

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL PARA ALÉM DAS JURISDIÇÕES INTERNAS¹

Marélen Kellen Soares Lopes²

RESUMO

O presente artigo tem como escopo a análise do principal meio de persecução criminal no âmbito do Direito Internacional – o Tribunal Penal Internacional – colocando-se em voga a sua natureza seletiva e pouco independente do jogo de forças do sistema internacional político. Para tanto, analisar-se-á os fundamentos para a criação do Estatuto de Roma, tratado internacional que institui o Tribunal Penal Internacional. Passo seguinte, também será objeto de estudo a seletividade penal a partir da criminologia crítica, a qual corresponde ao paradigma epistemológico em que este artigo está centrado. Finalmente, considerando a problemática exposta, pretende-se demonstrar que a seletividade estrutural de qualquer sistema punitivo também é verificável na persecução internacional penal.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional, Seletividade Penal, Direitos Humanos, Criminologia crítica.

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de resistência: “recusamo-nos a crer no "fim na história" e no esgotamento da imaginação, o que nos levaria a acreditar na impossibilidade de renovação das nossas sociedades”³. Esta frase escrita pelo sociólogo de origem angolano-portuguesa, Daniel dos Santos, abarca sobremaneira o tom que permeia desde a escolha do presente tema de pesquisa até as inquietações que dela espera-se que restem. Desse modo, ao não nos contentarmos com as respostas que encerram discussões, também não nos contentamos com a ideia de que o Tribunal Penal Internacional (TPI) acabará com o “mal” da humanidade. Pelo contrário.

¹ Artigo elaborado a partir do Trabalho de Conclusão apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelos professores: Gustavo Oliveira de Lima Pereira (orientador), Augusto Jobim do Amaral e Rogério Maia Garcia, em 26 de novembro de 2015.

² Acadêmica de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: marenlopes@gmail.com.

³ SANTOS, Daniel dos. Por uma outra justiça: direito penal, estado e sociedade. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, n. 23, nov. 2004, p. 127-139.

Como se procurará evidenciar, o papel preventivo do TPI é inócuo e o Tribunal não é um caminho necessário ao fim dos crimes de massa.

Com efeito, muito festejado no âmbito do Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, o Tribunal Penal Internacional surge com o ideal de implementar os preceitos penais da anterioridade e legalidade. Dessa forma, a criação da Corte representou uma imensa evolução, ao acabar com os Tribunais de Exceção, como o de Nuremberg e de Tóquio, bem como os tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda, apenas para citar os principais.

Ao Tribunal Penal Internacional compete processar e julgar os crimes de guerra, de agressão, de genocídio e contra a humanidade, como estabelecido em seu preâmbulo. Ademais, tem como objetivo contribuir com o término da impunidade dos autores desses delitos e assim, conseqüentemente, auxiliar na sua prevenção. Dessa maneira, por atender aos princípios básicos de direito penal e por ser mais um mecanismo de proteção global dos direitos humanos, o Tribunal Penal Internacional revela sua importância.

O “maravilhoso mundo do direito penal”, trasladado a nível global, possui o mesmo discurso de dar segurança aos indivíduos e evitar as impunidades, mas que, em verdade, apenas desencoraja tentativas de melhorias, ao passar a ideia de que se está protegido internacionalmente, enquanto os próprios financiadores do sistema afrontam (i)legitimamente seu próprio discurso. Nesse sentido, há um evidente descompasso entre o discurso declarado e aquilo que se tem numa perspectiva real.

Nesse panorama, a criminologia crítica surge no presente trabalho com o fito de esclarecer como se desenvolvem os processos de criminalização que fulminam na seletividade do direito penal. De acordo com Eugênio Raul Zaffaroni, a realidade operacional do sistema punitivo jamais poderá adequar-se de fato ao discurso jurídico-penal. Para o autor, todos os sistemas penais apresentam características que lhe são estruturais, isto é, marcas de sua essência que não podem ser suprimidas sem a supressão do próprio sistema. Uma desses signos é a seletividade com que opera⁴.

Isso explica porque, decorrido pouco mais de dez anos da entrada em vigor do Estatuto de Roma, em julho de 2002, apesar do discurso de independência, o exercício da jurisdição pela Corte mostra-se seletivo. Essa forma de atuação é, pois, substrato de toda e qualquer operacionalização da atividade punitiva e não mera obra da casualidade. Sob esse

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penal perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 4ª ed, 1999. p. 15.

prisma, portanto, não há evidências razoáveis para que se acredite que a sistemática penal internacional conseguirá atuar de uma forma menos desigual.

Em sua primeira década de operação o TPI atuou quase que exclusivamente sobre indivíduos de origens africanas, mesmo diante de situações semelhantes ocorridas em outros lugares do mundo. Nesse sentido, a África pareceu servir de campo de experimentação a uma Corte até então incipiente.

Há vista disso, embora não se pretenda encontrar respostas definitivas ou até mesmo esgotar as problemáticas que circundam a criação do Tribunal Penal Internacional, busca-se aprofundar a reflexão acerca do nosso estágio atual, bem como até que ponto a instituição da Corte é interessante à efetividade da proteção dos Direitos Humanos.

Como já mencionado, não se nega a relevância da instituição do Tribunal para a consolidação das estruturas globais de proteção aos Direitos Humanos, mas, sim, questiona-se até que ponto o direito internacional penal não repete, num âmbito supraestatal, as experiências seletivas e preconceituosas observadas nas demais jurisdições nacionais. Busca-se entender por que as promessas de uma proteção global de direitos humanos acabam como meras repetidoras das mazelas jurisdicionais internas.

Assim, uma vez que a sistemática internacional penal se mostra inadequada, ao ir de encontro aos ideais do discurso de resistência dos direitos humanos, entende-se que uma leitura crítica e transdisciplinar, que aponte as falhas da vigente organização e operacionalização do Tribunal Penal Internacional, configura medida de elevada importância.

2. O ESTATUTO DE ROMA E A “NECESSIDADE” DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Estatuto de Roma teve inegavelmente um grande impacto no âmbito do direito internacional. A uma, porque codificou o direito internacional penal, sistematizando os princípios gerais aplicáveis aos casos de sua competência; a duas, porque estabeleceu como se desenvolve o processo dos crimes em seu texto previstos. Dessa maneira, como bem observa Hans-Jörg Behrens: “pela primeira vez, os grandes sistemas legais do mundo foram convidados a estabelecer um código de processo que seja aceitável por todos eles”⁵.

Nesse sentido, destaca-se que o Estatuto criador do Tribunal Penal Internacional foi aprovado por 120 votos a favor e 7 votos contra, entre estes Estados Unidos e China, além de

⁵ BEHRENS, Hans-Jörg. Investigação, Julgamento e Recurso. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 63.

21 abstenções, nas quais inclui-se a Índia. Essas, assinala-se, foram as principais ausências do Estatuto, por se tratarem de países populosos, e que somadas suas populações fazem com que grande parcela da população mundial fique de fora do alcance direto do Tribunal⁶. Mesmo com essas significativas ausências o Estatuto de Roma entrou em vigor em 1º de julho de 2002, após a ratificação de 60 nações⁷.

O Tribunal Penal Internacional é regido pelo princípio da complementariedade. Nesse sentido, somente poderá agir quando esgotadas ou falhadas as vias internas. Em outras palavras, de acordo com Sylvia Helena Steiner, para que o Tribunal possa exercer sua competência exige-se uma série de requisitos atinentes à admissibilidade, centrados especialmente na questão referente ao esgotamento dos recursos internos⁸.

No entanto, prevê o Estatuto de Roma, em seu artigo 17, uma espécie de ressalva ao princípio da complementariedade. Nesse caso, poderá a Corte admitir um processo de sua competência mesmo que haja ação idêntica tramitando perante a Justiça interna de Estado-Soberano. Essa previsão somente se justifica se entender o Tribunal que o julgamento interno se desenvolve com o fito de garantir a impunidade do criminoso.

Assim, afastam a aplicação do princípio da complementariedade as seguintes hipóteses: a) o processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; b) ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça; c) o processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça⁹.

Quanto ainda à matéria competência do Tribunal Penal Internacional, vale destacar que, de acordo com o preâmbulo do Estatuto de Roma, a Corte possui competência sobre os crimes mais graves de transcendência para a comunidade internacional em seu conjunto. Em

⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 06.

⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. About the Court.. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/about%20the%20court/Pages/about%20the%20court.aspx>. Acesso em 31 maio 2015.

⁸ STEINER, Sylvia Helena F., Tribunal Penal Internacional. *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*. v. 3, fev. 2012, p. 1029.

⁹ BRASIL. *Decreto nº 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 10 out. 2015.

seu artigo 5º, encontram-se previstos os seguintes delitos: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

Não bastasse a previsão de competência para os crimes acima elencados, a necessidade de criação de uma Corte Penal Internacional Permanente, segundo identificou-se na doutrina, possui como principais justificativas os fundamentos que seguem:

- a) Direcionamento da pena aos indivíduos, visando a acabar com impunidade;
- b) O TPI serviria como mecanismo de prevenção de novos crimes de massa;
- c) Consagração dos princípios básicos de direito penal com o fim dos tribunais específicos;
- d) O TPI, porquanto permanente, é mais viável economicamente, já que os Tribunais específicos geram um ônus excessivo ao sistema das Nações Unidas;
- e) O TPI pode evitar uma aplicação caótica do princípio universal.

