação de vídeo, etc. E, por certo, os criminosos vêm igualmente utilizando-se de tais avanços, adaptando seus métodos, ferramentas e modos de agir.

²³⁹ NEVES, op. cit.

A propósito, frisa-se que além do grande avanço tecnológico trazido pela modernidade, há também o reconhecimento e a proteção de inúmeros direitos fundamentais – quer sejam individuais, quer sejam coletivos ou sociais – podendo-se considerar o advento da CF/88 como o marco histórico brasileiro destes direitos.

Neste viés, é evidente que o tanto o Direito Penal quanto o Processo Penal necessitaram adotar métodos aptos a fim de coibir tais práticas criminosas com o intuito de garantir a segurança de seus cidadãos. Contudo, é preciso ter cuidado ao se buscar a efetiva persecução penal, a fim de que o Estado não ultrapasse seus limites constitucionais atingindo os direitos fundamentais por ele já reconhecidos.

Em poucas palavras explica Bitencourt (2008, p. 237-238):²⁴⁰

A violência indiscriminada está nas ruas, nos lares, nas praças, nas praias e também no campo. Urge que se busquem meios efetivos de controlá-la a qualquer preço. E para ganhar publicidade fala-se em criminalidade organizada – delinquência econômica, crimes ambientais, crimes contra a ordem tributária, crimes de informática, comércio exterior, contrabando de armas, tráfico internacional de drogas, criminalidade dos bancos internacionais -, enfim, crimes de colarinho branco. Essa é, em última análise, a criminalidade moderna que exige um novo arsenal instrumental para combatê-la, justificando-se, sustentam alguns, inclusive o abandono [sic] de direitos fundamentais, que representam históricas conquistas do Direito Penal ao longo dos séculos.

Nessa linha de pensamento apresentada, observa-se que o Direito Penal tem enfatizando esferas que vão além de seus fins, atropelando direitos fundamentais com objetivo de proteção a bens jurídicos não essenciais, interferindo, inclusive, na esfera privada²⁴¹.

Há quem sustente que no intuito de combater essa criminalidade moderna que se propaga é legítimo utilizar-se de instrumentos mais severos, inclusive, como bem destaca o autor acima, através do abandono de direitos fundamentais – que é o que Jakobs propõe em sua teoria.

Por outro lado, doutrinadores como Siqueira Júnior,²⁴² defendem que, atualmente, vive-se na pós-modernidade, momento pelo qual se deve buscar a efetivação desses direitos.

²⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial, v. 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237-238.

²⁴¹ Ibid., loc. cit.

²⁴² SIQUEIRA JÚNIOR. Paulo Hamilton. **A dignidade da pessoa humana no contexto pósmodernidade**. In: Miranda, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 273.

Nas palavras do autor, tem-se que a modernidade teria sido representada nesse momento “[...] pela conquista dos direitos humanos. O desafio da pós-modernidade é a concreta realização desses direitos. Estamos na era da efetivação dos direitos humanos e da Constituição”²⁴³.

Assim, se por um lado há inúmeras tecnologias em favor da sociedade, bem como, vive-se em um ambiente mundial cada vez mais globalizado e ligado entre si, onde há imensa rapidez na comunicação, na circulação de informações e capitais, temos igualmente uma crescente criminalidade moderna, que usa das facilidades advindas da tecnologia para complementar seu modo de atuação.

Tendo em vista os fenômenos ocasionados pela sociedade do risco e pelo Estado preventivo, que resultam na pressão sobre o sistema penal, acabando por modificá-lo, o discurso do Direito Penal inclina-se por não mais limitar-se à dogmática, demonstrando interesse nas consequências e na realidade dos problemas sociais.²⁴⁴

É no afã de prevenir e controlar os riscos que o Direito Penal acaba tornando-se o instrumento utilizado pelo Estado para fiscalizar condutas, através de um conjunto de respostas preventivas e repressivas. Esta expansão que sofre o sistema jurídico-penal muitas vezes é desnecessária e sofre duras críticas. Silva²⁴⁵ define claramente como ocorre a expansão do direito penal:

Como proposta apresentada pelo movimento político-criminal de absorção da sociedade mundial do risco, exsurge, de modo geral, a chamada expansão do Direito Penal regida, com base na ideia de risco, por uma racionalidade distinta daquela inscrita sob o modelo de Direito Penal liberal e cujos desdobramentos podem traduzir-se, a título ilustrativo, pelos conceitos de bem jurídico supra individual e de proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo, mediante a utilização dos crimes de perigo abstrato e dos delitos cumulativos.

Portanto, a teoria da expansão do Direito Penal surge em razão da sensação de insegurança e impunidade instigada pela criminalidade moderna. Diversas são as doutrinas que acreditam cada vez mais que apenas um Estado punitivo seria capaz de conter a criminalidade moderna, e, para isso, acaba-se aceitando abrir mão de direitos e garantias fundamentais.

²⁴³ Ibid., loc. cit.

²⁴⁴ SILVA, Luciana Carneiro. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades**, n. 5 de setembro de 2010.

²⁴⁵ Ibid.

Estas doutrinas acreditam que com o aumento da repressão penal, ou seja, quanto mais ríspida for a pena privativa de liberdade, menor será a frequência de reincidência na prática de lesões às quais se encontra sujeito todo o corpo social²⁴⁶.

É nesse viés que Leite,²⁴⁷ ao trata sobre a expansão do Direito Penal do Inimigo, salienta que este “solidifica o âmbito punitivo revelando ser um direito penal do legislador contendo exagerada antecipação da tutela penal, com bens jurídicos predeterminados e severa execução penal”.

Assim o é em razão de ser o legislador quem cria a norma a ser aplicada e acaba por prever punição exagerada a atos meramente preparatórios, não adequada à luz do Código Penal Brasileiro²⁴⁸.

De fato, não é difícil de encontrar essas posições doutrinárias vez que se apresentam como tendência dominante nas mais diversas legislações, as quais buscam a introdução de novos tipos penais além de um agravamento dos já existentes. Há, nesse contexto, a criação de novos tipos penais, ampliação de espaços de risco, flexibilização de normas de imputação, etc.

De fato, na atualidade se vive em um paradoxo, pois se busca menos Estado social, menos Estado interventor, mas mais Estado punitivo, mais Estado securitário. Tudo isto pois, em razão da disseminação da ideia de insegurança, passa-se a acreditar que a intervenção do Estado será suficiente para reestabelecer a tranquilidade e, é nesta esteira que surgem teorias como o Direito Penal do Inimigo.

Assim, tendo em vista toda a luta travada em face do Estado pelo reconhecimento dos mais diversos direitos, os quais, atualmente, estão previstos legalmente na Constituição Brasileira, não se pode ‘regredir’ a ponto de ignorá-los. esse sentido.

4.5 Do garantismo penal por Luigi Ferrajoli

²⁴⁶ Ibid., loc. cit.

²⁴⁷ LEITE, Gisele Pereira Jorge. Breves considerações sobre Direito Penal do inimigo. **Revista Bonijuris**, ano XXV, n. 592, vol. 25, n. 3, março de 2013.

²⁴⁸ Ibid., loc. cit.

A origem da Teoria do Garantismo remonta, segundo Taffarelo,²⁴⁹ ao final do século XVII e início do século XVIII, com o surgimento do movimento Iluminista. Começou-se, então, com base na racionalidade, a questionar de forma veemente o autoritarismo que prevalecia até então, dando-se ênfase à proteção dos direitos individuais de cada cidadão, destacando-se fortemente aspectos relacionados à liberdade e à igualdade.

Diante do autoritarismo que prevalecia à época, por certo que o Direito Penal seguia a mesma influência, dando margem a todo tipo de barbárie. Os Iluministas passaram, então, a questionar essas práticas abusivas, defendendo ideias divergentes de tal concepção, como, por exemplo, a superioridade da prevenção, a necessidade de melhor proporcionar as penas e o uso da pena de morte apenas em casos específicos.²⁵⁰

Tem-se aí, portanto, o embrião do Garantismo, pois, conforme Ferrajoli,²⁵¹ os princípios do modelo garantista clássico, em especial a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes e a presunção de inocência “[...] são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo”. Não se pode restringir, entretanto, a teoria do Garantismo ao Direito Penal.

Segundo Feldens²⁵² a teoria do Garantismo encontra seu fundamento no Estado Constitucional e, conseqüentemente, na positividade dos direitos fundamentais, não se restringindo à esfera penal, mas a todo ordenamento jurídico. Elucida o autor:

O garantismo deve ser compreendido: a) como uma teoria de base constitucional; b) orientada à otimização dos direitos fundamentais; c) o que significa, em Direito, assegurar juridicamente (garantir) a sua realização; d) tarefa constitucionalmente imposta ao legislador a partir das próprias normas jusfundamentais; e) competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos frente suas principais ameaças (os indivíduos e o Estado), de modo a minimizar as agressões

²⁴⁹ TAFFARELO, Rogério F. Beccaria e o iluminismo penal. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 22, n. 1, 2006, p. 30.

²⁵⁰ DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 161.

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37.

²⁵² FELDENS, Luciano. O Garantismo Desde sua Perspectiva Constitucional: Projeções sobre o Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano X, n. 37, p. 67-81, abr./jun. 2010, p. 67-68.

oriundas de particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos.²⁵³

Em que pese o papel fundamental do legislador, conforme exposto acima, muitas vezes a Constituição não é considerada (ou respeitada) quando da edição de normas infraconstitucionais.

Nesse ínterim, mister destacar que o Garantismo vem a combater o Estado autoritário, estando assentado em uma base principiológica e constitucional, visando à garantia dos direitos fundamentais. É, portanto, a supremacia da Constituição frente a qualquer norma infraconstitucional, exigindo-se a coerência desta com o texto e princípios da Magna Carta como condição para sua validade e aplicabilidade no ordenamento jurídico constitucional.²⁵⁴

No mesmo sentido, Ferrajoli²⁵⁵ destaca:

A orientação que, há poucos anos, vem sob o nome de “garantismo”, nasceu no campo penal como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas jurídicas e políticas que o têm jogado numa mesma vala, ocultando e alimentando, quase sempre em nome da defesa do Estado de direito e do ordenamento democrático. Da palavra “garantismo” é, então, possível distinguir três significados diversos, mas conexos entre si, que correspondem a outros tantos temas tratados nas três primeiras partes deste livro, mas que podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico.

O primeiro significado para o garantismo, segundo o autor, diz respeito a um modelo normativo de direito, ou à estrita legalidade própria do Estado de Direito. E destaca:

Sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.²⁵⁶

²⁵³ Ibid., loc. cit.

²⁵⁴ PEDRINHA, Roberta Duboc. Notas Sobre o Garantismo de Luigi Ferrajoli: da base principiológica ao modelo penal – A Imperatividade de Sua Aplicação e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, ano 12, n. 12, p. 187-206, 2007, p. 189-190.

²⁵⁵ FERRAJOLI, op. cit., p. 785.

²⁵⁶ FERRAJOLI, op. cit., p. 785-786.

O segundo significado atribuído por Ferrajoli²⁵⁷ refere-se a uma teoria jurídica da validade e efetividade das normas, em relação, também, à existência e vigência das mesmas.

Nesse sentido, o garantismo significa uma abordagem crítica constante da divergência existente entre modelos normativos tendentemente garantistas (como a nossa Constituição Federal de 1988) e as práticas operacionais tendentemente antigarantistas²⁵⁸.

O autor ainda destaca em sua obra a invalidade (frente ao ordenamento jurídico), porém efetividade (porque aplicadas na prática) destas e a validade (pois constitucionais) e inefetividade (em virtude de não serem aplicadas na prática) daquelas²⁵⁹.

Esta anomalia jurídica requer dos juízes e juristas uma constante visão crítica sobre as normas vigentes, analisando-se a sua validade ou invalidade em relação à Constituição, não bastando o viés juspositivista, com um posicionamento acrítico e passivo²⁶⁰.

Ressalta o autor que “[...] a perspectiva garantista requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações [...]”.²⁶¹

Por fim o terceiro significado, relacionado à filosofia do direito e crítica da política, designa uma filosofia política, onde o direito e o Estado devem buscar sua legitimidade na justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.

