

OS LIMITES DA JURISDIÇÃO PENAL BRASILEIRA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA FACE AOS DESAFIOS DA PRÁTICA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

.....
Silvia Maria da Silveira Loureiro

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RJ;
Professora do curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas.

Caio Henrique Faustino da Silva

Acadêmico do curso de Direito pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA;
Bolsista do Programa de Iniciação Científica – Paic/UEA.

Marcello Philippe Martins Aguiar

Mestrando do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito Ambiental
pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

RESUMO

É sabido que a relação entre o Direito Internacional e os ordenamentos jurídicos dos Estados nacionais é permeada pela constante tensão entre as forças de ambos os lados, fenômeno que se manifesta no histórico de avanços e retrocessos nas experiências normativas em nível internacional. Diante disso, a presente investigação se constituiu a partir de uma revisão bibliográfica e documental, objetivando analisar o papel da jurisdição do Tribunal Penal Internacional em face do princípio da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, revisitaram-se as bases do Direito Internacional Penal, com especial relevo ao movimento constitutivo do Estatuto de Roma e de implementação do TPI. Em seguida, compreendeu-se a relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e a jurisdição do TPI na perspectiva do princípio da coisa julgada. Por seu turno, verificou-se o papel da coisa julgada no quadro do Tribunal Penal Internacional. Finalmente, resta considerar o complexo movimento de articulação em nível internacional para o desenvolvimento do Estatuto de Roma e, conseqüentemente, a criação do TPI. Em igual medida, tem-se no princípio da subsidiariedade da jurisdição do TPI um ponto de inflexão entre uma perspectiva estatocêntrica e outra internacionalista, manifestação direta da

complexa concertação em nível internacional. Ademais, evidenciam-se os desafios impostos ao Tribunal e sua aparente periclituação.

Palavras chave

Direito internacional penal; coisa julgada; Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT

It is well known that the relationship between international law and the national states legal systems is permeated by the constant tension between both sides forces, a phenomenon that is manifested in the history of advances and setbacks in international level normative experiences. Therefore, the present investigation was based on a bibliographical and documentary review, aiming to analyze the role of the International Criminal Court jurisdiction facing the principle of res judicata in the Brazilian legal system. Thus, the bases of International Criminal Law were revisited, with special emphasis on the constitutive movement of the Rome Statute and the implementation of the ICC. Next, it was comprehended the relationship between the Brazilian legal system and the jurisdiction of the ICC in the perspective of res judicata. In turn, the role of res judicata within the International Criminal Court framework was verified. Finally, remains to

consider the complex movement of articulation at the international level for the Rome Statute development and, consequently, the creation of the ICC. To the same extent, the principle of subsidiarity in the ICC's jurisdiction is a point of inflection between a statocentric and an internationalist perspective, a direct manifestation of the complex concertation at the international level. In addition, the challenges imposed on the Court and its apparent risks are evidenced.

Keywords

International criminal Law; *res judicata*; International Criminal Court.

INTRODUÇÃO

O exame do Estatuto de Roma e do Tribunal Penal Internacional (TPI) exige uma revisitação à recente história do Direito Internacional, mais especificamente, deve-se retornar aos dois conflitos globais que modificaram profundamente a forma como a vida em sociedade – quer seja ela local ou internacional – passou a ser compreendida a partir da segunda metade do século XX.

Assim, a Segunda Grande Guerra Mundial e os fatos seguintes, constituem um verdadeiro marco para o recente desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário e, conseqüentemente, do Direito Internacional Penal, na medida em que não basta reconhecer determinada conduta como crime e ilegalizá-lo internacionalmente. É preciso preveni-lo e puni-lo². Era preciso caminhar para superação da ideia de inimizabilidade dos governantes, a qual só viria a ser mudada na segunda metade do século XX³.

E, indo mais além da responsabilização internacional do Estado em matéria de Direito Internacional dos Direitos Humanos, tem-se erigido um novo marco para o Direito Internacional Penal: assegurar a responsabilização do indivíduo perpetrador de "atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade"⁴, através da instituição de uma jurisdição internacional penal permanente e independente.

Para tanto, instituiu-se um tribunal internacional capaz de superar de um lado, o sentimento de impunidade frente a não responsabilização dos autores de tais "crimes

de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto"⁵, promovendo o devido julgamento dos acusados. De outro lado, o Tribunal Penal Internacional estaria apto a romper com a seletividade dos tribunais *ad hoc*, tais como, o Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia⁶ e Ruanda⁷, além da Corte Especial para Serra Leoa⁸, das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja⁹ e do Tribunal Especial para o Líbano¹⁰, constituídos estes três últimos em cooperação com a Organização das Nações Unidas (ONU).

Nesse contexto, o presente artigo objetiva discutir o instituto da coisa julgada em matéria de Direito Processual Penal brasileiro frente a sua aparente flexibilização no Estatuto de Roma e, conseqüentemente, as limitações supostamente aplicadas à esta garantia constitucional diante da necessidade de efetividade da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Para tanto, empreendeu-se uma revisão bibliográfica e documental a fim de compreender o Estatuto de Roma, enquanto tratado de Direito Internacional Penal, e o Tribunal Penal Internacional, como instituição dotada de mecanismos de aplicação, desenvolvimento e efetivação das normas do Estatuto. Em igual medida, buscou-se verificar a posição da República Federativa do Brasil, no plano internacional, enquanto Estado-parte do Estatuto de Roma, subordinado à jurisdição do Tribunal, e, simultaneamente, no plano nacional, enquanto Estado constitucional comprometido com o respeito às garantias fundamentais previstas na Carta de 1988. Em específico, fora analisado o tratamento dado pelo Direito Processual brasileiro ao instituto da coisa julgada em face da jurisdição do TPI.

Enfim, a investigação se justifica em face da imperiosidade da defesa dos direitos humanos e sua estreita relação com o recente desenvolvimento do Direito Internacional Penal, materializado na jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Em particular, a relevância da presente pesquisa se funda no fato de que o tema da intangibilidade da garantia da coisa julgada ainda é delicado para a doutrina, - a qual foi erigida à categoria de princípio do direito penal e processual penal -, mas tem sido desafiada pela atuação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

2. O LONGO CAMINHO PARA ROMA

A versão final e a consequente aprovação do Estatuto de Roma compreendem mais de um século de relações diplomáticas, reviravoltas, avanços e retrocessos que culminaram em um surpreendente desenlace. Ao reconstruir as bases dos processos negociais que deram origem ao referido Estatuto e instituíram o Tribunal Penal Internacional, percebe-se o inegável legado trágico deixado pelos dois maiores conflitos armados em escala global.¹¹ Isto é, a violência e a selvageria das ações cometidas no curso da Primeira e da Segunda Grandes Guerras Mundiais, as quais incitaram os países e suas lideranças a se mobilizarem a fim de concertarem interesses e esforços capazes de minorar o recente e radical histórico do século XX.¹²

Neste cenário, considerando o contributo experiencial deixado pelo Tribunal Internacional Militar de Nuremberg e pelo Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente (nomeadamente o Tribunal de Tóquio); a Assembleia Geral da ONU convidou a Comissão de Direito Internacional (CDI) para estudar a possibilidade de se estabelecer um órgão jurisdicional internacional competente para julgar indivíduos acusados de genocídio e outros graves crimes de repercussão internacional. Assim, a referida comissão embarcaria em uma *fifty-year long odyssey*.¹³ Em 1989, a questão proposta pela Assembleia à Comissão de estudos retorna a agenda internacional, sendo apresentado em 1994 um esboço final do Estatuto o qual serviria como texto-base para o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional.¹⁴

No referido documento, constavam as cinco categorias de crimes sobre as quais recairia a competência do tribunal, bem como foram evidenciados os contornos do princípio norteador da atividade jurisdicional do TPI, isto é, o princípio da complementaridade.¹⁵

Contudo, além dos desafios inerentes ao ambicioso projeto – estabelecer um tribunal internacional competente para processar e julgar indivíduos acusados de graves crimes com repercussão internacional – restava definir o funcionamento e a forma de recepção das denúncias submetidas ao TPI. No texto-base apresentado em 1994, todos os casos estariam condicionados “either the consent of the implicated State or the Security Council, except

in cases in genocide over which the jurisdiction of the proposed court was automatic”.¹⁶

Diante da importância do referido documento, a Assembleia geral estabeleceu um Comitê de Preparação para desenvolver um estatuto capaz de ser aceito pelos Estados membros e pela sociedade civil internacional. Entre os anos de 1996 e 1998 o referido comitê estabeleceu uma complexa rede de diálogos e sessões de trabalho e consulta que culminaram na versão final do Estatuto apresentada na Conferência Diplomática de 15 de junho de 1998.

