

JOÃO IRINEU DE RESENDE MIRANDA

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DO  
ESTADO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Tese apresentada para a obtenção do grau  
de Doutor em Direito Internacional pela  
Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

Orientador: Prof. Dr. Alberto do Amaral  
Júnior

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo  
SÃO PAULO  
2009

JOÃO IRINEU DE RESENDE MIRANDA

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DO  
ESTADO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Tese apresentada para a obtenção do grau  
de Doutor em Direito Internacional pela  
Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

Orientador: Prof. Dr. Alberto do Amaral  
Júnior.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo  
SÃO PAULO  
2009

## AGRADECIMENTOS

- À minha esposa Emanuele pelo auxílio inestimável e por ter estado ao meu lado durante esta longa jornada.

- Ao Mestre Alberto do Amaral Júnior, pela orientação precisa, segura e serena.

- À minha família, pelo apoio incondicional durante a execução deste trabalho.

- E a todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a sua realização.

History says, Don't hope  
On this side of the grave,  
But then, once in a lifetime,  
The longed-for tidal wave  
Of justice can rise up  
And hope and history rhyme.

Seamus Heaney

# SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| <b>RESUMO</b> .....  | 07  |
| <b>ABSTRACT</b> .....  | 08  |
| <b>RIASSUNTO</b> .....   | 09  |
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | 10  |
| <b>CAPÍTULO 1 – INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA E JUSTIÇA INTERNACIONAL PENAL</b> .....  | 17  |
| 1.1. INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA: SOBERANIA E DIREITOS HUMANOS.....  | 20  |
| 1.2. DESAFIOS AO INSTITUTO DA INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA....  | 27  |
| 1.3. O LEGADO DOS TRIBUNAIS “AD HOC” DE RUANDA E DA EX-YUGOSLÁVIA.....   | 30  |
| 1.3.1. A consolidação de uma jurisdição internacional penal.....   | 36  |
| 1.3.2. A consolidação de um modelo de estrutura institucional.....   | 41  |
| 1.3.3. O desenvolvimento do Direito Processual Internacional Penal.....  | 42  |
| 1.3.4. A consolidação de uma jurisprudência internacional de natureza penal....  | 44  |
| 1.3.5. O desafio da efetividade: a falta de mecanismos de imposição.....   | 46  |
| 1.4. A INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA E OS TRIBUNAIS INTERNACIONAL “AD HOC”: PRECEDENTES NECESSÁRIOS PARA O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL..... | 50  |
| <b>CAPÍTULO 2 – AS NORMAS DE COOPERAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL</b> .....  | 52  |
| 2.1. ANTECEDENTES DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....   | 52  |
| 2.2. O ESTATUTO DE ROMA.....   | 57  |
| 2.3. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SUA ESTRUTURA.....   | 58  |
| 2.4. A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....   | 62  |
| 2.5. A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....  | 70  |
| 2.6. A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....  | 77  |
| 2.7. AS NORMAS DE COOPERAÇÃO JUDICIAL DO ESTATUTO DE ROMA.....   | 85  |
| <b>CAPÍTULO 3 – A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA</b>  | 101 |
| 3.1. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....  | 102 |
| 3.1.1. Algumas considerações sobre o instituto da pessoa jurídica.....   | 103 |
| 3.1.2. Antecedentes da desconsideração da personalidade jurídica.....  | 107 |
| 3.1.3. Conceito e formas de aplicação.....   | 113 |
| 3.1.4. Desconsideração e outras formas de responsabilização individual por atos da pessoa jurídica.....                                | 116 |
| 3.1.5. Pressupostos e limites para a aplicação do instituto.....   | 118 |
| 3.1.6. Desconsideração como instituto da Teoria Geral do Direito.....  | 122 |
| 3.2. A APLICAÇÃO DO INSTITUTO NOS CASOS DE NÃO-COOPERAÇÃO DE UM ESTADO COM O TRIBUNAL PENAL  |     |

|  |     |
|--|-----|
| INTERNACIONAL.....   | 126 |
| 3.2.1. A desconsideração da personalidade jurídica como instituto de Direito Internacional.....  | 126 |
| 3.2.2. A Teoria da Responsabilidade Internacional do Estado.....   | 132 |
| 3.2.3. A responsabilização do Estado por atos de não-cooperação.....   | 144 |
| 3.2.4. A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em caso de não-cooperação estatal com o Tribunal Penal Internacional..... | 152 |
| CONCLUSÃO.....   | 167 |
| REFERÊNCIAS.....   | 178 |

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo propor a adoção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pelo Tribunal Penal Internacional como forma de aumentar a efetividade de seus requerimentos de cooperação aos Estados. Para isto, foram analisadas as intervenções humanitárias e a criação dos tribunais penais internacionais de Ruanda e da Ex-Iugoslávia. Esta análise concluiu que a falta de efetividade tem sido o maior problema enfrentado pelas ações voltadas à proteção internacional dos direitos humanos. Sob este aspecto foi estudada a criação do Tribunal Penal Internacional, sua estrutura, suas normas de cooperação e apontada a falta de um instituto que garanta a eficácia de seus atos jurídicos quando estes dependem da cooperação com Estados. Através do estudo da desconsideração da personalidade jurídica percebeu-se sua compatibilidade com o Direito Internacional, em relação aos Estados sob atuação da jurisdição complementar do Tribunal. Sendo assim, defende-se sua adoção como uma contra-medida tomada no contexto da responsabilidade de um Estado perante o Tribunal Penal Internacional por um ato de não cooperação, quando este for caracterizado por fraude ou abuso de competência. Assim, afirma-se a possibilidade e a conveniência da adoção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica como um instrumento que garanta uma maior efetividade do Tribunal no exercício de suas funções.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional, Cooperação Internacional, Desconsideração da Personalidade Jurídica.

## **ABSTRACT**

This work has for objective to consider the adoption of the institute of the disregard of the legal entity for the International Criminal Court as form to increase the effectiveness of its cooperation requirements to the States. For this, the humanitarian interventions and the creation of international the criminal courts of Rwanda and of Former-Yugoslavia had been analyzed. This analysis concluded that the effectiveness lack has been the biggest problem faced for the actions directed to the international protection of the human rights. Under this aspect was studied the creation of the International Criminal Court, its structure, its norms of cooperation and pointed the lack of an institute that guaranties the effectiveness of its legal acts when these they depend on the cooperation with States. Through the study of the disregarding of the legal entity its compatibility with the International Law was perceived, in relation to the States under performance of the complementary jurisdiction of the Court. Being thus, its adoption is defended as a countermeasure taken in the context of the responsibility of a State before the International Criminal Court for an act of non-cooperation, when this will be characterized by fraud or abuse of power. Thus, it is affirmed possibility and the convenience of the adoption of the institute of the disregarding of legal entity as an instrument that guaranties a bigger effectiveness of the Court in the exercise of its functions.

Key-words: International Criminal Court, International Cooperation, Disregarding of Legal Entity.

## RIASSUNTO

Questo lavoro ha per scopo proporre l'adozione dell'istituto del superamento della personalità giuridica dal Tribunale Penale Internazionale come forma di aumentare l'effettività delle sue richieste di cooperazione agli Stati. Per ciò, sono stati analizzati gli interventi umanitari e la costituzione dei tribunali penali internazionali di Ruanda e della ex-Jugoslavia. Questa analisi ha concluso che la mancanza di effettività è il più grande problema affrontato dalle azioni dirette alla protezione internazionale dei diritti umani. Sotto questo aspetto è stata studiata la costituzione del Tribunale Penale Internazionale, la sua struttura, le sue norme di cooperazione e è stata indicata la mancanza di un istituto che garantisca l'efficacia dei suoi atti giuridici quando essi dipendono dalla cooperazione con degli Stati. Attraverso lo studio del superamento della personalità giuridica si è visto la sua compatibilità con il Diritto Internazionale, rispetto agli Stati sotto attuazione della giurisdizione complementare del Tribunale. Dunque, si difende la sua adozione come una contromisura presa dal contesto della responsabilità di uno Stato di fronte al Tribunale Penale Internazionale da un atto di non cooperazione, quando esso è caratterizzato da frode o abuso di diritto. Di questo modo, si afferma la possibilità e la convenienza dell'adozione dell'istituto del superamento della personalità giuridica come uno strumento che garantisca una maggior effettività del Tribunale nell'esercizio dei suoi compiti.

Parole-chiave: Tribunale Penale Internazionale, Cooperazione Internazionale, Superamento della Personalità Giuridica.

## INTRODUÇÃO

A afirmação e o reconhecimento dos direitos fundamentais do ser humano na atualidade é fruto de uma jornada longa, porém inconclusa. Em sua obra “A Era dos Direitos”, Norberto Bobbio afirma que os direitos humanos passaram por três fases. A primeira seria a sua enunciação e fundamentação filosófica, no século XVIII. A segunda seria a sua positivação nas legislações dos Estados, iniciada no século XIX. E a terceira vivenciada principalmente após a Segunda Guerra Mundial, é a sua universalização dentro da comunidade internacional.<sup>1</sup>

Esta fase de universalização caracteriza-se, em primeiro lugar, pela promoção dos direitos humanos dentro da comunidade internacional inicialmente através da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, a qual foi seguida de uma série de tratados que promoveram a idéia de respeito aos direitos fundamentais do ser humano em todo o mundo. Uma vez assinado um tratado de direitos humanos, a Organização das Nações Unidas (ONU) e outras organizações regionais passaram a promover atividades de controle, as quais consistem no monitoramento do respeito aos direitos humanos dentro dos Estados signatários. Todavia, constatadas violações aos direitos humanos, os órgãos de controle das organizações internacionais pouco podiam fazer devido à inexistência de uma instância que punisse os responsáveis pelas violações. Assim, os tribunais internacionais nasceram da convicção de que, nas palavras de Robert Badinter, “não era mais possível manter o discurso sobre os direitos humanos e, em determinado momento, não construir o instrumento que permite reprimir os autores dos ultrajes e dos crimes mais hediondos”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 30

<sup>2</sup> BADINTER, Robert. Reflexões Gerais in CASSESE, Antônio; DELMAS-MARTY, Mireille (Org.) **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Barueri : Manole, 2004, p. 52.

Como o Século XX conheceu a figura do Estado criminoso, que realiza violações em larga escala, tornou-se possível acreditar mais nos progressos da justiça internacional penal do que nos julgamentos caracterizados pelo respeito absoluto à soberania nacional. Tendo as experiências históricas nesse sentido demonstrado a incapacidade dos tribunais nacionais em proteger os direitos de seus cidadãos de regimes políticos criminosos, o estabelecimento de uma justiça internacional penal tornou-se imperativo.<sup>3</sup>

Dentro de um processo histórico, os tribunais penais internacionais surgem com as instituições judiciais congêneres de Nurembergue e Tóquio e, a partir da década de noventa do século passado, desenvolvem-se com os tribunais criados pelo Conselho de Segurança da ONU para julgar os responsáveis pelos crimes internacionais cometidos na Ex-Iugoslávia e em Ruanda, consolidando-se, por fim, em um modelo permanente com o Tribunal Penal Internacional. Pode-se dizer, portanto, que com o Tribunal Penal Internacional, consolida-se o processo de universalização dos direitos humanos, pois, além dos procedimentos de promoção e controle, o Tribunal apresenta-se como uma instância internacional permanente de garantia aos direitos fundamentais.<sup>4</sup>

Contudo, os tribunais internacionais surgidos na década de noventa e o Tribunal Penal Internacional ainda não têm logrado o êxito necessário para que se diga que cumprem seu papel de instância de garantia dos direitos humanos na esfera internacional. Como a jurisdição internacional dos tribunais não possui polícia judiciária para atuar nos Estados aonde os crimes ocorreram, é imprescindível que estes colaborem com as investigações, colhendo e preservando provas, autorizando funcionários públicos a testemunhar, protegendo testemunhas e cumprindo mandados de prisão contra cidadãos em sua jurisdição. No entanto, como se observa no cotidiano dos Tribunais “Ad Hoc” da Ex-Iugoslávia e de Ruanda e do Tribunal Penal Internacional, os Estados submetidos à justiça internacional penal muitas vezes não cooperam com a investigação das graves violações aos direitos humanos ocorridas em seus territórios, apresentando obstáculos para o desenvolvimento dos procedimentos penais. Autoridades estatais vêm com estranheza os tribunais internacionais e recusam formalmente seus pedidos de cooperação, ou, simplesmente, deixam de cumpri-los sem justificativa.

---

<sup>3</sup> BADINTER, Robert, *op. cit.*, p. 56.

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo : Max Limonad, 2000, p. 304.

Muito embora a responsabilidade por crimes internacionais seja individual, para que possa existir efetivo julgamento e punição aos culpados é indispensável o concurso, ou, pelo menos, a não obstrução da prestação jurisdicional por parte destes Estados. Como os governos utilizam-se de suas prerrogativas formais de Estados soberanos para negarem o cumprimento às solicitações dos tribunais internacionais, esses não encontram instrumentos jurídicos adequados para contornar a não-cooperação desses Estados. Tal fato resulta na impunidade de muitos acusados e concorre para frustrar os objetivos da própria justiça internacional. A recente História das instituições penais internacionais demonstrou que a falta de cooperação ou mesmo a sabotagem de indivíduos que encontram-se na posição de órgãos públicos dos Estados envolvidos com os crimes tem sido a principal causa do insucesso desses tribunais. Investigar os crimes e trazer os acusados a julgamento em circunstâncias de não-cooperação é o desafio fundamental para que a justiça internacional penal possa se estabelecer como um meio eficaz de garantia dos direitos humanos. E isso significa buscar um modo de impedir que tais Estados façam uso de suas prerrogativas soberanas de forma a frustrar a atuação da justiça internacional penal.

Um exemplo atual que ilustra essa situação é o relacionamento entre o Sudão e o Tribunal Penal Internacional. Desde 2003, um conflito de natureza étnica e religiosa tem resultado no massacre de diversas etnias na região de Darfur, a oeste do país. O massacre é promovido por milícias com o apoio do governo central e já resultou na morte de centenas de milhares de habitantes, bem como no deslocamento de milhões de pessoas que fugiram das regiões sob ataque. Em 2005, o Procurador do Tribunal Penal Internacional recebeu, através de uma resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, a missão de investigar a ocorrência de um genocídio no Sudão e apontar os acusados para posterior julgamento no Tribunal Penal Internacional.

Após anos de investigações foi requerido, em julho de 2008, o indiciamento do Presidente do Sudão, Omar Al-Bashir, por genocídio. O requerimento encontra-se bem fundamentado e existe um consenso a respeito do envolvimento do governo árabe de Cartum no massacre das etnias Fur, Masalit e Zagawa, devido à comprovação de que o Estado sudanês presta apoio logístico à milícia criminosa com aviões e helicópteros, além dos obstáculos que impõe à ação das agências humanitárias e da própria recusa em cooperar de qualquer forma com o Tribunal. O comportamento do Presidente Bashir e de seu

governo resultou em um desastre humanitário de grandes proporções. Mesmo assim, a recepção do pedido de indiciamento foi contraditória, muitos dos envolvidos na ajuda humanitária às vítimas de Darfur condenaram a Procuradoria do Tribunal Penal Internacional. Desde o início das investigações dois outros indiciamentos já foram realizados - um deles de um Ministro de Estado sudanês - e não só os mandados de prisão contra os indiciados não foram cumpridos como estes circulam livremente pelo país. Nos termos do Estatuto de Roma, documento que prevê e regulamenta o Tribunal Penal Internacional, o Procurador já apresentou três relatórios ao Conselho de Segurança conclamando nos termos mais veementes este órgão a tomar medidas efetivas para deter as matanças no Sudão, sem resultados práticos. Teme-se que o indiciamento e a conseqüente expedição de um mandado de prisão contra o Chefe de Estado e de Governo em exercício possa fazer cessar a já pouca ajuda humanitária que o governo sudanês permite que chegue aos refugiados de Darfur. Embora, nas atuais circunstâncias, requerer o indiciamento de Bashir constitua-se em um dever e não em uma opção, o Procurador é acusado de inconseqüência política em sua atuação.

A situação existente no Sudão demonstra o dilema enfrentado pelo Tribunal Penal Internacional: pautar-se pelas imposições da política internacional para garantir a efetividade de suas decisões ou falhar em sua missão de realizar a prestação jurisdicional inerente ao seu mandato devido à ineficácia de suas disposições. É certo que um Estado na situação em que se encontra o Sudão, está sob a ação da justiça internacional penal, nos termos de uma resolução do Conselho de Segurança embasada no Paradigma da Segurança Coletiva da Carta das Nações Unidas. Tem, portanto, a obrigação internacional de cooperar com o Tribunal Penal Internacional sob pena de uma possível (embora improvável) resolução do Conselho de Segurança que determine o uso da força contra o Sudão. Mas o que fazer quando, ainda assim, este Estado se comporta ao arrepio de suas obrigações internacionais mais primárias, como não exterminar sua própria população? Como entender sua soberania e seus desdobramentos como imunidades estatais, atos de império e domínio reservado quando essas prerrogativas soberanas forem utilizadas de forma incompatível com a garantia aos direitos fundamentais de seus próprios cidadãos? Cabe ao Tribunal Penal Internacional julgar indivíduos acusados da prática dos mais graves crimes internacionais. Não obstante, o que fazer quando o Estado, através de suas autoridades

estatais, protege os acusados e impede as investigações dos crimes através de atos de não-cooperação?

Neste trabalho intenta-se descrever como esta tensão entre a soberania e a proteção internacional dos direitos humanos encontra-se não apenas nas dificuldades de atuação impingidas ao Tribunal Penal Internacional, como também nas próprias contradições que se apresentam no cotidiano das intervenções humanitárias e da prestação jurisdicional dos Tribunais “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda, que atualmente encontram-se próximos ao encerramento de suas atividades.

Com base nas considerações acima, é importante diagnosticar os motivos que levaram o instituto da intervenção humanitária a uma crise após a Guerra do Iraque. O ataque terrorista à missão da ONU em Bagdá em 2004 e os ataques contra as forças de paz em Darfur pelos próprios rebeldes das etnias que a missão busca proteger demonstra não só a perda de prestígio da ação humanitária como também limitações em sua capacidade de atuar.

Em vista disso será feita, no primeiro capítulo, uma breve análise sobre os desafios e as perspectivas do instituto da intervenção humanitária. A importância desta questão reside no fato de que existe uma forte relação entre a consolidação do instituto da intervenção humanitária e o desenvolvimento do Direito Internacional Penal na década de noventa. As principais iniciativas da justiça internacional penal dos últimos anos aconteceram em decorrência de intervenções humanitárias. Como será visto adiante, a fundamentação jurídica da intervenção humanitária, com uma nova visão sobre o conceito de soberania e o princípio da não-intervenção é de suma importância para a justiça internacional penal.

Da mesma forma será apontado, ainda no primeiro capítulo, o legado dos Tribunais “Ad Hoc” de Ruanda e da Ex-Iugoslávia para o Tribunal Penal Internacional. Dentre os muitos aspectos positivos que estas instituições trouxeram para o Direito Internacional Penal, será discutido como as debilidades inerentes à sua concepção influenciam decisivamente na forma de atuação do Tribunal. É a partir da atuação de seus predecessores que se pode identificar o motivo pelo qual a cooperação internacional é o ponto fraco a prejudicar a atuação dos tribunais internacionais em meio as grandes crises humanitárias. Existe a discussão quanto aos tribunais “Ad Hoc” da Ex-Iugoslávia e de Ruanda terem ou não sido experiências bem-sucedidas, apontando-se a fraqueza dessas instituições como

uma falha séria diante da tarefa que lhes foi confiada – acusação a qual teme-se que em breve comece a pesar sobre o próprio Tribunal Penal Internacional.

No segundo capítulo buscar-se-á demonstrar como as negociações para a adoção do Estatuto do Tribunal Penal Internacional encontraram dificuldades em arquitetar um modelo de instituição que fosse imparcial e independente como um órgão judicial, mas que não retirasse do Conselho de Segurança da ONU o controle do processo decisório acerca da proteção internacional dos direitos humanos. Será descrito de que forma o fracasso dessa empreitada resultou na falta de apoio ao Tribunal por parte da maioria dos membros permanentes do Conselho de Segurança. Por fim, será analisado o modelo de cooperação previsto no Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional com o objetivo de se defender a necessidade do fortalecimento deste modelo de cooperação com institutos jurídicos que garantam uma maior efetividade dos requerimentos de cooperação do Tribunal perante os Estados.

Uma vez identificado o problema da falta de efetividade, nos termos apresentados acima, este trabalho averiguará, no terceiro capítulo, a possibilidade de utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica como um instrumento de repressão a determinados atos de não-cooperação do Estado em relação ao Tribunal Penal Internacional. Sob esta perspectiva será realizado um estudo acerca das origens do instituto, seu conceito, seus requisitos de aplicação, suas características identificadoras e sua aplicação às diversas áreas da seara jurídica. Será afirmada sua condição de instituto da Teoria Geral do Direito e, sob esse pressuposto, sua adequação ao Direito Internacional Público. Por fim, localizando o instituto da desconsideração da personalidade jurídica dentro da Teoria da Responsabilidade Internacional do Estado, defender-se-á sua utilidade dentro dos procedimentos de cooperação previstos para o Tribunal Penal Internacional, como uma ferramenta para garantir a efetividade de seus requerimentos perante tentativas de obstrução por parte dos Estados recalcitrantes.

A busca por efetividade com o fortalecimento de seu modelo de cooperação é um grande desafio que se apresenta ao Tribunal Penal Internacional. De seu equacionamento depende em grande parte seu sucesso. Um modelo de cooperação mais eficiente poderia ter trazido a julgamento os acusados do genocídio em Darfur, salvando milhares de vidas. Infelizmente a dependência do Tribunal Penal Internacional em relação ao Conselho de

Segurança permitiu que a paralisia decisória deste órgão resulte na continuidade dos massacres por anos a fio sem que o Tribunal nada possa fazer. O fortalecimento de seu modelo de cooperação, portanto, poderá trazer ao Tribunal, juntamente com uma maior efetividade, uma verdadeira independência de atuação perante a política externa dos países hegemônicos. É neste desiderato que as páginas que seguem buscam propor um novo instituto, a ser adotado pelo Tribunal Penal Internacional nos casos de não-cooperação.

# CAPÍTULO 1

## INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA E JUSTIÇA INTERNACIONAL PENAL

O fim da Guerra Fria possibilitou ao Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas uma nova interpretação a respeito do Paradigma da Segurança Coletiva, a qual possibilitou que a intervenção internacional em um Estado por motivos humanitários se consolidasse como um costume internacional. Esse fato comporta duas questões: a primeira a respeito do motivo que levou ao fim da União Soviética e da Guerra Fria, e a segunda, a respeito do motivo do recrudescimento de conflitos de natureza identitária, étnicos ou religiosos, na atualidade. Pode-se dizer que a resposta às duas questões encontra-se relacionada ao mesmo processo histórico.

Na obra “Ascensão e Queda das Grandes Potências”, Paul Kennedy propõe que, desde a Idade Moderna, a predominância de um Estado sobre os demais na comunidade internacional sempre esteve relacionada, além do aspecto militar, à preponderância econômica deste Estado em relação à fase do sistema capitalista vivenciada no período. Esta ligação entre a esfera econômica e a esfera política veio a moldar o próprio sistema de Estados de Westfalia, enquanto estrutura fundamental das relações internacionais. Da mesma forma, a partir da consolidação de um sistema econômico rival ao capitalista, a ordem política internacional tornou-se bipolar e vivenciou-se o período da Guerra Fria.<sup>1</sup>

Com o processo de descolonização e a subsequente turbulência política e social que irrompeu em quase todos os países do, na época, chamado Terceiro Mundo, ocorreu o

---

<sup>1</sup> KENNEDY, Paul. **Ascensão e Queda das Grandes Potências**: transformação econômica e conflito militar de 1500 a 2000. Rio de Janeiro : Campus, 1989, p. 7 a 9.

gradativo desmonte do sistema internacional de divisão do trabalho, estabelecido desde a época colonial. Dentro do sistema capitalista, as crises do petróleo e a desregulamentação do Mercado de Capitais nos anos setenta do século passado determinam a necessidade de uma mudança no padrão de desenvolvimento tecnológico que reduzisse os custos da energia e do trabalho dentro da estrutura de produtiva.<sup>2</sup> Defrontado pelo mesmo quadro, o sistema comunista enfrentou a estagnação econômica que levaria à implosão da União Soviética e ao fim da Guerra Fria.<sup>3</sup>

A revolução nas telecomunicações (cujo objetivo foi reduzir o uso intensivo do petróleo e multiplicar a capacidade produtiva) resultou na superação do modelo de produção fordista-taylorista, no qual cada unidade tendia à auto-suficiência, para o modelo centro-periferia, em que as fases de produção são desenvolvidas em diferentes países, de acordo com o custo e a qualificação da mão-de-obra. Desta forma, as empresas multinacionais transformam-se em transnacionais e sua atuação é possível devido às comunicações em tempo real entre as unidades e a um Mercado Financeiro internacional.<sup>4</sup> Como consequência a esfera de atuação do Mercado passou a não mais corresponder com a esfera de atuação política do Estado, desencadeando-se, assim, o processo de globalização econômica. Este processo pode ser conceituado como a intensificação das interações sociais em escala mundial, permitindo que fatos longínquos modelem eventos locais e sejam por eles modelados.<sup>5</sup> A globalização econômica cria uma interdependência que subverte a antiga hierarquia colonial entre os Estados: em 1897 a libra esterlina do Reino Unido não teria seu câmbio perturbado pela desvalorização excessiva da moeda de uma de suas colônias. Em 1997 a desvalorização do baht tailandês levou o mundo todo à crise financeira e resultou na falência de um dos mais tradicionais bancos britânicos<sup>6</sup>

A globalização econômica inverte a capacidade de planejamento econômico pelo Estado, que deixa de impor as demandas em sua economia para adaptar-se às demandas impostas pela

---

<sup>2</sup> FARIA, José Eduardo. Introdução. FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas**. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 7 e 8.

<sup>3</sup> HOBBSAWN, Eric. **A Era dos Extremos – O breve século XX: 1914 – 1991**. 2 ed. São Paulo : Cia. das Letras, 1998, p. 51.

<sup>4</sup> MELLO, Valérie de Campos. Globalização, regionalismo e ordem internacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 42 (1), p. 165 a 167, 1999.

<sup>5</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O Direito de Assistência Humanitária**. São Paulo, 2001, Tese (Livre Docência), Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, São Paulo, 2001, fl. 103.

<sup>6</sup> PICCO, Giandomenico. **Crossing the divide: dialogue among civilizations**. New York : Seton Hall University, 2001, p. 113.

economia globalizada.<sup>7</sup> À margem de decisões fundamentais para atender às demandas de suas sociedades, o Estado perde sua capacidade de resolver problemas fundamentais e gerar consenso.<sup>8</sup> Insatisfeitos, grupos identitários, étnicos ou religiosos, contestam a estrutura do Estado Nação exigindo mais autonomia para sua comunidade e novos arranjos federativos.<sup>9</sup>

Assim, a autoridade estatal é parcialmente erodida, tanto pelas instâncias internacionais relativas à globalização quanto por arranjos locais, fomentados pelo identitarismo.<sup>10</sup> Os protagonistas do processo de globalização, notadamente as empresas transnacionais, os conglomerados financeiros e os movimentos identitaristas formam uma nova dicotomia dentro das relações internacionais, mas ambos trabalham em desfavor do Estado e do modelo de relações internacionais nele baseado.<sup>11</sup> Portanto, a globalização é o principal fator de alteração no sistema de Westfalia porque tende a introduzir novos atores na comunidade internacional e a diminuir a capacidade de atuação do Estado dentro de seu território.<sup>12</sup>

O recrudescimento dos conflitos identitários e as graves violações aos direitos humanos as quais muitos dão causa, podem ser entendidos no contexto da dificuldade do Estado permanecer como instituição legitimadora do poder político e apta a congregar as demandas de sociedades pluralistas em crise. O instituto da intervenção humanitária consolidou-se como um costume internacional e, portanto, uma exceção ao Princípio da Não Intervenção, previsto na Carta da ONU. O instituto pode ser considerado como um elemento do novo paradigma para as relações internacionais. Neste primeiro capítulo será analisado seu fundamento, suas implicações relativas ao princípio da soberania e os dilemas que lhe são apresentados. A partir do contexto fornecido pela intervenção humanitária, será analisada a institucionalização da Justiça Internacional Penal através dos tribunais penais internacionais “ad hoc” para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda, bem como seu legado. Por fim, será defendida a idéia de que, entre muitos pontos positivos, os tribunais “ad hoc” transmitiram ao Tribunal Penal Internacional sua principal fraqueza.

<sup>7</sup> FARIA, José Eduardo. Introdução. FARIA, José Eduardo (Org.), *op. cit.*, p. 9.

<sup>8</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, **O Direito de Assistência Humanitária**, *cit.*, f. 114.

<sup>9</sup> MERKE, Federico. Reconsidering Westphalia: contending perspectives on the future of the nation-state. **Cena Internacional**, Ano 4, n. 1, p.109, jul/2002.

<sup>10</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, **O Direito de Assistência Humanitária**, *cit.*, f. 115.

<sup>11</sup> PICCO, Giandomenico, *op. cit.*, p. 58 e 123.

<sup>12</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, **O Direito de Assistência Humanitária**, *cit.*, f. 111.

### 1.1. INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA: SOBERANIA E DIREITOS HUMANOS

No modelo jurídico arquitetado pela Carta da ONU o Princípio da Não Intervenção é o corolário lógico do conceito de soberania. Entretanto, o princípio possui exceções, que são as hipóteses autorizadoras da utilização da força no interesse da paz e segurança internacionais, nos termos do Capítulo VII do referido documento.<sup>13</sup>

A Carta da ONU reflete a preocupação do período pós 1945 em evitar novos conflitos internacionais. Por isso, Antônio Cassese afirma que, dentre os pilares da ordem internacional arquitetados na Carta da ONU, a não-intervenção foi designada para prevalecer sobre a proteção aos direitos humanos.<sup>14</sup>

A estrutura da ONU, com seu Conselho de Segurança foi arquitetada por Franklin Roosevelt como uma tentativa de superar um modelo de relações internacionais que incentivava a guerra. A paz foi o bem supremo a ser protegido durante a redação da Carta da ONU.<sup>15</sup> Já os direitos humanos, conquanto internacionalizados pela organização das Nações Unidas, não se destacam no texto da Carta da ONU. O compromisso genérico e vago de respeito aos direitos humanos da Carta, localizado nos artigos 55 e 56 do Capítulo IX, é atribuído ao fato do documento ter sido negociado antes de se ter pleno conhecimento da extensão dos crimes praticados pelos nazistas. Nenhum dos líderes estava interessado em incluir no ato constitutivo das Nações Unidas projetos ambiciosos de proteção aos direitos humanos: Stalin comandava um regime cujo aparato repressivo era semelhante ao nazista, Churchill estava preocupado em manter o “status quo” de potência colonial do Reino Unido e Truman temia que os Estados Unidos ficassem em uma posição vulnerável devido à discriminação racial legalizada em partes do país.<sup>16</sup>

A divulgação dos crimes cometidos nos campos de concentração incentivaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos a qual, embora não tenha força de tratado, é reconhecida como parte do direito costumeiro internacional e o eixo a partir do qual gira o

---

<sup>13</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do **O Direito de Assistência Humanitária**, *cit.*, f. 101 e 108.

<sup>14</sup> CASSESE, Antônio. *Ex iniuria ius oritur: are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community?*. **The European Journal of International Law**, vol. 10, p. 25, 1999.

<sup>15</sup> KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1999, p. 449 a 455 *passim*.

<sup>16</sup> PATRIOTA, Antônio de Aguiar. **O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo**: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva. Brasília : Instituto Rio Branco – Fundação Alexandre de Gusmão, 1998, p. 72.

sistema de direitos humanos da ONU.<sup>17</sup> A partir dela formaram-se os Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais formando a Carta Internacional dos Direitos Humanos.<sup>18</sup> O processo de internacionalização dos direitos humanos simboliza o repúdio internacional às atrocidades cometidas no Holocausto e o desejo que elas não pudessem se repetir dentro da ordem internacional fundamentada na Carta da ONU.<sup>19</sup> No entanto, a internacionalização dos direitos humanos torna necessária a redefinição do âmbito e do alcance do conceito de soberania, a fim de que os direitos humanos pudessem tornar-se questão de legítimo interesse internacional.<sup>20</sup>

Deste modo, especialmente durante o período da Guerra Fria, o processo de universalização dos direitos humanos conviveu com o contraste entre a validade e a eficácia de suas normas.<sup>21</sup> O Princípio da Não-Intervenção permitia que os Estados assumissem compromissos internacionais perante os direitos humanos e não os cumprissem, furtando-se a qualquer punição efetiva ao alegarem sua soberania. O sistema de proteção aos direitos humanos da ONU possuía mecanismos de promoção e, através de protocolos facultativos, monitoramento para averiguar atentados aos direitos humanos, mas as sanções previstas não iam além de condenações morais constrangedoras.<sup>22</sup>

Como a única exceção presente no texto do documento seria a intervenção para sustar ameaça à Segurança Coletiva, nos termos do Capítulo VII, grande parte dos crimes de genocídio e crimes contra a humanidade, além dos crimes cometidos em guerras civis, encontravam-se fora do alcance da intervenção internacional.<sup>23</sup> Além disso, durante a Guerra Fria, o processo de internacionalização dos direitos humanos foi instrumentalizado pela ideologia dos contendores. As graves violações aos direitos humanos, ocorridas durante a segunda metade do século XX, foram denunciadas e combatidas pelos blocos antagônicos segundo o crivo da seletividade, ou seja, de acordo com o espectro ideológico do agressor, fazendo, por exemplo, com que o Ocidente se indignasse com os crimes do Khmer Vermelho

---

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo : Max Limonad, 2002, p. 150.

<sup>18</sup> PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 160.

<sup>19</sup> PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 130.

<sup>20</sup> PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 123.

<sup>21</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *op. cit.*, f. 81

<sup>22</sup> PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 173.

<sup>23</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, **O Direito de Assistência Humanitária**, *cit.*, f. 276 à 279.

no Camboja comunista sem se importar com os crimes da mesma magnitude que a Indonésia do aliado Suharto cometia no Timor Leste.<sup>24</sup>

O modelo de relações internacionais previsto pela Carta da ONU tinha como valor fundamental a preservação da paz internacional, entendida como segurança coletiva. A única exceção aceita na Carta é a legítima defesa. Este modelo também tem como valor fundamental a igualdade soberana entre as nações. Deste modo, como consequência lógica desses dois valores, a Carta da ONU tem como princípio a não-intervenção, pois a intervenção de um Estado sobre é uma afronta à segurança coletiva e à igualdade soberana das nações. No entanto, a Carta também tem como valor fundamental a proteção dos direitos humanos na esfera internacional. A implementação da proteção internacional dos direitos humanos acabou por subverter o Princípio da Não-Intervenção por reconhecer à comunidade internacional o direito de intervir no Estado em prol da proteção dos direitos fundamentais.<sup>25</sup>

O contexto fático do Princípio da Não-Intervenção vinha da necessidade de se reduzir o número de conflitos internacionais, do argumento em favor da autonomia dos povos e do antiimperialismo que contestava a submissão dos pequenos Estados às grandes potências.<sup>26</sup> Com a descolonização e a Guerra Fria, a ordem internacional, nos últimos sessenta anos, gradualmente se encaminhou para uma situação em que o grande desafio consiste na proliferação de conflitos internos em seus Estados. Deste modo, fez-se necessária uma redefinição dos limites da não intervenção para adequar o Paradigma da Segurança Coletiva à nova realidade tão logo o conflito leste-oeste terminou.<sup>27</sup> Esta redefinição de limites resultou na ampliação da competência do Conselho de Segurança da ONU que teve como base a ausência de uma definição específica para a expressão “paz e segurança internacional”, e o poder discricionário que este órgão possui na determinação das circunstâncias em que deve intervir. A partir da década de 1990 estabeleceu-se uma concepção ampla de paz, vinculada ao respeito às normas que integram a ordem pública internacional, relativamente à tutela dos direitos humanos e ao Direito Humanitário.<sup>28</sup> Nas palavras de Alberto do Amaral Júnior:

---

<sup>24</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, n. 39, p. 106, 1997.

<sup>25</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, **O Direito de Assistência Humanitária**, *cit.*, f. 52 a 54.

<sup>26</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, **O Direito de Assistência Humanitária**, *cit.*, f. 92.

<sup>27</sup> UDOMBANA, Nsongurua J. When Neutrality is a Sin: The Darfur Crisis and the Crisis of Humanitarian Intervention in Sudan. **Human Rights Quarterly**, n. 27, p. 1163, 2005.

<sup>28</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *op. cit.*, fl. 146 a 149.

As últimas décadas testemunharam a ampliação progressiva da competência do Conselho de Segurança da ONU. A razão deste fato não se encontra, por certo, na alteração formal da Carta da ONU, mas na falta de clareza da expressão paz e segurança internacionais assim como no poder discricionário que possui o Conselho de Segurança na apreciação das circunstâncias que deve intervir, tendo a possibilidade de escolher as medidas a serem aplicadas em situações específicas.<sup>29</sup>

Como consequência de um amplo processo de acumulação de resoluções do Conselho de Segurança da ONU determinando o uso da força por razões humanitárias, a violação dos direitos humanos ou o bloqueio de ajuda humanitária passaram a constituir ameaças à paz e a segurança internacional.<sup>30</sup> A atuação do Conselho de Segurança da ONU com base nestas resoluções (de natureza política e não jurídica) levou a formação de um direito costumeiro à assistência humanitária, entendida como um direito subjetivo pertencente à comunidade internacional a ser exercido através do Conselho de Segurança.<sup>31</sup> Esse direito concretiza-se com a intervenção humanitária, entendida como um conjunto de medidas com o objetivo de fornecer alimentação, abrigo, vestuário e assistência médica à população atingida por graves violações aos direitos humanos.<sup>32</sup> Essas medidas, geralmente realizadas sem a interposição entre as vítimas e os agressores, podem incluir o uso da força militar como forma de deter o cometimento desses crimes. Nsongurua Udombana conceitua a intervenção militar com fins humanitários como “the justifiable use of force for the purpose of protecting the inhabitants of another state treatment so arbitrary and persistently abusive as to exceed the limits within which sovereign is presumed to act with reason and justice”.<sup>33</sup> Além da intervenção da OTAN em Kosovo, em 1999, são exemplos recentes deste tipo de intervenção a atuação de tropas britânicas em Serra Leoa e do exército francês na Costa do Marfim, no início deste século.<sup>34</sup>

O poder discricionário do Conselho de Segurança da ONU em determinar quando uma grave violação aos direitos humanos por parte de um Estado constitui uma ameaça à paz e segurança internacionais sendo, portanto, o Estado passível de intervenção humanitária, tornou

<sup>29</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *op. cit.*, fl. 147.

<sup>30</sup> MACFARLANE, Neil S.; THIELKING, Carolin J.; WEISS, Thomas G. The Responsibility to Protect: is anyone interested in humanitarian intervention? **Third World Quarterly**, 25:5, p. 989, 2004.

<sup>31</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *op. cit.*, fl. 157 e 158.

<sup>32</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *op. cit.*, fl. 118.

<sup>33</sup> UDOMBANA, Nsongurua, *op. cit.*, p. 1157. “o uso justificável da força com o propósito de proteger os habitantes de outro Estado de um tratamento tão arbitrário e persistentemente abusivo que exceda os limites nos quais presume-se que a soberania aja com razão e justiça.(tradução do autor)”

<sup>34</sup> WEISSMAN, Fabrice. Humanitarian Action and Military Intervention: Temptations and Possibilities. **Disasters**, 28 (2), 206, 2004.

obsoleta a noção de que a proteção aos direitos humanos pertence ao domínio reservado dos Estados. No passado, diante do processo de internacionalização dos direitos humanos, alegou-se que a extensão do interesse internacional sobre a proteção aos direitos humanos era determinada pela competência nacional de cada Estado, nos termos de sua soberania.<sup>35</sup> Embora o argumento do domínio reservado tenha cedido espaço, principalmente após Conferência de Viena sobre Direitos Humanos à noção de relativismo cultural<sup>36</sup>, as intervenções humanitárias promovidas pelo Conselho de Segurança da ONU tiveram como consequência concreta a relativização do conceito de soberania frente à proteção internacional dos direitos humanos.

Uma importante conquista das intervenções humanitárias realizadas na década de 1990 foi a responsabilização criminal individual das autoridades envolvidas com as violações aos direitos humanos ocorridas em seus territórios.<sup>37</sup> A presença de uma justiça internacional é um importante fator nas intervenções humanitárias, pois o fim da impunidade previne o cometimento de novos crimes, além de auxiliar no processo de paz e reconciliação dessas sociedades.

As intervenções humanitárias ocorridas a partir da década de 1990 trouxeram para a comunidade internacional a percepção da necessidade de se aprimorar o arcabouço jurídico e a operacionalização da ação humanitária, no intuito de dotar de efetividade a proteção internacional dos direitos humanos. Considerando a polêmica sobre a natureza da soberania estatal frente ao instituto da intervenção humanitária e da atuação da justiça internacional, o Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, propôs, em Setembro de 2000, a seguinte questão: “If humanitarian intervention is, indeed, an unacceptable assault on sovereignty, how should we respond to a Rwanda, to a Srebrenica – to gross and systematic violations of human rights that offend every precept of our common humanity?”<sup>38</sup>

Com o fito de responder a esta questão formou-se, sob os auspícios do governo do Canadá, a Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal, ICISS

<sup>35</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Institucionalização Internacional dos Direitos Humanos: conquistas e desafios in PIOVESAN, Flávia (Org.) **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional**. São Paulo : Max Limonad, 2002, p. 644.

<sup>36</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, **A Institucionalização**, *cit.*, p. 646.

<sup>37</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *op. cit.*, fl. 149.

<sup>38</sup> ANNAN, Kofi *apud* MACFARLANE, Neil S.; THIELKING, Carolin J.; WEISS, Thomas G., *op. cit.*, p. 978. “Se a intervenção humanitária é, realmente, uma ofensa inaceitável à soberania, como deveríamos reagir a uma Ruanda, a uma Srebrenica – a violações graves e sistemáticas dos direitos humanos que ofendem qualquer preceito de nosso senso comum de humanidade?(tradução do autor)”

(“International Commission of Intervention and State Sovereignty), a qual, em Dezembro de 2001, publicou um relatório intitulado “A Responsabilidade de se Proteger” cujo objetivo foi de buscar um consenso internacional acerca dos pressupostos e condições sob as quais a Intervenção Humanitária deve ser realizada.<sup>39</sup>

Segundo este relatório, a intervenção humanitária seria não um direito subjetivo, mas, sim, um dever da comunidade internacional quando constatada a ocorrência de graves violações aos direitos humanos em um Estado e concluir-se que este é omissivo ou inoperante em seu dever de as impedir.<sup>40</sup> Destaca-se neste relatório a noção de soberania apresentada, ao afirmar-se no texto que “state sovereignty implies responsibility, and the primary responsibility for the protection of its people lies with the state itself”<sup>41</sup> Ou seja, o documento concebe a soberania como um direito condicionado ao respeito a um padrão mínimo de direitos humanos que o Estado deve garantir em relação a seus cidadãos. Esta proposta afeta dois princípios, o Princípio da Não-Intervenção e o próprio Princípio da Soberania. Em relação ao Princípio da Não Intervenção, quando os representantes do Estado forem incapazes de deter graves violações humanitárias ou não possuírem vontade para tal, este princípio submete-se à responsabilidade da comunidade internacional de se proteger esses direitos, intervindo no Estado.<sup>42</sup> Em relação ao Princípio da Soberania, o relatório afirma que o Estado perde a legitimidade para invocar suas prerrogativas soberanas quando inflige, no corpo de sua população, crimes contra todo o gênero humano.<sup>43</sup>

Embora em seu relatório “In Larger Freedom” o Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, tenha convocado os chefes de Estado na 59ª Sessão (2005) da Assembleia Geral da ONU<sup>44</sup> a endossarem o relatório da ICISS, não existiu um consenso internacional a respeito do assunto. Entre os que apóiam a doutrina, dois motivos podem ser citados para tanto: a guerra contra o terrorismo e o fato de que o reconhecimento da responsabilidade internacional de se intervir

<sup>39</sup> MACFARLANE, Neil S.; THIELKING, Carolin J.; WEISS, Thomas G., *op. cit.*, p. 978.

<sup>40</sup> ICISS. **The Responsibility to Protect**, disponível em [www.iciss.ca/pdf/Comission-Report.pdf](http://www.iciss.ca/pdf/Comission-Report.pdf), acesso em 05/01/2008.

<sup>41</sup> ICISS. **The Responsibility to Protect**, disponível em [www.iciss.ca/pdf/Comission-Report.pdf](http://www.iciss.ca/pdf/Comission-Report.pdf), p. xi, acesso em 05/01/2008.

<sup>42</sup> MACFARLANE, Neil S.; THIELKING, Carolin J.; WEISS, Thomas G., *op. cit.*, p. 979.

<sup>43</sup> UDOMBANA, Nsongurua, *op. cit.*, p. 1170. “soberania estatal implica responsabilidade, e a responsabilidade primária é a proteção de seu povo pertence ao próprio Estado.(tradução do autor)”

<sup>44</sup> ICISS. **Responsability to Protect and UN Reform**. Disponível em <http://www.iciss.ca/unreform-en.asp>, acesso em 06/01/08.

para deter graves violações humanitárias contrariaria a postura discricionária corrente pela qual os Estados intervêm somente quando não existem outros interesses políticos em jogo.<sup>45</sup>

Em sentido oposto, Michael Byers afirma que a doutrina da responsabilidade de proteger teve sua origem em uma proposta do Ministério das Relações Exteriores britânico, em 1999, como forma de justificar a intervenção no Kosovo, o qual tentou apresenta-la como um novo estágio na conformação do instituto da intervenção humanitária.<sup>46</sup> A proposta foi recusada na época, mas, posteriormente, o governo britânico buscou aplicar o conceito de forma retroativa à invasão do Iraque com a declaração de Tony Blair - em discurso proferido em março de 2004 no distrito eleitoral de Sedgefield - que “certamente temos a responsabilidade de agir quando a população de um país está submetida a um regime como o de Saddam”.<sup>47</sup>

Inicialmente apresentada como uma justificativa para a intervenção humanitária unilateral, a doutrina da responsabilidade de proteger foi analisada pelo Painel de Alto Nível do Secretário-Geral sobre Ameaças, Desafios e Mudanças, o qual concluiu que, tratando-se do emprego de força militar, a responsabilidade de proteger só pode ser exercida pelo Conselho de Segurança da ONU.<sup>48</sup> Nestes termos a doutrina não traz ganhos significativos ao instituto, haja vista que o Conselho é um órgão político que não pode ser forçado a cumprir uma obrigação internacional por ninguém e que continuará decidindo a intervenção humanitária de forma discricionária. Michael Byers critica a doutrina, sob o aspecto ético, declarando que

Trata-se de uma visão do poder sem necessidade de prestação de contas, exercido por dirigentes supostamente benevolentes que têm em mente os melhores interesses de seus súditos. Ao mesmo tempo, ela evoca uma antiga abordagem do Direito Internacional, com base nas leis naturais – uma abordagem que não exigia o consentimento baseado em amplo consenso, sendo em vez disso, imposta pelos povos ditos “civilizados”. Ao lançar mão do conceito de comunidade, o primeiro ministro britânico estava na realidade invocando o direito internacional dos cruzados e dos conquistadores – que, em sua essência, significava a inexistência de direito.<sup>49</sup>

A discussão em torno da doutrina da responsabilidade de proteger reflete, de certa forma, os desafios que cercam o instituto da intervenção humanitária, como será visto abaixo. O

<sup>45</sup> MACFARLANE, Neil S.; THIELKING, Carolin J.; WEISS, Thomas G., *op. cit.*, p. 977 e 978.

<sup>46</sup> BYERS, Michael. **A Lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado**. Rio de Janeiro : Record, 2007, p. 131.

<sup>47</sup> BLAIR, Anthony *À* *apud* BYERS, Michael. **A Lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado**. Rio de Janeiro : Record, 2007, p. 134.

<sup>48</sup> BYERS, Michael, *op. cit.*, p. 133.

<sup>49</sup> BYERS, Michael, *op. cit.*, p. 136.

problema da seletividade na proteção internacional aos direitos humanos não se encontra resolvido e, portanto, a instrumentalização da intervenção humanitária como parte da política externa dos países hegemônicos é uma realidade que ameaça à sua legitimidade e, portanto, à sua percepção enquanto costume internacional.

## 1.2. DESAFIOS AO INSTITUTO DA INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA

O instituto da intervenção humanitária consolidou-se na década de noventa do século passado a partir de vários episódios protagonizados pelo Conselho de Segurança da ONU. Após os atentados de 11 de Setembro, principalmente a partir das guerras contra o Afeganistão e o Iraque, o apoio internacional a futuras intervenções humanitárias diminuiu. A tentativa do governo norte-americano de justificar a invasão do Iraque como uma intervenção humanitária, após a comprovação de que o regime de Saddam Hussein não possuía armas de destruição em massa nem mantinha vínculos com a rede terrorista Al Qaeda, contribuiu para que futuras iniciativas enfrentem a reserva da comunidade internacional. Em adição, a guerra contra o terrorismo desviou recursos e fez com que o tema fosse relegado ao segundo plano. Finalmente, o ataque ao pessoal envolvido em trabalho humanitário no Iraque e no Afeganistão retraiu a atuação das organizações internacionais e agências especializadas.<sup>50</sup>

Com a saída da ONU do Iraque é factível afirmar que a ação humanitária naquele país fracassou. O revés pode ser creditado à falta de consenso sobre que tipo de incidente humanitário estava ocorrendo naquele país. Não existia fome generalizada, epidemias ou movimentação de refugiados, mas, sim, locais com grande insegurança para civis.<sup>51</sup> Por outro lado, o ambiente era francamente hostil, sendo os agentes humanitários objeto de ataques, que culminaram com os atentados à bomba nas sedes da ONU e da Cruz Vermelha no Iraque. A força interventora (a coalizão militar liderada pelos Estados Unidos) era considerada ilegítima e os agentes humanitários vistos como seus representantes.<sup>52</sup>

Enquanto isso, o conflito na região de Darfur, no Sudão, caracteriza-se por graves violações aos direitos humanos sem que haja nenhuma ação efetiva da comunidade internacional para detê-las, situação que persiste até os dias atuais. Armados e abastecidos pelo governo sudanês, milícias árabes cometem genocídio na maior província sudanesa

<sup>50</sup> MACFARLANE, Neil S.; THIELKING, Carolin J.; WEISS, Thomas G., *op. cit.*, p. 977.

<sup>51</sup> DONINI, Antonio; MINEAR, Larry; WALKER, Peter. The Future of Humanitarian Action: Mapping the Implications of Iraq and other Recent Crises. *Disasters*, 28 (2), p.196, 2004.

<sup>52</sup> DONINI, Antonio; MINEAR, Larry; WALKER, Peter, *op. cit.*, p. 191 e 192.

mutilando, estuprando e matando a população negra local. A extrema violência das ações dessas milícias resultaram em dois milhões e meio de refugiados e quase meio milhão de mortos.<sup>53</sup>

Embora já em 2003 um Relatório Especial da ONU confirmasse a existência das atrocidades e indicasse a existência de provas cabais do envolvimento do governo árabe de Cartum nos massacres, as iniciativas da comunidade internacional limitaram-se ao envio de comida e medicamentos à população afetada. O governo sudanês inicialmente bloqueou qualquer ajuda às vítimas, posteriormente permitindo um acesso restrito aos refugiados com o fito de controlar os recursos enviados pela comunidade internacional.<sup>54</sup> Mesmo assim, os líderes dos Estados hegemônicos insistem em repetir iniciativas diplomáticas, mantendo uma neutralidade que favorece os criminosos em detrimento de suas vítimas.<sup>55</sup>

O abandono à própria sorte de Darfur reflete a impotência das agências humanitárias e da ONU frente aos temas da agenda internacional dos Estados hegemônicos. Por sua vez, a perigosa confusão entre atuação política e atuação humanitária, realizada por agências humanitárias em atividade no Iraque e no Afeganistão, mostra o descrédito e a oposição que uma intervenção humanitária cooptada pode trazer ao próprio humanitarismo.<sup>56</sup> Em Setembro de 2008, forças de paz da União Africana foram atacadas em Darfur na base de Haskanita por rebeldes das etnias que estão sendo vítimas de genocídio. O ataque, realizado com o objetivo de roubar armas e suprimentos, é resultado do fato da população local começar a ver os membros da força de paz como aliados do regime genocida de Cartum, porque presenciam os massacres e, nos termos de seu mandato, nada fazem para evita-los.<sup>57</sup>

Estas duas experiências atuais, Iraque e Sudão, parecem indicar que o instituto da intervenção humanitária enfrenta o dilema entre optar pela irrelevância ou pela instrumentalização de suas ações. As duas alternativas significariam um sério revés no processo de internacionalização dos direitos humanos. Restaria, assim, às futuras intervenções humanitárias, falharem em seus propósitos pela falta de força para deter os perpetradores das violações aos direitos humanos, devido à omissão da comunidade internacional. Seu fracasso seria o motivo para o retorno à intervenções minimalistas realizadas pela Cruz Vermelha e

<sup>53</sup> ODUMBANA, Nsongurua, *op. cit.*, p. 1149 a 1152.

<sup>54</sup> ODUMBANA, Nsongurua, *op. cit.*, p. 1155 e 1156.

<sup>55</sup> ODUMBANA, Nsongurua, *op. cit.*, p. 1151.

<sup>56</sup> DONINI, Antonio; MINEAR, Larry; WALKER, Peter, *op. cit.*, p. 192.

<sup>57</sup> GLASSBOROW, Katy; ADAM, Tajeldim. Darfuris Rail Against Possible Rebel Indictment, **Institute for War and Peace Reporting**: ICC Update n. 195.

agências correlatas.<sup>58</sup> Instrumentalizadas, como um aspecto subsidiário de uma agenda política hegemônica, as intervenções humanitárias conviveriam com a hostilidade das populações assistidas<sup>59</sup> e seriam consideradas como elementos de um novo colonialismo, chancelando intervenções militares ilegítimas e arbitrárias e sendo utilizadas politicamente para fins alheios à tutela internacional dos direitos humanos.<sup>60</sup>

Na tentativa de se buscar soluções para este dilema, o Feinstein International Famine Center, em parceria com a Cruz Vermelha, com as agências humanitárias da ONU e com várias organizações internacionais não governamentais, organizou um ciclo de debates sobre o futuro da ação humanitária pós-Iraque. Dentre as várias conclusões apresentadas, ressaltou-se a necessidade de se arquitetar medidas para salvaguardar a ação humanitária de manipulações políticas.<sup>61</sup>

Levando-se em conta a presença de um costume internacional embasado por uma fundamentação teórica sólida, o futuro da intervenção humanitária estaria em buscar meios de se reduzir a dependência dos entes intervenientes (agências da ONU, Cruz Vermelha, tribunais internacionais) em relação aos Estados hegemônicos e suas políticas. Talvez uma das formas de se reduzir esta dependência seja o aparelhamento jurídico das instituições envolvidas com a ação humanitária em suas difíceis relações de cooperação com os Estados aonde os incidentes humanitários ocorrem.

A preservação da legitimidade do instituto da intervenção humanitária como um costume internacional exige o afastamento das ações humanitárias de iniciativas de caráter puramente político e sua vinculação a instituições judiciais, como os tribunais penais internacionais. Ação humanitária e justiça internacional possuem vínculos inegáveis: a justiça internacional necessita da ação humanitária podendo ser entendida como um estágio desta na construção da paz e da segurança em uma sociedade dilacerada por graves violações aos direitos de seus membros. A ação humanitária, desta feita, depende da justiça internacional para atacar as causas das mazelas sociais cujo efeito visa minimizar. Assim, quando o incidente humanitário é conseqüência de graves crimes internacionais, a intervenção humanitária completa-se através do trabalho dos tribunais penais internacionais.