Este ponto de vista externo ou político, afastado do interno ou jurídico é essencial à democracia e representa a população, com seus interesses e necessidades individuais e coletivas, cuja satisfação representa a razão de ser do Estado²⁶².

Para Ferrajoli:²⁶³

[...] o atrofiamento de um autônomo ponto de vista externo, ou pior, a sua explícita confusão com aquele interno, forma a conotação específica de

²⁵⁷ Ibid., p. 786-787.

²⁵⁸ Ibid., loc. cit.

²⁵⁹ Ibid., loc. cit.

²⁶⁰ Ibid., loc. cit.

²⁶¹ Ibid., p. 787.

²⁶² Ibid., loc. cit.

²⁶³ FERRAJOLI, op. cit., p. 787-788.

todas as culturas políticas autoritárias, de vários modos comuns reunidos nas ideias de auto fundação e de auto justificação do direito e do Estado como valores em si: não meios, mas eles mesmos o fim.

Conforme exposto (e desejável), ainda que seja aplicável a qualquer ramo do Direito, o garantismo ganhou especial destaque, consoante já mencionado anteriormente, no Direito Penal.

Em virtude de todo o histórico do Direito Penal, que fora fortemente marcado pelo autoritarismo e um sistema inquisitório com graves violações a direitos fundamentais – a teoria garantista surgiu como uma reação a este inquisitorialismo predominante²⁶⁴.

Vale dizer, ainda, que a teoria do Garantismo Penal veio ao encontro do pensamento de diversos operadores do direito que questionavam a situação de alguns países – como o Brasil e a Itália, por exemplo – que possuíam uma Constituição com características garantistas, ao passo que na legislação infraconstitucional ou, ainda, na prática diária seguiam uma linha de negação dos direitos fundamentais dos indivíduos, em especial daqueles processados criminalmente.

De acordo com Rosa²⁶⁵ o caso do Brasil é emblemático, uma vez que temos um Código Penal e um Código de Processo Penal editados sob outra ordem constitucional, completamente diversa da Constituição Federal de 1988, com características garantistas. E completa:

De sorte que há necessidade de adequação da própria noção do papel e função do Direito e do Processo Penal diante da redemocratização do país. E este trabalho ainda está sendo realizado, basicamente por força da (i) baixa constitucionalidade, entendida como a ausência de uma cultura democrática no Direito; (ii) resistência ao modelo eminentemente acusatório preconizado pela Constituição da República de 1988, com a manutenção de uma mentalidade inquisitória; (iii) herança equivocada de uma imaginária e nefasta “Teoria Geral do Processo”, quando, na verdade, os fundamentos do processo penal democrático assumem viés individual e não coletivo, a saber, não cabe “instrumentalidade processual penal”; (iv) difusão de um modelo coletivo de “Segurança Pública” que fomenta certa “Cultura do Medo”; (v) expansionismo do Direito Penal e recrudescimento dos meios de controle social; (vi) prevalência de teorias totalitárias, como Direito Penal do Inimigo, atreladas ao discurso da lei e da Ordem.²⁶⁶

²⁶⁴ Ibid., loc. cit.

²⁶⁵ ROSA, Alexandre Morais de. **Processo Penal Eficiente? Não obrigado**. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 38.

²⁶⁶ ROSA, op. cit., p. 38-39.

Para Carvalho e Carvalho (2001, p. 17): ²⁶⁷

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental pratico-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

As características de um modelo garantista genérico, aplicáveis à qualquer área do direito, obviamente se adequam perfeitamente ao Direito Penal e Processual Penal, e, de acordo com o entendimento acima de Alexandre Morais da Rosa, são absolutamente necessárias no Brasil.

Ferrajoli²⁶⁸ então, com base em sua teoria garantista, estabelece garantias penais e processuais que devem balizar um modelo de Direito Penal justo aos indivíduos.

Estas garantias são imprescindíveis para que se tenha legitimidade na persecução penal e na consequente aplicação da pena e são baseadas em princípios que derivam de onze termos nucleares, quais sejam: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa²⁶⁹.

Estes podem ser classificados da seguinte forma: a) garantias penais: “delito”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação” e “culpabilidade”; e b) garantias processuais: “juízo”, “acusação”, “prova” e “defesa”. Exclui-se a pena por ser apenas um resultado possível do processo.²⁷⁰

Um sistema penal garantista deve, portanto, incluir todos estes termos, que Ferrajoli²⁷¹ axiomatiza, resultando de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, que o autor elenca na língua latina:

A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla Lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine judicio; A8 Nullum judicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione.

²⁶⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17.

²⁶⁸ FERRAJOLI, op. cit., p. 89-90.

²⁶⁹ Ibid., loc. cit.

²⁷⁰ ROSA, op. cit., p. 49.

²⁷¹ FERRAJOLI, op. cit., p. 91.

Ferrajoli²⁷² denomina estes princípios da seguinte forma, respectivamente:

- 1) princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito;
- 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
- 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
- 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
- 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- 7) princípio da jurisdicionariade, também no sentido lato ou no sentido estrito;
- 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- 9) princípio do ônus da prova ou da verificação;
- 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Estes princípios é que definem, ordenada e sistematicamente, o modelo garantista de direito penal, sendo que prescrevem um “dever ser” na esfera punitiva, bem como estabelecem, cada princípio, uma condição sine qua non ou uma garantia jurídica para a responsabilização e conseqüente imposição da pena. “Tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir”.²⁷³

Rosa,²⁷⁴ ao analisar o sistema garantista de Ferrajoli, salienta que os sistemas penais podem ser enquadrados como tendentes ao Direito Penal mínimo ou ao Direito Penal máximo.

Ao Direito Penal mínimo, na medida em que se aproxima dos princípios basilares de um sistema garantista, onde o indivíduo tem asseguradas garantias fundamentais diante do poder punitivo estatal; ao Direito Penal máximo, quando o sistema penal, ao contrário, distancia-se do sistema garantista, sendo marcado pela ausência de limites e condições no poder punitivo, características de um Estado totalitário, desvinculado da lei²⁷⁵.

²⁷² FERRAJOLI, op. cit., p. 91.

²⁷³ Ibid., p. 90.

²⁷⁴ ROSA, op. cit., p. 48.

²⁷⁵ Ibid., loc. cit.

5 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

5.1 Surgimento e evolução

A primeira questão a ser ressaltada é que os próprios Estados possuem instrumentos para processar e julgar os crimes internacionais e as violações de direitos humanos, ou seja, cada Estado deve adotar medidas para responsabilizar os infratores pelos delitos praticados no âmbito de sua jurisdição, dentro de suas fronteiras territoriais.

Porém, há situações em que a aplicação da jurisdição não é suficiente para efetivamente reparar a ofensa a determinados bens jurídicos, principalmente quando envolve o Direito Internacional, o que se deve também ao fato de que os Estados não necessariamente incorporam ao seu ordenamento jurídico as normas de Direito Internacional.

Ainda, é necessário reconhecer que nem sempre as normas de direito interno de um determinado país proporcionam um aparato para que o Estado processe e condene os seus nacionais por condutas atentatórias à comunidade internacional, situação esta que pode conduzir à impunidade daqueles que violam normas de Direito Internacional.

Nesse contexto é que se passou a questionar a necessidade de um mecanismo efetivo de punição sob a guarda do Direito Internacional Penal, a partir do reconhecimento de que os Estados, seja pela incapacidade, por desinteresse ou mesmo por questões políticas, nem sempre são efetivos na punição daqueles que atentam contra determinados bens jurídicos.

Também é mister destacar que por longos anos o Direito Internacional restringia sua atuação às condutas praticadas pelos Estados, desconsiderando, por conseguinte, o comportamento de indivíduos em si, por entender que os únicos sujeitos reconhecidos nesse âmbito seriam as entidades estatais soberanas.²⁷⁶

Ainda segundo Fraser,²⁷⁷ esse posicionamento fez com que o Direito Internacional se preocupasse apenas com a definição das hipóteses de jurisdição estrangeira sobre o nacional de outro Estado, do que acerca da efetiva jurisdição

²⁷⁶ FRASER, Nancy. **Reenquadrando a justiça em mundo globalizado**. Tradução Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis. São Paulo: Lua Nova, 2009, p. 12.

²⁷⁷ Ibid., loc. cit.

internacional, pois não se encontravam normas claras acerca da responsabilização perante a jurisdição estrangeira.

Segundo Cassese,²⁷⁸ essa postura mais restrita do Direito Internacional restringia a possibilidade de processar e julgar cidadão estrangeiro apenas quando a norma internacional violada tivesse sido incorporada pelo ordenamento jurídico daquele país; quando a Corte possuísse jurisdição; ou, ainda, quando a infração tivesse sido praticada contra algum de seus nacionais ou por algum nacional.

Não obstante, as mudanças no cenário internacional, principalmente pelo fim das duas grandes Guerras Mundiais, e também pela Guerra Fria, evidenciou a relevância de cada indivíduo, ao mesmo tempo em que demonstrou a fragilidade das normas de Direito Internacional, fazendo surgir novas tipificações.

Desta feita, percebe-se que foi o término da Segunda Guerra Mundial, no ano de 1945, momento histórico propício para a instituição de um tribunal responsável pelo julgamento dos denominados criminosos de guerra, surgindo assim os Tribunais de Nuremberg, Tóquio, Ruanda e da antiga Iugoslávia (atualmente Bósnia e Herzegovina, Croácia, Macedônia, Montenegro, Sérvia e Eslovênia).²⁷⁹

Bazelaire,²⁸⁰ porém, destaca que ainda no período entre guerras, tem-se o Tratado de Versalhes, que de forma expressa previu a acusação do ex-imperador da Alemanha, Guilherme II de Hohenzollem, objetivando, assim, submetê-lo a um Tribunal Internacional, o que demonstra a preocupação da comunidade internacional com a punição dos criminosos, independentemente de sua condição de oficial a serviço de um determinado Estado.

Cumprido esclarecer que a recusa dos Países Baixos, onde se encontrava refugiado o supracitado Imperador, a entregá-lo, impossibilitou a aplicação do previsto no Tratado de Versalhes, comprometendo, por conseguinte, a introdução, no cenário internacional, da responsabilização penal dos indivíduos.²⁸¹

Nesse cenário, é realmente o a instituição do Tribunal Internacional de Nuremberg e do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, criados no ano de 1945, as primeiras manifestações de responsabilização penal individual,

²⁷⁸ CASSESE, Antônio. **International Law. Second Edition.** Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 435.

²⁷⁹ Ibid., loc. cit.

²⁸⁰ BAZELAIRE, Jean Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro:** de Nuremberg a Haia. São Paulo: Manole, 2004, p. 15.

²⁸¹ CASSESE, op. cit., p. 454

pios como enfatiza Tiujo,²⁸² reconheceu-se que os Estados, enquanto entidades abstratas, “somente podem cometer crimes através das mãos de indivíduos”.

Bazelaire,²⁸³ ao dissertar sobre o surgimento dos tribunais internacionais, destaca que os horrores vividos durante a Segunda Guerra Mundial evidenciaram a necessidade de se punir os males cometidos contra a humanidade, levando a julgamento e condenando aqueles que, em nome de um Estado, perpetraram horrores contra a humanidade.

Ademais, havia a preocupação em que as atrocidades praticadas contra a humanidade voltassem a ser cometidas, principalmente porque alguns Estados não demonstravam a preocupação que se esperava diante dos crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, o que fez surgir também o receio de que todo o sofrimento imputado às vítimas de guerra fosse esquecido.

Surgiu, assim, a responsabilização penal dos indivíduos, pois até então o Estado era enfrentado de forma impessoal²⁸⁴ medida que foi seguida posteriormente por outros países, com a instituição dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda, criados por determinação do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Na mesma esteira são os ensinamentos de Frulli,²⁸⁵ que ressalta a importância dos anos de 1945 e 1946 na instituição dos Tribunais Militares Internacionais, com o objetivo de processar e julgar, na esfera penal individual, os responsáveis pelo conflito bélico que culminou na morte de 54 milhões de pessoas.

