DIREITOS HUMANOS COMO SUBSTRATO NORMATIVO DO DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

Mariana de Pontes Jordão Barreto*

RESUMO: o presente artigo trata acerca dos direitos humanos, enquanto direitos essenciais ao ser humano individualmente considerado e também a toda a comunidade internacional. Todavia, a crise de efetividade destes direitos sempre fez-se presente, razão pela qual buscou-se mecanismos para garantir a máxima eficácia destes direitos, posto serem os direitos que são mais caros a todo ser humano. Assim, surgiu o direito penal internacional com vistas a complementar a proteção destes direitos, o que foi possível pela instituição de uma jurisdição penal internacional permanente, a qual figura de forma complementar a jurisdição penal dos Estados. Desta forma, avança-se na proteção destes direitos tão imprescindíveis a existência humana.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos humanos. Proteção. Jurisdição internacional.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos consistem no conjunto de direitos imprescindíveis à existência humana, referindo-se às garantias que concretizam o mínimo existencial para a existência digna de qualquer pessoa humana. Diante de imensurável importância, a concretização destes direitos sempre fez-se essencial, o que tem sido buscado no âmbito de cada Estado e também no âmbito mundial.

Neste cenário, surgiu o direito penal internacional como mecanismo

* Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, aprovada no mestrado de direito penal da Universidade Federal de Pernambuco em 2011, PIBIC pela Universidade Católica de Pernambuco em 2008/2009 intitulado Direito Social e Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito sob a orientação do Prof. Dr. José Elias Dubard de Moura Rocha, Advogada. Autora do artigo publicado na 27ª revista do MPGO intitulado O princípio da estrita legalidade e o Tribunal Penal Internacional como proteção dos direitos fundamentais.

de garantia dos direitos humanos, haja vista que suas normas tem o escopo de tutelar, como objeto jurídico comum, os direitos da pessoa humana, responsabilizando aqueles que com sua conduta causem dano a estes direitos protegidos pela comunidade internacional.

O desenvolvimento do direito penal internacional e da jurisdição penal internacional, agora permanente, exterioriza-se por meio da criação do Tribunal Penal Internacional, o qual é competente para o processo e julgamento dos crimes cometidos contra os direitos humanos. A instituição da referida corte penal internacional buscou resguardar, em sua essência, a dignidade da pessoa humana, a qual figura como fundamento basilar de todo o desenvolvimento dos direitos humanos.

1 SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

> Sempre se mostrou intensa a polêmica sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos – se são direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral. Esse questionamento ainda permanece intenso no pensamento contemporâneo[1].

O jurista holandês Grócio iniciou o processo de laicização dos direitos humanos, afirmando que estes direitos decorriam da natureza humana. Todavia, os direitos humanos hoje existentes não consistem nos mesmos a que se aludia na Antiguidade, isto porque não se tinha o mesmo conceito de pessoa humana que, atualmente, se utiliza como base para a criação ou, talvez melhor dizer, reconhecimento desses direitos[2].

> Estes, portanto, não são criados, muito menos outorgados pelo legislador. Tais direitos são identificáveis pela "reta razão" que a eles chega, avaliando a conveniência dos mesmos, em face da natureza razoável e sociável do ser humano[3].

Noberto Bobbio propagou a ideia segundo a qual os direitos da pessoa humana nascem na forma de direitos naturais universais, evoluem para a positivação particular (processo pelo qual cada Constituição incorpora

uma Declaração própria de direitos) e, por fim, concretizam-se em direitos universalmente positivados[4].

Pode-se afirmar, portanto, que o processo de internacionalização dos direitos do homem ocorreu desta forma, todavia, faz *mister* ater-se, primeiramente, ao processo de surgimento desta classe de direitos, para, depois, analisá-los em sua eficácia planetária.

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins[5], o surgimento dos direitos fundamentais pressupõe uma conjuntura formada por três elementos, sem os quais não se pode afirmar sua existência. O primeiro consiste no Estado, haja vista que sem este, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática, pois não seriam garantidos e cumpridos, não alcançando a função precípua de limitação do poder estatal em face do indivíduo.

O segundo elemento refere-se ao indivíduo, considerado individualmente, não mais como membro de um coletivo, o qual não detinha qualquer direito próprio no contexto histórico do começo da humanidade. Na modernidade, a partir das Revoluções Liberais, passou-se a considerar o indivíduo não mais como um ser social, mas sim como um todo em si mesmo, perspectiva que possibilitou às sociedades capitalistas reconhecerem os direitos individuais à liberdade, à igualdade e à propriedade.

Por derradeiro, faz-se vital a existência de um terceiro elemento a reger a relação Estado-indivíduo, que desponta por meio de uma declaração assecuratória destes direitos tão caros à humanidade. Assim, o último elemento corresponde ao texto normativo regulador desta relação, representado pela Constituição peculiar de cada Estado.

