

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

ADRIANA FREISLEBEN DE ZANETTI

Mestranda em Direito Internacional Comparado pela Universidade de Samford/EUA – Membro honorário do Instituto dos Advogados do Brasil – Juíza Federal Substituta na 3ª Região.

Resumo: O presente ensaio é baseado em palestra proferida pela autora no “I Seminário Nacional de Direito Penal e Processual Penal na Região Serrana”, realizado em 23 de outubro de 2010, na cidade de Nova Friburgo. O texto traça um panorama geral sobre o surgimento e o estado atual do Tribunal Penal Internacional – TPI para, em seguida, analisar seus procedimentos penais, à vista dos principais sistemas jurídicos contemporâneos. Na sequência, tecem-se algumas considerações sobre a eficácia do TPI e possíveis soluções alternativas de composição de conflitos penais na seara internacional. O objetivo é fomentar, por meio da experiência comparativa, o raciocínio crítico sobre o universo penal e processual penal da atualidade.

I - Justificativa das Cortes Internacionais

Um dos principais pontos que justifica a necessidade e que legitima a existência de uma corte penal permanente de caráter universal deriva das limitações às jurisdições nacionais.

Com efeito, os sistemas internos de persecução penal dos países não se afiguram suficientes à contenção de crimes graves que ofendam a bens jurídicos de mais de uma nação, devido a entraves relacionados à soberania dos demais Estados.

Jurisdição, em sentido lato, envolve três aspectos: o poder de *prescrever* normas criminais, ou seja, de alçar determinadas condutas à categoria de ilícito punível com sanção de caráter penal; o poder de *adjudicar*, ou seja, de submeter pessoas a juízo valorativo sobre as regras anteriormente prescritas e o poder de *executar*, ou de aplicar em concreto as penas abstratamente previstas por ocasião da primeira etapa.

Os Estados soberanos estabelecem a própria competência jurisdicional com base em princípios lógicos e consensuais. O princípio mais comum é o da *territorialidade*, vez que dentro dos próprios limites geográficos o Estado detém força plena de autodeterminação. Em seguida, há o princípio da *nacionalidade ativa*, segundo o qual determinado Estado detém a prerrogativa de punir seus cidadãos, independentemente do local em que cometido o delito. A justificativa do princípio é que compete ao Estado o papel de educar, vigiar e punir seus nacionais. Há ainda o princípio da *nacionalidade passiva*, que atribui a determinado Estado a legitimidade para atuar na persecução criminal de estrangeiro que atente contra um nacional daquele Estado, ainda que o crime tenha sido cometido em território alienígena. Igualmente relevante é o princípio da *proteção*, tendente a acautelar bens sensíveis como a soberania e a segurança do Estado, bem como a regularidade da administração pública. O princípio mais amplo é o da *justiça universal*, que legitima o *jus puniendi* independentemente de elementos de conexão com o Estado, bastando que o crime seja considerado objetivamente incluído em determinado rol. Esse último princípio, embora amplo, é fraco tanto em relação à efetividade quanto em relação à legitimidade perante a comunidade global.

Daí a proposta de criação de uma corte criminal de caráter internacional. A ideia, bastante antiga, surgiu de forma organizada após a 2ª Grande Guerra. Como curiosidade da natureza remota de julgamentos internacionais, alguns doutrinadores sustentam que o primeiro sujeito a ser julgado por uma corte internacional teria sido o herói escocês William Wallace¹, imortalizado no filme “Coração Valente”, de Mel Gibson.

Antes do século XIX as normas de direito penal internacional aplicáveis aos indivíduos eram restritas a crimes de pirataria (reconhecidos como infração internacional desde o século XVI por normas de direito internacional costumeiro), escravidão e a algumas violações a tratados internacionais sobre conflitos armados.

Um dos mais significativos precedentes para a criação de um TPI foi o Tratado de Paz de Versalhes, cujos artigos 227 a 230² expressamente previam a criação de tribunal especial para julgar criminosos de guerra.