Sediada no prédio da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação – FAO na cidade de Roma, a conferência de Plenipotenciários congregou uma série de fatores que levaram ao improvável resultado, o consenso acerca do Estatuto. Segundo Sadat¹⁷, quatro foram os fatores principais que contribuíram para a concertação: primeiro, a colaboração de um considerável bloco de Estados que, desde 1994, militavam pelo Tribunal; segundo, a construção de uma poderosa rede de ONGs – conhecida como The Coalition for the International Criminal Court – imbuída em informar e convencer as pequenas delegações que participaram da Conferência; terceiro, o forte compromisso e atuação dos líderes da ONU à época; quarto, as recentes experiências dos tribunais *ad hoc* os quais mostraram a possibilidade em se instituir um tribunal para tal matéria.

Os trabalhos iniciados no dia 15 de junho de 1998 se arrastariam até 17 de julho daquele ano, tendo o texto do Estatuto resistido às diversas escaramuças – capitaneadas pelos Estados Unidos da América (EUA). Presentes 162 Estados, 120 votaram favoravelmente, 07 contra (EUA, Índia, China, Sri Lanka, Israel, Filipinas e Turquia) e 21 Estados se abstiveram. Contudo, a despeito de sua aprovação, o Estatuto só entrou em vigor em 2002 após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação junto à secretaria geral da ONU. O papel do Estatuto de Roma e, consequentemente, do Tribunal Penal Internacional ainda é tema de certa controvérsia. Isto é, de um lado, o Tribunal é visto como um importante passo rumo à consolidação e ampliação de um sistema global de reconhecimento, afirmação e proteção dos Direitos Humanos na medida em que supera a perspectiva estatocêntrica das

relações internacionais, passando a considerar a responsabilidade individual nos crimes de sua competência, devendo, ainda, ser observado como a Constituição de uma instituição.¹⁸ Por outro lado, chega a ser considerado “uma falácia chamada Tribunal Penal Internacional”¹⁹ e um mecanismo de perseguição dos Estados em posição de vulnerabilidade.

Para além de tais divergências, deve-se considerar o Tribunal Penal Internacional como órgão associado às Nações Unidas, ambos norteados por objetivos comuns constantes no preâmbulo da Carta das Nações Unidas, e compartilhados pelo preâmbulo do Estatuto de Roma, nomeadamente a paz, a segurança e a justiça²⁰; sendo o Tribunal órgão integrante do sistema de segurança coletivo das Nações Unidas.²¹ A relação supracitada se confirmou a partir do estabelecimento do Acordo de Relação celebrado entre o Tribunal e as Nações Unidas cujo objeto envolve cooperação interinstitucional e intercâmbio de informações.²² Finalmente, cumpre salientar a independência e permanência do Tribunal Penal Internacional, sem olvidar a sua estreita relação com o sistema ONU de proteção dos Direitos Humanos. Ademais, quando compreendido o quadro das transformações sociais, políticas, econômicas e jurisdicionais internacionais, o Tribunal Penal Internacional figura como importante manifestação da noção de justiça internacional de transição, guardando estreita relação com seus princípios norteadores, especialmente os Princípios de Chicago.²³

3. O ESTATUTO DE ROMA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA O DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Nas determinações do artigo 1º do Estatuto, o Tribunal Penal Internacional é criado como uma instituição permanente, com sede na cidade da Haia (Holanda) e jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, sendo sua atuação complementar às jurisdições penais nacionais.

Quando da elaboração do Estatuto de Roma e, consequentemente, da instalação do Tribunal Penal Internacional, surgiram questões sobre a competência em razão da matéria a ser apreciada pelo Tribunal, sobre a delimitação temporal de sua competência, sobre as pessoas que estariam sujeitas à sua jurisdição, ou ainda sobre sua

competência em razão do local de cometimento dos crimes. No bojo das discussões iniciais do Estatuto, foram levantados também outros pontos: Quais as condições de procedibilidade e de admissibilidade necessárias para que o Tribunal exercesse sua jurisdição? Qual o órgão competente para instar a ação do Tribunal?²⁴

Diante disso, restaria imperativo definir os limites e balizas para a ambiciosa empreitada, nomeadamente a criação de um tribunal permanente em matéria de direito penal competente para julgar indivíduos nacionais dos países que se submeteram a sua jurisdição.

É sobre essas questões que se debruçará a presente seção.

3.1 O Tribunal Penal Internacional e sua competência

Frente ao audacioso plano de instituir o dito Tribunal, seria necessário, dentre outras questões de fundo, responder aos questionamentos *supra* evidenciados. Para tanto, a missão ficaria sob a responsabilidade do Comitê de Preparo que, durante grande parte dos trabalhos, buscou construir um caminho de consenso em matéria de competência²⁵.

Para que seja possível revisitar as bases fundamentais para a competência do Tribunal, é necessário considerar o caráter das disposições contidas no Estatuto de Roma. Segundo Urquiaga²⁶, o Estatuto possui normas de natureza distinta, a saber: a) normas substantivas cujo conteúdo é a descrição penal dos crimes sobre os quais o TPI poderá exercer competência; b) normas procedimentais que regulam de forma geral o procedimento penal ante o TPI; c) normas orgânicas relativas ao estabelecimento, organização e funções do Tribunal; d) normas gerais que estabelecem regras que regerão a interpretação e aplicação do Estatuto como tratado internacional.

Assim, o caminho para a definição da competência *ratione materiae* do Tribunal passa, preliminarmente, pela definição do conjunto de *core-crimes* definidos como objeto de sua ação. Destarte, a despeito dos esforços do comitê para a construção de um rol mais amplo assentado não apenas nos tipos contidos no Estatuto, mas contemplando crimes presentes em demais tratados; restou definido – frente à crescente resistência dos Estados – que o Tribunal seria competente para tratar de situações

que envolvessem apenas as categorias/crime contidas no Estatuto²⁷. Logo, ficaria definida no artigo 5º do Estatuto que a competência do Tribunal estaria limitada aos crimes mais graves de transcendência internacional definidos no corpo do próprio estatuto, quais sejam, o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão²⁸.

E, no que tange a competência em razão da pessoa, o Estatuto define nos artigos 1º, 27 e 28 que os réus a serem submetidos a sua jurisdição não são aqueles delinquentes ordinários, pois a competência do TPI se exerce sobre os ocupantes de altos cargos de governo e comando, tais como os chefes de Estado ou de Governo, os membros de Governo ou do Parlamento, os representantes eleitos ou funcionários públicos, bem como os chefes militares ou outros superiores hierárquicos, desde que maiores de dezoito anos no momento do cometimento dos crimes.

Por conseguinte, para que haja efetividade de suas normas sobre tais classes de pessoas, o TPI precisou romper com a tradição do direito interno e internacional, no que se refere à outorga de privilégios e imunidades a tais pessoas em razão do cargo que ocupam. Nesse sentido, o Estatuto é claro ao determinar sua aplicação isonômica a todas as pessoas, independentemente de sua qualidade oficial, a qual não a eximirá de responsabilidade criminal, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.