A Constituição, texto normativo estatal supremo, garante a autonomia do indivíduo, agora considerado enquanto sujeito de direito, tolhendo o Estado de praticar certos atos que acabariam por cercear, injustificadamente, as esferas das liberdades públicas. Portanto, a Constituição consiste no instrumento que assegura a ponderação entre a esfera de atuação livre do cidadão e a esfera na qual o Estado interfere enquanto pessoa jurídica de direito público, na busca do bem comum.

> Ao se analisar o histórico das Cartas Constitucionais do Brasil, pode-se perceber que a atual representa a culminação de um processo evolutivo para se chegar a um Estado Democrático de Direito, no qual

> os direitos humanos fundamentais e as garantias a eles inerentes são expressamente assegurados. Desse modo, a Constituição de 1988 acolhe ampla e categoricamente os Direitos Humanos, responsáveis por eleger valores universais e essenciais ao homem, reconhecidos ao longo dos anos, sobretudo no século XX, após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial[6].

Insta frisar que, essa interferência estatal faz-se necessária, por vezes, em razão dos direitos fundamentais não englobarem somente os direitos individuais, denominados de direitos fundamentais de primeira dimensão, os quais implicam ao Estado um não fazer (prestação negativa), correspondendo aos direitos civis e políticos. Renata Mantovani e Marina Martins citam como exemplos dessa geração de direitos: a proteção à coisa julgada, a punição de atos atentatórios a direitos fundamentais, a individualização da pena e a proibição da extradição e de penas de caráter perpétuo[7].

Faz-se necessário mencionar que a anteriormente se utilizava a nomenclatura "gerações de direitos fundamentais", para se referir os direitos fundamentais que surgem ao longo da história da humanidade. No entanto, tem-se preferido utilizar a nomenclatura "dimensões de direitos fundamentais", vez que esta remonta a ideia de que as diferentes dimensões de direitos fundamentais somam-se e não, são substituídas pelas novas dimensões. Assim, a palavra dimensão transparece a ideia de que cada nova dimensão de direito fundamental complemente as dimensões anteriores.

Há uma segunda dimensão de direitos fundamentais, que consistem nos direitos sociais, englobando também os direitos econômicos e culturais, nos quais o Estado exerce um papel mais incisivo na sua concretização, visto que cabe ao mesmo não apenas declará-los e garantir que não sejam desrespeitados. Assim, o Estado tem o poder-dever de estipular e estimular meios para assegurá-los, inclusive através do desenvolvimento de políticas sociais (prestação positiva), as denominadas liberdades positivas[8], haja vista ser o ente público que tem por escopo básico a promoção da justiça social.

Acrescente-se existir ainda os direitos fundamentais de terceira dimensão, os quais consistem nos direitos integrantes do conjunto de direitos denominados essencialmente coletivos, quais sejam, os direitos difusos e coletivos. Entre estes direitos de terceira geração pode-se citar[9]: o direito ao progresso, à paz, à qualidade saudável de vida, a um meio ambiente equilibrado, à autodeterminação dos povos, entre outros.

Fala-se, ainda, em outra(s) dimensão(ões) de direitos fundamentais, a depender da bibliografia utilizada. Nesse sentido, há autores que afirmam a existência de direitos fundamentais tanto de quarta quanto de quinta dimensão.

Todavia, parcela da doutrina defende apenas três dimensões de direitos fundamentais, as quais correspondem ao lema da Revolução Francesa, que ansiava por: "liberdade, igualdade e fraternidade". Assim, os direitos de primeira dimensão são aqueles atinentes à liberdade do cidadão, os de segunda dimensão fazem menção à tentativa de garantir igualdade entre os homens e os de terceira dimensão buscam manter ou aflorar a solidariedade/fraternidade entre os seres humanos.

No entanto, não há razão para se debater acerca de qual divisão acerca dos direitos fundamentais seria mais ou menos correta, sendo apenas formas diferentes de abordar a mesma classe de direitos, os direitos fundamentais da pessoa humana. O substrato básico que serviu de fundamento para o surgimento destas dimensões de direitos fundamentais, ao longo da história da humanidade, ainda não restou clarificado em um único denominador comum, sendo apontado pela doutrina como fruto de uma conjectura formada por diversos fatores, entre eles, a tentativa de garantir subsídios para o pleno desenvolvimento do capitalismo, o qual dependia da ideologia liberal para se solidificar.

Em que pese a importância da discussão acerca do fundamento dos direitos humanos, Noberto Bobbio já afirmava que o maior problema destes direitos não é como fundamentar o seu surgimento, mas sim o de protegê-los[10]. Assim, observa-se que esta problemática levantada por Bobbio continua bastante atual em nossos dias, haja vista a incessante busca por meios que não mais apenas declarem os direitos mais caros ao ser humano, mas que possam assegurá-los, garantindo a sua concretização.