O Instituto, porém, cria força com as transformações da sociedade após a Segunda Guerra, particularmente no que tange ao desenvolvimento dos direitos humanos e a correlata necessidade sentida no seio da comunidade global de punir crimes graves que fugiam às regras de jurisdição nacionais.

Imediatamente após o término da Guerra surgiram o Tribunal Militar de Nüremberg (fruto de acordo travado em Londres, em 08/08/45, entre as potências aliadas) e o Tribunal Militar de Tóquio (aprovado em 1946 pelo comando supremo das forças aliadas no extremo oriente).

¹ Sir William Wallace era um líder escocês que lutou contra a tirania inglesa, tendo sido capturado em 1305 e julgado por um tribunal *ad hoc* sob a acusação de ter cometido crimes de guerra.

² “PART VII. PENALTIES.
ARTICLE 227.

The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties.

A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.

In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed.

The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex- Emperor in order that he may be put on trial.

ARTICLE 228.

The German Government recognizes the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies.

The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall so request, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities.

ARTICLE 229.

Persons guilty of criminal acts against the nationals of one of the Allied and Associated Powers will be brought before the military tribunals of that Power.

Persons guilty of criminal acts against the nationals of more than one of the Allied and Associated Powers will be brought before military tribunals composed of members of the military tribunals of the Powers concerned. In every case the accused will be entitled to name his own counsel.

ARTICLE 230.

The German Government undertakes to furnish all documents and information of every kind, the production of which may be considered necessary to ensure the full knowledge of the incriminating acts, the discovery of offenders and the just appreciation of responsibility”.

Em 1948, na Convenção da ONU para Repressão e Prevenção do Crime de Genocídio, debateu-se a necessidade da criação de um tribunal criminal internacional permanente. Em 1949 foi aprovada a quarta Convenção de Genebra, relativa à proteção dos civis em períodos de Guerra³.

Em seguida, apareceram os tribunais *ad hoc*, como o Tribunal Internacional para o Julgamento dos Crimes contra a Humanidade cometidos no Território da ex-Iugoslávia (conhecido no âmbito internacional pela sigla ICTY), instalado em 1993, e o Tribunal Internacional para julgamento de Crimes contra a Humanidade Cometidos no Território da Ruanda (conhecido no âmbito internacional pela sigla ICTR), instalado em 1994. Essas Cortes foram criadas pelo *Conselho de Segurança* da ONU com base no capítulo VII da Carta das Nações Unidas, cujo artigo 39⁴ autoriza a adoção de medidas para o restabelecimento da paz e da segurança internacionais. Já o artigo 29⁵ da Carta confere ao Conselho de Segurança a prerrogativa de criar órgãos necessários ao exercício de suas funções.

Tanto o ICTY quanto o ICTR receberam críticas. Além do alto custo e da baixa efetividade e produtividade, há a questão do vício de origem. Como bem suscitou Slobodan Milosevic por ocasião de sua defesa perante o ICTY, a criação daquele Tribunal, para gozar do atributo de legitimidade internacional, deveria ter sido fruto de decisão da Assembleia das Nações Unidas, não de órgão fracionário como o Conselho de Segurança. Além disso, o caráter *ad hoc* ofenderia o princípio do juiz natural previamente estabelecido.

A comunidade sentiu, então, a necessidade urgente da implementação de uma corte penal humanitária de caráter permanente, capaz de desigular a assimetria de poder inserida entre vítimas e algozes na estrutura estatal.

II - O Tribunal Penal Internacional

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional – TPI foi aprovado em julho de 1998, na Conferência de Roma, por uma maioria de 120 votos a favor (inclusive o do Brasil), 7 contrários (Estados Unidos, Filipinas, China, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções. Entrou em vigor em 01/07/2002, após contar com a ratificação de 60 países.