Ainda segundo o autor, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg foi criado para processar e julgar os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, estabelecendo, ainda, a responsabilização dos oficiais superiores e Chefes de Estado.²⁸⁶

O citado Tribunal realizou vinte e quatro julgamentos entre novembro de 1945 e outubro de 1946, o que culminou na condenação de doze pessoas à morte, nove

²⁸² TIUJO, Liriam Kiyomi. **Tribunais Penais Internacionais**. In: BARRAL, Weber (Org.). *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 58-59.

²⁸³ BAZELAIRE, op. cit., 43.

²⁸⁴ Ibid., loc. cit.

²⁸⁵ FRULLI, Micaela. **O direito internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais**. In: CASSESE, Antônio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004, p. 272-273.

²⁸⁶ Ibid., loc. cit.

à prisão perpétua ou temporária e a três absolvições,²⁸⁷ servindo para advertir a comunidade internacional para a necessidade de uma justiça que assegurasse à humanidade a punição dos culpados.

O Tribunal Militar de Tóquio, instituído em maio de 1946, por sua vez, foi responsável pelo julgamento de Ministros, Embaixadores, Almirantes e Generais japoneses, sendo todos os vinte e oito acusados condenados.²⁸⁸ E o Tribunal em comento contribuiu também para a ratificação da jurisprudência firmada no Tribunal de Nuremberg e ampliar a responsabilidade ao governo civil, clamando pela responsabilização coletiva dos funcionários estatais.

Todavia, esses tribunais não eram permanentes, ou seja, foram criados especificamente para julgar os criminosos de guerra em casos particulares, logo após um conflito armado. Mesmo assim não se pode ignorar a sua importância na consolidação da responsabilização penal no âmbito do Direito Internacional, como se extrai dos ensinamentos de Cassese:²⁸⁹

[...] apesar de todas as suas deficiências, era salutar que, ao estabelecer esses dois Tribunais 'internacionais', pela primeira vez os Estados quebraram o monopólio da jurisdição nacional sobre os crimes internacionais, um monopólio que até então tinha sido a regra.

Teve início, então, os debates, no cenário internacional, para a criação de um tribunal permanente, com competência para processar e julgar indivíduos segundo as normas do Direito Penal Internacional, mormente os criminosos de guerra.

A partir dos anos de 1990, com o término da Guerra Fria, o surgimento de conflitos étnicos regionalizados, as ameaças à segurança internacional e a valorização dos direitos humanos, dentre outros fatores, contribuíram para reacender preocupações que estavam adormecidas desde o fim da Segunda Guerra Mundial, e com isso fez surgir o clamor pela justiça penal internacional.²⁹⁰

A esse respeito, prelecionam Accioly, Nascimento e Silva e Casella:²⁹¹

A ideia da criação de tribunal criminal internacional permanente já havia sido cogitada em 1948, quando a Assembleia Geral das Nações Unidas

²⁸⁷ BAZELAIRE, op. cit., p. 24.

²⁸⁸ Ibid., p. 27-31.

²⁸⁹ CASSESE, op. cit., p. 454.

²⁹⁰ Ibid., p. 420-421.

²⁹¹ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 792.

pediu à CDI que examinasse a possibilidade de ser criado tribunal para julgar os casos semelhantes aos que haviam sido submetidos aos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, mas o agravamento da Guerra Fria impediu que a iniciativa tivesse prosseguimento.

Na mesma senda Krieger,²⁹² para quem:

Com os precedentes mais remotos dos Tribunais Militares de Nuremberg e de Tóquio, no término da Segunda Guerra Mundial, e mais recentemente com os Tribunais Penais Internacionais da antiga Iugoslávia e de Ruanda, O Tribunal Penal Internacional, que será sediado em Haia, surge como a primeira instância penal realmente planetária e aberta à participação responsável de todos os estados, não se levando em consideração o poderio bélico, sua maior ou menor importância regional ou sua capacidade de exercer tutela militar.

Bazelaire,²⁹³ por sua vez, chama a atenção para o conflito na região dos Balcãs, no início da década de 1990, envolvendo as nacionalidades sérvia, croata e muçumanos que habitavam a antiga Iugoslávia, conflito este que afrontou a Convenção de Genebra, compeliu inúmeras pessoas a deslocamentos forçados, visando a “purificação étnica”, a prática do genocídio e a crimes contra a humanidade, o que levou o Conselho de Segurança das Nações Unidas a inaugurar o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia.

Assim como ocorreu com os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, o supracitado Tribunal Penal sustentou a possibilidade de que os dirigentes e as autoridades estatais civis e militares respondessem perante a jurisdição penal internacional, afastando, por conseguinte, a impunidade que em algumas situações imperava no âmbito do Direito Internacional.²⁹⁴

Apesar do considerável avanço na evolução do Direito Internacional Penal, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia foi também alvo de muitas críticas, seja pela incapacidade de prevenção de massacres de grandes proporções, seja pelas fragilidades diplomático-políticas, seja pela instituição de um Tribunal para processar e julgar crimes cometidos em um único país, não abrangendo delitos internacionais, ou seja, foi visto por muitos como um tribunal limitado e seletivo.²⁹⁵

²⁹² KRIEGER, César Amorim. **Direito internacional humanitário: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 168-169.

²⁹³ BAZELAIRE, op. cit., p. 51.

²⁹⁴ AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 815.

²⁹⁵ CASSESE, op. cit., p. 456.

No ano de 1994 foi a vez de um grande conflito étnico em Ruanda, envolvendo tribos rivais, que culminou na morte de oitocentas mil pessoas, incluindo mulheres e crianças. Logo, além do genocídio programado, Ruanda também foi alvo de assassinato de funcionários da Organização das Nações Unidas, situação que ensejou inicialmente uma ação isolada e, logo após, a instalação do Tribunal Penal Internacional de Ruanda.²⁹⁶

De acordo com Bazelaire,²⁹⁷ o Tribunal de Ruanda foi instituído para julgar crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e outros listados em um rol taxativo do Estatuto, o que culminou em vinte e oito acusações contra quarenta e oito indivíduos, dentre eles ex-Ministros, militares e executivos.

Além dos Tribunais já citados, outros foram instituídos para julgar crimes cometidos no Kosovo, em Serra Leoa e no Timor Leste, se diferenciando dos anteriores pela sua composição híbrida, combinando a presença de árbitros nacionais e internacionais.²⁹⁸

Não obstante, ainda se fazia necessária a instituição de uma Corte permanente, sendo que Cassese²⁹⁹ aponta cinco motivos, a saber: a indisponibilidade dos Estados em processar e julgar crimes internacionais que não guardam relação com a nacionalidade ou territorialidade; a resistência de alguns Estados em incorporar às normas de direito interno a concessão da jurisdição universal sobre crimes internacionais aos Tribunais estrangeiros; a imparcialidade dos juízes integrantes do Tribunal permanente; a disponibilidade de recursos investigativos de uma Corte permanente, uma vez que usufruem da cooperação dos demais Estados; e, por fim, a garantia de uniformidade e visibilidade ao processo de aplicação das leis internacionais.

Marinakis³⁰⁰ ressalta que a comunidade internacional, desde o fim da Segunda Grande Guerra, ansiava a instituição de uma Corte permanente, desvinculada da Organização das Nações Unidas, afastando, por conseguinte, o monopólio do Conselho de Segurança, o que poderia comprometer a imparcialidade

²⁹⁶ BAZELAIRE, op. cit., p. 58.

²⁹⁷ Ibid., p. 59-61.

²⁹⁸ CASSESE, op. cit., p. 458.

²⁹⁹ Ibid., p. 460.

³⁰⁰ MARINAKIS, Irene. **A weak ICC: can the international criminal court succeed without U.S. participation?** Eyes on the ICC, The Council for American Studies in International Negotiations (CASIN), v. 5, 2009, p. 127.

que se espera de um Tribunal Internacional. Nesse contexto é que foi instituído o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma.

Aqui cumpre destacar que a consolidação de um Tribunal Penal Internacional de natureza permanente não foi processo desejado e abraçado por todos os países da comunidade internacional, nem mesmo sua instituição se deu de forma contínua, linear e gradual, pois enfrentou forte resistência de países influentes, que temiam o comprometimento de sua autonomia.

Não obstante, com o fim da Guerra Fria várias transformações foram evidenciadas no âmbito dos Estados, deixando de imperar a coexistência pacífica para adotar uma postura mais ativa, em prol da cooperação internacional.

Ademais, após a criação de inúmeros Tribunais Penais *ad hoc*, que tinham por objetivo condenar os infratores das normas do direito internacional humanitário decidiu-se criar um tribunal que julgasse os crimes de guerra, mas que possuísse caráter permanente.

Bazelaire³⁰¹ atribui às inúmeras críticas tecidas aos Tribunais *ad hoc* grande importância na instituição de uma Corte permanente, pois a parcialidade e seletividade dos Tribunais instituídos desde o fim da Segunda Guerra Mundial reforçaram a necessidade de não apenas colocar fim à cultura da impunidade, mas principalmente de dar maior segurança no processamento e julgamento dos crimes internacionais.

Apesar disso, como preleciona Marinakis³⁰² apenas meio século depois da instituição do primeiro Tribunal Penal Internacional é que se reuniu, em Roma, no ano de 1998, a “Conferência Diplomática de Superpotências das Nações Unidas” com o objetivo de discutir a instituição de uma Corte permanente.

Deste modo, houve uma mobilização internacional para criar o Tribunal Penal Internacional permanente, que seria consolidado através do Estatuto de Roma, como se extrai dos ensinamentos de Steiner:³⁰³

O Tribunal Penal Internacional (TPI) é um tribunal permanente, criado pelo Estatuto de Roma, em 1998. Por seu caráter permanente, distingue-se dos dois tribunais *ad hoc* instalados por Resolução do Conselho de Segurança da ONU, exclusivamente para julgar crimes cometidos durante um

³⁰¹ BAZELAIRE, op. cit., p. 63.

³⁰² MARINAKIS, op. cit., p. 128.

³⁰³ STEINER, Sylvia. **Tribunal Penal Internacional. Dicionário de Direitos Humanos.** 2009. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Tribunal+penal+internacional>>. Acesso em: 20 set. 2018.

determinado período nos territórios da extinta Jugoslávia e em Ruanda. Distingue-se também desses tribunais por ser um Tribunal independente do sistema das Nações Unidas.

O Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, o qual instituiu o Tribunal Penal Internacional, foi aprovado no exercício de 1998 na “Conferência Diplomática de Plenipotenciários para o Estabelecimento da Corte Internacional Penal”, esta realizada na capital italiana que compõe o título do estatuto.

Assim, o Estatuto de Roma foi aprovado em 1998 e, em 1º de julho de 2002, três meses após o depósito da 60ª ratificação, é que entrou em vigor o documento citado.

Cumprе ressaltar que o estatuto foi aprovado por maioria dos votos, pois cento e vinte Estados votaram a favor da sua instituição e sete nações contra, dentre os quais se destacam os votos dos Estados Unidos da América e da China. Houve também vinte e uma abstenções.

Também é mister destacar que a Conferência contou com expressiva presença das delegações estatais, mas também com a participação da sociedade civil por meio de organizações não-governamentais e estudiosos do Direito Internacional, o que contribuiu sobremaneira para o fortalecimento da ideia de um Tribunal Permanente, principalmente pela pressão exercida.³⁰⁴

Ambos e Choukr³⁰⁵ observa que a atuação da sociedade civil foi de grande relevância na aprovação do Estatuto de Roma, pois em apenas um mês de discussões a Conferência aprovou o Estatuto, um “histórico avanço e uma inequívoca mensagem enviada de Roma para o fim da impunidade às graves violações dos direitos humanos”.

O regime jurídico do Tribunal Penal Internacional é, atualmente, composto por catorze documentos oficiais, sendo os três principais: o Estatuto de Roma, o Regulamento Processual e os Elementos dos Crimes³⁰⁶.