2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais da pessoa humana são conceituados por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, através do seguinte trecho:

> Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual[11].

Este conceito define, segundo os supracitados autores, a posição dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, demonstrando sua supremacia constitucional ou fundamentalidade formal. Isso denota o alcance da supremacia destes direitos, sendo considerados fundamentais, mesmo quando seu alcance e relevância social forem bastante limitados, desde que a Constituição os garanta enquanto sendo um direito fundamental[12].

> Mesmo que apenas intuitivamente e de forma superficial, é possível perceber que as liberdades públicas têm como função primordial proteger algo contra intervenções indevidas. Essa simples percepção exige, de pronto, a definição do que é esse *algo*, qual a sua *extensão* e quais são os tipos possíveis de *intervenção*. O que mais interessa aqui é, sem dúvida, a definição daquilo que é protegido e sua relação com as possíveis intervenções[13].

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva afirma que o preenchimento do suporte fático acarreta a consequência jurídica devida. Assim, toda vez que o âmbito dos direitos fundamentais não for respeitado ou for negligenciada a sua efetivação por parte do Poder Público, a pessoa ou ente responsável por este ato será devidamente processado, de acordo com os ditames do devido processo legal, prezando-se pelas garantias constitucionais penais e processuais penais consagradas, entre elas ressaltando-se o contraditório e a ampla defesa.

A dimensão negativa das liberdades públicas, enquanto garantia do ser humano acarreta, no âmbito do direito fundamental protegido, a consequência jurídica da abstenção do Estado. Assim, em prol da relação Estado-indivídio, aquele tem que se abster da prática de certos atos, na medida em que se faça necessário para a concretização dos direitos da pessoa humana consagrados na Carta Magna de cada Estado.

> Ou seja, no processo de controle de constitucionalidade, se se verifica o preenchimento do suporte fático (intervenção não fundamentada no âmbito de proteção de um direito), a consequência jurídica (exigência de abstenção estatal) consiste, em geral, na declaração da inconstitucionalidade da intervenção em questão (lei, medida provisória etc.) e na volta ao *status quo ante*[14].

Portanto, a invasão injustificada do Estado no âmbito privado do cidadão terá por fim, acaso seja juridicamente impugnada, a nulidade do ato com efeitos *ex tunc,* isto é, seus efeitos retroagem à época anterior a ocorrência da nulidade. Essa intervenção do Judiciário visa a proteger não somente a liberdade do cidadão, mas também a segurança jurídica, a qual prevê que a administração pública somente pode proceder à prática de atos previstos como permissivos pela lei, enquanto que ao particular, tudo é permitido fazer, desde que tal prática não seja expressamente proibida.

No que se refere ao direito a prestações, em sentido amplo, por parte do Estado com o fim de assegurar a consecução dos direitos humanos, a infração a estes direitos decorre da falta de concretização, o que se dar por uma ação insuficiente ou omissão estatal.

Ocorre que, a falta de ação estatal com o escopo de fomentar a realização de um direito social tem como consequência jurídica, acaso conjugada com a falta de fundamentação jurídico-constitucional para essa inadimplência, um direito definitivo à realização dessa ação. Este direito se traduz na intervenção do Poder Judiciário, o qual impõe o dever público de realizar determinada ação em prol do bem-estar social.

> Se "proteger direitos sociais" implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta "o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?" tem que, necessariamente, incluir ações. "Proteger

> direitos", nesse âmbito, significa "realizar direitos". Por isso, pode-se dizer que o *âmbito de proteção* de um direito social é composto pelas *ações estatais que fomentem a realização desse direito*[15].

Nesse sentido, urge ter-se o cuidado para não se proceder a uma redução do âmbito de incidência das liberdades públicas, de forma a encará-las apenas enquanto direitos de defesa contra intervenções. Faz-se *mister* afirmar, principalmente, a função positiva destas liberdades, tão almejadas pela sociedade com o passar dos tempos, haja vista que o ser humano está, cada vez mais, buscando meios e garantias de bem-estar, o que pressupõe a ação estatal com o escopo de garantir estes direitos.

Como concretização da constante ampliação do âmbito de incidência dos direitos fundamentais, a Constituição Federal brasileira utiliza-se no Título II da denominação "Direitos Fundamentais", abrangendo os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e relacionados aos partidos políticos, todos constantes nos capítulos deste Título.

> Há uma série de outros termos, incluindo "liberdades individuais", "liberdades públicas", "liberdades fundamentais", "direitos humanos", "direitos constitucionais", "direitos públicos subjetivos", direitos da pessoa humana", "direitos naturais", direitos subjetivos"[16].

