



REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Matrizes políticas da justiça
penal internacional**
Political Matrix of International
Criminal Justice

Francisco Rezek

VOLUME 13 • N. 1 • 2016
DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO

Sumário

DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO.....	1
EDITORIAL:	
RESULTADOS DA III CONFERÊNCIA BIENAL DA RED DEI	3
Michelle Rattón Sanchez-Badin (em nome da Diretoria da Red DEI), Fábio Costa Morosini e Lucas da Silva Tasquetto (em nome dos organizadores da III Conferência da Red DEI)	
DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO NO BRASIL: QUEM SOMOS E O QUE FAZEMOS? EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS DE 1994 A 2014	6
Michelle Rattón Sanchez Badin, Fábio Costa Morosini e Inaê Siqueira de Oliveira	
UM ESPAÇO PARA PENSAR EM ALTERNATIVAS? A ACADEMIA LATINO-AMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO FRENTE À ORDEM ECONÔMICA GLOBAL	27
Nicolás Marcelo Perrone	
GRUPO DE ALTO NÍVEL BRASIL - URUGUAI (GAN): UM NOVO PARADIGMA PARA A INTEGRAÇÃO PRODUTIVA NO MERCOSUL	45
Alebe Linhares Mesquita e Vivian Daniele Rocha Gabriel	
O COMÉRCIO DE SERVIÇOS ENTRE BRASIL E URUGUAI: LIBERALIZAÇÃO, DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO SETOR DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC) E SOFTWARES.....	62
Vivian Daniele Rocha Gabriel e Alebe Linhares Mesquita	
CORE LABOR STANDARDS NO REGIME DE PREFERÊNCIAS TARIFÁRIAS NO MERCOSUL: A NECESSIDADE DE HUMANIZAÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL	78
Martinho Martins Botelho e Marco Antônio César Villatore	
ACORDO TRIMS: FLEXIBILIZAÇÃO OU NÃO? POLÍTICA DE CONTEÚDO LOCAL, PROCESSO PRODUTIVO BÁSICO (PPB) E OS DESAFIOS PARA A INDÚSTRIA BRASILEIRA E A INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA	100
Natália Figueiredo	

ESTUDIOS DE CASO DE RECHAZOS EN FRONTERA DE EXPORTACIONES ALIMENTARIAS LATINOAMERICANAS POR MOTIVOS RELACIONADOS CON MEDIDAS TÉCNICAS NO ARANCELARIAS..... 123

Sofía Boza, Juan Rozas e Rodolfo Rivers

AMÉRICA DO SUL EM FACE DOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO: RUMO AO RETORNO DO ESTADO NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS? 133

Magdalena Bas

FUTURO DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE CIENCIA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN EN LA AGENDA ECONÓMICA DE AMÉRICA LATINA: DEFINIENDO CAMBIOS REGULATORIOS O PROTEGIENDO INVERSIONES 146

Rodrigo Corredor

EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES DE CONTROL FINANCIERO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO 157

Jose Miguel Camacho Castro

CONVERGENCIA REGULATORIA EN LA ALIANZA DEL PACÍFICO: UN CAPÍTULO INCONCLUSO 170

Rodrigo Polanco Lazo

O CONSTITUCIONALISMO E A COMUNITARIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: POSSIBILIDADES PARA O COMÉRCIO INTERNACIONAL? 197

Camilla Capucio

ESCASSEZ HÍDRICA E DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO: O BRASIL COMO PROTAGONISTA NA TRANSFERÊNCIA DE ÁGUA PARA REGIÕES ÁRIDAS 215

Douglas de Castro

A SEGURANÇA ENERGÉTICA COMO BASE PARA MAIOR INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA DO SUL: À ESPERA DE UM TRATADO MULTILATERAL 229