No que concerne a competência em razão do tempo, a competência do Tribunal Penal Internacional é, em regra, irretroativa, estando limitada ao tempo da entrada em vigor do Estatuto enquanto tratado internacional - após cumpridas as 60 assinaturas necessárias - em 1º de julho de 2002, ou, posteriormente, nos casos em que os Estados tenham ratificado o Estatuto após sua entrada em vigor internacionalmente. Dessa forma, o TPI não poderá conhecer sobre nenhum crime cometido anteriormente a entrada em vigor do Estatuto. Contudo, devem-se considerar as determinações contidas nos artigos 11 e 12 e a capacidade do Estado - quando da ratificação - submeter ao tribunal crimes ocorridos antes da ratificação pelo próprio Estado, estando a declaração limitada pela data da entrada em vigor do próprio Estatuto enquanto tratado internacional²⁹.

Por seu turno, o Estatuto define no artigo 12 que, em princípio, o território sobre o qual o

TPI poderá exercer sua jurisdição será o mesmo dos estados membros, sendo reconhecida as mesmas regras referentes a extraterritorialidade da lei penal, nomeadamente abrangendo os atos perpetrados a bordo de navios e aeronaves nacionais respeitando o espaço aéreo e as águas territoriais sobre as quais o Estado exerça jurisdição³⁰.

3.2 A Jurisdição do Tribunal Penal Internacional e o Princípio da Complementaridade

Vistos os aspectos fundamentais de sua competência, passa-se ao estudo do funcionamento da jurisdição do TPI, partindo-se da disposição do artigo 4º. do Estatuto que determina que o Tribunal é uma pessoa jurídica de Direito Público Internacional possuindo capacidade plena para o desempenho de suas atividades e função precípua. Ademais, a jurisdição do Tribunal não pode ser considerada estrangeira, mas sim internacional, podendo afetar todo e qualquer Estado membro da sua Assembleia de Estados ou da Organização das Nações Unidas, dada à especial relação que mantém com esta última (artigo 2º.)³¹. Logo, uma vez reconhecida a personalidade jurídica do Tribunal e sua jurisdição internacional, quais seriam os fundamentos, limites e normas capazes de balizar a atuação do TPI?

Apesar da atenção dada pelo comitê de preparação e seus efeitos na versão final do Estatuto de Roma, à temática da delimitação da competência do Tribunal Penal Internacional, fez surgir certo desacordo quando da análise do Estatuto e de seu processo de ratificação pelos Estados partes. Com o fito de reduzir as resistências dos Estados nacionais, o Estatuto elege como princípio fundamental a complementaridade da sua atividade jurisdicional. Assim, o dito princípio poderia ser entendido como:

La complémentarité de la CPI est à notre avis au coeur de l'architecture du *Statut de Rome* puisqu'elle met en relation la Cour en tant qu'institution internationale et les États parties et non parties Le *Statut de Rome* semble être un équilibre ou un compromis acceptable pour les États qui l'ont ratifié, entre le spectre de leur souveraineté et le développement d'une institution judiciaire autonome et indépendante³².

Diante disso, teria o princípio da complementaridade uma dupla finalidade: por um lado, garantir a jurisdição originária dos Estados partes e, por outra via, assegurar o julgamento dos casos nos quais faltam instrumentos jurídicos (aqui entendidos como um arcabouço jurídico-normativo) e/ou a falta de agir do Estado³³. O referido princípio se encontra em consonância com o conteúdo do Estatuto uma vez que “That provision specifies that a case is ‘inadmissible’ before the ICC if there are national investigations and/or prosecutions, unless the state demonstrates an unwillingness or inability to investigate or prosecute the case”³⁴.

Assim, o princípio da Complementariedade assumiria um papel fulcral para a validade, legitimidade e efetivação de um tribunal internacional permanente em matéria penal uma vez que “ensures that the ICC is nothing more and nothing less than an international court of ‘last resort, supposedly stepping back where the States themselves can and want to deal with international crimes’”³⁵. O princípio da complementaridade, igualmente entendido como sistema, funcionaria como “a system to encourage and facilitate the compliance of states with their responsibility to investigate and prosecute international core crimes”³⁶.

O exame do princípio da complementaridade – quer seja entendido como elemento principiológico em matéria de Direito Processual ou norma geral – pode ser compreendido como um imperativo de admissibilidade de determinado caso; o que não afetaria, quando do caso concreto, a *existência* da jurisdição do Tribunal³⁷. Contudo, uma vez revisitadas as bases fundamentais do Tribunal Penal Internacional, surge o seguinte questionamento: Qual a posição ocupada pelo instituto da Coisa Julgada – elevada na maioria das vezes a categoria de princípio – oriunda da atividade jurisdicional de um tribunal nacional signatário do Estatuto -, quando da submissão do caso ao Tribunal Penal Internacional?

Para que se possa iniciar a resposta a estes questionamentos, é mister examinar três temas entrelaçados à jurisdição e ao princípio da complementaridade, disciplinados pelo Estatuto de Roma que bem entendidos, demarcam as fronteiras entre a atuação da jurisdição nacional e o funcionamento da jurisdição do TPI, quais sejam, a) as condições de procedibilidade de um caso perante o TPI (artigos 13 a 16); b)

as condições de admissibilidade do processo perante o TPI (artigos 17 a 19), e c) o princípio do *non bis in idem* (artigo 20).

a) Condições de Procedibilidade

Sob a epígrafe de “exercício da jurisdição”, o artigo 13 do Estatuto de Roma estabelece as hipóteses de submissão de um caso à apreciação do Tribunal Penal Internacional. Observada sua competência material, o referido dispositivo franqueia o exercício da jurisdição do Tribunal se um Estado Parte ou o Conselho de Segurança da ONU apresentarem uma denúncia, ou ainda se o Procurador do TPI iniciar a investigação de um crime de sua competência.

Nessa etapa de exame preliminar, em que uma situação na qual crimes relevantes de competência do Tribunal parecem ter sido cometidos e sendo os fatos informados ao Procurador, este pode tomar as seguintes providências: No caso de denúncia feita por um Estado ou pelo Conselho de Segurança da ONU, se considerar as informações recebidas suficientes, o Procurador pode abrir o inquérito. No segundo caso, em que o Procurador toma conhecimento das informações e decide abrir um inquérito por iniciativa própria deve pedir autorização ao Juízo de Instrução do TPI.

b) Condições de Admissibilidade

Com fulcro no princípio da complementaridade, o artigo 17 do Estatuto de Roma estabelece as condições de admissibilidade dos casos levados ao conhecimento do Tribunal Penal Internacional, decidindo que um caso não será admissível se:

a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer;

b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer;

c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia,

e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 20;

d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

Sintetizando, pelo princípio da complementaridade, o TPI não é a jurisdição originária para julgamento dos graves crimes de sua competência, devendo esperar, primeiramente, a atuação séria e efetiva do Estado onde o crime ocorreu ou do Estado de nacionalidade do réu. Porém, se o Estado não tiver “vontade” ou “capacidade real” para proceder ao inquérito, julgamento e sanção do réu, o TPI admitirá o caso. Ademais, o TPI não admitirá o caso em que o réu esteja protegido pela garantia da coisa julgada (princípio do *ne bis in idem*) ou que o crime não tenha a gravidade suficiente para justificar a atuação do Tribunal.