Nenhum deles corresponde a um dogmático “modelo internacional de código de direito e processo penal”, mas sim a “uma tentativa de erigir um sistema de justiça criminal a partir da junção de mais de cento e cinquenta países num [único]

³⁰⁴ MARINAKIS, op. cit., p. 127.

³⁰⁵ AMBOS; CHOUKR, op. cit., p. 25.

³⁰⁶ Ibid., loc. cit.

documento que fosse mais ou menos aceitável para cada delegação presente em Roma”.³⁰⁷

Após a aprovação do Estatuto de Roma, abriu-se documento para as assinaturas, com o propósito de preencher o requisito exigido pelo artigo 126 do Estatuto de Roma, que prescrevia a necessidade de haver a ratificação de sessenta países para a entrada em vigor do Tribunal Penal Internacional.

Somente no ano de 2002 foi cumprido o requisito exigido pelo artigo 126 do Estatuto de Roma, e assim consolidado o Tribunal Penal Internacional, que entrou em vigor no ano seguinte, mais precisamente em 1º de julho, após “ter vencido uma longa caminhada de dificuldades. [...] novo Tribunal Internacional, cujo plena operacionalidade deu-se em meados de 2003”.³⁰⁸

Cumprir salientar que o Estatuto de Roma não foi imposto hierarquicamente pelas Nações Unidas ou por qualquer outro organismo supranacional, muito pelo contrário, pois se trata de um documento de Direito Internacional que foi negociado de forma conjunta e participativa pelos Estados nacionais. Nesse aspecto específico o Estatuto de Roma se diferencia dos Tribunais instituídos no âmbito da organização internacional, mormente os Tribunais ad hoc instituídos desde a Segunda Guerra Mundial, quando os Estatutos eram impostos pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Por isso a autoridade do Tribunal Penal Internacional somente é oponível aos Estados que tenham previamente ratificado o Tratado de Direito Internacional e é independente da estrutura organizacional da Organização das Nações Unidas, preservando a soberania e voluntarismo dos Estados.

Por fim, mas não menos importante, mister registrar que no ordenamento jurídico pátrio o Estatuto de Roma foi ratificado pelo Decreto nº 4.388/2002, o qual tem por finalidade regular as normas do Tribunal Penal Internacional no Estado brasileiro. Desta feita, após a consolidação do Tribunal Penal Internacional, passou a figurar no cenário internacional um órgão permanente, cuja finalidade é julgar os criminosos de guerra.

5.2 Competência

³⁰⁷ Ibid., p. 26.

³⁰⁸ KRIEGER, op. cit., p. 166.

O Tribunal Penal Internacional, seguindo a mesma tendência dos Tribunais Penais Internacionais ad hoc, instituídos após a Segunda Guerra Mundial, abarca em sua competência material apenas os crimes mais amplamente reconhecidos pela comunidade internacional, com o objetivo de ampliar o número de signatários, restringindo-se a quatro condutas expressamente tipificadas e, na medida do possível, minuciosamente descritas no Estatuto de Roma³⁰⁹.

Trata-se, segundo Portela³¹⁰ da competência *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional.

Dentre as condutas abarcadas pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional se encontra o crime de genocídio, caracterizado pela intenção de destruir um determinado grupo em virtude da sua nacionalidade, etnia, raça ou religião (artigo6º); os crimes contra a humanidade, descritos como um ataque geral ou sistemático dirigido contra uma população civil específica (artigo7º); os crimes de guerra, aplicáveis aos conflitos armados internacionais ou domésticos (artigo8º); e, ainda os crimes de agressão, categoria mais abrangente e, por consequência, mais controversa, que inclui desde o uso ilegítimo da força, até imprecisas violações à Carta da Organização das Nações Unidas (artigo9º).

Significa dizer que por força do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional possui competência para julgar tão somente os crimes descritos no artigo5º, que assim dispõe:

[...] 1. A jurisdição do tribunal se limitará aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto. O Tribunal terá jurisdição, em conformidade com o presente estatuto, sobre os seguintes crimes:

- a) o crime de genocídio;
- b) os crimes contra a humanidade;
- c) os crimes de guerra;
- d) o crime de agressão.³¹¹

Os crimes elencados no artigo5º, e detalhados nos artigos seguintes, foram escolhidos porque são considerados os mais graves e preocupantes para a comunidade internacional.

³⁰⁹ Ibid., loc. cit.

³¹⁰ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e direito comunitário. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 534.

³¹¹ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**: Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 06 set. 2018.

Importa esclarecer, ainda, que o Tribunal Penal Internacional apenas poderá exercer a competência para julgar o rol das condutas penais expostas no artigo 5º de seu Estatuto após a sua entrada em vigor, por força do disposto no artigo 11, § 1º, do Estatuto de Roma; e, caso algum Estado venha a aderir ao Estatuto, aplicar-se-ão os termos do artigo 11, § 2º, do referido Estatuto que prescreve:

[...] 2. Se um Estado se tornar Parte no presente Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto relativamente a esse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração nos termos do parágrafo 3º do artigo 12 (BRASIL, 2002).

Desta feita, é importante ressaltar que somente é competente para processar e julgar os crimes ocorridos após a entrada em vigor do Estatuto no Estado signatário, ou seja, não alcançam crimes cometidos antes da incorporação às normas de direito interno.

Significa dizer, em outras palavras, que a adesão ao Tribunal Penal Internacional não conduz a retroatividade, estando o Tribunal em comento impedido de exercer sua jurisdição. Logo, os crimes cometidos antes da incorporação do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico pátrio, cabe ao Estado proceder ao julgamento daquele que cometeu quaisquer das condutas criminosas de competência do Tribunal Penal Internacional.

Os bens jurídicos tutelados pelo Tribunal Penal Internacional são a dignidade da pessoa humana, a vida, a paz e a segurança internacionais, bens estes a serem universalmente tutelados, pois as infrações penais abrangidas pela competência do Tribunal atingem a comunidade global.

De acordo com Bazelaire,³¹² essa percepção da importância de se tutelar determinados bens jurídicos é que levou o Comitê Preparatório da Conferência de Roma a estabelecer os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão como capazes de afetar a comunidade internacional no seu conjunto.

Outra questão de suma importância é que o Tribunal Penal Internacional é incompetente para processar e julgar os delitos praticados por menores de 18 anos. Desta feita, se um adolescente, por exemplo, estiver envolvido em quaisquer

³¹²BAZELAIRE, op. cit., p. 68.

atividades criminosas, como crimes de guerra ou genocídio, não estará submetido à jurisdição do Tribunal Penal, mas sim às normas internas do Estado.

Nesse sentido são os ensinamentos de Mazzuoli:³¹³

[...] a competência do Tribunal em relação aos referidos crimes só vigora em relação àquelas violações praticadas depois da entrada em vigor do Estatuto. Caso um Estado se torne parte no Estatuto depois de sua entrada em vigor, o Tribunal Penal Internacional só poderá exercer sua competência em relação aos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto nesse Estado.

Não se pode deixar de ressaltar que o Estatuto de Roma, em seu artigo 5º, elencou os crimes em um rol restrito e taxativo, que estabelece a competência material do Tribunal Penal Internacional. Assim, quaisquer outros delitos, por mais graves que sejam, e ainda que atentem contra a comunidade internacional, não podem ser objeto de julgamento pelo Tribunal Penal Internacional.

Muito embora o critério adotado pelo Estatuto de Roma não seja isento de críticas, foi a opção de não se permitir que delitos fossem tratados de forma vaga, o que poderia conduzir a arbitrariedades. Não obstante, deixou-se de regulamentar crimes que causam sérios problemas à comunidade internacional, como o tráfico internacional de drogas e o terrorismo, por exemplo, embora tenha permitido a inclusão futura de outros tipos penais.

Anote-se, ainda, que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional se instala de forma automática nas hipóteses em que o Estado de nacionalidade do acusado, ou o Estado em cujo território tenha sido cometido o crime, seja signatário do Estatuto de Roma, como se extrai do artigo 12, que assim dispõe:

Artigo 12 – Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição:

[...]

2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º:

a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;

b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.³¹⁴

³¹³ MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Premier Maxima, 2005, p. 48.

³¹⁴ BRASIL, 2002.

Desta feita, preenchidos os requisitos da nacionalidade ou territorialidade entre um país signatário do Estatuto de Roma, e o crime internacional, a jurisdição da Corte instala-se automaticamente, ficando sujeita apenas à análise da admissibilidade do caso, como preconiza o artigo 17 do Estatuto.

Sobre a competência em razão do local, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Portela,³¹⁵ que bem sintetiza:

A competência *rationae loci* do Tribunal Penal Internacional (TPI) poderá ser exercida no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado, a teor do artigo 4, par. 2, do Estatuto de Roma. O TPI pode examinar atos cometidos nos territórios dos Estados-partes do Estatuto de Roma ou a bordo de navios ou aeronaves nestes registrados ou, ainda, atos praticados por seus nacionais. Pode atuar também contra atos cometidos no território de Estados não-membros, desde que estes aceitem sua competência por meio de acordo especial (Estatuto de Roma, artigo 4, par. 2, e artigo 12, pars. 1, 2, "a" e "b", e 3).

Há, ainda, a possibilidade de extensão da jurisdição do Tribunal Penal Internacional para outros territórios, o que depende do consentimento expresso dos Estados que não ratificaram o Estatuto de Roma, e apenas se presentes os elementos da nacionalidade e territorialidade. Nesses casos, havendo a aceitação, o país se submete às mesmas regras impostas aos Estados partes, não podendo se retratar quanto ao seu consentimento para retirá-lo.

É mister registrar que se faz necessária a anuência dos países não signatários do Estatuto de Roma em virtude da natureza jurídico-contratual de tal diploma, que impõe amarras ao exercício da jurisdição internacional do Tribunal Penal Internacional, condicionada à cooperação voluntária dos Estados soberanos. Ou seja, enquanto tratado internacional, o Estatuto de Roma não impõe obrigações ou direito a um Estado sem o seu consentimento, regra esta que visa resguardar a soberania dos Estados não signatários.

Portela (2015, p. 537), porém, ressalta a possibilidade de o Tribunal Penal estender a sua competência a Estados mesmo sem o consentimento, mas desde que haja "representação do Conselho de Segurança da ONU", o que tem por objetivo a manutenção e a promoção da paz e da segurança internacionais e a proteção dos direitos da pessoa humana.

³¹⁵ PORTELA, op. cit., p. 536.

O primeiro crime de competência do Tribunal Penal Internacional é o genocídio, tratado pelo legislador no artigo 6º do Estatuto de Roma, que assim dispõe:

[...] Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por 'genocídio' qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.³¹⁶

Ao dissertar sobre o conceito de genocídio, Portela³¹⁷ preconiza:

O genocídio consiste na prática de atos cometidos contra membros de um grupo étnico, nacional, racial ou religioso com a intenção de destruí-Lo, no todo ou em parte. Tais atos incluem: homicídio; ofensas graves à integridade física ou mental; sujeição intencional do grupo a condições de vida que possam provocar sua eliminação, total ou parcial; medidas destinadas a impedir nascimentos; e transferência forçada e de pessoas do grupo para outro grupo social.

Constata-se que o autor supracitado apresenta conceito fundado na definição apresentada pelo artigo 6º do Estatuto de Roma, ressaltando, ainda, que se deve atentar para o fato de ser o genocídio também previsto na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1952, editada pela Organização das Nações Unidas.³¹⁸

Sobre a inserção do crime de genocídio na competência material do Tribunal Penal Internacional, e seu alcance, assim disserta Krieger:³¹⁹

O crime de genocídio pode ser cometido em momentos de guerra interna ou internacional ou de paz, sendo imprescritível; logo, os procedimentos judiciais podem ser iniciados independentemente de quanto tempo possa ter passado desde os fatos.

³¹⁶ BRASIL, 2002.

³¹⁷ PORTELA, op. cit., p. 536.

³¹⁸ Ibid., loc. cit.

³¹⁹ KRIEGER, op. cit., p. 175.

Percebe-se, portanto, que o genocídio é crime imprescritível, que têm como objetivo a obliteração ou o enfraquecimento de um grupo de pessoas que devem ter a mesma nacionalidade, etnia, raça e religião, através de métodos não ortodoxos, como o homicídio e graves moléstias à integridade física e mental.