Urge ressaltar que a nossa Carta Magna consagra não apenas os direitos fundamentais relacionados no seu Título II, mas também todos os direitos fundamentais expressamente previstos ao longo de todo o seu texto, como também direitos fundamentais que se encontram nela implícitos. Mas este âmbito de garantia ainda conta com a participação dos direitos fundamentais que decorrem do regime e dos princípios adotados pela nossa Constituição, além daqueles decorrentes dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte, conforme previsão do art. 5º, §2º, CF.

Essa perspectiva de garantia e efetivação dos direitos do homem tem sido a tendência que norteia a essência dos sistemas criminais internos, constituindo, também, no substrato dos bens jurídicos protegidos pelo direito internacional penal. Isso ocorreu em decorrência das atrocidades

cometidas pelo ser humano ao longo da história mundial, em que pese todos os esforços diplomáticos despendidos na busca da pacificação da comunidade internacional.

Nesse sentido, os horrores ocorridos na Segunda Guerra Mundial foram responsáveis por essa mudança paradigmática, na qual os direitos fundamentais do ser humano deixaram de ser da competência interna dos Estados e, juntamente com a relativização do conceito de soberania nacional, passaram a ser garantidos universalmente. Assim, os direitos humanos deixaram de constituir cláusulas pétreas para assumir relevância transnacional.

Nesse diapasão, em havendo previsão de garantia dos direitos da pessoa humana tanto no ordenamento jurídico interno quanto na legislação internacional penal, André de Carvalho Ramos apresenta a seguinte solução:

> Cabe ao intérprete, então, buscar a solução interpretativa que concilie o texto constitucional com a proteção inserida pela norma internacional. De fato, o objetivo tanto da Constituição quanto desta normatividade internacional é o mesmo: a proteção do ser humano[17].

A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que: "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo"[18]. Vale ater-se ao uso que este documento faz da expressão "família humana", considerando a humanidade como um todo, no qual cada ser humano estaria ligado aos demais por laços de afetividade. Assim, o escopo da prolação deste documento não é apenas reger uma coletividade, mas, principalmente, torná-la uma verdadeira unidade.

> Os Direitos Humanos são o conjunto de normas defendidas e aplicadas por órgãos públicos e instituições voltadas ao resguardo da dignidade, liberdade, igualdade, honra e outros direitos fundamentais dos seres humanos e que constituem a base do Estado Democrático de Direito. São os direitos elementares à dignidade humana e de

> múltiplas naturezas: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A propósito, o saudoso mestre CELSO BASTOS, interpretando o art. 4º, II, da Constituição Federal, observa: a melhor definição deles encontrável é a constante na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948[19].

Insta frisar que o rol de direitos fundamentais, ontologicamente e deontologicamente falando, é, ou deveria ser, o mesmo previsto e garantido pela Constituição de qualquer Estado, vez que as necessidades e os direitos intrínsecos ao ser humano são os mesmos em qualquer lugar do mundo. Nesse sentido, estes direitos defendidos pelas Constituições estatais têm sido elevados a um nível de exigência e efetividade mundial, influenciando políticas públicas de organizações internacionais e tribunais comprometidos com sua concretização.

Nesse contexto, surgiram, ao longo da história mundial, inúmeros documentos internacionais prevendo a existência desses direitos e meios de fazê-los valer. Entre estes, pode-se citar o Estatuto de Roma, o qual não somente institui uma corte penal internacional permanente, mas também figura como um verdadeiro tratado inovador acerca dos direitos da pessoa humana.

> As regras constantes do Estatuto de Roma demonstram a preocupação da comunidade internacional em evitar que a impunidade dos agentes responsáveis pelas condutas tipificadas possam servir de estímulo a novas violações. Além disso, tais regras demonstram também a preocupação da comunidade internacional pelo estabelecimento de um *due process of law*, que possibilitaria a adequada investigação, processamento e condenação dos responsáveis pelos atos odiosos descritos como crimes no próprio Estatuto[20].

Virgílio Afonso da Silva[21] acrescenta que "logo, o intérprete não pode deixar de reconhecer que este Estatuto insere-se no conjunto de tratados

internacionais protetivos de direitos humanos".

Faz-se mister observar que a nomenclatura direitos fundamentais, conforme denota-se pelo explanado, refere-se aos direitos da pessoa humana consagrados no âmbito de um determinado Estado, enquanto que a nomenclatura direitos humanos refere-se à ideia dos direitos da pessoa humana que detém uma proteção internacional, seja por estarem previstos em tratados internacionais, seja por consistirem em verdadeiros costumes internacionais concretizadores destes direitos.