---

<sup>58</sup> MACFARLANE, Neil S.; THIELKING, Carolin J.; WEISS, Thomas G., *op. cit.*, p. 978 e 980.

<sup>59</sup> DONINI, Antonio; MINEAR, Larry; WALKER, Peter, *op. cit.*, p. 198.

<sup>60</sup> MACFARLANE, Neil S.; THIELKING, Carolin J.; WEISS, Thomas G., *op. cit.*, p. 979.

<sup>61</sup> DONINI, Antonio; MINEAR, Larry; WALKER, Peter, *op. cit.*, p. 203.

### 1.3. O LEGADO DOS TRIBUNAIS “AD HOC” DE RUANDA E DA EX-IUGOSLÁVIA

O fim da ordem bipolar na comunidade internacional, no início da última década do século passado, foi acompanhado pelo recrudescimento de conflitos de natureza étnica e religiosa em diferentes regiões do globo. Dentre os vários conflitos, destacam-se, pela dimensão da tragédia resultante, aqueles ocorridos na Iugoslávia e em Ruanda. Sob a égide de uma nova ordem internacional após a Guerra Fria, a comunidade internacional reage às graves violações aos direitos humanos ocorridas nesses dois países criando, através de resoluções do Conselho de Segurança da ONU, o Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para Ruanda.

Estas duas instituições destacam-se em relação às experiências precedentes de Nurembergue e Tóquio. Em primeiro lugar, foram criadas como órgãos subsidiários do órgão mais importante da Organização das Nações Unidas, estando fundamentadas em resoluções do Conselho de Segurança da ONU, o que lhes dá um maior grau de legitimidade, se comparadas ao fundamento jurídico dos Tribunais de Nurembergue e Tóquio. Destaca-se, ainda, o fato de que os tribunais “ad hoc” são instituições formalmente independentes em relação ao órgão que os criou. Por outro lado, enquanto os tribunais do período imediatamente após a Segunda Guerra Mundial apresentaram-se como cortes de vencedores sobre vencidos, onde os magistrados foram nacionais dos chamados países aliados, os tribunais “ad hoc” respeitam a imparcialidade, pois seus magistrados representam todas as regiões do mundo. Além disso, não são patrocinados por nenhuma das partes envolvidas no conflito, estando aptos a julgar violações cometidas por todas as facções envolvidas. Além da legitimidade e da imparcialidade, os tribunais “ad hoc” não estão sujeitos, como os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, a acusação de ferirem o princípio da legalidade tendo em vista que limitam-se a aplicar as disposições de direito material consagradas dentro do Direito Internacional. Por fim, ao contrário das experiências anteriores, os Tribunais Penais Internacionais “Ad Hoc” para Ruanda e para a Ex-Iugoslávia caracterizam-se pelo respeito aos princípios do devido processo legal em seus procedimentos penais.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> CONSIGLI, José Alejandro; VALLADARES, Gabriel Pablo. Los tribunales internacionales para ex Yugoslavia y Ruanda, precursores necesarios de la Corte Penal Internacional. **Revista Jurídica de Buenos Aires**, n. 1/2, p. 66, 1998.

Portanto, é patente a noção de que os tribunais “ad hoc” são experiências pioneiras na construção de uma justiça internacional penal, das quais resultaram uma série de contribuições para o desenvolvimento não só do Direito Internacional Penal, mas do próprio Direito Internacional Público. Não obstante, tais instituições encontraram uma série de dificuldades no cumprimento dos objetivos para o qual foram criadas, ou seja, punir os criminosos e garantir a paz e a segurança em Ruanda e na Iugoslávia. Imaginou-se que a atuação dos tribunais viesse a auxiliar no processo de paz e reconciliação e assegurar que tais crimes nunca mais viessem a ocorrer naquelas sociedades. Tais resultados, até agora, não parecem algo que pode ser afirmado com certeza.<sup>63</sup> Portanto, questiona-se a noção de que os tribunais “ad hoc” tenham sido experiências bem-sucedidas.<sup>64</sup>

Os territórios que formavam a República Socialista da Iugoslávia localizam-se na Península Balcânica, na porção sul e oriental do continente europeu. A Iugoslávia foi criada após a Primeira Guerra Mundial, como resultado da dissolução dos Impérios Austro-Húngaro e Otomano. Ao Reino da Sérvia, eslavo e cristão ortodoxo, foi adicionado províncias do Império Austro-Húngaro com grande diversidade étnica e maioria da população católica e províncias do Império Otomano igualmente com grande diversidade étnica, mas de maioria muçulmana, formando-se assim a Iugoslávia. Para conter a tensão política dentro de um território onde a etnia majoritária sérvia representava apenas 42% da população estabeleceram-se os chamados Tratados de Minorias cuja função era proteger os direitos das etnias minoritárias, mas cujo objetivo final parecia ser a assimilação destas.<sup>65</sup> Tal situação levou a sérias divisões internas que facilitaram inclusive a ocupação da Iugoslávia pelo exército nazista durante a Segunda Guerra Mundial. Após o conflito, sobe ao poder o Marechal Josip Broz (Marechal Tito) cujo governo de coalizão nacional arrefece os ânimos separatistas até sua morte, em 1985.

Com a dissolução da União Soviética, entre 1990 e 1991, ocorre o colapso da federação iugoslava, que se inicia com a declaração da independência da Eslovênia e da Croácia, em 25 de junho de 1990. Inicia-se uma guerra civil que, em 1992, desloca-se para a Bósnia-Herzegóvina aonde se utilizam como arma de guerra a tortura, o estupro, o tratamento

---

<sup>63</sup> NSEREKO, Daniel D. Genocidal conflict in Rwanda and the ICTR. **Netherlands International Law Review**. Hague. v.48. n.1. p.65. 2001.

<sup>64</sup> PENROSE, Mary Margaret. Lest we fail: the importance of enforcement in international criminal law. **American University International Law Review**. Washington D.C. v.15. n.2. p.332, 1999.

<sup>65</sup> ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo : Cia. das Letras, 1989, p. 323 e seguintes.

desumano dos prisioneiros e o bombardeio de alvos civis.<sup>66</sup> Diante da magnitude das atrocidades cometidas, em 22 de fevereiro de 1993, o Conselho de Segurança da ONU, através da Resolução 808, decidiu estabelecer um Tribunal Penal Internacional para o julgamento das pessoas responsáveis por sérias violações do Direito Internacional Humanitário, cometidas no território da Iugoslávia desde 1991. Em 25 de maio de 1993, o Conselho de Segurança adota a resolução 827, a qual, trazendo disposições específicas para a criação do Tribunal, convoca todos os Estados a cooperarem com ele, com base no Capítulo VII da Carta da ONU, e a tomarem as medidas necessárias para implementarem em suas relações internas as provisões da Resolução.<sup>67</sup>

O Tribunal teve sua atuação dificultada pelo recrudescimento do conflito e a multiplicação dos crimes, sem que a intervenção humanitária intentada pela comunidade internacional parecesse capaz de detê-lo. Residentes sérvios, cristãos ortodoxos em regiões majoritariamente ocupadas por muçulmanos ou católicos de origem croata formam enclaves na Croácia e na Bósnia-Herzegovina (as “repúblicas sérvias” de Krajina e da Bósnia). Com o apoio do exército iugoslavo, composto majoritariamente por sérvios, e a coordenação do governo central de Belgrado, os muçulmanos e croatas residentes nestes enclaves são expulsos de suas casas através da transferência forçada e de atos de terror, como a destruição das aldeias e massacres. Os governos da Croácia e da Bósnia-Herzegovina reagem e passam de vítima a agressores, cometendo graves crimes internacionais contra os sérvios. A situação atinge seu paroxismo na Bósnia com os crimes de guerra cometidos durante o cerco de Sarajevo, os crimes contra a humanidade cometidos através dos procedimentos de “limpeza étnica” - que incluíam os campos de concentração do Omarska e os campos de estupro da região do Prijedor - e o genocídio cometido na cidade de Srebrenica, este último com a omissão criminosa de forças de paz da ONU.

Tais fatos levam à intervenção humanitária realizada pela comunidade internacional através da OTAN e o Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia ao descrédito. É nesse contexto que, em 1997, a República Federal da Iugoslávia, liderada por seu presidente Slobodan Milosevic, inicia uma brutal repressão contra a milícia separatista da região do Kosovo. Em resposta, o Conselho de Segurança da ONU adotou a Resolução 1199

---

<sup>66</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *op. cit.*, fl. 244 e 245. A estas atrocidades, cometidas com o intento de eliminar ou expulsar os membros de outros grupos de um território chamou-se “limpeza étnica.”

<sup>67</sup> PENROSE, Mary Margaret, *op. cit.*, p. 336.

de 23 de setembro de 1998, determinando a Milosevic, nos termos do Paradigma da Segurança Coletiva, pusesse um fim aos massacres. A ameaça concreta de guerra trouxe Milosevic à mesa de negociações em Rambouillet, onde firmou um acordo com a Organização para a Segurança e Cooperação da Europa (OSCE). Esse acordo determinou a visita de uma missão de verificação de paz ao Kosovo, ato que se seguiu à adoção da Resolução 1203 pelo Conselho de Segurança que garantia a segurança dos membros da missão. A opinião pública internacional condenava os Estados Unidos e a OTAN por falhar em prevenir os massacres cometidos na Bósnia-Herzegovina. Assim, devido à continuidade dos massacres e à sabotagem no processo de paz realizada pelo exército da Iugoslávia, a OTAN alegou o fracasso das negociações de paz e a autorização implícita do uso da força presente nas Resoluções 1199 e 1203 do Conselho de Segurança para iniciar uma campanha de ataques aéreos não só no Kosovo, como também no território da Sérvia e Montenegro. Os bombardeios se estenderam por 40 dias até a retirada das forças sérvias e a ocupação da região por uma missão de paz da ONU.<sup>68</sup> Em 17 de fevereiro de 2008, o Kosovo proclamou sua independência, a qual não foi formalmente reconhecida por grande parte da comunidade internacional.

Em 18 de dezembro de 2008, o Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia havia realizado 161 indiciamentos, 116 julgamentos concluídos e 45 em fase de julgamento ou pré-julgamento, além de dois fugitivos à solta: Ratko Mladic e Goran Hadzic.<sup>69</sup>

Ruanda se encontra na porção centro-oriental da África, na região dos grandes lagos africanos. É um Estado pequeno, montanhoso, sem acesso ao mar e com grande densidade populacional. Em 1994, seus habitantes dividiam-se em três etnias, os tutsis (14% da população), os hutus (86% da população) e os twas (menos de 1% da população). Ao contrário de muitos estados africanos, Ruanda já existia, como um reino, antes da colonização européia. O Reino de Ruanda surgiu a partir da invasão dos tutsis, no século XV, os quais, após terem dominado o país, foram sendo assimilados à população local. Por isso não existem regiões do país ocupadas especificamente por nenhuma das três etnias, não existe um território exclusivo dos tutsi, hutus ou dos twas. As etnias dividem o mesmo território, falam a mesma língua e compartilham os mesmos mitos e costumes. Com o passar dos séculos mesmo as diferenças

---

<sup>68</sup> BYERS, Michael, *op. cit.*, p. 56, 127 e 139.

<sup>69</sup> Informação obtida no endereço [www.icty.org](http://www.icty.org) no dia 18/12/2008.

físicas foram sendo diluídas devido aos freqüentes casamentos entre membros de diferentes etnias.<sup>70</sup>

No entanto, o processo de assimilação deteve-se quando a região foi submetida à colonização européia. Importando as teorias racistas em voga na Europa, os colonizadores belgas classificaram os tutsis como uma raça superior às demais, favorecendo-os com oportunidades de educação e acesso à empregos públicos, tornando-os uma casta economicamente privilegiada. Em 1931, o governo belga introduz em Ruanda a identificação étnica dos cidadãos nas carteiras de identidade dos ruandeses. Após a Segunda Guerra Mundial, a Bélgica, agindo sob o mandato do Conselho de Tutela da ONU, inverte sua política, favorecendo os hutus e a eles transferindo o poder, quando da independência de Ruanda, em 1961. Estes estabelecem “cotas raciais” para a ocupação de cargos e funções públicas, diminuindo drasticamente a participação dos tutsis no processo político. Esta situação leva a etnia tutsi ao conflito armado e ao exílio de muitos de seus membros, os confrontos étnicos recrudescem a partir de 1990 com a invasão de Ruanda pela Frente Patriótica de Ruanda, grupo rebelde de maioria tutsi, a partir da fronteira de Uganda.<sup>71</sup> Após uma série de vitórias das forças rebeldes é assinado, em agosto de 1993 o Acordo de Paz de Arusha. Para mediar a pacificação do país forma-se, em outubro de 1993, uma força de paz da ONU, a UNAMIR.<sup>72</sup>

No entanto, no início de 1994, setores do governo comandados por hutus extremistas, descontentes com o Acordo de Arusha, iniciam a preparação de um massacre dos tutsis. Embora os serviços de inteligência americano, inglês e belga, além do próprio comandante da UNAMIR, Romeo Dallaire, informassem à ONU que um genocídio estava sendo planejado, nada foi feito. A força de paz da ONU não tinha autorização em seu mandato para interpor-se às partes em conflito e impedir o massacre, podendo atirar somente em legítima defesa. Aliás, mesmo que fosse autorizada a proteger os civis sob ataque, com a modificação de seu mandato, seu efetivo era insuficiente e não possuía armamento pesado. O Conselho de Segurança da ONU estava ciente deste fato e, mesmo assim, apenas ordenou que a UNAMIR permanecesse em Ruanda, sem interferir.<sup>73</sup> O genocídio é iniciado em 04 de Abril de 1994,

<sup>70</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 33.

<sup>71</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 35 a 37.

<sup>72</sup> MELVERN, Linda. The Security Council in the Face of the Genocide. **Journal of International Criminal Justice**, n. 3, p. 848, 2005.

<sup>73</sup> MELVERN, Linda, *op. cit.*, p. 849.

menos de uma hora depois que um atentado matou o presidente e o chefe do Estado Maior ruandês. O partido extremista hutu (Poder Hutu) toma o poder imediatamente e, através de uma mensagem em código transmitida via rádio, inicia um massacre que, em cem dias, matou 800 mil pessoas, um décimo da população do país.<sup>74</sup>

Iniciada a matança, o Conselho de Segurança da ONU, embora recebesse contínuos pedidos de socorro da UNAMIR e dos próprios tutsis ruandeses, demora mais de um mês para adotar a inócua Resolução nº 914, que solicita às partes um cessar-fogo e o início das negociações de paz enquanto o exército ruandês e milicianos hutus matavam dez mil pessoas por dia. Em artigo publicado posteriormente, o Cel. Romeo Dallairte, comandante da UNAMIR, acusa os governos da França, do Reino Unido e dos Estados Unidos de impedirem que as Nações Unidas tomassem as providências necessárias para impedir o genocídio em Ruanda. Afirmando que esses governos, membros permanentes com direito de veto no Conselho de Segurança, não autorizaram a intervenção por interesse nacionais próprios. Dallaire acusa especialmente a França por ter apoiado o regime hutu – inclusive seus elementos extremistas – ajudando-o a cometer o genocídio.<sup>75</sup> Foi necessário que os próprios tutsis, através da Frente Patriótica de Ruanda, interrompessem o genocídio, expulsando para o Congo os hutus envolvidos pelo genocídio e grande parte da população hutu, com medo da vingança dos tutsi.<sup>76</sup>

Com a situação interna em Ruanda relativamente estabilizada, a Resolução nº 935 do Conselho de Segurança, por sua vez, solicita a constituição de uma comissão de especialistas para investigar a ocorrência de graves violações aos direitos humanos em Ruanda. Por fim, a Resolução nº 955, de 8 de novembro de 1994, institui o Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para Ruanda, com a finalidade de contribuir para a reconciliação nacional e a manutenção da paz através do julgamento dos suspeitos de serem responsáveis pelas atrocidades cometidas no território de Ruanda entre 01 de janeiro de 31 de dezembro de 1994.<sup>77</sup> Até dezembro de 2008, o Tribunal realizou 74 prisões, estando 27 julgamentos em andamento, 9 acusados aguardando julgamento, 5 absolvidos, 4 libertados após cumprirem pena ou por retirada de indiciamento, 2 mortos e 2 transferidos para jurisdições nacionais e 26

<sup>74</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p 38.

<sup>75</sup> DALLAIRE, Romeo; MANOCHA, Kichan; DEGNARAIN, Nishan. The Major Powers on Trial. **Journal of International Criminal Justice**, n. 3, p. 861 e 865, 2005.

<sup>76</sup> GOUREVITCH, Philip. **Gostariamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias: Histórias de Ruanda.** São Paulo : Cia. de Bolso, 2006, p.157 a 161.

<sup>77</sup> CONSIGLI, Jose Alejandro; VALLADARES, Gabriel Pablo, *op. cit.* , p. 70 e 71.

condenações, incluindo prisão perpétua, das quais 7 já estão sendo cumpridas em países que aceitaram receber os acusados (Mali e Itália) e 19 acusados estão aguardando transferência.<sup>78</sup>

Os tribunais “ad hoc” deixam como legado um modelo de justiça penal internacional funcional e passível de ser realizado.<sup>79</sup> Este legado pode ser traduzido na consolidação de uma jurisdição internacional de natureza penal, na definição de uma estrutura institucional, no desenvolvimento de uma jurisprudência na área que possa servir como precedente e dos primeiros lineamentos de um processo internacional penal.

### 1.3.1. A consolidação da jurisdição internacional penal

Talvez a primeira grande contribuição dos tribunais “ad hoc” foi ter conferido vida e significado aos artigos 2 (5), 2 (6), 25, 39 e 49 da Carta da ONU e à própria concepção de comunidade internacional a qual eles tendem a apontar. De acordo com esses artigos, todos os Estados têm a obrigação de cooperar com os mecanismos internacionais estabelecidos pelas comunidades internacionais para combater os crimes internacionais. A cooperação nesta área deixa de ser uma questão voluntária, para tornar-se um dever absoluto imposto pelo Direito Internacional.<sup>80</sup>

De forma geral, ambos os tribunais estabeleceram a necessidade de se limitar o exercício da jurisdição à pessoas, não se julgando organizações, tal como ocorreu em Nurembergue.<sup>81</sup> Ambos os tribunais adotaram uma competência “ratione temporis”, no caso iugoslavo a partir de 1991 sem definição expressa de término e no caso ruandês, especificamente o ano de 1994<sup>82</sup>, medida delimitatória de competência que foi herdada pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional em seu artigo 11.<sup>83</sup> Ambos os tribunais também delimitaram sua competência em relação ao território, seja o território da antiga República Socialista da

<sup>78</sup> Informação obtida no endereço <http://69.94.11.53/default.htm> no dia 18/12/2008.

<sup>79</sup> PENROSE, Mary Margaret, *op. cit.*, p. 392.

<sup>80</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 53.

<sup>81</sup> CONSIGLI, Jose Alejandro; VALLADARES, Gabriel Pablo, *op. cit.*, p. 68.

<sup>82</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 42. É interessante notar que a extensão da jurisdição para o período entre 1990 e 1993, como queria o governo ruandês, não foi aprovada por oposição da França e que a jurisdição do Tribunal para Ruanda encerra-se em 31/12/1994 devido à exigência do próprio governo ruandês instalado após esse período.

<sup>83</sup> BRASIL. **Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional)**; Artigo 11. Competência *Ratione Temporis* 1. O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto. 2. Se um Estado se tornar Parte no presente Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto relativamente a esse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração nos termos do parágrafo 3º do artigo 12.

Iugoslávia, seja o território da República de Ruanda. Cabe observar que, se o crime foi cometido dentro do território sob competência da jurisdição internacional, não é necessário a existência de vínculo nacional para que se possa julgar um indivíduo, tendo o Tribunal de Ruanda, por exemplo, indiciado um cidadão belga por incitação ao genocídio.<sup>84</sup> O Tribunal de Ruanda, aliás, estendeu sua jurisdição também aos crimes cometidos por cidadãos ruandeses nos Estados contíguos a Ruanda. Tal disposição justifica-se pelo fato de que o fluxo de refugiados gerado pelos massacres em Ruanda inflamou as tensões étnicas existentes nos países vizinhos, além de que muitos dos refugiados constituíam-se em grupos armados. Era este o fato, aliás, que justificava diretamente uma intervenção sob o Capítulo VII da Carta da ONU em um conflito não internacional em Ruanda. Não obstante, parece clara a influência das disposições sobre a extensão da competência do Tribunal de Ruanda e a extensão da competência do Tribunal Penal Internacional que abrange não apenas o território do Estado Parte mas também o território aonde o indivíduo do Estado Parte venha a cometer crimes sob a competência do Estatuto de Roma ou ainda o território de terceiros Estados mediante acordo especial.<sup>85</sup>

A jurisdição em razão da matéria dos tribunais “ad hoc” compreende o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. Estes crimes, a exceção de algumas condutas típicas dos crimes contra a humanidade, já eram crimes tipificados em tratados e universalizados pelo direito costumeiro internacional. Em relação a eles os estatutos dos tribunais apenas estabeleceram mecanismos para julgar e punir os indivíduos que os cometeram.<sup>86</sup> Por isso, pode-se dizer que a competência sobre os crimes dos tribunais “ad hoc” se encontra calcada, com algumas adaptações, em documentos já existentes: os Princípios de Nurembergue em relação aos crimes contra a humanidade; a Convenção para a Punição e

<sup>84</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 41.

<sup>85</sup> BRASIL. **Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional)** Artigo 12; Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição 1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5º. 2. Nos casos referidos nos parágrafos *a*) ou *c*) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º: a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave; b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime. 3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX.

<sup>86</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 42.

Repressão do Crime de Genocídio em relação a este crime e as Convenções de Genebra e Protocolos, além da Quarta Conferência de Haia, com seu Regulamento anexo, em relação aos crimes de guerra.<sup>87</sup> Embora não tenham inovado a respeito do tema, a competência em razão da matéria foi a base essencial para a definição dos crimes sob a competência do Tribunal Penal Internacional.

Menos óbvia, e talvez mais importante, tenha sido a contribuição que os tribunais “ad hoc” deixam a respeito do relacionamento entre a jurisdição internacional penal e as jurisdições nacionais penais, estabelecendo parâmetros para resolver os conflitos de jurisdição nesta área que, com certeza, influenciarão as futuras decisões do Tribunal Penal Internacional sobre a admissibilidade de um caso para julgamento.

Em ambos os estatutos, a jurisdição dos tribunais “ad hoc” é classificada como concorrente, ou seja, não impede o exercício da jurisdição por parte dos tribunais internos, não obstante, ao adotarem o princípio do “ne bis in idem” estabelecem a primazia sobre os tribunais nacionais nos casos em andamento.<sup>88</sup> Desta forma, os tribunais “ad hoc” podem requerer formalmente às jurisdições nacionais que declinem sua competência, como aconteceu com o Caso Musema, em que a Suíça declinou de sua competência em favor do Tribunal de Ruanda.<sup>89</sup> A regulamentação do princípio do “ne bis in idem” permite que os tribunais venham a julgar novamente alguém já julgado por uma corte nacional quando os atos que a pessoa praticou tenham sido por esta caracterizados como crimes comuns, quando não foram julgados com a devida diligência ou quando os procedimentos não foram nem imparciais, nem independentes, ou foram realizados para isentar o acusado de sua responsabilidade internacional.<sup>90</sup> Tais disposições vieram a influenciar diretamente o Estatuto de Roma em suas disposições sobre o princípio do “ne bis in idem” e o respeito à coisa julgada.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> CONSIGLI, Jose Alejandro; VALLADARES, Gabriel Pablo, *op. cit.*, p. 69.

<sup>88</sup> CONSIGLI, Jose Alejandro; VALLADARES, Gabriel Pablo, *op. cit.*, p. 70.

<sup>89</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 42.

<sup>90</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 43.

<sup>91</sup> BRASIL. **Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional)** Artigo 20; *Ne bis in idem*: 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais esta já tenha sido condenada ou absolvida. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

O embasamento jurídico da primazia da jurisdição não só do Tribunal da Iugoslávia, mas também do Tribunal de Ruanda, foi posto à prova no Caso Tadic, quando a defesa apresenta recurso à decisão da Câmara de Primeira Instância sobre a exceção de incompetência apresentada pela defesa.<sup>92</sup> A defesa considerou a primazia da jurisdição do Tribunal sobre as jurisdições nacionais injustificada considerando, no Caso Tadic que: os crimes foram cometidos no território da Bósnia-Herzegovina e que, portanto, a primazia do exercício da jurisdição pertencia àquele Estado; a igualdade soberana dos Estados que protege o exercício da jurisdição de cada um deles; o “*ius non evocando*” para fundamentar a ilegitimidade da jurisdição do Tribunal e o “*locus standi*” do suspeito, que foi preso na Alemanha, e que, por isso, deveria ter a primazia no julgamento deste por ser o Estado de custódia.<sup>93</sup>

A Câmara de Apelação não aceitou as alegações da defesa de Tadic. Em relação à jurisdição da Bósnia-Herzegovina não havia procedimento em curso e, portanto, não havia o porque justificar a primazia de jurisdição. Em relação à igualdade soberana dos Estados, considerando a Alemanha como Estado de custódia, a Câmara de Apelação não aceitou a alegação da defesa de que o acusado já se encontrava em julgamento naquele país, visto que o procedimento ainda se encontrava na fase investigatória.<sup>94</sup>

Por outro lado, a ilegitimidade da primazia da jurisdição do Tribunal foi apresentada pela defesa, a qual interpretou que o artigo 2 (1) da Carta da ONU afirma que, a não ser que haja um costume, um tratado ou um consentimento expresso, uma jurisdição estranha não pode ser exercida no território de um Estado, não sendo suficiente para suprir tal deficiência uma resolução do Conselho de Segurança e que, portanto, o fundamento da jurisdição do Tribunal da Iugoslávia era ilegítimo. Ignorando o artigo 2 (7) do mesmo documento, que poderia ser interpretado de forma a constituir uma exceção à interpretação do princípio citada pela defesa<sup>95</sup>, a Câmara de Apelação responde que os crimes julgados pelo Tribunal são crimes universais, e não de jurisdição doméstica e que, por isso, a soberania estatal não tem

<sup>92</sup> LATTANZI, Flavia. La primazia del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia sulle giurisdizioni interne. **Rivista di Diritto Internazionale**. Milano. v.79. n.3. p.597, 1996.

<sup>93</sup> LATTANZI, Flavia, *op. cit.*, p. 599.

<sup>94</sup> LATTANZI, Flavia, *op. cit.*, p. 600.

<sup>95</sup> BRASIL. **Decreto n. 19841/45 (Carta das Nações Unidas)** Artigo 2; A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no art. 1º, agirão de acordo com os seguintes princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus Membros. (...) 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em que assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

precedência em julgá-los frente a um tribunal internacional corretamente constituído. Em se tratando de crimes universais, pelo contrário, nada obsta que, do ponto de vista do Direito Internacional, não havendo a qualificação do indivíduo como órgão de um Estado estrangeiro, que cada Estado exerça sua atividade punitiva a respeito de quem quer que seja e onde quer que o crime tenha sido cometido.<sup>96</sup> Sem embargo do fato de que o argumento não é suficiente para legitimar a primazia da jurisdição internacional, haja vista que serve tanto para tribunais internacionais quanto para terceiros Estados, o Caso Tadic determinou um padrão de atuação onde o princípio da soberania permanece acatado e levado em consideração, embora não de forma absoluta, padrão este que pode ser visto como um passo à frente em um processo gradativo de transformação da ordem internacional. A verificação do consenso da Bósnia e da Alemanha se impôs não pelos argumentos aduzidos pela defesa, mas, sim, pela necessidade prática de transferir-se o réu e os elementos presentes no inquérito do Estado alemão para Haia e pela necessidade da colocação à disposição de provas e testemunhas, por parte da Bósnia.<sup>97</sup>

Levando-se em conta a conexão explicitada pela idéia de que a jurisdição internacional dos tribunais “ad hoc” repousam, em última instância, no conceito de crimes universais, a jurisdição do Tribunal da Iugoslávia foi indiretamente posta em cheque quando a República Federal da Iugoslávia perante a Corte Internacional de Justiça declarou-se não sucessora dos tratados assinados pela República Socialista da Iugoslávia e, por isso, não vinculada às obrigações de membro das Nações Unidas e da Convenção para a Punição e Repressão do Crime de Genocídio durante o período sob a jurisdição do Tribunal, tendo em vista caso movido contra ela pela Bósnia-Herzegovina, buscando sua responsabilização pelos crimes ocorridos durante a guerra civil.<sup>98</sup> Uma decisão favorável à Iugoslávia seria um revés para todo o Direito Internacional Penal, haja visto que os Estados envolvidos em crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio geralmente são objeto de graves comoções que resultam em extinção e posterior sucessão de Estados. Uma vez aceita qualquer forma de desvinculação das obrigações internacionais na área, haveria graves empecilhos ao julgamento e punição dos indivíduos que cometeram tais crimes. A Corte Internacional de Justiça, contudo, não aceitou os argumentos da Iugoslávia, com base no comportamento daquele país,

---

<sup>96</sup> LATTANZI, Flavia, *op. cit.*, p. 606.

<sup>97</sup> LATTANZI, Flavia, *op. cit.*, p. 608.

<sup>98</sup> FORLATI, Serena. La sentenza della Corte internazionale di giustizia in merito alla richiesta di revisione della pronuncia sulla giurisdizione resa fra Bosnia e Jugoslavia. **Rivista di Diritto Internazionale**. Milano. v.86. n.2. p.430. apr./giug. 2003.

o qual determinava uma aceitação tácita ao Estatuto de Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e da Convenção para a Punição e Repressão do Crime de Genocídio. No entanto, a Corte não entrou no mérito de se discutir a sucessão de Estados propriamente dita ou de afirmar se existe ou não, uma vinculação automática de um novo Estado aos tratados de direitos humanos.<sup>99</sup> Por isso, não resolveu o ponto central e deixou em aberto a possibilidade para a proposição de demandas semelhantes no futuro.

### 1.3.2. A consolidação de um modelo de estrutura institucional

As estruturas dos tribunais “ad hoc” são semelhantes e serviram de modelo para a definição da estrutura do Tribunal Penal Internacional. A estrutura institucional constitui-se de um Presidente que preside as reuniões plenárias do Tribunal, coordena os trabalhos das Câmaras e controla as atividades da Secretaria do Tribunal e um Vice-Presidente, que exerce as funções do Presidente em caso de ausência ou renúncia deste. Os órgãos judicantes incluem duas Câmaras de Primeira Instância, com um Presidente e dois juízes cada e uma Câmara de Apelações. Inclui também um “Bureau” formado pelo Presidente e Vice-Presidente, além dos Presidentes das Câmaras de Primeira Instância, que examina todas as questões importantes afetas ao funcionamento institucional. A Promotoria, formada pelo Promotor, pelo Promotor-Adjunto e assessorada pelo Escritório da Promotoria, cuida da instrução dos processos, investigando e estabelecendo os fatos para a acusação. É um órgão independente que não está sujeito a nenhum tipo de autoridade ou controle por parte do Tribunal ou do Conselho de Segurança. Por sua função investigatória (determinada pelo fato de que os Tribunais não possuem polícia judiciária) e pela sua independência aponta-se para a adoção do modelo anglo-saxônico de Ministério Público. À Secretaria cabe a administração e a prestação de serviços do Tribunal, sendo um órgão comum às Câmaras e à Promotoria.<sup>100</sup> A Câmara de Apelações e à Promotoria são comuns a ambos os tribunais. Os motivos apontados são a contenção de custos e a possibilidade de harmonização e uniformização da jurisprudência do Tribunal.<sup>101</sup> À exceção do Bureau, substituído em suas funções pela Assembléia dos Estados-Parte, a estrutura dos tribunais “ad hoc” foi plasmada no Tribunal Penal Internacional. O modelo fornecido pelas cortes de Iugoslávia e Ruanda não se limita à jurisdição e à estrutura

<sup>99</sup> FORLATI, Serena, *op. cit.*, p. 435.

<sup>100</sup> CONSIGLI, Jose Alejandro; VALLADARES, Gabriel Pablo, *op. cit.*, p. 67 e 73 a 75.

<sup>101</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 43.

institucional, contudo. As experiências vivenciadas levaram à várias adaptações no sistema processual e à formação de uma jurisprudência que, com certeza, são importantes para o Tribunal Penal Internacional.

### 1.3.3. O desenvolvimento do Direito Processual Internacional Penal

Devido ao escasso relevo das normas processuais dos Tribunais de Nurembergue e Tóquio e ao caráter limitado e sumário desses tribunais, o regulamento processual do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia pode ser considerado o primeiro regulamento internacional de procedimento penal. A sua elaboração exigiu uma intensa atividade de comparação entre os maiores sistemas processuais do mundo, buscando retirar desses sistemas os elementos que melhor se adaptam à repressão dos crimes sob a competência do Tribunal.<sup>102</sup>

Em relação à jurisdição concorrente entre a jurisdição do Tribunal e as jurisdições nacionais, o regulamento determina as modalidades e casos específicos onde o Tribunal poderá exercer a jurisdição em via prioritária. Disposições como os poderes de investigação do Promotor, os direitos do acusado e das testemunhas, o sistema probatório e as regras de cooperação do Tribunal com outros entes políticos (incluídos os não-estatais) foram incluídos no regulamento e emendadas posteriormente, com o objetivo de adaptar o processo criminal do Tribunal às condições existentes.<sup>103</sup>

A flexibilidade ganha pela possibilidade dos juizes alterarem as regras processuais tem permitido aos magistrados tomarem medidas efetivas para reduzir a demora dos procedimentos e aumentar a efetividade da jurisdição. No entanto, parte da doutrina afirma que, para que este objetivo seja bem sucedido, algumas regras deveriam ser reconsideradas como, por exemplo, as que disciplinam o direito da defesa apelar em decisões interlocutórias.<sup>104</sup> O sistema processual é acusado de ser laborioso, longo e complexo demais. Suas regras sobre procedimento e produção de provas são apontadas como responsáveis por contribuir para a perda de prestígio das instituições enquanto corpos judiciais capazes de fazer justiça.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> VIERUCCI, Luisa. Gli emendamenti al regolamento di procedura del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia. **Rivista di Diritto Internazionale**. Milano. v.79. n.1. p.71, 1996.

<sup>103</sup> VIERUCCI, Luisa, *op. cit.*, p. 81 a 90.

<sup>104</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 62.

<sup>105</sup> PENROSE, Mary Margaret, *op. cit.*, p. 369 e 370.

Muitas das alterações realizadas no regulamento processual dos tribunais “ad hoc” (especialmente do Tribunal da Iugoslávia) podem ser vistas com estranheza, quando analisadas sob o pálio das garantias do acusado dentro do procedimento penal. Neste diapasão podem ser citadas a possibilidade de não se divulgar a identidade de testemunhas, (com alteração de sua voz e imagem), a realização de audiências a portas fechadas ou a vedação do acesso público ao caderno processual.<sup>106</sup> Em relação ao direito de não testemunhar sobre fatos que incriminem a si mesmo, a Câmara pode obrigar a testemunha a depor em detrimento de tal direito, no entanto este depoimento não poderá ser utilizado em procedimento criminal subsequente contra a testemunha (o único procedimento criminal subsequente autorizado é o de perjúrio).<sup>107</sup> Embora o direito do acusado de permanecer calado tenha sido incluído, bem como tenham sido aumentados seus direitos em relação aos meios de prova, algumas alterações no regulamento processual foram introduzidas no sentido de limitar o acesso da defesa a documentos internos produzidos pela Promotoria sobre o caso ou mesmo a informações as quais o Promotor entenda que a comunicação a defesa pode acarretar prejuízo ao interesse público ou à segurança de um Estado. Os métodos de prova também foram alterados no sentido de se admitirem provas que ignorem certos direitos fundamentais, desde que seu procedimento de obtenção seja íntegro e confiável, sendo aceitas, por exemplo, provas obtidas por meio de embustes ou do trabalho de agentes secretos.<sup>108</sup>

Esta distorção no equilíbrio entre as partes dentro do processo é um requisito que foi imposto pela experiência de se julgar indivíduos investidos de altos cargos de natureza civil ou militar, ou ainda de grande poder econômico, como são, em sua maioria, os acusados pelos tribunais “ad hoc”. No julgamento de Slobodan Milosevic, por exemplo, o réu, em um ato de intimidação pública durante o julgamento, disse a uma das testemunhas de acusação que sabia o nome e o endereço de todos os seus familiares.<sup>109</sup> No caso de indiciados que permaneceram em liberdade por longo tempo exercendo seus cargos de comando, como foi comum no Tribunal da Iugoslávia, o risco às testemunhas e a dificuldade na colheita de provas é ainda maior. Desta forma, no processo internacional penal, existe uma inversão na situação clássica de desigualdade presente no processo penal de um crime comum. Enquanto no procedimento penal por crime comum o indivíduo encontra-se numa situação de hiposuficiência em relação

<sup>106</sup> VIERUCCI, Luisa, *op. cit.*, p. 75.

<sup>107</sup> VIERUCCI, Luisa, *op. cit.*, p. 76.

<sup>108</sup> VIERUCCI, Luisa, *op. cit.*, p. 81 a 86.

<sup>109</sup> BASS, Gary J. Milosevic in the Hague. **Foreign Affairs**. New York : vol. 82, n. 3, p. 84, may/jun 2003.

à máquina estatal representada pela Promotoria, nos tribunais “ad hoc” esta hiposuficiência pertence à Promotoria. Enquanto os acusados são ou foram órgãos do Estado, muitas vezes permanecendo de forma direta ou indireta com a máquina pública à sua disposição, a acusação é representada por um órgão independente de um corpo judicial sem força coercitiva própria, sempre a depender da boa vontade dos destinatários de seus requerimentos. Por isso, a busca pela igualdade nas partes no processo, nos tribunais “ad hoc”, segue uma tendência inversa àquela existente nos processos penais nacionais.

#### 1.3.4. A consolidação de uma jurisprudência internacional de natureza penal

Embora as decisões dos tribunais “ad hoc”, como as decisões dos tribunais internacionais em geral, só tenham caráter vinculante para as partes às quais foram destinadas, sua jurisprudência têm desempenhado um importante papel no esclarecimento de obscuridades e no desdobramento do significado das normas de Direito Internacional, em geral, e das normas de Direito Internacional Penal, em particular. Como uma Câmara de Julgamento não é obrigada a seguir suas decisões prévias a respeito de um assunto e muito menos as decisões de outras Câmaras de Julgamento (ou de outro Tribunal), a influência de cada decisão depende de sua capacidade de persuasão, o que varia de acordo com a fundamentação empregada ou com a reputação do juiz que a escreveu.<sup>110</sup>

A jurisprudência de ambas as Cortes foi aplicada e citada, como forma de desenvolver certas matérias de forma semelhante. Assim, cada um dos tribunais “ad hoc” tem seus casos paradigmáticos. O Caso Akayesu, por exemplo, representou a primeira vez que uma pessoa foi julgada pelo crime de genocídio por um tribunal penal internacional, o que significou uma oportunidade de interpretar as provisões da Convenção da ONU sobre o crime, como a definição dos elementos que caracterizam um grupo étnico ou a caracterização da violência sexual como um ato de genocídio, ao afirmar que o trauma que acompanha a violência sexual constitui uma séria lesão que visa destruir o grupo enquanto tal retirando o espírito coletivo, a vida em comum no grupo e a própria vontade de viver.<sup>111</sup> Igualmente importante foi o caso de Jean Kambanda, Primeiro Ministro de Ruanda durante os eventos de 1994, o qual declarou-se culpado, tendo em vista que era chefe de governo e presidiu os massacres, demonstrando que os crimes foram planejados. Tendo sido a primeira pessoa na História que assumiu a

<sup>110</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 54 e 55.

<sup>111</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 55 a 59.

responsabilidade por um genocídio perante um tribunal internacional, o julgamento de Jean Kambanda serviu para repudiar a teoria de que o genocídio e outros crimes graves ocorridos em Ruanda foram atos espontâneos de uma guerra civil.<sup>112</sup>

A jurisprudência do Tribunal da Iugoslávia apresenta uma série de casos freqüentemente citados, como a condenação de Drazen Erdemovic pela sua participação nos massacres de Srebrenica por crimes contra a humanidade<sup>113</sup> e a condenação do general Radislav Krstic por crimes contra a humanidade e genocídio.<sup>114</sup> Dentre vários outros pode-se citar a importância do Caso Tadic, cuja decisão trata da supressão entre o conceito de conflito interno e conflito externo para a configuração de crimes internacionais ou o Caso Delalic, que produziu para o Direito Internacional Penal uma definição de estupro neutra em relação ao gênero e que abrange as condutas típicas consideradas como estupro em grande número de jurisdições nacionais, preenchendo assim as exigências do princípio “*nullum crimen sine lege stricta*”.<sup>115</sup>

O julgamento de maior destaque, todavia, foi o de Slobodan Milosevic, ex-Presidente da Iugoslávia acusado de cometer genocídio e crimes contra a humanidade na Bósnia e crimes contra a humanidade em Kosovo e na Croácia. Primeiro ex-chefe de Estado a sentar-se no banco dos réus de um Tribunal Internacional, o julgamento de Milosevic foi apontado como um divisor de águas, um evento que moldaria os futuros esforços na punição dos maiores criminosos do mundo.<sup>116</sup>

Como Milosevic não era acusado de cometer homicídio com as próprias mãos, a acusação tinha de demonstrar sua responsabilidade de comandante ordenando as matanças ou, sabendo delas, nada fazendo para impedi-las. Embora com uma postura desafiadora, a tese de defesa mais consistente de Milosevic se concentrava na evasão de assumir sua responsabilidade, apresentando-se como um funcionário público sem iniciativa própria, à moda da defesa de Adolf Eichmann. Mas a acusação conseguiu demonstrar que o ex-presidente realmente estava no comando dos processos de limpeza étnica e do planejamento dos crimes contra a humanidade através de testemunhos, conversas telefônicas gravadas ou cartas endereçadas a ele. Mais do que o precedente jurídico, todavia, esperava-se que o julgamento de Milosevic fosse transformado em um exemplo, uma advertência, para os

<sup>112</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 62 a 64.

<sup>113</sup> CONSIGLI, Jose Alejandro; VALLADARES, Gabriel Pablo, *op. cit.*, p. 75 a 77.

<sup>114</sup> SIMONS, Marlise. Tribunal in The Hague Finds Bosnian Serb Guilty of Genocide. **The New York Times on the Web**, August 3, 2001. Informação obtida no sítio <www.nytimes.com> no dia 03/08/2001.

<sup>115</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 61.

<sup>116</sup> BASS, Gary J., *op. cit.*, p. 82.

governantes de todo o mundo, de que não estarão fora do alcance da justiça internacional.<sup>117</sup> A morte em circunstâncias obscuras do ditador antes da prolação de sua sentença frustrou grande parte das esperanças a respeito do julgamento, no entanto o falecimento no cárcere pode ainda ser visto como um exemplo e uma advertência.

### 1.3.5. O desafio da efetividade: a falta de mecanismos de imposição

Mesmo considerando que a essência dos tribunais internacionais seja agir dentro da Lei, sua ação tem sido estrangida e limitada por nuances operacionais da cooperação judiciária prestada pela comunidade internacional. A falta da real possibilidade de adoção de medidas coercitivas a Estados recalcitrantes e de uma polícia judiciária própria mergulham os tribunais “ad hoc” na impotência ante a falta de boa vontade dos destinatários de seus requerimentos.<sup>118</sup>

O Tribunal de Ruanda, por exemplo, encontrou oposição do novo governo daquele país, composto majoritariamente por tutsis, desde sua criação, com a Resolução 955 do Conselho de Segurança. Ruanda foi o único Estado que votou contra a criação do Tribunal, alegando que a fixação da jurisdição “ratione temporis” em 1994 deixaria de fora vários instigadores do genocídio.<sup>119</sup> O representante de Ruanda também alegou que, sendo a morte a pena máxima em Ruanda, e prisão perpétua a pena máxima do Tribunal, os piores criminosos, julgados pelo Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para Ruanda, teriam penas mais brandas do que aqueles julgados pelos tribunais nacionais ruandeses. Por fim, Ruanda alegou no Conselho de Segurança que países que haviam apoiado o regime genocida participaram da escolha dos magistrados do Tribunal. A oposição de Ruanda à instituição tornou-se mais aguda quando a Resolução 977 do Conselho de Segurança determina que o Tribunal se instalaria em Arusha, capital da Tanzânia, e não em Kigali, capital de Ruanda.<sup>120</sup>

A oposição do governo de Ruanda manifestou-se de forma clara no Caso Barayagwisa. Refugiado em Camarões, o réu aguardou preso quase um ano para ser extraditado ao Tribunal de Ruanda e mais um período semelhante até que a Promotoria decidisse indiciá-lo. Insurgindo-se o réu contra esta situação, a Corte de Apelação ordenou que este fosse libertado, por ter sido violado seu direito a um julgamento rápido, bem como de ser informado da causa e da natureza das acusações pelas quais permaneceu preso. Reagindo de forma contundente, o

<sup>117</sup> BASS, Gary J., *op. cit.*, p. 83 a 86.

<sup>118</sup> PENROSE, Mary Margaret, *op. cit.*, p. 350.

<sup>119</sup> CONSIGLI, Jose Alejandro; VALLADARES, Gabriel Pablo, *op. cit.*, p. 70 e 71.

<sup>120</sup> CONSIGLI, Jose Alejandro; VALLADARES, Gabriel Pablo, *op. cit.*, p. 72.

Estado de Ruanda acusou a Corte de Apelação de agir com parcialidade e, em represália, proibiu dezesseis ruandeses de irem a Arusha fornecerem provas ao Tribunal em outros casos e vetou a entrada da Promotora em Ruanda para cumprir tarefas oficiais, ameaçando assim nunca mais cooperar com o Tribunal.<sup>121</sup> A pressão política sofrida pelo Tribunal no sentido de dirigir sua atuação foi amplamente debatida e, de certa forma, confirmada pela Corte de Apelação no texto de sua decisão.<sup>122</sup>

A situação do Tribunal da Iugoslávia foi ainda mais difícil. Criado em 1993, o Tribunal começou funcionando em escala reduzida, com reduzido apoio político e um pequeno número de suspeitos sob custódia, pouco podendo fazer para tornar a guerra, que continuava na Bósnia, menos brutal. O Tribunal chegou ao seu nadir em 1995 quando forças sérvias, lideradas pelo general Ratko Mladic e por Radovan Karadzic, assassinaram 7 mil homens e meninos bósnios muçulmanos na “área de segurança da ONU” de Srebrenica.<sup>123</sup>

Mesmo após a revolução democrática na Iugoslávia, que resultou no envio de Milosevic para Haia, o governo iugoslavo apresenta grande relutância em cooperar com o Tribunal. Oficiais do exército iugoslavo acusados de participarem do massacre de Vukovar, em 1991, foram julgados apenas em Maio de 2006 como uma forma de diminuir a culpabilidade da Sérvia em uma ação contra ela proposta pela Bósnia-Herzegóvina perante a Corte Internacional de Justiça e há indícios de que Ratko Mladic esteja sob a proteção do exército iugoslavo. Até 2003, mais da metade dos pedidos de cooperação enviados pela Promotoria ao governo iugoslavo não foram respondidos, pois o governo pós-Milosevic considera a cooperação com o Tribunal como uma forma de conseguir ajuda econômica do Ocidente.<sup>124</sup>

Como exemplo desta assertiva, realizou-se a recente prisão de Radovan Karadzic, líder dos sérvios na Bósnia durante a guerra civil e mentor de uma série de atrocidades contra a população muçulmana, entre elas o já citado massacre de Srebrenica, reconhecido pelo Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia como um genocídio. Com o visual modificado pela barba crescida e pelos óculos Karadzic movimentava-se à vontade na capital da Sérvia, freqüentando habitualmente um bar chamado Hospício decorado com fotos suas e de Milosevic na parede.<sup>125</sup> Indiciado em 1995 chegou a ser considerado como o homem

<sup>121</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 45 a 47.

<sup>122</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 49 e 50.

<sup>123</sup> BASS, Gary J., *op. cit.*, p. 83.

<sup>124</sup> BASS, Gary J., *op. cit.*, p. 86.

<sup>125</sup> TEIXEIRA, Duda. O Assassino que Virou Guru. **Revista Veja**, edição 2071, ano 41, nº 30, 30 de julho de 2008, p. 88.

mais procurado do mundo e ter uma recompensa de cinco milhões de dólares por sua captura. Não obstante, um grupo de jornalistas afirma ter precisado de apenas dois dias para localizar seu paradeiro em julho de 2000, não logrando encontra-lo, segundo eles, porque foram impedidos de continuar suas buscas pela CIA.<sup>126</sup>

Karadzic foi preso em 21 de julho de 2008 enquanto esperava um ônibus depois que a União Européia impôs à Sérvia e Montenegro sua prisão e a de Ratko Mladic como condição para que o país pudesse negociar a entrada no bloco. Para o chefe das investigações na Sérvia, a iminente prisão de Mladic é uma “questão técnica”.<sup>127</sup> Apresentando-se perante o Tribunal, Radovan Karadzic alegou que não era passível de julgamento, devido a um acordo o qual afirma ter feito com o então embaixador americano na ONU Richard Holbrooke, em 1996, argumentando ter trocado o seu abandono da vida política pela imunidade perante a justiça internacional.<sup>128</sup>

O mais impressionante em relação ao conflito iugoslavo, contudo, foi a falta de disposição da própria comunidade internacional em auxiliar o Tribunal. Mesmo depois que a OTAN atacou o exército Bósnio-Sérvio e supervisionou o cumprimento dos acordos de Dayton, que terminaram a guerra, o Tribunal ainda teve que esperar quase dois anos para que as tropas da OTAN começassem a prender os suspeitos.<sup>129</sup> Isto se deve principalmente devido à relutância das forças da OTAN em empreender operações de prisão de suspeitos que pudessem resultar em risco para os soldados. Não havia, portanto, vontade política e o Tribunal teve de se contentar com capturas fortuitas de suspeitos ou mudanças políticas internas nos Balcãs para poder cumprir sua tarefa.<sup>130</sup>

Esta debilidade reflete-se na falta de aparelhamento jurídico dos tribunais para cumprir seus objetivos a contento. Os tribunais não têm o poder endereçar intimações sob ameaça de sanção a indivíduos que sejam funcionários públicos ou órgãos dos Estados, apenas solicitações. Isso significa que os Estados podem recusar-se à cooperar com o Tribunal, não autorizando indivíduos que estão revestidos da função de órgãos públicos a testemunhar ou

<sup>126</sup> ANDERSON, Scott. What I Did on My Summer Vacation. **Esquire Magazine**. Informação obtida no endereço [www.esquire.com](http://www.esquire.com) no dia 10/06/2008.

<sup>127</sup> ROKNIC, Aleksandar. Serbia Finally "Willing" To Catch Fugitives. **Institute for War and Peace Reporting**. ICTY – Tribunal Update n° 580.

<sup>128</sup> JENNINGS, Simon. Should ICTY Probe Karadzic Immunity Deal Claims? **Institute for War and Peace Reporting**. ICTY – Tribunal Update, n° 569.

<sup>129</sup> BASS, Gary J., *op. cit.*, p. 83.

<sup>130</sup> PENROSE, Mary Margaret, *op. cit.*, p. 361 a 364.

mesmo determinando a não cooperação na produção de provas ou na proteção às vítimas e testemunhas, sem que o Tribunal possa impor sanções. Um indivíduo só se encontra sob a ameaça de sanções por parte do Tribunal quando for particular ou quando, órgão do Estado, age em desacordo com as funções para as quais foi investido ou, ainda, quando o próprio Estado determina que ele coopere com o Tribunal.<sup>131</sup>

Tal situação torna, na prática, a jurisdição dos tribunais “ad hoc” inferiores àquela dos tribunais nacionais as quais ela deveria ter primazia.<sup>132</sup> Em verdade, a impossibilidade dos tribunais de emitirem intimações com força coercitiva contra indivíduos que são órgãos de um Estado se encontra em dissonância com postulados estabelecidos pelo Direito Internacional. A teoria dos poderes implícitos, enunciada pela Corte Internacional de Justiça, afirma que uma organização internacional possui também aquelas funções e aqueles poderes os quais, mesmo não estando expressamente incluídos em seu ato constitutivo, são conferidos pelo entendimento de que são essenciais para a realização de seus propósitos. Como os crimes de guerra e crimes contra a humanidade são cometidos, em sua maior parte, por indivíduos que agem na condição de órgãos do Estado, é natural que parte expressiva do material para a comprovação desses delitos se encontre com pessoas que se revestem ou foram revestidas dessa condição. Portanto, a possibilidade de exercitar sua jurisdição sobre essas pessoas no sentido exposto se encontra dentro dos poderes implícitos de um órgão com função jurisdicional sobre esses crimes.<sup>133</sup> Infelizmente, a própria Câmara de Apelação dos tribunais “ad hoc” adotou um entendimento assaz limitado acerca das possibilidades dos tribunais “ad hoc” frente à não cooperação estatal.<sup>134</sup>

A falta de mecanismos de imposição, portanto, pode ser apontada como um dos grandes problemas que se apresentam para a efetividade da justiça internacional penal, pois a ação dos tribunais tem sido estrangida e limitada pelos Estados e isso impede que os tribunais atinjam os objetivos para os quais foram criados, ou seja, o fim da impunidade e a cooperação para a reconciliação nacional.<sup>135</sup> É de se ressaltar, além disso, que o sistema de cooperação

---

<sup>131</sup> CIAMPI, Annalisa. Sull'applicazione della teoria dei poteri impliciti da parte del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia. **Rivista di Diritto Internazionale**. Milano. v.81. n.1. p.133, 134 e 139, 1998.

<sup>132</sup> CIAMPI, Annalisa, *op. cit.*, p. 135.

<sup>133</sup> CIAMPI, Annalisa, *op. cit.*, p. 138 e 139.

<sup>134</sup> CIAMPI, Annalisa, *op. cit.*, p. 139.

<sup>135</sup> PENROSE, Mary Margaret, *op. cit.*, p. 350.

internacional previsto no Estatuto de Roma é semelhante aos dos Estatutos dos tribunais “ad-hoc” de Ruanda e da Ex-Iugoslávia.<sup>136</sup>

#### 1.4. A INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA E OS TRIBUNAIS PENAIS INTERNACIONAIS “AD HOC”: PRECEDENTES NECESSÁRIOS PARA O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional é a consequência natural do estabelecimento da intervenção humanitária como um costume internacional e da criação dos tribunais “ad hoc” pelo Conselho de Segurança da ONU. Considerando que o processo de globalização está inerentemente ligado à intervenção humanitária e ao desenvolvimento da internacionalização dos direitos humanos que este instituto carrou, também é possível afirmar que o Tribunal Penal Internacional impõe-se perante a comunidade internacional como um dos marcos de um novo paradigma das relações internacionais.

Para tanto, o instituto da intervenção humanitária diminuiu o alcance do princípio da soberania, alargando a esfera da competência internacional sobre os direitos humanos através do Paradigma da Segurança Coletiva, o que criou a base para a criação de instâncias internacionais de garantia a estes direitos. A importância da contribuição deste instituto, contudo, é que tal conquista foi realizada sem que acontecesse a ruptura no modelo de relações internacionais estabelecido, mas, sim, como uma etapa da evolução deste modelo. Tal fato foi fundamental para granjear ao Tribunal Penal Internacional a legalidade que dignificou a justiça internacional perante a sociedade dos Estados, afastando-a da posição de mera instância histórica para o acerto de contas entre vencedores e vencidos.

Os tribunais “ad hoc” também foram fundamentais neste processo. Premidos pelas circunstâncias para as quais foram criados, sua atividade produziu, em poucos anos, um cabedal teórico que as décadas anteriores de estudos sobre o Direito Internacional Penal não havia logrado realizar. Ao dotarem o Tribunal Penal Internacional de um modelo institucional, de um conjunto de importantes decisões jurisprudenciais e de toda uma nova província do Direito Processual, os tribunais “ad hoc” acabaram por constituir-se no corpo e na alma da instituição cuja criação a deles seguiu.