Matheus Bassani

OUTROS ARTIGOS..... 246

AS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA EUROPEU .. 248

Alice Rocha da Silva e Ruth M. P. Santos

DO TRANSNACIONAL PARA O NACIONAL: IOSCO, O MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS BRASILEIRO E ACCOUNTABILITY	268
Salem Nasser, Nora Rachman e Viviane Muller Prado	
MIGRAÇÃO DE TRABALHADORES INTELECTUAIS BRASILEIROS PARA O MERCADO INTERNACIONAL: IDENTIFICAÇÃO DE ATOS DE ALICIAMENTO DE EMPREGADOS E MECANISMOS LEGAIS PARA IMPEDIR A APROPRIAÇÃO TECNOLÓGICA E CONCORRÊNCIA DESLEAL	285
José Carlos Vaz e Dias e João Marcelo Sant'Anna da Costa	
THE EASIER WAY TO HAVE “BETTER LAW”? THE MOST-SIGNIFICANT-RELATIONSHIP DOCTRINE AS THE FALLBACK CONFLICT-OF-LAW RULE IN THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA	308
Chi Chung	
REFLEXOS JURÍDICOS DA GOVERNANÇA GLOBAL SUBNACIONAL: A PARADIPLOMACIA E O DIREITO INTERNACIONAL: DESAFIO OU ACOMODAÇÃO	320
Valéria Cristina Farias e Fernando Rei	
MATRIZES POLÍTICAS DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL.....	341
Francisco Rezek	
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO FRENTE A LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL Y ÉTNICA EN ESPAÑA.....	348
Edilney Tomé da Mata e Eduardo Biacchi Gomes Correio	
THE PEACE PROCESS IN SIERRA LEONE: AN ANALYSIS ON MARRIAGES BETWEEN CULTURE AND CRIME	363
Gustavo Bussmann Ferreira	
FUNCIONALIZAÇÃO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL NEGOCIAL	376
Antonio Henrique Graciano Suxberger e Dermeval Farias Gomes Filho	
PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO CONSUMIDOR E COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL	396
Héctor Valverde Santana e Sophia Martini Vial	
THE LAND RIGHTS OF INDIGENOUS AND TRADITIONAL PEOPLES IN BRAZIL AND AUSTRALIA....	418
Márcia Dieguez Leuzinger e Kylie Lyngard	

**THE RECEPTION OF EUROPEAN IDEAS IN LATIN AMERICA: THE ISSUE OF THE GERMAN SOURCES
IN TOBIAS BARRETO, A PROMINENT NINETEENTH CENTURY BRAZILIAN LEGAL SCHOLAR.....439**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

NORMAS EDITORIAIS..... 461

Matrizes políticas da justiça penal internacional*

Political Matrix of International Criminal Justice

Francisco Rezek**

1. INTRODUÇÃO

Proponho ao leitor uma reflexão sobre certos aspectos desse tema de relevo e atualidade. Começemos por lembrar que o direito de que falamos faz parte daquele domínio onde só no século XX se produziram as primeiras normas internacionais. Até então o direito das gentes, no que tinha de “normativo”¹, cobria apenas o seu terreno de regramento necessário: as fontes do direito, a personalidade internacional, o domínio público internacional, as relações entre Estados em tempo de paz e em tempo de guerra. Em outras palavras o que aí tínhamos era o estudo das *regras* do jogo, dos *atores*, dos *espaços* e dos *conflitos*. A esse direito internacional *necessário* a comunidade começou a acrescentar, notadamente a partir da fundação, no primeiro pós-guerra, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, regras de um domínio que até então estivera reservado ao direito interno, e que neste apareciam de modo irregular e diversificado. Sinal eloquente do desenvolvimento do direito das gentes, a abordagem internacional de temas como a relação entre o capital e o trabalho realizou seu objetivo de conferir certa uniformidade ao respectivo tratamento pela ordem jurídica dos diversos países, e de melhorar substancialmente a qualidade dessas normas.