O primeiro argumento acima listado diz respeito ao direcionamento da pena aos indivíduos, a fim de se evitar a condenação apenas dos Estados enquanto entes abstratos, e que acabava por gerar condenações inócuas dada a soberania a que estão submetidas tais entidades. Dessa maneira, o Tribunal Penal Internacional é concebido para julgar e punir indivíduos, não Estados.

Além disso, no Estatuto de Roma, a responsabilidade criminal pessoal está prevista no artigo 25 do regulamento. Essa responsabilidade individual por crimes de massa vem desde Nuremberg. Foi à época do Tribunal alemão, de acordo com William A. Schabas, que restou estabelecido que: “crimes contra o direito internacional são cometidos por homens, não por entidades abstratas, e apenas punindo os indivíduos que cometeram tais crimes poderão as leis internacionais serem respeitadas”¹⁰.

De posse dos ensinamentos de Joannisval Gonçalves, cabe-nos ilustrar que a implementação do TPI criou de forma inédita uma espécie de obrigação global positivada para que os indivíduos respeitem a lei internacional. E, ainda segundo o mesmo autor, diferentemente dos tribunais *ad hoc* anteriores, a jurisdição do TPI, a partir de sua criação, não se limita geográfica ou cronologicamente¹¹.

Até a inauguração da Corte, a comunidade internacional só dispunha de sanções diplomáticas, como imposição de embargos ou, em última análise, intervenções militares. No

¹⁰ SCHABAS, William A. Princípios Gerais de Direito Penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 163.

¹¹ GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 251.

entanto, tais embaraços acabavam afetando muito mais a comunidade civil local do que os governantes em si. Nesse sentido, afirma Gonçalves¹²: “daí por que o direcionamento mais preciso das sanções tornaria o direito penal internacional mais justo e efetivo”.

Com um Tribunal Permanente as populações deixariam de ser punidas por crimes cometidos por alguns indivíduos, ao menos é esse um dos principais objetivos da corte. Outrossim, com a atribuição da culpa apenas a sujeitos particularizados o Tribunal visa a evitar a estigmatização de comunidades inteiras, como, por exemplo, a ‘cláusula de culpa de guerra’, prevista no Tratado de Versalhes, que responsabilizou os alemães pela I Guerra Mundial¹³.

Sobre o tema, vale ainda assinalar que o fim da impunidade aos massacradores é um dever de todo o Estado soberano, porquanto o TPI somente atua de forma complementar às jurisdições internas. Sob esta perspectiva, o princípio da complementariedade pode representar tanto um obstáculo como uma ferramenta útil ao fim da impunidade dos massacradores.

Uma das justificativas para o TPI atuar sobre nações mais fracas politicamente, especialmente, as africanas, é um efeito indireto do princípio da complementariedade. Nesse sentido, nações mais desenvolvidas, com um sistema judiciário forte, estariam mais suscetíveis, de plano, a julgar seus próprios criminosos.

Pois bem, ao analisar-se essa justificativa, nota-se que ela se mostra teoricamente fraca, na medida em que os criminosos a que se pretende levar a julgamento no TPI são, de regra, membros de grande poder nos Estados, sendo assim, as jurisdições internas não têm força suficiente para levar a cabo julgamentos de seus mais altos representantes, pelo menos não enquanto estes estiverem investidos desse poderio. Consoante entendimento exarado por Eugenio Raul Zaffaroni:

Os agentes de poder que se serviram deles lhes retiram a proteção quando não lhes são úteis – ou quando os contaminam – e os entregam ao poder punitivo. Nesses casos, o preso VIP não chega a essa situação por causa de lutas com o poder, mas sim porque deixou de ser funcional ao poder, ou mesmo se tornou disfuncional. Porém, isso acontece quando ele já não pode exercer nenhum poder, do modo que nem sequer neste caso se trata do exercício do poder político de dimensões consideráveis¹⁴.

¹² GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 252.

¹³ MEGRET, Frederic. Practices of stigmatization. *Law and Contemporary Problems*. 2013. Disponível em <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA364437499&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=4b7b8b2614dd45bef7b8a71595504de2>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 422.

O mesmo vale para as nações de menor expressão política. Entretanto, por outro lado, não deixa de ser verdade que os países com um sistema judicial mais ineficaz tendem a levar seus genocidas (desvestidos do poder) a julgamento perante a Corte, exatamente, por desconfiarem da prestação jurisdicional fornecida em seu território. Isso, talvez, elucidie o fato pelo qual, das oito situações levadas ao Tribunal, quatro tenham sido referidas pelos próprios Estados-parte, como são os casos de Uganda, República Democrática do Congo¹⁵, República Centro-Africana e Mali¹⁶.

De outra banda, o princípio da complementariedade influenciou positivamente em muitos ordenamentos jurídicos. De fato, com a criação do TPI, muitos Estados passaram a adequar sua legislação interna a fim de contribuir com o Tribunal, auxiliando para o término da cultura de impunidade a esses delitos.

De acordo com Luis Moreno Ocampo, ex-Procurador-chefe que atuou junto ao TPI, as disposições do Estatuto de Roma influenciaram, por exemplo, a legislação da Colômbia no procedimento contra as forças paramilitares em seu território. Afora o exemplo colombiano, uma das conquistas mais interessantes do Estatuto foi a influência sobre os exércitos por todo o mundo. Segundo Moreno Ocampo, os exércitos estão ajustando seus regulamentos para evitar a possibilidade de que seus atos sejam abrangidos pela jurisdição da Corte¹⁷.

Dessa forma, pode-se identificar, sob a perspectiva de Moreno Ocampo, que a grande conquista do TPI não se mensura apenas pela análise restrita de sua atuação jurisdicional enquanto instituição individual, até porque sua atuação não é direta e sofre limitações, algumas já mencionadas. O maior avanço do Tribunal estaria na influência que seu estatuto exerceu e exerce sobre as jurisdições internas, essa sim capaz de fazer com que os princípios e metas firmados no Estatuto de Roma se estendam globalmente, de forma mais eficaz e duradoura.

¹⁵ No caso de Congo não há como não mencionar a controvérsia que envolve a referência do próprio país a situação ocorrida em seu território. Segundo o até então Procurador-geral atuante perante o TPI, Luis Moreno Ocampo, em 2003, num relatório apresentado à Assembleia dos Estados-partes, o Ministério Público afirmou publicamente que estava preparado para usar seu poder de iniciativa para deflagrar uma investigação oficial contra o país africano, mas, ao invés disso, convidou abertamente o governo congolês para que prosseguisse com uma autorreferência. MORENO-OCAMPO, Luis. "The International Criminal Court: seeking global justice." *Case Western Reserve Journal of International Law*. 2008: Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA183552550&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=aaff6ddd5a2efed5c7724266d6537f4>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Situations and cases. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx> Acesso em 21 mar 2014.

¹⁷ MORENO OCAMPO, Luis. "The International Criminal Court: seeking global justice." *Case Western Reserve Journal of International Law* 2008. Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA183552550&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=aaff6ddd5a2efed5c7724266d6537f4>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

A colocação de Ocampo, muito longe de ser inadequada, parece bastante relevante, principalmente, se o temor de ser levado ao banco dos réus no Tribunal Penal Internacional faça com que os próprios Estados preparem melhor seu aparato punitivo em geral ou até mesmo se abstenham de práticas massacradoras. Entretanto, a verificação real de tal argumento depende de uma pesquisa mais apurada das normatizações penais posteriores ao TPI nações afora, cuja importância não se olvida, mas cuja extensão excede os limites do presente trabalho.

Apesar do exposto, não se pode pretender na persecução internacional penal a função de acabar com a impunidade dos crimes de massa. Nesse sentido, a impunidade é a regra, a medida que as pessoas criminalizadas significam, em termos quantitativos, concentrada minoria em relação ao quadro geral de delitos. Portanto, não há como se sustentar o fim da impunidade, tal qual almeja o preâmbulo do Estatuto de Roma, haja vista não haver a mínima correspondência, no plano da eficácia, entre o processo de criminalização primária e o de criminalização secundária¹⁸.

Por conseguinte, análogo ao desejo de pôr fim à impunidade é o intuito do Tribunal em auxiliar na prevenção de novos crimes de massa. Trata-se este do segundo argumento identificado doutrinariamente e que justifica a necessidade da criação do TPI. Essa meta aparece de maneira explícita no preâmbulo do Estatuto de Roma. *In verbis*: “decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e contribuir assim para a prevenção de novos crimes”¹⁹.

Dessa maneira, entende-se que o injusto causado pelos crimes de massa, como o genocídio, é tão grande que, diante da enorme brutalidade do ilícito e da falta de soluções racionais, o direito penal praticamente carece de espaço para limitar o poder punitivo e, inclusive a vingança particular. Nesse sentido, afirma Zaffaroni que:

Por mais seletivo que seja o exercício do poder e por mais que se argumente, o direito penal não tem muitas possibilidades de limitá-lo, não só no plano fático como também no ético. Na realidade, a única coisa que o direito penal pode exigir é que se comprovem os fatos e que, no mínimo, se respeite o princípio de humanidade, porque o resto é silêncio de sua parte²⁰.

¹⁸ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 174.

¹⁹ BRASIL. *Decreto nº 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 10 out. 2015.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2 ed. p. 328.

Por conseguinte, sustentar a força preventiva de um sistema punitivo se não é ingenuidade, é o reconhecimento da incapacidade humana de conter seus instintos mais primitivos, como o é o impulso vingativo. Não obstante, declare Zaffaroni que “embora a retribuição pura e simples seja um absoluto irracional, nesse caso tem menos sentido ainda, por que não há como retribuir a morte de milhões de pessoas”²¹.