---

<sup>136</sup> PENROSE, Mary Margaret, *op. cit.*, p. 355.

Ao Tribunal Penal Internacional incumbe-se, em síntese, continuar o desenvolvimento da instância de garantia aos direitos humanos na esfera internacional, iniciado com as intervenções humanitárias e com os tribunais “ad hoc”. Para que tal empreitada tenha sucesso, todavia, deverá o Tribunal enfrentar graves dificuldades herdadas de seus predecessores, como será visto no próximo capítulo.

## **CAPÍTULO 2**

### **AS NORMAS DE COOPERAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

O objetivo deste capítulo é analisar por que o Tribunal Penal Internacional tem enfrentado tantas dificuldades para atuar de forma eficaz como uma instância internacional de garantia aos direitos humanos. Para isso será apresentada uma visão geral acerca do Tribunal no tocante às suas origens, seu documento constitutivo, sua jurisdição, os crimes sob sua competência, suas investigações e casos em andamento e, finalmente, seu mecanismo de cooperação com os Estados Parte. Acredita-se que, através da contextualização das disposições de seu ato constitutivo – o Estatuto de Roma – seja possível apontar as causas do problema da falta de mecanismos de imposição de seu mandato. Considerando que o Tribunal Penal Internacional reflete os anseios da sociedade civil no plano internacional e, por isso, constitui-se em uma organização dinâmica cujo dia a dia toca as fronteiras do Direito Internacional, acredita-se que, a partir da análise de suas normas de cooperação sob o prisma da contextualização histórica, seja possível contribuir no debate que se desenvolve acerca do futuro da instituição. Desta forma este capítulo não pretende esgotar os principais aspectos da jurisdição ou das normas de cooperação do Tribunal mas, sim, analisar as principais questões relativas à efetividade de sua atuação, salientadas pela doutrina e surgidas com o desenvolvimento de suas primeiras investigações.

#### **2.1. ANTECEDENTES DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

O longo caminho percorrido pela humanidade até o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional iniciou-se com a idéia de que existem padrões de comportamento que

devem ser seguidos mesmo sob as mais brutais circunstâncias em um conflito armado. Tal idéia remonta a julgamentos ocorridos na Grécia antiga. Os registros das primeiras leis e de costumes de guerra podem ser encontrados nas obras de filósofos e historiadores do período clássico. Contudo, o primeiro julgamento genuinamente internacional foi, provavelmente, o de Peter von Hagenbach, por atrocidades cometidas durante a ocupação da cidade de Breisach, em 1474. Quando a cidade foi retomada, Hagenbach foi acusado de crimes de guerra, condenado e decapitado. Durante a Guerra Civil Americana, Abraham Lincoln adotou e aplicou no exército da União uma codificação de crimes de guerra - preparada pelo Professor Francis Lieber da Universidade de Colúmbia - a qual tipificava penalmente a pilhagem, o estupro e os abusos cometidos contra prisioneiros.<sup>1</sup>

Assim, não se deve surpreender-se com o fato de que o projeto da criação de um Tribunal Penal Internacional anteceda em muito ao Paradigma da Segurança Coletiva. Horrorizado com os atos cometidos por ambos os lados durante a Guerra Franco-Prussiana, o suíço Gustav Moynier, um dos fundadores do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, fez uma proposta formal para o estabelecimento de uma Corte que julgasse crimes de guerra baseada na Convenção de Genebra de 1864. Após a Primeira Guerra Mundial existiram várias iniciativas no sentido de se estabelecerem tribunais internacionais, inclusive a tentativa frustrada de julgar o Kaiser Guilherme II da Alemanha, com base no artigo 227 do Tratado de Versalhes.<sup>2</sup>

Em 1947, a França propôs que as Nações Unidas estabelecessem uma Corte Internacional Criminal Permanente. A Assembléia Geral enviou uma consulta à Comissão de Direito Internacional, que concluiu pela possibilidade e conveniência da proposição. No entanto, após a confecção de um Projeto de Estatuto por dois comitês preparatórios, o projeto foi abandonado devido ao impasse em torno da definição do crime de agressão.<sup>3</sup>

Somente em 1989, com o término da Guerra Fria, o tema voltou à discussão por uma via inesperada. Em uma Sessão Especial da Assembléia Geral da ONU sobre o Tráfico Internacional de Drogas o representante de Trinidad e Tobago sugeriu que fosse criado um

---

<sup>1</sup> SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. Cambridge : Cambridge University Press, 2001, p. 1.

<sup>2</sup> HALL, Christopher Keith. The Role of the Permanent International Criminal Court in Prosecuting Genocide, Other Crimes Against Humanity and Serious Violations of Humanitarian Law *in* GUDMUNDUR, Alfredsson; GRIMHEDEN, Jonas; BERTRAM, Ramcharan G.; ZAYAS, Alfred D. (Ed.) **International Human Rights Monitoring Mechanisms**. London : Kluwer Law International, 2001, p. 458 e 459.

<sup>3</sup> HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 459.

tribunal especializado para a matéria. A Assembléia Geral então, mais uma vez, solicitou à Comissão de Direito Internacional que analisasse a possibilidade e conveniência de uma instituição nesses moldes. Com o parecer favorável da Comissão de Direito Internacional a respeito da instituição de um Tribunal Penal Internacional não apenas para o tráfico de drogas, mas também para outros crimes internacionais, a Assembléia Geral sugeriu àquela entidade que produzisse um texto nesse sentido, o qual foi redigido e assumiu sua forma final em 1994.<sup>4</sup> No mesmo período, entretanto, o Conselho de Segurança da ONU adotou uma nova interpretação acerca do Paradigma da Segurança Coletiva. Uma séria de crises humanitárias e de violentos conflitos étnico-religiosos mobilizaram a comunidade internacional para a busca de meios efetivos para a prevenção e repressão dos mais graves crimes internacionais, o que favoreceu para que o antigo projeto finalmente saísse do papel. Com os tribunais penais internacionais já estabelecidos pelo Conselho de Segurança da ONU nesta época, a preocupação da Comissão de Direito Internacional foi preparar um estatuto de um tribunal cuja jurisdição o permitisse julgar crimes internacionais ocorridos em qualquer local. Em 1996 a Assembléia Geral estabeleceu um Comitê Preparatório para o Estabelecimento do Tribunal Penal Internacional (PrepCom) o qual, após várias sessões, redigiu um Projeto de Estatuto (“Draft Statute”) para ser submetido a uma Conferência de Plenipotenciários.<sup>5</sup>

Desse modo, em contraste aos Tribunais para Ruanda e para a Ex-Iugoslávia, o novo Tribunal não deveria ser uma corte “ad hoc” estabelecida pelo Conselho de Segurança nos termos do Capítulo VII da Carta da ONU para auxiliar na manutenção e restauração da paz e segurança internacionais. O seu método de criação deveria assegurar que o Tribunal teria um maior grau de independência do que aqueles estabelecidos pelo Conselho de Segurança, evitando assim a seletividade na escolha dos crimes, do território e do período de tempo abrangido por sua jurisdição. O Projeto de Estatuto da Comissão não especificava quantos Estados deveriam ratificar ou aceder ao Estatuto para que ele entrasse em vigor, a idéia era que este número fosse baixo o suficiente para que o Tribunal fosse estabelecido o mais breve possível. Acreditava-se que, com o Tribunal em funcionamento e agindo com independência, imparcialidade e efetividade, seria mais fácil atrair ratificações para seu Estatuto.<sup>6</sup> Deste modo, pode-se dizer que o ambiente no início da década de noventa facilitou a concretização

<sup>4</sup> CASSESE, Antônio. *International Criminal Law in EVANS, Malcom D. International Law*. Oxford University Press, 2004, p. 730.

<sup>5</sup> CASSESE, Antônio, *op. cit.*, p. 731.

<sup>6</sup> HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 460 e 461.

de um projeto que tinha permanecido paralisado por décadas. Nas palavras de John Washburn, um dos membros das organizações não-governamentais envolvidos com o apoio ao Tribunal Penal Internacional

In retrospect, we had a window of opportunity to establish this Court between the end of the Cold War and September 11<sup>th</sup>. We also had this tremendous emotion: guilt, pain, horror, disgust generated by the genocides in Rwanda and Yugoslavia and other places and the sense that the international community had failed to deal with these effectively. We also had an established body of international law that had only to be customized. This fact helped make the ICC a reality along with the favorable time period and above all, this emotion that pushed people to transcend themselves as representatives of governments. In many cases, governments transcended their addiction to narrow national interests. As a result, the negotiation process for such a complicated treaty took place at warp speed.<sup>7</sup>

A Conferência Diplomática, convocada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, realizou-se entre os dias 15 de junho e 17 de julho de 1998, nas instalações da FAO, Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação, na cidade de Roma. Estiveram presentes delegações de 160 Estados e representações de 14 agências especializadas da ONU e de 20 outras organizações intergovernamentais, além de mais de 200 organizações não governamentais.<sup>8</sup> Durante a Conferência formaram-se três grupos de Estados com opiniões divergentes sobre a natureza e os poderes do futuro Tribunal Penal Internacional. O chamado grupo dos “Like Minded States”, liderado por Canadá e Austrália, advogava por um Tribunal forte com jurisdição automática, uma Promotoria independente com poderes para iniciar procedimentos e uma ampla definição de crimes de guerra, incluindo aqueles ocorridos em conflitos armados internos. Um segundo grupo era composto pelos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU - com exceção do Reino Unido - e se opunha que o

<sup>7</sup> WASHBURN, John *Apud* PACE, William. In Rome, 120 Countries Committed to Ending Impunity. **The ICC Monitor**: Journal of the Coalition for the International Criminal Court, Issue nº 36, p. 1. “Em retrospecto, tivemos uma janela de oportunidade ao estabelecer este Tribunal entre o final da Guerra Fria e o 11 de Setembro. Também tivemos estas tremendas emoções: culpa, dor, horror e nojo, geradas pelos genocídios em Ruanda, na Iugoslávia e em outros lugares, e a sensação de que a comunidade internacional tinha falhado ao efetivamente lidar com estes fatos. Também possuíamos um conjunto estabelecido de normas de Direito Internacional que precisava somente ser personalizado. Este fato ajudou a tornar o Tribunal Penal Internacional uma realidade em uma época favorável na qual, acima de tudo, estas emoções levaram a pessoas a transcender sua condição de representantes de governos. Em muitos casos, governos transcenderam sua inclinação a buscar apenas seu estrito interesse nacional. Como resultado, o processo de negociação de um tratado tão complicado aconteceu numa velocidade extremamente rápida. (tradução do Autor)”

<sup>8</sup> MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES (CONSULTORIA JURÍDICA). **Boletim Informativo**, Ano I, nº 3, fevereiro/março de 2008.

Tribunal tivesse jurisdição automática e que a Promotoria tivesse o poder de iniciar procedimentos sem autorização prévia daquele órgão. Defendia que o Conselho de Segurança deveria ter o poder de decidir se uma situação seria ou não objeto de uma investigação pelo Tribunal e era contrário à competência da Corte sobre o crime de agressão. O terceiro grupo era formado por Estados pertencentes ao Movimento dos Países Não-Alinhados e pressionavam pela jurisdição do Tribunal sobre o crime de agressão, bem como sobre o crime de terrorismo e tráfico internacional de drogas. Oponha-se à proposição do Tribunal ter jurisdição sobre crimes de guerra ocorridos em conflitos armados internos, bem como a qualquer influência do Conselho de Segurança na instituição. Por fim, defendiam a previsão de pena de morte no Estatuto do Tribunal.<sup>9</sup>

Durante a maior parte da Conferência as negociações transcorreram lentamente, sendo que até o penúltimo dia existia concordância em pouco mais de 90 dos 128 artigos do Projeto de Estatuto. A maior parte dos assuntos mais importantes – como o papel do Conselho de Segurança e a natureza da jurisdição do Tribunal - permaneciam em um impasse. Com o prazo final da Conferência se esgotando, e a possibilidade de que esta fosse encerrada sem que fosse adotado nenhum texto, alguns participantes da Conferência relataram posteriormente que a situação tornava-se dramática. Poucas horas antes do prazo final da Conferência, a meia noite do dia 17 de Julho de 1998, o Secretário Philippe Kirsche divulgou uma proposta “tudo ou nada” que contemplava soluções para todos os pontos de conflito e propôs a votação do texto. Em uma última tentativa de sabotagem, Estados Unidos e Índia apresentaram emendas que descaracterizariam o Estatuto, sendo fortemente rejeitadas. Poucos minutos antes da meia-noite o texto foi submetido à votação e adotado pela Conferência, com 120 votos a favor, sete votos contrários (China, Iraque, Israel, Catar e Estados Unidos) e 21 abstenções.<sup>10</sup>

O texto final do Estatuto de Roma foi divulgado, nas seis línguas oficiais da ONU, às duas horas da manhã do dia 17 de julho de 1998, estando aberto para assinaturas no Ministério das Relações Exteriores da Itália até 17 de Outubro de 1998 e, após esta data, no Secretariado das Nações Unidas, em Nova York, até 31 de Dezembro de 2000.<sup>11</sup> Entrou em vigor 90 dias após o depósito de sua sexagésima ratificação, no dia 1º de julho de 2002. Passou a vigorar, para o Brasil, a partir de 1º de setembro do mesmo ano, tendo sido introduzido no

<sup>9</sup> CASSESE, Antônio, *op. cit.*, p. 731.

<sup>10</sup> PACE, William, *op. cit.*, p. 11.

<sup>11</sup> MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES (CONSULTORIA JURÍDICA). **Boletim Informativo**, Ano I, nº 3, fevereiro/março de 2008.

ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto n. 4388/02. No momento em que este texto foi redigido (Dezembro de 2008) o Estatuto possuía 108 ratificações e 139 assinaturas.<sup>12</sup>

## 2.2. O ESTATUTO DE ROMA

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional é o tratado multilateral que criou o primeiro Tribunal Penal Internacional de caráter permanente da História. Não admite reservas, podendo ser ratificado somente em sua integralidade, nos termos do seu artigo 120. A única exceção a esta regra é a disposição transitória do artigo 124, que permite ao Estado Parte afastar a competência do Tribunal Penal Internacional sobre crimes de guerra, disposta no artigo 8º, por sete anos após o Estatuto entrar em vigor, desde que tenha formulado um pedido nestes termos no momento da ratificação. Também em sete anos após sua entrada em vigor, está prevista uma Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, no artigo 123, podendo os Estados Parte do Tribunal Penal Internacional, propor, a qualquer momento após esta data, alterações ao Estatuto de Roma, nos termos de seu artigo 121.

O Preâmbulo do Estatuto de Roma, como o dos demais tratados internacionais, consiste em uma importante parte do documento, tendo em vista que fornece os princípios e os valores fundamentais a serem considerados na interpretação de suas normas. Inicia por afirmar o caráter universal dos direitos humanos enquanto laços e heranças comuns a todos os povos e, com base nessa afirmação, afirma que existem crimes tão graves que constituem uma ameaça aos valores comuns de toda a humanidade tais como paz, segurança e bem-estar. Em vista disso, constata que esses crimes constituem uma ameaça à humanidade como um todo, salientando que não devem permanecer impunes. Conclama, então, suas Partes, à adoção de medidas em âmbito nacional e recorda que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal. Assevera, contudo, que estes crimes, por afetarem a humanidade em seu conjunto, possuem natureza internacional, e sua repressão deve ser reforçada por medidas de cooperação internacional. Para que essa cooperação tenha êxito e a justiça internacional seja efetivada, o Preâmbulo aponta a determinação de os Estados que assinam e ratificam o Estatuto de Roma criarem o Tribunal Penal Internacional, cuja jurisdição será complementar às jurisdições penais nacionais. Assim, enquanto jurisdição complementar, o Preâmbulo adverte que nenhuma disposição do Estatuto de Roma deve ser interpretada de forma a

---

<sup>12</sup> Informação obtida no endereço eletrônico <http://www.icc-cpi.int/home.html> no dia 06/12/2008.

autorizar que um Estado Parte realize uma intervenção em outro Estado em desacordo com os objetivos e princípios consignados na Carta das Nações Unidas.

O Preâmbulo do Estatuto de Roma adota uma interpretação que combina o paradigma da segurança coletiva com o paradigma da prevalência dos direitos humanos, fundamentando assim uma exceção ao princípio internacional da não-intervenção, além das previstas no Capítulo VII da Carta da ONU, no sentido de que as intervenções realizadas para reagir às graves violações aos direitos humanos não se qualificam como ilícitos internacionais.<sup>13</sup>

Não se trata, todavia, de uma revogação ou de um não reconhecimento do princípio da soberania. A jurisdição internacional regulamentada pelo Estatuto de Roma não se caracteriza como uma ordem hierarquizada em relação às jurisdições penais de seus Estados Partes, mas como uma ordem interativa baseada na complementaridade das jurisdições e no poder-dever do Estado de exercer sua própria jurisdição penal.<sup>14</sup> O Preâmbulo do Estatuto de Roma não traz consigo, portanto, considerações acerca do fim do poder soberano dos Estados, mas sim, a questão dos contornos e dos limites da soberania na sociedade internacional contemporânea.<sup>15</sup>

### 2.3. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SUA ESTRUTURA

O artigo 1º do Estatuto de Roma dispõe que o Tribunal Penal Internacional é uma instituição permanente com jurisdição penal complementar sobre as pessoas responsáveis pelo cometimento dos mais graves crimes com alcance internacional. É uma entidade independente da Organização das Nações Unidas – artigo 2º - com sede em Haia, nos Países Baixos, podendo, se entender conveniente, funcionar em outro local, nos termos do artigo 3º. Por fim, possui personalidade e capacidade jurídica internacional, podendo exercer seus poderes e funções no território de qualquer Estado Parte, ou, mediante acordo, no território de qualquer Estado, como disciplina o artigo 4º do Estatuto de Roma.

O artigo 34 do Estatuto de Roma dispõe que o Tribunal Penal Internacional é composto pela Presidência, pela Seção de Recursos, pela Seção de Julgamento em Primeira

<sup>13</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O Direito de Assistência Humanitária**, São Paulo, 2001, Tese (Livre Docência) Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, São Paulo, 2001, fl. 232.

<sup>14</sup> CASSESE, Antônio. Introdução. CASSESE, Antônio; DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Barueri : Manole, 2004, p. XVII.

<sup>15</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia. O princípio da complementaridade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea. **Revista Política Externa**, vol.8, n. 4, p. 3, mar/maio 2000.

Instância, pela Seção de Instrução, pelo Gabinete do Procurador e pela Secretaria. O Estatuto constitui, em seu artigo 112, a Assembléia dos Estados Partes do Tribunal Penal Internacional.

A Presidência do Tribunal, prevista no artigo 38 do Estatuto, é composta pelo Presidente, pelo Primeiro Vice-Presidente e pelo Segundo Vice-Presidente. É responsável pela administração do Tribunal, com exceção do Gabinete do Procurador, e por várias funções previstas de forma esparsa ao longo do Estatuto.

O artigo 39 do Estatuto dispõe sobre os Juízos das Seções do Tribunal Penal Internacional. A Seção de Recursos é composta pelo Presidente e por quatro juízes e terá um único juízo composto por todos os seus membros. Os juízes adstritos à Seção de Recursos desempenharão o cargo nessa Seção durante todo o seu mandato, desempenhando-o unicamente na Seção de Recursos. A Seção de Julgamento em Primeira Instância é composta por, pelo menos, seis juízes. Cada Juízo de Julgamento em Primeira Instância é composto por três juízes. Os juízes da Seção de Julgamento em Primeira Instância cumprirão seu mandato por três anos ou até a conclusão dos casos que lhe tenham sido confiados. A Seção de Instrução também será composta por, pelo menos, seis juízes, no entanto suas funções poderão ser desempenhadas tanto por três juízes quanto por um único juiz, no sentido de tornar eficiente a gestão do trabalho. O mandato dos juízes da Seção de Instrução também é de três anos ou até a conclusão dos casos em que estes estejam trabalhando. É possível que os juízes da Seção de Instrução venham a desempenhar suas funções na Seção de Julgamento em Primeira Instância, desde que estes não participem da fase de instrução e de julgamento do mesmo caso. A Seção de Instrução exerce uma função, que, no sistema judicial brasileiro, equivaleria à pronúncia.<sup>16</sup> Nos termos dos artigos 57 e 60 do Estatuto, os juízos da Seção de Instrução devem considerar o pedido do indivíduo de permanecer em liberdade ou, em caso de aprisionamento, que este não se estenda por um período excessivo. Ao Juízo de Instrução caberá, nos termos do artigo 61 do Estatuto, analisar os fatos constantes da acusação com base nos quais o Promotor irá requerer o julgamento, decidindo se existem provas suficientes para que o acusado seja levado a julgamento. Isto será realizado em uma audiência (“confirmation hearing”) relacionada às “preliminary hearings” da “common law”, cujo objetivo principal é prevenir o abuso de poder por parte do Procurador. Do ponto de vista do acusado, é uma importante ocasião para se conhecer a natureza das provas da acusação e testar seu valor.

---

<sup>16</sup> STEINER, Sylvia. Tribunal Penal Internacional: a proteção dos direitos humanos no século XXI, **Revista do Advogado**. n° 67, p. 77, 2002.

Embora basta a existência de evidências que o juiz considere suficientes para levar o caso a julgamento, nesta audiência a defesa também pode apresentar provas mesmo sem a garantia de que o contraditório produza efeitos legais.<sup>17</sup> Ressalta-se, nesta seção, a discricionariedade dos juízes ao apreciar o andamento da instrução do processo, outra característica marcante do sistema da “common law” refletida no Estatuto de Roma.<sup>18</sup>

Na estrutura do Tribunal, destaca-se a Procuradoria, que é um órgão separado do Tribunal, inclusive com estrutura administrativa distinta, mas que funcionará junto a ele.<sup>19</sup> O Gabinete do Procurador encontra-se previsto no artigo 42 do Estatuto de Roma, que atuará de forma independente, enquanto órgão autônomo do Tribunal. Sua função será recolher informações sobre crimes da competência do Tribunal a fim de os examinar, investigar e exercer a ação penal. O Gabinete será presidido pelo Procurador, que administrará o pessoal, as instalações e os recursos do órgão. Conta também com um Procurador Adjunto que pode desempenhar qualquer função que o Procurador lhe incumba. O Procurador e o Procurador Adjunto exercerão os respectivos cargos por um período de nove anos e não poderão ser reeleitos. A autonomia da Procuradoria e sua possibilidade de iniciar as investigações por iniciativa própria (“prosecutorial discretion”), todavia, é largamente prejudicada pela possibilidade de revisão de suas decisões pelo Conselho de Segurança da ONU, bem como pela necessidade de manter relações de cooperação com os Estados, o que desafia uma postura independente deste órgão.<sup>20</sup> Assim, as salvaguardas que o Estatuto busca garantir ao Procurador possuem apenas um alcance formal.

O artigo 43 do Estatuto de Roma dispõe sobre a Secretaria, órgão responsável pelos aspectos não-judiciais da administração e do funcionamento do Tribunal Penal Internacional. A Secretaria é dirigida por um Secretário e, se necessário, por um Secretário Adjunto. O Secretário possui um mandato de cinco anos renováveis por uma única vez, o mandato do Secretário Adjunto será igual ou inferior a cinco anos. A Secretaria possui uma Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas, que trabalha conjuntamente com o Gabinete do Procurador. Sua função é adotar medidas de proteção e dispositivos de segurança e prestará assessoria e outro tipo de assistência às testemunhas e vítimas que compareçam perante o Tribunal e a

<sup>17</sup> SCHABAS, William A, *op. cit.*, p. 115 e 116.

<sup>18</sup> STEINER, Sylvia, *op. cit.*, p. 79.

<sup>19</sup> MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional**: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte : Del Rey, 2001, p. 72

<sup>20</sup> BRUBACHER, Matthew R. Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court. **Journal of International Criminal Justice**, vol. 1, n.2, p. 71, 2004.

outras pessoas ameaçadas em virtude do testemunho prestado por aquelas. Para isso trabalha com a descentralização administrativa da Corte, instalando escritórios de campo nos países aonde existam casos ou investigações em andamento, bem como promovendo encontros com as vítimas e refugiados com o fito de apresentar o Tribunal Penal Internacional e seu mandato e oferecer ajuda, embora este contato muitas vezes só seja possível através de transmissões de rádio com os campos de refugiados, como em Darfur.<sup>21</sup> Perguntado sobre o maior desafio para este órgão do Tribunal Penal Internacional, o Secretário Bruno Cathala salienta que

There remains much to be done for my successor, particularly in terms of cooperation. Sometimes states promote their own short-term interests and often have difficulty understanding judicial time, which is different from political or media time. Together, we have to create an appropriate dialogue between the Court and different stakeholders, and we must also find this right format for cooperation bearing in mind Court's independence. We cannot compare the functioning of the ICC to other international organizations.<sup>22</sup>

Prevista no artigo 112 do Estatuto de Roma, a Assembléia dos Estados Parte é formada por um representante de cada um dos Estados Parte, sendo que os Estados signatários do Estatuto poderão dela participar na qualidade de observadores. Será dotada de uma Mesa composta por um Presidente, dois Vice-Presidentes e dezoito membros eleitos por um período de três anos. A Mesa se reunirá todas as vezes que forem necessárias e, pelo menos, uma vez por ano. A Assembléia se reunirá uma vez por ano, podendo ser convocadas sessões extraordinárias. Dentre suas várias funções, cabe à Assembléia Geral promover as linhas gerais da administração do Tribunal, examinar e aprovar o orçamento do Tribunal, alterar o número de juízes, ou examinar questões de não-cooperação dos Estados. Suas decisões devem ser tomadas preferencialmente por consenso, embora o artigo 112 preveja as maiorias necessárias para a aprovação de questões sobre fundos ou procedimentos do Tribunal.

#### 2.4. A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

<sup>21</sup> CATHALA, Bruno. Exit Interview: Former ICC Registrar Bruno Cathala Reflects on his Legacy. **The ICC Monitor**: Journal of the Coalition for the International Criminal Court, Issue nº 36, p. 16.

<sup>22</sup> CATHALA, Bruno, *op. cit.*, p. 17. “Ainda existe muito a ser feito por meu sucessor, particularmente em termos de cooperação. Às vezes os Estados promovem seus próprios interesses de curto prazo e freqüentemente tem dificuldade em entender o tempo jurídico, que é diferente do tempo político ou do tempo da mídia. Junto, precisamos criar um diálogo apropriado entre o Tribunal e os diferentes envolvidos, e também precisamos encontrar o formato correto de cooperação tendo em mente a independência do Tribunal. Não podemos comparar o funcionamento do Tribunal Penal Internacional ao de outras organizações internacionais. (tradução do autor)”.

Durante a Conferência, a jurisdição foi a questão mais importante e a mais delicada, visto que definir os parâmetros legais que determinam as limitações espaço-temporais da atuação do Tribunal seria algo inédito na História. Um exemplo deste caráter inédito foi a discussão sobre limitação temporal da jurisdição da Corte. Todos os tribunais internacionais e julgamentos antecedentes, do Tribunal de Nurembergue ao julgamento de Adolf Eichmann, do Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia ao Tribunal Misto de Serra Leoa exerceram sua jurisdição em desacordo ao princípio de que não há crime sem lei anterior que o defina. Essa ofensa a um princípio fundamental do Direito Penal, muito invocada pelos advogados de defesa nestes julgamentos é justificada por Hans Kelsen, em artigo que discutia a possibilidade do Tribunal de Nurembergue tornar-se um precedente para o Direito Internacional, o qual afirma

The rule against retroactive legislation is a principle of justice. Individual criminal responsibility represents certainly a higher degree of justice than collective responsibility, the typical technique of primitive law. Since the internationally illegal acts for which the London Agreement established individual criminal responsibility were certainly also morally most objectionable, and the persons who committed these acts were certainly aware of their immoral character, the retroactivity of the law applied to them can hardly be considered as absolutely incompatible with justice. Justice required the punishment of these men, in spite of the fact that under positive law they were not punishable at the time they performed the acts made punishable with retroactive force. In case two postulates of justice are in conflict with each other, the higher one prevails; and to punish those who were morally responsible for the international crime of the World War may certainly be considered as more important to comply with the rather relative rule against ex post facto laws, open to many exceptions.<sup>23</sup>

O Tribunal Penal Internacional será a primeira instituição desta natureza que não recorrerá ao argumento de Kelsen para defender a legitimidade de sua jurisdição. Nos termos

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? *International Law Quarterly*, vol. 1, p. 165, 1947. “A regra contra legislação retroativa é um princípio de justiça. A responsabilidade criminal individual representa certamente um grau mais elevado de justiça do que a responsabilidade coletiva, técnica típica da lei primitiva. Uma vez que os atos internacionalmente ilegais pelos quais o Acordo de Londres estabeleceu a responsabilidade criminal individual eram certamente também moralmente passíveis de objeção, e as pessoas que cometeram esses atos estavam certamente conscientes de seu caráter imoral, a retroatividade da lei a elas aplicada não pode ser considerada absolutamente incompatível com a justiça. A justiça exigiu a punição desses homens, apesar do fato de que sob a lei positiva eles não eram passíveis de punição na época em que cometeram os atos, que só foram tornados puníveis por força de lei retroativa. No caso de dois postulados de justiça entrarem em conflito, o mais alto prevalece; e para punir aqueles que foram moralmente responsáveis pelo crime internacional da Guerra Mundial deve certamente ser considerado mais importante de adequar-se a ele do que à regra relativa contra leis “ex post facto”, passível de muitas exceções. (tradução do autor)”.

do artigo 11 do Estatuto de Roma, 90 dias após sua entrada em vigor, 01 de Julho de 2002, iniciou sua jurisdição temporal. Mesmo diante do argumento da imprescritibilidade dos crimes internacionais, o Tribunal não deve ter jurisdição sobre nenhum crime ocorrido antes desta data. Em relação aos Estado Parte, o Tribunal terá jurisdição a partir da ratificação do Estatuto, exceto em acordos realizado com o próprio Estado, quando poderá retroagir a período anterior à ratificação do Estatuto pelo Estado Parte, nunca, porém para antes de 1º de Julho de 2002. Uma questão salientada e sobre a qual não se sabe como o Tribunal irá se comportar diz respeito a crimes continuados cujo termo inicial remonte a data anterior à entrada em vigor do Estatuto de Roma. Imagina-se que, ao surgir um caso como este, o Tribunal declinará de sua jurisdição porque a combinação dos artigos 22, 23 e 24 do Estatuto constituem o corpo do princípio “*nullum crime sine lege scripta, praevia, certa et stricta*” no qual uma pessoa só pode ser punida por um crime que era tipificado pelo Estatuto ao tempo de sua comissão (“*scripta*”), tendo sido cometido após sua entrada em vigor (“*praevia*”) exista clareza suficiente sobre sua tipificação (“*certa*”) que não pode ser resultado de uma extensão da conduta típica por analogia (“*stricta*”).<sup>24</sup>

Durante a Conferência, os Estados discutiram se a jurisdição do Tribunal deveria ser universal ou limitada, automática ou dependente do consentimento do Estado. Discutiu-se também quem poderia provocar a jurisdição do Tribunal e qual a relação da instituição com o Conselho de Segurança de ONU.

O Projeto da Comissão de Direito Internacional previa uma jurisdição estrita ao Estatuto, determinando que os Estados Parte pudessem optar por quais crimes aceitariam a atuação do Tribunal, a exceção do crime de genocídio. Já durante as reuniões preparatórias do Projeto do Estatuto, contudo, formou-se uma corrente que defendia a jurisdição universal para o Tribunal Penal Internacional.<sup>25</sup> O artigo 12 do Estatuto de Roma prevê uma jurisdição limitada ao Tribunal Penal Internacional, porém sem a possibilidade de os Estados Parte escolherem os crimes internacionais sob os quais o Tribunal terá jurisdição. O primeiro critério de exercício da jurisdição é o território: o Tribunal tem jurisdição sobre os crimes de sua competência cometidos no território de Estado Parte. A primeira observação que se faz é que o conceito de território deve ser estendido não só para o espaço aéreo e as águas

---

<sup>24</sup> AMBOS, Kai. Os princípios gerais do Direito Penal no Estatuto de Roma in CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 28.

<sup>25</sup> SCHABAS, William A., *op. cit.*, p. 61.

territoriais, mas, também, no sentido de alcançar as ações direcionadas ao território, como a incitação ao genocídio realizada por meios de comunicação situados em país vizinho ou a ordem de que não sejam feitos prisioneiros de guerra dada fora do território para destinatários que nele se encontrem.<sup>26</sup> É possível, a partir deste critério, que indivíduos nacionais de Estados que não sejam parte do Tribunal Penal Internacional possam ser submetidos à sua jurisdição, embora, na prática, o exercício desta jurisdição será determinado pelos requisitos de admissibilidade do caso e dependerá da cooperação do Estado aonde o crime ocorreu ou mesmo do Estado de nacionalidade do indivíduo.<sup>27</sup> O segundo critério adotado para o exercício da jurisdição é a nacionalidade do indivíduo: o Tribunal tem jurisdição sobre o indivíduo nacional de Estado Parte que cometa crime sob sua competência, não importa se no território de Estado Parte ou de terceiro Estado. Além disso, o Tribunal também terá jurisdição quando um Estado, mediante acordo em que um Estado aceite sua jurisdição “ad hoc” para determinado crime ocorrido em seu território ou realizado por seu nacional. Finalmente, terá jurisdição quando o Conselho de Segurança notificar o Tribunal sobre a existência de uma situação que pode se constituir em um crime sob sua competência.

O artigo 13 do Estatuto descreve os mecanismos de exercício da jurisdição do Tribunal. O Tribunal poderá exercer sua jurisdição se um Estado Parte denunciar ao Procurador numa situação em que existam indícios da ocorrência de um crime sob sua competência. Se o Conselho de Segurança da ONU, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta da ONU, denunciar uma situação nos moldes expostos acima ou se o Procurador tiver dado início a um inquérito sob tal crime, estando a iniciativa “a próprio motu” do Procurador sujeita ao Controle da Seção de Instrução do Tribunal, nos termos do artigo 15 do Estatuto.<sup>28</sup>

Em qualquer dos casos acima o Conselho de Segurança da ONU pode adiar a abertura do inquérito ou do próprio procedimento por um prazo de 12 meses, renováveis através de Resolução embasada no Capítulo VII da Carta da ONU, ou seja, no interesse da manutenção da paz e segurança internacionais. O artigo 16 do Estatuto de Roma é condenado pela doutrina como a previsão da possibilidade de uma intervenção política em uma instituição judicial independente. O problema é agravado pelo fato de que, nos termos de seus artigos 25

---

<sup>26</sup> SCHABAS, William A., *op. cit.* p. 60.

<sup>27</sup> CASSESE, Antonio, *op. cit.*, p. 732.

<sup>28</sup> KAUL, Hans Peter. A Corte Internacional Criminal: a luta pela sua instalação e seus escopos *in* CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 112.

e 103, a Carta da ONU tem precedência sobre todos os demais acordos internacionais para os países membros das Nações Unidas, que possuem a obrigação de seguir as determinações do Conselho de Segurança, em detrimento de sua condição de Estado Parte do Tribunal Penal Internacional.<sup>29</sup>

O texto original preparado pela Comissão de Direito Internacional e discutido durante a Conferência determinava que a proibição se dava pela simples inscrição do assunto para consideração na agenda do Conselho de Segurança, não apenas pelos cinco membros permanentes, mas também por qualquer Estado membro da ONU que estivesse ocupando uma das cadeiras rotatórias no órgão. Esta disposição foi frontalmente atacada durante a Conferência e colocou quase todas as delegações – que desejavam sua supressão - contra os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança - os quais afirmavam que uma mudança nesta parte do Projeto do Estatuto seria uma reforma indireta da própria Carta da ONU. A redação presente no artigo 16 é baseada em uma proposta apresentada por Singapura, no final da Conferência.<sup>30</sup> Entretanto, é importante salientar que o bloqueio às investigações inicia-se apenas a partir do momento em que o Promotor requer a autorização para abertura de um inquérito perante o Juízo de Instrução não sendo possível, portanto que o Conselho de Segurança proíba a coleta prévia das provas pelo Procurador nem seu armazenamento.<sup>31</sup> Em termos práticos, tal fato tem permitido à Procuradoria realizar investigações em países nos quais dificilmente as atuais circunstâncias políticas internacionais permitiriam a atuação do Tribunal Penal Internacional mas que, no futuro, sob um outro contexto, poderão ser objeto da jurisdição do Tribunal.

O debate na Conferência também se polarizou na dicotomia entre os Estados que defendiam uma jurisdição “automática” para o Tribunal Penal Internacional e os Estados que defendiam o sistema do “duplo consentimento” no qual o Tribunal, verificando a ocorrência de um crime de sua competência ocorrido sob os termos de sua jurisdição deveria consultar o Estado aonde o crime ocorreu buscando sua concordância antes de iniciar sua atuação. Embora muitas delegações durante a Conferência tenham afirmado que a jurisdição automática (que sujeita o Estado à atuação do Tribunal quando este ratifica o Estatuto de Roma) seja

---

<sup>29</sup> PAULUS, Andreas L. The legalist groundwork of the International Criminal Court: commentaries on the Statute of the International Criminal Court. **The European Journal of International Law**, vol. 14, n. 4, p. 853, 2003.

<sup>30</sup> SCHABAS, William A., *op. cit.*, p. 65 e 66.

<sup>31</sup> PAULUS, Andréas L., *op. cit.*, p. 854.

atentatória às prerrogativas soberanas do Estado, este foi o entendimento que prevaleceu, graças ao argumento de que o sistema do “duplo consentimento” na prática retiraria toda a eficácia do Tribunal.<sup>32</sup>

A proposta do “duplo consentimento” foi substituída pelo conceito de jurisdição complementar, implementado pelas regras de admissibilidade um caso perante o Tribunal, disposto nos artigos 17 e 18 do Estatuto de Roma. O conceito de admissibilidade fornece ao Tribunal um grau de discricionariedade em sua decisão se irá ou não atuar em uma situação na qual estejam presentes os termos para o exercício de sua jurisdição.<sup>33</sup> Esta discricionariedade pode ser exercida considerando que uma situação não é suficientemente grave para ser objeto de um procedimento por parte do Tribunal Penal Internacional ou que o exercício da jurisdição por parte do Estado dispensa a atuação do Tribunal, devido à natureza complementar de sua jurisdição. Nos termos do artigo 17, o Tribunal Penal Internacional admitirá que uma situação torne-se um caso quando a Seção de Instrução entender que o Estado não pode ou não quer exercer sua jurisdição nacional para investigar e processar o acusado de um crime sob a competência do Tribunal Penal Internacional. A Seção de Instrução entenderá que o Estado não pode exercer sua jurisdição quando seu Poder Judiciário entrou em colapso ou não tem poder suficiente para trazer o acusado à justiça. Por outro lado, a Seção de Instrução entenderá que o Estado não quer exercer sua jurisdição quando existam investigações – ou mesmo um processo – mas estas constituem uma fraude ou ainda que os procedimentos não estejam sendo conduzidos de forma independente ou imparcial ou, finalmente, quando existe demora injustificada na condução deste procedimento, nesses casos mesmo que o indivíduo já tenha sido julgado e absolvido pelo Estado, o Tribunal poderá ter jurisdição sobre ele.

Deste modo, as disposições do artigo 17 apresentam-se como normas de conteúdo variável, pois somente estabelecem parâmetros para a decisão do Tribunal em exercer ou não sua jurisdição sobre determinado caso, tornando-o intérprete de sua própria competência. Tal fato diferencia o Tribunal Penal Internacional de grande parte das organizações internacionais, no tocante ao relacionamento da organização internacional com as competências dos Estados Parte. Em geral as organizações internacionais desenvolvem suas atividades no quadro das relações internacionais “*stricto sensu*” dirigindo-se aos próprios Estados Parte, não tendo influência em suas ordens internas. Já o Tribunal, com o princípio da complementaridade e a

---

<sup>32</sup> MAIA, Marrielle, *op. cit.*, p. 81.

<sup>33</sup> SCHABAS, William A., *op. cit.*, p. 55.

responsabilidade individual criminal, prevê atividades que penetram nas ordens internas dos Estados realizando as chamadas atividades estatais delegadas (“vicarious State activities”). Nesse caso a competência estatal é cedida no tratado e entende-se que a organização internacional não apenas pode como deve atingir de forma direta os cidadãos e até mesmo os órgãos do Estado no cumprimento de seu mandato. Relações desta natureza podem ser encontradas no âmbito do Direito Comunitário, no sistema de transferência de competências da União Européia.<sup>34</sup>

O artigo 18 do Estatuto de Roma trata do conflito entre a jurisdição do Estado e a do Tribunal Penal Internacional. O Estado descontente deverá impugnar a admissibilidade do caso ou a jurisdição do Tribunal, conforme a circunstância em que se encontre, gerando assim um litígio onde o Procurador figura no outro pólo processual e onde as partes apresentam sua demanda frente Juízo de Admissibilidade do Tribunal. Decidido a quem cabe a jurisdição sobre o caso, ambas as partes poderão recorrer a Seção de Recursos do Tribunal. O Procurador deverá embasar a necessidade do processamento e julgamento do Tribunal sobre as matérias referentes à admissibilidade do caso, presentes no artigo 17, conforme exposto acima, pois cabe a ele o ônus da prova da incapacidade ou má fé do Estado que é parte no litígio. Já o Estado, caso vença a contenda, deverá reportar seus avanços no tratamento do caso ao Procurador periodicamente, tendo este o poder de reabrir o conflito de jurisdição após seis meses. Caso o Estado perca o litígio também em grau de recurso restará a ele buscar uma solução política junto ao Conselho de Segurança da ONU que, de acordo com o artigo 16 do Estatuto de Roma, possui o poder de suspender a investigação por doze meses, renováveis por outros doze meses, como visto.

Embora seja uma continuação lógica do pressuposto que o Estado deve “extraditar ou julgar” os acusados por crimes internacionais, o princípio da complementaridade é um marco para o estabelecimento de um novo paradigma nas relações internacionais ao sacramentar a obsolescência da doutrina da soberania absoluta e do domínio reservado dos Estados sobre o a proteção aos direitos humanos de seus cidadãos.<sup>35</sup> Com a jurisdição complementar, o Estado que ratificou o Estatuto de Roma possui, além da obrigação internacional de tomar as medidas necessárias para a prevenção e a repressão das infrações

---

<sup>34</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia. O princípio da complementaridade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Soberania Contemporânea *in* **Revista Política Externa**, vol. 8, n. 4, p. 5, mar/abr/mai 2000.

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia. Princípio da Complementaridade e Soberania. **Revista CEJ**, n. 11, mai/ago 2000, p. 71.

nele previstas, a possibilidade de ser responsabilizado pelo seu descumprimento.<sup>36</sup> Ao participar da comunidade internacional como Parte do Estatuto de Roma, os Estados expressam sua soberania que consiste na cooperação internacional no sentido de se alcançarem finalidades comuns.<sup>37</sup> Cláudia Perrone-Moisés sintetiza os significado do princípio da complementaridade para o Direito Internacional:

Tendo em vista o exposto, se o Estado, no âmbito das obrigações que assumiu com o Estatuto de Roma, não estiver preparado para desempenhar sua competência, deverá como consequência lógica admitir a competência do Tribunal Penal Internacional, não constituindo a mesma uma ingerência e, sim, uma atividade que, na relação “dialética de complementaridade” estabelecida entre duas ordens, se torna necessária para a manutenção da ordem internacional (...) O papel desempenhado pelo Direito Internacional na distribuição de competências entre Estados soberanos adquire maior amplitude com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, pois a competência penal, no tocante aos crimes previstos no Estatuto, deverá ser compartilhada não só entre os Estados, mas também com a comunidade internacional.<sup>38</sup>

Deve-se ressaltar que a jurisdição do Tribunal é relativa a indivíduos, não a Estados, o que significa o reconhecimento de uma personalidade internacional, ainda que passiva, ao indivíduo, devido à possibilidade de sua responsabilização internacional na esfera penal. As origens deste instituto remontam ao século XVII, quando se sedimentou um costume internacional de combate à pirataria (mais tarde estendido ao combate de tráfico de escravos e atualmente ao tráfico de mulheres) pelos Estados. Constatando-se um consenso da comunidade internacional a respeito da existência de condutas que violam valores essenciais adotados por todas as nações, estabeleceu-se que cada Estado tem o poder-dever de julgar o indivíduo acusado destas condutas que se encontre em seu poder, ou extraditá-lo para um Estado que o faça, “aut dedere aut judicare”.<sup>39</sup>

O caráter internacional destes crimes, portanto, advinha do fato de estarem presentes nas ordens jurídicas internas de todos os Estados, deste modo, o Estado que julgasse e punisse um indivíduo de outra nacionalidade estaria apenas substituindo uma punição que existiria caso o indivíduo fosse capturado em seu Estado natal, não sendo assim, uma responsabilidade

<sup>36</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, p. 6

<sup>37</sup> PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 72.

<sup>38</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, p. 7 e 8.

<sup>39</sup> RAMOS, André Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira *in* CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 248.

“internacional”. Após a Segunda Guerra Mundial, com os julgamentos de Nurembergue e Tóquio, surge a responsabilização individual penal de indivíduos por atos praticados em conformidade com a ordem jurídica de seu Estado, agindo na qualidade de agentes públicos.<sup>40</sup> Hans Kelsen, observando que o fundamento jurídico desta responsabilização era o Acordo de Londres e que este acordo fazia remissão à quebra do Tratado Briand-Kellog de proibição da guerra e do Pacto de Não-Agressão assinado entre Alemanha e União Soviética concluiu que a responsabilização internacional penal do indivíduo não poderia se constituir, a princípio, um precedente para o Direito Internacional, haja vista que os tratados desobedecidos não previam a responsabilização internacional individual presente no Acordo de Londres e posta em prática nos Tribunais de Nurembergue e Tóquio.<sup>41</sup>

Todavia, a responsabilidade individual penal pela prática de crimes internacionais, isto é, crimes que tem sua gênese no Direito Internacional e não na ordem interna dos Estado e que, geralmente, são cometidos através ou com a leniência do Estado (“state crimes”) foi reconhecida pela Assembléia Geral da ONU por meio de sua Resolução nº 95 (I). Também foram reconhecidas as demais inovações de Direito Internacional Penal, conhecidas como o “Direito de Nurembergue” entre as quais a responsabilidade dos comandantes e a irrelevância da função oficial na determinação da jurisdição sobre o indivíduo. Esses princípios foram posteriormente adotados pelos Estatutos dos Tribunais “Ad Hoc” da Ex-Iugoslávia e de Ruanda e pelo próprio Estatuto de Roma podendo-se dizer, assim, que a responsabilidade internacional individual relativa à esfera criminal encontra-se consolidada dentro do Direito Internacional.<sup>42</sup>

## 2.5. A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Nos termos de seu preâmbulo, o Tribunal Penal Internacional deverá exercer sua jurisdição somente nos mais graves crimes no entendimento da comunidade internacional. Durante a Conferência, o tráfico de drogas e o terrorismo foram objeto de discussão, mas não foram incluídos na competência do Tribunal por dois motivos: a repressão destes crimes já se encontra prevista e regulamentada em tratados de cooperação internacional e, por outro lado, estes crimes não foram considerados suficientemente graves para serem incluídos no

---

<sup>40</sup> RAMOS, André Carvalho, *op. cit.*, p. 249.

<sup>41</sup> KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 154 e 155.

<sup>42</sup> MAIA, Marrielle, *op. cit.*, p. 74 a 76.

Estatuto.<sup>43</sup> Em verdade, o alcance da competência “*ratione materiae*” do Tribunal Penal Internacional é praticamente o mesmo dos tribunais “*ad hoc*” para a Ruanda e para a Ex-Iugoslávia, a única diferença é a adição do crime de agressão. Tal fórmula foi adotada para garantir a rápida aceitação do Estatuto e o pronto estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, sob a alegação de que, no futuro, sua competência poderá ser alargada se houver consentimento de seus Estados Parte.<sup>44</sup>

A tipificação dos crimes sob a competência do Tribunal baseou-se no Projeto do Código de Crimes contra a Paz e a Segurança Internacionais da Comissão de Direito Internacional, especialmente seus artigos 16, 17, 18 e 20, tidos como os principais crimes para o direito consuetudinário (“*core crimes under customary law*”). No Projeto do Estatuto discutido durante a Conferência foi anexada uma lista sugerindo a inclusão na competência do Tribunal dos crimes previstos nas Convenções de Genebra sobre Direito Humanitário e na Convenção contra a Tortura da ONU.<sup>45</sup>

Os crimes da competência do Tribunal encontram-se no artigo 5º do Estatuto onde são citados, além do crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão, cuja deliberação sobre sua tipificação está prevista para a Primeira Conferência de Revisão do Estado, no primeiro semestre de 2010. Em vista disso, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a este último depois que seja aprovada uma disposição definindo o crime, nos termos dos artigos 121 e 123.

O termo genocídio, que significa o extermínio consciente de um grupo nacional ou étnico-religioso enquanto tal, não existia antes da Segunda Guerra Mundial, tendo sido cunhado em 1944 pelo jurista polonês Raphael Lemkin. Seu tipo penal já nasce inserido no âmbito do Direito Internacional, pois o genocídio é um atentado contra a diversidade inerente ao gênero humano.<sup>46</sup> Sua fundamentação encontra-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e na Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, em 1948.

O genocídio pode ser cometido durante um conflito armado ou em tempos de paz e as condutas que o tipificam são atentatórias à vida, à liberdade (em suas várias acepções), à

---

<sup>43</sup> SCHABAS, William A., *op. cit.*, p. 28.

<sup>44</sup> CASSESE, Antônio, *op. cit.*, p. 732.

<sup>45</sup> HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 461.

<sup>46</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo : Editora Saraiva, 1999, p. 228.

segurança, à integridade física e ao direito à uma família.<sup>47</sup> O artigo 6º do Estatuto de Roma cita cinco condutas que, praticadas com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico ou religioso, enquanto tais, configuram o crime de genocídio. São elas: o homicídio de membros do grupo; as ofensas à integridade física ou mental de membros do grupo; a sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; a imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo e a transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

O artigo 25, parágrafo 3, subparágrafo “e” do Estatuto de Roma, ao dispor sobre os Princípios Gerais do Direito Penal no Estatuto de Roma, inclui como uma forma de autoria o incitamento direto e público do crime de genocídio, tipificando penalmente a conduta. Diferentemente de instigação, que é dirigida a um grupo determinado, o incitamento é dirigido ao público em geral, podendo ser realizado através da mídia. Deve ser direto, não sendo suficiente uma sugestão vaga para o cometimento do crime. Em caso de incitamento direto e público ao genocídio, a pessoa é punível mesmo que o crime jamais tenha sido cometido.<sup>48</sup>

Não obstante o artigo 6º ser a cópia fiel do artigo II da Convenção de 1948 e dos artigos correspondentes dos Estatutos dos Tribunais Internacionais da Iugoslávia e de Ruanda, existe a acusação de que a definição de genocídio é muito vaga, tornando demasiadamente amplo o leque de condutas submetidas ao Estatuto de Roma.<sup>49</sup> Durante a Conferência, alguns Estados pleitearam uma tipificação mais restrita do crime, alegando que algumas de suas condutas podem ser confundidas com crimes contra a humanidade. Por exemplo, grupos armados atacando aldeias e chacinando seus moradores em uma região específica de um país pode ser considerado genocídio se a etnia atacada estende-se por todo o território? Ou seria crime contra a humanidade?<sup>50</sup>

Podem ser encontradas duas linhas argumentativas para o tratamento dessa questão. A primeira busca configurar o genocídio através de um critério quantitativo, baseado o fato de que as palavras “no todo ou em parte” indicam uma dimensão do grupo a ser atingida. Acredita-se, sob este critério, que deve ser uma parte substancial do grupo, quanto maior o número de vítimas, mais lógica será a conclusão de que se intenta destruir o grupo “no todo ou

<sup>47</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law and Human Rights* in BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.) **International Criminal Law**: Vol. 1 Crimes. Transnational Publishers : Dobbs Ferry, 1987, p. 21.

<sup>48</sup> AMBOS, Kai, *op. cit.*, p. 40 e 41.

<sup>49</sup> BUSATO, Paulo César. *Tribunal Penal Internacional e a expansão do Direito Penal*. **Revista Direito e Sociedade** n. 1, p. 154 a 156, jan./jun. 2001.

<sup>50</sup> HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 462.

em parte”.<sup>51</sup> O problema está na questão de se saber “quantas pessoas devem ser mortas para que se tipifique o crime como genocídio?”.<sup>52</sup> A segunda linha argumentativa manifestou-se no Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia durante o julgamento de indivíduos pelos atos ocorridos durante o conflito nos Bálcãs. Afirma-se que, em conflitos internos deflagrados por tensões identitárias, a diferença entre crimes contra a humanidade e genocídio está no intento dos agressores e não na magnitude do crime. Desta forma, o deslocamento de centenas de milhares de muçulmanos de regiões da Bósnia-Herzegovina por meio de uma série de crimes que visavam aterrorizar a população – a limpeza étnica – foi classificada como um crime contra a humanidade.<sup>53</sup> Por outro lado, o massacre de sete mil homens e meninos na cidade de Srebrenica foi considerado genocídio devido à clara manifestação de seu intento por seus perpetradores.

Utilizado, pela primeira vez, em 1915, para se condenar o massacre da minoria armênia pelo Império Otomano<sup>54</sup> os crimes contra a humanidade foram tipificados no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, sendo posteriormente incluídos no Estatuto do Tribunal de Tóquio.<sup>55</sup> Além das definições presentes nestes documentos, os crimes contra a humanidade do Estatuto de Roma foram definidos também de acordo com o Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade preparado pela Comissão de Direito Internacional, o que tornou a definição mais detalhada e, conseqüentemente, mais restrita, ficando muito próxima da definição utilizada nos Estatutos dos Tribunais da Ex-Iugoslávia e de Ruanda.<sup>56</sup>

Durante a preparação do Projeto do Estatuto de Roma, discutiu-se acerca da natureza da conduta que originaria os crimes contra a humanidade. A questão estava em se definir crimes contra a humanidade como um ataque amplo *ou* sistemático, ou então definir o tipo como um ataque amplo *e* sistemático, o que diminuiria sobremaneira seu âmbito de atuação.<sup>57</sup> O termo “amplo” significa que tais atos deverão ser cometidos por um certo número de pessoas ou sobre um amplo território; o termo sistemático significa que o ataque envolve

<sup>51</sup> SCHABBAS, William A, *op. cit.*, p. 32.

<sup>52</sup> SUNGA, Lyal S. Competência “Ratione Materiae” da Corte Internacional Criminal. *in* CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 199.

<sup>53</sup> MILANOVIC, Marko. State Responsibility for Genocide. **The European Journal of International Law**, Vol. 17, n. 3, p. 554, 2006.

<sup>54</sup> SCHABBAS, William A., *op. cit.*, p. 34.

<sup>55</sup> MAIA, Marrielle, *op. cit.*, p. 87.

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 463.

planejamento e organização.<sup>58</sup> O artigo 7º do Estatuto de Roma estabelece que os crimes contra a humanidade são cometidos no âmbito de um ataque amplo ou sistemático contra qualquer população civil, abrangendo qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, quando inseridos na política de um Estado ou de uma organização.