2. GÊNESE DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Um *direito penal internacional*, assim compreendida a definição de certos atos humanos como crimes em tratado coletivo, começa a produzir-se alguns anos depois da segunda grande guerra, com a convenção do genocídio. Os Estados se comprometem no tratado a capitular aquele crime, nas suas confi-

1 Essa expressão refere-se não apenas ao direito internacional costumeiro mas também, a partir de 1815, a uma categoria do direito codificado, do direito convencional. Existe, segundo Charles Rousseau, uma diferença funcional entre os tratados-contratos, assim chamados porque com eles as partes realizam uma operação jurídica — tais os acordos de comércio, de aliança, de cessão territorial —, e os tratados-leis ou tratados *normativos*, por cujo meio as partes editam *uma regra de direito objetivamente válida*. A esta categoria pertenceriam as grandes convenções coletivas como as da Haia e de Genebra sobre o direito da guerra; e, de resto, todos os tratados em que se percebesse nas partes — mesmo quando pouco numerosas — o intento de estabelecer certas regras uniformes de conduta. Própria do tratado contratual, por seu turno, seria a diversidade do objeto visado pelas partes, cada uma delas desejando justamente aquilo que a outra lhe pode dar. Exemplos muito claros deste quadro são os tratados relativos às diversas formas da compra ou da troca, entre Estados, de bens de qualquer natureza (ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1984. p. 24-25).

* Autor convidado

** Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1966), Doutor da Universidade de Paris (Panthéon-Sorbonne) (1970), Diploma in Law da Universidade de Oxford (1979). Foi Procurador da República, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Chanceler da República e Juiz da Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas. É Professor do Programa de Mestrado/Doutorado do Centro Universitário de Brasília.

gurações diversas, em suas ordens jurídicas nacionais e a cominar-lhe penas coerentes com sua gravidade. A convenção específica que, cometido por particulares ou por agentes do Estado, o genocídio nunca há de ser entendido como um crime político — possível sempre, assim, a extradição do agente —, e que o respectivo processo pode dar-se tanto em foro nacional competente quanto em jurisdição internacional reconhecida pelas partes.

Aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948 e vigente a partir de janeiro de 1951, a convenção do genocídio realizou de certo modo aquilo que os críticos do tribunal de Nuremberg haviam alguns anos antes entendido faltante. Não há crime, afirma-se há tanto tempo e em toda parte, sem *lei anterior* que o defina. Os genocidas da Alemanha nacional-socialista agiram na conformidade da singular ordem jurídica interna que se lhes impunha, e no plano externo, embora as leis da guerra então vigentes — as da Haia e sobretudo as de Genebra — tenham sido sistemática e assumidamente violadas², é certo que não preexistiam normas estritamente penais. Era imperativo, desse modo, que se produzisse um autêntico direito penal internacional para fundamentar a competência de jurisdições internacionais que o futuro trouxesse, não necessariamente em quadros de após-guerra — marcados quase sempre pela leniência frente aos crimes do flanco beligerante vitorioso.

3. JURISDIÇÕES INTERNACIONAIS DE CIRCUNSTÂNCIA

Apesar da densidade do argumento moral que justificou, em Nuremberg, o sacrifício de certos princípios

2 Depondo ante o tribunal especial de Nuremberg em 15 de março de 1946, o marechal Hermann Göring pretendeu explicar o descaso do Reich alemão por seus compromissos exteriores afirmando que a *guerra total* torna caducas todas as prescrições do direito internacional. Esse entendimento doutrinário de que a guerra de grande alcance tende a produzir sobre o direito das gentes efeito semelhante ao da revolução numa ordem jurídica interna — assumindo os vencedores a prerrogativa de ditar a nova ordem — aparecera antes no *Memorandum O.K.W.*, de 1º de outubro de 1938, e não apenas os alemães o compartilhavam. Winston Churchill, falando à Câmara dos Comuns em 22 de fevereiro de 1944, denunciara a vitória aliada e a rendição incondicional de seus inimigos, e terminara por garantir que as nações vitoriosas ‘teriam as mãos inteiramente livres no fim das hostilidades, e não estariam vinculadas por qualquer compromisso de ordem jurídica ante a Alemanha e seus aliados, devendo subordinar-se apenas às suas obrigações de ordem moral para com a civilização’ (ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1984. p. 348-349 e 372).