De fato, este parece ser o argumento mais fraco para o estabelecimento de uma corte penal permanente, pois, como visto, o poder punitivo, mesmo o internacional, chega sempre após os massacres, isso quando não é ele mesmo o grande massacrador. O criminoso internacional, por assim dizer, só é levado a julgamento quando não mais dispõe da força que o levou a cometer tais crimes. Dessa maneira, consoante Zaffaroni, tem-se que:

Sustentar a eficácia preventiva geral ou especial não tem sentido, pois já vimos como funcionam as técnicas de neutralização, de modo que o massacrador nunca reconhecerá a natureza criminosa de sua conduta. Por outro lado, embora sejam criminosos e não cabe colocar minimamente em dúvida sua responsabilidade, o certo é que quase sempre são funcionais a outros poderes que os abandonam quando deixam de prestar-lhes alguma utilidade e, mais ainda, quando se tornam inoportunos²².

De acordo ainda com o jurista argentino: “o sistema penal tem uma eficácia preventiva muito limitada e, além disso, é um mecanismo lento, que quase nunca se move, chega tarde, não atinge o risco, mas sim o dano que já foi produzido e que não se pode remediar”²³. Assim, dado que o sistema de persecução criminal é praticamente imóvel, sustenta Zaffaroni a busca da prevenção da violência letal por outros caminhos.

Não obstante, a busca por esse caminho alternativo, segundo entendimento exarado pelo jurista, não deve prejudicar minimamente a busca por melhorias possíveis do sistema penal, para que ele tenha uma maior eficácia preventiva dentro de suas limitadas possibilidades, sobretudo, para que não se descontrole e acabe se transformando num operador de massacres²⁴.

Nesse panorama, trabalha Zaffaroni com a ideia de contenção do poder punitivo por meio do processo penal. De acordo com o jurista, não se trata simplesmente de legitimar para resistir. Trata-se, em verdade, do reconhecimento de que os penalistas (e por que não

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2 ed., p. 327.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 406.

²³ *Ibid.*, p. 486.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 487.

criminólogos) não detêm o poder de provocar uma revolução civilizatória profunda a ponto de eliminar o poder punitivo, que continua sendo um fato político. Um fato político tal qual a guerra, que mesmo deslegitimada segue presente²⁵. Nas palavras do autor:

En esta civilización del tiempo lineal somos la Cruz Roja del momento de la política, y nadie puede reprocharnos que no eliminemos un hecho de poder cuando no disponemos del poder para hacerlo" como nadie en su sano juicio reprocha a la Cruz Roja que no haga desaparecer la guerra. Lo único reprochable sería que no optimicemos nuestro poder para contenerlo en los límites de una venganza razonable. Por ende, si venciésemos nuestro narcisismo penalista y reconociésemos - con René Girard- que el poder punitivo canaliza venganza en el estado moderno, no tendríamos por qué avergonzarnos de que el poder jurídico procure que la venganza se mantenga dentro de lo razonable y se ejerza en la menor medida posible²⁶.

A legitimidade do direito penal, portanto, não está na sua força preventiva, longe disso. O que se busca é a contenção do poder punitivo, a exemplo do que faz o direito humanitário em tempos de guerra²⁷. Por conseguinte, o desejo de prevenção sustentada pelo Estatuto de Roma, tal qual ao nível interno, é quase inexistente.

O terceiro argumento a ser analisado diz respeito à consagração dos princípios básicos de direito penal pelo Estatuto de Roma. De fato, esta é uma das premissas mais sólidas para a instituição de um Tribunal Penal Internacional de cunho permanente, pois tem como consequência a supressão dos Tribunais *ad hoc*, elevando os mais básicos princípios de direito penal a nível supranacional.

Com efeito, por mais de meio século, a justiça internacional estava acostumada com a flexibilização dos princípios elementares do direito penal, garantidos por qualquer constituição democrática. Esse fato, conquanto causasse bastante estranheza, justificava-se pela gravidade dos crimes levados a estes Tribunais *pós-fato*.

Dessa maneira, o Tribunal Penal Internacional surge com o condão de dar maior efetividade aos princípios gerais do direito penal também a nível de persecução internacional penal. Esses princípios, embora já previstos expressamente em muitas constituições de Estados Democráticos, bem como nos mais importantes tratados internacionais sobre o direito

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La pena como venganza razonable*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Italia, jul. 2009. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9pWLBPSH_wJ:portal.uclm.es/portal/pls/portal/POR TAL_IDP.PROC_FICHERO.DOWNLOAD%3Fp_cod_fichero%3DF557701777+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 23 jul. 2015.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; loc. cit.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; loc. cit.

dos homens, no que tange a sua aplicabilidade, no direito internacional penal, eram pouco observados, pois, como visto, a regra sempre foi o juízo de exceção.

Quando se fala em garantias penais, o primeiro princípio que vem à lume é o da legalidade, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina. Essa garantia prima aparece na maior parte das convenções de direitos humanos, sendo consagrada pelo art. 7º da Declaração Universal do Homem e do Cidadão de 1789²⁸.

O princípio da legalidade vem estabelecido no Estatuto de Roma, em seu artigo 23, o qual dispõe ainda que a interpretação dos crimes elencados se dará de forma restritiva, vedando, desde logo, analogias. Outrossim, em caso de ambiguidades a definição será interpretada em favor do acusado²⁹.

Conseqüência lógica do axioma da legalidade estão os princípios da irretroatividade e do juiz natural. Segundo doutrina de Adelino Marcon, mencionada por Aury Lopes Jr., o princípio do juiz natural é universal e, por conseguinte, estrutural ao Estado Democrático de Direito. Consiste, pois, “no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso venha a praticar uma das condutas definida como crime no ordenamento jurídico-penal”³⁰.

Elevando essa conceituação ao âmbito internacional, temos que o mais adequado seria a ideia de que todo o homem, genericamente estabelecido, possui o direito humano de saber a autoridade que irá julgá-lo. Essa ressalva se faz importante, pois, como se verá adiante, o direito penal do inimigo se vale exatamente do excludente conceito de cidadão (pois com este surge o não-cidadão) para negar o direito penal de garantias a determinados sujeitos, assim considerados como inimigos.

Além disso, quanto ao princípio da irretroatividade, menciona Francisco de Assis Toledo que “a lei penal mais grave não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência, seja quando cria figura penal inexistente, seja quando se limita a agravar as consequências jurídico-penais do fato”³¹. No plano do Tribunal Penal Internacional, a Corte somente é

²⁸ Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas [...]. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em 22 mar 2015.

²⁹ BRASIL. *Decreto nº 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 10 out. 2015.

³⁰ MARCON, Adelino. O princípio do juiz natural no processo penal. Curitiba, Juruá. 2004. Apud LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo, Saraiva, 2014. p. 158.

³¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2002. p. 31.

competente para o conhecimento de fatos ocorridos após a entrada em vigor do Estatuto de Roma.

Menciona-se, ainda, que o princípio da irretroatividade possui uma aplicação mais específica, no âmbito de atuação do TPI, para os Estados que aderirem ao Estatuto de Roma após a entrada em vigor deste. Nessa hipótese, a Corte somente poderá exercer sua jurisdição quanto aos crimes cometidos depois de entrado em vigor do Estatuto especificamente para aquele Estado, salvo se o Estado firmante expressamente manifestar-se em sentido contrário. Em outras palavras, o Estado deve aceitar explicitamente a jurisdição do Tribunal para o julgamento de crimes cometidos posteriormente à entrada em vigor do Estatuto, independentemente da data de assinatura do Estado, mediante declaração depositada junto ao Secretário, de acordo com o que dispõe o artigo 12 do regulamento sob análise.

Vê-se, portanto, que o Tribunal Penal Internacional, amparado no Estatuto de Roma, está arrimado, de um modo geral, por um arcabouço normativo que visa a maior efetivação do direito penal democrático, salvaguardando os direitos dos acusados sob a perspectiva atual de garantias penais e processuais consagradas.

O quarto argumento encontrado na doutrina acerca da necessidade de criação da Corte Permanente diz respeito a questões de ordem prático-econômicas. Com efeito, o Tribunal Penal Internacional, fruto de um tratado multilateral, não foi criado para ser o sucessor direto dos Tribunais *ad hoc*. Esperava-se um tribunal permanente para que este pudesse contribuir para colocar fim à impunidade dos crimes de massa, além de servir de limitador à seletividade política no julgamento de crimes internacionais por parte do Conselho de Segurança da ONU no gozo de suas atribuições³².

Entretanto, como identificado por Louise Arbor, ex-Procuradora-Geral dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda, mesmo que apenas por considerações de ordem prática, parecia conveniente recorrer ao TPI, ao invés de se estabelecer instituições *ad hoc* paralelas em cada caso de necessidade. Completa a jurista que seria impraticável ao Conselho de Segurança continuar com sua estratégia de criação de tribunais específicos em resposta a conflitos individuais ou violações de direitos em massa³³.

Ademais, conforme Antonio Cassese, após a instituição dos Tribunais *ad hoc* para Ruanda e ex-Iugoslávia, o Conselho de Segurança da ONU ficou menos inclinado a repetir o

³² ARBOUR, Louise. The relationship between the ICC and the UN Security Council. *Global Governance*. 2014. Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA371685549&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=a555ab409df4d995bfecff0e7b688ee7>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

³³ ARBOUR, Louise; loc. cit.

feito. Isso se deu porque a logística para a criação desses Tribunais exigiu muito das capacidades e recursos da Organização, além de ocupar demasiadamente o tempo do Conselho de Segurança³⁴. De fato, este é um argumento de ordem pragmático que parece ter contribuído muito para o estabelecimento do Tribunal.