Em seguida, para tornar a avaliação do Tribunal o mais objetiva possível, o item 2 do artigo 17 elenca os critérios que devem ser examinados a fim de se determinar se há ou não “vontade” de agir por parte de um Estado num determinado caso, com base nas garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, a saber:

a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5º;

b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;

c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça;

O item 3 do mesmo artigo 17, por sua vez, oferece critérios para a avaliação da “capacidade” de agir do Estado em um determinado caso, para proceder à investigação, julgamento e sanção dos responsáveis pelos crimes cometidos:

(...) o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

Corroborando com a sistemática até aqui examinada, o artigo 18 do Estatuto prevê que, se a denúncia tiver sido formulada por um Estado parte ou o inquérito tenha se iniciado por iniciativa do Procurador, este deverá notificar todos os Estados que tenham jurisdição sobre tais crimes, para que os Estados notificados, dentro de um mês tomem a seguinte providência:

(...) qualquer Estado poderá informar o Tribunal de que está procedendo, ou já procedeu, a um inquérito sobre nacionais seus ou outras pessoas sob a sua jurisdição, por atos que possam constituir crimes a que se refere o artigo 5º e digam respeito à informação constante na respectiva notificação. A pedido desse Estado, o Procurador transferirá para ele o inquérito sobre essas pessoas, a menos que, a pedido do Procurador, o Juízo de Instrução decida autorizar o inquérito.

Note-se, por um lado, que, mesmo após a transferência do inquérito, o Procurador continuará a vigilância sobre as condições de “vontade” e “capacidade” do Estado para levar a cabo o processo internamente. Por outro lado, nos termos do artigo 19, é facultado não apenas ao acusado impugnar a jurisdição do Tribunal ou a admissibilidade do caso, mas também um Estado que detenha o poder de jurisdição sobre um caso, pelo fato de o estar investigando ou julgando, ou por já o ter feito antes” pode proceder a esta impugnação.

A referida impugnação deve ser feita, de regra, uma única vez, antes do julgamento ou no seu início, salvo autorização em contrário do Tribunal e pode estar fundamentada na alegação de que a pessoa em causa já foi julgada pela conduta a que se refere a denúncia, não podendo, por conseguinte, ser julgada pelo Tribunal em virtude do princípio do *ne bis in idem*.

c) Princípio do Non Bis In Idem

Aliado às questões de procedibilidade e admissibilidade, está o princípio do *ne bis in*

idem, insculpido no artigo 20 do Estatuto. Este princípio pode ser visto sob três aspectos diferentes: Primeiramente, como uma garantia do réu sob a jurisdição do TPI, O item 1 determina que “salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido”. Em segundo lugar, o Estatuto também prevê, no item 2, sob o manto deste mesmo princípio, que nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime a que já tenha sido condenado ou absolvido pelo TPI. Por fim, em terceiro lugar, o item 3 assevera que o TPI não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal por atos punidos também como crimes previstos no Estatuto.

Contudo, a regra do item 3 do artigo 20 tem exceções que se coadunam com as condições de admissibilidade de um caso perante o TPI, nos moldes do artigo 17 supracitado. Em outras palavras, o TPI poderá julgar uma pessoa, mesmo que ela já tenha sido julgada por outro tribunal, se: a) este julgamento tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) este julgamento não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou c) tal processo tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Postas todas essas questões, como se deve conciliar então a garantia da coisa julgada prevista no ordenamento jurídico brasileiro, com envergadura constitucional, com as condições de procedibilidade e admissibilidade de um caso perante o TPI, bem como com as exceções ao princípio do *ne bis in idem* previstas no Estatuto de Roma a bem da efetividade da jurisdição internacional penal?

4. A COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA GARANTIA DO RÉU

A coisa julgada tem sua origem histórica consolidada na *Magna Carta Libertatum* – 1215 (ou a Grande Carta das Liberdades). Assim, identifica-se a coisa julgada na referida carta

a partir do princípio *The law of the land*: o princípio da lei da terra. Com base no referido princípio, ninguém poderia ser processado ou julgado senão de acordo com a lei da terra, ou seja, se um indivíduo pratica um ato que o fará ser levado a julgamento, é necessário que antes da prática do ato haja uma lei definindo-o como infração. Seu desenvolvimento nos Estados Unidos da América, séculos mais tarde, se manifesta na quinta emenda, nomeadamente através do *due process of law*. No Brasil, a ideia é vista tanto no princípio do devido processo legal, como no princípio do direito penal que exige lei penal anterior para configurar um ato como infração penal punível (princípio da legalidade), bem como no respeito à coisa julgada.

E, revisitando a *Magna Carta*, extrai-se a ideia de que “nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado, ou de algum modo, prejudicado, nem ou se agirá ou se mandará agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”³⁸.

Assim, resta interessante a lição de Carnelutti que assevera o nascimento da coisa julgada a partir do encerramento da ação a qual “se dá por esgotamento, não pelo cumprimento da sua finalidade, e o seu final mais pode ser comparado com uma morte, do que com um encerramento cabal; é preciso resignar-se e conformar-se com isso”³⁹.

No Brasil, a proibição de ofensa à coisa julgada penal está inserida na Constituição da República como direito fundamental de toda e qualquer pessoa, não sendo lícito que o estado, através dos seus agentes, possa violá-la⁴⁰. E, em nível regional, o Pacto de San José da Costa Rica⁴¹ também veda que alguém seja processado, duas vezes, pelo mesmo fato.

O fundamento da autoridade da coisa julgada está na necessidade de se aplicar e assegurar o respeito ao ordenamento jurídico estatal e, sobretudo, o funcionamento deste como instrumento de garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos⁴².

Assim, no Processo penal a coisa julgada pode ser compreendida como um sistema composto por dois estágios distintos entre si: no primeiro, *relativamente julgado*, o conteúdo da sentença goza de uma proteção parcial, podendo ser modificado, através da revisão criminal em razão de se constituir sentença condenatória (art. 621 do CPP); no segundo, *soberanamente*

ulgado, quando se tratar de sentença absolutória (ou de extinção da punibilidade), estará protegido soberanamente. Não podendo, exemplificativamente, ser desfeita por revisão criminal, por não se permitir, no Brasil, revisão criminal *pro societate*⁴³.

Dessa forma, boa parte da doutrina nacional propugna que a possibilidade de se submeter os fatos a novo julgamento iria produzir como consequência a incerteza perpétua dos direitos, não obstante tornar irretratável uma decisão injusta seria colocar o império da lei a serviço de uma injustiça para oprimir a justiça⁴⁴. E, segundo Renato Brasileiro, deve-se considerar que “a partir do momento em que uma decisão judicial é proferida, temos que, em determinado momento, ela tornar-se-á imutável e indiscutível dentro do processo em que foi proferida, seja porque não houve a interposição de recursos contra a decisão, seja porque todos os recursos cabíveis foram interpostos e decididos”⁴⁵.

Diante disso, com acuidade, compreende-se “a Coisa Julgada, não como um efeito, mas como uma qualidade da decisão judicial da qual não caiba mais recurso. É a imutabilidade da sentença, de modo a impedir a reabertura de novas indagações acerca da matéria nela contida”⁴⁶.

Segundo Hélio Bastos, Coisa julgada, portanto, é a própria matéria discutida, depois que o Juiz se pronuncia, sem mais qualquer possibilidade de recurso ou de mudança de decisão⁴⁷. Em virtude disso, quando o juiz reconhece o direito de uma das partes, resta dizer que a coisa está julgada, significa afirmar a intangibilidade desse direito, nos termos em que a sentença o definiu. Com isso a sentença passa a vigorar como a “força de lei”⁴⁸.

Vale salientar, acompanhando o entendimento doutrinário brasileiro, que a coisa julgada pode ser formal ou material. É tida como *formal* quando impossibilita a rediscussão de uma matéria unicamente em relação ao procedimento em que foi proferida, por exemplo, decisão que inadmita o assistente, por força do art. 273 do Código de Processo Penal. Neste sentido, Pacelli Oliveira assevera que há, com efeito, decisões judiciais que, quando passadas em julgado, impedem rediscussão da matéria unicamente em relação ao contexto em que foi proferida e especificamente no processo em cujo curso foi prolatada. Fala-se, então, em coisa julgada formal⁴⁹.