científicos do direito penal assentados pela comunidade jurídica, não há como negar que a jurisdição penal internacional deu então seus primeiros passos sob a marca desse estigma político, o de uma justiça de vencedores aplicada aos vencidos. As coisas não se tornariam melhores, a propósito, quando muito mais tarde, já no início dos anos noventa, o Conselho de Segurança das Nações Unidas decidiu criar tribunais penais para julgar “violações graves do direito humanitário” cometidas na ex-Iugoslávia e em Ruanda³. Se se abstrai, entretanto, a nebulosa motivação da escolha desses dois cenários (entre tantos outros onde, desde o final da última grande guerra, o direito internacional humanitário foi violado), o fato é que à luz do direito esses foros internacionais são no mínimo defensáveis. De início, porque o Conselho de Segurança tem autoridade para criá-los — sem qualquer ato da Assembléia Geral —, desde que o faça, como fez nos dois casos, com base no capítulo VII da Carta da ONU, que fala da ação a empreender em face de uma *ameaça à paz* (tenha-se em conta o enorme conteúdo possível dessa expressão, e o juízo político que o Conselho se pode permitir a respeito). Depois, porque as práticas em questão foram definidas como crimes em texto internacional que os países onde ocorreram haviam incorporado ao seu direito interno. Assim, não há dúvida quanto à tipicidade penal desses atos, nem quanto à anterioridade das normas penais. Dentro desse quadro e visto que, por razões diversas, os países onde ocorreram os crimes não se encontravam habilitados a promover o respectivo processo, uma jurisdição internacional *ad hoc* podia assumir o encargo. De resto, todo e qualquer outro Estado soberano, senhor da definição do âmbito de sua competência penal, pode, sem afronta aos valores que inspiram normalmente esse domínio da ordem jurídica, afirmar jurisdição residual sobre crimes previstos em tratados. Isso não dependeria, nos casos concretos em exame, da aquiescência da Iugoslávia⁴ ou de Ruanda⁵ (o governo deste último país, por acaso, foi

3 Resoluções 808 de 1993 e 955 de 1994, respectivamente.

4 O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia funciona na Haia; seus quatorze juízes são eleitos pela Assembléia Geral da ONU a partir de listas preparadas pelo Conselho de Segurança, e o mandato é de quatro anos. O procurador, titular da ação penal em todos os casos, é eleito pelo Conselho. O tribunal se divide em duas câmaras de primeira instância e uma de apelação, não havendo foro exterior de recurso. A pena máxima possível é a prisão perpétua. Ao cabo de seus primeiros doze anos de trabalho (1993-2004) o Tribunal havia examinado processos relativos a pouco mais que uma centena de acusados, e proferido cerca de cinquenta decisões, sendo cinco absolutórias.

5 O Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi instalado

aquiescente). Em todo caso a *captura* de cada réu depende rigorosamente, para ser legítima, do consentimento do Estado onde ele se encontra — e que poderia eventualmente não estar obrigado por nenhum compromisso internacional a realizar a captura ou a conceder a extradição.

4. ATIVISMOS NACIONAIS

As jurisdições internacionais do século XX moldaram a imagem de uma justiça penal fundada em políticas de poder e exercitada apenas ao encontro de vencidos na guerra e outras categorias de caídos em desgraça. Isso não gerou, como é óbvio, nenhuma simpatia em torno dos que ocuparam desde 1945 e ocupam ainda hoje o banco dos réus. Mas um inevitável mal-estar resultou da consideração de que esses foros se ressentiram da falta de maior alcance, de maior generalidade, e de outras insuficiências resultantes do seu caráter temporário.

Outro fenômeno ocorreria no final do século XX a ilustrar os inconvenientes e as dificuldades da implementação do direito penal internacional de modo esparsos e transitório, sem a segurança de um foro marcado pela permanência e pela universalidade. Esse fenômeno foi o ativismo de certos foros criminais domésticos que se dispuseram a exercer jurisdição sobre crimes ocorridos em território estrangeiro.