A primeira conduta a ser entendida neste sentido é o homicídio. A segunda é o extermínio, definido como a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população. A terceira conduta é a escravidão, termo pelo qual entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre ela, incluindo aí o tráfico, em particular de mulheres e crianças. A quarta conduta é a deportação ou transferência forçada de uma população, ou seja, o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou de outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no Direito Internacional. A quinta conduta é a tortura, ou o ato por meio do qual uma dor ou sofrimento agudos, físico ou mental, é intencionalmente causado a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado, estando excluídas a dor ou o sofrimento resultante unicamente de sanções legais. Em sexto lugar seguem as condutas relacionadas com crimes sexuais incluindo agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de atividade comparável. Gravidez forçada é entendida como a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. A sétima conduta é a perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero privando-os de forma intencional e grave de seus direitos fundamentais. A oitava conduta é o crime de “apartheid”, entendido como qualquer ato desumano praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou mais grupos, praticado com a intenção de manter este regime. Finalmente, a nona conduta, o desaparecimento forçado de pessoas, é entendida como a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização

---

<sup>58</sup> SUNGA, Lyal S, *op. cit.*, p. 203 e 204.

política, de forma direta ou indireta, seguidos da recusa a reconhecer tal estado como privação de liberdade ou prestar qualquer informação sobre a situação ou localização destas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por prolongado período de tempo. A última conduta é a prática de atos desumanos que causem intencionalmente grande sofrimento ou afetem gravemente a integridade ou a saúde física ou mental.

O terceiro crime inserido no rol do Estatuto de Roma é a prática de crimes de guerra ou “crimes contra as leis e os costumes aplicáveis em conflitos armados”. De um modo geral, pode-se observar que o Estatuto de Roma preocupou-se com a situação do civil dentro do âmbito do conflito armado e que os crimes de guerra estão configurados quando os atos criminosos são cometidos como parte de uma estratégia ou política.<sup>59</sup> Suas fontes são o regime de Haia, com suas diversas Convenções e Protocolos, referentes às limitações e à conduta de hostilidades, e as Convenções de Genebra e seus Protocolos, referentes à proteção das vítimas dos conflitos. O Estatuto também inclui na lista de crimes de guerra aqueles cometidos contra o pessoal das Nações Unidas em missão humanitária ou de manutenção de paz.<sup>60</sup> Na configuração final do Estatuto de Roma, foram incluídos as violações e crimes cometidos em conflitos internos, pois sua ausência significaria um retrocesso nas conquistas obtidas pelo Direito Internacional Humanitário na década de noventa. No entanto, foram adotadas restrições em sua tipificação no sentido de preservar o direito do Estado de manter sua soberania e ordem interna ao submetê-los à competência do Tribunal somente quando “parte de um plano ou política”, como forma de evitar que sua prática isolada pudesse ser julgada pelo Tribunal Penal Internacional.<sup>61</sup>

O artigo 8º lista os tipos penais que configuram os crimes de guerra. As condutas são apresentadas em três níveis: em primeiro lugar, as infrações presentes nas quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949; em segundo lugar, outras violações graves a leis e costumes pertinentes a conflitos armados internacionais e, em terceiro, violações graves em conflitos de caráter não-internacional. O terceiro grupo de crimes é tido, por sua vez, como uma vitória da sociedade civil internacional em matéria de crimes de guerra, pois inclui as violações em conflitos armados não internacionais, que atualmente englobam a maioria dos conflitos. Este nível engloba o disposto no art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra e

<sup>59</sup> SUNGA, Lyal S, *op. cit.*, p. 203 e 204.

<sup>60</sup> SABÓIA, Gilberto Vergne. A Criação do Tribunal Penal Internacional. **Revista CEJ**, n. 11, p. 9, maio/ago. 2000.

<sup>61</sup> MAIA, Marrielle, *op. cit.*, p. 90.

outras violações graves consagradas por normas ou costumes internacionais. Embora, durante a Conferência, um grupo de Estados tenha buscado a não-adoção dos tipos previstos no Protocolo Adicional à Convenção de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à proteção das vítimas de conflitos armados não-internacionais de 1977 a inclusão destes crimes refletiu uma tendência predominante no sentido de que graves violações do Direito Humanitário em um conflito armado interno acarretam responsabilidade internacional penal.<sup>62</sup>

O quarto e último crime do rol constante no Estatuto de Roma é o crime de agressão sobre o qual o Tribunal exercerá sua jurisdição quando for aprovado o dispositivo em que se defina o crime e se formule as condições em que o Tribunal atuará. O crime de agressão foi incluído porque grande parte dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade é desencadeada, inicialmente, por um ato de agressão.<sup>63</sup>

A primeira vez que a idéia de agressão foi utilizada em um tratado internacional foi em 1919, por ocasião do Pacto da Sociedade das Nações - muito embora a expressão “agressão” não conste do documento. Posteriormente, a agressão foi considerada crime internacional em alguns dos principais tratados sobre paz e desarmamento, tais como o Protocolo de Genebra, de 1924, e o Tratado Geral de Renúncia à Guerra, de 1928. Após a Segunda Guerra Mundial, a Carta das Nações Unidas incluirá entre seus propósitos, a repressão aos atos de agressão, tratando do tema ainda nos artigos 2, 39 e 51. No entanto, a definição do crime de agressão não consta de nenhum destes documentos. A justificativa para a omissão seria que a consciência jurídica da comunidade internacional perceberia de imediato a ocorrência de um ato de agressão, prescindindo de qualquer definição prévia.<sup>64</sup>

Todavia, o Conselho de Segurança da ONU, órgão encarregado de determinar a ocorrência do crime de agressão, só o fez duas vezes em mais de cinquenta anos. Por outro lado, a própria idéia de qualificar um comportamento como ilegal sem antes buscar sua tipificação é plenamente condenável.<sup>65</sup> Em vista disso a Resolução n. 3314 (XXIV) Assembléia Geral da ONU define, em seu artigo 1º, agressão como “o emprego da força armada por um Estado contra a soberania ou a integridade territorial ou a independência política de outro Estado de qualquer forma incompatível com a Carta das Nações Unidas”,

<sup>62</sup> HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 464.

<sup>63</sup> SUNGA, Lyal S., *op. cit.*, p.195 a 198.

<sup>64</sup> HUCK, Hermes Marcelo. **Da Guerra Justa à Guerra Econômica: Uma Revisão sobre o Uso da Força em Direito Internacional.** São Paulo : Saraiva, 1996, p. 132.

<sup>65</sup> HUCK, Hermes Marcelo, *op. cit.*, p. 129.

citando, em seu artigo 3º, um rol de atos considerados de agressão, como invasão, ataque ou ocupação militar de território estrangeiro, utilização de território estrangeiro para praticar agressão ou envio de grupos armados ao território estrangeiro, além da competência em definir outros atos pelo Conselho de Segurança, reafirmada pelo artigo 4º, nos termos da Carta da ONU.<sup>66</sup>

Por ocasião da Conferência de Roma, a dificuldade em se adotar uma definição para o crime de agressão veio do fato de que, embora a definição da Resolução n. 3314 fosse razoavelmente aceita pela Comunidade Internacional, ela não incluía a questão da responsabilidade penal individual referente à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. A dificuldade de adaptação do conceito, por seu turno, está no fato de que a responsabilização penal pelo crime de agressão encontra-se vinculada aos atos de planejamento e preparação, pois o ato de agressão não é geralmente resultado de uma decisão isolada. A consideração dos atos de planejamento e preparação traz consigo sérios problemas acerca da definição de autoria, co-autoria e cumplicidade no crime, sobre os quais a comunidade internacional ainda não atingiu um consenso.<sup>67</sup>

A Assembléia Geral dos Estados Parte do Tribunal Penal Internacional criou em 2002, um grupo de trabalho especial com o objetivo de redigir o tipo penal do crime de agressão. As discussões, inicialmente, desenvolveram-se em três vertentes: o Estatuto deverá ter uma enumeração taxativa dos atos que constituem crime de agressão e não submeterá sua iniciativa de investigação ao Conselho de Segurança da ONU<sup>68</sup>; o Tribunal fará uma tipificação genérica a respeito do crime e submeterá ao Conselho de Segurança sua iniciativa de investigar o crime, e o Tribunal fará uma enumeração taxativa dos atos que constituem crime de agressão e submeterá sua iniciativa ao Conselho de Segurança da ONU. De acordo com a última versão de junho de 2008, a Comissão caminha para apresentar uma enumeração taxativa dos atos que constituem agressão, baseada na Resolução n. 3314 da Assembléia Geral com a submissão de sua iniciativa ao Conselho de Segurança.<sup>69</sup>

## 2.6. A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

---

<sup>66</sup> HUCK, Hermes Marcelo, *op. cit.*, p. 146.

<sup>67</sup> MAIA, Marrielle, *op. cit.*, p. 93 a 94.

<sup>68</sup> CHELEBIAN, Brigitte. Key Challaenges in Defining the Crime of Agression. **The ICC Monitor**: Journal of the Coalition for the International Criminal Court, Issue nº 36, p. 18.

<sup>69</sup> Informação obtida no endereço <http://www.iccnw.org/?mod=aggression>, no dia 19/09/2008.

No momento em que este trabalho é escrito o Escritório do Procurador encontra-se oficialmente investigando crimes em quatro países: República Centro Africana, Sudão, República Democrática do Congo e Uganda. Encontra-se em fase de investigações preliminares ou análise de um pedido de investigação situações ocorridas ou ainda em curso em quatro continentes. Nos termos do artigo 15, para que o Procurador possa propor uma investigação é necessário que se reúnam provas suficientes sobre a ocorrência de crime sob a competência do Tribunal e que a situação possa atender os requisitos de admissibilidade de um caso nos termos do artigo 17.

Na América do Sul, o Procurador já fez duas viagens à Colômbia e encontra-se monitorando a situação na Venezuela, em resposta a denúncias formuladas a respeito da ocorrência de crimes nesses países. No extremo leste da Europa, o conflito ocorrido na região separatista da Ossétia do Sul, em Agosto de 2008, gerou denúncias da Geórgia e da Rússia acerca da prática de graves crimes, que se encontram em fase de investigação. Na Ásia, o Afeganistão e o Iraque ocupados são objetos de monitoramento por parte do Escritório da Procuradoria. Na África, o Chad encontra-se em investigação preliminar devido a eventos relacionados ao grande fluxo de refugiados da vizinha região de Darfur. A Costa do Marfim aceitou o Estatuto de Roma, aceitando sua jurisdição a partir de 19 de Setembro de 2002 no sentido de a Procuradoria conhecer possíveis crimes sob a competência do Tribunal ocorridos naquele país em 2002 e em 2003, estando pendente uma visita do Procurador ao país. Por fim, no Quênia, uma comissão internacional de direitos humanos da ONU apresentou relatório sobre a onda de violência que ocorreu no país entre dezembro de 2007 e fevereiro de 2008. O país ratificou o Estatuto de Roma em fevereiro de 2005, mas não apresentou nenhum pedido de investigação. A Procuradoria encontra-se em investigações preliminares no Estado.<sup>70</sup>

As investigações na República Centro-Africana originaram-se em 11 de Abril de 2006, a partir de uma decisão da Corte de Cassação daquele país que manteve o entendimento de que o Estado não possuía condições de processar e julgar os acusados dos graves crimes ocorridos a partir de julho de 2002, denunciando, assim, a situação ao Tribunal Penal Internacional. Em 22 de maio de 2006, o Escritório da Procuradoria abriu formalmente as investigações de crimes ocorridos entre 25 de outubro de 2002 a 15 de março de 2003.<sup>71</sup> Em

---

<sup>70</sup> PACE, William. Situations under Analysis. **The ICC Monitor**: Journal of the Coalition for the International Criminal Court, Issue nº 37, p. 8 e 9.

<sup>71</sup> Informação obtida no endereço [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org) no dia 08/12/2008.

23 de maio de 2008, Jean-Pierre Bemba Gombo, comandante em chefe do Movimento pela Libertação do Congo e ex-Vice Presidente daquele país, foi indiciado por crimes contra a humanidade (estupro e tortura) e crimes de guerra (estupro, tortura, atos de ultraje contra a dignidade humana e pilhagem), sendo preso por autoridades belgas e transferido para o Tribunal Penal Internacional. O caso destaca-se por ser o primeiro dentro do Tribunal cujo enfoque é o cometimento de crimes sexuais.<sup>72</sup>

A guerra civil na República Democrática do Congo iniciou-se com a derrubada do ditador Mobutu Sese Seko, em 1996, e recrudescceu a partir de 2003. Ante a incapacidade do Estado em pacificar a região e considerando a generalização das atrocidades cometidas pelas forças armadas envolvidas no conflito, a República Democrática do Congo denunciou formalmente a situação ao Tribunal Penal Internacional em 19 de abril de 2004. O Procurador iniciou oficialmente as investigações em 23 de junho de 2004. Três pessoas encontram-se presas e quatro mandados de prisão foram emitidos.<sup>73</sup>

Em 17 de março de 2006, Thomas Lubanga Dyilo foi preso e transferido para Haia, acusado de recrutamento, alistamento e uso de menores de 15 anos nos conflitos. Seu julgamento está marcado para janeiro de 2009. Germain Katanga, comandante da Força Patriótica de Ituri, foi preso em 18 de outubro de 2007, acusado de crimes de guerra e crimes contra a humanidade por condutas como homicídio, estupro, escravidão sexual, uso de crianças em hostilidades, entre outras. Mathieu Ngudjolo Chui, Coronel do Exército da República Democrática do Congo e ex-líder rebelde foi preso em 07 de fevereiro de 2008 por acusações similares às de Germain Katanga, razão pela qual seus casos foram reunidos por decisão da Câmara de Pré-Julgamento e considerado pronto para julgamento em 26 de setembro de 2008.<sup>74</sup>

A guerra civil no norte de Uganda se prolonga há mais de vinte anos. O governo daquele Estado denunciou a situação ao Tribunal em dezembro de 2003. Em 29 de julho de 2004 as investigações foram oficialmente iniciadas pelo Procurador. Em outubro de 2005, o Tribunal Penal Internacional expediu seus primeiros mandados de prisão contra os cinco principais comandantes da força rebelde chamada Exército de Resistência do Senhor,

---

<sup>72</sup> PACE, William. Bemba Case Highlights Prosecutor Resolve to Address Violence Against Women and Ensure Effective Cooperation. **The ICC Monitor**: Journal of the Coalition for the International Criminal Court, Issue nº 37, p. 10.

<sup>73</sup> Informação obtida no endereço [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org) no dia 02/12/2008.

<sup>74</sup> Informação obtida no endereço <http://www.icc-cpi.int/cases/RDC.html> no dia 16/12/2008.

incluindo seu líder Joseph Kony, acusados pelo cometimento das mais variadas atrocidades, de alistamento de crianças a estupros em massa. Um ano após, como forma de se encerrar a guerra civil, o oferecimento de uma anistia foi aventado pelo governo de Uganda, buscando-se a abertura de uma rodada de negociações de paz. Joseph Kony, no entanto, recusou-se a deixar as matas onde se encontra internado enquanto o mandado de prisão existente contra ele não fosse retirado. Em resposta, o presidente de Uganda garantiu sua segurança e reafirmou a possibilidade de anistia com os rebeldes, muito embora o Tribunal Penal Internacional tenha advertido o governo de Uganda de sua obrigação legal de executar os mandados de prisão. Iniciou-se assim um debate, onde autoridades regionais afirmaram que a anistia a Joseph Kony se encontra mais de acordo com a concepção cultural de justiça das tribos do norte de Uganda, calcadas no “perdão” do que a “justiça punitiva ocidental” oferecida pelo Tribunal Penal Internacional.<sup>75</sup>

Agindo em desacordo com o Tribunal Penal Internacional, o governo de Uganda iniciou conversações com o grupo rebelde garantindo aos acusados julgamentos pela Corte Constitucional do país, isentando-os da jurisdição do Tribunal. O líder rebelde esconde-se na região do Parque Nacional de Garamba, no Congo, aonde aterroriza a população, atravessando a fronteira com Uganda apenas para realizar seus ataques. Várias tentativas de se chegar a um acordo de paz foram feitas, a última em 1º de dezembro de 2008, mas Joseph Kony ludibria os negociadores, buscando concessões com a promessa de assinar um tratado de paz e retirando-se para o outro lado da fronteira no dia e local aprazado.<sup>76</sup> Em 06 de outubro de 2008, o Procurador do Tribunal Penal Internacional salientou ao governo da República do Congo a importância da continuidade de seus esforços para prender Joseph Kony, considerando que o líder rebelde ugandense também comete graves crimes no território congolês.<sup>77</sup> A situação, no entanto, permanece em um impasse.

Em 31 de março de 2005, o Conselho de Segurança da ONU adotou a Resolução nº 1593, a qual denuncia ao Procurador do Tribunal Penal Internacional a situação em Darfur, Sudão, onde deflagrou-se, em 2003, uma guerra civil entre o governo muçulmano e rebeldes animistas. Desde o início dos conflitos, mais de dois milhões e meio de pessoas já foram

<sup>75</sup> LAMONY, Stephen Artur. Peace and Justice in Uganda. **The ICC Monitor**, n.33, p.11.

<sup>76</sup> OKINO, Patrick; EGADU, Samuel; EICHSTAEDT, Peter. Kampala Running out of patience with Kony **Institute for War and Peace Reporting**. ICC Update, n. 195.

<sup>77</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - THE OFFICE OF THE PROSECUTOR. **Prosecutor calls for renewed efforts to arrest LRA leader Kony in wake of new attacks**, ICC-OTP-20081006-PR359-ENG, informação obtida no endereço [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int) no dia 16/12/2008.

expulsas de suas casas e internadas em campos, submetidas a assassinatos e estupros coletivos, além de padecer de fome e doenças.<sup>78</sup> O Procurador recebeu para análise a documentação reunida por uma comissão da ONU encarregada previamente de investigar os fatos, iniciando formalmente as investigações em 06 de junho de 2005. Em 27 de abril de 2007, o Tribunal emitiu mandados de prisão contra Ahmad Muhammad Harun e Ali Kushayb, acusados de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, somando 51 condutas criminosas que incluem homicídio, extermínio, estupro, tortura, pilhagem de aldeias, transferência forçada de civis e destruição de propriedade privada.<sup>79</sup>

A conduta do governo sudanês tem sido pautada pela não-cooperação e pelo apoio aos criminosos. O Decreto Presidencial n. 114/06 trouxe uma anistia geral sem especificar quais os crimes em que tal benesse é aplicada, numa clara indicação de que tal norma pode ser usada para garantir a impunidade dos perpetradores das atrocidades. Nesse sentido, o Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU relatou, em julho de 2006, que: “Sudanese structures specifically set up to deal with crimes in Darfur, such as the Special Criminal Courts, have continually failed to deliver justice and to prosecute high-level commanders responsible for human rights offenses.”<sup>80</sup> Em 05 de dezembro de 2007, o Procurador do Tribunal Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, relatou que o governo do Sudão negava-se a cumprir os mandados de prisão expedidos em 27 de abril de 2007, inclusive mantendo um dos acusados cujo mandado foi expedido, Ahmad Harun, como Ministro dos Assuntos Humanitários. Desafiava, assim, o Tribunal, o Conselho de Segurança e a comunidade internacional<sup>81</sup> enquanto os massacres avançavam ao ritmo de dez mil mortos ao mês, sem a adoção de medidas mais efetivas para enfrentar o grave incidente humanitário que ali ocorria.<sup>82</sup>

Em 05 de junho de 2008 o Procurador relatou que o Sudão recusava-se a cumprir os termos da Resolução nº 1593 e que as provas demonstravam que todo o aparato estatal encontrava-se envolvido no cometimento dos crimes. O Conselho Segurança, presidido pelos

---

<sup>78</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. **International Criminal Court Prosecutor tells Security Council Sudan’s Government**. SC 9186, 05/12/07. Informação obtida no endereço [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org) em 17/12/2007.

<sup>79</sup> Informação obtida no endereço [www.wantedoforwarcrimes.org](http://www.wantedoforwarcrimes.org) no dia 05/09/2008.

<sup>80</sup> STOMPOR, John. High Expectations for ICC Investigation Despite Worsening Situation in Darfur. **The ICC Monitor**, n. 33, p. 12. “Estruturas sudanesas especialmente criadas para tratar dos crimes em Darfur, como as Cortes Penais Especiais, tem continuamente falhado em realizar a justiça e processar os comandantes de alto escalão responsáveis pelas ofensas aos direitos humanos. (tradução do autor)”.

<sup>81</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, *cit.*

<sup>82</sup> ODUMBANA, Nsongurua, *op. cit.*, p. 1149.

Estados Unidos, redigiu a Declaração Presidencial nº 21 na qual conclamou as partes envolvidas no conflito em Darfur a cooperar com o Tribunal Penal Internacional.<sup>83</sup> Em 14 de julho de 2008, o Procurador solicitou à Câmara de Pré-Julgamento I do Tribunal Penal Internacional que emitisse um mandado de prisão para Omar Hassan Ahmad al-Bashir, presidente do Sudão por crimes de guerra, crimes contra a humanidade e pelo crime de genocídio, por ter planejado e executado um plano com o objetivo de destruir parte substancial das etnias Fur, Masalit e Zagawa enquanto tais.<sup>84</sup>

Em 20 de novembro de 2008, o Procurador solicitou à Câmara de Pré-Julgamento I a emissão de mandados de prisão contra líderes rebeldes pelo ataque às forças de paz da União Africana estacionadas na Base de Haskanita, resultando em 12 soldados mortos e 8 soldados feridos. A solicitação da prisão destes líderes causou consternação em Darfur, com declarações de membros da sociedade civil local de que o Escritório da Procuradoria deveria concentrar-se nas autoridades governamentais.<sup>85</sup> O Procurador, contudo, declarou em seu relatório de 03 de dezembro de 2008 perante o Conselho de Segurança, que ataques à forças de paz são ofensas excepcionalmente sérias porque ferem o coração do sistema internacional estabelecido para manter a paz e a segurança durante incidentes humanitários.<sup>86</sup> No dia 09 de dezembro de 2008, a Câmara de Pré-Julgamento do Tribunal Penal Internacional requereu ao Procurador informações adicionais para emitir os mandados de prisão contra os líderes rebeldes.<sup>87</sup>

Em seu relatório de 03 de dezembro de 2008, o Procurador demonstrou, por meio de fatos, que o presidente Bashir mente ao afirmar seus esforços pela paz e reconciliação com os rebeldes, e ainda que seu governo ignora a Declaração Presidencial do Conselho de Segurança nº 21.<sup>88</sup> O Procurador enfatiza a necessidade do Conselho de Segurança da ONU responsabilizar internacionalmente o Sudão por suas atitudes e conclamou a comunidade

<sup>83</sup> BURNIAT, Nicholas; APPLE, Betsy. Genocide in Darfur: Challenges and Opportunities for Action. **The ICC Monitor**: Journal of the Coalition for the International Criminal Court, Issue nº 37, p. 1 e 10.

<sup>84</sup> Informação obtida no endereço <http://www.icc-cpi.int/cases/Darfur.html> no dia 03/12/2008.

<sup>85</sup> GLASSBOROW, Katy; ADAM, Tajeldim. Darfuris Rail Against Possible Rebel Indictment, **Institute for War and Peace Reporting**. ICC Update n. 195.

<sup>86</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - THE OFFICE OF THE PROSECUTOR. **Statement to the United Nations Security Council on the situation in Darfur, the Sudan, pursuant to UNSCR 1593 (2005)**, p. 3.

<sup>87</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT – PRESS RELEASE. **Pre-Trial Chamber I requests additional information in relation to the application for a warrant of arrest for three rebel commanders in Darfur**. ICC-CPI-20081210-PR381-ENG. Informação obtida no endereço <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/455.html> no dia 16 de Dezembro de 2008

<sup>88</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, *cit.*, p. 7.

internacional a colaborar não fornecendo apoio político ou financeiro a esses indivíduos e congelando suas contas correntes no exterior.<sup>89</sup> Luis Moreno Ocampo encerra seu relatório de 03 de dezembro para o Conselho de Segurança da ONU observando àquele órgão que

You requested judicial intervention. I investigate those bearing the greater responsibility. All arrest warrants, and all the requests for arrest warrants, have been made public. There are no others. Ahmad Harun and Ali Kushayb must be surrendered to the Court. All parties to the conflict must respect the law. The decision on the request for an arrest warrant against President Al Bashir is now in the hands of the Judges. The Council must be prepared. If the judges decide to issue an arrest warrant against President Al Bashir, there will be a need for united and consistent action to ensure its execution. President Al Bashir will insist to deny his crimes and will offer a few words. President Al Bashir will insist to get your protection. The International community cannot conceal the crimes. President Al Bashir criminal actions should not be ignored, statements of ceasefire followed by bombings, denial of massive rapes or promises of justice while torturing the witnesses should not be supported. The international community cannot be part of any cover up of genocide or crimes against humanity.<sup>90</sup>

Um tema que tem desafiado a capacidade de atuação do Tribunal Penal Internacional tem sido o relacionamento com os Estados Unidos da América. De um papel inicial de liderança no processo de instalação do Tribunal, os Estados Unidos assumiram uma postura hostil. Isso ocorreu a partir do momento em que, durante a Conferência, o Estatuto de Roma tomou contornos distintos dos dispostos no Projeto da Comissão de Direito Internacional, o qual previa um tribunal submetido ao Conselho de Segurança da ONU, como os Tribunais “Ad Hoc”. A relativa independência do Tribunal perante o Conselho de Segurança, a inclusão do crime de agressão em sua competência, e a possibilidade do Procurador iniciar

<sup>89</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT – OTP PRESS RELEASE. **ICC Prosecutor: States must gear up for arrests.** ICC-OTP-20081203-PR379\_Eng. Informação obtida no endereço <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/455.html> no dia 16 de Dezembro de 2008.

<sup>90</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, *cit.*, p. 8. “Vocês pediram intervenção judicial. Eu investiguei aqueles que possuem maior responsabilidade. Todos os mandados de prisão, e todos os requerimentos de mandados de prisão, têm sido tornados públicos. Não há outros. Ahmad Harun e Ali Kushayb devem se submeter ao Tribunal. Todas as partes do conflito devem respeitar a lei. A decisão sobre o pedido de um mandado de prisão contra o Presidente al Bashir está agora nas mãos dos juízes. O Conselho deve estar preparado. Se os juízes decidirem expedir uma ordem de prisão contra o Presidente Al Bashir, haverá necessidade uma ação única e consistente para assegurar sua execução. O Presidente Al Bashir insistirá em negar seus crimes e fará algumas declarações. O Presidente Al Bashir insistirá em conseguir sua proteção. A comunidade internacional não pode acobertar estes crimes. As ações criminais do Presidente Al Bashir não podem ser ignoradas, declarações de cessar-fogo seguidas de bombardeios, negação dos estupro em massa ou promessas enquanto testemunhas são torturadas não devem ser suportados. A comunidade internacional não pode ser parte de qualquer forma de acobertamento de crimes contra a humanidade. (tradução do autor)”

investigações sem autorização prévia do Conselho de Segurança fizeram com que os Estados Unidos se opusessem à adoção do Estatuto de Roma.<sup>91</sup>

Mesmo assim, refletindo divisões internas em seu Departamento de Estado, Bill Clinton assina o Estatuto de Roma em 31 de dezembro de 2000, antes de entregar a presidência do país a George W. Bush. Clinton não recomendou, entretanto, que o tratado fosse encaminhado ao Senado para ratificação, alegando que este possuía falhas significativas.<sup>92</sup> Surpreendido pelos ataques de 11 de Setembro, o governo de George W. Bush adota uma série de medidas discutíveis no entender da comunidade internacional e passa a considerar o Tribunal Penal Internacional como um risco para a política externa norte-americana.<sup>93</sup> Quando o Estatuto de Roma recebeu a sexagésima ratificação em abril de 2002, alcançando o número necessário para a instalação do Tribunal Penal Internacional, o governo americano enviou uma carta para a Secretaria da ONU, depositária do tratado, informando que o governo norte-americano não tinha nenhum interesse em ratificar o Estatuto de Roma e, em vista disso, não reconhecia obrigação legal resultante da assinatura do tratado.<sup>94</sup>

Com o objetivo de evitar que militares ou funcionários públicos norte-americanos tivessem qualquer possibilidade de serem submetidos a julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, os Estados Unidos adotaram dois caminhos. O primeiro foi propor - ou barganhar em troca da manutenção de ajuda econômica ou programas de assistência - de forma generalizada, a assinatura de acordos bilaterais de imunidades, reconhecidos nos termos do artigo 98 do Estatuto de Roma, conseguindo mais de 100 acordos assinados.<sup>95</sup> O segundo foi impor ao Conselho de Segurança a Resolução nº 1422, que concedia imunidade frente ao Tribunal Penal Internacional a todos os soldados envolvidos nas forças de paz da ONU. Fala-se que a Resolução nº 1422 foi imposta porque, caso não fosse aprovada, os Estados Unidos ameaçaram retirar imediatamente seus soldados de mais de 40 missões de paz da ONU em andamento. Salvatore Zappalà observa que as resoluções do Conselho de Segurança da ONU devem tratar de situações específicas que ameacem a paz e a segurança internacionais, e a única ameaça à paz e à segurança internacionais neste caso era a ameaça norte-americana de

<sup>91</sup> SCHABAS, William A. United States Hostility to the International Criminal Court: It's All About the Security Council. *The European Journal of International Law*, vol. 15, p. 701, 1999.

<sup>92</sup> CERONE, John P. Dynamic Equilibrium: The Evolution of US Attitudes toward International Criminal Court Tribunals. *The European Journal of International Law*, vol. 18, n.2, p. 293, 2007.

<sup>93</sup> BYERS, Michael, *op. cit.*, p. 43.

<sup>94</sup> CERONE, John P., *op. cit.*, p. 295.

<sup>95</sup> CERONE, John P., *op. cit.*, p. 296.

retirar seus soldados das missões de paz. Deste modo, conclui o autor, a Resolução nº 1422 diferencia-se das demais emanadas por aquele órgão porque, ao invés de impor sanções a um Estado que está ameaçando a paz, satisfaz suas demandas.<sup>96</sup> A resolução estabelecia originalmente 12 meses de imunidade e teve seus efeitos renovados por mais 12 meses. Em 2004, contudo, a votação da renovação das imunidades ocorreria justamente na época em que a mídia divulgava as fotos dos militares americanos torturando prisioneiros na prisão de Abu Ghraib, no Iraque. A onda de repulsa às ações dos militares americanos que se seguiu ao escândalo fez com que o governo norte-americano desistisse de propor a segunda renovação dos efeitos da Resolução nº 1422.<sup>97</sup>

Na mesma época em que propôs a Resolução nº 1422 ao Conselho de Segurança, o governo norte-americano promulgou o American Service-members Protection Act (ASPA), legislação proíbe qualquer ato de cooperação com o Tribunal Penal Internacional, condiciona a participação em missões de paz à imunidade dos soldados americanos, cancela ajuda militar aos países que se recusarem a assinarem acordos bilaterais de imunidade com os Estados Unidos e concede ao Presidente “todos os meios necessários e apropriados” para libertar cidadãos norte-americanos de detenções ordenadas pelo Tribunal Penal Internacional, razão pela qual a normativa foi apelidada de “Lei da Invasão de Haia”.<sup>98</sup>

Em Setembro de 2004, o Secretário de Estado Colin Powell afirmou que, na visão dos Estados Unidos, estava sendo cometido um genocídio em Darfur. Os governo norte-americano condenou formalmente os massacres que estavam ocorrendo no Sudão e conclamou a ONU a investigar o caso. A comissão da ONU encarregada da investigação concluiu pela ocorrência do genocídio e recomendou ao Conselho de Segurança que denunciasse a situação ao Procurador do Tribunal Penal Internacional, nos termos do artigo 13, “b”, do Estatuto de Roma. Depois de alguns meses de negociações, nas quais cogitou-se sobre a criação de um novo tribunal “ad hoc” para o Sudão, os Estados Unidos aceitaram se abster na votação da Resolução nº 1593, de 31 de março de 2005, a qual denunciou a situação ao Tribunal Penal Internacional autorizando-o a iniciar as investigações, haja vista que o Sudão não é Estado-Parte da instituição.<sup>99</sup>

<sup>96</sup> ZAPALLÀ, Salvatore. The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and article 98 agreements. **Journal of International Criminal Justice**, v.1, n.1, p. 119, 2002.

<sup>97</sup> BYERS, Michael, *op. cit.*, p. 183.

<sup>98</sup> CERONE, John P., *op. cit.*, p. 297.

<sup>99</sup> CERONE, John P., *op. cit.*, p. 300 e 301.

A hostilidade norte-americana em relação ao Tribunal Penal Internacional vem, desde a abstenção na votação da Resolução nº 1593 no Conselho de Segurança, diminuindo gradualmente de intensidade. Em março de 2007, a Secretária de Estado Condoleeza Rice afirmou que a legislação anti-Tribunal Penal Internacional dos Estados Unidos estava interferindo negativamente em sua política externa.<sup>100</sup> Em 15 de março de 2007 foi aprovado o Genocide Accountability Act que, embora não mencione o Tribunal Penal Internacional adota, na prevenção e repressão do crime, os princípios presentes no Estatuto de Roma, o que contribui significativamente para a harmonização da legislação norte-americana com o tratado multilateral, principalmente sob o prisma do princípio da complementaridade.<sup>101</sup>

## 2.7. AS NORMAS DE COOPERAÇÃO JUDICIAL DENTRO DO ESTATUTO DE ROMA

Para o Tribunal Penal Internacional, assim como para os tribunais “ad hoc”, a cooperação dos Estados é fundamental para a efetividade do procedimento judicial. Tribunais internacionais não possuem forças de segurança próprias, portanto, são as autoridades estatais ou os representantes de organizações internacionais (como a OTAN, por exemplo) que irão executar seus mandados e requerimentos sendo, assim, cruciais para realizar prisões, colher provas e obter testemunhos.<sup>102</sup> Sobre a obrigação de cooperar Muriel Ubéda afirma que

L’obligation de coopérer avec les juridictions pénales internationales est une nécessité son respect conditionne leur efficacité donc leur raison d’être et, à terme, leur viabilité. Néanmoins, elle traduit des aspirations à une justice pénale internationale qui doivent être conciliées avec les réalités de la justice pénale internationale qui doivent être conciliées avec les réalités de la société internationale, composée avant tout d’États souverains soucieux de présumer leur indépendance. À l’image du droit international, l’obligation de coopérer n’est donc pas homogène: ses éléments constitutifs varient en fonction de la juridiction, de l’aspect de la coopération et du destinataire de l’obligation pris en compte.<sup>103</sup>

<sup>100</sup> CERONE, John P., *op. cit.*, p. 302.

<sup>101</sup> KHEILTASH, Golzar. New U.S. Legislation: a Strong Step Toward Accountability for Genocide. **The ICC Monitor**: Journal of the Coalition for the International Criminal Court, nº 36, p. 28.

<sup>102</sup> CASSESE, Antônio. The Statute of the International Criminal Court: some preliminary reflections. **European Journal of International Law**, Vol 10, p. 164, 1999.

<sup>103</sup> UBÉDA, Muriel. L’Obligation de Coopérer avec les Juridictions Internationales in ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel; PELLET Alain (Orgs.) **Droit International Penal**. Paris : A. Pedone, 2000, p. 951. “A

Durante a Conferência Internacional que redigiu o Estatuto de Roma, as discussões sobre as normas de cooperação judicial com o tribunal foram influenciadas por considerações políticas.<sup>104</sup> Em verdade, o fato de algumas normas sobre cooperação tocarem no delicado tema da jurisdição complementar do Tribunal conduziu os debatedores a duas posições bem delineadas: a primeira dizia respeito a um modelo de cooperação semelhante ao da cooperação judicial entre Estados, que respeitasse plenamente a soberania.<sup>105</sup> Neste modelo o Tribunal não tem autoridade sobre os Estados na execução dos atos relacionados aos indivíduos que se encontram sob sua soberania, não os podendo forçar a cooperarem e esperando que estes exerçam por si mesmos a persecução criminal requerida.<sup>106</sup>

A segunda posição diferenciava a cooperação judicial entre Estados, considerando-a uma relação jurídica de natureza horizontal, da cooperação judicial entre um Estado e o Tribunal Penal Internacional, a qual, nos termos do princípio da complementaridade, deveria ser considerada uma relação jurídica vertical.<sup>107</sup> Partiria do modelo tradicional de cooperação para uma estrutura “supra estatal” na qual o Tribunal teria autoridade não apenas para exercer a persecução penal diretamente no território do Estado, mas também emitindo documentos vinculantes contra o próprio Estado com previsão de sanções em caso de não cumprimento. Nesse modelo o Estado não teria direito de reter as provas colhidas nem se recusar a divulgar informações ou executar prisões determinadas pelo Tribunal. Este modelo é baseado na atuação dos Tribunais Internacionais “Ad Hoc” da Ex-Iugoslávia e de Ruanda.<sup>108</sup>

Esta polarização foi contornada com um modelo conciliatório, que busca evitar o confronto direto entre o Tribunal e o Estado na esfera da cooperação judicial através de procedimentos sutis para resolução de cada tipo de desacordo que possa surgir a respeito da cooperação. As omissões presentes no Estatuto de Roma, no entanto, autorizam dizer que o

---

obrigação de cooperar com as jurisdições penais internacionais é uma necessidade, seu respeito condiciona a eficácia delas, por conseguinte a sua razão de ser e, enfim, sua viabilidade. No entanto, ela traduz aspirações à uma justiça penal internacional que deve ser conciliada com as realidades da sociedade internacional, composta sobretudo por Estados soberanos preocupados em presumir sua independência. À imagem do direito internacional, a obrigação de cooperar não é homogênea: seus elementos constitutivos variam em função da jurisdição, do aspecto da cooperação e do destinatário da obrigação levada em conta. (tradução do autor)”

<sup>104</sup> KREB, Claus. Penas, execução e cooperação no Estatuto para o Tribunal Penal Internacional. *in* CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 133.

<sup>105</sup> KREB, Claus, *op. cit.*, p. 133.

<sup>106</sup> CASSESE, Antonio, *op. cit.*, p. 164.

<sup>107</sup> KREB, Claus, *op. cit.*, p. 134

<sup>108</sup> CASSESE, Antonio, *op. cit.*, p. 165.

modelo de cooperação adotado aproxima-se mais com a visão tradicional de cooperação judicial, ou de uma relação jurídica de natureza horizontal, do que com a idéia de uma jurisdição que, com sua natureza complementar, estabeleceria uma relação jurídica vertical do Tribunal com os Estados. Os tribunais “ad hoc” do Conselho de Segurança da ONU possuíam primazia de jurisdição e as Resoluções 827 e 955 do Conselho de Segurança exigiam dos Estados membro da ONU plena cooperação com seu trabalho.<sup>109</sup> Já o Tribunal Penal Internacional, através do modo pelo qual o Estatuto de Roma foi redigido, caracteriza-se por um modelo de cooperação moldado por seus próprios membros e não imposto por um órgão externo. Tal fato, por um lado, permitiu que os redatores do Estatuto de Roma elaborassem de forma mais precisa as relações de cooperação do Tribunal Penal Internacional e, por outro, reduziram seus poderes em relação aos destinatários de seus requerimentos de cooperação em comparação com as normas de cooperação dos Tribunais “Ad Hoc” da Ex-Iugoslávia e de Ruanda e, assim, a própria capacidade de atuar do principal órgão da Justiça Internacional Penal.<sup>110</sup>

O Capítulo IX do Estatuto de Roma estabeleceu a cooperação internacional sob três aspectos: cooperação legislativa, cooperação administrativa judicial e cooperação executória. A cooperação legislativa diz respeito à relação vertical entre o Tribunal e o Estado Parte dizendo respeito à obrigação deste em prever em sua ordem jurídica norma que regule as formas de cooperação previstas no Estatuto de Roma.<sup>111</sup> O artigo 88 prevê expressamente que os Estados Partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno preveja procedimentos que permitam responder as formas de cooperação especificadas no Capítulo IX do Estatuto, porém poucos Estados cumpriram com esta obrigação até o presente momento.<sup>112</sup> A cooperação administrativa judicial diz respeito à relação entre o Tribunal e o Estado Parte no interesse de uma investigação ou do andamento de um processo, incluindo a entrega de pessoas ao Tribunal, a prisão preventiva de um indivíduo ou realização de outras formas de cooperação.

<sup>109</sup> BUCHET, Antoine. Le Transfert devant les juridictions internationales in ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel; PELLET Alain (Orgs.) **Droit International Penal**. Paris : A. Pedone, 2000, p. 969.

<sup>110</sup> ZHOU, Han-Ru. The Enforcement of Arrest Warrants by the International Forces: from the ICTY to the ICC. **Journal of International Criminal Justice**, vol. 4, p. 202, 2006.

<sup>111</sup> HIZUME, Gabriella de Camargo. Breves Reflexões Acerca da Questão da Cooperação Jurídica no Tribunal Penal Internacional in MENEZES, Wagner (Coord.). **Estudos de Direito Internacional: Anais do 5º Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Vol. X. Curitiba : Juruá, 2007, p. 188.

<sup>112</sup> OOSTERVELD, Valerie; PERRY, Mike; McManus, John. The Cooperation of States with the International Criminal Court. **Fordham International Law Journal**, vol. 25, n. 3, p. 768, mar 2002. Segundo os autores, destacam-se, em termos de legislação interna, os procedimentos de Canadá, Reino Unido e Suíça.

Finalmente, a cooperação executória refere-se ao cumprimento das penas impostas pelo Tribunal nos Estados que aceitaram receber os indivíduos condenados, chamados de Estados de detenção.

Os artigos 86 e 87 do Estatuto de Roma, os quais iniciam o capítulo referente à cooperação no documento, possuem exemplos de omissões importantes em seu conteúdo. O artigo 86 dispõe que o Estado Parte tem a obrigação de cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e nos procedimentos contra crimes de competência do Tribunal, esta obrigação geral desdobra-se em várias obrigações específicas que se desenvolvem nos artigos subsequentes e nas Regras de Procedimento e Prova do Tribunal.<sup>113</sup> Mesmo sendo verdade que a simples aceitação de que existe uma obrigação internacional do Estado em cooperar com o Tribunal já seja um elemento relevante<sup>114</sup> o princípio afirmado no artigo 86 é pouco eficaz porque não possui uma sanção que o garanta, como será analisado.

O artigo 87 foi redigido de forma semelhante ao artigo 29 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia, embora o termo original que determinava o caráter vinculante da cooperação, ordem (“order”), tenha sido substituído no artigo do Estatuto de Roma para pedido (“request”), entendido como não vinculante.<sup>115</sup> O artigo 87 (6) trata do relacionamento com o Tribunal Penal Internacional e as organizações intergovernamentais. O parágrafo determina que “o Tribunal poderá solicitar informações ou documentos a qualquer organização governamental”. As organizações intergovernamentais têm protagonizado as intervenções humanitárias desde a década de noventa do século passado: a Organização dos Estados Americanos interveio no Haiti, a União Africana mantém tropas em Darfur e a Organização do Tratado do Atlântico Norte, a OTAN, participou ativamente da intervenção nos Bálcãs.<sup>116</sup> A Ex-Procuradora do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, Louise Arbour afirma que um tribunal internacional não necessita de polícia judiciária própria porque a cooperação subentende que a polícia do Estado cuja cooperação é requerida agirá. No entanto, se o Estado estiver em colapso ou for hostil uma “polícia judiciária internacional” não poderia atuar de qualquer forma. O que é determinante, para Arbour, é uma força militar que seja habilitada a atuar em ambientes conflagrados e hostis e consiga realizar os atos de cooperação requeridos pelo tribunal em circunstâncias adversas.

<sup>113</sup> UBÉDA, Muriel, *op. cit.*, p. 953.

<sup>114</sup> NSEREKO, Daniel N., *op. cit.*, p. 53.

<sup>115</sup> ZHOU, Han-Ru, *op. cit.*, p. 212.

<sup>116</sup> ZHOU, Han-Ru, *op. cit.*, p. 204.

Um exemplo seria o papel que a Força de Estabilização da OTAN (SFOR) realizou nos Balcãs, cumprindo mandando de prisões e colaborando na coleta de provas e na obtenção de testemunhos.<sup>117</sup> Desta forma, assim como foi determinante para os tribunais “ad hoc”, seria fundamental para o Tribunal Penal Internacional pudesse emitir mandados com força vinculante em relação às organizações intergovernamentais sempre que os membros dessas organizações que estivessem envolvidos na intervenção fossem Estados Partes. No entanto o artigo 87 (6) afirma que outras formas de cooperação e auxílio – além da prestação de informações e documentos – deverão ser objeto de acordo entre o Tribunal e a organização. Este parágrafo, além de contrariar a prática do Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia, que ainda se encontra em operação, cria a estranha situação do Tribunal poder requerer um ato de cooperação da França, enquanto Estado Parte, mas não poder requerer o mesmo ato de uma operação da OTAN em relação à zona controlada pelo exército francês. Han-Ru Zhou salienta que esta disposição do Estatuto enfraquece o Tribunal Penal Internacional porque não cria obrigação internacional e, assim, permite as organizações intergovernamentais - cujos líderes militares são relutantes em arriscar seus soldados em operações no interesse da justiça internacional – recusarem cooperação sem enfrentarem a responsabilização internacional.<sup>118</sup>

O artigo 87, em seu parágrafo sétimo, dispõe que a recusa ao pedido de cooperação será relatada à Assembléia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando o pedido de cooperação for relativo a um caso cuja origem se encontra em uma referência do Conselho ao Tribunal. Tal medida se apresenta como inócua, pois o artigo 112, (2), alínea “f” do Estatuto, que concede competência à Assembléia dos Estados Partes para apreciar a não-cooperação de um Estado a um pedido do Tribunal, não prevê a aplicação de qualquer sanção ao Estado não cooperante. Quanto ao Conselho de Segurança da ONU, seu comportamento em relação aos atos de não cooperação sofridos pelos seus próprios Tribunais “Ad Hoc” para Ruanda e para a Ex-Iugoslávia nunca autorizou a imaginar-se que haveria qualquer pronta reação de sua parte a um relatório do Tribunal Penal Internacional.<sup>119</sup> Para Antônio Cassese, mesmo em um regime de cooperação “horizontal”, o Estatuto poderia dispor de forma mais específica a respeito das alternativas do Tribunal em caso de não cooperação

<sup>117</sup> ARBOUR, Louise. The International Tribunals for Serious Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia and Rwanda. **McGill Law Journal**, n. 46, p. 197, 2000.

<sup>118</sup> ZHOU, Han-Ru, *op. cit.*, p. 215 e 216.

<sup>119</sup> CIAMPI, Annalisa, *op. cit.*, p.133.

The Statute could have specified that the Assembly of States Parties might agree upon countermeasures, or authorize contracting states to adopt such countermeasures, or, in the event of disagreement, that each contracting state might take such countermeasures. In addition, it would have been appropriate to provide for the possibility of the Security Council stepping in adopting sanctions even in cases where the matter had not been previously referred by this body to the Court: one fails to see why the Security Council should not act upon Chapter VII if a state refuses to cooperate and such refusal amounts to threaten the peace, even in cases previously referred to the Court by a state or initiated by the Prosecutor “*proprio motu*”. Of course, this possibility is not excluded by the ICC Statute, but it also would have been a good idea expressly to include it.<sup>120</sup>

Para o funcionamento do Tribunal Penal Internacional, é preciso que os indivíduos acusados de praticarem os crimes sob sua competência efetivamente se apresentem para o julgamento, visto que o Tribunal não julga acusados à revelia. Deste modo, é necessário um procedimento que assegure a detenção e aprisionamento do acusado. Isto só ocorrerá se o Estado Parte em cujo território o indivíduo se encontre, cumpra a ordem de detenção expedida pelo Tribunal e o entregue para julgamento. Para evitar os vários obstáculos inerentes ao tradicional instituto da extradição, o artigo 102 do Estatuto de Roma diferencia a extradição, ou seja, “a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”, da entrega, o que significa a “entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto”. Enquanto a extradição pressupõe a reciprocidade inerente às relações entre Estados, a entrega corresponde à concretização de um Tratado assinado entre um Estado e uma organização internacional.<sup>121</sup> Assim, a adoção do instituto da entrega se deve a dois argumentos: o princípio da complementaridade permite aos Estados perseguir seus nacionais sem entregá-los ao Tribunal; não seria necessário enfrentar os vários obstáculos presentes no procedimento da extradição.<sup>122</sup>

<sup>120</sup> CASSESE, Antonio, *op. cit.*, p. 166. “O Estatuto deveria ter especificado que a Assembléia dos Estados Parte deve concordar com as contra-medidas, ou autorizar Estados envolvidos a adotar tais contra-medidas, ou, em caso de desacordo, que cada Estado envolvido deve tomar tais contra-medidas. Além disso, seria apropriado prever a possibilidade do Conselho de Segurança adotar sanções até mesmo em casos onde o assunto tenha sido previamente levado ao Tribunal pelo Conselho: não é possível entender porque o Conselho de Segurança não deve agir sob o Capítulo VII se um Estado se recusa a cooperar e tal recusa constituir uma ameaça a paz, mesmo em casos previamente denunciados ao Tribunal por um Estado ou iniciados pelo Procurador a “*próprio motu*”. Certamente, esta possibilidade não é excluída pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional, mas teria sido uma boa idéia incluí-la expressamente. (tradução nossa)”

<sup>121</sup> MIRANDA, Jorge. A incorporação ao Direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista CEJ**, n. 11, p. 26, maio./ago. 2000.

<sup>122</sup> KREB, Claus, *op. cit.*, p. 137 e 138.

Em relação à entrega de pessoas ao Tribunal, cujo procedimento está previsto entre os artigos 89 e 91, o Estatuto determina para o Tribunal Penal Internacional uma situação jurídica inferior ao Estado requerido que aquela prevista para os Tribunais “Ad Hoc” da Ex-Iugoslávia e de Ruanda. O artigo 90 dispõe que, no caso de um Estado Parte receber pedidos concorrentes de entrega do Tribunal e de um terceiro Estado, por exemplo, o Estado Parte requerido poderá optar entre satisfazer o pedido de entrega ao Tribunal ou de extradição ao terceiro Estado. O Tribunal só poderá alegar preferência se o Estado requerido não estiver obrigado por acordo de extradição com o terceiro Estado requerente (privilégio que caberia a qualquer Estado que tivesse um acordo de extradição) ou em casos específicos em que o pedido concorrente for originário de um Estado Parte e a situação sob investigação já tiver sido admitida pela Câmara de Questões Preliminares.<sup>123</sup> Os tribunais “ad hoc” possuíam primazia de jurisdição em quaisquer destes casos. Seria natural, deste modo, que, existindo um conflito de jurisdição entre um Estatuto que estabelece uma jurisdição universal, contanto que complementar, sobre um tratado bilateral de extradição ou, mesmo, considerando a missão do Tribunal de implementar a justiça internacional penal no interesse da paz e segurança internacional, que a primazia em julgar o indivíduo acusado coubesse ao Tribunal Penal Internacional.<sup>124</sup>

O artigo 91 (2), “c”, dispõe que o Estado pode criar um procedimento em separado para a entrega de indivíduos ao Tribunal Penal Internacional ou adaptar o procedimento de extradição existente. O artigo 89 adverte, entretanto, que o procedimento de entrega não pode ser mais restritivo que o procedimento de extradição. A Regra 184 das Regras de Procedimento e Prova determina o dever do Estado informar imediatamente o Secretário do Tribunal Penal Internacional no caso dos indiciados estarem prontos para a entrega.<sup>125</sup> Embora o Estado Parte deva responder “sem demora” ao pedido de cooperação que receber do Tribunal o pedido de entrega será transmitido pela via tradicional diplomática e os Estados são livres para determinar o procedimento e quais órgãos ficarão responsáveis pela cooperação.<sup>126</sup>

Por cooperação em matéria de prova se entende a preservação, a disponibilização e a transmissão dos elementos de prova em uma investigação. Assim, de forma geral, os destinatários da obrigação devem assistir a Procuradoria a estabelecer a materialidade dos

<sup>123</sup> HIZUME, Gabriella de Camargo, *op. cit.*, p. 189.

<sup>124</sup> CASSESE, Antonio, *op. cit.*, p. 166.

<sup>125</sup> OOSTERVELD, Valerie; PERRY, Mike; McManus, John, *op. cit.*, p. 772.

<sup>126</sup> BUCHET, A., *op. cit.*, p. 974 e 975.

fatos e, através de sua colaboração, permitir que os órgãos dos tribunais internacionais atuem em seu território nacional.<sup>127</sup> Previstos no artigo 93, dentro do primeiro parágrafo, estes atos de cooperação incluem produção de provas, interrogatórios, notificações, envio de testemunhas ou peritos, transferências temporárias, exumação de cadáveres em valas comuns, buscas e apreensões e qualquer outra forma lícita de auxílio que possa facilitar o inquérito ou o julgamento. Infelizmente o Estatuto de Roma não especifica se a coleta de provas e a execução de intimações em mandados serão empreendidas pelo pessoal da Procuradoria do Tribunal Penal Internacional ou se será executada pelo Estado a pedido do Promotor. Com a insistência do Estatuto em buscar concordância com as legislações nacionais, não se surpreende que a leitura oficial do Estatuto seja a segunda opção, a não ser em casos especiais, como os previstos no artigo 99, o qual será analisado abaixo.<sup>128</sup>

As formas dos Estados escaparem à cooperação, todavia, são tão numerosas quanto as maneiras de cooperar com o Tribunal. O Estado pode recusar o auxílio alegando que a medida fere princípio geral de sua legislação ou que a divulgação ou a produção de um documento vai contra seus interesses de segurança nacional. Pode ainda impor condições para a concessão de um auxílio e, no caso de transferência temporária de uma pessoa detida para fins de identificação, será necessário que não só o Estado, mas a própria pessoa, consinta com o ato de cooperação. Ou seja, o Tribunal não pode obrigar testemunhas a comparecer ao procedimento.<sup>129</sup> O artigo 93 (4) determina que um Estado Parte poderá recusar, no todo ou em parte, um pedido de auxílio se tal pedido se reportar à produção de documentos ou elementos de prova que ponham em risco sua segurança nacional, nos termos do artigo 72 do Estatuto. O artigo 72 é baseado na decisão da Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia relativa ao Caso Blaskic. Mas, para Antônio Cassese, enquanto aquela decisão visava criar um mecanismo para o acesso ao máximo de informação possível pelo Tribunal, o artigo 72 tem sentido contrário, concedendo todas as salvaguardas ao Estado.<sup>130</sup> Além destas disposições, presentes no artigo 93, o Estado poderá ainda, nos termos do artigo 94, suspender uma medida de cooperação, alegando que a execução desta medida estaria atrapalhando o curso de um outro procedimento criminal por ele realizado. Finalmente, o Estado poderá, nos termos do artigo 97, consultar o Tribunal, quando entender que o

---

<sup>127</sup> UBÉDA, Muriel, *op. cit.*, p. 953.

<sup>128</sup> CASSESE, Antônio, *op. cit.*, p. 165.

<sup>129</sup> KREB, Claus, *op. cit.*, p. 145.

<sup>130</sup> CASSESE, Antonio, *op. cit.*, p. 166.

cumprimento do pedido de cooperação, na forma em que se encontra, resulta em violação a tratado anteriormente celebrado com outro Estado.