Segundo Mazzuoli,³²⁰ o fato de ter sido o genocídio inserido no rol de crimes de competência do Tribunal Penal Internacional por força do Estatuto de Roma, após meio século da proclamação da Convenção de Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, é demonstração de que a comunidade internacional se preocupa em reprimir as atrocidades cometidas contra os direitos humanos, o que também é observado por Portela,³²¹ como já dito alhures.

Outra questão de suma importância é que o Estatuto de Roma não estabeleceu parâmetros quantitativos para a configuração do crime de genocídio, ou seja, independentemente no número de pessoas mortas, pode o delito em comento ser configurado, a depender da análise do caso em concreto, cabendo aos julgadores averiguar a intenção daqueles que o praticaram.

Não se pode ignorar que o fato de ter o Estatuto de Roma ter tratado o crime de genocídio dando ampla margem de interpretação ao julgador, mormente quanto ao número de pessoas que precisam ser mortas para a configuração do delito, ou mesmo se precisa efetivamente da morte para a sua caracterização, gera insegurança, pois a comunidade internacional pode divergir quanto à tipificação do crime em comento. Ou seja, na prática a omissão pode contribuir para a mitigação da importância e força que detém o Tribunal Penal Internacional, o que poderia ter sido evitado se o Estatuto de Roma tivesse sido mais preciso no quantum necessário à configuração do crime.

Nesse contexto, ante a imprecisão legislativa, deve prevalecer para a configuração (ou não) do genocídio é a motivação do crime, devendo a comunidade internacional e os juízes que compõem o Tribunal Penal Internacional se valer da Convenção Contra o Genocídio, de 1952, para aferir se se trata do crime previsto no artigo 6º do Estatuto de Roma.

O segundo delito previsto no artigo 5º do Estatuto de Roma, como de competência material do Tribunal Penal Internacional, são os crimes contra a humanidade, cuja definição é trazida pelo mesmo diploma legal em seu artigo 7º.

³²⁰ MAZZUOLI, op. cit., p. 50-51.

³²¹ PORTELA, op. cit., p. 536.

Contudo, dada a importância ao presente estudo, este delito será abordado, em suas especificidades, oportunamente.

O terceiro crime previsto no rol do artigo 5º do Estatuto de Roma, de competência material do Tribunal Penal Internacional, são os crimes de guerra, delito este que se encontra disciplinado no artigo 8º do mesmo diploma legal.

Segundo Portela,³²² os “crimes de guerra são os atos ilícitos cometidos contra as normas do Direito de Guerra e do Direito Humanitário”, estabelecidas não apenas no artigo 8º do Estatuto de Roma, mas também nas Convenções da Haia e de Genebra.

Nesse ponto é mister ressaltar que a Convenção de Genebra, que data de 12 de agosto de 1949, tem por objetivo estabelecer políticas internacionais voltadas a proteção das vítimas de guerra, e é complementada por outras quatro Convenções e dois protocolos adicionais, a saber: A Convenção para a Melhoria do Destino dos Feridos e dos Doentes das Forças Armadas em Campo; A Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar; A Convenção para o Tratamento dos Prisioneiros de Guerra; e, por fim, a Convenção para a Proteção dos Civis em Tempos de Guerra. E os protocolos citados se referem à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais e o aos conflitos não internacionais.

Assim, coube ao Estatuto, em seu artigo 8º, § 2º, estabelecer, de forma ampla, os atos que podem ser considerados como violadores da Convenção de Genebra e, por conseguinte, serem caracterizados como crimes de guerra, pois praticados contra bens ou pessoas protegidas pela supracitada convenção.

De acordo com Portela³²³ são várias as práticas que configuram crimes de guerra, tais como experiências biológicas; destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; privação intencional do direito de um prisioneiro de guerra a um julgamento justo e imparcial; ataques intencionais a populações ou bens civis, a pessoal sanitário ou a pessoal, material e instalações envolvidas em missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária; matar ou ferir combatentes fora do combate, dentre outras.

³²² PORTELA, op. cit., p. 534.

³²³ PORTELA, op. cit., p. 534-535.

Resta evidente, portanto, que para a caracterização da competência do Tribunal Penal Internacional, deve ser analisado o artigo 8º do Estatuto de Roma em consonância com a Convenção de Genebra e outras que tratam dos crimes de guerra, dada a amplitude das condutas que podem ser concebidas como práticas caracterizadoras do delito em comento.

Também integra o rol do artigo 5º do Estatuto de Roma o crime de agressão, que, segundo Portela (2015, p. 535), não se encontrava inicialmente definido pelo Estatuto de Roma ou qualquer outra disposição do Tribunal Penal Internacional. Significa dizer, portanto, que o Estatuto em comento não se propôs a definir o crime de agressão, ao contrário do que fez com os outros delitos de competência material do Tribunal Penal Internacional, o que gerou discussões quanto à definição conceitual e, por conseguinte, a própria competência do Tribunal.

Sobre a atual definição do crime de agressão, preleciona Portela:³²⁴

De acordo com o novo dispositivo em apreço, o crime de agressão consiste, fundamentalmente, no planejamento, preparação ou execução, por parte de uma pessoa competente para efetivamente dirigir a ação política de um Estado, de um ato de agressão que, por suas características, gravidade ou escala, constituam uma manifesta violação da Carta das Nações Unidas.

Desta feita, configura agressão, dentre outros atos, “invasões ou ataques armados aos territórios de outro Estado por parte de forças militares estrangeiras; ocupações militares, temporárias ou não; bombardeiros; bloqueios de portos”, dentre outras condutas.

Resta claro, ao analisar os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional que o Estatuto de Roma buscou definir os delitos de maior gravidade ou violência praticados contra os direitos humanos, devendo os Estados exercer a atividade jurisdicional de forma plena, devido ao caráter complementar do Tribunal, sempre visando a proteção aos direitos humanos, de extrema importância à comunidade internacional e conquista irrefutável da humanidade.

5.3 Constituição do TPI

³²⁴ PORTELA, op. cit., p. 535.

Inicialmente é mister registrar que informações extraídas do sítio eletrônico oficial do Tribunal Penal Internacional possibilitam traçar estrutura organizacional do Tribunal em comento, assim como a sua composição.

O Tribunal Penal Internacional, com sede em Haia (Holanda), é, como já dito, uma instituição independente, não subordinada a Organização das Nações Unidas, é composto por quatro órgãos: a Presidência, as divisões judiciais, o Gabinete do Procurador e do Registro.

A Presidência é o órgão responsável pela administração do Tribunal Penal Internacional (com exceção do Gabinete da Procuradoria) e por deliberações atribuídas especificamente a presidência de acordo com o Estatuto de Roma.

A Presidência é composta por três juízes do Tribunal, eleitos pelos seus pares, para um mandato de três anos. Atualmente ocupa o cargo de Presidente da Corte a Juíza Silvia Alejandra Fernández de Gurmendi (Argentina). O Primeiro Vice-Presidente é o Juiz Joyce Aluoch (Quênia), e o Juiz Kuniko Ozaki (Japão) é o Segundo Vice-Presidente.

O segundo órgão que integra a Corte é denominado de “divisões judiciais”, compostas por dezoito juízes organizados na Divisão de Pré-Julgamento, a sessão de julgamento e da Divisão de Recursos, sendo que os juízes de cada sessão são responsáveis pela realização dos processos em curso no Tribunal em uma diferente fase.

A primeira sessão é a divisão de pré-julgamento ou pré-avaliação, responsável pela verificação da legalidade e integridade das investigações realizadas pelo promotor, bem como pela aceitação do processo e as medidas que devem ser tomadas para garantir a efetividade do procedimento. Também possui a função de realizar o exame de admissibilidade dos processos.

A segunda sessão é composta pela divisão de avaliação, a qual é responsável pelo julgamento que determinará a inocência ou a condenação do acusado.

A terceira sessão, por sua vez, é formada pela divisão de recursos, a qual processará e julgará os possíveis recursos interpostos ou pela promotória, ou pelo acusado, com o fito de atender ao duplo grau de jurisdição.

Ao dissertar sobre a composição do Tribunal Penal Internacional, Portela³²⁵ sintetiza:

O TPI é composto por dezoito juízes, que devem reunir os requisitos necessários para o exercício das mais altas funções nos Judiciários dos respectivos Estados, dominar uma das línguas de trabalho da corte (francês ou inglês) e ter reconhecida competência e experiência em matérias da alçada do Tribunal, como o Direito Penal e o Direito Processual Penal ou o Direito Internacional, o Direito Humanitário e os Direitos Humanos. Na seleção dos magistrados, deve estar garantida uma equitativa representação geográfica e dos principais sistemas jurídicos do mundo, bem como de mulheres. Por fim, deve ser assegurada a presença de juízes especializados em determinadas matérias incluindo, entre outras, a violência contra mulheres ou crianças.

O Tribunal Penal Internacional conta atualmente com os seguintes juízes: Silvia Alejandra Fernández de Gurmendi (Argentina), Joyce Aluoch (Quênia), Kuniko Ozaki (Japão), Sanji Mmasenono Monageng (Botsuana), Christine Baronesa VAN Den Wyngaert (Bélgica), Cuno Jakob Tarfusser (Itália), Howard Morrison (Reino Unido), Olga Venecia del C. Herrera Carbuccia (República Dominicana), Robert FREMR (República Checa), Chile Eboe-Osuji (Nigéria), Geoffrey A. Henderson (Trinidad e Tobago), Marc Perrin de Brichambaut (França), Piotr Hofmański (Polónia), Antoine Kesia-Mbe Mindua (República Democrática do Congo), Bertram SCHMITT (Alemanha), Péter Kovács (Hungria), Chang-ho Chung (República da Coreia) e juiz Raul Pangalangan (Filipinas) . (AVERIGUAR)

Não é demais mencionar que a nomeação dos juízes para integrar o Tribunal Penal Internacional, e as respectivas divisões judiciais observa a natureza das funções de cada divisão, bem como as qualificações e experiência do juiz, de modo a assegurar que cada divisão se beneficie com a adequada combinação de especialistas em Direito Penal e Direito Internacional.

O terceiro órgão integrante da estrutura do Tribunal Penal Internacional é o Gabinete do Procurador, órgão responsável pelo recebimento de referências e quaisquer informações relativas aos crimes de sua competência, desde que devidamente fundamentadas, devendo examinar as denúncias, procedendo às investigações e instauração de processos contra os infratores dos crimes tipificados pelo artigo 5º do Estatuto de Roma.

³²⁵ PORTELA, op. cit., p. 529.

Sobre o órgão em comento, Portela³²⁶ enfatiza:

O Procurador também é eleito pelos Estados-partes do Estatuto. É competente para receber e recolher informações sobre atos de competência do Tribunal, abrir inquéritos, com autorização do Juízo de Instrução, e para conduzi-los, bem como para promover a ação penal. Deve atuar de forma independente, não devendo receber nem instruções nem ordens de pessoas estranhas ao TPI ou de seu Estado de origem.

Atualmente o instituto é dirigido pela Procuradora Fatou Bensouda (Gâmbia), eleita pelos Estados Partes para um mandato de nove anos. Ela é assistida pelo Procurador-adjunto, James Stewart, detentor do Cargo da Divisão de Ação Penal do Gabinete do Procurador.

O quarto órgão é denominado Registro, Cartório ou Secretária. É responsável pela parte administrativa do Tribunal Penal Internacional, dando suporte para os demais órgãos. Significa dizer, em outras palavras, que a Secretaria é responsável por todos os aspectos não judiciais da administração e funcionamento do Tribunal. O secretário exerce as suas funções sob a autoridade do presidente do Tribunal. O atual secretário, eleitos pelos juízes para um mandato de cinco anos, é o Sr. Herman von Hebel (Holanda).

Por fim, cumpre ressaltar que o Tribunal Penal Internacional também conta com uma série de escritórios, com autonomia restrita, a exemplo do Gabinete de Assessoria Pública de Vítimas e do Gabinete do Advogado Público da Defesa, órgãos estes que atuam, em sua maioria, em benefício das vítimas de crimes de competência do Tribunal e das famílias dessas vítimas.