Por fim, o último fundamento de necessidade na instalação do Tribunal Penal Internacional fica a cargo do criminólogo latino-americano Eugenio Raúl Zaffaroni. O jurista vê na internacionalização do poder punitivo um aspecto prático positivo que é coibir uma aplicação caótica do princípio universal. Por este princípio tem-se que qualquer Estado pode julgar os autores de crimes contra a humanidade sempre que o Estado em cujo território foram praticados não o tenha feito³⁵. Em outras palavras, sua principal função é evitar um Estado policial planetário. Nessa perspectiva precisa é a lição de Augusto Jobim do Amaral:

Atualmente, é o terrorismo de Estado contra o terrorismo dos “bárbaros”, outra face do pensamento de intolerância contra o intolerante máximo, que assume um messianismo capaz de erradicar o mal e conduzir os direitos humanos à salvação. Em palavras sintéticas, o violador dos direitos humanos não possui direitos humanos.³⁶

É exatamente essa *Friedlosigkeit* (perda da paz) que parece querer evitar Zaffaroni. Essa louvável pretensa “baseia-se unicamente no restabelecimento da personalidade do criminoso, conforme o princípio básico jus-humanista de que todo o ser humano é pessoa”³⁷. O papel do direito internacional penal, portanto, é justamente resgatar a condição de pessoa do criminoso.

Ainda acerca do tema, afirma o criminólogo, que o injusto do delito de massa é tão grande que resta pouca força ética ao direito penal para conter a vingança. Assim, o massacrador é excluído da comunidade jurídica, perde sua condição humana e qualquer dano praticado contra ele acaba ficando impune, posto que o direito penal se mostra incapaz de condenar o executor³⁸. De fato, esse “superpoder” que a condição de vítima oferece, de

³⁴ CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre o fundamento e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.p. 15.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crímenes de Masa*. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010. p. 31.

³⁶ AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Criminologia e(m) crítica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2013. p. 170.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 405-406.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; loc. cit.

inclusive poder matar seu algoz sem que nenhuma consequência jurídica negativa advinha dessa conduta, não deixa de ser uma regressão à vingança privada.

Desse modo, a regressão civilizatória de volta à declaração de *hostis* romana, a qual privava o sujeito da condição de pessoa, e que parece querer evitar Zaffaroni, é, nas palavras do criminólogo: “sem dúvida uma versão extremada do direito penal do inimigo”³⁹. De forma que, resgatar a condição de pessoa do agente, submetendo-o a um processo é o que legitima o direito internacional penal. Nos dizeres do autor:

Acreditamos que está é a contribuição máxima e a legitimação do direito penal internacional, que evitaria um ato de barbárie degradante para as próprias vítimas do massacre e o desprestígio da ordem jurídica, recaindo em um direito penal do inimigo⁴⁰.

Se alguma coisa precisa ser feita aqui e agora, esta é o esvaziamento prático do direito penal do inimigo e suas execuções sem processo. “O TPI, se quer realmente criar um novo modelo de justiça penal aliada aos direitos humanos, deve ser entendido como corte de garantias, negando qualquer outra hipótese de legitimação de “Tribunais de vencedores contra vencidos”⁴¹.

Parece compartilhar desse ideal Salo de Carvalho. Para o autor, a importância do Tribunal Internacional Penal está na informação que ele passa a comunidade internacional de que mesmo aos autores das condutas mais reprováveis são resguardados direitos mínimos, e que isto é pressuposto de civilidade. Nesse sentido, assinala o referido autor:

O reconhecimento da racionalidade artificial do direito em seu papel de minimização da (s) violência (s) e da barbárie, não mais restrita às relações individuais, mas ampliada às relações entre indivíduo e Estados e entre os Estados mesmo, é passo significativo para a consolidação do processo civilizatório. O constitucionalismo internacional, neste quadro, representa um novo passo da humanidade à sua maturidade, (re) centralizando o homem em sua dignidade e negando todas as formas de infantilização perversa que destroem os laços de solidariedade⁴².

Isso, portanto, parece ser a prioridade entre as prioridades. Ademais, o imperativo ético de salvar vidas nos impõe a constante crítica ao sistema punitivo, mesmo o

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Crímenes de Masa*. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010. p. 36-38.

⁴⁰ Id. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 406.

⁴¹ CARVALHO, Salo de. Os Fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua Incorporação no Direito Interno. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *O Direito Penal no Estatuto de Roma*: leituras sobre o fundamento e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2005. p. 92.

⁴² *Ibid.*, p. 94.

internacional; por outro lado, a impossibilidade cultural de sua substituição próxima impõe-nos, da mesma forma, o manuseio desse arsenal, sempre tendo em vista o seu papel de contenção.

Apesar dos questionamentos que ainda restam, não se pode deixar de reconhecer, que ao fim e ao cabo, o que se busca é o esvaziamento prático-teórico do direito penal do inimigo. Pretende-se diminuir o espectro da exceção como regra. Quer-se valorizar o conquistado sem deixar de criticar a realidade a que esta nos trouxe. Enfim, a análise crítica das instituições de direitos humanos não significa seu completo abandono.

3. A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

“O poder punitivo sempre é seletivo”⁴³. A partir dessa afirmação de Zaffaroni, faz-se oportuno trazer à baila a problematização a respeito da atuação seletiva dos sistemas punitivos em geral. O problema da seletividade e atuação discriminatória levadas a cabo pelos sistemas penais vigentes é uma questão de imensa complexidade, por envolver grande número de variantes, muito embora seja de fácil verificação empírica.

Nesse sentido, basta uma análise superficial do sistema penal brasileiro, por exemplo, para perceber que este atua de forma seletiva. Todavia, essa característica de nosso sistema nacional está longe de ser privilégio dos Estados cuja desigualdade social é marcante. Dessa maneira, não há razões para se acreditar que o Tribunal Penal Internacional conseguirá atuar de forma não seletiva, tendo em vista que age num campo em que, mais que qualquer outro, os poderes econômicos e políticos ditam as regras.

De fato, “todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (Estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à coação com o fim de impor-lhes uma pena”⁴⁴. Essa seleção penalizante, consoante ensinamentos de Zaffaroni, é denominada criminalização “e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão em conjunto das agências que formam o sistema penal”⁴⁵.

Assim, por criminalização primária, entende-se o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de pessoas em abstrato; sendo a criminalização secundária a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que ocorre

⁴³ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Crímenes de Masa*. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010. p. 27.

⁴⁴ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2 ed. p. 43.

⁴⁵ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; loc. cit.

quando as agências policiais detectam um indivíduo que se supõe tenha praticado certo ato criminalizado primariamente⁴⁶. Nesse mesmo sentido, pertinente são os ensinamentos de Baratta:

O momento crítico atinge a maturação na criminologia quando o enfoque macrossociológico se desloca do comportamento desviante para um mecanismo de controle social dele e, em particular, para o processo de criminalização. O direito penal não é considerado, nesta crítica, somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos analisáveis separadamente: o mecanismo da produção das normas (criminalização primária), o mecanismo de aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária) e, enfim, o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança⁴⁷.

Atualmente, o que parece evidente em se tratando de estudos criminológicos nem sempre assim o foi. A inclusão do sistema penal como parte do horizonte de projeção da criminologia e que superou o paradigma etiológico é o que se convencionou denominar de criminologia da reação social⁴⁸.

A proposta foi bastante simples, mas de uma profundidade epistemológica que romperia inexoravelmente com o paradigma criminológico em vigência, ao menos no âmbito acadêmico, tendo em vista que a criminologia dita “tradicional” continuou alocada no interior das instituições operacionais do sistema punitivo⁴⁹.

Com efeito, a nova criminologia deslocou o centro da teoria e da investigação das manifestações da conduta desviada para os processos mediante os quais a pessoa chega a ser definida como tal. Nesse sentido, a conduta considerada criminosa não existe como delito além do contexto no qual este significado lhe é atribuído⁵⁰.

Pois bem, sob essa perspectiva, com a precisão que lhe é inerente, assevera Zaffaroni:

(A observação leva à crítica) A criminologia que optou por incluir o exercício do poder punitivo e analisar seu funcionamento não pode deixar de observar que as brutais disparidades da realidade com o discurso não eram dados folclóricos nem patologias pessoais: elas correspondiam a características estruturais do poder punitivo. A revelação dessas

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2 ed. p. 43.

⁴⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 6ª ed, 2011. p. 161.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva 2012. p. 188.

⁴⁹ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 42.

⁵⁰ ANITUA, Gabriel, Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2008, p. 587.

características se choca frontalmente com os discursos institucionais. Isso, que é inevitável, é simplesmente uma crítica⁵¹.

“Assim, toda a criminologia da reação social é, em alguma medida, uma criminologia crítica”⁵². E esse é o marco a partir do qual se desenvolve este artigo. Mais do que tentar distinguir correntes de pensamento, enquadrando-as cartesianamente no espaço-tempo, o importante aqui é desmitificar o discurso punitivista através do qual se desenvolve e descontrola o poder punitivo. Como assinala, Gabriel Ignacio Anitua, o termo ‘criminologia crítica’ unifica várias posições distintas que vão desde o interacionismo até o materialismo, e que, segundo referido autor, mais se assemelham naquilo que criticam do que naquilo que propõem⁵³.