Não me refiro, neste passo, ao caso Pinochet. Presumo, a partir de manifestações do juiz espanhol Baltasar Garzon ocorridas no início do processo, que ali se deu a afirmação da competência do foro espanhol para julgar crimes ocorridos no Chile a partir da consideração de que havia espanhóis entre as vítimas e, pois, da consideração de um princípio que generalizadamente se admite para fundamentar a competência complementar ou residual do foro: o princípio da *nacionalidade passiva*. É certo que na maioria das ordens jurídicas, aí contada a brasileira, o exercício da competência penal à base única da nacionalidade da vítima pode ocorrer de modo realmente *residual*, não autorizando o foro a buscar o acusado fora das fronteiras nacionais, a solicitar sua ex-

tradição a outro Estado. Mas o grau maior ou menor de residualidade com que certa ordem jurídica dê pela competência de seu foro penal à base de um princípio outro que o da *territorialidade* do crime — o da *defesa*, o da *nacionalidade* ativa ou passiva — é matéria de sua alçada exclusiva. Só o chamado *princípio da justiça universal* reclama, além da definição internacional do crime, uma circunstância de conexão com o foro processante, ainda que não tão sólida quanto as que marcam os princípios anteriormente citados. Essa circunstância de conexão pode ser tão-só a presença, fortuita e transitória que seja, do acusado no território do foro processante. Mas se nem isso ocorre, não há fundamento algum para a afirmação de competência, nem razão alguma para que qualquer outro Estado realize, a pedido daquele, a captura do acusado e sua extradição.

O ativismo do foro doméstico teve sua mais visível expressão numa série de processos instaurados por juízes criminais de primeira instância da Bélgica, em relação a crimes previstos em direito internacional contemporâneo, mas sem que nenhuma circunstância, por mínima, vinculasse cada situação em exame ao foro belga. Um desses casos foi levado à Corte Internacional de Justiça, depois que um juiz de Bruxelas expediu um mandado de prisão contra um ministro de Estado da República Democrática do Congo (sugestivamente, um país que havia sido no passado uma colônia belga...), por haver pronunciado um discurso que alegadamente incitara ao genocídio; e depois que o governo da Bélgica fez circular internacionalmente, pela via diplomática, esse mandado de prisão. Os denunciadores não se apresentaram como vítimas, nem entre as pretendidas vítimas havia alguém de nacionalidade belga.

No seu acórdão de 14 de fevereiro de 2002⁶ a Corte se absteve de decidir sobre a questão da competência do foro belga (sobre a qual é certo, em vista dos votos individuais, que haveria divisão de opiniões), limitando-se a declarar a imunidade do pretendido réu à injunção daquele foro, dada sua qualidade de ministro das relações exteriores do Congo à época dos fatos. Em opinião individual anexa ao acórdão ponderei, em linhas gerais, o que segue.

6 Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, República Democrática do Congo *vs.* Bélgica, 14 de fevereiro de 2002, Lista geral N° 121. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*. Arrest Warrant of 11 April 2000. Available in: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=121&p3=4>>. Access: Fev. 12, 2016.

em Arusha, na Tanzânia, e sua composição e funcionamento se assemelham aos da instituição precedente, em proporções menores. Pelo final de 2004 esse tribunal havia proferido vinte e oito sentenças, condenatórias em sua maioria

5. JURISDIÇÃO PENAL: COMPETÊNCIA E IMUNIDADE

Nenhuma imunidade é absoluta, em qualquer ordem jurídica. Toda imunidade se inscreve forçosamente em certo quadro, e nenhum sujeito de direito poderia beneficiar-se de uma imunidade generalizada, de uma imunidade em abstrato. Pode-se às vezes invocar a imunidade face a certa jurisdição, e não a outra. No quadro de uma ordem jurídica nacional, certa imunidade pode existir frente à jurisdição penal, mas não à civil, ou frente ao foro ordinário, mas não ao foro especial.