5.4 Princípios do TPI

Os princípios norteadores do Tribunal Penal Internacional se encontram enumerados nos arts. 22 a 28 do Estatuto de Roma, e podem ser assim sintetizados: princípio da legalidade; princípio da não retroatividade; princípio da responsabilidade criminal pessoal; princípio da irrelevância do cargo ou função; e, por fim, o princípio da responsabilidade dos comandantes e outros superiores.

O princípio da legalidade encontra previsão expressa no artigo 22 do Estatuto de Roma, que prescreve:

³²⁶ PORTELA, op. cit., p. 529.

[...] 1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.
 2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.
 3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.³²⁷

Segundo Ambos e Choukr,³²⁸ o princípio da legalidade é um princípio básico de justiça, que prescreve que uma pessoa não pode ser punida se os atos incriminados, à época de sua prática, não haviam previsão legal. Busca evitar a criação de Tribunais de exceção, o que decerto instauraria a insegurança jurídica.

Os autores acrescentam que o princípio da legalidade foi uma das poucas regras que não apresentou qualquer ressalva ou derrogação na maior parte dos direitos humanos, e apresenta-se como verdadeiro limitador ao arbítrio do Estado,³²⁹ motivo pelo qual não poderia deixar de nortear as atividades do Tribunal Penal Internacional.

O princípio da retroatividade, por sua vez, encontra-se positivado no artigo 24 do Estatuto de Roma, in verbis:

[...] 1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.
 2. Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.³³⁰

Percebe-se que a redação contida no Estatuto de Roma possui o mesmo objetivo do princípio da retroatividade consagrado no artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988, que não permite a retroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu.

Trata-se de importante garantia do réu, pois se permitida a retroatividade da lei penal, restaria instaurada a insegurança jurídica, já que a situação do réu poderia ser alterada a medida que novas leis fossem editadas.

³²⁷ BRASIL, 2002.

³²⁸ AMBOS; CHOUKR, op. cit., p. 158.

³²⁹ Ibid., p. 158-159.

³³⁰ BRASIL, 2002.

O terceiro princípio norteador do Tribunal Penal Internacional encontra-se elencado no artigo 25 do Estatuto de Roma, e consiste na responsabilidade criminal pessoal, in verbis:

- [...] 1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.
2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.
3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:
- a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;
 - b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;
 - c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;
 - d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:
 - I) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou
 - II) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime;
 - e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática;
 - f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.
4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetarà a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.³³¹

Trata-se de grande inovação, que decorre da evolução dos Tribunais Internacionais ad hoc instituídos desde a Segunda Guerra Mundial, que conduziram o reconhecimento da necessidade de se responsabilizar penalmente as pessoas físicas que, em nome do Estado, não raras vezes cometem atrocidades contra a humanidade.

Acerca do princípio da responsabilidade criminal pessoal, Ambos e Choukr³³² dissertam:

³³¹ BRASIL, 2002.

³³² AMBOS; CHOUKR, op. cit., p. 163-165.

Crimes contra o direito internacional são cometidos por homens, não por entidades abstratas, e apenas punindo os indivíduos que cometeram tais crimes poderão as leis internacionais serem respeitadas” escreveu-se no Tribunal de Nuremberg em 1946. [...] A maior parte de sua clientela será não dos atuais perpetradores de crimes, mas de seus mentores, aqueles que organizam, planejam e incitam o genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Semelhante são os ensinamentos de Portela³³³ para quem o Tribunal Penal Internacional se destaca exatamente por não julgar Estados, mas apenas pessoas físicas. E acrescenta que:

A propósito, são puníveis ramo aqueles que cometeram o crime como os que o ordenaram, instigaram, solicitaram, facilitaram, encobriram ou de qualquer forma contribuíram para a prática do ato ilícito ou deste participaram, inclusive os superiores hierárquicos. Cabe destacar, porém, que a responsabilidade criminal das pessoas físicas nos termos do Estatuto de Roma em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o Direito Internacional.

O quarto princípio que merece atenção especial ao se tratar do Tribunal Penal Internacional, e que também encontra previsão expressa no Estatuto de Roma, mais especificamente em seu artigo27, é o princípio da irrelevância do cargo ou função.

O referido dispositivo assim dispõe:

[...] 1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.
2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.³³⁴

Sobre o princípio inserto no artigo27 do Estatuto de Roma, assim disserta Portela:³³⁵

O TPI adotou o princípio da irrelevância da qualidade oficial, pelo qual o Estatuto de Roma se aplica de "forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do

³³³ PORTELA, op. cit., p. 531.

³³⁴ BRASIL, 2002.

³³⁵ PORTELA, op. cit., p. 533.

Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per si motivo de redução da pena" (artigo27).

A possibilidade de submeter o Chefe de um Estado não signatário do Tribunal Penal Internacional aos dispositivos previstos pelo Estatuto de Roma decorre da conclusão de que, ao delegar ao Tribunal a competência para lidar com o conflito, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas aceita a aplicação do Estatuto de Roma a todos os Estados envolvidos.

De acordo com Ambos e Choukr,³³⁶ o princípio da irrelevância do cargo ou função pode ser sintetizado nos seguintes termos:

O Estatuto de Roma declara e aponta para os cargos de chefe de Estado ou de Governo, estatuidos ser irrelevantes esta condição para a determinação da responsabilidade penal e, ainda mais, como causa de diminuição de pena. Imunidades ou procedimentos especiais, os quais pudessem dizer respeito à função ou ao cargo, não são óbice à jurisdição da Corte.

Decerto, o artigo27 do Estatuto de Roma foi pensado justamente com esse intuito, afastando o obstáculo processual imposto pelas imunidades *ratione materiae* e *ratione personae* do âmbito de incidência da jurisdição do Tribunal.

Entretanto, como qualquer tratado internacional, o Estatuto de Roma só é oponível aos Estados que voluntariamente o tenham ratificado. Ainda hoje, setenta e um países membros das Nações Unidas recusam-se a assinar o documento, dentre eles o Sudão.

Não obstante, o artigo27 do Estatuto de Roma afasta a capacidade oficial – seja ela do Chefe de Estado ou dos demais agentes estatais –, não podendo esta ser invocada como obstáculo ao processamento perante a Corte. O dispositivo declara a impertinência da qualidade de oficial em relação à submissão à jurisdição internacional do Tribunal, apresentando uma lista detalhada, embora não exaustiva, dos órgãos de Estado que podem ser individualmente responsabilizados pelos crimes internacionais.

O objetivo do dispositivo foi justamente incluir todas as capacidades pessoais que ensejassem a invocação de imunidade em relação à responsabilidade penal. Nesse sentido, os países que ratificaram o Estatuto deveriam adequar suas

³³⁶ AMBOS; CHOUKR, op. cit., p. 173.

legislações nacionais referentes às imunidades pessoais a fim de torná-las inoperantes. Caso os Estados não o façam, o Tribunal Penal Internacional pode pedir que as Cortes domésticas sejam desincumbidas do caso.³³⁷

Tem-se, ainda, o princípio da responsabilidade dos comandantes e outros superiores, positivado no artigo 28 do Estatuto de Roma, que consiste, segundo Ambos e Choukr,³³⁸ no reconhecimento de que a “noção de comandantes militares é relevante para a determinação da responsabilidade de seus subordinados, ainda que não se possa provar que tivessem conhecimento do ato praticado”.

Na verdade, o princípio em comento pode ser traduzido como um dever de controle e vigilância das autoridades sobre seus subordinados, impondo a responsabilização de tais autoridades nas hipóteses em que detinham (ou pelo menos deveriam deter) maiores informações acerca do delito cometido e, ainda, quando deixaram de adotar medidas necessárias para impedir a prática do ato ou a punição dos autores.³³⁹

Por fim, mas não menos importante, Portela (2015, p. 533-534) aponta como princípio norteador do Tribunal Penal Internacional a imprescritividade dos delitos, ressaltando, ainda, que o Tribunal também se norteia pelos princípios do *ne bis in idem*, da responsabilização subjetiva, da vedação da analogia, da anterioridade da lei penal, da irretroatividade (salvo para benefício do réu), princípios estes afetos ao Direito Penal e que se aplicam ao referido Tribunal.

5.5 Da (i)legalidade dos julgamentos dos crimes de lesa-humanidade e os reflexos do direito penal do inimigo

5.5.1 Breve esboço histórico

Com o término da Segunda Guerra Mundial (1945), surge um contexto histórico propício para a criação de um tribunal que fosse responsável por julgar os criminosos de guerra. Nessa conjuntura foram criados os Tribunais de Nuremberg, Tóquio, Ruanda e da antiga Iugoslávia para julgar os criminosos de guerra. Todavia, esses tribunais não eram permanentes, ou seja, foram criados especificamente para

³³⁷ FRULLI, op.cit., p. 279.

³³⁸ AMBOS; CHOUKR, op. cit., p. 174.

³³⁹ Ibid., p. 830.

julgar os criminosos de guerra em casos particulares, ou seja, logo após um conflito armado.

Os Tribunais Militares de Nuremberg e Tóquio, bem como os Tribunais para a antiga Iugoslávia e Ruanda, na condição de antecessores diretos do atual Tribunal Penal Internacional, merecem uma análise, ainda que breve, sobre o seu processo de instituição, objetivos, princípios basilares e resultados mais expressivos. No imediato pós-Segunda Guerra Mundial, mais especificamente no interregno entre 1945 e 1946, a instituição dos dois Tribunais Militares Internacionais³⁴⁰ com o objetivo de processar e julgar, na esfera penal individual, os responsáveis pelo conflito bélico que culminou na morte de cerca de 54 milhões de indivíduos, ratificava a adoção do princípio da responsabilidade internacional dos indivíduos, bem como o repúdio à cultura da impunidade.³⁴¹

Pois bem, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg foi instituído com competência para julgar três condutas específicas: (i) os crimes contra a paz; (ii) os crimes de guerra; e (iii) os crimes contra a humanidade (artigo 6º).³⁴² A responsabilização penal dos oficiais superiores e Chefes de Estado fora expressamente prevista pela Carta que instituía o Tribunal, cujo artigo 7º determinava que “a posição oficial dos réus, como chefes de Estado ou funcionários responsáveis em departamentos governamentais, não deve ser considerada para retirar-lhes a responsabilidade ou mitigar a punição”. Da mesma forma, um subordinado não poderia escusar-se do processamento perante o Tribunal, sob a

³⁴⁰ O historiador Eric Hobsbawm ao comparar os dois grandes conflitos mundiais afirma que “Talvez 10 milhões de mortos parecessem um número mais brutal para os que jamais haviam esperado tal sacrifício do que 54 milhões para os que já haviam experimentado a guerra como um massacre antes” (HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 56).

³⁴¹ FRULLI, Micaela. O direito internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais. In: CASSESE, Antonio. DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 272-273

³⁴² É importante perceber que embora os crimes de guerra já estivessem previstos em acordos internacionais (a exemplo das Convenções de Haia) amplamente conhecidos e aceitos, o Tribunal de Nuremberg, de fato, inaugurou pelo menos duas novas categorias de delitos internacionais: a dos crimes contra a humanidade e a dos crimes contra a paz. Inúmeras críticas foram feitas à Corte, sobretudo, com amparo no argumento de que o Tribunal não poderia legislar retroativamente, uma vez que ninguém pode ser punido por uma conduta não tipificada em lei. Em face de tais questionamento, a justificativa mais plausível utilizada em defesa Tribunal – na opinião de Antonio Cassese – é a de que a máxima *nullum crimen sine lege* consistiria em um princípio geral de justiça e não em uma limitação da soberania, de modo que os Estados teriam autoridade e capacidade para excepcioná-la, caso entendessem injusto permitir que atos claramente contrários aos tratados e garantias internacionais permanecessem impunes (CASSESE, Antonio. *International Law*. 2 ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2005, p. 440-441).

alegação de ter perpetrado determinada conduta criminosa apenas em razão de ordens superiores (artigo 8º).