Valerie Oosterveld, Mike Perry e John McManus observam, contudo, que é necessário diferenciar uma investigação determinada pelo Conselho de Segurança da ONU, de uma investigação originada na denúncia de um Estado Parte ou da iniciativa do Promotor. O Conselho de Segurança da ONU tem seus poderes baseados no artigo 39 da Carta da ONU e o artigo 25 deste documento dispõe que todos os membros devem aceitar e executar suas decisões. O artigo 49, por sua vez, determina que todos os membros da ONU devem cooperar com o Conselho de Segurança. Assim, as investigações nascidas da referência de uma situação pelo Conselho de Segurança, de acordo com os autores, podem originar requisições de cooperação obrigatórias a qualquer membro da ONU e não apenas aos Estados Partes do Tribunal Penal Internacional.<sup>131</sup>

O polêmico artigo 98 do Estatuto dispõe que “o Tribunal pode não dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do Direito Internacional” em matéria de imunidades ou de um acordo internacional. Assim, em relação às imunidades oficiais, existe um problema de delimitação: enquanto o artigo 27 determina que a capacidade oficial de um indivíduo não o exime de sua responsabilidade o artigo 98 afirma que as imunidades granjeadas pelo costume são aceitas pelo Estatuto.<sup>132</sup> O artigo 98 não é claro se o costume ou os tratados protegem nacionais de Estados que não são parte do Tribunal ou todos os Estados. Em verdade, este artigo só faz sentido se for entendido que a imunidade em relação à jurisdição doméstica de um Estado não Parte é aplicável frente ao Tribunal, exigindo-se um acordo para exercício de jurisdição “ad hoc”.<sup>133</sup> Combinando-se a interpretação do artigo 98 com a do artigo 27 que dispõe sobre a irrelevância da capacidade oficial parece, conseqüentemente, que um Estado seria obrigado a prender e entregar ao Tribunal seu próprio chefe de Estado, mas teria de respeitar a imunidade jurisdicional de um chefe de Estado estrangeiro.<sup>134</sup>

Uma interpretação sistemática do Estatuto de Roma, por outro lado, forçosamente deve impor limites à situações criadas a partir da aplicação do artigo 98. Se a jurisdição

<sup>131</sup> OOSTERVELD, Valerie; PERRY, Mike; McManus, John, *op. cit.*, p. 789.

<sup>132</sup> PAULUS, Andreas L, *op. cit.*, p. 855.

<sup>133</sup> PAULUS, Andreas L, *op. cit.*, p. 856.

<sup>134</sup> BUCHET, Antoine, *op. cit.*, p. 980.

complementar estabelece que o dever do Estado é julgar o indivíduo acusado pelos crimes sob a competência do Tribunal Penal Internacional ou entrega-lo para quem o faça, a questão a qual o artigo 98 propõe equacionar não é se o indivíduo será ou não julgado, mas, sim, por qual jurisdição será julgado.<sup>135</sup> Além de consoante com o espírito do Estatuto, esta interpretação também é resultante dos termos do Preâmbulo da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, o qual afirma que “os privilégios e imunidades concedidos a indivíduos não existem em seu benefício, mas para dar-lhes os meios de cumprir seus deveres de forma independente.”<sup>136</sup> Desta forma, considerando que o Estatuto de Roma dispõe sobre a irrelevância de qualquer imunidade ou capacidade oficial estas não poderão ser utilizadas para eximir o indivíduo da responsabilidade por seus atos, seja perante o Tribunal, seja perante um Estado e, uma interpretação que isentasse o indivíduo de sua responsabilidade, não tem validade perante o artigo 98. Da mesma forma, considerando que o principal objetivo do Estatuto é “por um fim à impunidade”, as imunidades consubstanciadas pelo costume ou pelos acordos realizados entre terceiros Estados e Estados Parte do Tribunal, determinando a não entrega de indivíduos para julgamento ao Tribunal, só terão validade se garantirem que estes indivíduos efetivamente sejam levados à justiça pelo Estado requerente.<sup>137</sup> Esta interpretação, contudo, é uma construção doutrinária cujo sentido é discordante com os inúmeros acordos de imunidade assinados com o fito de furtar indivíduos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional nos últimos anos.

Por fim, o artigo 99, que determina quais as medidas de auxílio serão executadas de acordo com a legislação interna do Estado requerido, destaca-se, sobretudo, pelo seu parágrafo quarto. Este dispõe que o Procurador poderá realizar um ato no interesse da investigação, diretamente no território do Estado Parte requerido, se não for necessário recorrer a medidas coercitivas, especialmente quando o Estado requerido for o Estado onde ocorreu o crime e o caso já tenha sido admitido pelo Tribunal (parágrafo quarto, alínea “a”). Tal disposição do artigo 99 deve ser lida em consonância com o artigo 57 que, ao tratar dos poderes do Juízo de Instrução do Tribunal dispõe, em seu parágrafo terceiro, alínea “d”, que o Procurador pode realizar medidas no território do Estado Parte em caso de quebra ou inexistência de autoridade estatal.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> ZAPALLÀ, Salvatore. *op. cit.*, p. 116.

<sup>136</sup> OOSTERVELD, Valerie; PERRY, Mike; McManus, John, *op. cit.*, p. 802.

<sup>137</sup> ZAPALLÀ, Salvatore, *op. cit.*, p. 124.

<sup>138</sup> KREB, Claus, *op. cit.*, p. 145.

O conteúdo do artigo 99 resume o diálogo que o modelo de cooperação previsto para o Tribunal Penal Internacional mantém com o princípio da complementaridade, que rege a jurisdição do Estatuto de Roma. O princípio da complementaridade determina que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional deverá ser acionada no caso em que, ocorrendo um crime sob a competência do Tribunal, o Estado Parte que deveria investigá-lo e reprimi-lo for omissa ou estiver inoperante. No caso de um Estado inoperante, com seu Poder Judiciário em colapso, as regras de cooperação e investigação do Estatuto podem ser consideradas como um desdobramento dos artigos que regulam sua jurisdição complementar. Entretanto, quando o Estado é omissa ao seu dever de investigar e reprimir, as normas de cooperação e investigação do Estatuto determinam que o Tribunal necessita do seu consentimento para que o crime seja investigado e o caso seja julgado.

Este padrão exposto no Capítulo IX tem conseqüências danosas a temas correlatos às relações de cooperação do Tribunal. Em relação à proteção das vítimas, o Estatuto de Roma adota uma postura inovadora e progressista no papel e no status destas, que podem manifestar suas opiniões e preocupações no procedimento, realizar atos processuais a portas fechadas em seu interesse e testemunhar através de declarações gravadas em vídeo ou áudio, entre outras disposições previstas nos artigos 68 e 69 do Estatuto. No entanto, as iniciativas com objetivo de resguardar vítimas e testemunhas dependem largamente da manifestação da vontade de cooperar do Estado envolvido com o crime sob a competência do Tribunal. A mesma situação ocorre com o artigo 70 do Estatuto, que trata dos crimes cometidos contra a administração da justiça pelo Tribunal Penal Internacional. As condutas criminosas previstas no Estatuto de Roma geralmente estão relacionadas a ações ou omissões dos Estados e os atos de não cooperação enfrentados pelos Tribunais da Ex-Iugoslávia e de Ruanda originaram-se de autoridades estatais. Mesmo assim, nos termos do art. 70, (4), “a”, caberá ao Estado envolvido processar os crimes contra a administração da justiça, tornando extensiva suas normas penais de direito, a partir de uma solicitação do Tribunal Penal Internacional.<sup>139</sup>

Em conclusão, o modelo de cooperação estabelecido no Estatuto de Roma é grandemente orientado aos interesses dos Estados a cuja cooperação será dirigida.<sup>140</sup> Em comparação aos tribunais “ad hoc” da Ex-Iugoslávia e de Ruanda, o modelo de cooperação do Tribunal Penal Internacional possui menos recursos que os de seus predecessores (que

---

<sup>139</sup> OOSTERVELD, Valerie; PERRY, Mike; McManus, John, *op. cit.*, p. 835.

<sup>140</sup> CASSESE, Antônio, *op. cit.*, 165.

enfrentaram grandes problemas nesta área) e, deste modo, se constitui no calcanhar de Aquiles da instituição.<sup>141</sup> Não é surpreendente, assim, o fato de que, em seus primeiros anos de atuação, o Tribunal tenha encontrado dificuldades em cumprir seu mandato e esteja envolvido em impasses diplomáticos.

Sendo o Tribunal Penal Internacional uma corte cuja legitimidade é calcada não apenas nos valores que garante, mas no fato de ser a expressão da vontade da comunidade internacional é, em certa medida, natural que seu modelo de cooperação seja mais restrito do que aquele imposto pelo Conselho de Segurança em seus tribunais “ad hoc”. Não se deve olvidar, contudo, que o compromisso com a efetividade é inerente ao mandato de qualquer jurisdição, doméstico ou internacional. Sendo o modelo de cooperação do Tribunal Penal Internacional um primeiro passo dado sob um novo fundamento de legitimidade, o caráter evolutivo de suas normas é inegável.<sup>142</sup>

As normas de cooperação existentes e suas linhas evolutivas atuais não podem ser interpretadas sem a devida contextualização, a partir da qual manifestam-se claramente seus limites funcionais. Até meados do século passado as normas de cooperação judicial internacional tratavam apenas da cooperação entre Estados. A cooperação judicial entre Estados é uma prática antiga, bastante utilizada e suficientemente prevista nos ordenamentos nacionais. Estabelecida por tratados que, por sua vez, encontram-se sustentados por suas respectivas constituições, a cooperação entre Estados é sustentada por três elementos que se complementam. Em primeiro lugar, diz respeito à manifestação da vontade soberana em cooperar, ou seja, a eficácia da norma internacional é subordinada aos imperativos da política externa do Estado. Geralmente, na cooperação internacional, a manifestação da vontade não é desinteressada, exige a promessa de reciprocidade do Estado beneficiado pelo ato de cooperação, e este é o segundo elemento. Assim, por exemplo, para que haja uma extradição, a vontade soberana do Estado impõe que, na eventualidade de um indivíduo sob a persecução penal adentrar o território do Estado requerente, este se comprometa a, por sua vez, extraditá-lo para o Estado requerido. E a reciprocidade, por sua vez, pressupõe a existência de um território no qual ela possa ser concretizada, sendo o princípio da territorialidade o terceiro elemento que fundamenta a cooperação judicial entre os Estados. Sabe-se que a palavra território possui sua origem etimológica no verbo latino “terreo” que significa aterrorizar ou

---

<sup>141</sup> ZHOU, Han-Ru, *op. cit.*, p. 203.

<sup>142</sup> BUCHET, Antoine, *op. cit.*, p. 980.

afugentar, indicando que, dentro do princípio da territorialidade, tão importante quanto à extensão de terra, mar e ar em si, é a existência de uma força de segurança nela capaz de exercer a força em regime de monopólio. Sem este domínio do território não há efetividade no poder soberano e sem a efetividade a expressão soberana da vontade perde sua eficácia.

A internacionalização dos padrões mínimos de dignidade humana, contudo, trouxe uma mudança de enfoque na cooperação internacional em matéria penal. A cooperação passou de procedimento meramente ou predominantemente administrativo para um procedimento jurisdicional, com a presença de um processo de conhecimento e mesmo de incidentes que envolvam medidas cautelares.<sup>143</sup> Além de Estado requerente e Estado requerido, passou-se a considerar o próprio indivíduo como pólo processual, com a chamada trilateralidade do procedimento de cooperação. Este enfoque trilateral tem como fundamento os direitos fundamentais do indivíduo no processo, evoluindo assim a cooperação “de um assunto exclusivamente estatal para uma visão em que o indivíduo é sujeito de direitos, motivo pelo qual todas as formas de cooperação que podem afetar os direitos fundamentais encontram-se neste seu primeiro limite”<sup>144</sup>

Por outro lado, o século XX presenciou o surgimento das organizações internacionais como sujeitos de Direito Internacional e a conseqüente institucionalização do tratamento de vários problemas referentes à comunidade internacional. Com o fim da Guerra Fria, a repressão aos crimes internacionais se organizou de forma diferente da encontrada nos tribunais de Nuremberg e Tóquio, passando os tribunais a atuar de maneira independente à política externa de Estados ou alianças militares. Não obstante a gama de vantagens que a independência trouxe a estas instituições, a não vinculação a territórios ou forças de segurança próprias alijou-as do tripé vontade, reciprocidade e territorialidade que sempre sustentou a eficácia das normas de cooperação judicial internacional entre Estados. Logo, a cooperação judicial com as organizações internacionais não pode ser semelhante à dos Estados porque possui outra fundamentação, alheia às barganhas da reciprocidade e às prerrogativas da soberania estatal. Mesmo assim, foram justamente essas normas de cooperação entre Estados a base sobre a qual foi construído o modelo de cooperação judicial no Estatuto de Roma. As normas que dispõem sobre a colaboração entre Estados tem como pressuposto uma oferta de

---

<sup>143</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo Penal Transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. **Revista Forense**, Vol. 331, p. 6, jul-set, 1995.

<sup>144</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, p. 31.

reciprocidade a qual o Tribunal é incapaz de realizar, existindo, por isso, poucas vantagens concretas a serem conseguidas pelo Estado com a cooperação com o Tribunal. E a inexistência de soberania por parte de uma organização internacional estabelece uma relação que deveria ser igualitária, mas onde uma das partes possui uma série de prerrogativas dadas “a priori” e não negociáveis. Por isso, o modelo de cooperação estabelecido pelo Estatuto de Roma posiciona o Tribunal Penal Internacional em uma posição de inferioridade em relação aos Estados Parte.

Deve-se recordar, por outro lado, que as normas de cooperação do Estatuto de Roma são o produto de um difícil processo de negociação que teve de levar em conta as inúmeras objeções de Estados que, no final das contas, nem ao menos se tornaram Parte no Estatuto de Roma. Em vista disso, é justificável que questões importantes, como o procedimento a tomar em caso de não cooperação de um Estado tenha sido postergado até a entrada em vigor do Estatuto.<sup>145</sup>

Assim, o modelo de cooperação previsto no Estatuto ainda não se apresenta como uma obra completa, mas como um desafio. Nos procedimentos referentes ao plano internacional, permanece a tarefa de implementar o princípio da complementaridade, estabelecendo realmente uma relação de natureza vertical entre o Tribunal e o Estado requerido.

Portanto entende-se que, não obstante as numerosas conquistas obtidas, faz-se necessária a implementação de novas regras de cooperação que garantam a efetividade da jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional. Durante o processo de negociação do Estatuto, existiu a preocupação de que o modelo adotado previsse os direitos do acusado, sob a índole garantista a qual consiste em uma conquista dentro da cooperação internacional.<sup>146</sup> A ênfase nessa vertente, contudo, parte de um pressuposto de hipossuficiência do indivíduo acusado perante a estrutura judiciária do Estado. Nos procedimentos do Tribunal Penal Internacional esta hipossuficiência está, em grande parte atenuada, porque o acusado cometeu os crimes através da estrutura oficial ou com sua omissão. Tal fato repercute nas dificuldades encontradas pela justiça internacional na obtenção de provas e em sua prisão. A ênfase no desenvolvimento do modelo de cooperação do Tribunal deve concentrar-se, destarte, no estudo de mecanismos de imposição que ajudem a superar o pragmatismo das políticas

---

<sup>145</sup> KREB, Claus, *op. cit.*, p. 136.

<sup>146</sup> HIZUME, Gabriella de Camargo, *op. cit.*, p.

externas estatais. Sem estes mecanismos, o Tribunal Penal Internacional corre o risco de falhar em seus propósitos, postergando assim sua parcela de contribuição para a realização do ideal de paz e justiça dentro da comunidade internacional. É nesse sentido que se propõe a adoção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, nos termos expostos no próximo capítulo.

## **CAPÍTULO 3**

### **A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

O início deste trabalho procurou demonstrar que uma mudança no Paradigma da Segurança Coletiva propiciou o estabelecimento de um costume internacional de se aceitar a intervenção em um Estado onde estivessem ocorrendo graves violações aos direitos humanos. Com o intuito de punir os responsáveis por estas violações, o Conselho de Segurança da ONU criou tribunais internacionais na Ex-Iugoslávia e em Ruanda, estabelecendo um liame entre a Intervenção Humanitária e a Justiça Internacional Penal.

Dentro deste contexto, a entrada em funcionamento do Tribunal Penal Internacional em 2002 pode ser entendida como um marco tanto para o Direito Internacional quanto para os Direitos Humanos. Não obstante, além das numerosas conquistas herdadas dos chamados tribunais “ad hoc”, o Tribunal recebeu como legado os problemas que seus antecessores enfrentaram no campo da efetivação de suas decisões. O engenhoso mecanismo de atuação informado pelo princípio da complementaridade não foi acompanhado por regras de cooperação que garantissem a investigação e o processamento dos acusados pelos crimes nos casos da falta de vontade das autoridades nacionais em cooperar com os atos relativos à investigação destes crimes e ao julgamento dos acusados. Tal fato pode impedir a atuação do Tribunal, perpetrando a impunidade e a injustiça.

Neste capítulo será proposta a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica do Estado que se recuse a cooperar com o Tribunal Penal Internacional sempre que tal recusa configurar-se como um abuso de direito ou, ainda, quando o ente estatal vier a sabotar a atuação do Tribunal realizando seus procedimentos de cooperação de forma fraudulenta.

Com este mister serão propostas três questões, dizendo a primeira a respeito da possibilidade de aplicação deste instituto em relações de Direito Internacional. Como é de conhecimento geral, a desconsideração da personalidade jurídica tem origem no Direito Privado, sendo lícito aceitar se a natureza do instituto pode ser adaptada a relações jurídicas de Direito Internacional Público perante sujeitos de Direitos dotados do atributo da soberania.

A segunda questão diz respeito ao porquê da escolha do instituto da desconsideração da personalidade jurídica para se intentar uma forma de “cooperação forçada”. O foco neste ponto não é a possibilidade de adaptação do instituto, mas, sim, a conveniência de sua aplicação ao invés de outra categoria de responsabilização estatal ou mesmo das formas de responsabilização pessoal do agente público.

O terceiro questionamento refere-se à oportunidade, ou seja, à aplicação prática do instituto, considerando que as esferas de responsabilização individual por crimes internacionais parecem apresentar resultados mais concretos do que a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, cujos resultados, muitas vezes, serão obtidos de forma indireta.

Delineado por estas indagações, o presente capítulo divide-se em uma sintética análise teórica do instituto em tela e o enfrentamento das questões a respeito de sua aplicabilidade, com o fito de resolver o problema da falta de efetividade da Justiça Internacional Penal, apresentado nos capítulos anteriores.

### 3.1. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O surgimento do instituto da desconsideração da personalidade se dá como uma resposta concreta dos tribunais à má utilização da pessoa jurídica, nas modalidades de abuso de direito e fraude. Esta má utilização ocorre principalmente devido a separação patrimonial existente entre os bens da pessoa jurídica e os das pessoas físicas que a compõem, resultado da personalização das pessoas jurídicas. Quando as lides resultantes destes atos chegaram aos tribunais, estes buscaram reprimir das mais variadas formas o uso indevido da pessoa jurídica sob os mais diferentes fundamentos, chegando mesmo a por em risco a própria autonomia da pessoa jurídica em relação a seus membros e não seu mau uso. O instituto da desconsideração da personalidade jurídica nasce, assim, da preocupação da doutrina e da jurisprudência em se

reprimir o mau uso da pessoa jurídica sem negar a autonomia jurídica desta.<sup>1</sup> Já em 1912, Maurice Wormser defendia a ação dos tribunais em desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades, quando o seu respeito comprometia a justiça em suas decisões:

It has been oftentimes stated that courts of law invariably adhere to the entity theory even though gross miscarriages of justice result. It is quite true that equity, less abashed by forms or fictions than a court of law, is more willing to draw aside the veil and look at the real parties in interest. However, courts of law have, again and again, refused to be trammelled by scholastic logic and medieval corporate ideas, which frequently serve only to distort or hide the truth. This word of warning, therefore, at the outset: while equity more willingly and more frequently regards the corporation as a collection of persons than does a court of law, yet as will be seen, the rule in courts of law is not unbending.<sup>2</sup>

### 3.1.1. Algumas considerações sobre o instituto da Pessoa Jurídica

O conceito de pessoa jurídica apresenta-o como uma forma de sujeito de Direito, ou seja, como “um ser ou fato social tomado pelo direito como apto a ser referencial subjetivo de direitos e obrigações.”<sup>3</sup> Fábio Ulhoa Coelho adverte que a qualidade de sujeito de Direito não é original do ser ou do fato mas, sim, derivada da interpretação jurídica da realidade social, ou seja, das idéias que a comunidade jurídica possui a respeito da sociedade.<sup>4</sup>

Dentro da classificação referente aos sujeitos de Direito a pessoa jurídica é definida como um ente personalizado e incorpóreo.<sup>5</sup> Quando se compreende a pessoa jurídica como um ente personalizado afirma-se a diferença entre a pessoa jurídica e os chamados sujeitos despersonalizados, como o espólio o condomínio horizontal e a massa falida. O que diferencia a pessoa jurídica (e a pessoa física) destes sujeitos de Direito é o fato de que as pessoas possuem uma autorização genérica para a prática dos atos jurídicos em geral que só pode ser excluída de forma expressa pelo ordenamento jurídico, enquanto “os sujeitos

<sup>1</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Pessoa Jurídica: conceito e desconsideração. *Justitia*, 49 (137), p. 63, jan-mar 1987.

<sup>2</sup> WORMSER, Maurice. Piercing the Veil of Corporate Entity, *Columbia Law Review*, vol. 12, p. 496, 1912. “Tem sido freqüentemente declarado que os tribunais invariavelmente aderem à teoria da pessoa jurídica mesmo que isto resulte em grave negação da justiça. É bem verdade que a equidade, menos limitada por formas ou ficções do que um tribunal é mais propensa a retirar o véu e olhar o real interesse da partes. Entretanto, os tribunais, cada vez mais, têm se recusado a ficar limitados pela lógica escolástica e por idéias corporativas medievais as quais, freqüentemente, apenas servem para distorcer ou esconder a verdade. Fica, de início, esta palavra de advertência: embora a equidade é mais propensa a considerar a pessoa jurídica como uma coleção de pessoas jurídicas do que os tribunais, as regras destes não são inflexíveis. (tradução do autor)”.

<sup>3</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 68.

<sup>4</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 67 e 68. Neste sentido, o autor constata que alguns homens, na condição de escravos, já foram tidos enquanto objetos de direito.

<sup>5</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 84

despersonalizados só podem praticar os atos jurídicos para os quais estejam expressamente habilitados.”<sup>6</sup> A personalização, neste caso, é uma técnica jurídica para se atingir determinados objetivos práticos como a limitação ou a supressão de responsabilidades individuais.<sup>7</sup> Nas palavras de Rachel Sztajn:

A originalidade da técnica da personificação procede da dualidade de suas funções que, apesar de estarem ligadas entre si, conservam certa dependência. Do aspecto externo é o modo de expressão da coletividade; do interno aparece como processo privado de adaptação e de transformação de direitos individuais (...) Pessoa jurídica tem capacidade, mas não pode ser assemelhada em suas origens às pessoas naturais. A identidade só existe no plano dos efeitos, favorecendo a ação coletiva dos homens agrupados.<sup>8</sup>

Pessoa e personalidade jurídica são conceitos diferentes. Personalidade é relação, pessoa é pólo de relação. Pode-se dizer que, enquanto a personalidade jurídica consiste na aptidão para funcionar como centro de uma esfera jurídica, sua personalidade jurídica tem como substrato uma organização de homens ou de bens.<sup>9</sup> Dentro da relação jurídica, a personalidade encontra limites no sentido de que não pode ser utilizada contra seus fins.<sup>10</sup>

Ao constatar que a pessoa jurídica é um sujeito personalizado incorpóreo, demonstra-se que a diferença entre a pessoa jurídica e a pessoa física é a substancialidade, ou seja, a pessoa jurídica é um sujeito incorpóreo enquanto a pessoa física é um sujeito corpóreo. As pessoas físicas são os homens, dotados de intelecto, vontade, conhecimento, enquanto as pessoas jurídicas têm existência puramente ideal, criadas pelo ordenamento jurídico.<sup>11</sup> Como assevera Rubens Requião

Como ponto de partida para conceituar a doutrina da `disregard´ou da penetração, é necessário convir que as pessoas jurídicas, sobretudo no que concerne ao direito brasileiro, constituem uma criação da lei. Como criação da vontade da lei refletem uma realidade, mas uma realidade do mundo jurídico e não da vida sensível (...) Apresenta-se, por conseguinte, a

<sup>6</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 70 e 71.

<sup>7</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 69

<sup>8</sup> SZTAJN, Rachel. Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. **Revista dos Tribunais**, ano 88. v. 762, p. 86, abr 1999.

<sup>9</sup> SZTAJN, Rachel, *op. cit.*, p. 85 e 86.

<sup>10</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Desconsideração da Personalidade Jurídica. **Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial**, ano 12, n. 46, p. 39, out-dez 1988.

<sup>11</sup> SZTAJN, Rachel, *op. cit.*, p. 83 e 84.

concessão da personalidade jurídica com um significado ou um efeito relativo, permitindo a legítima penetração inquiridora em seu âmago.<sup>12</sup>

Marçal Justen Filho vai mais além, entendendo pessoa jurídica como “mera expressão vocabular” que indica uma forma de organização de relações jurídicas a qual altera o regime jurídico usual.”<sup>13</sup> Esta posição da doutrina, aparentemente pacificada sobre a natureza da pessoa jurídica, no entanto, não reflete o intenso debate que se desenvolveu sobre sua essência. Este debate pode, em parte ser justificado pela tardia sistematização deste instituto pela teoria jurídica. Na Idade Antiga, Roma não conheceu a plena subjetivação patrimonial, enquanto os povos germânicos que a conquistaram identificavam o ente com a totalidade de seus membros, chegando aos extremos da responsabilidade criminal. Conforme salienta Luiz Roldão de Freitas Gomes “foi no Direito Canônico, hierarquizado e vinculante, que se reveste a pessoa jurídica de cunho unitário e abstrato, independentemente dos membros que a integram. Para tanto forma conceitos teológicos e espirituais, de suma utilidade, como o de ‘corpo místico de Cristo’, a denotar a unidade e a transcendência do ente.”<sup>14</sup>

O século XIX presenciou um amplo debate sobre a natureza da pessoa jurídica. De um lado situavam-se aqueles que, por diferentes motivos, acreditavam que a pessoa jurídica é criação do Direito, como Savigny e Túlio Ascarelli, ou mesmo da Ciência do Direito, como Kelsen. Em lado oposto estavam aqueles que, como Gierke e Hauriou, acreditavam que a pessoa jurídica representava uma realidade anterior à disciplina de que foi objeto.<sup>15</sup>

Dentre as várias teorias a respeito da natureza da pessoa jurídica pode-se citar a teoria da ficção, defendida por Savigny, a qual afirma que a única pessoa de Direito é o homem, por ser apenas ele dotado de inteligência e capacidade, tendo as pessoas jurídicas capacidade somente para fins patrimoniais. O aspecto patrimonial da pessoa jurídica foi desenvolvido pela teoria da afetação, para a qual esta nada mais era do que um patrimônio destinado a determinados escopos ou finalidades. Defendida por Jhering, a teoria individualista reduz a pessoa jurídica às pessoas físicas que a compõem. Em outro extremo, encontram-se os organicistas que afirmam serem as pessoas jurídicas entes coletivos reais dotados de vontade

<sup>12</sup> REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine). **Revista dos Tribunais**, Ano 91, v. 803, p. 754, set. 2002.

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987, p. 60.

<sup>14</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *op. cit.*, p. 48.

<sup>15</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 65 e 66.

própria, distinta da de seus membros, resultado da soma das vontades individuais. Para Gierke, o reconhecimento do Estado é a constatação da unidade coletiva social, que representa uma forma de vida distinta da vida individual. Por fim, os institucionalistas, representados por Hauriou, embora contestem o paralelismo entre pessoas naturais e pessoas jurídicas, afirmam que, nas pessoas jurídicas, opera-se a combinação da vontade das várias pessoas componentes, através do conceito de instituição.<sup>16</sup>

Não obstante as variadas teorias sobre sua essência, a dogmática jurídica, bem como as legislações civis, consagraram o chamado absolutismo ou fetichismo em torno da pessoa jurídica, equiparando-a a pessoa física no que diz respeito ao gozo dos direitos da personalidade.<sup>17</sup> Para Marçal Justen Filho este absolutismo manifesta-se pela idéia de que a pessoa jurídica é um objeto cognoscível e antropomórfico<sup>18</sup> imutável no tempo e no espaço, e passível de ser reduzido a um único conceito para todos os campos da teoria jurídica.<sup>19</sup>

Esta postura levou o instituto da pessoa jurídica a um contexto de crise, devido ao fato de que uma teoria que foi útil em determinado momento histórico pode tornar-se obsoleta com a posterior alteração das circunstâncias que lhe ensejaram a existência. Afinal, a alteração dos pressupostos deveria significar a alteração no instituto, mas a relação entre a pessoa física e pessoa jurídica afirmada pela dogmática parece ter indevidamente fornecido à pessoa jurídica algo da dignidade inerente à pessoa humana reconhecida pelo ordenamento.<sup>20</sup> Assim, o descompasso entre suas concepções tradicionais e as circunstâncias atuais facilitou sua desvirtuação e seu uso em desacordo com os fins para ela planejados pelo Direito.<sup>21</sup>

Constatando este desvirtuamento, o Judiciário, sob diversos fundamentos, buscou coibir as práticas às quais a utilização abusiva do instituto da pessoa jurídica concedia guarida. Contudo, a falta de uma teoria sistematizadora que pudesse orientar com segurança como proceder nesses casos fez com que alguns julgadores deixassem de coibir o mau uso da pessoa jurídica com receio de desrespeitá-la enquanto outros passassem a questionar o próprio instituto da pessoa jurídica e não o mau uso que dela era feito.<sup>22</sup>

---

<sup>16</sup> SZTAJN, Rachel, *op. cit.*, p. 85.

<sup>17</sup> REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 764.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 31 a 33

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 34 e 35.

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 28 e 29.

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 18.

<sup>22</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 76 e 77.

O Direito norte-americano, ao contrário do europeu, não se debruçou sobre a questão da natureza da pessoa jurídica com profundidade adotando, de forma geral, o conceito do juiz Marshall de pessoa jurídica como “an artificial being, invisible, intangible and existing only in contemplation of law”. Para Rolf Serick esta aproximação simplista do tema pode ser creditada ao fato de que - na Common Law britânica - toda pessoa jurídica era criada a partir de um ato de soberania (“created by a concession from the sovereign”) evoluindo, posteriormente, para a idéia da pessoa jurídica como uma criação da lei (“created by law”).<sup>23</sup> Outro motivo que pode ser apontado é que a desconsideração da forma da pessoa jurídica nasce como uma regra de equidade a qual as circunstâncias sócio-econômicas do modelo federativo norte-americano fizeram com que fosse adotada pelas cortes estaduais e federais em detrimento do instituto da pessoa jurídica.<sup>24</sup>

Foi nesse contexto que a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica gradualmente estruturou-se, baseando-se na idéia de que a pessoa jurídica nada mais é do que um complexo de relações jurídicas, que existe por força de um ordenamento jurídico, e que a eficácia de seus atos deve ser calcada na realidade a qual seus membros pertencem.<sup>25</sup> Por isso, não há um vínculo obrigatório entre a desconsideração e uma determinada teoria acerca da natureza da pessoa jurídica, em parte por razões históricas, em parte devido ao caráter complexo e multifacetado de ambos os fenômenos jurídicos, como será visto adiante.<sup>26</sup>

### 3.1.2. Antecedentes da Desconsideração da Personalidade Jurídica

A doutrina da desconsideração é o resultado de diversas decisões jurisprudenciais que enfrentaram casos extremos em que o mau uso do instituto da pessoa jurídica por seus membros subvertia sua finalidade.<sup>27</sup> Com efeito, pouco após a instituição da figura da “corporation” pela legislação do Estado de Nova York, ainda no início do século XIX já se percebia os efeitos nocivos que a observância estrita ao princípio da autonomia jurídica e patrimonial destes tipos societários poderia trazer ao mercado.<sup>28</sup> É interessante notar que o século XIX presenciou o surgimento de tipos societários mais sofisticados – considerando a

<sup>23</sup> SERICK, Rolf. **Forma e Realtà della Persona Giuridica**. Milano : Giuffrè, 1966, p. 84 e 87.

<sup>24</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 89 e 90.

<sup>25</sup> SZTAJN, Rachel, *op. cit.*, p. 93 e 94.

<sup>26</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 58

<sup>27</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 1.

<sup>28</sup> GIARETA, Gerci. Teoria da Despersonalização da Pessoa Jurídica (“Disregard Doctrine”). **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, Ano 13, p. 7 e 8, abril/junho de 1989.

limitação do risco empresarial ou suas formas de capitalização – do que aqueles que tradicionalmente estiveram presentes durante toda a Idade Moderna, como a sociedade em nome coletivo ou a sociedade em comandita. Estes novos tipos societários, os quais culminaram nas atuais sociedades limitadas e anônimas, ao mesmo passo que surgem como resposta às demandas impostas pela Revolução Industrial, só se tornaram possíveis graças ao desenvolvimento da teoria da pessoa jurídica a qual, por sua vez, é resultado da consolidação do Estado Constitucional, com sua ênfase sistematizadora, e da doutrina liberal, com seu objetivo de garantir ao cidadão o espaço antes ocupado pelo Estado dentro da esfera econômica. Pode-se afirmar, assim, com Eric Hobsbawn, a indissociabilidade entre o entendimento da Revolução Industrial e das revoluções políticas que tiveram início com a Revolução Francesa e encerraram-se com as revoluções liberais de 1848.<sup>29</sup> A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica surge, então, da tentativa de se enfrentar um efeito colateral da nova ordem social e econômica que se instalava no século XIX. Nas palavras de Luiz Roldão de Freitas Gomes:

A doutrina da desconsideração foi desenvolvida no Direito norte-americano, sob a exigência de serem enfrentadas situações em que, sob o “corporation”, ou em grupos de sociedades, nova realidade gerada pelo capitalismo industrial, o controlador, pessoa natural ou outra pessoa jurídica, emprestava à entidade sob seu comando destinação incompatível com os fins para que fora constituída, servindo a encobrir outras não condizentes com princípios jurídicos como o da boa fé e outros que regem à vida societária.<sup>30</sup>

O precedente judicial que pode ser apontada como precursor da doutrina da desconsideração é a decisão do caso “Bank of United States vs. Deveaux”, na qual o juiz Marshall confirmou a jurisdição federal sobre uma “corporation” – a despeito da disposição constitucional norte-americana declarar a esfera jurisdicional das cortes federais adstrita a contendas entre cidadãos de diferentes estados da federação – sob o fundamento de que o caso em verdade tratava-se de uma disputa entre sócios, desconsiderando, assim, a personalidade jurídica da “corporation” envolvida.<sup>31</sup> A partir deste precedente os tribunais americanos

---

<sup>29</sup> HOBBSAWN, Eric. **A Era das Revoluções**: 1789-1848. São Paulo : Paz e Terra, 2000, p. 37 a 41 *passim*.

<sup>30</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *op. cit.*, p. 29.

<sup>31</sup> WORMSER, Maurice, *op. cit.*, p. 497 e 498.

gradualmente alargaram o escopo da doutrina da desconsideração tendendo a aplica-la quando a consideração da personalidade jurídica aponta para um resultado injusto.<sup>32</sup>

Todavia, o mais famoso caso em que se verificou a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ocorreu na Grã-Bretanha. Em 1892 Aaron Salomon, que já atuava no comércio de couros e calçados, fundou a “Salomon & Co. Ltd.”. A sociedade era composta pelo próprio Salomon que a ela contribuiu com 20.000, cotas e por sua mulher, sua filha e seus quatro filhos, tendo, cada um deles, apenas uma cota de participação societária. Para integralizar as cotas subscritas, Aaron Salomon transferiu para a sociedade seu fundo de comércio. Como este possuía valor superior às cotas subscritas, Salomon tornou-se credor da diferença entre o valor de seu fundo de comércio e das cotas por ele integralizadas, constituindo uma garantia real sobre a dívida.<sup>33</sup> A sociedade tornou-se insolvente e entrou em liquidação. Aaron Salomon busca, então, reaver o seu fundo de comércio enquanto garantia da dívida impaga que a sociedade possuía em relação à sua pessoa. O liquidante da sociedade, ao constatar que esta não teria bens para honrar suas dívidas com os credores quirografários, demanda Salomon, sustentando que a atividade da sociedade por ele fundada era, na verdade, sua atividade pessoal constituída de forma a limitar sua responsabilidade. O magistrado, em primeira instância, entende que a sociedade era um agente de Salomon condenando-o ao pagamento das dívidas societárias e subordinando o recebimento de sua própria dívida pessoal à satisfação dos demais credores. A Câmara dos Lordes, contudo, acolheu o recurso de Salomon, reafirmando a separação dos patrimônios.<sup>34</sup>

Muito embora seu desfecho em sentido contrário, o Caso Salomon tornou-se um precedente autorizador para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pelos tribunais, nos casos em que esta é utilizada como disfarce para o exercício individual da atividade empresarial e, desta forma, como instrumento para o abuso de direito. A utilização de norma relativa à pessoa jurídica de forma contrária à sua finalidade com um objetivo que, atingido de outra forma, seria vedado pela lei gerou toda uma jurisprudência que buscava não observar a forma exterior da pessoa jurídica neste caso.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 753.

<sup>33</sup> GIARETA, Gerci, *op. cit.*, p. 13.

<sup>34</sup> REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 758.

<sup>35</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 25 e 26.

A desconsideração também começou a ser pleiteada quando a pessoa jurídica tenha sido utilizada como instrumento de fraude à lei ou a obrigação contratual.<sup>36</sup> Um importante exemplo neste sentido é a decisão do caso “U.S. vs Lehigh Valley R.R. Co.”, de 1911. O “Hepburn Act”, de 1906, proibia uma sociedade que administrasse estradas de ferro de transportar de um estado para outro carvão proveniente de mina de sua propriedade. Embora fosse uma pessoa jurídica distinta, a “Lehigh Valley R.R. Co.” tinha como proprietária a empresa controladora da estrada de ferro através da qual ela transportava carvão para outro estado. A Suprema Corte norte-americana entendeu que, se o sócio é obrigado, por lei ou por contrato, a uma obrigação de não-fazer, e uma outra pessoa jurídica por ele controlada executa o comportamento proibido, deve-se desconsiderar a distinção entre sócio e sociedade e entender como inadimplida a obrigação negativa.<sup>37</sup>

Seguindo a tendência jurisprudencial dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha, os tribunais alemães começaram a aplicar a doutrina da desconsideração na década de 1920, consolidando-se o entendimento favorável à doutrina durante o regime nazista, quando sua aplicação foi tida como um elemento moralizador da atividade econômica.<sup>38</sup> No contexto da ocupação americana, durante o pós-guerra, o instituto foi utilizado para remeter ao Estado alemão dívida referente a uma sociedade limitada criada durante o conflito.<sup>39</sup>

Também após a Segunda Guerra Mundial, a Grã Bretanha consolida o “Companies Act”, editado originalmente em 1929, no qual declara ilimitadamente responsáveis todas as pessoas que se utilizam fraudulentamente da sociedade em detrimento de credores ou de terceiros.<sup>40</sup> Mesmo assim, como nos Estados Unidos, o Direito britânico regulamenta o instituto da desconsideração principalmente através dos precedentes judiciais. As decisões das cortes britânicas divergem, porém, da hodierna tendência jurisprudencial norte-americana a respeito da matéria, ao consagrarem o respeito ao princípio da autonomia patrimonial, sendo relutantes em autorizar a desconsideração da personalidade jurídica.<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 75.

<sup>37</sup> WORMSER, Maurice, *op.cit.*, p. 507.

<sup>38</sup> GIARETA, Gerci, *op. cit.*, p. 12.

<sup>39</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 16

<sup>40</sup> GIARETA, Gerci, *op. cit.*, p. 14.

<sup>41</sup> MILLER, Sandra K. Piercing the Corporate Veil among Affiliated Companies in the European Community And In The U.S.: A Comparative Analysis of U.S., German, and U.K. Veilpiercing Approaches, **American Business Law Journal**, vol. 36, p.92, Fall '98.

Na década de 1950, juristas alemães promovem um estudo aprofundado sobre a desconsideração da personalidade jurídica, foi neste período que surgiu o pilar teórico da matéria com a tese de doutorado de Rolf Serick sobre o instituto.<sup>42</sup> Em sua tese Serick, estudando a jurisprudência e a doutrina alemã sobre o assunto, conclui pela falta de princípios que pudessem servir a uma sistematização teórica da matéria. Analisando a experiência norte-americana observa que esta é mais antiga e possui princípios relativamente estabelecidos pela jurisprudência. Destarte, salientando os pontos em comum entre as duas legislações, como o pressuposto da separação patrimonial, e as diferenças, como as estruturas dos tipos societários,<sup>43</sup> Serick escreve uma teoria da desconsideração da personalidade jurídica que possibilitaria sua generalização entre os ordenamentos jurídicos do direito romano-germânico. Atualmente, o instituto é altamente regulamentado no Direito Alemão, principalmente no tocante a proteção dos credores, existindo ainda modalidades mais específicas de responsabilização pessoal dos diretores por má administração e descumprimento do dever de transparência.<sup>44</sup>

Na década de sessenta, Pietro Verrucoli apresenta um estudo que localiza a teoria da desconsideração dentro dos ordenamentos jurídicos países de tradição latina.<sup>45</sup> Verrucoli localiza o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Italiano o qual, com seus princípios baseados na teoria da empresa e na unificação dos Códigos Civil e Comercial, influenciou grandemente o Direito pátrio. Finalmente, na França, a Lei sobre Desconsideração da Personalidade Jurídica de 13/07/1967 – publicada no contexto de uma reforma da legislação comercial - possibilitou sua aplicação naquele país nas hipóteses de simulação, aparência e interposição de pessoas através do uso de mandatários.<sup>46</sup> As reformas realizadas por estes dois países, possibilitando a desconsideração dentro dos grupos de empresas foram tidas como vantajosas sobre as tradicionais formas de responsabilização da common law, como “agency” e “instrumentality”, por melhor se ajustarem à realidade econômica contemporânea.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial: Direito da Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 2, p. 37.

<sup>43</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 73 a 82, *passim*.

<sup>44</sup> MILLER, Sandra K., *op. cit.*, p. 84.

<sup>45</sup> REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 752.

<sup>46</sup> GIARETA, Gerci, *op. cit.*, p. 14.

<sup>47</sup> KOZYRIS, P. J. Evolution and Perspectives of Corporate Law (Book Review). **The American Journal of Comparative Law**, vol. 19, p. 133, 1971.

Deste modo, nas últimas décadas do século XX, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica generalizou-se, sendo adotada pela doutrina, pela legislação ou pela jurisprudência de diferentes países. No direito anglo-saxônico é conhecida por “disregard of legal entity”, “pierce the veil” ou “lift the curtain”. No direito alemão o instituto é conhecido por “durchgriff der juristischen Personem”, no italiano como “superamento della personalità giuridica”, no francês como “mise à l’écart de la personnalité morale” e na Argentina como “teoría de la penetración”.<sup>48</sup>

Ao contrário de outros aspectos do Direito Comercial, a legislação a respeito da desconsideração da personalidade jurídica ainda não foi harmonizada dentro da União Européia, uma Diretriz chegou a ser esboçada em 1981, sendo abandonada por falta de consenso entre os países membros.<sup>49</sup> Por ocasião do estabelecimento do Mercado Comum Europeu, nos anos sessenta, a política tributária dos países membros passou a incentivar a aglutinação de empresas pequenas e médias, salvaguardando-as da legislação antitruste.<sup>50</sup> É possível, assim, entender o contexto da falta de acordo entre os governos dos diferentes Estados, que se encontram em diferentes momentos econômicos. Diferenciam-se, principalmente, os modelos alemão e britânico de tratamento do tema da desconsideração no tocante aos grupos de sociedades. A jurisprudência britânica tende a considerar a independência das empresas subsidiárias em relação ao controlador, aceitando que se aplique a desconsideração da personalidade jurídica apenas quando comprovado que uma das empresas do grupo utilizou-se da personalidade jurídica da outra para esquivar-se de obrigação legal. Já a legislação alemã e sua jurisprudência tende a considerar os grupos de sociedades como um único empreendimento sendo comuns as decisões autorizadas da desconsideração da personalidade jurídica.<sup>51</sup>

Embora o direito anglo-saxônico e alemão estude o tema de forma indutiva e fragmentária enquanto em outras searas busque-se sua sistematização<sup>52</sup> pode-se dizer que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é compatível tanto com o sistema da “common law” quanto com o romano-germânico. Tal se deve ao fato de sua doutrina embasar-

<sup>48</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *op. cit.*, p. 29.

<sup>49</sup> MILLER, Sandra K, *op.cit.*, p. 75 e 76.

<sup>50</sup> KOZYRIS, P. J., *op. cit.*, p. 132.

<sup>51</sup> MILLER, Sandra K, *op. cit.*, p. 74.

<sup>52</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 10.

se em valores tradicionais da cultura jurídica internacional como proteção à boa fé, tutela da ordem pública ou, mais recentemente, vedação ao abuso de direito.<sup>53</sup>

### 3.1.3. Conceito e formas de aplicação

A desconsideração da personalidade jurídica é o instituto que, em um caso concreto, permite atingir-se a personalidade jurídica de um sócio, responsabilizando-o, assim, por fraude, abuso de direito ou pela utilização da personalidade jurídica da sociedade para evitar obrigação existente, tirar vantagem de uma legislação, alcançar um monopólio ou acobertar um crime.<sup>54</sup>

Para Rubens Requião, o instituto da desconsideração tem o propósito de demonstrar que a utilização da personalidade jurídica não é um direito absoluto, mas que está sujeita e contida pela teoria da fraude e do abuso de direito.<sup>55</sup> Fábio Ulhoa Coelho, por sua vez, ressalta que “a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiro vítima de fraude”.<sup>56</sup> Marçal Justen Filho conceitua a desconsideração da personalidade jurídica como a “ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade do ato jurídico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica”<sup>57</sup>

Sua justificação reside no fato de que, através da desconsideração, impede-se a utilização anômala do instituto da pessoa jurídica, no sentido de se acarretar um resultado indesejável<sup>58</sup>, ou seja, que a conduta adotada pela pessoa jurídica venha a ferir um interesse tutelado pelo Direito.<sup>59</sup> Assim, caberá a desconsideração da personalidade jurídica quando o conceito de pessoa jurídica for utilizado em fraudes, vantagens legais indevidas, resguardar o abuso de direito ou evitar o cumprimento de obrigação realizando de forma legal uma situação injusta. O instituto também poderá ser aplicado em hipóteses nas quais a figura da pessoa jurídica for utilizada para a formação de um cartel em determinado setor do Mercado,

<sup>53</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *op. cit.*, p. 47.

<sup>54</sup> WORMSER, Maurice, *op. cit.*, p. 497.

<sup>55</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo : Saraiva, 2007, vol 1, p. 393.

<sup>56</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso (...)**, *cit.*, p. 36.

<sup>57</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 155.

<sup>58</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 58.

<sup>59</sup> FRIGERI, Márcia Regina. A Responsabilidade dos Sócios e Administradores e a Desconsideração da Pessoa Jurídica. **Revista dos Tribunais**, Ano 86, v. 739, p. 60, maio de 1997.

frustrando a regulação do Direito da Concorrência, como ficou patente no Caso “State vs. Standard Oil Company”, no qual, através da constituição de um grupo de empresas, a reclamada tentou burlar disposições do “Sherman Anti-Trust Act”, legislação anti-truste norte americana.<sup>60</sup>

Com a aplicação do instituto a pessoa jurídica é considerada como associação de fato de pessoas naturais passíveis de responsabilização por seus atos.<sup>61</sup> Nesse mesmo sentido ocorre, na seara empresarial, a aplicação da chamada desconsideração inversa, na qual a ignorância da pessoa jurídica visa responsabilizar a sociedade pela obrigação do sócio. A conduta a ser reprimida é o desvio de bens da pessoa física para a pessoa jurídica sobre a qual aquela detém o controle<sup>62</sup>, como no caso do cônjuge que, pretendendo separar-se, transfere patrimônio pessoal para a sociedade com o objetivo de resguardar-se contra futura ação de divórcio.<sup>63</sup> Com esse objetivo, a desconsideração pode significar tanto a ignorância total do regime jurídico quanto em seu abrandamento.<sup>64</sup>

Em relação a seus efeitos, a desconsideração torna a pessoa jurídica episodicamente ineficaz. Não se questiona a validade do ato constitutivo da pessoa jurídica nem de seus atos em geral. Em um caso concreto, a decisão que desconsidera a personalidade jurídica limita-se à eficácia de um ou mais atos dentro da lide trazida ao Judiciário.<sup>65</sup> Parte-se da premissa de que não existem causas para declarar a invalidade do ato e, por isso, o instituto limita-se a afastar as regras previstas para a pessoa jurídica.<sup>66</sup> A desconsideração pode ainda ser relativa aos atos jurídicos de um período específico da atividade da pessoa jurídica ou aos atos afetos ao relacionamento com outra pessoa. Os atos jurídicos não são declarados como inválidos. Apenas os efeitos da personalidade jurídica são considerados ineficazes.<sup>67</sup> Desta forma, sem negar a separação entre a pessoa jurídica em si e a dos membros que a compõe, a desconsideração permite que a pessoa física responda, no caso concreto, por obrigação da pessoa jurídica como se fosse obrigação própria.<sup>68</sup> Nas palavras de Rachel Sztajn:

<sup>60</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 99 e 100.

<sup>61</sup> SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da Personalidade Jurídica: limites para sua aplicação. **Revista dos Tribunais**, Ano 89, v. 780, p. 56, out. 2000.

<sup>62</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso (...)**, *cit.*, p. 46.

<sup>63</sup> GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. **Revista da EMERJ**, vol. 7, n. 25, p. 241, 2004.

<sup>64</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 58.

<sup>65</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, **Pessoa Jurídica (...)**, *cit.*, p. 80.

<sup>66</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 83.

<sup>67</sup> FRIGERI, Márcia Regina, *op. cit.*, p. 60.

<sup>68</sup> SZTAJN, Rachel, *op. cit.*, p. 90.

(...) não se trata de transferir dívidas de um sujeito a outro, mas de escolher entre normas que regem, de forma distinta, a responsabilidade de um mesmo sujeito. A aplicação da regra especial (da limitação da responsabilidade) pode ser negada ao grupo se verificar que com seu comportamento, os membros afastaram os pressupostos da aplicabilidade dessa disciplina.<sup>69</sup>

Muito embora a doutrina, ao conceituar o instituto, se fixe na desconsideração da personalidade societária no sentido de atingir a pessoa do sócio, não existe, na doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, nenhuma restrição teórica à sua aplicação a outras pessoas jurídicas que não as sociedades empresárias. A jurisprudência brasileira tem aceitado a desconsideração da personalidade das sociedades de caráter civil.<sup>70</sup> A ausência de casos de desconsideração da personalidade jurídica de fundações, autarquias e pessoas jurídicas de direito público se deve aos modelos de responsabilidade que alcançam os administradores desses entes e não a uma restrição teórica séria.<sup>71</sup>

Não há, assim, vinculação que torne o instituto da desconsideração de aplicação exclusiva às sociedades empresárias porque não há vínculo necessário entre esta espécie de pessoa jurídica e a desconsideração. O mau uso da pessoa jurídica é um fato que ocorre em múltiplas formas e que possui um conteúdo variável, portanto sua repressão através da doutrina da desconsideração ocorre sob diversos fundamentos e com limites e contornos influenciados de acordo com a época e o local.<sup>72</sup> O que se pode constatar de maneira uniforme é que a doutrina da desconsideração sempre se justificou na perplexidade dos tribunais diante de situações em que as formas tradicionais de responsabilização individual não alcançavam pessoas que se utilizavam a pessoa jurídica para realizar condutas contrárias à boa fé e à ordem pública. A desconsideração surge, deste modo, sob o signo da excepcionalidade, como o último recurso do Poder Judiciário frente à injustiça em determinados casos concretos. Considerando o histórico deste instituto, pode-se dizer que é aí que se encontra a essência de seu conceito.

---

<sup>69</sup> SZTAJN, Rachel, *op. cit.*, p. 91.

<sup>70</sup> HENTSCHEL, Guilherme Russomano. Disregard – Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica – Aplicação nos Vários Campos do Direito. **Revista da Faculdade de Direito de Pelotas**, v. 40, n.16, p. 408, julho de 1999. Neste sentido, vide o Acórdão da 3ª Câmara do TA Civ – RJ, Ap. 3482/94 de 20/02/1995.

<sup>71</sup> SZTAJN, Rachel, *op. cit.*, p. 86.

<sup>72</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 63 a 65.

### 3.1.4. Desconsideração e outras formas de responsabilização individual por atos da pessoa jurídica

O caráter excepcional do instituto da desconsideração o diferencia das demais formas de responsabilização de pessoas físicas que agem através de uma pessoa jurídica. O escopo de aplicação da teoria difere dos casos em que se considera a responsabilidade pessoal dos sócios e administradores porque estes respondem pelas obrigações da pessoa jurídica que representam um caráter pessoal apenas quando agem com excesso de poder ou contrariam dispositivos legais, estatutários ou contratuais, ocorrendo assim ato ilícito e não desvio de finalidade da pessoa jurídica. Seu escopo também não se confunde com a teoria “ultra vires” porque os atos dos responsáveis neste caso, se encontram em desacordo com a atividade ou finalidade lucrativa da empresa.<sup>73</sup> Assim, a desconsideração não pode ser aplicada quando existirem outros meios legais para se atingir o mesmo resultado.<sup>74</sup>

Por outro lado, a desconsideração da personalidade jurídica não é o mesmo que despersonalização da pessoa jurídica. Enquanto a despersonalização anula todo e qualquer ato emanado daquela pessoa jurídica, a desconsideração limita-se a cancelar os efeitos de determinados atos sem estender-se aos demais atos emanados daquela pessoa jurídica.<sup>75</sup> A desconsideração deve ser aplicada extraordinariamente em casos singulares nos quais o respeito à autonomia jurídica da pessoa jurídica em relação à pessoa física que através dela atua resguardaria a fraude e o abuso de direito e significaria uma suma injustiça.<sup>76</sup>

Isto se deve porque o ato ou os atos jurídicos a serem desconsiderados não possuem vícios, pois não ofendem as normas dentro do ordenamento, sendo formalmente válidos. O “defeito” do ato jurídico a ser atingido pela desconsideração não está em sua estrutura, mas na atividade desempenhada pelo sujeito que a praticou, cuja finalidade é estranha àquela que lhe foi prevista no ordenamento jurídico.<sup>77</sup> Afinal a pessoa jurídica tem fins previstos em seu ato constitutivo e na legislação a qual se vincula, não sendo admissíveis atos formalmente válidos, mas que são estranhos a esses fins e que constituem afronta ao interesse público.<sup>78</sup> Esses fins a

---

<sup>73</sup> SILVA, Alexandre Couto, *op. cit.*, p. 49.

<sup>74</sup> ALVIM, Theresa. Aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Processo Falimentar (PARECER). **Revista de Processo**, ano 22, p. 213, jul-set 1997.

<sup>75</sup> SILVA, Alexandre Couto, *op. cit.*, p. 48.

<sup>76</sup> ALVIM, Theresa, *op. cit.*, p. 215.

<sup>77</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 69.

<sup>78</sup> GASPARINI, Diógenes. Desconsideração Administrativa da Pessoa Jurídica. **Revista JML**, Ano I, n.2, p.4, mar 2007.

que se destina a pessoa jurídica resultam em limites para a manifestação de sua personalidade<sup>79</sup>, os quais são pressupostos da própria personificação do sujeito de direito.<sup>80</sup>

O mau funcionamento da pessoa jurídica, no sentido da utilização de sua personalidade para atingir resultados, não apenas diversos de seus fins, mas também incompatíveis com eles aproxima o instituto da desconsideração com a simulação e a fraude, enquanto categorias genéricas de invalidade do ato jurídico.<sup>81</sup> Todavia, como já se afirmou, a grande diferença entre o instituto da desconsideração e as demais formas de responsabilização individual por atos da pessoa jurídica é o pressuposto da validade perante o ordenamento desses atos, ou seja, de sua aparente licitude. Se o ato for ilícito a ponto da autonomia da pessoa jurídica não impedir a responsabilização da pessoa física, não há o que cogitar sobre desconsideração da personalidade jurídica. É o pressuposto da licitude que distingue a desconsideração das outras formas de responsabilização de seus agentes que não guardam relação com o uso fraudulento da pessoa jurídica.<sup>82</sup>

Apenas com o afastamento do regime aplicável à pessoa jurídica é que a alteração da qualificação do ato jurídico permite que se determine a provável ilicitude do ato que o sujeito procurou atribuir à pessoa jurídica.<sup>83</sup> Como afirma Fábio Ulhoa Coelho, “admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para coibir atos aparentemente lícitos. A ilicitude somente se configura quando o ato deixa de ser imputado à pessoa jurídica da sociedade e passa a ser imputado à pessoa física responsável pela manipulação fraudulenta ou abusiva do princípio da autonomia patrimonial”.<sup>84</sup>

Deste modo, com a doutrina da desconsideração estabelece-se uma garantia de respeito aos limites para a utilização da personalidade da pessoa jurídica, possibilitando a vinculação de pessoas físicas à responsabilização individual, inclusive na esfera criminal.<sup>85</sup>

### 3.1.5. Pressupostos e limites para a aplicação do instituto

Como visto anteriormente, a teoria da desconsideração da personalidade não foi pensada em desfavor do instituto da pessoa jurídica. Pelo contrário, acredita-se que a repressão

<sup>79</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *op. cit.*, p. 39.