A Corte, sediada em Haia, possui caráter permanente, embora atue conforme o princípio da subsidiariedade. Tal significa que apenas há ação do TPI quando um Estado-Parte deixa de instalar processo-crime contra violador do Estatuto. Também deve agir quando o Estado, por motivos vários, não possa fazê-lo, ou ainda quando parem suspeitas de que possa haver simulação de julgamento no território do signatário. Há a possibilidade de julgar pessoa que esteja sob jurisdição de Estado que não tenha ratificado o Estatuto, desde que o país aceite submeter seu cidadão ao TPI. Excepcionalmente, há atuação por designação do Conselho de Segurança da ONU⁶.

³ Na mesmo período, foram revisados os textos das três Convenções anteriores, de 1864, 1906 e 1929.

⁴ “CHAPTER VII: ACTION WITH RESPECT TO THREATS TO THE PEACE, BREACHES OF THE PEACE, AND ACTS OF AGGRESSION. Article 39: The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security”.

⁵ “Article 29: The Security Council may establish such subsidiary organs as it deems necessary for the performance of its functions”.

⁶ Caso do Sudão, cujo processo contra Omar Al Bashir foi determinado pela Resolução 1593 (2005) do Conselho de Segurança da ONU, havendo 11 votos favoráveis, nenhum contrário e 4 abstenções; uma delas, do Brasil.

O TPI tem competência para julgar crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio e crimes de agressão. O Estatuto define os elementos de cada delito.

O delito de agressão, porém, restava indefinido por questões de ordem política. É que consta do capítulo VII da Carta das Nações Unidas que compete ao Conselho de Segurança determinar a existência, ou não, de atos de agressão. Como um dos atributos do TPI é a independência funcional, a Corte temia perder competência ao aceitar delegar a tarefa ao Conselho de Segurança da ONU.

Recentemente, contudo, na conferência de revisão do Estatuto de Roma, realizada entre maio e junho de 2010 em Kampala, na Uganda, houve uma solução conciliatória. Os Estados que fazem parte do Estatuto de Roma concordaram que, a partir de 2017, o Conselho de Segurança da ONU poderá encaminhar os casos de agressão ao Tribunal Penal Internacional para que líderes de todas as nações que tenham cometido esse crime possam ser processados, independentemente de essas nações terem aderido ao TPI ou não. De outra via, se um Estado ou um Procurador do Tribunal de Haia encaminhar um caso de agressão à Corte, terá de consultar o Conselho de Segurança para fins de confirmação da agressão. Se o Conselho de Segurança não chegar a nenhuma decisão depois de seis meses, os juízes do Tribunal Penal Internacional poderão deliberar livremente sobre a questão.

O delito de agressão foi definido como o planejamento, o preparo, o início da execução e a consumação, cometidos por sujeito em posição de controle político ou militar de determinado Estado, de uso de força armada contra a soberania, integridade territorial e independência política de outro Estado cujas características, gravidade e repercussão constituam violação manifesta da Carta das Nações Unidas.

III - Procedimento e Estrutura

Para preservar o caráter internacional da composição do TPI, há prescrição expressa de que os 18 juízes que integram a Corte sejam de nacionalidades diversas, devendo haver proporção equilibrada entre homens e mulheres.

Todas as discussões havidas no Comitê Preparatório, antes da aprovação do Estatuto do TPI, centravam-se em torno da adoção de um modelo de Tribunal que não refletisse, com preferência, um dos sistemas judiciais predominantes no mundo. Assim, o procedimento a ser encampado pelo Estatuto do TPI não poderia reproduzir exclusivamente os moldes do *Common Law*⁷, tampouco adotar na íntegra as regras de marcha processual conforme o modelo do *Civil Law*⁸. Não havia intenção de criar um sistema híbrido, apenas perseguia-se um conjunto de regras procedimentais que conjugassem princípios de ambos os sistemas.

⁷ O *Common Law* desenvolveu-se a partir de 1066, após a invasão normanda na Inglaterra, quando então houve a fortificação do poder em torno do rei, dissipando a estrutura feudal e reunindo as leis costumeiras que eram comuns. Na essência, não é um direito codificado, vez que baseado no *judge made Law*, forte no método indutivo, que vai criando uma série de precedentes que deverão ser observados no futuro para casos semelhantes. É o sistema adotado pelos Estados Unidos (exceto o estado da Louisiana), Canadá (exceto Quebec), Nova Zelândia, Austrália e membros da *Commonwealth* Britânica (Índia, Nigéria), dentre outros.