Nesse sentido, com o advento do novo paradigma da criminologia crítica, pode-se afirmar que houve uma grande ruptura do enfoque dos estudos criminológicos. Com isso quer-se dizer que houve uma profunda mudança de método e objeto. De acordo com Baratta⁵⁴:

O que distingue a criminologia tradicional da nova sociologia criminal é visto, pelos representantes do ‘*Labeling Approach*’, principalmente, na consciência crítica que a nova concepção traz consigo, em face da definição do próprio objeto da investigação criminológica e em face do problema gnosiológico e da sociologia do conhecimento que está ligado a este objeto (a “criminalidade”, e o “criminoso”), quando não o consideramos como um simples ponto de partida, uma entidade natural para explicar, mas como uma realidade social que não se coloca como pré-constituída à experiência cognoscitiva e prática, mas é construída dentro desta experiência, mediante os processos de interação que a caracterizam. Portanto, esta realidade deve, antes de tudo, ser compreendida criticamente em sua construção.

Como acima mencionado, Zaffaroni classifica como criminologia da reação social “aquela que faz do sistema penal parte de seu horizonte de projeção”. Dessa forma, para o autor, a mudança de paradigma se deu na medida em que foi incorporado o sistema penal às análises criminológicas⁵⁵. Segundo esse autor, existem diferentes graus de intensidade crítica, que, pode-se dizer, vão desde a análise do aparato do poder punitivo até o estudo do poder social em diferentes aspectos. Nesse sentido:

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 188.

⁵² *Ibid.*, p. 189.

⁵³ ANITUA, Gabriel, Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2008, p. 657.

⁵⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 6ª ed, 2011. p. 86.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 187.

Não se ignora que o poder punitivo não é independente de todo o poder social. Em virtude disso, a crítica ao poder punitivo pode limitar-se ao funcionamento do sistema penal ou chegar até a totalidade do poder social (político, econômico, cultural etc.), convertendo-se em uma completa crítica social⁵⁶.

De fato, a realidade criminosa não é, como afirma Baratta, algo biopsicológico. Sob esse aspecto, como a condição de criminoso não depende única e exclusivamente do agente, pode-se dizer que o status de criminoso é atribuído aos indivíduos de forma desigual. Nas palavras do autor⁵⁷:

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.

Ao trazer tais ensinamentos ao âmbito do direito internacional penal, cerne da pesquisa, assevera Zaffaroni, que a internacionalização do poder punitivo não elimina seu caráter seletivo. De acordo com o autor, alguns simulacros processuais contribuíram não somente para revelar sua seletividade, mas para desprestigiá-lo gravemente⁵⁸.

Neste marco, a lei internacional cruza-se com a lei penal na procura da punição dos massacradores. Para tal, habilita um exercício do poder punitivo contra estes, que, como não pode ser de outro modo, conserva todo o caráter seletivo que a criminologia da reação social coloca em evidência na ordem interna do século passado⁵⁹.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 189.

⁵⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito Penal*. p.161.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 404.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 404.

Dessa maneira, a criminologia crítica, sob a perspectiva do *labeling approach*⁶⁰, tem um importante papel de desmitificar o discurso jurídico-penal, apontando suas incongruências e falhas, tendo por objetivo entender como se desenvolvem os processos seletivos de criminalização. Muito embora se possam discutir as críticas que posteriormente sobrevieram a essa teoria, não se pode, contudo, negar a sua importância teórica. Nesse sentido, pode-se concluir que o poder punitivo atua de forma seletiva, de modo que esta característica lhe é inata, independentemente do âmbito de sua atuação.

4. A SELETIVIDADE DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

4.1 A (IN)DEPENDÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O DISCURSO E A REALIDADE

Após análise da seletividade penal a partir da criminologia crítica, buscar-se-á enfim examinar a seletividade agora no âmbito específico do Tribunal Penal Internacional.

Para tanto, um estudo bastante interessante e que é de grande valia à presente pesquisa fora o elaborado por Frederic Megret, da Faculdade de Direito da Universidade de McGill no Canadá. O autor parte da sociologia de Émile Durkheim sobre o estigma e os relaciona as atividades do Tribunal Internacional Penal, servindo de importante referencial teórico para entender como se dão as práticas de estigmatização no plano do direito internacional penal.

Émile Durkheim, como reconhece Zaffaroni⁶¹, foi o primeiro a desconsiderar o crime como anormal. Para o sociólogo, crime é funcional. Segundo Durkheim, o delito é um fenômeno normal e necessário a qualquer sociedade, pois é ele que torna uma comunidade coesa. Essa observação de Durkheim é de extrema importância, pois, de certa maneira, retira o delito do discurso médico-psiquiátrico e o coloca sob a égide dos estudos sociológicos. Dessa forma, as lições de Durkheim sobre o estigma apontam que, ao contrário de uma opinião generalizada, não é apenas o crime que deriva da existência da sociedade, mas também a sociedade (com consciência de si) que deriva da existência de crime. A par disso, esclarece Frederic:

This fundamentally shapes the dialectical relation of the criminal law to society in a novel way: The criminal law does not exist because society (pre)exists; rather society exists because criminal law exists. Therefore, a

⁶⁰ Conhecida como a teoria do etiquetamento. Sobre o tema: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*, Ed. Revan, 6º ed, 2011.

⁶¹ *Ibid.*, p. 137.

society without criminal law is one that is not really a society, because it does not have an "other"⁶².

Levando as considerações de Durkheim ao campo do direito internacional, Frederic constata que o direito internacional penal tem tido, por muito tempo, o papel de “constituir” a sociedade universal, por meio da estigmatização que cria o “inimigo da humanidade”. Nesse contexto, podemos notar a relevância de Nuremberg, como julgamento político, ao reafirmar os valores moralmente aceitos por essa comunidade internacional em ascensão.

Ao validar a máxima durkheiminiana de que o delito é algo necessário a toda sociedade, pode-se constatar que o TPI como instituição máxima do direito internacional penal não só é importante, como também sua criação constitui etapa fundamental na “criação” de uma sociedade global coesa. Confirma essa tese Kai Ambos⁶³, ao afirmar que, por intermédio do direito penal, o Estado e a comunidade internacional são chamados para proteger a dignidade humana:

O argumento de que há uma ordem normativa internacional, baseada em certos valores dignos de serem defendidos pelo Direito Penal Internacional, remonta à ideia kantiana de dignidade humana como fonte de direitos humanos (civis) fundamentais, os quais, em última análise, precisam ser protegidos por um direito (penal) supra ou transnacional⁶⁴.

Desse modo, segundo Frederic Megret⁶⁵, diversas são as justificações utilizadas para a legitimidade do direito internacional penal: desde uma visão utilitarista de que a tarefa da justiça criminal internacional é um meio de prestação dura de desincentivos, até visões mais idealizadas que a justificam como contribuintes da paz e segurança internacional, além de fornecer de consolo as vítimas. Todas elas idealizadas, na medida em que, para o autor, os tribunais penais internacionais possuem um objetivo real para além da fachada legal que é justamente a atribuição de estigmas a certos tipos de comportamentos. Conforme Frederic:

⁶² “Isso molda fundamentalmente a relação dialética do direito penal para a sociedade de uma maneira nova: o direito penal não existe porque a sociedade (pré) existe; sim existe sociedade, porque o direito penal existe. Portanto, uma sociedade sem direito penal é aquela que não é realmente uma sociedade, porque ela não tem um “outro”. (tradução livre). MEGRET, Frederic. *Practices of stigmatization*. Law and Contemporary Problems 2013. Disponível em:

<<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA364437499&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=4b7b8b2614dd45bef7b8a71595504de2>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

⁶³ AMBOS, Kai. Pena sem soberano? A questão do Ius Puniendi no Direito Penal Internacional. Uma primeira análise rumo a uma teoria consistente do DPI. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 929/2013, mar 2013, p. 283.

⁶⁴ AMBOS, Kai; loc. cit.

⁶⁵ MEGRET, Frederic. *Practices of stigmatization*. Law and Contemporary Problems. 2013. Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA364437499&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=4b7b8b2614dd45bef7b8a71595504de2>>. Acesso em 14 jan. 2015

According to one popular minimalist account, contemporary international criminal justice features strictly forensic goals: investigating crimes, prosecuting the accused, and guaranteeing a fair trial. However, the limited number of international criminal prosecutions makes it difficult to believe that repression could be the only goal of contemporary international criminal justice. There must be something beyond repression for its own sake; repression must be a means to an end⁶⁶.

Desvela assim o jurista que o papel geral do estigma é criar o senso de sociedade mediante a designação do seu outro, através da delimitação dos comportamentos socialmente aceitáveis ou não. Em seus dizeres: “I will focus on the more general sociolegal role of stigma: delineating socially acceptable and unacceptable behavior, forming a society's deep sense of self, and constituting a society through the designation of its "other”⁶⁷.

Partindo-se da ideia acima formulada, tem-se que a real tarefa dos Tribunais Internacionais é criar o estigma, e não apenas garantir a punibilidade dos autores dos crimes mais graves, segundo a comunidade internacional. Evidência disso foi a dificuldade de se chegar a um consenso acerca do crime de agressão, que, inclusive, até o presente momento, não possui sua vigência estabelecida, em passados mais de 10 anos da entrada em vigor do Estatuto de Roma.