<sup>80</sup> REQUIÃO, Rubens, **Abuso de Direito (...)**, *cit.*, p. 760.

<sup>81</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 80.

<sup>82</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso (...)**, *cit.*, p. 44.

<sup>83</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 71.

<sup>84</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso (...)**, *cit.*, p. 44.

<sup>85</sup> REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 760.

à utilização indevida dos efeitos advindos da personificação resguarda o respeito ao princípio da autonomia da pessoa jurídica. Em vista disso, o instituto da desconsideração não pode ser pensado como uma ferramenta jurídica de uso comum, uma vez constatado qualquer não atendimento a um dever imposto em uma relação jurídica. Existem pressupostos para a aplicação do instituto, como explana Alexandre Couto Silva:

A desconsideração da personalidade jurídica ocorrerá quando o conceito de pessoa jurídica for utilizado para promover fraude, evitar o cumprimento de obrigações, obter vantagens da lei, perpetuar monopólio, proteger a prática do abuso de direito, propiciar a desonestidade, contrariar a ordem pública e justificar o injusto (...) Nessas hipóteses, o Judiciário deverá ignorar a pessoa jurídica, considerando-a como associação de pessoas naturais, buscando a justiça. A pessoa jurídica deve ser, obrigatoriamente, utilizada para fins legítimos, e não para negócios escusos, situação em que deverá ser desconsiderada. Entretanto, a desconsideração deve ser sempre a exceção e não a regra.<sup>86</sup>

Ressalta-se, assim, que mesmo na presença de seus pressupostos, não se deve aplicar o instituto da desconsideração se existirem outras formas dentro do Direito de se atingir o mesmo resultado, devendo-se limitar seu âmbito de aplicação a casos singulares e extraordinários.<sup>87</sup> Compreendem-se como pressupostos para a aplicação do instituto a constatação de abuso de direito ou a fraude, através da pessoa jurídica. Por abuso de direito entende-se o uso irregular ou anormal de um direito com a finalidade de prejudicar a outrem, sendo elementos identificadores deste uso irregular ou anormal a presença de dolo ou malícia por parte do titular do direito.<sup>88</sup>

Rubens Requião, em conferência proferida sobre o tema, afirma a teoria do abuso do direito como uma criação dos tribunais franceses, no século XIX, em consonância com o desenvolvimento das escolas jurídicas anti-formalistas naquele país, destacando François Geny e sua célebre condenação ao fetichismo da lei: “La loi n’est pas le droit”.<sup>89</sup> Hely Lopes Meirelles, na nota de rodapé nº 60 de seu “Direito Administrativo Moderno”, aponta como marco inicial para jurisprudência francesa em torno do tema o caso Lesbats, de 1864, a partir do qual o Conselho de Estado da França passou a anular os atos abusivos de autoridades administrativas. Nesse julgado, nas palavras do citado autor, “o Prefeito de Fontainebleau, a

<sup>86</sup> SILVA, Alexandre Couto, *op. cit.*, p. 56.

<sup>87</sup> ALVIM, Theresa, *op. cit.*, p. 213 e 215.

<sup>88</sup> GIARETA, Gerci, *op. cit.*, p. 10.

<sup>89</sup> REQUIÃO, Rubens, **Abuso de Direito (...)**, *cit.*, p. 755.

pretexto de executar a lei que lhe autorizava regular o estacionamento de ônibus defronte à estação ferroviária, proibiu a recorrente de entrar e estacionar seus carros no pátio da estação.” Em sede recursal, o Conselho de Estado entendeu que o ato visava conceder um privilégio a outra empresa, discriminando entre as prestadoras de serviço daquele local, e anulou a decisão do Prefeito.<sup>90</sup>

Desta forma o exercício de um direito – ou de um poder em se tratando de uma relação de Direito Público – encontra limites no tocante à sua finalidade. Se o titular de um direito, podendo lançar mão de outro meio para realizá-lo, escolhe aquele que é o mais danoso para outrem sem que esse meio seja o mais útil para si, seu ato é abusivo. Um ato cujo efeito não pode ser senão o de causar dano a alguém, sem interesse legítimo que o justifique, fere o equilíbrio das relações jurídicas e a justa medida dos interesses em conflito.<sup>91</sup> A expressão “justa medida dos interesses em conflito” pode parecer vaga, no entanto é passível de ser relativamente determinada em um caso concreto. Para tanto, é necessário tomar como ponto pacífico o fato de que a ordem jurídica elege certos resultados como desejáveis e que é possível pensar, de forma externa às instituições, em uma escala de valores, na qual os interesses mais valorizados sejam os menos sacrificáveis em caso de conflito, assumindo-se a existência de interesses indisponíveis.<sup>92</sup> Pode-se, então, concluir com Marçal Justen Filho que:

Em síntese, reputamos que se deve distinguir o abuso na utilização da pessoa jurídica conforme o interesse sacrificado seja ou não disponível. Havendo a indisponibilidade, o sacrifício é bastante para caracterizar o abuso. Quando, entretanto, o interesse for disponível, somente haverá abuso se, além do sacrifício, concorrerem a anormalidade da utilização da sociedade e a surpresa quanto à dita utilização anormal.<sup>93</sup>

O segundo pressuposto da desconsideração da personalidade é a constatação de uma fraude, ou seja, de uma ação maliciosa destinada a escamotear a verdade, evitar o cumprimento do dever, burlar a lei ou contornar aplicação de sanção, através da pessoa jurídica.<sup>94</sup> Por fraude, entende-se, na célebre definição de Plácido e Silva como “o engano

<sup>90</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo : Malheiros, 1997, 22ª ed., p. 94.

<sup>91</sup> REQUIÃO, Rubens, **Abuso de Direito**, *cit.*, p. 755 e 756.

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 128.

<sup>93</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 133.

<sup>94</sup> GASPARINI, Diógenes, *op. cit.*, p. 13.

malicioso ou a ação astuciosa promovidos de má fé para a ocultação da verdade ou fuga do cumprimento do dever.”<sup>95</sup>

Na desconsideração, a fraude é tomada em sentido amplo, incluindo a fraude à lei, aos credores ou entre os membros da pessoa jurídica.<sup>96</sup> Todavia, na suspeita da fraude, não é recomendável admitir a aplicação do instituto como um aspecto do procedimento investigatório para apuração de possíveis fraudes.<sup>97</sup> Isto se dá, em primeiro lugar, porque a desconsideração apresenta-se como um último recurso, devendo ser descartada sua aplicação na eventualidade da existência de outro meio para a constatação e a repressão da ação fraudulenta. E, em segundo lugar, porque a natureza fraudulenta do ato, em caso de desconsideração, geralmente só é passível de determinação a partir da própria desconsideração da personalidade jurídica. Sendo assim, é necessário que exista uma deliberada intenção do membro da pessoa jurídica em sua utilização fraudulenta, não sendo o suficiente o prejuízo ao interesse de outrem.<sup>98</sup>

Rolf Serick, na síntese das conclusões apresentadas de sua obra “Aparência e Realidade da Pessoa Jurídica” constata que a resposta dada pela jurisprudência à indagação acerca dos pressupostos autorizadores para a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica é insuficiente.<sup>99</sup> A generalização de seu uso sem embasamento teórico sólido tem como resultado a desvalorização do princípio da autonomia subjetiva da pessoa jurídica, pondo em risco o próprio instituto.<sup>100</sup> Em vista disso, Rolf Serick apresenta quatro princípios cuja função é “servir como guia para a solução do problema da referência ao substrato da pessoa jurídica”.<sup>101</sup>

O primeiro princípio dispõe que, no caso de abuso de forma da pessoa jurídica o juiz pode, a fim de se impedir a realização de um fim ilícito, não respeitar tal forma, afastando-se, portanto do princípio da autonomia subjetiva da pessoa jurídica em relação a seu membro.<sup>102</sup> O abuso de forma se configura na medida em que a pessoa jurídica é utilizada para fugir ao cumprimento de obrigação assumida ou causar, fraudulentamente, danos a terceiros.<sup>103</sup> O

<sup>95</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 20ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 379.

<sup>96</sup> FRIGERI, Márcia Regina, *op. cit.*, p. 61.

<sup>97</sup> ALVIM, Theresa, *op. cit.*, p. 215.

<sup>98</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, **Pessoa Jurídica (...)**, *cit.*, p. 77.

<sup>99</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 275.

<sup>100</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso (...)**, *cit.*, p. 35.

<sup>101</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 276.

<sup>102</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 277.

<sup>103</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, **Pessoa Jurídica (...)**, *cit.*, p. 77.

instituto da pessoa jurídica torna possível, sob uma aparente legalidade, ocultar a busca de fins ilícitos pelas pessoas físicas que agem através dele. Como tal fato, obviamente, não merece nenhuma tutela do Direito, a desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto pelo juiz nada mais é do que uma ação que impede a pessoa jurídica de superar os limites de atuação inerentes ao âmbito para ela determinado pelo ordenamento jurídico.<sup>104</sup>

O segundo princípio para a aplicação do instituto afirma que não se pode desconhecer a autonomia subjetiva da pessoa jurídica só porque, de outra forma, não seria realizada a causa objetiva de um negócio jurídico.<sup>105</sup> Este princípio circunscreve com maior precisão os limites dentro dos quais a autonomia subjetiva da pessoa jurídica deve ser preservada ao dispor que não basta a simples insatisfação de um direito para ocorrer a desconsideração.<sup>106</sup> Busca-se, assim, a eficácia da regra geral de proteção ao instituto da pessoa jurídica nestes casos, mesmo que isto não signifique o atendimento à pretensão do titular do direito.<sup>107</sup>

O terceiro princípio salienta que, mesmo as normas que disponham sobre atributos ou valores humanos, podem ter aplicação paralela em relação à pessoa jurídica, quando não exista contradição entre a finalidade destas normas e as funções da pessoa jurídica. Nestes termos, é possível fazer referência às pessoas físicas que agem através das pessoas jurídicas.<sup>108</sup> Pode-se, por exemplo, em uma legislação que classifica determinada nacionalidade como inimiga, considerar uma pessoa jurídica, mesmo que uma sociedade empresária regular sob as leis do Estado, inimiga também pelo fato de que as pessoas físicas que através dela agem fazem jus a esta qualificação. É possível, portanto, atribuir às pessoas jurídicas as características ou capacidades próprias de seus sócios.<sup>109</sup>

O quarto e último princípio orienta que, se a única razão pela qual as partes de uma relação jurídica são consideradas distintas é a presença de pessoas jurídicas em seus pólos, é possível desconhecer a autonomia subjetiva das mesmas sempre que a norma exigir, em sua finalidade, uma diferença efetiva entre as partes e não somente jurídico formal. Tal se dá porque, se a autonomia não for desconsiderada, a norma acabará, de fato, sendo descumprida.<sup>110</sup>

---

<sup>104</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 276 a 278.

<sup>105</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 281.

<sup>106</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso (...)**, *cit.*, p. 37.

<sup>107</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *op. cit.*, p. 33.

<sup>108</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 287.

<sup>109</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 290 a 292.

<sup>110</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 294.

### 3.1.6. A Desconsideração como instituto da Teoria Geral do Direito

Embora tenha sua origem no Direito Comercial, pode-se afirmar a desconsideração como um instituto da Teoria Geral do Direito, pois se a idéia de pessoa e personalidade jurídica é comum a todas as áreas do Direito a repressão de sua utilização indevida também o é.<sup>111</sup> A pessoa jurídica é uma das formas pelas quais se classificam os sujeitos de direito, conceito abstrato que pode ser resumido como um centro de imputação normativa. Os sujeitos de direito podem ser não-personificados ou personificados, sendo a principal diferença entre as categorias o fato de que a primeira possui capacidade apenas para as relações jurídicas que lhe são permitidas pelo ordenamento enquanto a segunda só não pode participar das relações jurídicas que lhe são expressamente proibidas pelo ordenamento jurídico, ou ainda, no caso das pessoas jurídicas, incompatíveis com sua natureza.<sup>112</sup> O traço em comum entre as duas categorias é a capacidade de congregar um feixe de relações jurídicas, quaisquer que sejam. Na lição de Ferraz Júnior as relações jurídicas são processadas através de papéis sociais assumidos pelos sujeitos. No presente trabalho a análise está focada na pessoa jurídica como um sujeito de Direito. Nas pessoas jurídicas os papéis sociais da relação jurídica encontram-se isolados dos demais e integrados por um estatuto, o qual determina o seu padrão de relacionamento com os demais sujeitos de Direito. Portanto, uma vez reconhecido formalmente como válido, o estatuto define a existência de uma pessoa jurídica.<sup>113</sup>

A pessoa jurídica, em classificação que é patente na Teoria do Direito, divide-se em pessoa jurídica de Direito Público e pessoa jurídica de Direito Privado, conforme o ramo do Direito prevalecente em suas relações jurídicas. As pessoas jurídicas de Direito Público são classificadas em pessoas jurídicas de Direito Público Interno (as quais se subdividem naquelas afetas à Administração Pública Direta – União, Estados e Municípios – e Administração Pública Indireta – Autarquias e Fundações Públicas - ) e pessoas jurídicas de Direito Público Externo (Estados e Organismos Internacionais). As pessoas jurídicas de Direito Privado dividem-se, a seu turno, em Associações, Sociedades (Simples e Empresariais) e Fundações Particulares.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> GASPARINI, Diógenes, *op. cit.*, p. 6.

<sup>112</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, **Pessoa Jurídica (...)**, *cit.*, p. 71.

<sup>113</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo : Atlas, 2002, p. 168.

<sup>114</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 140.

É natural, deste modo, que o instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica encontre seu campo de aplicação nas diferentes áreas do Direito Público e Privado. Dentro do Direito Empresarial a doutrina brasileira ampliou os pressupostos internacionalmente estabelecidos para a aplicação da desconsideração estendendo seu âmbito para os casos em que haja confusão patrimonial, sendo tal ampliação consagrada pelo artigo 50 do Código Civil de 2002.<sup>115</sup> Neste sentido, existe uma vasta e pacífica jurisprudência confirmando a aplicação do instituto em casos como dissolução irregular ou com existência de débito remanescente<sup>116</sup>, bem como no caso de fraude ou manobras irregulares dos sócios para eximir-se do cumprimento de obrigações.<sup>117</sup>

Esta postura é compartilhada quando se aplica o instituto em questão dentro do Direito do Trabalho, onde uma interpretação teleológica da Consolidação das Leis do Trabalho propicia a desconsideração sempre quando a lide trabalhista se defrontar com a solvência do sócio e a insolvência da sociedade.<sup>118</sup> Contudo, no Direito do Trabalho, a ampliação do âmbito do instituto é justificada pela natureza alimentar do débito trabalhista contraído pela pessoa jurídica.

Dentro do Direito Tributário, a possibilidade de aplicação do instituto constitui-se em uma questão de maior complexidade, haja vista que o princípio da estrita legalidade, em uma interpretação estrita, exigiria uma prévia autorização legislativa para que o ente tributante aplicasse o instituto.<sup>119</sup> Além disso, o Código Tributário Nacional prevê, em seu artigo 135, formas de responsabilização pessoal que restringiriam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.<sup>120</sup> Contudo, existe uma forte tendência jurisprudencial no tocante à

<sup>115</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 Janeiro de 2002- Código Civil**. Artigo 50. Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

<sup>116</sup> Vide, por exemplo, decisões do TAC/SP - Ap.c/Rev. 433.508; TAC/SP - Ap.s/Rev.469.245 e TACIVIL - Ap.s/Rev.502.922.

<sup>117</sup> Neste sentido, vide TAC/SP, AI 554.563/3; TAC/SP Agr..de Instr. n.º 505.963-0/0; TAC/SP - Ap.c/Rev. n.º 436.097-0/00.

<sup>118</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n° 5452 de 1° de Maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho**. Artigo 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço (...) Parágrafo 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica, própria estiverem sob a direção, controle ou administração de outra constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

<sup>119</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 112.a 116, *passim*.

<sup>120</sup> BRASIL. **Lei n° 5.172 de 25 de Outubro de 1966 - Código Tributário Nacional**. Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados

aplicação do instituto em casos como a dissolução irregular da sociedade empresária sem cumprimento das obrigações tributárias, mostrando que os pressupostos da desconsideração podem ser verificados também dentro da Obrigação Tributária.<sup>121</sup> Com base no artigo 134<sup>122</sup> do Código Tributário Nacional, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a possibilidade da aplicação do instituto na seara tributária com especial ênfase no crédito tributário contra empresas familiares, com o objetivo de atingir familiares que não mais eram sócios da empresa no momento da constituição do crédito tributário.<sup>123</sup> O instituto também é aplicado em outros casos, como a desconsideração da personalidade jurídica em execução fiscal com o intuito de alcançar sócio não-diretor da empresa.<sup>124</sup>

No campo do Direito Administrativo destaca-se a desconsideração da personalidade jurídica em matéria licitatória, especialmente em casos nos quais os sócios de uma empresa proibida de licitar constituem uma segunda empresa com o intuito de continuar participando de licitações. Existe, neste caso, entendimento pacificado da doutrina sobre a pertinência da aplicação do instituto, devido ao fato de que tal conduta fere os princípios norteadores da Administração Pública.<sup>125</sup>

O Direito brasileiro têm seguido a tendência internacional ao prever a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em ramos novos ou especializados da seara jurídica. O Código de Defesa do Consumidor prevê o instituto em seu artigo 28, citando como pressupostos para sua aplicação excesso de poder, fato ou ato ilícito, infração da Lei, de estatuto ou de contrato social, modalidades tradicionalmente ligadas pela dogmática jurídica à

---

com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior; II – os mandatários, prepostos e empregados; III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

<sup>121</sup> HENTSCHEL, Guilherme Russomano, *op. cit.*, p. 413.

<sup>122</sup> BRASIL. **Lei nº 5.172 de 25 de Outubro de 1966 - Código Tributário Nacional**. Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: I – os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados e curatelados; III – os administradores dos bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; o síndico e o comissário pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos em atos praticados por eles, ou perante eles em razão de seu ofício; VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. **Parágrafo único**. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

<sup>123</sup> Neste sentido, vide Recurso Especial 696302/RS 2004/014353-7 e julgados sucessivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

<sup>124</sup> Neste sentido, vide decisão do STJ Resp. 8711/RS 1991/0003665-0.

<sup>125</sup> TAVARES, Anna Rita. Desconsideração da Pessoa Jurídica em Matéria Licitatória (PARECER). **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 25, p. 116, 1999.

responsabilidade pessoal do administrador.<sup>126</sup> A Lei Antitruste prevê, em seu artigo 18<sup>127</sup>, a possibilidade da desconsideração da personalidade na configuração de infração à ordem econômica e na aplicação de sanção ao infrator, quando sua aplicação for no contexto da tutela das estruturas do livre mercado.<sup>128</sup> A Lei de Crimes Ambientais, a seu turno, prevê, em seu artigo 4º, a desconsideração sempre que a personalidade da pessoa jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente.<sup>129</sup>

Malgrado as diversas observações dos juristas a respeito da conveniência em se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica ou do modo pelo qual a desconsideração foi prevista nas diversas áreas do Direito o fato é que a aceitação generalizada de sua disseminação comprova que o instituto pertence à Teoria Geral do Direito, não estando adstrito às relações jurídicas de caráter patrimonial. Como esta visão panorâmica demonstrou, as feições e os limites da desconsideração da personalidade jurídica variarão de acordo com o ramo do Direito. Tal se dá devido a natureza da relação jurídica pertinente a cada campo jurídico. Mesmo assim, teoricamente, é cabal a possibilidade da aplicação do instituto em qualquer área em que não exista outra forma mais eficaz de repressão ao abuso de direito ou à fraude. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

O cabimento da desconsideração envolve uma questão ideológica, no sentido de que haverá uma opção por um valor ou um interesse específico, diante de outros valores ou interesses específicos. Assim, cada ordenamento jurídico terá determinadas hipóteses para a desconsideração, tão variáveis quanto diversas sejam as suas concepções ideológicas. A indisponibilidade dos interesses é variável no tempo e no espaço. Assim, também é variável o tratamento da desconsideração.<sup>130</sup>

### 3.2. A APLICAÇÃO DO INSTITUTO NOS CASOS DE NÃO-COOPERAÇÃO DE UM ESTADO COM O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

<sup>126</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso (...)*, cit., p. 51 e 52.

<sup>127</sup> BRASIL. **Lei nº 8884 de 11 de Junho de 1994 - Lei Antitruste** Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

<sup>128</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso (...)*, cit., p. 53.

<sup>129</sup> BRASIL. **Lei nº 9605 de 12 de Fevereiro de 1998 - Lei de Crimes Ambientais**, Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

<sup>130</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 157 e 158.

### 3.2.1. A desconsideração da personalidade jurídica como instituto de Direito Internacional

Para se defender a adequação do instituto dentro do Direito Internacional parte-se do princípio de que, assim como o conceito de pessoa e personalidade jurídica, a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto da Teoria Geral do Direito, razão pela qual pode ser aplicada em diferentes searas jurídicas. A partir da Teoria Geral do Direito, aproxima-se a desconsideração da personalidade jurídica, instituto de origem privatista, com o Direito Internacional Público através da própria noção de relação jurídica.

De acordo com a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, relações jurídicas são relações entre papéis sociais institucionalizados. Estas relações podem ser de coordenação, quando caracterizadas pela presença de normas de conduta que estabelecem obrigações e proibições, impondo sanções, ou de subordinação, quando configuram poderes e prevêm nulidades quando descumpridas.<sup>131</sup> Estados são pessoas jurídicas de Direito Público com personalidade jurídica tanto no Direito Interno quanto no Direito Internacional. Podem assim, a princípio, figurar em relações jurídicas e entrar em litígios sobre essas relações tal qual as sociedades empresariais.

Embora os problemas originais que a desconsideração visa a enfrentar no Direito Privado sejam diferentes daqueles que se apresentam como desafios ao Direito Internacional Público as condutas que originam estes problemas (fraude e abuso de direito através da pessoa jurídica) são semelhantes. Aliás, não se deve esquecer que a origem da teoria do abuso vem do Direito Público, na figura do abuso de poder, como já citado anteriormente, sendo o abuso de poder uma das causas autorizadas dentro do Direito Interno para buscar a desconstituição dos efeitos do ato de autoridade pública através do Mandado de Segurança.<sup>132</sup>

No entanto, duas dificuldades podem ser apresentadas no tocante à adaptação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica à não-cooperação de um Estado com o Tribunal Penal Internacional. Em primeiro lugar, a natureza da obrigação jurídica que se pretende proteger. Na maior parte dos litígios, postula-se a desconsideração para atingir-se o patrimônio dos sócios e assim satisfazer uma obrigação de dar. Nos casos de não-cooperação internacional o que está em litígio é o descumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer ou tolerar por parte de um Estado.

---

<sup>131</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio, *op. cit.*, p. 168.

<sup>132</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 95 e seguintes.

A segunda dificuldade apresentada é o fato de que desconsiderar a personalidade jurídica de Sujeito de Direito Internacional de um Estado é diferente de se desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade empresarial, pois os Estados são entes soberanos e o Direito Internacional não é coeso e coerente como o Direito Interno.

Em resposta a primeira dificuldade basta lembrar que, dentre os pressupostos básicos do instituto, não existe a previsão de que este seja aplicado exclusivamente em obrigações de dar, presentes em relações de caráter patrimonial. Entendendo-se por obrigação o vínculo objetivo em que ocorre a exigência de uma prestação sob pena de uma sanção<sup>133</sup>, podemos constatar que este é um conceito presente dentro do Direito Internacional quando são analisadas as relações entre Estados. A essência da obrigação pode ser dividida em dois elementos constitutivos: o dever, que demonstra o vínculo existente entre os sujeitos da relação jurídica e a responsabilidade, que determina a exigência da prestação, prevendo uma sanção em caso de descumprimento.<sup>134</sup>

A idéia de obrigação internacional encontra-se localizada no Direito Internacional dentro da Teoria da Responsabilidade Internacional, sistematizada pela Comissão de Direito Internacional em seu Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade dos Estados. Este documento dispõe que os Estados possuem obrigações perante o Direito Internacional chamadas de obrigações primárias as quais, caso descumpridas, possibilitarão o surgimento de obrigações secundárias, que concretizam a responsabilização do Estado pela desconformidade com suas obrigações primárias.

Assim, a idéia de que a natureza da prestação prevista na relação jurídica como um elemento inibidor à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica dentro do Direito Internacional não procede. Como já foi demonstrado acima, desde o caso “US vs Lehig Valley Co” entende-se que o instituto da desconsideração pode perfeitamente ser aplicado contra o mau uso da pessoa jurídica também em obrigações de fazer, não fazer ou tolerar. Sua vinculação às obrigações de dar é fruto das circunstâncias em que ele é utilizado e não de nenhum imperativo teórico. Como exemplo temos que, em Direito Administrativo - ramo do Direito Público - aplica-se a desconsideração da personalidade jurídica de empresa de fachada, quando esta é utilizada para burlar a proibição legal de uma determinada sociedade

---

<sup>133</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio, *op. cit.*, p. 164.

<sup>134</sup> *Id.*

de participar do processo licitatório, não existindo, neste caso, correlação direta com uma obrigação de dar.<sup>135</sup>

A segunda dificuldade em se conciliar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica com o Direito Internacional, especialmente como uma ferramenta para coibir certos episódios de não-cooperação estatal com o Tribunal Penal Internacional, localiza-se no fato de que os Estados são dotados de soberania, ao contrário das sociedades empresariais. Como se sabe, a soberania, enquanto não reconhecimento de nenhum poder superior por parte do Estado, é incompatível com a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica estatal por um Tribunal Internacional. Contudo, neste trabalho, não se defende a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica de forma teórica a qualquer Estado dentro da sociedade internacional. Pelo contrário, afirma-se que o instituto só poderia ser utilizado em um caso concreto no qual o Estado tenha sofrido uma intervenção humanitária embasada no Capítulo VII da Carta da ONU e encontre-se sob a ação da jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional. Um Estado nestas condições já teve, de fato e de direito, sua soberania relativizada e já se encontra passível de figurar como parte num litígio perante o Tribunal Penal Internacional.

Embora o conceito de ordem internacional esteja calcado na idéia do Estado soberano, desde a década de 1990 do século passado assiste-se a um processo de erosão do poder do Estado que destrói os postulados que fundamentavam suas prerrogativas soberanas tanto interna quando externamente.<sup>136</sup> A erosão da soberania interna ocorre principalmente através de cortes nas estruturas antes pertencentes ao antigo Estado intervencionista e de bem-estar social e de novos arranjos federativos derivados de movimentos secessionistas e nacionalistas.<sup>137</sup> No caso em tela o questionamento acerca da personalidade jurídica ocorreu com Estados que foram palco de graves incidentes humanitários causados pela ação de grupos identitários que não reconheceram a estrutura institucional a que estavam submetidos ou que, na qualidade de grupo dominante, desejavam mantê-la. O fato destes Estados não conseguirem exercer seu poder soberano no sentido de garantir os direitos fundamentais de seus cidadãos

---

<sup>135</sup> GASPARINI, Diógenes, *op. cit.*, p. 5.

<sup>136</sup> PFESTCH, Frank Richard. Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de Direito na era da globalização, in **Revista Brasileira de Política Internacional**, n. 41, volume 2, p.102 e 103, 1998.

<sup>137</sup> MERKE, Federico. Reconsidering Westphalia: contending perspectives on the future of the nation-state, in **Revista Cena Internacional**, Ano 4, n.1, p. 103, jul 2002.

alterou a percepção da comunidade internacional possuía destes enquanto entes soberanos. Neste sentido, pode-se citar alguns casos práticos.

A Corte Internacional de Justiça, mesmo entendendo que a República Federal da Iugoslávia não é sucessora da República Socialista da Iugoslávia afirmou que a mudança da personalidade jurídica e posterior sucessão de Estados ocorrida no território iugoslavo não eximia o novo Estado das obrigações como signatário da ONU e da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio que possuía a República Socialista da Iugoslávia.<sup>138</sup>

Sob outro aspecto, ao tratar das modificações realizadas no procedimento penal do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, Luisa Vierucci afirma que o acolhimento da definição tradicional de Estado geralmente aceita em Direito Internacional excluiria aqueles entes que exercem de fato autoridade de governo sobre um determinado território, mas aos quais não é reconhecida dignidade estatal em nível internacional. Por isso, o Estatuto foi modificado para assegurar a cooperação com entes políticos sem que isso comporte o reconhecimento internacional de sua independência ou soberania.<sup>139</sup>

Por fim, considerando o problema da impossibilidade do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia tomar medidas coercitivas para a oitiva de testemunhas e a coleta de provas que envolvessem órgãos públicos da Ex-Iugoslávia, Annalisa Ciampi defende a teoria dos poderes implícitos, afirmando que uma organização internacional possui poderes para cumprir as funções para a qual foi criada, mesmo que estes não estejam expressos em seu ato constitutivo, podendo um tribunal internacional, dentro desta teoria, intimar coercitivamente ou expedir mandados de busca e apreensão de provas à revelia do Estado que se encontra sob intervenção.<sup>140</sup>

Assim, a discussão acerca da personalidade jurídica de um Estado sob a atuação da justiça internacional penal não é algo inédito e muito menos esdrúxulo dentro da doutrina internacional a respeito do tema. A consolidação de um espaço público internacional não mais se coaduna com a tradicional visão de responsabilidade estatal e, se o princípio da

---

<sup>138</sup> FORLATI, Serena. La Sentenza della Corte Internazionale di Giustizia in mérito alla Richiesta di Revisione della Pronuncia sulla giurisdizione resa fra Bosnia e Iugoslávia. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milano, v.86,n.2, 2003, p.426-48.

<sup>139</sup> VIERUCCI, Luisa. Gli Emendamenti al Regolamento di Procedura del Tribunale Penale Internazionale per la Ex-Yugoslavia. **Rivista di Diritto Internazionale**. Milano, v. 79, n.1, 1996, p. 88 e 89.

<sup>140</sup> CIAMPI, Annalisa. Sull'applicazione della teoria dei poteri impliciti da parte del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia. **Rivista di Diritto Internazionale**. Milano, v. 81, n.1, 1998, p. 138.

complementaridade pode ser utilizado como critério para determinação do exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional em um Estado não há motivos para que ele não seja aplicado também nos casos de não-cooperação estatal com esta mesma jurisdição.

Os aspectos relatados acima, acerca da soberania estatal, refletem o que, na visão de Alberto do Amaral Júnior, são duas tendências atuais do desenvolvimento do Direito Internacional: a institucionalização e a jurisdicionalização.<sup>141</sup> A institucionalização das relações jurídicas internacionais vem a superar o clássico modelo voluntarista ao estabelecer, entre os Estados e as organizações internacionais, vínculos que são distintos da mera concretização da vontade estatal. A jurisdicionalização vincula os Estados a tribunais internacionais, oferecendo canais de solução de controvérsias internacionais distintos dos tradicionalmente utilizados nas relações internacionais estabelecendo liames que se traduzem em obrigações internacionais de caráter geral. Após os atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001 estas tendências pareceram enfraquecer devido à ênfase nos temas militares e de segurança interna, todavia, sete anos depois, pode-se afirmar que, mesmo desafiada, permanece a idéia de um espaço público internacional, arquitetada na década passada. Em verdade, estas são tendências que já se encontram previstas na estrutura de comunidade internacional arquitetada na Carta da ONU, mas que permaneceram latentes durante décadas, como explana Alain Pellet

La guerre froide, l'hostilité de l'Union soviétique et des ses amis vis-à-vis de toute juridiction internationale et de toute reconnaissance d'une personnalité juridique internationale à quelque entité non-étatique que ce soit (donc aux individus), la crainte des Occidentaux de voir le colonialisme et leurs interventions dans les affaires intérieures des autres États dénoncés à cette occasion ont empêché. Durant de longues années cette "juridictionnalisation" pénale internationale de s'affermir par la suite, alors même que l'article 6 de la Convention sur le génocide avait prévu la compétence d'une "Cour Criminelle Internationale" pour juger les auteurs de ce crime (tout en maintenant aussi la compétence des juridictions nationales à cette fin).<sup>142</sup>

<sup>141</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Institucionalização Internacional dos Direitos Humanos: conquistas e desafios in PIOVESAN, Flávia (Org.) **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional**. São Paulo : Max Limonad, 2002, p. 649 e 650.

<sup>142</sup> PELLET, Alain. Présentation de la 1<sup>a</sup> Partie. in ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (Orgs) **Droit International Penal**. Paris : A. Pedone, 2000, p. 84 e 85. "A guerra fria, a hostilidade da União soviética e de seus amigos em relação a toda jurisdição internacional e de todo reconhecimento de uma personalidade jurídica internacional à qualquer que seja a entidade não-estatal (bem como aos indivíduos), o medo dos Ocidentais de ver o colonialismo e suas intervenções nos negócios internos de outros Estados denunciados nesta ocasião, impediu durante longos anos esta « jurisdicionalização » penal internacional de se

Existe uma correlação lógica entre Estados soberanos e a idéia de uma sociedade internacional anárquica cujo Direito Internacional desconheceria a sistematização necessária para que os tribunais internacionais garantissem a certeza jurídica em suas decisões. Estes Estados soberanos, por sua vez, teriam ordenamentos internos coesos e coerentes, distintos das fontes do Direito Internacional. E, por isso, o instituto da desconsideração poderia ser aplicado dentro do Direito Interno de cada Estado, mas não na seara do Direito Internacional. Estas proposições não refletem a realidade jurídica do Direito Internacional e dos ordenamentos jurídicos internos. Pode-se dizer que a idéia de um ordenamento coeso e coerente não corresponde ao estágio atual dos estudos sobre a Teoria do Ordenamento Jurídico (inclusive no sistema romano germânico ou continental)<sup>143</sup>, assim como as velhas teorias monistas e dualista apresentam-se obsoletas ante os estágios de globalização alcançados na última década.<sup>144</sup> Por outro lado, a Teoria da Responsabilidade Estatal é, provavelmente, o último avanço de um amplo processo de Codificação do Direito Internacional, iniciado ainda no século XIX, sendo o fruto de um esforço de harmonização do Direito Obrigacional.<sup>145</sup> Portanto, o grau de sistematização alcançado pelo Direito Internacional no tocante à Teoria da Responsabilidade Internacional, especialmente em uma sub-área especializada e com fontes jurídicas codificadas como o Direito Internacional Penal, permite que seja aplicado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de não-cooperação estatal com o Tribunal Penal Internacional.

---

reforçar em seguida, mesmo que o artigo 6 da Convenção sobre o Genocídio tinha previsto a competência de uma “Corte Criminal Internacional” para julgar os autores deste crime ( mantendo também a competência das jurisdições nacionais para este fim).(tradução do autor)”

<sup>143</sup> Neste sentido pode-se citar a concepção de ordenamento exposta por Hart e McCormick, o posicionamento explicitado por Norberto Bobbio em sua obra “Da Estrutura à Função” e a Teoria da Norma de Ferraz Júnior, entre outros autores. Pode-se citar ainda, teorias restritas a determinados ramos do Direito que pressupõem uma estrutura de ordenamento que não é coesa nem coerente como a Teoria dos Ordenamentos Setoriais, relativa às normas jurídicas emanadas das Agências Reguladoras.

<sup>144</sup> Destacam-se, no campo da Sociologia Jurídica, as obras de José Eduardo Faria sobre Direito e Globalização Econômica e, dentro da Geografia Humana as obras de Milton Santos sobre a imposição de ordenamentos de forma “vertical” pelas empresas transnacionais. Na seara do Direito, a obra de Joaquim Gomes Canotilho sobre Teoria da Constituição analisa as relações entre as esferas estatal e comunitária do Direito, dentro do processo integração econômica europeu. No Direito Internacional dos Direitos Humanos é famoso o discurso do Secretário Geral da ONU Boutros Ghali sobre a “permeabilidade” das normas internacionais de direitos humanos e o princípio interpretativo da norma mais favorável à vítima, defendido por Antônio Augusto Cançado Trindade.

<sup>145</sup> CRAWFORD, James. The ILC’s Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: A Retrospect. **American Journal of International Law**, Vol. 96, n. 41, p. 877, set. 2002.

É neste contexto que se insere a desconsideração de algumas prerrogativas soberanas do Estado sob intervenção, ignorando-se anistias concedidas, enviando mandados com força coercitiva a agentes públicos, ou mesmo determinando que forças de paz conduzam alguma diligência, para que a investigação ou o julgamento de um caso possa chegar a termo. Para que isto seja possível, é necessário que não haja dúvida de que o Estado cometeu um ato ilícito ao descumprir sua obrigação de cooperar e que seja responsabilizado por tal ato. Assim, é necessário localizar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica dentro da Teoria da Responsabilidade Internacional para se determinar suas instâncias de aplicação em casos de não cooperação estatal com o Tribunal Penal Internacional.

### 3.2.2. A Teoria da Responsabilidade Internacional do Estado

Como já afirmado, a teoria da responsabilidade internacional é fruto de um processo de codificação das normas jurídicas internacionais sendo, provavelmente, o último grande projeto neste sentido.<sup>146</sup> A noção de que um Estado pode ser responsabilizado internacionalmente vem do próprio princípio “pacta sunt servanda”: o Estado deve manter os compromissos que assumiu e, em caso de dano por seu descumprimento, buscar a reparar o prejuízo que causou. Entretanto, somente a partir da proposição da existência de uma ordem jurídica internacional que se pode entender a idéia que, existindo lesão a direitos ou interesses de um Sujeito de Direito Internacional em relação a outro, em virtude de descumprimento de obrigação entre eles assumida, possa existir a previsão de um mecanismo jurídico de responsabilização.<sup>147</sup> A partir deste mecanismo de responsabilização é que o Estado pode ser entendido como responsável internacionalmente por todo ato ou omissão que viole norma internacional e que lhe seja atribuível. O pressuposto da codificação, não obstante, é relativo porque os tratados internacionais, principais fontes normativas do Direito Internacional, não são estatutos de aplicação geral, sendo muito difícil uma codificação de Direito Internacional Geral.<sup>148</sup> Neste sentido, Ian Brownlie afirma que

O Direito da responsabilidade internacional tem uma existência precária num sistema descentralizado de relações internacionais, que carece de

<sup>146</sup> CARON, David D. The ILC Articles on State Responsibility: the paradoxical relationship between form and authority. **The American Journal of International Law**, Vol. 36, n. 4, p.868, out. 2002.

<sup>147</sup> DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 776.

<sup>148</sup> CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 877.

jurisdição obrigatória e de processos executivos aplicáveis automaticamente. Grande parte deste Direito é constituída por regras de competência e de cooperação funcional, não sendo ilustrado habitualmente pelo recurso a um tribunal, mas sim pela correspondência diplomática e pela resolução negociada. Assim, a aceitação do caráter ilícito das violações de tratados e de outras regras, e o aparecimento de princípios de responsabilidade sofisticados de Direito interno, ligados ao ressarcimento de danos e não à “indenização” ou “satisfação” políticas, são relativamente recentes. Estas regras desenvolvem-se no Direito Consuetudinário como liberdades e proibições sem uma definição muito precisa do conteúdo da ilegalidade em causa.<sup>149</sup>

Embora a generalização das regras do Direito da Responsabilidade Internacional seja tida como uma vantajosa consequência de um processo ligado a uma idéia de evolução da matéria, a fragmentação inerente às relações internacionais resulta em normas mais precisas que atendem melhor aos interesses da comunidade internacional.<sup>150</sup> De fato, os artigos sobre Responsabilidade dos Estados representam um grande desafio metodológico para a codificação dentro do Direito Internacional porque o assunto toca questões fundamentais sobre a identidade e a natureza dos Estados.<sup>151</sup> Assim, a sistematização de uma teoria da responsabilidade internacional encontra limites na impossibilidade de sua generalização, fornecendo, no entanto, uma moldura e um conjunto de princípios que balizam a matéria.

O referencial teórico da teoria da responsabilidade internacional é dado pelo Projeto da Convenção sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos, elaborado pela Comissão de Direito Internacional, entidade que tem como missão codificar e desenvolver o Direito Internacional – principalmente através da positivação do costume – nos termos do artigo 13, (1), a, da Carta da ONU.<sup>152</sup> A Assembléia Geral da ONU lhe conferiu mandato neste sentido, através da Resolução n. 174 (II) de 1947, tendo a Comissão atuado em matérias como o Direito dos Tratados e a regulamentação das relações diplomáticas e consulares, entre outras.<sup>153</sup>

<sup>149</sup> BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 533.

<sup>150</sup> CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 879.

<sup>151</sup> BEDERMAN, David J. Counterintuiting Countermeasures. **The American Journal of International Law**, vol. 96, n. 4. p. 817, oct. 2002.

<sup>152</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n. 7935/1945 - Carta das Nações Unidas**. Artigo 13. 1. A Assembléia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a: a) promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação (...)

<sup>153</sup> CARON, David D, *op. cit.*, p. 860.

O texto sobre responsabilidade estatal por atos ilícitos internacionais apresenta o formato de um tratado, com cinquenta e nove artigos e comentários interpretativos ao final, embora a Assembleia Geral da ONU tenha decidido não convocar uma Conferência de Plenipotenciários para apreciá-lo, de acordo com a recomendação da própria Comissão.<sup>154</sup> A justificativa dada para esta recomendação é que uma Conferência é um processo trabalhoso e imprevisível que pode resultar em emendas prejudiciais a um texto elaborado coletivamente durante quarenta anos, além do fato de que eventuais reservas legitimariam posturas não-cooperativas por parte dos Estados.<sup>155</sup> Isto poderia significar uma menor influência para o Projeto da Comissão do que ele tem agora, pois suas disposições não só são adotadas como se fosse Lei pelas cortes arbitrais internacionais como pela própria Corte Internacional de Justiça.<sup>156</sup> A Corte Internacional de Justiça e a Comissão de Direito Internacional tem um relacionamento estrito: muitos membros da Comissão foram eleitos juízes da Corte. O órgão judicial cita os trabalhos da Comissão em sua jurisprudência, a qual sempre busca fundamentar seus entendimentos em suas decisões.<sup>157</sup> Atuando em um vácuo normativo o texto da Comissão de Direito Internacional torna-se mais influente do que um tratado multilateral.<sup>158</sup> De qualquer forma, os projetos de codificação, de uma forma geral, são campos férteis de investigação para entender como o Direito Internacional desenvolve-se ora através de distinções formais e ora através interesses práticos. Alguns artigos do Projeto da Convenção são influenciados por um pragmatismo que é o resultado da falta de consenso sobre o tema e que substitui as distinções formais quando conceitos ainda não estão consolidados.<sup>159</sup>

Na visão de David Caron o texto da Comissão possui um paradoxo entre sua forma e sua autoridade. Malgrado ter sido redigido em formato de um tratado, seus artigos não podem ser considerados como Fonte de Direito Internacional sendo, de acordo com o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, um meio subsidiário para a determinação do Direito.<sup>160</sup> Este paradoxo leva árbitros e juízes a adotarem uma postura não-crítica ao se adotar

<sup>154</sup> CARON, David D, *op. cit.*, p. 862.

<sup>155</sup> CARON, David D, *op. cit.*, p. 864.

<sup>156</sup> MILANOVIC, Marko. State Responsibility for Genocide: a follow up. **The European Journal of International Law**, Vol. 18, n. 4, p. 683, 2007.

<sup>157</sup> BEDERMAN, David. J., *op. cit.*, p. 819.

<sup>158</sup> CARON, David D, *op. cit.*, p. 866 e 868.

<sup>159</sup> BEDERMAN, David. J., *op. cit.*, p. 826 e 827.

<sup>160</sup> BRASIL. **Decreto 19.841 de 22 de Outubro de 1945 - Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: (...) d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para determinação das regras de direito.

um texto doutrinário com forte influência de seus autores como se fosse o resultado concreto de negociações internacionais representativas do consenso sobre o tema.<sup>161</sup> O custo desta postura não-crítica é a perda do desenvolvimento jurídico que a apreciação do assunto dentro do caso concreto pode trazer até porque, como será visto abaixo, alguns de seus artigos são objeto de controvérsia.<sup>162</sup>

O último relator do Projeto da Convenção sobre Responsabilidade Estatal por Atos Ilícitos, James Crawford, reconhece o envelhecimento do texto em relação ao Direito Internacional contemporâneo, afirmando que os artigos refletem uma ultrapassada aproximação estatalista da matéria, baseada primordialmente nas relações bilaterais entre Estados.<sup>163</sup> Portanto, o Projeto da Convenção deve ser sopesado, interpretado e aplicado de forma a não se tornar uma barreira à adaptação da teoria da responsabilidade internacional às várias áreas do Direito Internacional e às diferentes e cambiantes circunstâncias as quais a comunidade internacional se confronta.<sup>164</sup> É neste sentido que devem ser consideradas os artigos do Projeto da Convenção referentes a temas importantes como a relação entre o tema e a personalidade jurídica de Direito Internacional, o conceito de ato ilícito, a natureza da obrigação jurídica internacional e a adoção de contra-medidas, tratados adiante.

A responsabilidade internacional está essencialmente ligada à própria questão da determinação da personalidade jurídica dentro do Direito Internacional.<sup>165</sup> Geralmente, a responsabilidade decorre de atos de órgãos do Estado. Ian Brownlie, neste sentido, descreve a Reclamação Massey, na qual os Estados Unidos foram indenizados pelo fato de as autoridades mexicanas não terem adotado medidas adequadas para punir o assassino de um cidadão norte-americano que trabalhava em território mexicano. A omissão da autoridade estatal mexicana foi entendida como o não cumprimento de uma obrigação internacional e resultou no pagamento de indenização pelo México, como reparação de um ato ilícito de seu funcionário. Os Estados também podem ser responsabilizados pelos atos “ultra vires” de suas autoridades, cometidos na esfera aparente de sua autoridade e no âmbito de sua competência, como uma prisão efetuada como um ato de vingança.<sup>166</sup> Em relação à proteção internacional dos direitos

---

<sup>161</sup> CARON, David D, *op. cit.*, p. 867 e 868.

<sup>162</sup> CARON, David D, *op. cit.*, p. 858 e 868.

<sup>163</sup> CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 886.

<sup>164</sup> CARON, David D, *op. cit.*, p. 873.

<sup>165</sup> BROWNLIE, Ian, *op. cit.*, p. 457.

<sup>166</sup> BROWNLIE, Ian, *op. cit.*, p. 472, 474 e 475.

humanos o Estado responde se, na perseguição dos autores das violações, o poder público quedar-se em inércia, seja no tocante ao inquérito ou ao julgamento.<sup>167</sup>

Sem embargo da responsabilização individual – cuja constituição concorrente será descrita adiante – a este respeito destaca-se o tratamento que o Projeto da Convenção dá à responsabilização dos entes não estatais dentro do Direito Internacional. As entidades não estatais podem ser beneficiárias ou mesmo reclamantes, todavia, sua situação não diverge muito do instituto da proteção diplomática.<sup>168</sup> Em relação à responsabilização pela violação de obrigações internacionais o assunto encontra-se disposto nos artigos 8 (conduta dirigida ou controlada pelo Estado), no tocante à entes não estatais que são controlados por um Estado<sup>169</sup>. Em um período histórico cujas maiores preocupações concernentes à segurança coletiva são relativas a conflitos armados internos as disposições do Projeto da Convenção parecem insuficientes, devido à falta de desdobramento da regulamentação. Durante os conflitos armados que resultaram na desagregação da Iugoslávia uma entidade não reconhecida pelo Direito Internacional – a República Srpska na Bósnia-Herzegovina – cometeu uma série de atos que, posteriormente, seriam julgados pelo Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia como crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio. Estes crimes foram cometidos por indivíduos que, mesmo atuando nas forças de segurança da República Srpska, se encontravam na hierarquia militar e recebiam salários da República Federal da Iugoslávia.<sup>170</sup> Mesmo assim, em caso movido pela Bósnia-Herzegovina contra a Sérvia e Montenegro (sucessora da República Federal da Iugoslávia), a Corte Internacional de Justiça encontrou dificuldades em determinar a responsabilidade desse país pelos crimes cometidos pelo ente não-estatal por ele controlado.<sup>171</sup> Uma regulamentação mais específica teria sido determinante no sucesso deste caso e também na luta contra a impunidade empreendida por parte da comunidade internacional. Contudo, a não atualização dos artigos que dispõem sobre o assunto foi fruto de uma escolha da Comissão Internacional de Juristas ao concluir que

<sup>167</sup> DINH, Nguyen Quoc, *op. cit.*, p. 789.

<sup>168</sup> CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 887.

<sup>169</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Article 8 Conduct directed or controlled by a State** The conduct of a person or group or persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under direction or control of, that State in carrying out the conduct.

<sup>170</sup> MILANOVIC, Marko. State Responsibility for Genocide. **The European Journal of International Law**, Vol. 17, n. 3, 2006, p. 581, 588 e 589.

<sup>171</sup> MILANOVIC, Marko, **Follow up**, *cit.*, p. 670.

novas discussões iriam atrasar sobremaneira um trabalho que já se desenrolava por décadas.<sup>172</sup> Nas palavras de James Crawford “the responsibility of non-state entities for breaches of international law raises novel and difficult questions, and could have given rise to significant controversy.”<sup>173</sup>

Dentro da estrutura da obrigação jurídica internacional o mecanismo da responsabilização estatal por atos ilícitos depende, obviamente, da noção de ato ilícito internacional. O artigo 2º do Projeto da Convenção dispõe que existe fato internacionalmente ilícito quando uma ação ou omissão atribuível a um Estado constitui violação de uma obrigação internacional.<sup>174</sup> A doutrina clássica exigia a ocorrência de um dano para a configuração da responsabilidade, mas o entendimento da Comissão evoluiu para a idéia de que a ocorrência do fato internacionalmente ilícito “é condição necessária e suficiente para o comprometimento da responsabilidade”. Todavia, como será visto adiante, isto não significa que qualquer Estado possa estabelecer a responsabilidade de outro, a despeito de qualquer prejuízo ou interesse.<sup>175</sup> O artigo 42 autoriza que Estados que não foram individualmente prejudicados nem tenham interesse específico possam protestar formalmente contra o descumprimento da obrigação pelo Estado malfeitor, sem que isso implique em sua responsabilização.<sup>176</sup> O Projeto da Convenção estabelece, em seu artigo 3º, que o conceito de ato ilícito é uma noção autônoma de Direito Internacional, ou seja, o ato que o Direito interno do Estado reputa como lícito pode ser ilícito perante o Direito Internacional.<sup>177</sup> Como

<sup>172</sup> CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 888.

<sup>173</sup> *Id.* “a responsabilidade de entes não-estatais por violações de Direito Internacional levanta novas e difíceis questões, e pode gerar importante controvérsia (tradução do autor)”

<sup>174</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** *Article 2 Elements of an internationally wrongful act of a State.* There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) Is attributable to the State under international law; and (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State.

<sup>175</sup> DINH, Nguyen Quoc, *op. cit.*, p. 805.

<sup>176</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** *Article 42 Invocation of responsibility by an injured State* A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to: (...) (b) A group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation: (...) (ii) Is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.

<sup>177</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** *Article 3 Characterization of an act of a State as internationally wrongful.* The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.

conseqüência, normas jurídicas internas (leis, decretos) e decisões administrativas serão consideradas como fato e poderão ser veículo de um ato ilícito internacional.<sup>178</sup>

Coube ao terceiro relator do Projeto da Convenção, Roberto Ago, a introdução no tema da responsabilidade internacional da distinção entre obrigação primária e obrigação secundária a partir da qual o cometimento de um ato ilícito ou a violação de uma obrigação internacional (primária) faz nascer uma ou várias obrigações secundárias como a cessação do ato ilícito, a satisfação moral através de um pedido de desculpas ou a indenização.<sup>179</sup> Assim, do mecanismo da responsabilidade resulta uma nova relação jurídica entre o Estado autor do ato ilícito ou descumprimento e o Sujeito de Direito Internacional.<sup>180</sup> Esta concatenação das regras sobre responsabilização remonta aos códigos de tradição continental: distinguindo-se claramente entre a regra e o assunto o qual se impõe a obrigação e aquela que determina as conseqüências da violação desta obrigação. É possível assim, uma coerência dentro da matéria e, conseqüentemente, a afirmação da responsabilidade internacional como um princípio geral do Direito Internacional.<sup>181</sup> A distinção formal entre obrigação primária e secundária também enseja a criação de procedimentos internacionais para determinação de responsabilidade que concorrem para a proporcionalidade das contra-medidas, como será visto adiante.<sup>182</sup>

A obrigação de reparar está implícita à verificação do cometimento de um ato ilícito internacional. A responsabilização do Estado não prejudica o dever deste de cumprir sua obrigação, no entanto, em caso de dano causado pelo ato ilícito existem três modalidades de reparação. A primeira é a reposição das coisas em seu estado anterior, possível em casos em que a situação criada pode ser revertida, como um ato administrativo que, direta ou indiretamente, interfira na esfera jurídica de um Estado ou de seu nacional. Se o ato ilícito é um ato jurídico, isto significa sua anulação, mesmo que seja uma decisão judicial.<sup>183</sup> Em casos em que a situação não pode ser revertida ou, concomitante à volta ao estado anterior no caso de existir dano causado pela conduta do Estado, a modalidade prevista é a indenização, a qual consiste no pagamento de um valor relativo ao dano causado pelo descumprimento da obrigação ou ato ilícito. Existem, por fim, atos ou condutas, que ferem principalmente a honra de outro Estado ou cujo valor é, por sua natureza, inestimável. Neste caso a modalidade de

<sup>178</sup> DINH, Nguyen Quoc, *op. cit.*, p. 782 e 783.

<sup>179</sup> CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 876.

<sup>180</sup> DINH, Nguyen Quoc, *op. cit.*, p. 802.

<sup>181</sup> MILANOVIC, Marko, **Responsibility**, *cit.*, p. 560 e 561.

<sup>182</sup> BEDERMAN, David. J., *op. cit.*, p. 822.

<sup>183</sup> DINH, Nguyen Quoc, *op. cit.*, p. 814.

reparação é a satisfação, e seu objetivo é reparar um prejuízo moral. A satisfação pode consistir em um pedido formal de desculpas, na saudação à bandeira do Estado ofendido ou ainda no fato do Estado assumir que incorreu em erro em determinada ocasião.<sup>184</sup>

A responsabilização por crimes internacionais é tratada pelos artigos referentes ao “regime particular das violações graves de obrigações resultantes de normas imperativas de direito internacional”. De forma geral, pode-se apontar quatro formas de graves violações: a violação ao “jus cogens”, como o crime de genocídio; a prática de atos hostis ao gênero humano, como a promoção da pirataria; a realização de atos passíveis de danos aos Estados, de forma difusa, como determinados testes nucleares e atos que violem direitos reconhecidos pela comunidade internacional cujos beneficiários não tem meios efetivos de protegê-los, como a violação de direitos de povos não autônomos.<sup>185</sup>

As “violações graves” têm conseqüências que se somam às de direito comum. Este regime busca harmonizar a questão de se saber se um Estado pode cometer um crime. Em verdade, o Estado só age através de indivíduos, que, em muitos casos, são seus órgãos públicos “de jure”, portanto a resposta seria não. Por outro lado estes indivíduos só possuem poder para cometer crimes internacionais devido a sua capacidade oficial e, por isso, seus atos podem ser atribuíveis ao Estado.<sup>186</sup> Para Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet neste regime as incertezas sobre a aplicação da norma são mais numerosas do que os pontos de consenso porque a matéria remete não apenas ao “núcleo duro” da soberania estatal como também ao Paradigma da Segurança Coletiva do Capítulo VII da Carta da ONU. Em vista disso, na visão dos autores citados, o Projeto da Convenção reflete a prudência de seus autores ao tratar do assunto.<sup>187</sup> Entretanto, os dois primeiros parágrafos do artigo 41 trazem importantes conseqüências ao determinar que os Estados devem cooperar para acabar com toda a violação grave. Mais do que isso dispõem que nenhum Estado deve reconhecer como lícita uma situação causada por uma violação grave nem prestar nenhuma assistência à manutenção desta situação.<sup>188</sup>

<sup>184</sup> DINH, Nguyen Quoc, *op. cit.*, p. 815 e 816

<sup>185</sup> BROWNLIE, Ian, *op. cit.*, p. 535.