⁸ O *Civil Law* tem origem no direito romano, a partir do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Inspirou o direito na Europa continental, decorrente da pretensão Napoleônica de restringir o poder do Judiciário por meio de um emaranhado de leis obrigatórias e vinculantes previamente estabelecidas. É o sistema utilizado pelo Brasil, países da América do Sul, Europa continental, Japão etc.

Na esfera penal, as principais diferenças entre os sistemas *Civil* e *Common Law* situam-se no papel da acusação, no papel do juiz e no método de produção de provas.

Do ponto de vista da acusação, países que adotam o *Common Law* conferem ampla discricionariedade para que o Procurador decida sobre a conveniência ou não da persecução penal. Já países do *Civil Law* tendem a adotar o princípio da obrigatoriedade da ação penal e, quando esta é mitigada por institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo, há a necessidade de homologação judicial.

O juiz do *Common Law* deve ser absolutamente inerte em relação à apuração dos fatos. Decide apenas aspectos processuais durante o curso do processo, em homenagem ao sistema acusatório puro adotado. Já no *Civil Law* o juiz tem papel mais participativo, podendo atuar com maior amplitude em busca da “verdade real”.

A produção de provas é mais ampla no *Civil Law* onde os juízes são, em sua maioria, técnicos. É mais restrita no *Common Law*, dada a adoção de júris para a maior parte dos delitos que são, portanto, decididos por juízes leigos. Como exemplo de restrição probatória, a regra costumeira de que “testemunha una é testemunha nula”, a inadmissibilidade de provas indiretas e a exigência de que os fatos sejam *objetivamente* demonstrados “além de dúvida razoável”. Tal se deve justamente ao receio de que juízes leigos não saibam valorar a prova nos moldes de que um técnico é capaz. Já um juiz do *Civil Law* pode, em regra, aceitar o testemunho de uma única pessoa, pode admitir prova indireta e pode decidir o mérito com base em convencimento subjetivo, desde que aponte quais foram os fatos que o levaram a adotar esta ou aquela decisão.

Analisando o Estatuto do TPI depreende-se que a proposta cosmopolita foi em parte alcançada, já que os diversos institutos do Estatuto refletem ora um, ora outro sistema. Há risco, porém, de que alguns dispositivos se apresentem antinômicos em face de outros integrantes do mesmo Diploma, “colidindo” entre si, em razão do hibridismo verificado no texto.

A estrutura do TPI é dividida em três Câmaras: Câmara de Pré-Julgamento, Câmara de Julgamento e Câmara de Apelação.

Compete à Câmara de Pré-Julgamento autorizar o exercício da ação penal. A iniciativa das investigações ficam a cargo de um Procurador, que pode atuar de ofício ou mediante provocação de um Estado signatário, bem ainda por determinação do Conselho de Segurança da ONU. Nesse juízo inicial de admissibilidade da demanda, os Estados têm amplo acesso à Corte para comprovar o pleno exercício da jurisdição doméstica ou justificar a falta. O condicionamento da demanda à análise de sua viabilidade por Câmara diversa reflete princípios do *Common Law* visantes a assegurar a imparcialidade dos julgadores que decidirão o mérito da causa.

Uma vez admitida a acusação a Câmara de Julgamento realizará a instrução processual. A tradição do Tribunal e os julgados dos tribunais *ad hoc* apontam para a ampla admissibilidade de provas: em tese, qualquer evidência pode ser colocada à apreciação dos juízes (técnicos), desde que considerada idônea e relevante para o deslinde da causa. O advogado (que para atuar perante o TPI deve contar com 10 anos, no mínimo, de experiência na área criminal, além de ser fluente em um dos cinco idiomas oficiais – inglês, francês, chinês, russo, árabe e espanhol) poderá propor livremente a estratégia probatória, desde que comprove que o que pretende é relevante e pertinente para sustentar a tese da defesa. Os juízes atribuirão às provas o peso que entenderem em juízo subjetivo, porém motivado. Sob a ótica das provas, percebe-se a clara opção pelo sistema do *Civil Law*.