Uma das teses sustentadas por Frederic Megret consiste no fato de que o alvo indireto mais evidente do estigma gerado pelo Tribunal não é outro senão os próprios Estados⁶⁸. Essa prática se mostra bastante perceptível, basta notar a classificação que o TPI faz das situações em investigação, trazendo primeiramente o Estado e depois o indivíduo. Nesse sentido, menciona o autor:

In the ICC context, the indictment of Omar Al Bashir and several high-ranking Sudanese officials clearly conveys a not-so-subtle message about the Sudanese state's role in the Darfur conflict. Moreover, heads of state will

⁶⁶“Segundo uma visão minimalista popular, a justiça penal internacional contemporânea apresenta objetivos estritamente forenses: investigar crimes, processar acusados e garantir um julgamento justo. No entanto, o número limitado de processos criminais internacionais torna difícil acreditar que a repressão pode ser o único objetivo da justiça penal internacional contemporânea. Deve haver alguma coisa para além da repressão para o seu próprio bem; a repressão deve ser um meio para um fim” (tradução livre). MEGRET, Frederic. *Practices of stigmatization. Law and Contemporary Problems*. 2013. Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA364437499&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=4b7b8b2614dd45bef7b8a71595504de2>>. Acesso em 14 jan. 2015.

⁶⁷ “Vou me concentrar sobre o papel sociolegal mais geral do estigma: delinear o comportamento socialmente aceitável e inaceitável, formando uma sociedade com profundo senso de si, e constituindo uma sociedade, mediante a designação de seu outro” (tradução livre). MEGRET, Frederic. *Practices of stigmatization. Law and Contemporary Problems*. 2013. Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA364437499&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=4b7b8b2614dd45bef7b8a71595504de2>>. Acesso em 14 jan. 2015.

⁶⁸ MEGRET, Frederic; loc. cit.

often seek to portray accusations leveled against them personally as attacks on their nations themselves⁶⁹.

A estigmatização dos Estados, segundo Frederic, é ainda maior na medida em que estes são vistos como relutantes ou incapazes de punir os violadores dos direitos humanos, tendo em vista que o TPI possui competência complementar às jurisdições internas⁷⁰. Esta formulação acaba por revelar dois aspectos centrais dessa pesquisa: além de criar o estigma de Estados massacradores fora do eixo Europa-América do Norte, a estigmatização do Estado como violador dos direitos humanos legitima intervenções humanitárias externas de diferentes formas. Nesse ponto, reconhece Frederic o que segue:

For the Security Council, stigma of individuals, groups, or states via an ICC referral may be a way of judicially validating attempts to isolate certain regimes. A referral may even serve to prepare the political terrain for stronger measures, including the use of legitimized international violence⁷¹.

Dessa forma, na medida em que o TPI tem agido principalmente contra agentes oriundos de países da África, parece claro que o que se busca é uma relegitimação para intervenções externas no continente. Trata-se do colonialismo do século XXI, que, sob a alegação de proteção aos direitos humanos, passa por cima do conceito de soberania, que, por hora, não é mais útil as pretensões hegemônicas. Nessa mesma acepção, exemplifica Zaffaroni:

Internacionalmente, a estigmatização de todos os islâmicos como terroristas provocou a instalação de cárceres secretos para sequestrados por agências policiais (os centros da Romênia e da Polônia, mantidos pela CIA entre 2002 e 2007, análogos aos centros ilegais de detenção de segurança nacional na

⁶⁹ “No contexto do TPI, o indiciamento de Omar Al Bashir e várias autoridades sudanesas de alto escalão transmite claramente a mensagem não tão sutil sobre o papel do Estado sudanês no conflito em Darfur. Além disso, os chefes de Estado, muitas vezes, procuram retratar acusações levantadas contra eles, pessoalmente, como ataques a suas próprias nações” (tradução livre). MEGRET, Frederic. *Practices of stigmatization*. Law and Contemporary Problems. 2013. Disponível em:

<<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA364437499&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=4b7b8b2614dd45bef7b8a71595504de2>>. Acesso em 14 jan 2015.

⁷⁰ MEGRET, Frederic. *Practices of stigmatization*. *Law and Contemporary Problems* Summer-fall. 2013. Disponível em:

<<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA364437499&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=4b7b8b2614dd45bef7b8a71595504de2>>. Acesso em 14 jan. 2015

⁷¹ “Para o Conselho de Segurança, o estigma de indivíduos, grupos ou Estados, através de um encaminhamento ao TPI pode ser uma forma de validar judicialmente tentativas de isolar certos regimes. A referência pode até servir para preparar o terreno político para medidas mais fortes, incluindo o uso da violência internacional legitimada” (tradução livre). MEGRET, Frederic. *Practices of stigmatization*. Law and Contemporary Problems. 2013. Disponível em:

<<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA364437499&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=4b7b8b2614dd45bef7b8a71595504de2>>. Acesso em 14 jan 2015

América do Sul) e os cárceres para suspeitos (Guantánamo) sem controle judicial⁷².

De um outro ângulo, a função estigmatizante do TPI também pode ser bastante útil aos próprios Estados. Estes, principalmente por meio do mecanismo da autorreferência de situações à Corte. Nesse diapasão, as Nações Soberanas poderão valer-se do Tribunal para estigmatizar ainda mais seus opositores. Como aponta Frederic, a tendência geral para processar agentes não-estatais pode ser vista como um instrumento para que os Estados revalidem seu monopólio do uso legítimo da força ao estigmatizarem a violência não-estatal⁷³.

Voltando-se à ideia trazida logo acima, acerca da relegitimação de intervenções humanitárias no continente africano, interessante é o posicionamento de Courtenay Griffiths, advogado Jamaicano conhecido por defender réus de casos de grande visibilidade no direito internacional como o ex-presidente da Libéria, Charles Taylor, no Tribunal Especial para a Serra Leoa. Segundo Griffiths, a dificuldade do TPI em executar seus mandados, principalmente, nos casos de conflitos em curso ou quando os suspeitos podem cruzar fronteiras internacionais é um obstáculo à justiça internacional. Nas palavras do autor:

One of the essential and fundamental difficulties which has historically faced the idea of international criminal law is the absence of the machinery to enforce its writ. Lacking its own enforcement mechanism, international tribunals have relied upon cooperating states to execute arrest warrants and bring fugitives to justice⁷⁴.

A partir dessa dificuldade, mesmo com a disposição dos Estados em cooperar, é que os EUA e a OTAN, segundo o jurista, têm mostrado um interesse crescente em preencher este vazio. Isso explicaria a insistente recusa dos EUA em ratificar o Estatuto de Roma, mesmo não havendo mais desculpas plausíveis para tanto⁷⁵. Nos dizeres do advogado:

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 441.

⁷³ MEGRET, Frederic. Practices of stigmatization. *Law and Contemporary Problems*. 2013. Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA364437499&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=4b7b8b2614dd45bef7b8a71595504de2>>. Acesso em 14 jan. 2015.

⁷⁴ “Uma das dificuldades essenciais e fundamentais que historicamente tem enfrentado a ideia de direito internacional penal é a ausência de uma máquina para fazer valer seu mandado. Na falta de seu próprio mecanismo de aplicação, os tribunais internacionais têm invocado a cooperação dos Estados para executar mandados de prisão e trazer fugitivos à justiça” (tradução livre). GRIFFITHS, Courtenay. "The politics of international criminal law." *New African* Mar. 2012: Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA283751288&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=c1769a185d6421d772b8593c1b15abf7>>. Acesso em: 12 Jan. 2015.

⁷⁵ Sobre o tema: PAUST, Jordan J., The U.S. and the ICC: no more excuses. *Washington University Global Studies Law Review*, 2013. Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA354145837&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=b7ee6f3ef7dbc5fe5f7aca570744d03a>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

As we were warned, over a century ago, by a now supposedly discredited philosopher: "[Globalisation] compels all nations, on pain of extinction to adopt the bourgeois mode of production; it compels them to introduce what it calls civilisation [which of course includes human rights] into their midst, to become bourgeois themselves. In one word, it creates a world after its own image"⁷⁶.

Ademais, denuncia Griffiths o aumento do envolvimento militar estadunidense no continente africano, por intermédio do Comando Militar dos EUA para a África (AFRICOM), criado em 2007. Segundo o jurista, esse comando tem por interesse velado o acesso dos EUA aos recursos petrolíferos e outros minerais africanos, além de competir com a crescente influência da China na região⁷⁷.

O AFRICOM, segundo sua própria cartilha, tem por missão atuar em conjunto com interações e os parceiros internacionais a fim de construir capacidades de defesa, responder à crise, além de deter e derrotar ameaças transnacionais, com o fito de avançar nos interesses nacionais dos EUA e promover segurança, estabilidade e prosperidade⁷⁸. A busca por segurança, estabilidade e prosperidade, segundo Griffiths, deixa claro o verdadeiro intuito civilizatório americano para a África, no sentido de que é perigoso para qualquer empresa investir em um estado onde não há estabilidade, onde o risco de guerra é alto, e onde o Estado de Direito não existe.