Por isso a questão da competência precede necessariamente a questão da imunidade. E as duas questões foram amplamente debatidas entre as partes. O fato de que em razões finais o Congo, por cautela, limitou-se a pedir a declaração da imunidade de seu ministro ao foro interno da Bélgica não justifica o abandono, pela Corte, do tema que constitui uma premissa inexorável do exame do problema da imunidade. Há uma ordem lógica que a rigor se impõe, e sem a qual estaríamos afinal decidindo uma questão hipotética: a de saber se a imunidade existiria ou não *caso a justiça belga fosse competente...*

Estatuindo em preliminar sobre a questão da competência, a Corte teria podido lembrar que o exercício da jurisdição penal interna sobre a base única do princípio da *justiça universal* tem caráter subsidiário, e que há razões sólidas para isso. Primeiro, porque nenhum foro é tão qualificado para bem levar a termo um processo penal quanto o do lugar dos fatos, ainda que apenas pela proximidade da prova, pelo melhor conhecimento dos réus e das vítimas, pela percepção mais clara de todas as circunstâncias do evento delituoso. São razões mais políticas do que práticas as que conduzem vários sistemas internos a adotar, em seguida ao princípio da *territorialidade*, um outro fundamento de competência penal que se afirma independentemente do lugar dos fatos, o da *defesa* de certos bens jurídicos relevantes para o Estado, como o patrimônio público e a administração pública. Fora do terreno desses dois princípios elementares, a complementaridade é a regra: na maioria das nações a ação penal é possível à base dos princípios da *nacionalidade ativa* ou *passiva*, quando um crime ocorrido no estrangeiro teve como autor ou como vítima um nacional local, mas desde que o processo não tenha sido instaurado no Estado territorial, e que réus ou vítimas se encontrem no país do foro, de que são nacionais.

Esse ativismo que conduz certo Estado a buscar fora de seu território, com um pedido de extradição ou

um mandado de prisão internacional, a pessoa acusada de crimes definidos em direito internacional, sem que exista qualquer circunstância de conexão entre o suposto crime e seu autor e o foro processante, é algo que o direito internacional em seu estado atual não autoriza. Há uma impressionante dose de presunção na questão, aqui formulada pelos agentes da Bélgica, de saber se esse país não estaria ‘obrigado’ a empreender a ação penal no caso. Àquilo que o direito internacional sequer autoriza ele, *a fortiori*, não obriga. A Bélgica não demonstrou à Corte que exista hoje um único outro país que se tenha concedido, em iguais circunstâncias, dar livre curso à ação penal, mesmo que se abstraia por completo a questão, inteiramente diversa, que é a da imunidade, na espécie, da pessoa acusada. Não pode existir ‘direito costumeiro em formação’ por obra da atitude isolada de determinado país. A Corte não tem por quê ceder, assim, ao pedido de que não obstrua um suposto ‘*processo de formação do direito costumeiro*’...

É imperativo que todo Estado soberano se pergunte, antes de tentar fazer avançar o direito das gentes numa direção confrontante com certos princípios que regem ainda hoje as relações internacionais, quais seriam as consequências da adoção por outros Estados, eventualmente por muitos outros, de semelhante prática. Não foi sem razão que se levantou perante a Corte a questão de saber qual seria a reação de certos países da Europa se algum juiz de uma república africana intentasse processar governantes europeus por crimes internacionais alegadamente cometidos por eles, ou sob suas ordens, em território africano — embora isso fosse perfeitamente legítimo à luz do primeiro dentre os princípios determinantes da competência penal, o da territorialidade.

Uma outra hipótese é mais apropriada para servir de contraponto ao presente caso. Há juízes no hemisfério sul, não menos qualificados que esse magistrado belga, e como ele marcados pela boa fé e por uma profunda devoção aos direitos humanos e aos direitos dos povos, que não hesitariam, se pudessem, em empreender ações penais contra certos governantes do hemisfério norte à conta de episódios militares recentes, todos acontecidos acima da linha do equador. O conhecimento que têm tais juízes dos fatos não é menos completo, nem sua consciência menos imparcial, que aqueles que o foro de Bruxelas estima ter sobre os acontecimentos de Kinshasa. Nem faltariam pessoas ou organizações não governamentais perfeitamente habilitadas e desejosas de

oferecer ao foro a *notitia criminis*, desencadeando a ação. Por quê esses juízes não agem em tal sentido? Porque têm consciência de que o direito internacional não autoriza a afirmação de competência em semelhante quadro. Porque sabem que seus governos nacionais, à luz dessa realidade jurídica, jamais dariam apoio e curso, no plano internacional, a tais iniciativas.