Os direitos fundamentais da pessoa humana representam a proteção jurídica dada às necessidades humanas mais imprescindíveis para o seu desenvolvimento enquanto ser humano e enquanto ser social. Ocorre que, com a globalização, fez-se imprescindível a internacionalização destes direitos, ampliando a sua previsão para a escala mundial.

Deste modo, a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana em âmbito mundial dá-se por meio do mecanismo de internacionalização destes direitos.

3 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Afirma-se que a internacionalização dos direitos fundamentais somente se consolidou após a Segunda Guerra Mundial, conjuntura que refletiu o necessário desenvolvimento de ações internacionais mais eficazes para coibir as violações a estes direitos. Desse modo, a observância às regras internacionais de direitos da pessoa humana deixou de ser mera prerrogativa dos Estados e transformou-se em obrigação inafastável, rompendo-se com a tradicional noção de soberania[22].

Flávia Piovesan assevera que a dignidade da pessoa humana constitui o substrato propulsor de garantia e efetivação de todos os direitos humanos, consistindo na gênese de todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A internacionalização somente se efetivou a partir da redefinição do âmbito e alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a qual permitiu que os direitos humanos passassem a ser tratados como uma questão de legítimo interesse internacional[23].

Assim, a soberania continuou a consistir num elemento básico para a constituição de qualquer Estado, todavia, passou a ser relativizada pelo direito internacional dos direitos humanos. Portanto, o ordenamento jurídico interno passou a subjugar-se ao acordado nos tratados

internacionais de direitos humanos que foram assinados e ratificados pelos países signatários, os quais, como todo ato jurídico de natureza bilateral, obriga as partes à persecução das cláusulas estipuladas.

> O Direito Internacional Penal liga-se aos meios da penalização das graves violações do direito das gentes inseridos nos relacionamentos interestatais e uma meta de proteção da ordem jurídica internacional. A evolução desse espaço de incidência insere-se na própria evolução do Direito Internacional Penal, de modo que emergem as seguintes regras: incriminação do recurso à guerra, incriminação dos comportamentos dentro da guerra e incriminação dos comportamentos contrários ao direito das gentes. Todas refletem a existência de um domínio de solidariedade entre os Estados diante de certas infrações que afetam não somente os interesses de um Estado particular, mas também os interesses da comunidade dos Estados ou mesmo da humanidade como um todo[24].

Essas regras formam o conjunto das premissas basilares sobre as quais se desenvolveu a incriminação das condutas lesivas ao ser humano em escala planetária. Desse modo, abandonou-se a antiga visão segundo a qual apenas os Estados detinham competência para processar e julgar seus nacionais de acordo com o previsto em seus ordenamentos nacionais.

Assim, os suspeitos pelo cometimento de crimes contra os direitos humanos, internacionalmente considerados, podem, desde a instalação do Tribunal Penal Internacional, com jurisdição permanente, ser processados por este tribunal, quando lesarem interesses caros à comunidade internacional considerada como um todo.

Todavia, há de frisar que esta Corte detém competência complementar, haja vista que somente será competente para julgar os crimes previstos no seu Estatuto, quando o Estado se abster de fazê-lo, por não desejar executar o processo ou não tiver condições para tanto. Nesse sentido, Fernanda Jankov ratifica a diferenciação que é feita entre o direito internacional penal e o direito penal internacional, conceituando este como:

> Conjunto de regras que governam a incriminação e a repressão das infrações que apresentam um elemento alienígena ou que seja de origem internacional. O elemento alienígena significa que o *problema penal nacional está em contato com uma ordem jurídica estrangeira* que resulta geralmente da nacionalidade estrangeira do autor ou do caráter extraterritorial da infração. Muitas vezes faz-se a oposição entre o direito penal internacional (as regras mencionadas anteriormente de origem interna) e o direito internacional penal (as regras mencionadas anteriormente de origem internacional). (grifos do autor)[25].

O desenvolvimento do regramento internacional penal regulador da convivência na comunidade internacional, fomentou o desenvolvimento de um novo ramo do Direito Internacional Público, em constante desenvolvimento, o Direito Internacional Penal. Esta disciplina jurídica tem como características básicas: a constituição dos Estados, pois depende da constituição destes para garantir a efetividade da normatividade internacional penal, e a criminalidade internacional, a qual se acentua com a globalização e a internacionalização das relações.

Este ramo do direito internacional público prevê expressamente os delitos e as penas, em alusão ao Princípio da Legalidade, protegendo, assim, os direitos individuais.

> O direito internacional penal é um corpo de regras internacionais destinadas tanto a proibir os crimes internacionais quanto a impor aos Estados a obrigação de processar e punir ao menos alguns destes crimes. Ele também regula os procedimentos internacionais para processar e julgar pessoas acusadas destes crimes[26].