Sob a perspectiva de inversão dos direitos humanos como instrumento para a legitimação de intervenções humanitárias que acabam em mais violações desses direitos, precisa é a colocação de Gunher Anders, trazida por Ricardo Gloeckner e Augusto Jobim, que desvela, segundo os autores, de forma sarcástica, a justificação intervencionista máxima que, em nome dos direitos humanos, tão somente os consegue desgastar, corromper e eliminar:

⁷⁶ “Como fomos advertidos, mais de um século atrás, por um filósofo agora supostamente desacreditado: “[Globalização] obriga todas as nações, sob pena de extinção a adotar o modo burguês de produção, obriga-as a introduzir o que se chama de civilização [que, naturalmente, inclui os direitos humanos] em seu meio, para se tornarem burguesas. Em uma palavra, cria um mundo à sua própria imagem” (tradução livre). GRIFFITHS, Courtenay. "The politics of international criminal law." *New African* Mar. 2012: Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA283751288&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=c1769a185d6421d772b8593c1b15abf7>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

⁷⁷ GRIFFITHS, Courtenay. "The politics of international criminal law." *New African*, mar. 2012: Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA283751288&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=c1769a185d6421d772b8593c1b15abf7>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

⁷⁸ O AFRICOM tem por objetivos: a) deter e derrotar ameaças transnacionais; b) prevenir futuros conflitos; c) apoio de ajuda humanitária e de desastres; e d) proteger os interesses de segurança dos EUA. Disponível em: <<http://www.africom.mil/about-the-command/cornerstones>>. Acesso em 30 jan. 2015.

“*nuestra tarea es intervenir para salvar: aniquilar el peligro poniendo en peligro los aniquiladores*”⁷⁹.

Ainda quanto ao exemplo do AFRICOM, pertinentemente trazida por Cortenay Griffiths, podemos identificar nele a nova faceta da ordem global, identificada por Slavoj Žižek. Segundo o filósofo e psicanalista, já não temos guerras no sentido antigo de um conflito entre Estados soberanos com regras estabelecidas.

Restam ainda, para o autor, apenas dois tipos de conflitos. O primeiro, identificado como conflitos étnico-religiosos, que violam gravemente as regras de direitos humanos e por isso exigem a presença da intervenção *pacifistas-humanitárias* das potências ocidentais. Já o segundo tipo de conflito atual diz respeito aos ataques diretos contra os EUA ou outro representante da nova ordem global, em que também não há guerra, apenas combatentes ilegais que criminosamente resistem às forças da ordem universal⁸⁰.

Após a leitura de Žižek, não causa espície que o Comando Militar Americano para a África tenha por objetivo prestar apoio e ajuda humanitária ao continente ao mesmo tempo em que procura deter ameaças transnacionais. Žižek contextualiza seu pensamento ao dizer o que segue:

[...] vê-se (a força global dominada pelos EUA) não como uma das partes em guerra, mas como o agente mediador da paz e da ordem global que esmaga certas rebeliões e, simultaneamente, oferece ajuda humanitária às “populações locais”. A principal imagem do tratamento das “populações locais” como *Homo sacer* talvez seja a do avião de guerra voando sobre o Afeganistão: nunca se sabe se ele vai lançar bombas ou pacotes de alimentos⁸¹.

Por fim, outro não é o entendimento de Wayne Morrison o qual, de acordo com Zaffaroni, afirma que, após o 11 de setembro de 2001, Bush atribuiu ao terrorismo o status de ato de guerra, para que assim pudesse se retirar de seus autores as garantias penais e, em não sendo combatentes irregulares, fossem também excluídos da Convenção de Genebra. “Assim, aquele que resolve através da exceção está à disposição das ordens do mais poderoso”⁸².

Desse modo, mostra-se evidente a paradoxal realidade que nos circunda, em que não mais se consegue identificar com clareza estados de paz ou guerra. Tempos esses em que lutas

⁷⁹ ANDERS, Gunher. Llámase bobardía a esa esperanza; apud: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. p. 169.

⁸⁰ ŽIŽEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real!* Cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 113.

⁸¹ *Ibid.*, p. 114.

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelara*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259.

pelos direitos humanos significam sua supressão. Assim, resta a dúvida de como resistir aos tempos em que o opressor é também o libertador.

4.2 AS SITUAÇÕES LEVADAS AO TRIBUNAL: QUALQUER SEMELHANÇA NÃO É MERA COINCIDÊNCIA

Finalmente, adotando-se o entendimento de que a criação do Tribunal Penal Internacional está muito longe de satisfazer aos anseios de salvaguarda dos direitos humanos, nota-se que, entre o que se propôs com a criação da Corte, e o como esta vem atuando diante dos conflitos bélicos que parecem germinar em várias localidades ao redor do globo, a atuação desse órgão tem se mostrado desigual e seletiva, tal qual ocorre nas jurisdições internas. Desde sua criação, o Tribunal voltou-se, principalmente, para os conflitos civis na África. Nesse sentido, o continente africano parece servir de campo de experimentação para uma corte penal até então incipiente.

Nesse prumo, divergindo de grande parte da doutrina, há autores que entendem que a criação do Tribunal Penal Internacional representa, em verdade, apenas uma nova forma de expansão do direito penal. Grande expoente desse pensamento, Paulo César Busato vê com inúmeras ressalvas a criação de uma corte internacional penal. Segundo o autor: “verifica-se que a iniciativa vem mais inspirada pela intenção de satisfazer a sede por segurança a níveis mundiais que por ideais democráticos”⁸³.

Ademais, ainda conforme Busato, as dicotomias já apresentadas nos tribunais penais anteriores, como nos casos de Nuremberg/Hiroshima, Iugoslávia/Irã, são indicadores precisos de como a “justiça universal” age⁸⁴. Efetivamente, não existe igualdade de tratamento entre os casos similares de delitos contra a humanidade. O que, de fato, dita a ordem mundial é política econômico-financeira, e não preceitos de direitos humanos à toda humanidade, a não ser que estes sirvam de discursos legitimadores daquela.

Segundo Eugenio Raul Zaffaroni, a justiça penal nunca é asséptica em relação ao poder, e muito menos o será quando ocupar um lugar tão destacado dentro do esquema de poder mundial, decidindo questões que envolvem o próprio poder na dimensão mais importante⁸⁵. Assim, de acordo com o jurista, um tribunal penal internacional apenas serviria

⁸³ BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 84.

⁸⁴ BUSATO, Paulo César; loc. cit.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 334.

para legitimizar as políticas internacionais de potências que mantêm a hegemonia de poderio internacional. Nesse sentido é que, prognosticamente, asseverou Zaffaroni ainda antes do efetivo funcionamento do TPI:

O confronto entre o poder punitivo e direito penal, neste nível [internacional], pode reduzir a função de tal tribunal à mera e incoercível legitimação do que até então constitui questionáveis atos unilaterais de intervenção, num horizonte de seletividade internacional em que não é muito difícil profetizar sobre quem serão os criminalizados⁸⁶.

Nesse mesmo sentido, de acordo com Slavoj Žižek⁸⁷:

Direitos humanos de vítimas sofredoras do Terceiro Mundo efetivamente significam, no discurso dominante, o direito das próprias potências do Ocidente de intervir política, econômica, cultural e militarmente em países do Terceiro Mundo de sua escolha, em nome da defesa dos direitos humanos.

Pode-se, de forma clara, encontrar a mesma lógica ao analisar-se a maneira como vem atuando o Tribunal Penal Internacional. A partir dos diversos processos de criminalização, tem a Corte atuado de maneira seletiva. As potências do Ocidente, representadas pelos membros permanentes do Conselho de Segurança, a sua escolha, determinam as intervenções a serem realizadas.

Atualmente, a Corte opera em casos oriundos dos seguintes países: Congo, Uganda, República Centro-africana, Mali, Sudão (Darfur), Líbia, Quênia e Costa do Marfim⁸⁸. Tal atuação demonstra que o Tribunal Penal Internacional parece falhar na busca de implantar uma justiça universal igualitária.

O modo de atuação do TPI provocou intensos debates sobre o seu foco inicial exclusivo na África, a sua seleção de casos, e o efeito de suas denúncias nos processos de paz no continente. Em face disso, essa atuação quase que unicamente sobre agentes oriundos de

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 334.

⁸⁷ ŽIŽEK, Slavoj. *Contra os Direitos Humanos. Dossiê: direitos humanos – diversos olhares*. Disponível em: <<http://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/contra-os-direitos-humanos.pdf>>. Acesso em 13 dez. 2014.

⁸⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Pages/default.aspx>. Acesso em 10 dez 2014. Relação de países atualizada até 24 de outubro de 2015.

países africanos causou uma série de críticas à legitimidade da Corte vindas, principalmente, de autoridades do próprio continente⁸⁹.

Luis Moreno Ocampo, até então Procurador-chefe junto ao TPI, igualmente foi criticado, principalmente, pela forma de exercício de suas funções, diante do arquivamento das referências de crimes de competência do Tribunal ocorridas no Iraque, bem como sua inércia perante a situação do Afeganistão⁹⁰.

Essas críticas e a crise de legitimidade que parecia passar o TPI contribuíram para que em 2011 se elegeisse como Procuradora-chefe a gambiana Fatou Bensouda. Fatou chegou ao posto máximo do Gabinete do Procurador para o Tribunal Penal Internacional com a expectativa de mudar a relação entre África e a Corte Internacional⁹¹.

Desse modo, atualmente, o TPI parece ter alterado sua forma de operar. Embora a Corte somente esteja atuando, formalmente, em casos advindos de países africanos, realiza-se, no presente, exames preliminares em situações de origem nas seguintes nações: Afeganistão, Geórgia, Guiné, Colômbia, Honduras, Iraque, Nigéria, Ucrânia e Palestina⁹².