Se o exercício da jurisdição penal fundado unicamente no princípio da justiça universal não pressupõe a presença da pessoa acusada no lugar do foro, toda coordenação se torna impossível e é o próprio sistema internacional de cooperação para a repressão do crime que desmorona. É fundamental que o trato de questões dessa ordem no plano interno, e por conseguinte a atitude das autoridades de cada Estado, sejam coerentes com a ideia de uma sociedade internacional ainda hoje descentralizada, baseada no princípio da igualdade soberana de seus membros, e dependente, a todo tempo, da coordenação de seus esforços. Fora dos limites dessa disciplina, toda política que se adote em nome dos direitos humanos leva ao risco de desmoralizar essa causa em vez de reforçá-la.

6. UMA JURISDIÇÃO GERAL E PERMANENTE

O Tribunal Penal Internacional instalou-se na Haia em 2003, quando entrou em vigor a convenção de Roma de 17 de julho de 1998, vinculando de início sessenta Estados ratificantes ou aderentes. São vários os pontos que distinguem essa corte das experiências penais precedentes.

É uma instituição judiciária permanente, criada, como uma organização internacional, pela vontade dos Estados fundadores, e dotada, fato raro, de personalidade jurídica própria (o usual é que as cortes sejam órgãos, permanentes ou temporários, de organizações internacionais). Julgará indivíduos, por crimes de extrema gravidade, todos definidos no próprio estatuto (que é o tratado de Roma). A jurisdição *ratione temporis* só se exerce sobre crimes posteriores à entrada em vigor do tratado, embora diversas das práticas ali tipificadas já o houvessem sido antes, em termos muito semelhantes, por outros tratados: assim, o *genocídio*, os *crimes de guerra*, os *crimes contra a humanidade* de que são exemplos o extermínio, a redução à escravidão, a deportação forçada, a tortura. Não há limites geográficos ou circunstanciais

como os dos foros de Nuremberg, da Iugoslávia ou de Ruanda. O procedimento investigatório e a ação penal estão a cargo de um procurador-geral eleito, a exemplo dos juízes, pela assembléia dos Estados partes no tratado de Roma. A jurisdição internacional se afirma *complementar*: isso não significa apenas a observância da regra *non bis in idem*, mas também que as jurisdições nacionais, como a do Estado onde ocorreu o crime, ou a do Estado patrial do réu, têm preferência, de modo que só sua inércia ou condescendência (eventualmente sua simples condição de *forum non conveniens*) justificam a ação no foro internacional. Os princípios gerais do direito penal são observados com rigor pelo estatuto, que segue ainda as melhores diretrizes no que concerne à matéria processual.

A tanto rigor científico e a tão evidente isenção e independência algo deveria servir de contrapeso, em termos realistas, neste momento da história. Assim é que o estatuto dá ao Conselho de Segurança das Nações Unidas o poder de mandar ‘suspender’ por um ano, prorrogável tantas vezes quantas queira, qualquer processo em curso no tribunal, com base no capítulo VII da carta — ou seja, quando entender que a continuidade imediata do processo representa uma *ameaça à paz*...

7. PERSPECTIVAS E INCERTEZAS

O Tribunal Penal Internacional, fruto de estudos acurados e de exaustiva diplomacia, haveria de poupar a sociedade internacional, no futuro, de todo o constrangimento que lhe tem imposto esse cenário de contornos mal definidos, onde um caprichoso jogo de acasos parece determinar ora a criação de instâncias *ad hoc*, ora o empenho avulso de alguma jurisdição nacional em ter diante de si aquele estrangeiro acusado de crime ocorrido no exterior, sem conexão alguma com o foro. Seu estatuto, um documento da virada do século e de autoria global, confirma incidentalmente a falta de uma relação imediata entre o indivíduo e o direito das gentes: o exercício efetivo da jurisdição do tribunal pressupõe o consentimento (seja a condição de parte no tratado de Roma, seja um consentimento *ad hoc*) do Estado territorial do crime ou do Estado patrial do réu, senão de ambos⁷