<sup>186</sup> MILANOVIC, Marko, **Responsibility**, *cit.* p. 562.

<sup>187</sup> DINH, Nguyen Quoc, *op. cit.*, p. 817.

<sup>188</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** *Article 41 Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter.* 1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40. 2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation. 3. This article is without prejudice to the other consequences

Embora alvissareiro, o real alcance dos artigos acerca do regime particular das violações graves, presente no Projeto da Convenção, é determinado por um ponto nevrálgico do texto da Comissão de Direito Internacional: a garantia da efetividade do mecanismo de responsabilização internacional. O Projeto da Convenção não vislumbrou a perspectiva de considerar o tema sob o prisma da institucionalização e jurisdicionalização inerentes ao momento vivido pelo Direito Internacional, preferindo localizar-se de forma paralela a este meio de solução pacífica de controvérsias internacionais. O tema das contra-medidas exemplifica esta observação. O Projeto regulamenta apenas a adoção de contra-medidas por Estados em relação a outros Estados<sup>189</sup> embora suas disposições, de certo modo, poderiam ser trabalhadas de forma complementar às sanções eventualmente previstas por instituições internacionais.

O tema das contra-medidas é tido como controverso. Muitos Estados opuseram-se à sua inclusão, no entanto o tema possui implicações práticas importantes no tocante à efetividade da obrigação internacional.<sup>190</sup> Segundo James Crawford, a Comissão relutou em regular o tema das contra-medidas de forma mais detalhada para evitar que tal regulamentação legitimasse a banalização de seu uso. Neste sentido, o artigo 19 constante da primeira leitura do Projeto da Convenção, o qual tratava de contra-medidas puramente punitivas, ou seja, sem expectativa de que o Estado malfeitor volte atrás em sua conduta ofensiva, foi suprimido. Ainda assim, Crawford observa que o Projeto da Convenção foi acusado de ser permissivo em relação ao assunto.<sup>191</sup>

É importante afirmar, contudo, que as cláusulas sobre contra-medidas, mais do que outras disposições do Projeto representam um impulso para uma reestruturação das relações internacionais ao superar o tradicional regime das represálias unilaterais livremente escolhidas e dosadas pelo poder do Estado ofendido. O conjunto de artigos sobre contra-medidas representa regras que estabelecem limites para a ação estatal, pois se reporta ao contexto de um regime de obrigações internacionais primárias e secundárias.<sup>192</sup> Neste sentido, a Comissão buscou classificar o tema a partir da distinção entre contra-medidas, represália e retorsão, tratando apenas das primeiras, as quais são entendidas como ações de natureza não coercitiva.

---

refereed to in this part and to such further consequences that a breach to which chapter applies may entail under international law.

<sup>189</sup> BEDERMAN, David J., *op. cit.*, p. 821.

<sup>190</sup> BEDERMAN, David J., *op. cit.*, p. 818.

<sup>191</sup> CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 882.

<sup>192</sup> BEDERMAN, David J., *op. cit.*, p. 831 e 832.

A retorsão, como reciprocidade de tratamento contra o abuso de competência de outro Estado, não foi regulamentada. O exercício abusivo da competência não se configura na ilicitude do ato, mas, sim, no prejuízo indevido que causa a outro Sujeito de Direito Internacional, sendo assim a ilicitude do ato dificilmente aceita por ambas as partes em controvérsias internacionais não institucionalizadas.<sup>193</sup> Quanto às represálias, no seu clássico entendimento de respostas coercitivas - contrárias às regras de Direito Internacional - ao ato ilícito de outro Estado, sua regulamentação encontra-se na Carta da ONU. Ao incluir as obrigações de Direito Internacional Humanitário entre aquelas que expressamente não são afetadas pela disciplina das contramedidas, a Comissão, desta forma, evita dispor sobre qual deve ser a reação quando o Estado malfeitor transgredir direitos fundamentais em larga escala. O artigo adota a mesma postura quando o Estado descumpra obrigações de caráter humanitário ou decorrentes de normas peremptórias de Direito Internacional.<sup>194</sup> Nas palavras de David Bederman

The use of countermeasures in the face of widespread human rights abuses by some nations will be a significant element in the practical implementation of the articles. While the restrictions in Article 50 (I) are not likely to have an impact on the development of human rights sanctions practice, this remains an area that will need to be closely watched.<sup>195</sup>

O artigo 49 estabelece o princípio da reversibilidade das contra-medidas, estas devem ser tomadas com o claro objetivo de fazer o Estado cumprir sua obrigação e devem ser passíveis de reversão caso o Estado malfeitor cumpra a obrigação.<sup>196</sup> O artigo 49 limita de forma “quantitativa” as contra-medidas, por procurar mensurar seu impacto ou efeito e

<sup>193</sup> BROWNIE, Ian, *op. cit.*, p.535.

<sup>194</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** *Article 50 Obligations not affected by countermeasures.* 1. Countermeasures shall not affect: (a) The obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations; (b) Obligations for the protection of fundamental human rights; (c) Obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals; (d) Other obligations under peremptory norms of general international law (...)

<sup>195</sup> BEDERMAN, David. J., *op. cit.*, p. 827. “O uso de contra-medidas em face aos abusos aos direitos humanos por algumas nações será um elemento significativo na implementação prática dos artigos. Enquanto as restrições do Artigo 50 (I) provavelmente não terão um impacto no desenvolvimento da prática de sanções aos direitos humanos, esta permanece uma área que necessitará ser atentamente observada. (tradução do autor)”

<sup>196</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** *Article 49 Object and limits of countermeasures.* 1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under part two. 2. Countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State. 3. Countermeasures shall, as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question.

também de forma “qualitativa” ao determinar o objeto da ação.<sup>197</sup> O texto da Comissão determinou, em seu artigo 51, que, qualquer que seja a natureza da contra-medida (para cessar o ato ou para garantir a reparação), esta deverá ser proporcional à lesão causada.<sup>198</sup> Faltou, contudo, fornecer alguma indicação sobre qual é o critério desta proporcionalidade e quem não pode determiná-la, considerando a tendência de questões como essa de serem tratadas por tribunais internacionais. Neste mesmo sentido, o artigo 53 determina que as contra-medidas devem cessar assim que o Estado cumpra com as obrigações pelas quais foi responsabilizado.<sup>199</sup>

O artigo 52 do Projeto estabelece condições que um Estado deve cumprir antes de recorrer as contra-medidas, tais como notificar sua decisão de tomá-las e oferecer negociação prévia. No entanto, o artigo 52 (2) autoriza o Estado a adotar contra-medidas urgentes se estas forem necessárias para preservar seus direitos.<sup>200</sup> A partir da regra geral da notificação que busca dar transparência ao procedimento estabelece-se uma exceção de natureza pragmática, haja vista que algumas contra-medidas – como o congelamento de fundos – só serão efetivas se tomadas de forma imediata, no entanto, como a exceção não se encontra descrita nem exemplificada a distinção entre as contra-medidas normais e as urgentes é problemática,<sup>201</sup> incentivando o Estado ofendido a sempre considerar sua contra-medida urgente.

O artigo 54 estabelece que o Projeto da Convenção não regulamenta a imposição de contra-medidas por uma coletividade de Estados, escolhendo reconhecer que a prática internacional ainda é muito esparsa neste sentido e a norma costumeira incerta. Resgata, entretanto, a disposição do artigo 48 (2), e desta forma aponta o embasamento jurídico favorável para um Estado que não foi diretamente ofendido – mas que possui interesse no

---

<sup>197</sup> BEDERMAN, David. J., *op. cit.*, p. 821.

<sup>198</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** *Article 51 Proportionality* Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.

<sup>199</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** *Article 53 Termination of the countermeasures.* Countermeasures shall be terminated as soon as the responsible State has complied with its obligations under part two in relation to the internationally wrongful act.

<sup>200</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** *Article 52 Conditions relating to resort to countermeasures.* 1. Before taking countermeasures, an injured State shall: (a) Call upon the State, in accordance with the article 43, to fulfil its obligations under part two; (b) Notify the responsible State of any decision to take countermeasures and offer to negotiate with that State. 2. Notwithstanding paragraph 1 (b), the injured State may take such urgent countermeasures as are necessary to preserve its rights (...)

<sup>201</sup> BEDERMAN, David. J., *op. cit.*, p. 825.

cumprimento da relação jurídica - invocar a responsabilidade do Estado malfeitor.<sup>202</sup> Regulamentar de forma mais minuciosa o assunto poderia significar o enrijecimento de uma área que ainda não se desenvolveu. Na interpretação de David Bederman o texto deixa claro que não é somente o ofendido que pode adotar contra-medidas, apenas ficando em aberto a quem mais cabe esta titularidade para que o tempo e o desenvolvimento progressivo do tema na prática internacional aponte os padrões de legitimidade da questão.<sup>203</sup> James Crawford informa que o escopo do artigo 54 foi grandemente reduzido com a exclusão do projeto do antigo artigo 19 que tratava de contra-medidas punitivas ou exemplares, sendo retirada também a imposição de contra-medidas por terceiros Estados em relação a crimes internacionais, devido a reclamações de muitos Estados.<sup>204</sup>

Em conclusão, pode-se dizer que o Projeto da Convenção sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos - elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU - é a viga mestra da disciplina e referência obrigatória em seu estudo, mas não um texto definitivo sobre o tema. O fato de não ser realmente uma fonte primária, mas um meio auxiliar para a formação de jurisprudência na matéria permite que a doutrina possa identificar os pontos em que o legado do Projeto da Convenção pode ser complementado e receber contribuições específicas as diferentes searas do Direito Internacional. É com este intuito que os limites do texto da Comissão serão analisados no tocante ao desafio de se responsabilizar um Estado por sua não-cooperação com a Justiça Internacional Penal.

### 3.2.3. A responsabilização do Estado por atos de não-cooperação

O fundamento jurídico da obrigação de cooperar com a justiça internacional penal depende da forma de criação de jurisdição, se unilateral (como no caso dos tribunais “ad hoc”) ou convencional, como no caso do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.<sup>205</sup> Éric David afirma que não existe obrigação costumeira em matéria de cooperação judiciária, sendo seu

<sup>202</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** *Article 54 Measures taken by States other than an injured state.* This chapter does not prejudice the right of any State, entitled under article 48, paragraph 1, to invoke responsibility of another State, to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.

<sup>203</sup> BEDERMAN, David. J., *op. cit.*, p. 829.

<sup>204</sup> CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 875.

<sup>205</sup> UBÉDA, Muriel. L'Obligation de Coopérer avec les Juridictions Internationales in ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel; PELLET Alain (Orgs.) **Droit International Penal.** Paris : A. Pedone, 2000, p. 952.

fundamento, portanto, unicamente convencional.<sup>206</sup> No caso do Tribunal Penal Internacional, é importante observar que o regime jurídico no qual a obrigação de cooperar está prevista, tem natureza convencional e encontra-se regulado pelo Direito dos Tratados, inexistindo, portanto, nenhuma incerteza jurídica acerca do dever de cooperar.<sup>207</sup> Como foi visto no capítulo anterior, a obrigação geral de cooperar está presente no artigo 86 e uma série de obrigações precisas, visando aspectos específicos da cooperação encontram-se entre os artigos 87 e 102 do Estatuto. Por fim a Assembléia Geral dos Estados Parte adotou um Regulamento contendo Regras sobre Procedimento e Prova dentro dos procedimentos penais do Tribunal. Devido à fundamentação convencional e ao embasamento jurídico a cooperação com o Tribunal apresenta-se como uma obrigação primária para os Estados Parte e, em alguns casos, para qualquer Estado como será visto abaixo, todavia não se constitui em uma obrigação absoluta.<sup>208</sup> A natureza convencional da obrigação, na forma em que se encontra, comporta inconvenientes e vantagens. Por um lado é previsto que os Estados exerçam sua soberania nos termos do princípio da complementaridade, por outro oferece uma base jurídica sólida e incontestável para determinar a cooperação com o Tribunal.<sup>209</sup>

Os artigos 12 e 13 do Projeto da Convenção sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos conceituam a ilicitude como a desconformidade com a obrigação assumida. A conformação dessa ilicitude vai depender se a obrigação assumida pelo Estado é de comportamento ou de resultado. São as regras que prevêm as obrigações primárias que determinam se o Estado possui a livre escolha dos meios para atingir os resultados pactuados ou se, ao cumprir a obrigação, seu comportamento deve obedecer a uma conduta anteriormente estabelecida.<sup>210</sup>

Em relação às obrigações de comportamento basta que se constate que o Estado não tomou as medidas esperadas para se deduzir a violação da obrigação internacional.<sup>211</sup> Por outro lado, a penalização no Direito Interno das condutas típicas como fator dissuasório para a prática de crimes internacionais é entendida como obrigação de resultado porque a inação

<sup>206</sup> DAVID, Eric. La Responsabilité de l'État pour absence de coopération in ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel; PELLET Alain (Orgs.) **Droit International Penal**. Paris : A. Pedone, 2000, p. 129.

<sup>207</sup> UBÉDA, Muriel, *op. cit.*, p. 953

<sup>208</sup> DAVID, Eric, *op. cit.*, p. 130.

<sup>209</sup> UBÉDA, Muriel, *op. cit.*, p. 956.

<sup>210</sup> SICILIANOS, Linos-Alexandre. La Responsabilité de l'État pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux. in ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel; PELLET Alain (Orgs.) **Droit International Penal**. Paris : A. Pedone, 2000, p. 122.

<sup>211</sup> DINH, Nguyen Quoc, *op. cit.*, p. 787.

pode responsabilizar o Estado.<sup>212</sup> A obrigação de cooperar com as jurisdições penais internacionais não se insere completamente na categoria das obrigações de comportamento ou na categoria das obrigações de resultado porque geralmente é deixado ao Estado a escolha dos meios dentre aqueles que seriam razoáveis e, por outro lado, não se pretende que o Estado sofra uma sanção por não alcançar um resultado definido. Teria, assim, a natureza de uma obrigação de comportamento “atenuada” com meios e fórmulas suficientemente ambíguos para conciliar-se com a soberania estatal.<sup>213</sup>

Dentro da justiça internacional penal as obrigações de comportamento perduram mesmo durante uma guerra civil, de acordo com o padrão de “due diligence”. Aos órgãos estatais perdura a obrigação de adotar medidas adequadas de prevenção ou repressão contra atos das forças rebeldes que possam gerar responsabilidade internacional ao Estado. Ao movimento insurrecional vitorioso será atribuído responsabilidade tanto aos atos praticados enquanto rebeldes quanto aos atos da entidade estatal anterior, devido ao princípio da continuidade do Estado.<sup>214</sup>

Neste contexto, a Corte Internacional de Justiça, em decisão no caso movida pela Bósnia-Herzegovina contra Sérvia e Montenegro estabeleceu que a obrigação de prevenir o crime de genocídio é de comportamento e não de resultado: o Estado não é obrigado a ser bem sucedido em prevenir o genocídio, no entanto deve empregar todos os meios razoavelmente disponíveis neste sentido.<sup>215</sup> Os padrões internacionais que determinam a responsabilização do Estado a partir de sua diligência constituem-se de três elementos: a importância do bem jurídico protegido, o conceito (elástico) de razoabilidade e a probabilidade de perpetuação dos crimes que se quer impedir.<sup>216</sup> A partir deles pode-se compreender o entendimento da Corte Internacional de Justiça no caso citado acima de que a obrigação do Estado em se prevenir o genocídio não é territorialmente definida nem dependente de verificação prévia de jurisdição sobre pessoa ou território.<sup>217</sup>

O dever de cooperar evidencia que os Estados são obrigados não só a não cometer crimes internacionais como também a prevenir que ele ocorra e a punir seus responsáveis.<sup>218</sup>

<sup>212</sup> SICILIANOS, Linos-Alexandre, *op. cit.*, p. 123.

<sup>213</sup> UBÉDA, Muriel, *op. cit.*, p. 954 e 955.

<sup>214</sup> SICILIANOS, Linos-Alexandre, *op. cit.*, p. 126 e 127.

<sup>215</sup> MILANOVIC, Marko, **Follow Up**, *cit.*, p. 684 e 685.

<sup>216</sup> SICILIANOS, Linos-Alexandre, *op. cit.*, p. 124 e 125.

<sup>217</sup> MILANOVIC, Marko, **Follow Up**, *cit.*, p. 685.

<sup>218</sup> MILANOVIC, Marko, **Responsibility**, *cit.*, p. 570.

Esta violação se materializa por uma inação do Estado (omissão) ao não adotar medidas adequadas legislativas, administrativas ou judiciárias para prevenir os atos criminosos ou, após seu cometimento, sua omissão em perseguir e punir seus autores. A responsabilidade por omissão inicialmente foi afirmada no contexto da visão tradicional de responsabilidade em razão dos danos causados a estrangeiros, conforme entendimento do Instituto de Direito Internacional, na sessão de Lausanne, em 1927. Depois da Segunda Guerra Mundial a responsabilidade por omissão é afirmada pela Corte Internacional de Justiça no Caso do Estreito de Corfu, onde a Albânia foi responsabilizada, com base no direito consuetudinário. No Caso sobre o Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã a Corte responsabilizou o Irã nos termos da Convenção sobre Relações Diplomáticas e Consulares por faltar à obrigação de prevenir e fazer cessar o ataque à embaixada norte-americana.<sup>219</sup>

No campo dos direitos humanos, é pacífico que o Estado pode responder pela inação de seus órgãos públicos na perseguição e no julgamento de autores de violações aos direitos do homem.<sup>220</sup> A Corte de Estrasburgo, a fim de assegurar o efetivo respeito dos direitos e garantias da Convenção Européia de Direitos Humanos formou uma jurisprudência a qual constatou diversas vezes que a inação do Estado constitui uma violação da Convenção. A responsabilização do Estado, por não punir ou prevenir atos criminosos, depende da formulação de obrigações primárias aplicáveis à matéria, e geralmente os textos legais falham ao não dispor de forma precisa sobre o tema e não formarem um regime jurídico uniforme.<sup>221</sup> A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, por exemplo, pouco contém, além do título, de referências explícitas à obrigação das partes adotarem as medidas necessárias ao cumprimento do disposto em seus artigos. Dentro do Estatuto de Roma a inação do Estado pode ser motivo para o exercício da jurisdição complementar, mas, como visto no capítulo anterior, pouca coisa existe para ser feita pelo Tribunal no caso de um postura não-cooperativa do Estado demandado. Nas palavras de Lino-Alexandre Sicilianos “em autres termes, l’aspect préventif et l’aspect répressif se confondent largement, em ce sens que les obligations de l’État em matière de prévention se ramènent pour l’essentiel à son devoir de dissuader le crime de génocide en prévoyant des ‘sanctions pénales’ efficaces.”<sup>222</sup>

<sup>219</sup> SICILIANOS, Lino-Alexandre, *op. cit.*, p. 116 e 117.

<sup>220</sup> DINH, Nguyen Quoc, *op. cit.*, p. 789.

<sup>221</sup> SICILIANOS, Lino-Alexandre, *op. cit.*, p. 118 e 119.

<sup>222</sup> SICILIANOS, Lino-Alexandre, *op. cit.*, p. 119. “em outros termos, o aspecto preventivo e o aspecto repressivo se confundem enormemente no sentido em que as obrigações do Estado se voltam para o essencial de seu dever dissuadir o crime de genocídio prevendo sanções penais eficazes. (tradução do autor)”

No caso movido pela Bósnia-Herzegovina contra Sérvia e Montenegro pelo genocídio ocorrido naquele país a Corte Internacional de Justiça entendeu que, como a prevenção e a repressão do genocídio – assim como dos crimes contra a humanidade – apresenta-se como uma norma primária imposta como um direito inderrogável por tratados internacionais, jus cogens. A não cooperação com a Justiça Internacional Penal (naquele caso, o Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia) enquadra-se no regime de responsabilidade penal agravada, previsto o artigo 41 do Projeto da Convenção sobre a Responsabilidade dos Estado por Atos Ilícitos.<sup>223</sup> Assim, o caráter peremptório da norma pode suprir a imprecisão da regra primária permitindo a responsabilização do Estado por atos de não-cooperação que podem significar violação da obrigação de prevenir e punir o crime de genocídio e crimes contra a humanidade. Uma das conseqüências do regime de responsabilidade agravada por infração de normas peremptórias de Direito Internacional é a possibilidade de invocação da responsabilidade através da “actio popularis”. Ao contrário das obrigações internacionais em geral, cuja responsabilidade não pode ser invocada por terceiros Estados que não tenham sofrido dano com o descumprimento do dever, a obrigação de cooperar com Justiça Internacional Penal adquire neste regime o caráter “erga omnes partes” concedendo a todos os Estados o interesse jurídico em seu respeito pelo Estado recalcitrante.<sup>224</sup>

Deste modo, o mecanismo da responsabilização resultará em uma nova obrigação jurídica entre o Estado autor do fato e o Sujeito de Direito Internacional.<sup>225</sup> No caso do regime de responsabilidade agravada pela violação de norma peremptória de Direito Internacional - em virtude de não prevenir nem punir um crime internacional ao não cooperar - além da responsabilidade penal individual do acusado do cometimento do crime o Estado pode ser responsabilizado separadamente por faltar à obrigação de prevenir e punir atividade qualificada como criminosa pelo Direito Internacional.<sup>226</sup> Neste sentido Eric David afirma que “si l’État partie a une convention d’assistance judiciaire ne remplit pas ses obligations conventionnelles, compte tenu des restrictions prévues par la convention, sa responsabilité internationale est évidemment mise en cause conformément aux principes classiques de l’*institution*.”<sup>227</sup>

<sup>223</sup> MILANOVIC, Marko, **Responsibility**, *cit.*, p. 571.

<sup>224</sup> UBÉDA, Muriel, *op. cit.*, p. 954.

<sup>225</sup> DINH, Nguyen Quoc, *op. cit.*, p. 802.

<sup>226</sup> SICILIANOS, Linos-Alexandre, *op. cit.*, p.115.

<sup>227</sup> DAVID, Eric, *op. cit.*, p. 132. “se o Estado Parte de uma convenção de assistência judiciária não cumpre suas obrigações convencionais, mesmo levando-se em conta as restrições previstas pela convenção, sua

A responsabilidade do Estado infrator pode ser invocada por todas as vias de Direito e pode-se ainda recorrer a todos os meios pacíficos conforme o princípio da livre escolha dos meios presentes na Declaração da Assembléia Geral da ONU sobre os Princípios de Direito Internacional sobre Relações Amigáveis e Cooperação entre os Estados.<sup>228</sup> Assim é permitido que se busque soluções novas na área como no Caso Lockerbie, entre Grã-Bretanha e Estados Unidos contra a Líbia no qual a Corte Internacional de Justiça decidiu que os suspeitos líbios seriam julgados pelo Poder Judiciário de um terceiro Estado.<sup>229</sup> Aliás, a responsabilização pelo descumprimento da obrigação não retira o dever do Estado de executar a obrigação violada, nos termos do artigo 29 do Projeto da Convenção sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos.<sup>230</sup>

Desse modo pode-se entender porque no Caso em que Bósnia-Herzegovina intentou contra Sérvia e Montenegro pleiteando a responsabilidade internacional deste país em face do genocídio a Corte condenou a Sérvia, embora tenha entendido que este Estado não tenha sido diretamente responsável nem cúmplice com o crime de genocídio ocorrido na Bósnia. A Corte Internacional de Justiça julgou que a Sérvia é responsável devido às obrigações primárias previstas na Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio por falhar ao prevenir o genocídio cometido pelo exército bósnio-sérvio no Massacre de Srebrenica, em julho de 1995, e por não cooperar com o Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia na punição aos perpetradores desta atrocidade.<sup>231</sup>

Um aspecto fundamental da responsabilidade internacional por não cooperar na prevenção e punição dos mais graves crimes internacionais é a natureza desta responsabilização. Como foi visto, a responsabilidade do Estado é regulada pelo regime da responsabilidade agravada nos termos do Projeto da Convenção sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos. Por outro lado, a noção de crimes internacionais (no sentido dos “core crimes”, os mais graves crimes internacionais com violações massivas aos direitos

---

responsabilidade internacional é evidentemente colocada em causa conforme os princípios clássicos da instituição.(tradução do autor)”

<sup>228</sup> UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter Of The United Nations** Resolution 2625 (XXV), 1970, disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>.

<sup>229</sup> David, Éric, *Op. Cit.*, P. 135.

<sup>230</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Article 29.** The legal consequences of an internationally wrongful act under this part do not affect the continued duty of the responsible State to perform the obligation breached.

<sup>231</sup> MILANOVIC, Marko, **follow up**, *cit.*, p. 669 e 670.

humanos) está vinculada ao Direito Internacional Penal e a categoria da responsabilidade individual penal, o que inclui a evolução conceitual de se reconhecer, mesmo que passivamente, a personalidade internacional de certos indivíduos e a revisão da doutrina das imunidades estatais.<sup>232</sup> A questão da responsabilidade individual penal por crimes internacionais não exaure a questão da responsabilidade estatal por estes crimes, uma não exclui nem diminui a outra.<sup>233</sup> A responsabilidade estatal pelo cometimento do crime não, por sua natureza, criminal, embora isto não retire a natureza de grave violação à obrigação primária presente em norma internacional peremptória nem a responsabilidade individual criminal concorrente.<sup>234</sup> Como assevera Alain Pellet

D'une façon générale, la responsabilité internationale de l'État n'est ni pénale, ni civile; elle présente des caractères propres et ne saurait être assimilée aux catégories du droit interne tant la société internationale présente peu de points communs avec les communautés nationales. À sa manière, elle présente cependant 'des éléments civils et pénaux'.<sup>235</sup>

Uma esfera de responsabilização de grande importância prática é a responsabilização do Estado por cumplicidade com o crime que pode constituir-se através de várias condutas: encorajamento, fornecimento de ajuda, ocultação de provas do crime, etc...<sup>236</sup> Um argumento que pode corroborar a visão exposta acima é que o descumprimento de uma obrigação primária que seja norma peremptória de Direito Internacional ultrapassa em seus efeitos os próprios limites ordinários do Direito da Responsabilidade Internacional. Como assevera Marko Milanovic

Even though such state responsibility remains “civil”, it must be emphasized that the consequences of a serious breach of a peremptory norm of international law are not exhausted by the regime of state responsibility: they can, and should, provoke a much wider, institutional reaction, such a Chapter VII action by the Security Council or enforcement action by regional organizations.<sup>237</sup>

<sup>232</sup> PELLET, Alain, *op. cit.*, p. 85 e 86.

<sup>233</sup> MILANOVIC, Marko, **Responsibility**, *cit.*, p. 554.

<sup>234</sup> MILANOVIC, Marko, **Responsibility**, *cit.*, p. 574.

<sup>235</sup> PELLET, Alain, *op. cit.*, p. 88. “De uma maneira geral, a responsabilidade internacional do Estado não é nem penal, nem civil; ela apresenta características próprias que não seriam assimiladas às categorias do direito interno tanto quanto a sociedade internacional apresenta poucos pontos comuns com as comunidades nacionais. Da sua maneira, ela apresenta, contudo elementos civis e penais.(tradução do autor)”

<sup>236</sup> MILANOVIC, Marko, **Responsibility**, *cit.*, p. 573.

Em conclusão, é lícito dizer que a obrigação de se cooperar com a Justiça Internacional Penal possui um fundamento sólido e, pelo menos nas relações com o Tribunal Penal Internacional, um corpo de normas jurídicas de natureza obrigatória e relativamente precisas. Seu mecanismo de responsabilização, no caso do Tribunal, encontra-se institucionalizado e mesmo a natureza específica de sua responsabilidade encontra-se analisada pela doutrina e reconhecida por recente jurisprudência da Corte Internacional de Justiça. Mesmo assim, os Estados envolvidos em crimes internacionais recusam-se em sua maioria a cooperar adequadamente com o Tribunal Penal Internacional.

Percebe-se dois casos, ora em situações distintas, ora concomitantes. Quando o Estado envolvido ou em que ocorreu o crime internacional mantém um governo independente, a recusa na cooperação justifica-se em argumentos como o caráter político do crime, o fato de que as infrações já foram julgadas ou o risco para a ordem pública, interesses essenciais ou segurança nacional<sup>238</sup> sendo tais argumentos, em última instância, uma reafirmação formal de sua condição de Estado soberano. Quando a gravidade do incidente humanitário vem a solapar o próprio governo e, portanto, a soberania estatal está em pane, as forças intervenientes afirmam que o foco das operações é a “manutenção da paz e segurança internacionais” e o mecanismo da responsabilidade internacional torna-se quase inoperante.<sup>239</sup>

A própria decisão da Corte Internacional de Justiça sobre o Caso do Genocídio movido pela Bósnia-Herzegovina contra a Sérvia e Montenegro ao mesmo tempo em que afirmou a obrigação de prevenir e punir o genocídio – inclusive através da cooperação internacional com o Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia – entendeu que a única forma de reparação cabível à Bósnia-Herzegovina é a satisfação moral pelo fato de que o Estado Sérvio foi declarado culpado.<sup>240</sup>

Como foi visto no capítulo anterior, os relatórios do Procurador do Tribunal Penal Internacional ao Conselho de Segurança não redundaram em ações efetivas por parte deste órgão da ONU. Pelo contrário, após o pedido de indiciamento do Presidente Bashir o órgão

<sup>237</sup> MILANOVIC, Marko, **Responsibility**, *cit.*, p. 603. ‘Mesmo que esta responsabilidade estatal permaneça de natureza “civil”, deve-se enfatizar que as consequências de uma quebra séria de uma norma peremptória de lei internacional não se exaurem no regime da responsabilidade internacional do Estado: elas podem, e deveriam, provocar uma reação institucional muito mais ampla, uma ação nos termos do Capítulo VII pelo Conselho de Segurança ou uma ação efetiva por uma organização internacional. (tradução do autor)’

<sup>238</sup> DAVID, Éric, *op. cit.*, p. 131.

<sup>239</sup> SICILIANOS, Linos-Alexandre, *op. cit.*, p. 126.

<sup>240</sup> MILANOVIC, Marko, **Follow Up**, *cit.*, p. 690 e 691.

cogitou em utilizar-se de sua prerrogativa de suspender investigações, prevista no artigo 16 do Estatuto de Roma para barrar a ação do Tribunal.<sup>241</sup>

Tais fatos demonstram que o Tribunal Penal Internacional e os tribunais penais internacionais em geral não podem contar com muito além de suas próprias forças para garantir a efetividade nas suas relações de cooperação judiciária. Não dispondo de força policial própria e, sendo uma organização internacional, o recurso à força é uma alternativa surreal. Cabe à instituição buscar a efetividade em suas relações de cooperação a partir de institutos jurídicos cuja eficácia possa ser garantida pela legitimidade internacional que a defesa dos direitos humanos possui. A clássica dicotomia entre Estado e Sociedade Civil está presente no espaço público internacional através das ações das organizações não-governamentais.<sup>242</sup> A pressão que o Tribunal pode exercer baseia-se, principalmente, no apoio de uma opinião pública globalizada que pode pressionar seus governos no sentido da tomada de ações efetivas na proteção aos direitos humanos. A experiência tem demonstrado, contudo, que as populações dos Estados aonde os crimes ocorreram, pouco podem fazer para garantir a cooperação judiciária e que a condenação moral ao Estado muitas vezes também é entendida como um libelo contra a própria identidade cultural da população. Este fenômeno é inerente à própria reafirmação do identitarismo contemporâneo, na qual busca-se diluir a responsabilidade penal individual em padrões de responsabilidade coletiva.<sup>243</sup>

Nesse sentido, para garantir a cooperação judiciária – e assim ter condições de cumprir o seu mandato - o Tribunal Penal Internacional precisa de recursos jurídicos cuja aplicação não dependa diretamente de outras instâncias de decisão. Precisa também responsabilizar o indivíduo pela não-cooperação ao invés do Estado do qual este é órgão, da mesma forma que o indivíduo é responsabilizado por um crime internacional. Finalmente precisa de um meio de efetividade que não dependa da opinião pública ou da burocracia do Estado envolvido ou aonde o crime tenha ocorrido, mas, sim, da opinião pública internacional. Dentro deste contexto, a adoção pelo Tribunal Penal Internacional do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica do Estado para se responsabilizar indivíduos internacionalmente por atos de não-cooperação pode vir a se tornar uma ferramenta útil.

---

<sup>241</sup> Informação obtida no endereço <http://www.guardian.co.uk/world/2008/sep/14/sudan.humanrights> no dia 16/09/2008.

<sup>242</sup> PICCO, Giandomenico. **Crossing the divide: dialogue among civilizations**. New York : Seton Hall University, 2001, p. 33.

<sup>243</sup> PICCO, Giandomenico, *op. cit.*, p. 41.

### 3.2.4 A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em casos de não-cooperação estatal com o Tribunal Penal Internacional

Pode-se dizer que a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto da Teoria Geral do Direito (assim como a pessoa e personalidade jurídica o são) e, por isso, passível de ser aplicado tanto no Direito Privado quanto no Direito Público. Em relação à sua aplicação dentro do Direito Internacional o desafio no qual se constitui a natureza soberana do Estado é relativizado pela intervenção humanitária e pelo exercício da jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional. Quanto ao argumento da natureza da obrigação internacional ou as diferenças entre o ordenamento estatal e as normas aplicáveis dentro do espaço público internacional, este diz respeito a um paradigma que não mais corresponde à natureza das relações internacionais dentro do mundo globalizado. Portanto, é aceitável afirmar a possibilidade teórica de se analisar sua aplicação dentro do Direito Internacional no contexto de uma relação jurídica internacional institucionalizada pelo Tribunal Penal Internacional na qual um Estado que se encontra sob o exercício da jurisdição complementar recusa-se a cooperar com o andamento das investigações ou do processo.

Dentro do Direito Internacional, pode-se pensar no instituto da desconsideração da personalidade internacional dentro do tema da responsabilidade estatal, nascida do descumprimento de uma obrigação internacional. Existe, no artigo 86 do Estatuto de Roma, a obrigação geral de se cooperar, a qual se desdobra em uma série de obrigações específicas, no interesse da investigação ou de um processo em andamento. O descumprimento desta obrigação geraria a responsabilidade estatal. A recente decisão da Corte Internacional de Justiça dentro do caso movido pela Bósnia-Herzegovina contra Sérvia e Montenegro apontou claramente para esta possibilidade. Como afirma Marko Milanovic “it should be noted that, as a general matter, the Courts decision now opens the possibility of a state being held responsible under article VI of the Genocide Convention if it fails to cooperate fully with a genocide investigation or prosecution by the International Criminal Court.”<sup>244</sup> Como a competência “*ratione materiae*” do Tribunal abrange os mais graves crimes no entendimento da comunidade internacional, a não-cooperação do Estado, em verdade, significa o

<sup>244</sup> MILANOVIC, Marko, **Follow Up**, *cit.* p. 692. “Deve-se notar que, como matéria geral, a decisão da Corte Internacional de Justiça abre agora a possibilidade de um Estado ser responsabilizado sob o Artigo VI da Convenção sobre Genocídio se falhar em cooperar completamente com uma investigação de genocídio ou com um julgamento do Tribunal Penal Internacional. (tradução do autor)”

descumprimento na obrigação primária do Estado de prevenir e punir os crimes sob a competência do Tribunal ou extraditar o indivíduo para julgamento.

No capítulo anterior concluiu-se que, nestes casos, o Tribunal Penal Internacional não possui outro recurso senão o de recorrer ao Conselho de Segurança da ONU requerendo que este órgão tome as medidas cabíveis. O desacordo entre seus membros permanentes e a possibilidade do exercício do poder de veto por um deles tem impedido o Conselho de Segurança de tomar medidas efetivas para auxiliar o Tribunal Penal Internacional em seu mandato. Por esta razão concluiu-se, no item anterior, que o Tribunal deve contar com meios próprios para assegurar a efetividade em suas relações de cooperação. A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica seria possível como uma contra-medida específica do Tribunal Penal Internacional no sentido de fazer o Estado cumprir a obrigação de cooperar nos termos determinados pelo Tribunal no interesse das investigações ou do andamento do processo.

Como os crimes internacionais são entendidos como graves violações de normas peremptórias, universais e irrevogáveis de Direito Internacional, “*jus cogens*”<sup>245</sup>, o Estado responsabilizado pelo descumprimento de uma obrigação de cooperar com o Tribunal Penal Internacional pode incorrer no regime de responsabilidade agravada previsto no Estatuto da Convenção sobre Responsabilidade dos Estados. Este regime determina aos demais Estados a não-cooperação com o Estado malfeitor, representando para a comunidade internacional a obrigação de pôr fim a uma situação ilegal do Estado malfeitor impossibilitando que esta situação produza efeitos perante o direito internacional. O regime de responsabilidade aplicada fundamenta a invocação do princípio “*ex iniuria non oritur ius*” segundo o qual não pode ser retirado qualquer benefício de um ato ilícito, conforme explica Ian Brownlie

Quando os órgãos das Nações Unidas determinam de modo vinculativo que uma situação é ilegal, os Estados destinatários da resolução, ou resoluções em causa, estão obrigados a por fim a essa situação. Muito dependerá do modo preciso em que tais resoluções enunciem as conseqüências. No entanto, em circunstâncias normais, a conseqüência da ilegalidade implicará um “dever de não reconhecimento”. Este dever pode ser observado independentemente ou na ausência de quaisquer diretivas das Nações Unidas se, na apreciação cuidadosa de cada Estado, existir uma situação cuja ilegalidade seja oponível aos Estados em geral.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> BROWNLIE, Ian, *op. cit.*, p. 536.

<sup>246</sup> BROWNLIE, Ian, *op. cit.*, p. 539.

Em 1970 a Assembléia Geral declarou que a presença de autoridades sul-africanas no território do Sudeste Africano (atual Namíbia) bem como todos os atos praticados pelo governo racista da África do Sul eram ilegais. O Conselho de Segurança da ONU, em sua Resolução nº 276 reconheceu a posição da Assembléia Geral de revogar o mandato da África do Sul para o território do Sudeste Africano. Na seqüência, através da Resolução nº 283, o Conselho de Segurança apelou a todos os Estados para que tomassem medidas específicas contra a ocupação sul-africana daquele território, tais como cessações de representações diplomáticas e consulares, de transações comerciais em favor do território realizadas por empresas públicas e a retirada de quaisquer apoio financeiro concedido por seus nacionais ou sociedades privadas que fosse utilizado para facilitar o comércio com o território.<sup>247</sup>

O mesmo tratamento foi dispensado à contígua Rodésia do Sul, colônia britânica que, em 11 de Novembro de 1965 proclamou unilateralmente sua independência sob o controle de uma minoria branca que instituiu um regime que negava direitos à maioria negra da população. O Conselho de Segurança da ONU, ponderando que a declaração de independência não tinha validade jurídica, afirmou que a situação na Rodésia do Sul constituía uma ameaça à paz e segurança internacionais e, através da fórmula, “todos os países-membros das Nações Unidas impedirão” proibiu a importação de quaisquer produtos da Rodésia, assim como a exportação de armas e petróleo para o país, além de suspender as ligações aéreas e linhas de transporte terrestre, proibir a aceitação de passaportes rodesianos, retirar do país todos os representantes diplomáticos e consulares e comerciais e romper as relações diplomáticas. Tais medidas resultaram em um longo processo de negociação que culminaram em um acordo que extinguiu o regime racista e fundou o atual Zimbábue.<sup>248</sup>

Pouco após os bombardeios da OTAN com o objetivo de retirar as forças de Slobodan Milosevic do Kosovo, uma variação da invocação do princípio “ex iniuria non oritur ius” foi analisada por Antônio Cassese, na época juiz e ex-presidente do Tribunal Penal Internacional “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia. Embora tenha classificado a ação da OTAN como ilegal, condenando-a, Cassese afirma que o episódio representa uma doutrina emergente pela defesa de medidas coercitivas destinadas a impedir a continuação de atrocidades em larga escala nos

---

<sup>247</sup> BROWNLIE, Ian, *op. cit.*, p. 540.

<sup>248</sup> BYERS, Michel. **A Lei da Guerra**: Direito Internacional e Conflito Armado. Rio de Janeiro : Record, 2007, p. 29 e 30.

casos em que o Conselho de Segurança seja incapaz de responder adequadamente à situação.<sup>249</sup>

Afirmando que, por sua legalidade discutível, a ação da OTAN invocou o “princípio” “*ex iniuria ius oritur*”, Cassese tende a admitir esta nova brecha à proibição do uso da força pela Carta da ONU desde que presentes alguns pressupostos: graves violações aos direitos humanos com a participação do Estado ou sem que este seja capaz de detê-las; o Conselho de Segurança paralisado pela discordância entre membros com direito a veto; esgotamento das vias pacíficas e ação coletiva com uso da força limitado ao propósito de deter as atrocidades.<sup>250</sup> Após reafirmar a condenação aos bombardeios da OTAN, Antônio Cassese afirma que

However, if one takes into account the premise of that forcible action and the particular conditions surrounding it, the following contention may be warranted: this particular instance of breach of international law authorizing armed counter measures for the exclusive purpose of putting an end to large-scale atrocities amounting to crimes against humanity constituting a threat to peace.<sup>251</sup>

Em relação aos objetivos desta tese, as conclusões de Antônio Cassese são claramente “*extra petita*”. Não se defende, neste trabalho, nenhuma autorização irrestrita para o Tribunal Penal Internacional lançar mão de uma força militar que não possui. Mas, se é aceitável que um grupo de Estados realize uma intervenção militar pelos motivos e com os objetivos acima expostos, não existe motivo plausível que impeça o Tribunal Penal Internacional de aparelhar-se com um instituto jurídico que lhe garanta efetividade em casos de não-cooperação, desde que atenda os pressupostos discriminados acima. Ainda sobre situações que podem ser invocadas como precedente, em relação ao princípio “*ex iniuria ius non oritur*” Ian Brownlie afirma que

Em termos jurídicos, as conseqüências da ilegalidade ou do “dever de não reconhecimento” são distintas da aplicação de sanções econômicas e

<sup>249</sup> CASSESE, Antônio. *Ex iniuria ius oritur: are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community?* **European Journal of International Law**, vol. 10, p. 23, 1999.

<sup>250</sup> CASSESE, Antônio, *op. cit.*, p. 27.

<sup>251</sup> CASSESE, Antônio, *op. cit.*, p. 29. “Entretanto, se for levada em consideração a premissa daquela ação coercitiva e as condições particulares que a cercaram, a seguinte disputa pode ser justificada: uma situação específica de quebra da Lei internacional autorizando contra-medidas com o propósito exclusivo de acabar com atrocidades em larga escala que se constituem em crimes contra a humanidade e ameaças à paz. (tradução do autor)”

militares, voluntárias ou obrigatórias, como consequência das Resoluções das Nações Unidas, como, por exemplo, as que foram aplicadas em relação à Rodésia em resultado da declaração unilateral de independência do regime de Ian Smith. Politicamente falando, as consequências práticas do não reconhecimento são semelhantes às das sanções não militares.

No entanto, a fundamentação da desconsideração como uma contra-medida baseada neste princípio é mais vantajosa do que a aplicação pura e simples do princípio “*ex iniuria non oritur ius*”. Isto porque o instituto é compatível com a responsabilidade individual penal por crimes internacionais, que, aliás, determina a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, atuante sobre indivíduos e não sobre Estados. A responsabilidade do Estado não exclui a responsabilidade penal do indivíduo desde que as condições do comprometimento da responsabilidade estejam estabelecidas, conforme dispõe o artigo 25 (4) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional<sup>252</sup>, sendo assim possível, com a responsabilização do Estado, que indivíduos suportem as consequências dos fatos ilícitos que deram causa.<sup>253</sup> Nguyen Quoc Dinh ressalta que

Do mesmo modo, podemos considerar que a existência de uma “violação grave” tem por consequência a “transparência” parcial do Estado, no sentido em que, paralelamente, à responsabilidade internacional do Estado autor do crime, a responsabilidade penal e pessoal das pessoas físicas que o tiverem ordenado ou executado pode ser investigada ainda que tivessem agido a título de representantes do Estado, incluindo como “chefes de Estado”.<sup>254</sup>

O instituto da desconsideração permite que o Estado seja responsabilizado pela não-cooperação, mas que o indivíduo que cometeu a violação através da estrutura jurídica estatal seja atingido em sua personalidade jurídica particular, caso sejam verificados os pressupostos do instituto. A desconsideração da personalidade jurídica é o instituto que, em um caso concreto, permite atingir a personalidade jurídica do indivíduo devido à utilização indevida da personalidade da pessoa jurídica para evitar obrigação existente ou acobertar um crime.

Desta forma, um Estado que permite a ocorrência de graves violações aos direitos humanos de seus cidadãos e que, por este motivo, é alvo de intervenção humanitária em seu

<sup>252</sup> BRASIL. **Decreto n. 4388/2002 – Estatuto de Roma**. Artigo 25. 1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas (...) 4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o Direito Internacional.

<sup>253</sup> DINH, Nguyen Quoc, *op. cit.*, p. 794.

<sup>254</sup> DINH, Nguyen Quoc, *op. cit.*, p. 818.

território não deveria poder invocar prerrogativas soberanas com o fito de impedir a atuação da jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional. Este Estado, através do exercício da competência delegada ao Tribunal, teve sua soberania limitada, ao perder o monopólio da jurisdição penal em seu território, nos termos do Capítulo II do Estatuto de Roma que trata da denúncia de situações ao Tribunal e das regras de admissibilidade de um caso. Carece, assim, ao Estado o pressuposto teórico necessário para configurar seu direito à recusa plena e absoluta à cooperação, que é o pleno exercício de sua soberania. O que se pretende é justamente propor o instituto da desconsideração da personalidade jurídica internacional do Estado para concretizar, no campo da cooperação judiciária, a situação que já se encontra formalmente prevista no campo da determinação da jurisdição e do exercício da competência delegada por parte do Tribunal Penal Internacional.

A desconsideração permite esta “transparência parcial” do Estado no tocante à responsabilização, referida por Dinj, porque a partir dela, em certos atos e atendidos os pressupostos, o Estado malfeitor pode ser considerado como uma associação de fato entre pessoas naturais, mancomunadas para a realização de fins que subvertem os limites da personalidade jurídica internacional do Estado e, portanto, passíveis de serem responsabilizadas por seus atos. Esta proposição é acorde às tendências jurisprudenciais da matéria, especialmente à decisão da Câmara dos Lordes britânica, relativa ao Caso Pinochet, de que imunidades funcionais só se aplicam à realização de atividades com fins inerentes à atuação do Estado, não se estendendo à prática de crimes internacionais.<sup>255</sup>

Em relação a seus efeitos, o instituto da desconsideração possibilita a limitação de seu escopo a determinados atos dentro da lide trazida ao Tribunal. Ele não ataca a validade destes atos e, muito menos, a constituição da pessoa jurídica estatal, apenas afastaria as regras internacionais previstas para os Estados nestas situações, permitindo que a pessoa física responda, no caso concreto, como se fosse por obrigação própria. Portanto ele não é a negação completa da soberania nem da personalidade jurídica do Estado. A desconsideração da personalidade jurídica do Estado enquanto sujeito de Direito Internacional permitiria que o Tribunal ignorasse apenas as prerrogativas soberanas utilizadas como forma de obstrução da justiça.

---

<sup>255</sup> BYERS, Michael, *op. cit.*, p. 179.

Neste ponto o instituto da desconsideração apresenta vantagens sobre as medidas usualmente aceitas em Direito Internacional para situações em que graves incidentes humanitários combinam-se com a não-cooperação estatal, como os embargos e o não reconhecimento de governo pela comunidade internacional. Durante um grave incidente humanitário, com inúmeras vítimas e refugiados, a aplicação da desconsideração sobre determinados atos de um governo que não coopera como forma de pressioná-lo a cooperar com o Tribunal, seria mais eficaz do que um isolamento imposto pela comunidade internacional. Deste modo evita-se o dilema de, com as sanções, fazer com que as vítimas paguem pelos atos de autoridades criminosas ou vinculadas aos criminosos.

A desconsideração da personalidade jurídica do Estado possibilitaria a responsabilização individual das autoridades responsáveis por atos de não-cooperação que possam ser considerados fraude ou abuso de direito. Seriam atingidas, com o instituto, somente as ações e as autoridades diretamente envolvidas com os atos de não-cooperação. Seria possível, assim, manter relações com os outros órgãos do Estado malfeitor no interesse das vítimas, enquanto não se reconhece os efeitos de normas jurídicas ou atos administrativos dos indivíduos responsabilizados, como nomeações, decretos, assinaturas de acordos de paz, anistias, vedações, etc... Por outro lado, a desconsideração permitiria sanções específicas para as autoridades responsabilizadas como o congelamento da movimentação de suas contas bancárias localizadas em instituições financeiras fora o Estado malfeitor, bem como o arresto de todos os seus bens com a possível reversão para fundo de apoio às vítimas e, mesmo, a sua não aceitação em encontros internacionais como representante do Estado malfeitor. Seria um canal eficiente de pressão internacional, pois isolaria apenas a autoridade, compelindo-a a cooperação ou enfraquecendo-a de forma que outros setores do governo ou da sociedade civil do Estado malfeitor venham a destituí-la.

Isto poderia ser feito de forma prévia ou independente de um indiciamento pelo cometimento de crimes internacionais. Não seria preciso juntar escorço probatório para determinar a culpa da autoridade, muitas vezes sucessora dos indivíduos acusados no governo, pelos crimes, mas apenas comprovar a existência do pressuposto para a desconsideração, que são atos de obstrução à justiça ou mesmo acobertamento de crimes internacionais. Nesse sentido, a desconsideração da personalidade jurídica do Estado pode ser entendida como uma concretização do princípio “*ex iniuria ius non oritur*” dentro da justiça internacional penal.

Último recurso do Tribunal Penal Internacional ante a injustiça do caso concreto, o instituto da desconsideração não ataca a validade do ato, mas, sim, sua eficácia. Os atos de não-cooperação do Estado podem ser formalmente válidos, normas elaboradas nos ditames do procedimento legislativo estatal, atos administrativos emanados de autoridade competente, recusa em pedido de cooperação através dos canais diplomáticos pertinentes. Não obstante, como foi visto, o ato ilícito internacional é uma noção autônoma, nos termos do artigo 3 do Projeto da Convenção sobre Responsabilidade dos Estados, portanto o ato formalmente válido para o Estado pode ser tido como ilícito pela comunidade internacional. Nos casos de não-cooperação que ensejariam a aplicação do instituto da desconsideração à ilicitude do ato não se encontra em sua estrutura, mas, sim, em sua finalidade, que constitui um desvio da personalidade jurídica do Estado.

Pierre-Marie Dupuy preleciona que, dentro do Direito Internacional, existe uma categoria de normas universais que não podem ser revogadas sob quaisquer circunstâncias, o *jus cogens*. Essas normas são o resultado de um costume reconhecido de longa data e são dotadas de uma autoridade particular, sendo, assim fontes de obrigações jurídicas “*erga omnes*”.<sup>256</sup> O não cometimento pelo Estado de graves violações aos direitos humanos, bem como sua prevenção e repressão fazem parte desse corpo de normas que, enquanto fonte de obrigações jurídicas, constitui-se em um limite para a manifestação da personalidade jurídica internacional do Estado. Um ato de não-cooperação estatal que atenda aos pressupostos do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, assim, pode ser formalmente válido, mas possuem finalidade estranha àquela que é prevista para sua personalidade internacional do Estado, autorizando o seu não reconhecimento (desconsideração) nos termos do instituto.

Quando se imagina um Estado que cometeu ou permitiu que se cometesse em seu território um crime como o genocídio e, posteriormente, mostrou-se incapaz ou omissivo no momento de processar e punir os culpados a grande questão que se apresenta - sob o ponto de vista dos fins do Estado enquanto instituição representante do poder político em um território - é quanto à legitimidade deste mesmo Estado invocar suas prerrogativas soberanas para impedir a ação da justiça internacional. Segundo a lição de Norberto Bobbio, o Estado não é um fim em si mesmo, porque o poder político tem natureza instrumental, ou seja, deverá

---

<sup>256</sup> DUPUY, Pierre-Marie. Normes Internationales Pénales et Droit Impératif (*Jus Cogens*) in ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel; PELLET Alain (Orgs.) **Droit International Penal**. Paris : A. Pedone, 2000, p. 71, 73 e 78.

sempre ser direcionado à consecução de valores, sob pena de tornar-se uma forma degenerada de exercício do poder.<sup>257</sup> Desta forma, o respeito à norma de jus cogens, relativa à prevenção e repressão dos mais graves crimes internacionais, vincula-se ao limite da legitimidade do exercício do poder soberano. Como um Estado que sofreu uma intervenção justamente por não ter conseguido garantir sua finalidade mínima enquanto poder político, que é a manutenção da ordem e segurança internas, pode invocar prerrogativas soberanas?<sup>258</sup> Acredita-se, nessas condições, que o poder soberano do Estado encontra seu limite quando seu exercício venha a se chocar contra a efetiva garantia dos direitos humanos pela atuação da justiça internacional.

Reconhece-se ao Estado o direito de não cooperar, nos termos do próprio Capítulo IX do Estatuto de Roma, desde que haja razão fundamentada para tanto. Contudo, a relativização de sua soberania, resultado da aplicação do princípio da complementaridade, não permite que o Estado simplesmente se negue a cumprir a requisição ou promova uma fraude para não cumpri-la. É fundamental, portanto, que se identifique os pressupostos para a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica: o abuso de direito e a fraude.

Abuso de direito é uma modalidade de abuso de forma jurídica. Quando um cidadão se insurge contra seu Estado, trata-se de um abuso de poder estatal. No Direito Internacional comumente utiliza-se a denominação abuso de competência, para aferir o descumprimento do Estado ao tratado que ratificou. Neste trabalho optou-se por usar o termo abuso de direito no tocante à utilização do instituto da desconsideração até este ponto para demonstrar que esse seu pressuposto pode ser cometido no contexto de uma relação jurídica de cooperação com o objetivo de se investigar ou dar andamento a um procedimento de justiça internacional penal.

Partindo-se do pressuposto de que a personalidade jurídica do Estado encontra limites em sua manifestação, é possível concluir pelo uso irregular ou anormal de um direito com o intuito de prejudicar a outrem, quando a autoridade estatal poderia vir a adotar outros meios no tocante à cooperação, escolhe aquele que é, direta ou indiretamente, mais danoso para as vítimas sem que seja o mais adequado ao interesse público.

O abuso de direito, nos termos expostos, é fato corriqueiro nas relações dos Tribunais Penais Internacionais. Vedação do acesso dos investigadores a locais aonde se encontram provas ou às próprias provas, proibição a indivíduos de testemunharem nos processos em andamento ou simplesmente não executar os mandados de prisão expedidos são atos de não-

---

<sup>257</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Brasília : UNB, 2000, p. 238.