Por seu turno, a Coisa Julgada é considerada *material* quando não se pode mais avaliar aquilo que foi objeto da sentença em qualquer outro processo. Abarca, pois, a proteção da coisa julgada material a sentença em relação a qualquer juízo, enquanto a formal se dirige ao processo específico em que foi prolatada. E, segundo Pacelli, nenhum outro órgão do Judiciário poderá rever aquela decisão, se já transitada em julgado, diante da impossibilidade de se proceder a qualquer alteração na nova ação penal, no que diz respeito ao fato narrado⁵⁰, estar-se-ia diante da coisa julgada *material*.

A distinção entre coisa julgada material e formal pode ser clarificada no seguinte trecho:

Esse impedimento de modificação da decisão por qualquer meio processual dentro do processo em que foi proferida é chamado de coisa julgada formal, ou ainda, de preclusão máxima [...] A coisa julgada material projeta-se para fora do processo, tornando-se a decisão imutável e indiscutível além dos limites do processo em que foi proferida. Como se percebe, a coisa julgada material pressupõe a coisa julgada formal, mas o inverso não ocorre⁵¹.

Ainda na análise da coisa julgada, é imperioso evidenciar os limites da coisa julgada em relação ao seu conteúdo, ou ainda, o caráter de suas determinações. Isto é, caso uma pessoa seja absolvida por decisão judicial transitada em julgado em virtude da prática de um crime, não se admite a instauração de novo processo penal em relação a mesma imputação, ainda que a capitulação formulada na segunda denúncia se refira ao mesmo crime. Assim, por força do princípio do *ne bis in idem* processual, ninguém pode ser processado duas vezes pela mesma imputação⁵², verifica-se o viés/limite objetivo do referido instituto jurídico.

E, no que se refere ao limite subjetivo da coisa julgada, de nada adianta a delimitação fática que está protegida pela coisa julgada se tais limites objetivos não estiverem vinculados à determinada pessoa. Dessa forma, “os limites subjetivos são dados pela identidade do imputado ou imputados, fixando-se, assim, a impossibilidade de novo processamento em relação à mesma imputação e mesmo acusado”⁵³. E, para que a regra da coisa julgada possa produzir seus efeitos impeditivos à instauração de um novo processo penal, a imputação deve ser idêntica, o que somente é possível quando

tiver por objeto a mesma conduta atribuída a igual pessoa.

Portanto, percebe-se que, quando determinada decisão judicial em matéria penal faz coisa julgada, o entendimento é que se torna muito difícil modificá-la, exceto em uma revisão criminal, esta, no entanto, não pode ser feita em prejuízo do réu. Diante disso, questiona-se: deve-se tomar a coisa julgada como princípio e, consequentemente, elemento indiscutível, apoiada na ideia de que “não há justiça perfeita, nem decisão judicial sagrada”⁵⁴ tendo a “falibilidade humana” na administração da lei penal como uma “faca de dois gumes”, ou seja, que pode existir para condenar ou absolver⁵⁵? Indaga-se, assim, e quando determinado país realiza o julgamento de determinadas autoridades com a intenção de camuflar a aplicação da lei penal, de forma a não permitir um novo julgamento por outro tribunal, no caso o TPI? E, sabendo que nem mesmo os princípios constitucionais são absolutos, poder-se-ia empreender um novo julgamento pelo TPI, para suprir a falta de legitimidade da coisa julgada?

5. A COISA JULGADA E SUA APARENTE FLEXIBILIZAÇÃO NO ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: UMA GARANTIA DE JUSTIÇA

No Brasil, assinado em 2000, o Estatuto de Roma só foi aprovado pelo Congresso Nacional em 06 de junho de 2002 (Decreto Legislativo nº. 112), sendo, em seguida, promulgado pelo Decreto presidencial nº 4388 de 25 de setembro de 2002.

Assim, o reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional – cuja finalidade nasce da igualmente imperiosa defesa dos direitos humanos por meio da responsabilização direta de seus violadores – por parte do Brasil, se insere na emergência de um novo paradigma jurídico que deixa para trás a hermética pirâmide centrada no *State approach* e parte rumo à permeabilidade do trapézio centrado no *Human rights approach*⁵⁶. E, ao examinar a Constituição Federal é possível extrair, na dicção do artigo 4º. II, VI, VIII e IX, bem como do artigo 5º, §4º, respectivamente, os princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais e o comando constitucional para subordinação do Brasil à jurisdição do TPI⁵⁷.

Por seu turno, o parágrafo 4º do artigo 5º supracitado favorece a importância do exercício da jurisdição complementar e subsidiária do TPI, sendo possível identificar os mesmos princípios norteadores da legislação penal e processual penal brasileira esculpidos no Estatuto de Roma. Assim, deve ser afastado, de pronto, qualquer discurso relativo à antinomias e/ou violação da soberania brasileira.

No que tange particularmente ao supracitado inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, pode-se afirmar que o incauto exegeta pode crer que está diante do fundamento constitucional que afastaria a tutela jurisdicional do TPI quando da existência de coisa julgada emanada dos Tribunais brasileiros. Todavia, o princípio da complementaridade da jurisdição do TPI, aliado à previsão constitucional expressa na Constituição Federal acerca da submissão do Estado brasileiro à jurisdição do TPI, afastam, pelo menos do ponto de vista formal, o conflito aparente entre a garantia constitucional da coisa julgada e a possibilidade de o Tribunal Penal Internacional proceder a novos julgamentos de pessoas já processadas no Brasil.

Dessa forma, uma vez reconhecida, por parte do Estado, a jurisdição do TPI e o caráter complementar desta frente àquela, estar-se-á diante de uma possível superação do voluntarismo estatal em matéria de Direito Internacional e em matéria de Direito Humanitário capaz de elevar os direitos humanos – não sendo discutido aqui o seu viés eminentemente universalista – a categoria *novelo de Ariadne* capaz de entretecer uma teia de proteção aos direitos internacionalmente reconhecidos e afirmados pelos Estados Democráticos de Direito.

Finalmente, apregoa-se a inexistência de qualquer conflito de normas ou inconstitucionalidade do Estatuto de Roma e, consequentemente, do Tribunal Penal Internacional frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Verifica-se verdadeiramente a complementaridade da jurisdição do TPI à atividade jurisdicional da República Federativa do Brasil no que tange a responsabilização dos perpetradores de graves violações de direitos humanos e sua efetiva punição.

Ademais, o respeito à coisa julgada, ainda que erigida a categoria de princípio, não deve ser considerada absoluta frente às possíveis violações de direitos universalmente protegidos, sobretudo quando a coisa julgada for produto

de um processo que padeça de instrumentos normativos e estrutura institucional capazes de assegurar a plena tutela estatal frente ao caso concreto.

Logo, propugna-se pelo afastamento do entendimento do princípio da complementaridade da jurisdição do TPI enquanto requisito formal absoluto para atuação do Tribunal. Defende-se, em contrapartida, uma leitura mais profunda do referido princípio alicerçada no reconhecimento e garantia real dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos a qual seria capaz de alargar a compreensão do próprio princípio em tela e, assim, assegurar a ação do Tribunal nos casos em que o Estado Parte preste insuficientemente uma tutela jurisdicional que acarrete em impunidade sob o manto de coisa julgada.

A referida insuficiência da tutela jurisdicional poderia ocorrer quando o Estado, tendo meios para assegurar o julgamento imparcial e efetivo, age com o claro fito de impossibilitar, postergar ou escusar o julgamento envolvendo indivíduo responsável pela prática dos crimes previstos no Estatuto. Assim, aliado à inexistência de meios jurisdicionais e/ou a falta de interesse de agir do Estado membro – requisitos derivados do princípio da complementaridade – erigir-se-ia um requisito adicional, nomeadamente a insuficiência da tutela jurisdicional.