Antes, o Direito Internacional Penal significava a relação entre duas unidades políticas (Estados), afetando o indivíduo apenas indiretamente. Entretanto, a instituição do ser humano enquanto sujeito de direito internacional, possibilitou que os Tribunais Internacionais tivessem também a competência de julgar este novo ente da sociedade internacional, inovação alcançada pelo Estatuto de Roma, o qual consagrou o princípio

da responsabilidade internacional criminal pessoal.

> Engloba o direito substantivo, composto de preceitos que determinam as condutas consideradas crimes internacionais, elementos subjetivos considerados proibidos, circunstâncias excludentes de ilicitude e punibilidade. Paralelamente, tem-se os requisitos segundo os quais os Estados devem ou podem, com base nas normas internacionais, processar ou julgar pessoas acusadas desses crimes, ou seja, o direito processual penal, que governa a atuação das autoridades encarregadas dos vários estágios dos julgamentos internacionais[27].

Há de ressaltar a necessidade de modificação das normas constitucionais internas dos Estados signatários do Estatuto de Roma para que estas se compatibilizem com este, vez que as normas de direito internacional que versam acerca dos direitos humanos têm prevalência de aplicabilidade se confrontadas com as normas de direito interno, de mesma natureza.

Isso se deve, dentre outros motivos em razão da necessidade de cooperação dos Estados que assinaram e ratificaram este Estatuto, mas também ao fato de esta assinatura e ratificação pressupor o compromisso deste Estado para com as normas previstas neste instrumento jurídico, e, consequentemente, obrigá-lo a sua consecução.

> Apesar de não se deixar de apontar eventuais falhas no ordenamento jurídico aprovado na capital italiana, insiste-se na importância da consagração da jurisdição penal internacional, como instrumento necessário à proteção dos direitos mais caros ao homem, em escala planetária. Mais que isso, significa que o direito penal está se internacionalizando como nunca antes, apresentando modificações em relação a alguns conceitos caros ao direito interno[28].

4 ANTECEDENTES DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A Segunda Guerra Mundial (1939-1945) é tida pelo direito internacional como uma espécie de marco divisor do direito internacional penal, a qual consistiu no substrato para a criação dos primeiros tribunais penais internacionais, sendo o Tribunal de Nuremberg competente para processar e julgar as atrocidades ocorridas na Europa enquanto o Tribunal de Tóquio deteve a competência para julgar o ocorrido no Extremo Oriente.

Alguns críticos afirmam que os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio consistiram apenas em um instrumento de dominação, utilizado pelas nações vencedoras da 2ª Grande Guerra Mundial para subjugar os povos vencidos, como uma espécie de punição pela falta de eficácia na defesa do seu país.

> Colega romano, M. Vespasien PELLA (1926) propõe que os Estados se submetam a obrigações recíprocas que definam uma lei penal comum, a qual estabelecerá um tribunal superior, diante de uma justiça penal internacional. A esse corpo de regras denomina "direito penal internacional" (*droit penal* internacional)[29].

Nesse diapasão, buscou-se a instituição de um tribunal penal com jurisdição internacional permanente que prezasse pela imparcialidade e solução justa dos conflitos, haja vista que:

> Na mesma proporção em que tem aumentado o poderio bélico, tem-se intensificado também a destruição em massa, aflorando o repúdio a esses atos em todo o mundo. As infindáveis discussões sobre guerra justa e injusta permitiu chegar ao denominador comum de criminalização dos conflitos[30].

O aprimoramento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos pressupunha a criação de um órgão jurisdicional que tutelasse esses direitos. Inexistia este órgão, até que na década de 90, o sistema global passou a contemplar um órgão jurisdicional penal internacional competente para o julgamento dos mais graves crimes que atentassem contra a ordem internacional[31].

Nesta conjuntura, foi instituído o Estatuto de Roma que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional, primeiro tribunal penal internacional permanente, o qual foi aprovado em 17 de Julho de 1998, em Roma. Todavia, o Brasil somente o assinou em 07 de Fevereiro de 2000, tendo depositado o instrumento de ratificação em 20 de Junho de 2002. Em seguida, no dia 25 de Setembro de 2002, o Estatuto de Roma foi promulgado pelo Presidente da República, por força do Decreto nº 4.388.

> Coroando o sonho de meio século de pessoas de todos os países e classes sociais, engajadas na busca de uma Justiça universal, capaz de coibir os delitos mais nocivos que atingem o ser humano, o Tribunal Penal Internacional vem preencher uma lacuna e oferecer alento contra a criminalidade[32].

Desse modo, passou a existir um tratado normativo internacional, o qual passou a prever as condutas humanas lesivas à humanidade como um todo. Isto porque, "como já afirmou Everardo Luna, a norma é unidade dialética entre preceito e conteúdo. Toda norma tem uma fórmula que a expressa. [...] O conteúdo da norma penal é o objeto por ela tutelado"[33].