<sup>258</sup> BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 244.

cooperação que comprometem a efetividade da justiça internacional. A sensação de impunidade e o cinismo das autoridades estatais chegam a extremos, como a indicação de Ahmad Harun, um dos principais acusados pelo genocídio em Darfur, como Ministro de Assuntos Humanitários e representante do governo sudanês na Comissão Internacional que a União Africana constituiu para tratar do caso de Darfur.<sup>259</sup> Com o instituto da desconsideração adotado (e um indiciamento secreto como já ocorreu no Tribunal para a Ex-Iugoslávia) sua imunidade funcional poderia ser ignorada e o mandado de prisão pendente executado durante uma das reuniões da Comissão. É oportuno lembrar que, no caso do Genocídio na Bósnia-Herzegovina, a Sérvia foi condenada pela Corte Internacional de Justiça porque suas autoridades mostraram-se refratárias em usar quaisquer de seus recursos para prevenir o genocídio em Srebrenica e executar os mandados de prisão contra seus responsáveis.<sup>260</sup>

A fraude, ação maliciosa com o objetivo de escamotear a verdade, contornar a aplicação de sanção ou furtar-se ao cumprimento do dever previsto em obrigação, no caso internacional, comporta uma observação: o vício de vontade na conduta adotada pela autoridade estatal, com o objetivo de atingir resultados incompatíveis com os fins previstos na cooperação judiciária aproxima este pressuposto das modalidades genéricas de invalidade de atos jurídicos. Durante o conflito do Kosovo, em 1999, as autoridades sérvias, ao invés de retirarem suas tropas daquele território conforme obrigação assumida de forma convencional, determinaram a pintura dos veículos e a troca de uniforme dos soldados para que, sob observação aérea, as forças armadas sérvias fossem identificadas como forças policiais locais e pudessem continuar operando no Kosovo.<sup>261</sup> A diferença é que a aparente licitude do ato em seu Direito interno não se confirma quando aplicado o instituto da desconsideração e responsabilizada individualmente a autoridade estatal pelo ato de embuste que realizou em sua qualidade de órgão do Estado.

Tomando por base esses pressupostos, é possível verificar a adequação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica aos princípios sistematizadores expostos por Rolf Serick. O primeiro princípio dispõe que, no caso de abuso de forma da pessoa jurídica, o juiz pode, a fim de impedir a realização de um fim ilícito, não respeitar tal forma, afastando-se,

<sup>259</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, **International Criminal Court Prosecutor tells Security Council Sudan's Government**. SC 9186, 05/12/2007. Informação obtida no endereço [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org) em 17/12/2007.

<sup>260</sup> MILANOVIC, Marko, **Follow Up**, *cit*, p. 688 e 689.

<sup>261</sup> BASS, Gary J. Milosevic in the Hague. **Foreign Affairs**. New York : vol. 82, n. 3, p. 89, may/jun 2003.

portanto do princípio da autonomia subjetiva da pessoa jurídica em relação a seu membro.<sup>262</sup> Consta-se, na aplicação do instituto na seara da cooperação judiciária internacional, o abuso de forma e o fim ilícito pretendido pelo indivíduo, conforme prescrito em seu primeiro princípio.

O segundo princípio para a aplicação do instituto afirma que não se pode desconhecer a autonomia subjetiva da pessoa jurídica só porque, de outra forma, não seria cumprida a obrigação jurídica.<sup>263</sup> Ou seja, a desconsideração não pode ser utilizada simplesmente como uma forma alternativa de forçar o cumprimento de uma obrigação jurídica porque isso equivaleria ao fim da autonomia da pessoa jurídica. Em relação ao Tribunal Penal Internacional, o instituto teria seu âmbito de atuação ainda mais delimitado do que aquele que originalmente lhe cabe em outras áreas do Direito. Seu âmbito de aplicação estaria delimitado pelo princípio do “*ex iniuria non oritur*” e pelas as condições prévias estabelecidas por Antonio Cassese como justificadoras de contra-medidas coercitivas sem autorização explícita do Conselho de Segurança. Estas condições são plenamente identificáveis na realidade: graves violações aos direitos humanos com a participação do Estado ou sem que este seja capaz de detê-las; o Conselho de Segurança paralisado pela discordância entre membros com direito a veto; esgotamento de outras vias e ação limitada ao exercício das funções inerentes ao Tribunal. Somam-se a elas a configuração do abuso do direito e ou da fraude nas relações de cooperação judiciária entre o Tribunal e o Estado. Deste modo, o instituto seria o último recurso do Tribunal Penal Internacional ante a magnitude dos crimes e a inação do Conselho de Segurança.

O terceiro princípio salienta que, mesmo as normas que disponham sobre atributos ou valores humanos, podem ter aplicação paralela em relação à pessoa jurídica, quando não exista contradição entre a finalidade destas normas e as funções da pessoa jurídica. Nestes termos, é possível fazer referência às pessoas físicas que agem através das pessoas jurídicas.<sup>264</sup> A experiência recente do identitarismo tem demonstrado que o governo da República Federal da Iugoslávia era um governo dos sérvios, enquanto o governo do Sudão, um governo dos muçulmanos, sendo possível a identificação normativa delineada por Serick.

---

<sup>262</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 289.

<sup>263</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 290.

<sup>264</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 292

O quarto e último princípio orienta que, se a única razão pela qual as partes de uma relação jurídica são consideradas distintas é a presença de pessoas jurídicas em seus pólos, é possível desconhecer a autonomia subjetiva das mesmas sempre que a norma exigir, em sua finalidade, uma diferença efetiva entre as partes e não somente jurídico formal. Tal se dá porque, se a autonomia não for desconsiderada, a norma acabará, de fato, sendo descumprida.<sup>265</sup> Historicamente os mais graves crimes internacionais, especialmente o genocídio, têm sido cometidos por atores não-estatais, configurando-se a responsabilidade estatal pela cumplicidade, incitação e, principalmente, pelo controle sobre essas entidades.<sup>266</sup>

A desconsideração da personalidade jurídica ou, mais especificamente, de alguma prerrogativa soberana estatal, seria realizada caso a caso através de procedimento jurisdicional próprio fundamentado na regulamentação do princípio da complementaridade dentro do Estatuto de Roma.

O instituto da desconsideração poderia ser inserido em um artigo dentro do Capítulo IX do Estatuto de Roma, dedicado à cooperação internacional através de uma das conferências periódicas de revisão do Estatuto pela Assembléia dos Estados Parte. Este artigo, fundamentado no princípio da complementaridade, autorizaria ao Promotor pedir a desconsideração da personalidade jurídica de um Estado que tenha um caso aceito para julgamento pelo tribunal e que não possa ou não queira realizar os atos necessários para o julgamento de um indivíduo acusado de crimes sob a competência do Estatuto, de forma a realizar atos do interesse da justiça internacional relativos ao caso.

Estes atos são os previstos no Capítulo IX do Estatuto como detenções, mandados de busca e apreensão, intimação de testemunhas, entre outros. Com a desconsideração, a função de polícia judiciária poderia ser desempenhada tanto pelo próprio Estado, pressionado e compelido a executá-la como forma de afastar a própria desconsideração, por força da ONU ou por terceiro Estado disposto a cooperar com o Tribunal.

O procedimento, o qual poderia ser previsto nas Regras de Procedimento e Prova do Tribunal, seria de iniciativa do Procurador perante a câmara ou o juiz encarregado de julgar o caso. O Procurador instruiria sua denúncia com as provas da não-cooperação bem como com os indícios de fraude e abuso de direito relativos ao ato de não-cooperação e indicaria qual o órgão público específico a ter seus atos administrativos desconsiderados em seus efeitos e qual

---

<sup>265</sup> SERICK, Rolf, *op. cit.*, p. 293.

<sup>266</sup> MILANOVIC, **Responsibility**, *cit.*, p. 575 e 576.

a autoridade a ser responsabilizada individualmente. O Estado seria intimado da denúncia e teria como defesa, em primeiro lugar, o cumprimento do requerimento e cooperação objeto do processo e, caso não o faça, um prazo para apresentar fundadas razões para não cooperar, considerando a obrigação em fazê-lo, nos termos do artigo 86 do Estatuto. Uma vez apresentada sua justificativa, o juiz nomearia uma comissão com representantes de Estados Parte interessados na questão para tentar dirimi-la na esfera diplomática enquanto as provas são produzidas e alegações são confrontadas, tendo todo o procedimento um prazo máximo pré-determinado. Findo este prazo sem composição nem cumprimento da requisição de cooperação o juiz decidiria se existiu ou não fraude ou abuso de direito por parte do Estado não cooperante, decidindo pela aplicação ou não da desconsideração da personalidade jurídica. Em caso positivo, o despacho teria dois efeitos: declarar a responsabilidade individual da autoridade diretamente ligada ao ato de não-cooperação, possibilitando, mas não determinando, à Procuradoria o oferecimento de denúncia por cumplicidade com o crime ou obstrução de justiça e criar, para todos os Estados Parte do Tribunal Internacional (ou se houver resolução do Conselho de Segurança que possa ser interpretada neste sentido para toda a comunidade internacional) a obrigação de pôr fim à situação legal de todas as formas que lhes forem possíveis, através da adoção de contra-medidas contra a autoridade responsabilizada (como, por exemplo, o arresto de seus bens e valores localizados nestes Estados). Essa obrigação se desdobraria na tomada de possíveis medidas que possam suprir a não-cooperação estatal, no sentido da realização do ato de cooperação requisitado, bem como a solicitação à ONU para que terceiras forças de segurança atuantes no território do Estado, caso existam, venham a realizar o ato de cooperação, se possível, mesmo que a revelia do Estado cuja personalidade jurídica foi desconsiderada no tocante a este ato. Afinal, a desconsideração das normas ou das ordens emanadas pelo Estado infrator com o intuito de não cooperar com o Tribunal permite retirar sua condição de atos de império. Não reconhecendo esta norma ou ordem como emanada de um Estado soberano, mas sim de um indivíduo agindo com abuso de direito ou cometendo uma fraude dentro da estrutura estatal, o Tribunal poderá requisitar a uma entidade atuante no território a realização de ato processual no interesse da justiça ou mesmo, se tiver condições, realiza-lo por si mesmo.

Em termos práticos os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica do Estado não são desconhecidos do Direito Internacional. O não reconhecimento das imunidades

estatais de indivíduos acusados de crimes internacionais e o não reconhecimento do governo de um Estado ou mesmo de um novo Estado são medidas com um efeito maior do que as pleiteadas neste trabalho, anulando toda a extensão da personalidade jurídica não considerada enquanto tal. No entanto, o não reconhecimento de governo ou de Estado é medida de ordem política fora do alcance de um tribunal, e os fundamentos atuais da desconsideração de imunidades não incluem atos de não-cooperação além desta medida ser muito restrita para as necessidades do Tribunal Penal Internacional.

A desconsideração da personalidade jurídica cria, dentro dos limites da não-cooperação, uma outra esfera de responsabilidade individual por atos cometidos dentro da estrutura do Estado, submetendo a autoridade que não coopera à responsabilização individual. Esta seria uma complementação natural do princípio da responsabilidade individual presente no chamado “Direito de Nurembergue”. Nos célebres julgamentos pós-segunda-guerra, esta complementação, com a extensão da responsabilidade aos casos de não-cooperação não foi necessária haja vista a ocupação de toda a área de conflito pelas forças aliadas.

Talvez o principal argumento em prol da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica contra Estados que se recusam a cooperar com o Tribunal Penal Internacional seja que este instituto não só é acorde como auxilia a concretizar o princípio da complementaridade. Este princípio é invocado tanto para o exercício do direito de assistência humanitária quanto para a atuação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. No entanto, uma vez iniciado o processo de assistência humanitária e, constatado o cometimento de crimes internacionais, instalada a jurisdição do Tribunal Penal Internacional surgem inúmeras dificuldades devido à falta de efetividade da ONU e do Tribunal Penal Internacional para cumprir seus desígnios. Essa falta de efetividade vem justamente do fato de que a jurisdição complementar não se traduz em medidas diretas de investigação e processamento dos criminosos. Com a desconsideração, o princípio da soberania, que já havia sido relativizado quando do exercício do direito à assistência humanitária e da instalação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, pode ser relativizado também no nível de execução das medidas. Em vista disso, a aplicação desse instituto na seara do Direito Internacional Penal pode ser de grande utilidade para melhorar a atuação do Tribunal Penal Internacional.

## CONCLUSÃO

No primeiro capítulo argumentou-se que as intervenções humanitárias e os tribunais penais internacionais estão vinculados ao processo de globalização e a formação de um novo paradigma para as relações internacionais por ele influenciado. Concluiu-se que a ação internacional em prol dos direitos humanos, seja ela através de uma intervenção humanitária ou de um tribunal internacional, necessita de maior independência frente à política externa dos Estados hegemônicos sob o risco de permanecer instrumentalizada por interesses a ela estranhos.

A busca pela independência de atuação durante as negociações que resultaram na adoção do Estatuto de Roma, entendida como um requisito para a imparcialidade do futuro tribunal, foi descrita no segundo capítulo. Nele intentou-se mostrar que o preço da independência para o Tribunal Penal Internacional foi a oposição de Estados que são membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU. Observou-se, ainda, que o modelo de cooperação previsto pelo Estatuto de Roma não provê ao Tribunal Penal Internacional os recursos necessários para a plena execução de sua função. Essa afirmação parece óbvia quando se constata que o modelo de cooperação do Tribunal é mais restrito do que o modelo de cooperação dos Tribunais “Ad Hoc” para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda, mesmo sendo patente que esses tribunais encontraram grandes dificuldades no terreno da cooperação judiciária.

No entanto, a insistência dos redatores do Estatuto de Roma em seguir um modelo de cooperação que deu mostras de sua insuficiência pode ser creditada ao fato de que durante a Conferência em que o documento foi redigido ainda buscava-se a concordância de Estados que posteriormente demonstraram grandes reservas em relação à própria existência do Tribunal. Assim, muitas concessões no texto do Estatuto com certeza foram feitas para

Estados que não se tornaram membros do Tribunal Penal Internacional. Além disso, a alternativa a repetir o modelo de cooperação já estabelecido na relação de cooperação judiciária entre Estados seria algo novo e de resultados incertos.

Desta forma, assim como em outros pontos do Estatuto de Roma, deixou-se o problema da insuficiência do modelo de cooperação para ser tratado depois que o Tribunal estivesse em funcionamento. Os redatores do Estatuto valeram-se, assim, da principal característica da nova instituição frente a seus predecessores: o seu caráter permanente. Ao contrário das intervenções humanitárias e dos Tribunais “Ad Hoc” cuja criação foi circunstancial e o mandato limitado, o novo Tribunal foi concebido para sobreviver às tragédias cujos responsáveis deverá julgar. É esse sentido de permanência que consagra o Tribunal como um marco fundamental para a proteção internacional dos direitos humanos e para o estabelecimento de um novo paradigma nas relações internacionais. É o seu caráter permanente, além disso, que estimula o estudo e a análise do Estatuto de Roma com o objetivo de se contribuir para a evolução de seus modelos normativos. Nesse sentido se propõe, com esta tese, a adoção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pelo Tribunal Penal Internacional. A desconsideração da personalidade jurídica é uma categoria de responsabilização a qual possibilita que se atinja personalidade jurídica do indivíduo quando nenhuma outra categoria seja capaz de fazê-lo.

A proposta teve início com a observação de que, despido da plenitude de sua soberania, um Estado define-se através da mesma figura conceitual – a pessoa jurídica – de uma sociedade empresária ou uma associação. Essa observação possibilitou indagar se um instituto aplicável originalmente à sociedade empresária pode ser generalizado a ponto de ser aplicável a uma outra categoria de pessoa jurídica. Neste mister a desconsideração da personalidade jurídica necessita, para ser aplicada, do contexto de um procedimento de natureza judiciária no qual se percebe o favorecimento indevido de um indivíduo ou grupo de indivíduos através da utilização das regras referentes à pessoa jurídica.

Dentro do Direito Internacional Público estas condições podem ser encontradas no exercício da jurisdição complementar pelo Tribunal Penal Internacional. Com base nas experiências dos tribunais que lhe antecederam e da própria trajetória pode-se dizer que, em certos casos, no decorrer de uma instrução probatória aprovada pela Câmara de Pré-Julgamento ou após a instalação de um processo crime, requerimentos de cooperação são

negados devido à falta de vontade de autoridades estatais em permitir que os responsáveis pelos crimes sejam levados a julgamento. Embora o princípio da complementaridade permita que se responsabilizem internacionalmente os acusados pelos crimes que cometeram, o modelo de cooperação do Estatuto de Roma não prevê nenhuma forma de se responsabilizar também as autoridades estatais que protegem os criminosos.

Isso ocorre porque os tribunais relacionam-se com esses Estados segundo os trâmites normais das regras de cooperação internacional, que são determinadas pela idéia da igualdade soberana entre os Estados. No entanto, como o relacionamento entre o Tribunal Penal Internacional e um Estado sob a atuação de sua jurisdição complementar é “*sui generis*”, no Direito Internacional são necessários institutos adequados que visem a compelir o Estado a cooperar com o tribunal, para que os mecanismos internacionais de garantia aos direitos humanos possam ter efetividade. Esses institutos devem, assim, ter como objeto a relativização, em certos casos, de prerrogativas soberanas. Não se pode pensar na eficácia da justiça internacional penal sem se conceber meios de limitação da soberania.

Desta forma, uma vez aberta uma investigação ou aceito um caso nos termos do princípio da complementaridade, o uso das prerrogativas soberanas unicamente com o fito de furtar os acusados à ação do Tribunal Penal Internacional constitui uma afronta à jurisdição complementar a qual o Estado está submetido por força de tratado ou de resolução do Conselho de Segurança. Neste trabalho, portanto, pretende-se propor o instituto da desconsideração da personalidade jurídica como uma forma de reprimir o uso indevido das prerrogativas soberanas estatais nos casos em que os atos de não-cooperação estatal sejam inconsistentes com o princípio da complementaridade.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem como requisitos para sua aplicação o abuso de direito e a fraude, como foi visto. Ambos os requisitos podem ser encontrados na História recente dos tribunais penais internacionais. O abuso de direito, conhecido no Direito Internacional como abuso de competência, possui tradicionalmente escassa relevância nas relações interestatais devido à possibilidade de o Estado ofendido retaliar o ofensor com a reciprocidade de tratamento. No entanto, configura-se claramente quando um Estado busca proteger um criminoso ou dificultar as investigações do Tribunal Penal Internacional através de reiterados atos de não-cooperação, mesmo que tente

justificar sua postura com base em artigo presente no Estatuto de Roma ou em sua condição de Estado soberano. É que, nos termos do princípio da complementaridade, o Estado soberano tem primazia de jurisdição perante o Tribunal Penal Internacional – e deste modo o direito de nega-la - desde que o acusado seja efetivamente levado a julgamento de forma imparcial. Ao agir de forma que garanta a impunidade daqueles que cometeram os mais graves crimes no entendimento da comunidade internacional, ainda que aparentemente embasado em justificativa jurídica, seu ato de não-cooperação constituirá em abuso de competência do Estado perante o Tribunal Penal Internacional, nos termos de obrigação formalmente assumida com a ratificação do Estatuto de Roma ou a ele imposta por resolução do Conselho de Segurança da ONU. Assim, atos de não-cooperação reiterados com base em alegações de risco à segurança ou interesse nacionais, ou ainda com base em tratados de paz assinados posteriormente ao pedido de cooperação ou leis internas que concedam anistia aos acusados, poderiam tornar-se motivos para a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Não se trata, como foi visto no Capítulo 3, de invalidade da norma por vício que lhe seja inerente, mas, sim, da negação de sua eficácia, devido ao uso de competência reconhecida ao Estado pela comunidade internacional de forma contrária às finalidades por ela estabelecidas para esta competência, de forma a frustrar o cumprimento de obrigação internacional previamente estabelecida. Do mesmo modo a fraude que, no Direito Privado, pode ser realizada contra a Lei ou contrato, é requisito para a aplicação do instituto quando realizada contra tratado – o Estatuto de Roma – ou resolução do Conselho de Segurança da ONU como, por exemplo, a realizada pela Iugoslávia de Milosevic para ludibriar a comunidade internacional, declarando que suas tropas haviam se retirado do Kosovo.

Nesse sentido, a desconsideração da personalidade jurídica poderia ser adotada pelo Direito Internacional Penal como uma forma de determinação da responsabilidade individual de autoridade pública por fraude ou abuso de direito nas relações de cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Assim existiria, para o Tribunal, a possibilidade jurídica da desconsideração de prerrogativas soberanas do Estado sob a intervenção da jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional em casos concretos onde esteja acontecendo uma conduta omissiva ou comissiva que impeça ou dificulte a investigação ou o julgamento de acusados de crimes sob a competência do Tribunal Penal Internacional.

Sendo o instituto passível de adoção dentro do Direito Internacional Penal afirmou-se sua adequação à Teoria da Responsabilidade Internacional do Estado por Atos Ilícitos. Existindo uma obrigação internacional firmada para um Estado, seu descumprimento ocasiona sua responsabilização perante o Direito Internacional. Essa responsabilização pode acarretar a adoção de contra-medidas defronte o Estado, adotadas com o intuito de fazê-lo cumprir a obrigação assumida e, quando possível, reparar o dano causado.

Independentemente do fato de que a obrigação de não cometer genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade tenha origem em norma de “jus cogens”, um Estado pode ser responsabilizado pelo descumprimento de sua obrigação de cooperar com o Tribunal Penal Internacional. Essa obrigação encontra-se literalmente disposta no artigo 86 do Estatuto de Roma. É certo que o documento também prevê casos em que é permitida a recusa à cooperação, porém, a invocação deste direito de recusar-se à cooperação não pode ser interpretada de maneira a garantir a impunidade de indivíduos suspeitos ou acusados dos crimes sob a competência do Tribunal, pois a instituição foi criada justamente para dar um fim à impunidade dos responsáveis por estes crimes. Caberá, destarte, ao Tribunal examinar, caso a caso, se a recusa à cooperação manifestada pelo Estado é um ato isolado ou faz parte de um padrão de conduta com o objetivo de garantir a impunidade pelos crimes sob sua competência.

Assim, se no curso de uma investigação aprovada pela Câmara de Pré-Julgamento ou de um processo em andamento, um Estado Parte do Tribunal - ou que esteja submetido à sua jurisdição - se negar à cooperação, de forma a furta um ou mais indivíduos da ação da justiça, seja negando a entrega, seja frustrando a instrução do processo, este poderá ser responsabilizado internacionalmente perante o Tribunal Penal Internacional. Mas esta responsabilização, atualmente, tem poucos efeitos práticos porque, nos termos do artigo 87 (7) do Estatuto de Roma, cabe ao Procurador apenas relatar o ato de não-cooperação à Assembléia dos Estados Parte e ao Conselho de Segurança, aguardando que este tome providências. Deve-se, aqui, apontar a inadequação do artigo 87 (7) do Estatuto de Roma.

O Tribunal Penal Internacional não é o braço judicial do Conselho de Segurança. Ao contrário dos Tribunais “Ad Hoc” da Ex-Iugoslávia e de Ruanda, o Tribunal não foi instituído e nem deve sua jurisdição àquele órgão. É aceitável que, por força do Capítulo VII da Carta da ONU, o Tribunal deva receber denúncias do Conselho de Segurança

mesmo referentes a Estados que não lhe sejam Parte, nos termos do artigo 13 do Estatuto de Roma. Sob a ótica da Segurança Coletiva discute-se o artigo 16 que prevê a possibilidade do Conselho de Segurança suspender o curso de um inquérito quando entender que este põe em risco a paz e a segurança internacional. No entanto é inadequado que uma organização com personalidade jurídica internacional própria deposite em um órgão de outra organização internacional os seus meios de reagir ao descumprimento de uma obrigação internacional que lhe diga respeito.

O Tribunal Penal Internacional não será verdadeiramente independente em sua atuação enquanto não for competente para tomar suas próprias contra-medidas nos casos de responsabilização de um Estado por atos de não-cooperação. Sua condição de organização internacional, todavia, limita grandemente o acesso às contra-medidas tradicionais, pensadas para serem executadas por Estados. Talvez o artigo 87 (7) seja um resquício da idéia original de uma corrente de Estados que ainda imaginava o Tribunal como um órgão judicial acessório do Conselho de Segurança da ONU. Constata-se que essa disposição do Capítulo IX do Estatuto, em seu espírito, não se coaduna com o Capítulo II do mesmo documento, o qual dispõe sobre o exercício da competência do Tribunal.

Porém, não se deve esquecer que o ato de não-cooperação em detrimento do Tribunal ocorre dentro de um procedimento judiciário e que isso abre a possibilidade de se adotar contra-medidas originárias dos meios de coerção presentes nos procedimentos judiciários. Sendo a jurisdição complementar do Tribunal sobre pessoas e não sobre Estados é natural que a natureza das contra-medidas recaia sobre alguma forma de responsabilização pessoal por ato do Estado, o que, aliás, é acorde com a característica definidora do Direito Internacional Penal: a responsabilidade individual.

Dentre as categorias de responsabilização pessoal destaca-se a desconsideração da personalidade jurídica, por permitir a responsabilização do indivíduo por atos que, não obstante formalmente válidos – se considerados pelo prisma da pessoa jurídica que os produziu – são contrários às finalidades que lhe são preconizadas pelo Direito Internacional. As relações internacionais de cooperação judiciária desenvolveram-se justamente para que a justiça pudesse concretizar-se também fora das fronteiras de cada Estado. Seu objetivo é impedir que os criminosos permaneçam impunes ao furtar-se da persecução criminal, não protege-los com a subversão das finalidades das regras existentes

por determinadas autoridades estatais. Nesse prisma, a aplicação do instituto da forma proposta está de acordo com o conceito de ato ilícito internacional enquanto categoria autônoma em relação à validade do ato do Estado, conforme o Projeto da Convenção sobre a Responsabilidade do Estado por Ato Ilícito. Essa idéia é corroborada pela decisão da Câmara dos Lordes britânica no Caso Pinochet, a qual dispôs no sentido de que as imunidades dos chefes de Estado, ainda que reconhecidas pela comunidade internacional, referem-se somente aos atos relativos às finalidades que são inerentes ao cargo, não se estendendo à prática de crimes internacionais.

Portanto, é possível afirmar que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica pode ser adotado dentro do Direito Internacional Penal, adequando-se, nesta seara, à Teoria da Responsabilidade dos Estados por Ato Ilícito, no tocante à responsabilização de uma autoridade estatal por atos de não-cooperação perante o Tribunal Penal Internacional. A aplicação do instituto, em primeiro lugar, teria como resultado o não reconhecimento da eficácia do ato de não-cooperação ou de suas conseqüências perante a comunidade internacional (no caso de denúncia originada em resolução do Conselho de Segurança da ONU) ou perante os Estados Parte do Tribunal Penal Internacional. Isso significaria, por exemplo, o não reconhecimento da eficácia jurídica de um tratado de paz que conceda anistia a indivíduo com mandado de prisão expedido ou ainda que preveja a interrupção da investigação dos crimes pelo Tribunal Penal Internacional, como no caso de Uganda no qual o governo oferece imunidade perante o Tribunal em troca de cessação das hostilidades com os rebeldes. Poderia significar, também, o não reconhecimento da nomeação de indivíduos indiciados pelo Tribunal para órgãos ou comissões de representação do Estado autor do ato de não-cooperação perante a comunidade internacional, como ocorreu quando o Sudão nomeou um dos indiciados com prisão decretada como seu representante na Comissão da União Africana encarregada de tratar do genocídio em Darfur.

Além do não reconhecimento dos efeitos diretos ou indiretos do ato de não-cooperação, quando entendido como um ato cometido com abuso de competência ou fraude, o instituto da desconsideração permite que se responsabilize internacionalmente o indivíduo pelo ato de não-cooperação do Estado. Como o Tribunal Penal Internacional possui jurisdição sobre pessoas, ele pode requerer à comunidade internacional que o indivíduo responda de todas as formas possíveis pelos danos causados devido ao

descumprimento da obrigação internacional que foi responsável. Dessa forma, com o instituto da desconsideração, o Tribunal pode criar, para toda a comunidade internacional ou para seus Estados Parte (de acordo com a origem da denúncia que provocou sua jurisdição complementar), a obrigação internacional de rastrear e seqüestrar todos os bens e valores do indivíduo responsabilizado submetidos à suas jurisdições. Se o ato de não-cooperação não for revertido tais bens poderão ser destinados ao Fundo de Apoio às Vítimas do Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal pode também, se entender conveniente, requerer à comunidade internacional que não se reconheça as credenciais do indivíduo responsabilizado em reuniões e conferências internacionais. O Presidente de Uganda, Yoseweri Museveni, por exemplo, reafirmou em reunião da Commonwealth no Reino Unido – que é um Estado Parte - sua decisão em não cumprir os requerimentos de cooperação do Tribunal. O Presidente Bashir, do Sudão, visitou a cidade de Roma (na qual o Estatuto foi redigido) reafirmando publicamente sua recusa a cumprir uma obrigação internacional apenas seis meses antes do pedido de seu indiciamento. A desconsideração criaria para Estados Parte do Tribunal a obrigação internacional de não reconhecer credenciais destes indivíduos de forma a puni-los pela impunidade que garantem aos criminosos de seus países.

Com o instituto da desconsideração, o Tribunal poderia criar a obrigação internacional para os Estados Parte ou para toda a comunidade internacional de não conceder visto de entrada ao indivíduo responsabilizado. Caso os Estados Parte não a cumprissem, o Tribunal poderia estabelecer como sanção a suspensão do direito de voz e voto nas deliberações da Assembléia Geral dos Estados Parte ou a vedação da indicação de nacionais para compor cargos da instituição, além da imposição de multas.

A desconsideração da personalidade jurídica apresenta, desse modo, uma vantagem sobre o regime de embargo internacional usualmente utilizado pelas organizações internacionais. Os embargos internacionais geralmente atingem indistintamente os agressores e as vítimas, além de serem grandemente desrespeitados devido à dificuldade em sua fiscalização. O embargo da venda de armas ao governo sudanês imposto pela ONU, por exemplo, é de difícil fiscalização e – considerando as provas juntadas pela Procuradoria – pouco efetivo. Como efeito prático, apenas deve ter aumentado os lucros dos fornecedores, os quais passaram a vender suas armas ao Sudão através de contrabando. A

desconsideração concentraria as sanções internacionais na pessoa do responsável pelo ato sancionado e seu cumprimento seria de fácil fiscalização. Essas medidas colaborariam no enfraquecimento político do indivíduo perante sua própria sociedade, além de lhe impor uma cota de sacrifício pessoal por sua transgressão. E, principalmente, não faria com que as vítimas pagassem conjuntamente pelos crimes de seus algozes.

Assim restaria ao indivíduo voltar atrás em sua decisão, buscando através de atos de cooperação reverter os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica. A desconsideração da personalidade jurídica do Estado para se responsabilizar internacionalmente um indivíduo por um ato de não-cooperação com o Tribunal Penal Internacional não se assemelha ao indiciamento de um indivíduo pela prática de crime internacional. Poderia ser revertida uma vez adimplida a obrigação que gerou a responsabilidade internacional. Além disso, indivíduos que não cometeram tais crimes, mas cujos atos colaboram de forma indireta para proteger os acusados, não podem ser objeto de indiciamento, mas poderiam ser objeto de desconsideração da personalidade jurídica do Estado. A responsabilidade internacional que lhes pesaria não possuiria necessariamente caráter civil ou penal, como foi visto, mas internacional. O instituto poderia ser aplicado em casos como os ocorridos na Ex-Iugoslávia, quando a geração de líderes que se seguiram àqueles que cometeram os crimes viram a cooperação com a justiça internacional penal como um instrumento de barganha na negociação para a obtenção de recursos e vantagens perante a comunidade internacional.

A desconsideração, contudo, não é empecilho para um indiciamento futuro, sendo, antes, mais um indício de culpabilidade que pode ser estabelecido previamente, com um esforço probatório reduzido, pois não se refere necessariamente a tipo penal. O instituto pode, assim, constituir-se em eficiente instrumento nas negociações diplomáticas carreadas pelo Tribunal.

Em conclusão, é possível interrogar-se se a adoção do instituto da desconsideração pelo Tribunal Penal Internacional não se constituiria em uma afronta inaceitável ao princípio da soberania. Na verdade a adoção do instituto pouco significaria para a concepção de soberania vivenciada no atual estágio das relações internacionais. Não se defende neste trabalho a aplicação do instituto da desconsideração em tese a qualquer Estado, mas apenas àqueles submetidos à atuação da jurisdição do Tribunal nos termos do

princípio da complementaridade. Esse princípio cria o poder e o dever do Tribunal Penal Internacional de investigar certos crimes e processar os acusados quando o Estado competente não o faz. Nos termos de uma competência delegada, o Tribunal efetivamente retira do Estado seu direito ao monopólio da persecução criminal com sua jurisdição complementar. Não se pode dizer que um Estado nessas circunstâncias esteja no pleno exercício de sua soberania, nem que sua condição seja idêntica aos demais Estados da comunidade internacional. A adoção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pelo Tribunal não seria mais do que o desdobramento do princípio da complementaridade no terreno da cooperação. Seria, nestes termos, um instrumento que possibilitaria a utilização de contra-medidas com o objetivo de compelir um Estado recalcitrante ao cumprimento de obrigação internacional previamente estabelecida.

Desde que o Conselho de Segurança da ONU entendeu que graves violações aos direitos humanos podem significar uma ameaça à paz e à segurança internacionais, autorizando as intervenções de caráter humanitário nos Estados onde elas estavam ocorrendo, os direitos humanos definitivamente deixaram de ser assunto de domínio reservado aos Estados e o princípio da soberania adquiriu novos contornos. Tal mudança de interpretação do Capítulo VII da Carta da ONU não foi causa, mas, sim, consequência de um processo histórico no qual as forças da globalização e as demandas identitárias formaram uma dicotomia que desafia a capacidade de atuação e a legitimidade do Estado Nação perante as sociedades que representam politicamente.

Portanto, é natural afirmar que as relações internacionais modificam-se em direção a um novo modelo de sua organização. Se não ocorrer nenhuma convulsão na comunidade internacional, como uma guerra de grandes proporções, é provável que esse novo modelo seja fundamentado nos postulados já presentes na Carta da ONU. Por isso, é provável que a dispersão do poder em outras esferas políticas além do Estado Nação se processe dentro do primado do Direito Internacional, conforme preconizado pela Carta.

Num contexto futuro, organizações como o Tribunal Penal Internacional poderão ocupar uma posição de maior destaque do que a ocupada atualmente. A capacidade de realizar a persecução penal aos maiores criminosos do planeta durante o andamento de seus crimes poderia tornar possível a realização do ideal de se estabelecer a paz através da justiça. Dentro de sociedades dilaceradas por crimes como o genocídio, uma paz que não

fosse o simples resultado da opressão do forte sobre o fraco, mas, sim, da afirmação de direitos fundamentais previamente estabelecidos e garantidos pela comunidade internacional, teria uma maior chance de tornar-se duradoura.

Ao contrário do que seria possível imaginar, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, caso adotado, poderia prestar uma contribuição do Estado, enquanto instituição política legítima. Permitiria que o Tribunal Penal Internacional diferenciasses, dentre as autoridades estatais da comunidade internacional, os representantes de um Estado daqueles que se comportam como membros de sua tribo ou fiéis de sua religião, ou ainda, as autoridades que se pautam pela legalidade daquelas que usam seus cargos para proteger criminosos. Concederia assim, aos juízes do Tribunal, a inédita oportunidade de, na qualidade de servidores da comunidade internacional, estabelecerem em que momento e por quais atos um Estado - ou uma parte de sua estrutura - deixa de ser entendido enquanto tal e pode ser visto como uma associação de fato entre malfeitores.

Este trabalho tem como objetivo dar uma pequena contribuição ao debate acerca dos meios de se aumentar os mecanismos de efetividade do Tribunal Penal Internacional. Nele defendeu-se a necessidade de uma maior independência das iniciativas relativas à proteção internacional dos direitos humanos em relação às políticas externas dos Estados hegemônicos. Tal independência poderia ser conquistada pela adoção de novos institutos jurídicos que atendessem à necessidade de maior efetividade das esferas de garantia aos direitos humanos. Em relação ao Tribunal Penal Internacional, essa necessidade é premente. Dentro da busca por mecanismos que garantam maior efetividade em suas relações de cooperação, a adoção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica poderia se tornar uma ferramenta útil.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O Direito de Assistência Humanitária**, São Paulo, 2001, Tese (Livre Docência) Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, São Paulo, 2001.

\_\_\_\_\_. A Institucionalização Internacional dos Direitos Humanos: conquistas e desafios. PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional**. São Paulo : Max Limonad, 2002. p. 638-652.

AMBOS, Kai. Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.) **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 25-61.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo : Cia. das Letras, 1989.

BASSIOUNI, M. Cherif. International Criminal Law and Human Rights in BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.) **International Criminal Law: Vol. 1 Crimes**. Transnational Publishers : Dobbs Ferry, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Brasília : UNB, 2000.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5452 de 1º de Maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Publicado no Diário Oficial da União de 09/08/1943.

BRASIL. **Decreto n. 19.841 de 22 de Outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas. Publicado no Diário Oficial da União de 31/12/1945.

BRASIL. **Lei n. 5172 de 25 de Outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Publicada no Diário Oficial da União de 27/10/1966.

BRASIL. **Lei n. 8884 de 11 de Junho de 1994** - Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União de 13/06/1994.

BRASIL. **Lei n. 9605 de 12 de Fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial de 13/02/1998.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Publicada no Diário Oficial da União em 11/01/2002.

BRASIL. **Decreto n. 4388 de 25 de Setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Publicado no Diário Oficial da União em 26/09/2002.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BUCHET, Antoine. Le Transfert devant les juridictions internationales *in* ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel; PELLET Alain (Orgs.) **Droit International Penal**. Paris : A. Pedone, 2000, p. 969-980.

BYERS, Michael. **A Lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado**. Rio de Janeiro : Record, 2007.

CASSESE, Antônio. Introdução. CASSESE, Antônio; DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Barueri : Manole, 2004, XV a XVIII.

\_\_\_\_\_. International Criminal Law *in* EVANS, Malcom D. **International Law**. Oxford University Press, 2004, p. 721-756.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial: Direito da Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo : Editora Saraiva, 1999.

DAVID, Eric. La Responsabilité de l'État pour absence de coopération *in* ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel; PELLET Alain (Orgs.) **Droit International Penal**. Paris : A. Pedone, 2000, p. 129-135.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 20ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DUPUY, Pierre-Marie. Normes Internationales Pénales et Droit Impératif (Jus Cogens) *in* ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel; PELLET Alain (Orgs.) **Droit International Penal**. Paris : A. Pedone, 2000, p. 71-80.

FARIA, José Eduardo. Introdução. FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas**. São Paulo : Malheiros, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo : Atlas, 2002.

GOUREVITCH, Philip. **Gostaríamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias: Histórias de Ruanda**. São Paulo : Cia. de Bolso, 2006.

HALL, Christopher Keith. The Role of the Permanent International Criminal Court in Prosecuting Genocide, Other Crimes Against Humanity and Serious Violations of

Humanitarian Law *in* GUDMUNDUR, Alfredsson; GRIMHEDEN, Jonas; BERTRAM, Ramcharan G.; ZAYAS, Alfred D. (Ed.) **International Human Rights Monitoring Mechanisms**. London : Kluwer Law International, 2001, p. 457 a 467.

HIZUME, Gabriella de Camargo. Breves Reflexões Acerca da Questão da Cooperação Jurídica no Tribunal Penal Internacional *in* MENEZES, Wagner (Coord.). **Estudos de Direito Internacional**: Anais do 5º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Vol. X. Curitiba : Juruá, 2007, p. 187-193.

HOBSBAWN, Eric. **A Era das Revoluções: 1789-1848**. São Paulo : Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. **A Era dos Extremos – O breve século XX: 1914 – 1991**. 2 ed. São Paulo : Cia. das Letras, 1998.

HUCK, Hermes Marcelo. **Da Guerra Justa à Guerra Econômica: Uma Revisão sobre o Uso da Força em Direito Internacional**. São Paulo : Saraiva, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.

KAUL, Hans Peter. A Corte Internacional Criminal: a luta pela sua instalação e seus escopos *in* CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 109-124.

KENNEDY, Paul. **Ascensão e Queda das Grandes Potências: transformação econômica e conflito militar de 1500 a 2000**. Rio de Janeiro : Campus, 1989.

KISSINGER, Henry. **Diplomacia**. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1999.

KREB, Claus. Penas, execução e cooperação no Estatuto para o Tribunal Penal Internacional. *in* CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 125-147.

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo : Malheiros, 1997, 22ª ed.

NUNES, Luiz Antônio Rizatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2003.

PATRIOTA, Antônio de Aguiar. **O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva**. Brasília : Instituto Rio Branco – Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

PELLET, Alain. Présentation de la 1<sup>a</sup> Partie. *in* ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (Orgs) **Droit International Penal**. Paris : A. Pedone, 2000. 83-89.

PICCO, Giandomenico. **Crossing the divide: dialogue among civilizations**. New York : Seton Hall University, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo : Max Limonad, 2002.

RAMOS, André Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira *in* CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 245 a 289.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo : Saraiva, 2007, vol 1.

SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. Cambridge : Cambridge University Press, 2001.

SERICK, Rolf. **Forma e Realtà della Persona Giuridica**. Milano : Giuffrè, 1966.

SICILIANOS, Linos-Alexandre. La Responsabilité de l'État pour absence de prévention et de repression des crimes internationaux. *in* ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel; PELLET Alain (Orgs.) **Droit International Penal**. Paris : A. Pedone, 2000, p. 115-128.

SUNGA, Lyal S. Competência "Ratione Materiae" da Corte Internacional Criminal. *in* CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 191-219.

UBÉDA, Muriel. L'Obligation de Coopérer avec les Juridictions Internationales *in* ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel; PELLET Alain (Orgs.) **Droit International Penal**. Paris : A. Pedone, 2000, p. 951-967.

## PERIÓDICOS

ALVIM, Theresa. Aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Processo Falimentar (PARECER). **Revista de Processo**, ano 22, p. 211-220, jul-set 1997.

ANDERSON, Scott. What I Did on My Summer Vacation. **Esquire Magazine**. Informação obtida no endereço [www.esquire.com](http://www.esquire.com) no dia 10/06/2008.

ARBOUR, Louise. The International Tribunals for Serious Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia and Rwanda. **McGill Law Journal**, n. 46, p. 195-201, 2000.

BASS, Gary J. Milosevic in the Hague. **Foreign Affairs**. New York : vol. 82, n. 3, p. 82-96, may/jun 2003.

BEDERMAN, David J. Counterintuiting Countermeasures. **The American Journal of International Law**, vol. 96, n. 4. p. 817-832, oct. 2002.

BURNIAT, Nicholas; APPLE, Betsy. Genocide in Darfur: Challenges and Opportunities for Action. **The ICC Monitor: Journal of the Coalition for the International Criminal Court**, Issue n° 37, p. 1, 10 e 11.

BRUBACHER, Matthew R. Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court. **Journal of International Criminal Justice**, vol. 1, n.2, p. 71-95, 2004.

BUSATO, Paulo César. Tribunal Penal Internacional e a expansão do Direito Penal. **Revista Direito e Sociedade**, n. 1, p. 154 a 167, jan./jun. 2001.

CASSESE, Antônio. Ex iniuria ius oritur: are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community? **European Journal of International Law**, vol. 10, p. 23-30, 1999.

\_\_\_\_\_. The Statute of the International Criminal Court: some preliminary reflections. **European Journal of International Law**, vol. 10, p. 144-171, 1999.

CARON, David D. The ILC Articles on State Responsibility: the paradoxical relationship between form and authority. **The American Journal of International Law**, vol. 36, n. 4, p.857-873, out. 2002.

CATHALA, Bruno. Exit Interview: Former ICC Registrar Bruno Cathala Reflects on his Legacy. **The ICC Monitor: Journal of the Coalition for the International Criminal Court**, Issue n° 36, p. 16.

CERONE, John P. Dynamic Equilibrium: The Evolution of US Attitudes toward International Criminal Court Tribunals. **European Journal of International Law**, vol. 18, n.2, p. 277-315, 2007.

CHELEBIAN, Brigitte. Key Challaenges in Defining the Crime of Agression. **The ICC Monitor: Journal of the Coalition for the International Criminal Court**, Issue n° 36, p. 18.

CIAMPI, Annalisa. Sull'applicazione della teoria dei poteri impliciti da parte del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia. **Rivista di Diritto Internazionale**. Milano. v.81. n.1. p.130-146, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. Pessoa Jurídica: conceito e desconsideração. **Justitia**, 49 (137), p. 63-85, jan-mar 1987.

CONSIGLI, José Alejandro; VALLADARES, Gabriel Pablo. Los tribunales internacionales para ex Yugoslavia y Ruanda, precursores necesarios de la Corte Penal Internacional. **Revista Jurídica de Buenos Aires**, n. 1/2, p.55-82, 1998.

CRAWFORD, James. The ILC's Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: A Retrospect. **American Journal of International Law**, Vol. 96, n. 41, p. 874-890, set. 2002.

DALLAIRE, Romeo; MANOCHA, Kichan; DEGNARAIN, Nishan. The Major Powers on Trial. **Journal of International Criminal Justice**, n. 3, p. 861-878, 2005.

DONINI, Antonio; MINEAR, Larry; WALKER, Peter. The Future of Humanitarian Action: Mapping the Implications of Iraq and other Recent Crises. **Disasters**, 28 (2), p. 190-204, 2004.

FORLATI, Serena. La sentenza della Corte internazionale di giustizia in merito alla richiesta di revisione della pronuncia sulla giurisdizione resa fra Bosnia e Jugoslavia. **Rivista di Diritto Internazionale**. Milano. v.86. n.2. p.426-48. apr./giug. 2003.

FRIGERI, Márcia Regina. A Responsabilidade dos Sócios e Administradores e a Desconsideração da Pessoa Jurídica. **Revista dos Tribunais**, Ano 86, v. 739, p. 53-69, maio de 1997.

GASPARINI, Diógenes. Desconsideração Administrativa da Pessoa Jurídica. **Revista JML**, Ano I, n.2, p. 3-17, mar 2007.

GIARETA, Gerci. Teoria da Despersonalização da Pessoa Jurídica ("Disregard Doctrine"). **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, Ano 13, p. 7-22, abril/junho de 1989.

GLASSBOROW, Katy; ADAM, Tajeldim. Darfuris Rail Against Possible Rebel Indictment, **Institute for War and Peace Reporting: ICC Update** n. 195.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Desconsideração da Personalidade Jurídica. **Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial**, ano 12, n. 46, p. 27 a 49, out-dez 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo Penal Transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. **Revista Forense**, Vol. 331, p. 3-37, jul-set, 1995.

GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. **Revista da EMERJ**, vol. 7, n. 25, p. 229-243, 2004.

HENTSCHEL, Guilherme Russomano. Disregard – Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica – Aplicação nos Vários Campos do Direito. **Revista da Faculdade de Direito de Pelotas**, v. 40, n.16, p. 405-417, julho de 1999.

JENNINGS, Simon. Should ICTY Probe Karadzic Immunity Deal Claims? **Institute for War and Peace Reporting**. ICTY – Tribunal Update, n° 569.

KELSEN, Hans. Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? **International Law Quarterly**, vol. 1, p. 153-171, 1947.

KHEILTASH, Golzar. New U.S. Legislation: a strong step toward accountability for genocide. **The ICC Monitor**: Journal of the Coalition for the International Criminal Court, n° 36, p. 28.

KOZYRIS, P. J. Evolution and Perspectives of Corporate Law (Book Review). **The American Journal of Comparative Law**, vol. 19, p. 127-133, 1971.

LAMONY, Stephen Artur. Peace and Justice in Uganda. **The ICC Monitor**, n.33, p.11.

LATTANZI, Flavia. La primazia del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia sulle giurisdizioni interne. **Rivista di Diritto Internazionale**. Milano. v.79. n.3. p.597-619. 1996.

MACFARLANE, Neil S.; THIELKING, Carolin J.; WEISS, Thomas G. The Responsibility to Protect: is anyone interested in humanitarian intervention? **Third World Quarterly**, 25:5, p. 977-992, 2004.

MELLO, Valérie de Campos. Globalização, regionalismo e ordem internacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 42 (1), p. 157-181, 1999.

MELVERN, Linda. The Security Council in the Face of the Genocide. **Journal of International Criminal Justice**, n. 3, p. 847-860, 2005.

MERKE, Federico. Reconsidering Westphalia: contending perspectives on the future of the nation-state. **Cena Internacional**, Ano 4, n. 1, p.104-119, jul/2002.

MILANOVIC, Marko. State Responsibility for Genocide. **European Journal of International Law**, vol. 17, n. 3, p. 553-604, 2006.

\_\_\_\_\_. State Responsibility for Genocide: a follow up. **European Journal of International Law**, vol. 18, n. 4, p. 669-694, 2007.

MILLER, Sandra K. Piercing the Corporate Veil among Affiliated Companies in the European Community And In The U.S.: A Comparative Analysis of U.S., German, and U.K. Veilpiercing Approaches, **American Business Law Journal**, vol. 36, p.73-149, Fall '98.

MIRANDA, Jorge. A incorporação ao Direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista CEJ**, n. 11, p. 23-26, maio./ago. 2000.

NSEREKO, Daniel D. Genocidal conflict in Rwanda and the ICTR. **Netherlands International Law Review**. Hague. vol. 48, n.1. p.31-65, 2001.

OKINO, Patrick; EGADU, Samuel; EICHSTAEDT, Peter. Kampala Running out of patience with Kony **Institute for War and Peace Reporting**. ICC Update, n. 195.

OOSTERVELD, Valerie; PERRY, Mike; McManus, John. The Cooperation of States with the International Criminal Court. **Fordham International Law Journal**, vol. 25, n. 3, p. 767-839, mar 2002.

PACE, William. In Rome, 120 Countries Committed to Ending Impunity. **The ICC Monitor: Journal of the Coalition for the International Criminal Court**, Issue n° 36, p. 1

PACE, William. Bemba Case Highlights Prosecutor Resolve to Address Violence Against Women and Ensure Effective Cooperation. **The ICC Monitor: Journal of the Coalition for the International Criminal Court**, Issue n° 37, p. 10.

PACE, William. Situations under Analysis. **The ICC Monitor: Journal of the Coalition for the International Criminal Court**, Issue n° 37, p. 8 e 9.

PAULUS, Andreas L. The legalist groundwork of the International Criminal Court: commentaries on the Statute of the International Criminal Court. **The European Journal of International Law**, vol. 14, n. 4, p. 843-860, 2003.

PENROSE, Mary Margaret. Lest we fail: the importance of enforcement in international criminal law. **American University International Law Review**. Washington D.C. vol.15, n.2. p.321-94. 1999.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. O princípio da complementaridade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea. **Revista Política Externa**, vol.8, n. 4, p. 3-11, mar/maio 2000.

PFESTCH, Frank Richard. Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de Direito na era da globalização, in **Revista Brasileira de Política Internacional**, n. 41, volume 2, p.102-117, 1998.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine). **Revista dos Tribunais**, Ano 91, vol. 803, p. 751-764, set. 2002.

ROKNIC, Aleksandar. Serbia Finally "Willing" To Catch Fugitives. **Institute for War and Peace Reporting** ICTY – Tribunal Update, n° 580.

SABÓIA, Gilberto Vergne. A Criação do Tribunal Penal Internacional. **Revista CEJ**, n. 11, p. 6-13, maio/ago. 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 39, p. 105-124, 1997.

SCHABAS, William A. United States Hostility to the International Criminal Court: It's All About the Security Council. **European Journal of International Law**, vol. 15, p. 701-720, 1999.

SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da Personalidade Jurídica: limites para sua aplicação. **Revista dos Tribunais**, Ano 89, v. 780, p. 47-58, out. 2000.

SIMONS, Marlise. Tribunal in The Hague Finds Bosnian Serb Guilty of Genocide. **The New York Times on the Web**, August 3, 2001. Informação obtida no sítio <www.nytimes.com> no dia 03/08/2001.

STEINER, Sylvia. Tribunal Penal Internacional: a proteção dos direitos humanos no século XXI, **Revista do Advogado**, n. 67, p. 71-80, 2002.

STOMPOR, John. High Expectations for ICC Investigation Despite Worsening Situation in Darfur. **The ICC Monitor**, n. 33, p. 12.

SZTAJN, Rachel. Sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica. **Revista dos Tribunais**, ano 88, v. 762, p. 81-97, abr 1999.

TAVARES, Anna Rita. Desconsideração da Pessoa Jurídica em Matéria Licitatória (PARECER). **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 25, p. 107-121, 1999.

TEIXEIRA, Duda. O Assassino que Virou Guru. **Revista Veja**, edição 2071, ano 41, n. 30, 30 de julho de 2008, p. 88.

UDOMBANA, Nsongurua J. When Neutrality is a Sin: The Darfur Crisis and the Crisis of Humanitarian Intervention in Sudan. **Human Rights Quarterly**, n. 27, p. 1149-1199, 2005.

VIERUCCI, Luisa. Gli emendamenti al regolamento di procedura del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia. **Rivista di Diritto Internazionale**, Milano, v.79. n.1. p.71-92, 1996.

ZAPALLÀ, Salvatore. The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and article 98 agreements. **Journal of International Criminal Justice**, v.1, n.1, p. 114-134, 2002.

ZHOU, Han-Ru. The Enforcement of Arrest Warrants by the International Forces: from the ICTY to the ICC. **Journal of International Criminal Justice**, vol. 4, p. 202-218, 2006.

WEISSMAN, Fabrice. Humanitarian Action and Military Intervention: Temptations and Possibilities. **Disasters**, 28 (2), 205-215, 2004.

WORMSER, Maurice. Piercing the Veil of Corporate Entity, **Columbia Law Review**, vol. 12, p. 496-518, 1912.

## OUTRAS FONTES DE PESQUISA

AEGIS TRUST. **Wanted for war crimes.** Informação obtida no endereço [www.wantedofwarcrimes.org](http://www.wantedofwarcrimes.org) no dia 05/09/2008.

COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Crime of aggression** Informação obtida no endereço <http://www.iccnw.org/?mod=aggression>, no dia 19/09/2008.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Ratification Status.** Informação obtida no endereço eletrônico <http://www.icc-cpi.int/home.html> no dia 06/12/2008.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT – PRESS RELEASE. **Pre-Trial Chamber I requests additional information in relation to the application for a warrant of arrest for three rebel commanders in Darfur.** ICC-CPI-20081210-PR381-ENG. Informação obtida no endereço <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/455.html> no dia 16 de Dezembro de 2008.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT – OTP PRESS RELEASE. **ICC Prosecutor: States must gear up for arrests.** ICC-OTP-20081203-PR379\_Eng. Informação obtida no endereço <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/455.html> no dia 16 de Dezembro de 2008.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - THE OFFICE OF THE PROSECUTOR. **Prosecutor calls for renewed efforts to arrest LRA leader Kony in wake of new attacks,** ICC-OTP-20081006-PR359-ENG, informação obtida no endereço [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int) no dia 16/12/2008.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - THE OFFICE OF THE PROSECUTOR. **Statement to the United Nations Security Council on the situation in Darfur, the Sudan, pursuant to UNSCR 1593 (2005).**

ICISS. **The Responsibility to Protect,** disponível em [www.iciss.ca/pdf/Comission-Report.pdf](http://www.iciss.ca/pdf/Comission-Report.pdf), acesso em 05/01/2008.

ICISS. **Responsability to Protect and UN Reform.** Disponível em <http://www.iciss.ca/unreform-en.asp>, acesso em 06/01/08.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. **Detention of suspects and convicted persons.** Informação obtida no endereço <http://69.94.11.53/default.htm> no dia 18/12/2008.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** Informação obtida no endereço [www.un.org/law/ilc/](http://www.un.org/law/ilc/), no dia 10/06/2008.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES (CONSULTORIA JURÍDICA). **Boletim Informativo**, Ano I, nº 3, fevereiro/março de 2008.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. **International Criminal Court Prosecutor tells Security Council Sudan's Government**. SC 9186, 05/12/07. Informação obtida no endereço [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org) em 17/12/2007.