O referido requisito adicional aqui proposto funcionaria como exceção ao princípio da coisa julgada, uma vez que “diz respeito a situações em que a coisa julgada ocorrida no Brasil estaria viciada pelo fato de o processo-crime ter sido realizado no intuito de fraudar a aplicação do Estatuto em relação ao réu”⁵⁸. E, corroborando para o entendimento aqui propugnado, considera-se não haver qualquer ofensa ao instituto da coisa julgada quando o nacional é submetido a julgamento no Brasil e absolvido, sendo, *a posteriori*, levado à julgamento pelo TPI e condenado: entende-se tratar de esferas de jurisdição diferentes, uma interna (nacional) e outra externa (internacional), não existindo, em tais casos de burla ou incapacidade real, o reconhecimento mútuo da ocorrência da coisa julgada⁵⁹.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A JURISDIÇÃO NACIONAL E O ESVAZIAMENTO DO TPI: O CASO DA COSTA DO MARFIM E OUTRAS FRAGILIDADES REGIONAIS

No bojo da discussão trazida pela presente investigação – a mitigação da coisa julgada exarada por tribunal nacional de Estado signatário do Estatuto de Roma, enquanto produto de ação penal frente à competência do Tribunal Penal Internacional tem evidente relevância e viço como é exemplar o Caso *Simone Gbagbo*⁶⁰, que tem materializado um possível choque de competência jurisdicional ao ter um Estado tentado afastar a competência do Tribunal sob a justificativa de que já teria sido iniciado um processo pela justiça nacional em face de nacional. O caso divide opiniões dentro e fora do país ao pôr em questão a atuação do Tribunal, a validade e legitimidade do Estatuto frente à possíveis manobras dos Estados partes do Estatuto de Roma⁶¹.

Em linhas gerais, Simone Gbagbo nacional da Costa do Marfim e ex-primeira dama do país, foi acusada do cometimento de quatro crimes contra a humanidade no contexto pós-eleitoral marfinense entre 16 de dezembro de 2010 e 12 de abril de 2011. Dentre os crimes constantes na denúncia oferecida pelo Procurador perante o TPI constam: assassinato, estupro e outras violências sexuais, perseguição e outros atos desumanos.

A Costa do Marfim assinou o Estatuto de Roma em 30 de novembro de 1998 e depositou o instrumento de ratificação em 15 de fevereiro de 2013, submetendo-se à jurisdição do TPI de acordo com o artigo 12.3 do Estatuto.

Em 03 de outubro de 2011, o Juízo de Instrução aceitou o pedido do Promotor para abrir uma investigação a respeito dos referidos crimes. No dia 29 de fevereiro foi expedido o mandado de prisão em face de Simone Gbagbo, o qual fora contestado pela Costa do Marfim no dia 1º de outubro de 2013, tendo como argumento o fato de que a ré estava sendo processada pelos mesmos crimes na justiça nacional. Em 11 de dezembro de 2014, o Juízo de Instrução

rejeitou a exceção apresentada pelo Estado, reafirmando a obrigação do país em cumprir o mandado expedido pelo Tribunal e entregar a ré à sua jurisdição. Diante do exposto, o Juízo de Instrução conclui que “Côte d’Ivoire’s domestic authorities were not taking tangible, concrete and progressive steps aimed at ascertaining whether Simone Gbagbo is criminally responsible for the same conduct that is alleged in the case before the Court”⁶².

No caso em tela, argumenta-se, por parte da defesa de Simone Gbagbo, a violação do direito da Costa do Marfim e de seus nacionais em submeter ao ordenamento jurídico nacional situações a eles concernentes. O referido argumento se confirma quando da análise da entrevista da principal advogada responsável pela defesa da ré, que afirma ser – a confirmação da admissibilidade do caso pelo TPI – um caso de grande desapontamento para a ré e para o povo de boa-fé da Costa do Marfim, sendo um atentado contra todos os Estados soberanos, especialmente geopoliticamente desprovidos de poder ou influência; erodindo, portanto, destes Estados e de seus cidadãos em submeterem à sua própria jurisdição⁶³.

O caso Simone Gbagbo coloca em questão todo o aparato do Direito Internacional Penal e, sobretudo, do Direito Internacional dos Direitos Humanos; na medida em que, fica clara a mobilização do Estado da Costa do Marfim e imiscuir a ré ao avocar para o aparato jurisdicional nacional todas as causas relativas ao período de crise pós-eleitoral.⁶⁴ No curso dos anos, o ex-presidente e a ex-primeira dama chegaram a apresentar denúncia em face do Estado da Costa do Marfim por violações aos direitos consignados na Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na constituição da República do Marfim. Em sentença publicada em 22 de fevereiro de 2013, *La Cour de Justice de la Communauté Economique des Etats de l’Afrique de l’Ouest* – CDEAO ordenou “la suspension de l’instance à l’égard de Madame Simone Gbagbo jusqu’à la fin de l’instance dans laquelle elle est engagée devant la Cour Pénale Internationale”⁶⁵.

Portanto, resta reconhecida, em nível internacional e regional, a competência do Tribunal Penal Internacional para processar o referido caso; o que acaba evidenciando a indisposição do Estado africano em

cumprir os termos do Estatuto de Roma e, conseqüentemente, da jurisdição do TPI. O presente caso guarda meandros ainda mais delicados. Representa o início de um movimento de enfraquecimento dos mecanismos de efetivação da proteção dos direitos humanos, isto é, o prelúdio de um êxodo que anos mais tarde atingiria o Estatuto de Roma e o TPI. Nos últimos dois anos a comunidade internacional viu um movimento de esvaziamento do TPI capitaneado por nações africanas. Tem-se o anúncio do Burundi acompanhado pelas declarações de África do Sul e Gambia, isto não significa dizer que o movimento tenha membros exclusivamente africanos. No último ano, a Rússia retirou a assinatura do Estatuto de Roma (tratado que não havia sido ratificado pelo país).

Nesta seara, os países africanos têm desempenhado um papel central. Isto é, da mesma forma que, quando da instituição do TPI, os países do continente manifestaram um crescente apoio e adesão; atualmente, verifica-se um movimento de estremecimento de tais Estados na medida em que crescem as demonstrações de descontentamento com a atividade do Tribunal em nível nacional e regional. Dentre os argumentos apresentados pelos países do continente africano insatisfeitos, emerge o discurso de que o Tribunal serviria como uma espécie de *longa manus* das nações mais poderosas do globo sobre os Estados do continente, afastando-se de seu genótipo jurisdicional e se transformando em uma dimensão de disputa e afirmação do poder político em nível internacional. Ademais, apregoa-se a seletividade do TPI diante do considerável número de casos envolvendo nacionais dos estados africanos levados ao referido tribunal. Contudo, tais alegações parecem desconsiderar o importante papel desempenhado pelo Tribunal na luta contra a impunidade oriunda das graves violações aos direitos humanos ainda presentes no continente.⁶⁶

Dessa forma, o Tribunal Penal Internacional vive um inegável teste de resistência⁶⁷ e, por que não dizer, de sobrevivência. Contudo, a despeito das críticas sofridas pelo Estatuto de Roma, como foi visto ao longo deste estudo, sustenta-se em suas próprias normas, o reconhecimento e a garantia da soberania do Estado Democrático de Direito através do princípio da complementaridade. Alias, o verdadeiro Estado Democrático de Direito tem

seus alicerces em garantias constitucionais que estão umbilicalmente ligadas a um duplo grau de legitimação: por um lado, aos compromissos internacionalmente assumidos pelo Estado enquanto sujeito de destaque no cenário mundial e, por outra via, os compromissos esculpidos no arcabouço jurídico normativo interno e assumidos junto a seus nacionais.