A aprovação deste Estatuto significou a institucionalização de uma ordem internacional diversa daquela que existiu até a segunda metade do Século XX, consagrando uma jurisdição penal internacional permanente. "O processo de universalização dos direitos humanos traz em si a necessidade de implementação desses direitos, mediante a criação de uma sistemática internacional de monitoramento e controle – a chamada *international accountability*".[34]

5 FUNDAMENTOS DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

Norberto Bobbio afirma que há três categorias de atividades internacionais acerca dos direitos humanos, quais sejam, a promoção, o controle e a garantia destes direitos. A promoção seria o conjunto de atividades estatais no sentido de prever normas de tutela dos direitos humanos. A atividade de controle consiste na exigência da observância por parte dos Estados das obrigações contraídas internacionalmente. No

que se refere à atividade de garantia destes direitos, trata-se da previsão de um ordenamento internacional dos direitos humanos, complementar aos ordenamentos internos[35].

No contexto dos mecanismos de garantia dos direitos da pessoa humana insere-se o Tribunal Penal Internacional, com jurisdição permanente para punir os graves crimes atentatórios aos direitos humanos que afetam a comunidade internacional em sua totalidade, conforme previsão do Estatuto de Roma, em seu art. 5(1)[36]. Assim, afirma-se que "toda norma penal incriminadora tutela um valor. Na lição de Nélson Saldanha, "os valores, que são políticos e éticos, justificam as regras e, portanto, as sanções nela prescritas"[37].

O surgimento da jurisdição internacional penal teve como base uma conjectura constituída pelos seguintes elementos:

a) Paz perpétua: A busca da paz perpétua sempre teve como premissa básica a cessação de parte da soberania estatal em prol da comunidade internacional, vez que na ponderação de valores, a paz mundial importa mais que o mero *status* de país soberano. Assim, em busca da tão sonhada paz, os Estados-membros do Tribunal Penal Internacional renunciaram à parte de suas soberanias, a fim de conferir o caráter de complementaridade à jurisdição do TPI.

> (...) entre 1795 e 1796, quando Kant apresentou o seu opúsculo denominado *Paz Perpétua/Um Projeto Filosófico*, afirmava sua perspectiva de criar uma forma de colaboração entre os povos para o afastamento dos conflitos havidos entre eles. Pode-se afirmar que pretendeu "o estabelecimento de um programa que permitisse a paz permanente entre as nações"[38].

b) Soberania: Esta sempre foi tida como uma característica essencial para a formação dos Estados nacionais. Todavia, a complexidade das relações demonstra que esta concepção antiga de soberania encontra-se em decadência, vez que se denota ser cada vez mais difícil, para não dizer impossível, conciliá-la com a ordem internacional e vice-versa.

Isso se deve ao fato de que, a efetivação de uma tutela internacional de proteção dos direitos da pessoa humana importa numa modificação dos limites da soberania. Portanto, a soberania encontra-se em processo de relativização, o qual visa proteger à comunidade internacional, impedindo que os direitos fundamentais virem, conforme expressão utilizada por Lassalle, letra morta.

c) Cidadania: Tratada em seu aspecto universal, o qual vem ganhando notoriedade em razão do mundo globalizado e da internacionalização das relações humanas.

> Sendo assim, a cidadania, que tem sido caracterizadora da identidade nacional, deverá ser modificada e alargada. Hoje não mais se pode falar em uma única cidadania, mas em diversas. Deve-se tratar da cidadania local, da nacional, da comunitária, da virtual e da mundial[39].

d) Reserva legal: O princípio da legalidade pode ser encontrado em todos os sistemas jurídicos mundiais, encontrando-se previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem e em vários outros tratados internacionais de direitos humanos. Carlos Eduardo Japiassú assevera que "este princípio, que serve para evitar uma punição arbitrária, não decorrente de lei ou baseada em uma norma imprecisa ou retroativa, é objeto de posições divergentes no direito penal internacional"[40].

Isso se deve à parcela da doutrina que afirma que a reserva legal não pode ser aplicada ao Direito Internacional Penal, vez que este pressupõe um direito, em grande parte, consuetudinário, ao passo que, o princípio da legalidade requer um direito escrito. Desse modo, a aplicação da reserva legal ainda não consolidou seus contornos na jurisprudência internacional.

e) Complementaridade: Este princípio rege as relações entre a jurisdição interna e internacional, pelo fato de a jurisdição do Tribunal Penal Internacional visar complementar a jurisdição interna de cada Estado, quando estes não julgarem seus cidadãos por não terem condições ou não acreditarem que

necessitem fazê-lo, ocasião em que o TPI o fará, através de um poder-dever que lhe é imposto pelo aludido princípio. Referido princípio será melhor abordado no próximo capítulo.