⁷ No Brasil o Estatuto do Tribunal Penal Internacional foi promulgado pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Eleita

No que contrasta com as anteriores jurisdições internacionais *ad hoc*, o Tribunal Penal Internacional é um organismo de autêntica criação coletiva, e sua gênese não poderia ter sido mais meditada e criteriosa do que foi. Os crimes definidos no tratado de Roma têm gravidade objetiva: todos significam formas de ultraje a bens jurídicos de relevo reconhecido em toda parte. Por outro lado a capitulação internacional desses crimes, e a criação do foro universal para processá-los complementarmente, têm a ver com históricas dificuldades em fazer operar sobre eles a repressão penal no plano interno. Tal é o caso dos crimes de guerra quando imputáveis aos vencedores da guerra, ou do genocídio, cuja autoria envolve comumente a autoridade pública ou algo não menos poderoso e articulado que a autoridade pública.

O Tribunal Penal Internacional foi além de tudo uma criação oportuna. Dos anos quarenta à virada do século a comunidade jurídica assimilou mal tanto as jurisdições de após-guerra quanto os tribunais *ad hoc* do Conselho de Segurança, que dificilmente se explicam na estreiteza de seu escopo. Mais que a comunidade jurídica, os Estados em sua expressiva generalidade assimilaram mal o ativismo de certos foros domésticos, sobretudo quando os respectivos governos pareceram dar mão forte à tentativa de exercer jurisdição sem bom fundamento de competência penal, e particularmente quando essa tropelia teve como sujeito uma ex-metrópole e como objeto uma ex-colônia. A jurisdição universal permanente acaba inapelavelmente com tudo isso. Não haverá mais como pretender que atue um foro nacional não prioritário no caso dos crimes internacionais, nem haverá, definitivamente, como inventar novas jurisdições internacionais de circunstância.

Entretanto, desde o início pareceu importante que o procurador-geral — responsável pela iniciativa de todo processo — tivesse em vista, ao estabelecer suas prioridades e ao determinar seus critérios, a esperança coletiva de que não pairassem sobre o novo tribunal as sombras políticas que empanaram até o final do século XX quase todos os cenários em que se exerceu jurisdição penal internacional. Seria uma lástima se a nova casa de justiça, universal e permanente, parecesse destinada tão-só a realizar o trabalho feito até então por jurisdições *ad hoc* e por ativistas domésticos, caracterizando-se como

nada mais que a versão definitiva de uma justiça penal que só encontra réus no contexto das nações vencidas, das comunidades em desgraça política, das antigas colônias ainda atoladas no legado colonial de miséria e sofrimento.

No que concerne à *complementaridade*, outra vertente politicamente sensível do Tribunal Penal Internacional, será conveniente evitar que o exercício da jurisdição da nova corte seja em regra compreendido como uma declaração de falência do foro territorial que deveria ter prioridade. Muitas vezes o fato de que a justiça nacional competente não possa ou não queira agir será devido apenas à convicção de que se trata de um *forum non conveniens*, justificando a competência da corte internacional tal como numa hipótese clássica de desaforamento do processo penal, sem descrédito para a jurisdição preterida.

Penso, entretanto, que o mais sério dos embaraços que o procurador-geral hoje enfrenta é aquela acusação consistente que vez por outra lhe chega às mãos contra um agente de Estado não necessariamente estelar, mas reconhecido como uma democracia, e onde a ação alegadamente criminosa desse agente tenha sido de algum modo convalidada por seus compatriotas no processo eleitoral. Esta a interrogação dramática que por certo atormenta a consciência do procurador e da própria corte: o voto popular, quando sinalize uma espécie de cumplicidade coletiva, tem acaso a virtude de anistiar crimes como aqueles que o tratado de Roma descreve e submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*. Arrest Warrant of 11 April 2000. Available in: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=121&p3=4>>. Access: Fev. 12, 2016.

ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1984.

pela assembléia dos Estados-partes para a primeira composição da corte, ali se distinguiu uma magistrada brasileira, a juíza Sylvia Helena de Figueiredo Steiner

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.