Os vinte e quatro julgamentos individuais submetidos ao Tribunal de Nuremberg ocorreram entre os dias 20 de Novembro de 1945 e 1º de Outubro de 1946, resultando em doze condenações à morte, nove à prisão perpétua ou temporária, e apenas três absolvições.³⁴³

Em um discurso proferido à época, o advogado Benjamin Berell Ferencz,³⁴⁴ convidado a participar dos julgamentos dos criminosos de guerra, pronunciou algumas palavras sobre os acusados, que resumiriam a lógica para a qual caminhava, e ainda caminha, o Direito Internacional Penal: “se estes homens permanecerem imunes, então a lei terá perdido o seu significado e os homens deverão viver com medo”. O objetivo era advertir para a necessidade de uma justiça perene que garantisse à humanidade, de uma forma geral, a certeza de que, se não pudessem ser evitados, os crimes internacionais seriam, ao menos, punidos.

Com o mesmo intuito e competência estabelecidos para o Tribunal de Nuremberg, o Tribunal Militar de Tóquio – instituído em maio de 1946 e responsável pelo julgamento de Ministros, Embaixadores, Almirantes e Generais japoneses – não presenciou a absolvição de nenhum dos vinte e oito acusados.³⁴⁵

Além de ter ratificado a jurisprudência de Nuremberg, o corpo julgador em Tóquio estendeu a responsabilidade dos superiores militares também ao governo civil, advogando em prol da responsabilização coletiva dos funcionários estatais, o que culminou na inclusão de nove civis e dezenove militares de carreira no rol dos acusados.³⁴⁶

Embora tenham sido continuamente criticados por uma suposta parcialidade, traduzida na aplicação de uma “justiça dos vencedores”⁹, não restam dúvidas de que estas iniciativas foram essenciais para o processo de desenvolvimento do Direito Internacional Penal igualmente aplicável a todas as nações e seus líderes. Conforme enfatizado por Cassese:³⁴⁷

³⁴³ BAZELAIRE, op. cit., p. 24.

³⁴⁴ FERENCZ, Benjamin B. *International Criminal Courts: The Legacy of Nuremberg*, 10 *Pace Int'l L. Rev.* 203, p. 204-235, 1998, p. 214-215.

³⁴⁵ BAZELAIRE, op. cit., p. 27-31.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 31

³⁴⁷ CASSESE, op. cit., p. 454.

[...] apesar de todas as suas deficiências, era salutar que, ao estabelecer esses dois Tribunais 'internacionais', pela primeira vez os Estados quebraram o monopólio da jurisdição nacional sobre os crimes internacionais, um monopólio que até então tinha sido a regra.

Um progresso ainda maior em relação à consolidação e aceitação das Cortes Internacionais pôde ser observado a partir dos anos 1990. Com o fim da Guerra Fria, o arrefecimento da bipolaridade sistêmica, o surgimento de conflitos étnicos regionalizados, de novas ameaças à segurança internacional, bem como com a crescente valorização dos direitos humanos, houve um reacender das preocupações vividas no imediato pós-Segunda Guerra Mundial, robustecendo, assim, o clamor pela justiça penal internacional.³⁴⁸

Já no início da década de 1990, um conflito de extraordinárias proporções na região dos Bálcãs envolveu as nacionalidades sérvia, croata e, ainda, os mulçumanos que habitavam a antiga República Federativa Socialista da Iugoslávia (atualmente Bósnia e Herzegovina, Croácia, Macedônia, Montenegro, Sérvia e Eslovênia). As graves violações à Convenção de Genebra, ao Direito da Guerra, os deslocamentos forçados visando à "purificação étnica", a prática de genocídio e crimes contra a humanidade, fizeram com que o Conselho de Segurança das Nações Unidas – com base na prerrogativa que lhe é concedida pelo Capítulo VII da Carta da ONU – inaugurasse, por meio da resolução 827 de 1993, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia.³⁴⁹

Da mesma forma como em Nuremberg e Tóquio, sustentou-se a possibilidade de submeter os dirigentes e as autoridades estatais – civis ou militares – à jurisdição internacional penal, afastando as imunidades previstas pelo Direito Internacional consuetudinário.³⁵⁰ Embora tenha sido um avanço marcante na consolidação e aplicação do Direito Internacional, o Tribunal Penal Internacional foi alvo de inúmeras críticas, desde aquelas atinentes às fragilidades diplomático-políticas e à incapacidade das grandes potências em prevenir os massacres ocorridos na antiga Iugoslávia, ao fato de que a instituição de uma Corte Internacional para lidar apenas com os crimes cometidos em um único país, ao

³⁴⁸ CASSESE, op. cit., p. 420-421.

³⁴⁹ BAZELAIRE, op. cit., p. 51.

³⁵⁰ AMBOS; CHOUKR, op. cit., p. 815.

invés de abarcar os delitos internacionais de uma forma geral, representava a aplicação de uma justiça extremamente seletiva e limitada.³⁵¹

Significa dizer que houveram debates no sentido de criar-se um tribunal que julgasse os criminosos de guerra, mas que tivesse caráter permanente. Após o término da Guerra Fria (1991), isso foi possível e criou-se o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o primeiro tribunal permanente responsável para julgar os infratores das normas que regulamentam a guerra.

Em 1994, eclodiu um segundo conflito étnico, dessa vez entre tribos rivais pertencentes ao Estado de Ruanda. A guerra entre a minoria Tutsi e os líderes Hutus que ocupavam o governo, culminou na morte de oitocentas mil pessoas, incluindo mulheres e crianças.³⁵²

Além do genocídio programado, o conflito em Ruanda envolveu o assassinato de dez funcionários das Nações Unidas, incumbidos da proteção do primeiro-ministro ruandês. A gravidade da situação provocou o estabelecimento da “Operação Turquesa”, promovida pelo Conselho de Segurança da ONU, e, posteriormente, a instalação do Tribunal Penal Internacional de Ruanda, por meio da Resolução 955 de 1994, igualmente sob o abrigo do Capítulo VII, da Carta das Nações Unidas.³⁵³ Estabelecido com competência para julgar os crimes de genocídio (artigo 2º), os crimes contra a humanidade (artigo 3º) e outros atos listados no rol taxativo do artigo 4º do seu Estatuto, o Tribunal Penal Internacional de Ruanda emitiu 28 acusações contra 48 indivíduos, entre ex-Ministros, autoridades militares e executivos.³⁵⁴

Posteriormente, foram instalados alguns tribunais “mistos” ou “internacionalizados”, para julgar os crimes cometidos no Kosovo, em Serra Leoa e no Timor Leste. Tais organismos diferenciavam-se dos Tribunais anteriores por possuírem uma composição híbrida, combinando a presença de árbitros nacionais e internacionais.³⁵⁵ A criação desses Tribunais representava uma iniciativa extremamente salutar, pois a presença das autoridades nacionais aproximava o órgão julgador, como um todo, da realidade ali experimentada – sobretudo dos costumes, da cultura e do próprio linguajar utilizado no país –, garantindo maior

³⁵¹ CASSESE, op. cit., p. 456

³⁵² FERENCZ, op. cit., p. 223-225.

³⁵³ BAZELAIRE, op. cit., p. 58.

³⁵⁴ Ibid., p. 59-61

³⁵⁵ CASSESE, op. cit., p. 458.

coerência às decisões proferidas. Entretanto, sua jurisdição não satisfazia a ânsia por uma justiça internacional penal una, pois sua aplicabilidade ficava restrita ao âmbito local, posto que sua composição fosse, em parte, internacional.

A necessidade de criação de um Tribunal Penal Internacional permanente continuava em voga, segundo Cassese,³⁵⁶ por pelo menos cinco motivos predominantes:

- (i) o fato de os Estados estarem pouco dispostos a processar os crimes internacionais que não guardassem relação com os elementos da nacionalidade ou territorialidade estatal – a menos que lhes fosse estrategicamente interessante –;
- (ii) devido à relutância dos países em incorporar no seu ordenamento jurídico interno a concessão da jurisdição universal sobre os crimes internacionais aos Tribunais estrangeiros, que se intensifica quando os acusados são oficiais a serviço do Estado ou pessoas protegidas por esses oficiais;
- (iii) pelo fato de constituírem graves violações ao Direito Internacional, não só as Cortes Internacionais estariam mais habilitadas ao seu julgamento, como os juízes desses Tribunais seriam, em tese, mais imparciais que os magistrados nacionais;
- (iv) os Tribunais internacionais teriam uma gama mais ampla de recursos investigativos, uma vez que usufruiriam da cooperação dos demais países; e
- (v) o julgamento por Tribunais Penais Internacionais garantiria uma maior uniformidade e visibilidade ao processo de aplicação das leis internacionais.

Colaciona-se aqui a explicação de Accioly, Nascimento e Silva e Casella:

A ideia da criação de tribunal criminal internacional permanente já havia sido cogitada em 1948, quando a Assembleia Geral das Nações Unidas pediu à CDI que examinasse a possibilidade de ser criado tribunal para julgar os casos semelhantes aos que haviam sido submetidos aos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, mas o agravamento da Guerra Fria impediu que a iniciativa tivesse prosseguimento.³⁵⁷

³⁵⁶ Ibid., p. 460.

³⁵⁷ ACCIOLY; NASCIMENTO; CASELLA, op. cit., p. 792.

Acerca da idealização do Tribunal Penal Internacional, Krieger³⁵⁸ ensina:

Com os precedentes mais remotos dos Tribunais Militares de Nuremberg e de Tóquio, no término da Segunda Guerra Mundial, e mais recentemente com os Tribunais Penais Internacionais da antiga Iugoslávia e de Ruanda, O Tribunal Penal Internacional, que será sediado em Haia, surge como a primeira instância penal realmente planetária e aberta à participação responsável de todos os estados, não se levando em consideração o poderio bélico, sua maior ou menor importância regional ou sua capacidade de exercer tutela militar.

Além de todos os motivos expostos, existia um expressivo anseio de criar uma Corte que fosse, de fato, independente da ONU, afastando o monopólio até então exercido pelo Conselho de Segurança – e, conseqüentemente, seus cinco membros permanentes – sobre os Tribunais Internacionais, sob pena de comprometer a parcialidade e o alcance jurisdicional.³⁵⁹ Assim, surgiu, como já apontado alhures, o Tribunal Penal Internacional.

5.5.2 Dos crimes contra a humanidade

Dentre os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional tem-se os crimes contra a humanidade, também denominados por alguns de crimes de lesa - humanidade, se encontram previstos no artigo 5º do Estatuto que instituiu o Tribunal Penal Internacional e podem ser entendidos como uma ofensa que afeta certos princípios gerais do Direito Internacional e que preocupam a comunidade internacional.

Os atos que constituem os crimes contra a humanidade estão descritos, por sua vez, no artigo 7º, §1º, do Estatuto de Roma, que assim dispõe:

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por 'crime contra a humanidade', qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:
 - a) Homicídio;
 - b) Extermínio;
 - c) Escravidão;
 - d) Deportação ou transferência forçada de uma população;

³⁵⁸ KRIEGER, op. cit., p. 168-169.

³⁵⁹ MARINAKIS, Irene. **A weak ICC:** can the international criminal court succeed without U.S. participation? *Eyes on the ICC, The Council for American Studies in International Negotiations (CASIN)*, v. 5, 2008-2009.

- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de apartheid;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.³⁶⁰

Para melhor compreensão sobre os crimes de guerra, extrai-se definição de Lima,³⁶¹ para quem:

O artigo 7º, §1º do Estatuto de Roma preceitua como "crime contra a humanidade" qualquer um dos seguintes procedimentos, quando praticado no cenário de um ataque, generalizado ou ordenado, contra qualquer população civil havendo conhecimento desse ataque, in verbis: a) homicídio; b) extermínio; c) escravidão; d) deportação ou transferência forçada de uma população; e) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) tortura; g) agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) desaparecimento forçado de pessoas; j) crime de apartheid; k) outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

De fato, o artigo 7º, § 3º do Estatuto traz a acepção "gênero" compreendendo os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não sendo atribuídas quaisquer outras significações.