> Existe uma presunção relativa em favor dos Estados nacionais, que serão aqueles que, em um primeiro momento, estarão legitimados para agir, em caso de prática de algum crime previsto no Estatuto. Esta presunção poderá ser superada sempre que constatado, mediante o exercício da fiscalização das autoridades judiciárias internas – função inerente à Corte -, não se terá, nacionalmente, interesse ou possibilidade de fazê-lo[41].

Desse modo, pode-se afirmar que:

> O Tratado de Roma, com todas as dificuldades decorrentes do grande número de participantes da Conferência, dos diferentes sistemas jurídicos e das forças políticas atuantes, conseguiu um positivo saldo no sentido de erigir um sistema da justiça criminal internacional. Não está pronto e muito há por fazer. A jurisprudência do Tribunal, além de dar a sua interpretação aos artigos cuja redação não foi das mais precisas, também poderá integrar lacunas já identificadas"[42].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se a perceptível evolução dos direitos humanos enquanto garantias da vida humana com dignidade, os quais constantemente são complementados por novos direitos que surgem, complementando este vasto rol de direitos protegidos pela comunidade internacional.

Neste constante desenvolvimento e busca de sua efetividade, o surgimento do direito penal internacional exerce papel imprescindível na defesa destes direitos, por meio da responsabilização dos sujeitos que desrespeitem estes direitos, visando, assim, concretizar, em última instância, a finalidade preventiva da pena, com o objetivo de coibir qualquer atentado aos direitos humanos, com a consequente

concretização plena destes direitos.

Observou-se que neste cenário, fez-se necessária a instituição de uma corte penal internacional permanente, qual seja, o Tribunal Penal Internacional. Assim, os direitos humanos além de representarem normas de *jus cogens*, passaram a deter um mecanismo complementar internacional que tem a finalidade de garantir a máxima efetividade aos direitos da pessoa humana.

HUMAN RIGHTS AS SUBSTRATE REGULATORY DEVELOPMENT OF PERMANENT INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION

ABSTRACT: This article is about human rights as essential to the human being considered individually and also the entire international community rights. However, the crisis of effectiveness of these rights has always presented itself, which is why we sought mechanisms to ensure maximum effectiveness of these rights, since they are the rights that are most dear to every human being. Thus, international criminal law in order to complement the protection of these rights, which was made possible by the establishment of a permanent international criminal court, which figure as a complement to the criminal jurisdiction of states emerged. Thus, progress in the protection of these rights as essential to human existence.

KEYWORDS: Human Rights. Protection. International jurisdiction.

Notas

1 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 107.
2 FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional*: a concretização de um sonho. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 6.
3 Ibid. p. 6.
4 BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Turim, 1990. p. 30.
5 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 21-23.
6 LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *Para entender o Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 153 e 154.
7 Ibid. p. 154.
8 Ibid. p. 154-155.
9 LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *Para entender o Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 156.
10 BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Turim, 1990. p. 25.
11 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-47.

12 Ibid. p. 47.
13 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 70.
14 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 76.
15 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 77.
16 Ibid. p. 45.
17 CHOUKR, Fauzi Hassan; Ambos, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 265.
18 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948*. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/DH8.HTM>. Acesso em: 13 out. 2011.
19 JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. XVI.
20 CHOUKR, Fauzi Hassan e Ambos, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 254.
21 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 76.
22 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004. p. 5.
23 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 108-109.
24 LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *Para entender o Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 17-18.
25 JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2-3.
26 JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.
27 Ibid. p. 6.
28 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004. p. XXII.
29 JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.
30 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004. p. XVII.
31 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 203.
32 DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 254.
33 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5-6.
34 DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 151.
35 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004. p. 5-6.
36 Art. 5(1) do Estatuto de Roma: "A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:
a) O crime de genocídio;
b) Crimes contra a humanidade;
c) Crimes de guerra;
d) O crime de agressão".
37 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 6.
38 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004. p. XXII.
39 Ibid. p.140.

40 Ibid. p.144.
41 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004. p. 171.
42 CANTARELLI, Margarida. *O princípio da legalidade e o Tribunal Penal Internacional*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI Francisco; ADEODATO, João Maurício (coordenadores). *Princípio da Legalidade*: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 360.

REFERÊNCIAS

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional*: a concretização de um sonho. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Turim, 1990.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *Para entender o Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
CHOUKR, Fauzi Hassan; Ambos, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948*. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/DH8.HTM>. Acesso em: 13 out. 2011.
JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004.
DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
Estatuto de Roma.
CANTARELLI, Margarida. O princípio da legalidade e o Tribunal Penal Internacional. In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato (coordenadores). *Princípio da Legalidade*: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.