Ademais, afasta-se a compreensão de que o Estatuto de Roma e a própria instituição do Tribunal Penal Internacional seriam a materialização de um novo momento de expansão do direito penal máximo que, apoiado no *neopunitivismo*, violaria normas e tratados internacionais de proteção dos direitos humanos

consubstanciada na diminuição das garantias individuais penais e processuais penais⁶⁸ em prol da expansão e efetivação em nível internacional de novos sistemas punitivos, nomeadamente o Tribunal Penal Internacional. Em consonância com o exposto, propugna-se, apoiado na jurisprudência dos valores⁶⁹, uma abordagem das normas – especialmente a norma penal fruto da atividade do legislador nacional ou internacional – e do Direito como produto de uma série de valorações, significações e ressignificações que, ao lado de questões formais como a ordenação e competência do aparato judicial, conferem sentido e valor ao direito, e, sobretudo, aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Lois. *Ideologia e aparelhos ideológicos do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1980.
- BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e interpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BENZING, Markus. The complementarity regime of the International Criminal Court: International Criminal justice between state sovereignty and fight against impunity. In BOGDANDY, A; WOLFRUM, R. (orgs.) *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 7, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.
- BRASIL. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em 24 abr. 2016.
- BRASIL, Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 20 mai., 2016.
- BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 jun. 2016.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução, José Antonio Cardinali, 1995, CONAN, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COURT, International Criminal. Situation in the republic of Côte D'Ivoire in the case of *The prosecutor v. Simone Gbagbo*. Pre-trial Chamber III.
- _____. Situation in Côte d'Ivoire. *The Prosecutor v. Simone Gbagbo*. Case Information Sheet.
- DEYRA, Michel. *Direito Internacional Humanitário*. Comissão Nacional para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, Lisboa, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Ed. 1º, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU editora, 2002.
- GOUVEIA, André Antunes. Tribunal Penal Internacional: a complementaridade da jurisdição penal internacional em face do estado ineficaz na proteção de direitos humanos. Orientador: prof. Dr. Jayme Benvenuto. Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Mestrado em Direito.
- GOMES, Luiz Flávio. As aparentes antinomias entre O TPI (Tribunal Penal Internacional) e a CF/88. Disponível em: http://www.lfg.com.br/artigo/20070529180222887_as-aparentes-antinomias-entre-o-tpi-tribunal-penal-internacional-e-a-cf-88.html>. Acesso em: 05 jun. 2016.
- HÄRBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e procedimental da constituição. *DPU Assunto especial – textos clássicos*, n. 60 nov./dez.
- HELLER, Agnes. *Progress, Regress and Human Rights*, proferida na Universidade do Estado do Amazonas – UEA em 12 de maio de 2016.
- JAPIASSÚ, Carlos E. A; ADRIANO, Alexandra R. O Tribunal Penal Internacional: Dificuldades para sua Implementação no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*, vol. 10.
- JURDI, Nidal N. Some lessons on complementarity for the International Criminal Court review conference. *South African Year Book of International Law*. vol. 15, n. 2.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Edição 3ª Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. *Estudos avançados*, vol. 16, n. 45, 2002.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Juspodivm, 2ª edição, 2015.
- MAIA, Catherine; HAMA, Kadidiatou. La Cour Pénale Internationale vue D'Afrique: Organe Jurisdictionnel ou Organe Politique? *Revista*

- do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Vol.13, n. 13, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19 jan./jun.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional e sua integração ao direito brasileiro. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, pp. 1417-1443, México, 2006. Disponível em: <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr35.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016.
- NETO, Martinho Otto G. O direito Penal das velocidades. *Revista Faef*. Disponível em http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/9QA16cjr4CBnEH_2014-12-15-19-0-56.pdf. Acesso em: 02 jun. 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10ª ed. atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2008
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19 jan./jun.
- RANGEL, Paulo Nascimento. Entrevista sobre a coisa julgada no Processo penal. 2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/coisa-julgada-no-processo-penal/9350>. Acesso em 09/06/2016.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*. Nº 39 vol.. 76 vol. 97, pp.105-201.
- _____. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- STEINER, Sylvia Helena, BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coords.). *O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte: L. Konrad Adenauer Stiftung, CEDIN, Del Rey, 2016.
- STUDIES, Institute for Security. *The case of Simone Gbagbo: a test for domestic jurisdiction*. African Network on International Criminal Justice.
- URQUIAGA, Ximena M; ESTÉVEZ, Juan C; GUEVARA, José. *Manual básico sobre a Corte Penal Internacional*. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de Processo Penal*. V.1. 2ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1981.
- TOUSIGNANT, Maxime C. L'instrumentalisation Du principe de complémentarité de La CPI: une question d'actualité. *Société québécoise de droit international*, n. 25 vol. 2, 2012. Disponível em: http://www.sqdi.org/wp-content/uploads/RQDI_25-2_3_CTousignant.pdf Acesso em: 17 mai 2016.
- TRAHAN, Jennifer. Is complementarity the right approach for the International Criminal Court's crime of aggression? Considering the problem of "overzealous" national courts prosecutions. *Cornell International Law Journal*, vol. 45.
- KRINGS, Britta L. The principles of 'complementarity' and universal jurisdiction in International Criminal Law: antagonists or perfect match? *Goettingen Journal of International Law*, vol. 4, n. 3, 2012.
- KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.
- ZIMMERMANN, Andreas. The creation of a permanent International Criminal Court *In* FROWEIN, Jochen; WOLFRUM, Rudiger (Orgs). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. London: Kluwer Law International, 1998.

NOTAS

1. KANT, Immanuel. *À paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.
2. DEYRA, Michel. *Direito Internacional Humanitário*. Comissão Nacional para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, Lisboa, 2001.
3. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. *Estudos avançados*, vol. 16, n. 45, 2002.
4. Excerto do segundo Considerando do Preâmbulo do Estatuto de Roma.
5. Excerto do quarto Considerando do Preâmbulo do Estatuto de Roma.
6. Criado pela Resolução 827 do Conselho de Segurança da ONU, de 25 de maio de 1993.
7. Criado pela Resolução 955 do Conselho de Segurança da ONU, de 08 de novembro de 1994.
8. Criada por meio de um acordo internacional firmado em 16 de janeiro de 2002, entre o Governo de Serra Leoa e as Nações Unidas, na esteira da Resolução 1315 do Conselho de Segurança, de 14 de agosto de 2000, para o julgamento dos graves crimes contra os direitos humanos ocorridos no país após 30 de novembro de 1996.
9. Criadas por meio de um acordo internacional firmado em 06 de junho de 2003, entre o Governo do Camboja e as Nações Unidas, na esteira da Resolução 57/228 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 2002, para o julgamento dos crimes cometidos durante o regime dos Khmer Vermelhos.
10. Criado pela Resolução 1757 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de 30 de maio de 2007, para julgar os responsáveis pelos ataques ocorridos em Beirute, no dia 14 de fevereiro de 2005, que resultou na morte do Primeiro Ministro Rafiq Hariri e outras 22 pessoas, e atos terroristas posteriores, dado que o acordo firmado em 23 de janeiro de 2007, entre o Governo do Líbano e as Nações Unidas não foi aprovado pelo Parlamento libanês.
11. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. O direito penal internacional e os crimes internacionais. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo. *Temas de direito penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 65-90.
12. SADAT, Leila Nadya. The International Criminal Court: Past, Present and Future. *Cambridge Compendium of International Criminal Law*. Disponível em: <https://law.wustl.edu/harris/documents/ICC-PastPresentFuture4-16-14.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2017.
13. Idem.
14. Pode-se inferir que a razão política para esta longa espera, do final dos anos de 1940 até o final da década de 1990, até que finalmente se convocasse a Conferência de Roma, foi a Guerra Fria. Tão logo se consumou a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e o subsequente fim da Guerra Fria, o tema da criação de um órgão jurisdicional internacional penal volta à agenda da ONU. Some-se a isso a eclosão de conflitos étnicos durante a década de 1990, como são destaques os conflitos na ex-Iugoslávia e Ruanda, que impactaram a opinião pública internacional e exigiram uma tomada de posição efetiva por parte das Nações Unidas. A complexidade fática e o elevado custo financeiro do estabelecimento de tribunais *ad hoc* para estas situações e outras que vinham despontando (Serra Leoa, Líbia, Camboja) foi outro motivo decisivo para a retomada do projeto da criação de uma jurisdição internacional permanente.
15. Idem.
16. Idem.
17. Idem.
18. CARDONA, Yvette Borg. A critical analysis of the Rome Statute of the International Criminal Court. Faculty of Law. University of Malta, 2013.
19. PECEGUEIRO, Carolina Guimarães. Uma Falácia Chamada Tribunal Penal Internacional: das promessas não cumpridas à reprodução de desigualdades. Dissertação apresentada na Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Orientadora: Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade. UFSC, Florianópolis, 2007.
20. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. O direito penal internacional e os crimes internacionais. In:

- GRECO, Luís; LOBATO, Danilo. Temas de direito penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 65-90.
21. CARDONA, Yvette Borg. A critical analysis of the Rome Statute of the International Criminal Court. Faculty of Law. University of Malta, 2013.
22. Idem.
23. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira. *Revista Eletrônica de Direito Penal*. Ano 1. Vol. 1 Num. 1 Junho 2013. Disponível em: <<https://jornalggm.com.br/sites/default/files/documentos/7141-25325-1-sm.pdf>> Acesso em 09 mai. 2017.
24. ZIMMERMANN, Andreas. The creation of a permanent International Criminal Court In: FROWEIN, Jochen; WOLFRUM, Rudiger (Orgs). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. London: Kluwer Law International, 1998.
25. Ibidem.
26. URQUIAGA, Ximena M; ESTÉVEZ, Juan C; GUEVARA, José. *Manual básico sobre a Corte Penal Internacional*. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
27. ZIMMERMANN, Andreas. The creation of a permanent International Criminal Court In: FROWEIN, Jochen; WOLFRUM, Rudiger (Orgs). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. London: Kluwer Law International, 1998.
28. URQUIAGA, Ximena M; ESTÉVEZ, Juan C; GUEVARA, José. *Manual básico sobre a Corte Penal Internacional*. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
29. Ibidem.
30. BRASIL. Decreto nº 4. 388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma de Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm Acesso em 24 abr. 2016.
31. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional e sua integração ao direito brasileiro. Anuário... op. cit., pp. 1417-1443, México, 2006. Disponível em: <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr35.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016.
32. “A complementaridade do TPI está, em nossa opinião, no centro da arquitetura do Estatuto de Roma, uma vez que ela relaciona a Corte, enquanto instituição internacional, e os Estados partes e não partes. O Estatuto de Roma parece ser um equilíbrio ou um compromisso aceitável para os Estados que o ratificaram, entre o respeito de suas soberanias e o desenvolvimento de uma instituição jurídica autônoma e independente.” (Tradução livre) TOUSIGNANT, Maxime C. *L’instrumentalisation Du principe de complementarité de La CPI: une question d’actualité. Société québécoise de droit International*, n. 25, vol. 2, 2012. Disponível em: http://www.sqdi.org/wp-content/uploads/RQDI_25-2_3_CTousignant.pdf Acesso em: 17 mai. 2016.
33. Ibidem.
34. “Esta disposição especifica que um caso é ‘inadmissível’ perante o TPI se existirem investigações e/ou processos nacionais, a menos que o Estado demonstre uma falta de vontade ou incapacidade de investigar ou processar o caso.” (Tradução livre). TRAHAN, Jennifer. Is complementarity the right approach for the International Criminal Court’s crime of aggression? Considering the problem of “overzealous” national courts prosecutions. *Cornell International Law Journal*. vol. 45.
35. Garante que TPI é nada mais e nada menos que um tribunal internacional de “último recurso”, supostamente se afastando, do limite imposto pela ação dos Estados que podem e querem lidar com crimes internacionais (tradução livre). KRINGS, Britta L. The principles of ‘complementarity’ and universal jurisdiction in International Criminal Law: antagonists or perfect match? *Goettingen Journal of International Law*. Vol. 4, n. 3, 2012.
36. Um sistema para encorajar e facilitar o cumprimento dos estados com a sua responsabilidade de investigar e julgar crimes internacionais fundamentais (tradução livre). JURDI, Nidal N. Some lessons on complementarity for the International Criminal Court review conference. *South African Year Book of International Law*. vol. 15 n. 2.
37. BENZING, Markus. The complementarity regime of the International Criminal Court: International Criminal justice between state sovereignty and fight against impunity. In: BOGDANDY, A; WOLFRUM, R. (orgs.) *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 7, 2003.

38. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
39. CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.
40. Vide artigo 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”
41. O artigo 8º em seu parágrafo 4º determina: O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
42. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2016.
43. RANGEL, Paulo Nascimento. Entrevista sobre a coisa julgada no Processo penal. 2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/coisa-julgada-no-processo-penal/9350>. Acesso em 09/062/016.
44. Ibidem.
45. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Juspodivm, 2ª edição, 2015.
46. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10ª ed. atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2008.
47. TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de Processo Penal*. V.1. 2ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1981.
48. Ibidem.
49. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10ª ed. atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2008.
50. Ibidem.
51. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Juspodivm, 2ª edição, 2015.
52. Ibidem.
53. Ibidem.
54. NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
55. Ibidem.
56. PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, jan./jun. 2012.
57. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2016.
58. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
59. GOMES, Luiz Flávio. As aparentes antinomias entre O TPI (Tribunal Penal Internacional) e a CF/88. Disponível em: http://www.lfg.com.br/artigo/20070529180222887_as-aparentes-antinomias-entre-o-tpi-tribunal-penal-internacional-e-a-cf-88.html>. Acesso em: 05 jun. 2016.
60. COURT, International Criminal. Situation in Côte d'Ivoire. *The Prosecutor v. Simone Gbagbo*. Case Information Sheet. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/cdi/simone-gbagbo/Documents/SimoneGbagboEng.pdf> Acesso em: 10 dez. 2016.
61. STUDIES, Institute for Security. The case of Simone Gbagbo: a test for domestic jurisdiction. African Network on International Criminal Justice. Disponível em: <https://issafrica.org/iss-today/the-case-of-simone-gbagbo-a-test-for-domestic-jurisdiction> Acesso em: 10 dez. 2016.
62. Ibidem.
63. SANCHIZ, Clara. Sylvia Geraghty, the woman who is trying hard to prevent Simone Gbagbo from going to The Hague. Disponível em: https://ivoirejustice.net/sites/justicehub.net/files/interview_sylvia_geraghty.pdf Acesso em 22 dez. 2016.
64. WATCH, human Rights. Côte d'Ivoire: Simone Gbagbo trial begins. Needs to be fair, followed by trials of Pro-Ouattara Commanders. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2016/05/30/cote-divoire-simone-gbagbo-trial-begins> Acesso em 28 dez. 2016.
65. “A suspensão do processo em relação a Madame Simone Gbagbo até o fim dos processos em que está envolvida a o Tribunal Penal Internacional” (tradução livre). CEDEAO. *Case Simone Ehivet et Michel Gbagbo Vs. Republique de Côte d'Ivoire*. Disponível em: http://www.courtecawas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2013/SIMONE_MICHEL_GBAGBO_c_COTE_D_IVOIRE.pdf Acesso em 21 dez. 2016.
66. MAIA, Catherine; HAMA, Kadidiatou. La Cour Pénale Internationale vue D'Afrique: Organe Jurisdictionnel ou Organe Politique? *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Vol.13, n. 13, 2013.

67. KOWALSKI, Mateus. O Tribunal Penal Internacional: reflexes para um teste de Resistencia aos seus fundamentos. *Observare*. Vol. 2, n. 2, pp 119-134. Disponível em: http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol2_n2/pt/pt_vol2_n2_art6.pdf Acesso em 22 dez. 2016.
68. NETO, Martinho Otto G. O direito Penal das velocidades. *Revista Faef*. Disponível em http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/9QA16cjrm4CBnEH_2014-12-15-19-0-56.pdf Acesso em: 02 jun. 2016.
69. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Edição 3ª. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.