As quantidades de penas para cada delito não são previamente estabelecidas. Há apenas as espécies de punição e a regra genérica de que o limite da supressão da liberdade individual não deve ultrapassar 30 anos sendo, porém, admitida a pena perpétua em casos

de delitos considerados como de “extrema gravidade”. A Corte não admite julgamento *in absentia* (à revelia). Os delitos, todavia, são imprescritíveis.

A Câmara de Apelação, a quem compete rever a decisão de mérito da Câmara de Julgamento, admite recursos tanto da defesa quanto da acusação (em regra, países do *Common Law* só admitem recurso da defesa).

IV - Críticas e Alternativas

A principal crítica ao TPI é o alto custo de manutenção e a demora na prestação jurisdicional. É que, embora contem os delitos com a característica da imprescritibilidade, fato é que a morosidade influi no sentimento de impunidade.

Como alternativas a uma Corte Internacional Criminal há a experiência dos tribunais híbridos como os Tribunais de Camboja e Serra Leoa, com sede no território do Estado em que cometidos os delitos, mas com composição formada por juízes nacionais e juízes internacionais, com o objetivo de garantir a imparcialidade do julgamento.

No ponto, assinala-se que a ideia de um tribunal internacional possuir sede em território neutro é justamente a de escapar a amarras políticas e a eventuais investidas intimidatórias contra os julgadores. Porém, o fato de a jurisdição ser prestada em local distante dos olhos das vítimas pode gerar baixa eficácia em termos de prevenção geral. Os tribunais híbridos, assim, apresentam as vantagens comparativas de custo menor e maior eficácia, vez que a colheita da prova se dá, em regra, de forma mais célere, além de contribuir para o fortalecimento da jurisdição local, geralmente enfraquecida por conta do conflito. A composição mista de juízes também contribui para que haja um melhor entendimento cultural e histórico da situação, o que, em tese, propicia seja o julgamento mais justo.

Há, ainda, a experiência dos Tribunais Comunitários das Aldeias, ou “Gacacas”, utilizada na Ruanda, que produziu resultados excelentes em termos de composição de interesses. Nas “Gacacas” os anciãos das aldeias reúnem as partes (vítima e agressor) e tentam *mediar* uma solução. O foco é a valorização do sentimento da vítima e a tentativa de re-inserção do criminoso na comunidade, por meio da reconciliação e da busca da justiça com a participação da comunidade, que pode opinar e sugerir penas alternativas.

O grande desafio do Direito Penal Moderno é desenvolver Instituições tendentes à construção de um sistema jurídico que garanta o equilíbrio entre a paz e a justiça, entre a reconciliação e a retribuição, levando em conta que processos culturalmente específicos podem auxiliar na configuração de uma justiça transnacional. Urge harmonizar-se o interesse das vítimas, as quais têm o direito em receber célere e adequada resposta Institucional, com o interesse da comunidade internacional, que se apoia no Direito como instrumento de pacificação social, sem perder-se de vista o direito de os réus serem julgados por meio do devido processo legal.

O Tribunal Penal Internacional, embora não seja a panaceia para as atrocidades humanas, apresenta a vantagem de constituir meio legítimo a garantir as finalidades da política criminal internacional, no que se refere à prevenção geral (ao inibir o agressor ante a ameaça concreta de responsabilização futura) e especial (ao retribuir ao agente o mal causado por meio da imposição de pena). A eficácia da Corte dependerá da correção eficaz de desvios ainda desconhecidos, sem prejuízo da atuação contemporânea rigorosa com vistas a corrigir as falhas já evidenciadas.

- Sobre o Tribunal Penal Internacional, veja também o artigo doutrinário “O Tribunal Penal Internacional”, de autoria da Desembargadora Federal Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, publicado na RTRF3R 41/94.