Pode-se perceber, desta forma, que os crimes contra a humanidade previstos pelo Estatuto de Roma são atos de barbárie que causam sofrimento e danificam a integridade física da população civil em um conflito armado.

³⁶⁰ Estatuto de Roma.

³⁶¹ LIMA, op. cit.

Em relação ao conceito que já perdurava desde o Tribunal de Nuremberg, o Estatuto de Roma inovou sobremaneira, como se extrai da lição de Gomes,³⁶² que ressaltando as importantes decisões já proferidas pelos Tribunais Penais Internacionais, em específico quanto aos crimes contra a humanidade, salienta:

[...] em várias sentenças dos Tribunais Penais Internacionais universais (ex-Iugoslávia, Ruanda etc.) firmou-se a doutrina (com uma ou outra variante) da necessidade das cinco notas mencionadas (cf. os casos Dusko Tadic , do Tribunal para a ex-Iugoslávia, Akayesu , do Tribunal para Ruanda, Alex Tamba Brima , do Tribunal para Serra Leoa). Novidade veio, ademais, com o Estatuto de Roma, que passou a fazer outra exigência: que o ataque (que o conflito armado) corresponda a uma política de Estado ou de uma organização (que promova essa política).

No Brasil, como levanta Gomes,³⁶³ há uma discussão quanto aos crimes da ditadura militar brasileira:

[...] há uma polêmica sobre se os crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar brasileira (1964 a 1985) poderiam (ainda hoje) ser investigados e punidos. A resposta é positiva (consoante a jurisprudência internacional), seja porque configuraram inequivocamente crimes contra a humanidade, seja porque não prescreveram (são crimes permanentes, de acordo com a jurisprudência internacional), seja porque a lei de anistia não possui (frente a tais delitos) nenhum valor (não tem validade). Aliás, a nova versão do Programa Nacional de Direitos Humanos do governo, a terceira, prevê uma série de ações para identificar e responsabilizar agentes do Estado que, durante a ditadura militar, torturaram, mataram e desapareceram com os opositores do regime.

Vê-se que para o autor os crimes são concebidos como de lesa-humanidade e podem, portanto, serem investigados e julgados pelo Tribunal Penal Internacional. Contudo, questiona-se: poderá o Brasil entregar um nacional para ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional, submetendo-o à possível prisão perpétua, por exemplo, que é vedada expressamente pela Constituição Federal de 1988? Esse conflito entre as normas de direito interno e o Direito Penal Internacional e o Direito Penal Comunitário deve ser solucionado à luz dos princípios e garantias consagrados na Constituição Federal de 1988 ou dos princípios que regem o Direito Internacional, ainda que menos benéfico ao acusado.

³⁶² GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a Humanidade**: conceito e imprescritibilidade (Parte II). LFG, 2009.

³⁶³ Ibid.

Acredita-se, nesse contexto, que embora o Brasil seja signatário do Estatuto de Roma, tratado que foi recepcionado com *status* de norma infraconstitucional, devem prevalecer, no caso em comento, as normas internas, haja vista as inúmeras garantias ao acusado, ainda que se trate de crime contra a humanidade.

Nesse caso, deve o brasileiro ser julgado pelas normas de Direito Interno, sendo-lhe assegurados a ampla defesa e o contraditório, a vedação à criação de tribunais de exceção, à vedação à pena de morte e à prisão perpétua, dentre outras.

6 CONCLUSÃO

Como mencionado ao início, o objetivo do presente trabalho era pesquisar e analisar a suposta ilegalidade dos julgamentos dos crimes lesa humanidade, seja pelo Tribunal Penal Internacional – TPI, seja pelos Estados envolvidos, com a criação de tribunais de exceção. A questão-problema formulada para ser respondida foi a seguinte: os julgamentos dos crimes lesa humanidade pelo Tribunal Penal Internacional, ou por outros tribunais de exceção, violam o princípio da soberania dos Estados e as garantias e direitos fundamentais do indivíduo?

Ao se analisar a história da humanidade, verifica-se que o homem teve, durante séculos, seus direitos relegados a segundo plano, até se reconhecer, em dado momento histórico, a existência de direitos mínimos, básicos, essenciais à vivência humana. Foi a partir daí que nasceu a concepção de direitos fundamentais/humanos, sobre a qual se debruçou o presente trabalho, já que, dentre esses direitos ditos fundamentais, reconhecidamente relevantes para uma sobrevivência digna do ser humano, estão os direitos à liberdade e à vida.

Além disso, especificamente na esfera do Direito Penal, têm-se importantes princípios gerais regentes da percepção do Estado sobre o indivíduo – para esse trabalho, especialmente, interessaram os princípios da legalidade e da intervenção mínima.

Desse modo, tendo-se tais corolários por base, pode-se contemplar o Direito Penal, enquanto concretização do braço repressor estatal, como *ultima ratio* – ou seja, somente deve ser aplicado em situações extremas, as quais os demais ramos do Direito ou não tenham sobre elas capacidade de regular as ações ou já tenham sido tentadas as opções que eles proporcionam, sem um resultado produtivo.

Em outras palavras, o Estado será chamado a agir tão somente em casos que demandem a repressão como último recurso a se tentar para obter um resultado que produza a paz social, já que este deve ser o intento no cumprimento desse papel.

Contudo, consoante se pode vislumbrar ao longo desse estudo, no qual foram cuidadosamente analisados aspectos relativos à competência do Tribunal Penal Internacional quanto aos crimes lesa humanidade, bem como foram discutidos pontos relativos ao direito internacional, sente-se a possibilidade de concluir que, ao julgar os crimes lesa humanidade, de certa forma fere a soberania dos Estados,

ao ultrapassar as legislações por eles elaboradas para julgar os seus cidadãos, atingindo frontalmente os direitos e garantias fundamentais do indivíduo estabelecidos no direito constitucional pátrio.

Assim, da análise das teorias das velocidades do Direito Penal aqui reproduzidas, pode-se considerar que elas produzem efeitos práticos, favorecendo a solução a ser conferida ao problema, que é o da retomada do Direito Penal às suas formas mais primitivas, considerando-se que consistem em flexibilização de garantias fundamentais.

Por meio de sua aplicação, portanto, acredita-se que se afastaria do sistema garantista e constitucionalizado, de modo a causar prejuízos de grande monta para a sociedade como um todo, já que um dos bens jurídicos de maior importância do Direito que se encontra em discussão é justamente integrante da categoria dos direitos fundamentais, primordialmente os direitos à liberdade e à vida, esse último suprimido em se tratando de casos com penas mais severas.

Sendo assim, acredita-se que os julgamentos oriundos do TPI, bem como de outros tribunais de exceção, têm reflexos do direito penal do inimigo, devendo, pois, ser refutada, já que o garantismo penal é essencial à sobrevivência digna do indivíduo.

Diante de todo o exposto, acredita-se que o objetivo do trabalho tenha sido atingido, bem como respondida a questão-problema ao início suscitada. Contudo, ele não esgota o tema, o que exige a realização de estudos futuros, os quais se sugere realizar a partir da perspectiva aqui informada, buscando-se confirmar – ou refutar – as conclusões obtidas, que, no presente estudo, confirmaram a hipótese primária inicialmente delineada.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALCOFORADO, Luis Alberto. Convenção de Viena: Direito dos Tratados afeta direito interno. **ConJur**, 27 jan. 2010.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2002, p. 43.

BATISTA, Vanessa Oliveira; RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo; PIRES, Thula Rafaela. Emenda Constitucional nº 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, Edição Especial, p. 01-44, abril/maio, 2008, p. 10.

BAZELAIRE, Jean Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional**: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia. São Paulo: Manole, 2004, p. 15.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial, v. 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%E7ao_Compilado.htm. Acesso em: 22 set. 2018. .

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 06 set. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, 14 de dezembro de 2009. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do homo sacer da Baixada”**: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. 2006.

CASSESE, Antonio. **International law**. 2 ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2005.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789.
Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2019.

DIAS, Augusto Silva. De que direito penal precisamos nos europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário. **Lusíada**. Direito, n. 4/5, p. 13-28, 2014.

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. **Droit International Public**. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, E.J.A., 1999.

FAVARO, Luciano Monti; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. A convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e o porquê de sua não ratificação pela República Federativa do Brasil: um problema constitucional? In: XVII Congresso Nacional do CONPENDI. Brasília. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 2679-2702, 2008, p. 2681.

FELDENS, Luciano. O Garantismo Desde sua Perspectiva Constitucional: Projeções sobre o Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano X, n. 37, p. 67-81, abr./jun. 2010.

FERENCZ, Benjamin B. International Criminal Courts: The Legacy of Nuremberg, 10 Pace Int'l L. **Rev.** 203, p. 204-235, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRASER, Nancy. **Reenquadrando a justiça em mundo globalizado**. Tradução Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis. São Paulo: Lua Nova, 2009.

FRULLI, Micaela. **O direito internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais**. In: CASSESE, Antonio.

- DELMAS-MARTY, Mireille. Crimes internacionais e jurisdições internacionais. Barueri, SP: Manole, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a humanidade: conceito e imprescritibilidade** (Parte II). LFG, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablo. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- HOBBSAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: LTR, 2017.
- JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri: Manole, 2003.
- JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís et.al. **Direito penal e funcionalismo**. Tradução de Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.
- JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional**. São Paulo: LTr, 2000, p. 84.
- KRIEGER, César Amorim. **Direito internacional humanitário: O Precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional**. Curitiba: Juruá, 2004.
- LEITE, Gisele Pereira Jorge. Breves considerações sobre Direito Penal do inimigo. **Revista Bonijuris**, ano XXV, n. 592, v. 25, n. 3, março de 2013.
- LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- MARINAKIS, Irene. **A weak ICC: can the international criminal court succeed without U.S. participation? Eyes on the ICC, The Council for American Studies in International Negotiations (CASIN)**, v. 5, 2009, p. 127.
- MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARTINS, Fernando Costa. O direito penal do inimigo e as velocidades do direito penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3709, 27 ago. 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Premier Maxima, 2005.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENEZES, Fabio Victor de Aguiar. A pena de prisão perpétua e o Tribunal Penal Internacional: Aspectos constitucionais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009.

MORAES, Alexandre da Rocha. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. Atlas, São Paulo, 2017.

MORAES, Vinicius Borges de. **O direito penal do inimigo e a concretização dos direitos fundamentais**: um estudo sobre a presença da teoria de Günther Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009.

NEVES, Carlos Eduardo. O que são as "velocidades" do Direito Penal? **DireitoNet**. 2010.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais: Estudos de Introdução**. Juruá, Curitiba, 2001.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEDRINHA, Roberta Duboc. Notas Sobre o Garantismo de Luigi Ferrajoli: da base principiológica ao modelo penal – A Imperatividade de Sua Aplicação e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, ano 12, n. 12, p. 187-206, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e direito comunitário**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIRÓZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Alexandre Morais de. **Processo penal eficiente? Não obrigado**. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Direito penal do inimigo e a culpa jurídico penal: o problema da responsabilidade pelo livre-arbítrio**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

SANTOS, Jorge Christiano. **Prescrição penal e imprescritibilidade**. Rio Janeiro: Elsevier, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral**. 10. ed. Curitiba: ICPC, Lúmen Júris, 2015.

SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos**. Ijuí: Ed. da Unijuí, 2005.

SILVA, Luciana Carneiro. *Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco*. **Revista Liberdades**, n. 5 de setembro de 2010.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **A dignidade da pessoa humana no contexto pósmodernidade**. In: Miranda, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

STEINER, Sylvia. **Tribunal Penal Internacional. Dicionário de Direitos Humanos**. 2009. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Tribunal+penal+internacional>>. Acesso em: 20 set. 2018.

STELZER, Joana. **União europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

TAFFARELO, Rogério F. *Beccaria e o iluminismo penal*. **Revista Jurídica**, São Paulo, Vol. 22, nº 1, 2006.

TIUJO, Liriam Kiyomi. **Tribunais Penais Internacionais**. In: BARRAL, Weber (Org.). *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal.** 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.