Nota-se que ao tentar fugir das críticas, buscando casos de crimes graves ocorridos fora do continente africano, logicamente, não deixou de atuar seletivamente o Tribunal Penal Internacional. Pelo contrário, apenas o que se verifica é alteração da lente pela qual o TPI enxerga os casos que merecem um processamento pela Corte. Outrossim, caso se confirmem os exames nesses países, instaurando-se oficialmente uma investigação, restará evidenciado que o foco inicial no Continente Africano foi de alguma maneira seletivo e injustificado.

É claro, e não se olvida disso, que o Continente africano, em geral, sofre com conflitos internos de toda a espécie muito em virtude de governos ditatoriais, além de questões como fome e epidemias a que está submetida grande parte da população. No entanto, sabe-se que esse quadro sintomático pelo qual hoje passa a África é fruto, em grande medida, da política internacional (neo)colonizadora, que desde os tempos de escravatura agem sobre o continente. Ao atuar o poder punitivo apenas na consequência de forma expiatória em nada contribui para a prevenção dos delitos lá cometidos. De modo que, mais uma vez, portanto, o continente berço da humanidade pagará um alto preço por sua “paz”.

De mais a mais, há quem defenda que o foco inicial no continente africano não passou de mera coincidência, haja vista que muitos dos casos levados à Corte vieram de referências

⁸⁹ HOILE, David. ICC, a tool to recolonize Africa? *New African*, mar. 2012, p. 16. Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA283751284&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=a392d3888d5f7661332dd5b70bb98348>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

⁹⁰ HOILE, David; loc. cit.

⁹¹ HOILE, David; loc. cit.

⁹² Relação de países atualizada até 24 de outubro de 2015.

efetivadas pelos próprios Estados signatários, no gozo de sua competência para deflagrar um processo perante o TPI⁹³. No entanto, deve se fazer uma advertência quanto a este argumento, na medida em que a inércia do Tribunal, ao apenas observar e aguardar que as autorreferências dos Estados cheguem até si, não deixa de ser uma maneira extremamente desigual de operação.

Portanto, a ação seletiva do Tribunal Penal Internacional, ao atuar sobre países pobres, sobretudo do continente africano, acaba por legitimar ainda mais a segregação e o estigma que existe sobre a África e demais países pobres e de pouca expressão no atual sistema de poder internacional, principalmente, da América Latina e Oriente Médio. Ademais, como anteriormente dito, a troca de foco, tentando fugir do estereótipo de Tribunal racista, não torna a Corte menos seletiva em sua atuação; pelo contrário, descortina ainda mais essa característica do sistema. Com veemência, atuando seletivamente ou tentando evadir-se das críticas de Tribunal Parcial, a atuação da corte não deixa de ter o mesmo resultado prático. De modo que, entre o direito penal em abstrato e sua atuação sobre o mundo real, sempre existirão os seres humanos, com suas falhas, temores e preconceitos.

5. CONCLUSÃO

Durante o transcorrer deste artigo, a fim de melhor entender o surgimento do Tribunal Penal Internacional, trilhou-se a discussão a partir dos fundamentos de necessidade de implementação de um Tribunal Penal Internacional de caráter premente. Segundo encontrou-se na doutrina, a criação do TPI se deu principalmente pelo fato de que ele contribuiria para direcionar a pena aos indivíduos, visando a acabar com a impunidade dos agentes que cometem crimes de massa, e também contribuiria como meio de prevenção a novos delitos.

Tais argumentos, no entanto mostram-se falaciosos, na medida em que a partir dos estudos da criminologia crítica, pode-se notar com facilidade que, respectivamente: a) a impunidade é a regra, já que a atividade das agências do sistema penal ocorre de forma seletiva, alcançando um número ínfimo dos delitos que efetivamente ocorrem; b) segundo, pois o aparato punitivo é extremamente lento, chega sempre após o delito, não havendo evidências reais de que possa atuar preventivamente.

Ademais, representa também a criação do TPI a elevação dos princípios básicos de direito penal ao nível internacional. Buscando-se, também nesse âmbito, um processo penal

⁹³ Informação fornecida por Sylvia Steiner no programa de TV, Direito Sem Fronteira, 10 set. 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3rwxr6C6DXY>>. Acesso em: 10 out. 2015.

de garantias, deixando claro a comunidade internacional que nem mesmo os considerados piores criminosos, os “inimigos da humanidade”, deixam de ter direitos mínimos. Em última análise, é o que Zaffaroni enxerga como aspecto prático positivo da internacionalização do direito penal. Nesse sentido, o Estatuto de Roma e seu espectro de normas têm uma função importante de deslegitimar o direito penal do inimigo, devolvendo ao criminoso sua condição de pessoa, reafirmando assim o pacto civilizatório.

Embora esse não seja o tema central do presente trabalho, não se pode deixar de sublinhar que encontrar um fim prático para um sistema penal internacional é reconhecer um aspecto positivo para a expansão do direito penal, é dar a pena uma função que ela não tem e nunca poderá ter. A deslegitimação do direito penal do inimigo não pode ser dada com a legitimação de um direito penal do “cidadão”, pois este também é seletivo e opera seus massacres a conta-gotas. Nesse sentido, observa-se que, paradoxalmente, os discursos que possibilitam a expansão do direito penal são os mesmos que difundem sua aplicação mínima.

Ademais, identificou-se a seletividade do sistema penal a partir da criminologia crítica, evidenciando-se que essa característica é intrínseca ao sistema penal, seja qual for seu âmbito de atuação. Dessa maneira, é que, tendo em vista o aporte científico produzido pela criminologia crítica, não causa estranheza a atuação seletiva do Tribunal Penal Internacional. A Corte, no desempenho de suas atribuições, mostrou-se altamente influenciada pelo sistema de poder político e econômico internacional, sendo, pois, incapaz de agir de forma independente.

O fator de poder, assim como na jurisdição interna, também é, a nível internacional, aspecto de imunização. Dessa forma, o Tribunal Penal Internacional muito mais se assemelha a uma instituição parcial, que mantém a hegemonia global de poderio, do que uma instituição de princípios igualitários e universais, com a capacidade de transformar a realidade.

Em verdade, instituição alguma que use do direito penal terá essa finalidade. O direito penal é seletivo por natureza. Os crimes de maior gravidade, como o genocídio, com os quais o Tribunal se preocupa, se forem cometidos por agentes de poder, não serão tratados com a mesma eficiência enquanto esse agente ainda estiver investido desse poderio. É isso que nos ensina Raul Eugenio Zaffaroni e a criminologia crítica.

Enfim, desde seu ressurgimento no século XII o poder punitivo é seletivo. O seu papel é simbólico. O Tribunal Penal Internacional ao fazer uso dessa simbologia apenas serve de mecanismo de manutenção do sistema de poder político que vigora internacionalmente.

REFERÊNCIAS

- AFRICOM. Comando Militar Americano para a África. Disponível em: <<http://www.africom.mil/about-the-command/cornerstones>>. Acesso em 30 jan. 2015.
- AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Criminologia e(m) crítica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2013.
- AMBOS, Kai. Pena sem soberano? A questão do Ius Puniendi no Direito Penal Internacional. Uma primeira análise rumo a uma teoria consistente do DPI. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 929/2013. p. 283. mar. 2013.
- ANDERS, Gunher. Llámase bobardía a esa esperanza. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.
- ANITUA, Gabriel, Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2008.
- ARBOUR, Louise. The relationship between the ICC and the UN Security Council. *Global Governance* 2014: Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA371685549&v=2.1&u=capes&it=r&p=AO NE&sw=w&asid=a555ab409df4d995bfecff0e7b688ee7>>. Acesso em: 15 dez. 2014.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 6ª ed, 2011.
- BEHRENS, Hans-Jörg. Investigação, Julgamento e Recurso. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 10 out. 2015.
- BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Os Fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua Incorporação no Direito Interno. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre o fundamento e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2005.
- CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre o fundamento e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2005.
- CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO HOMEM E DO CIDADÃO de 1789. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 22 mar 2015.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRIFFITHS, Courtenay. "The politics of international criminal law." *New African*, mar. 2012: Disponível em:

<<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA283751288&v=2.1&u=capes&it=r&p=AO NE&sw=w&asid=c1769a185d6421d772b8593c1b15abf7>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

HOILE, David. "ICC, a tool to recolonise Africa?" *New African* Mar 2012. Disponível em:

<<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA283751284&v=2.1&u=capes&it=r&p=AO NE&sw=w&asid=a392d3888d5f7661332dd5b70bb98348>>. Acesso em. 15 dez. 2014.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. About the Court. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/about%20the%20court/Pages/about%20the%20court.aspx>. Acesso em 31 maio 2015.

_____. *Situations and cases*. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx> Acesso em 21 mar. 2014.

MARCON, Adelino. O princípio do juiz natural no processo penal. Curitiba, Juruá. 2004. Apud LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

MEGRET, Frederic. Practices of stigmatization. Law and Contemporary Problems. 2013. Disponível em:

<<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA364437499&v=2.1&u=capes&it=r&p=AO NE&sw=w&asid=4b7b8b2614dd45bef7b8a71595504de2>>. Acesso em 14 jan. 2015.

MORENO OCAMPO, Luis. "The International Criminal Court: seeking global justice." *Case Western Reserve Journal of International Law*. 2008: Disponível em: <

<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA183552550&v=2.1&u=capes&it=r&p=AO NE&sw=w&asid=aaff6ddd5a2efed5c7724266d6537f4>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

SANTOS, Daniel dos. Por uma outra justiça: direito penal, estado e sociedade. Revista de Sociologia e Política. Curitiba, n. 23, nov. 2004.

SCHABAS, William A. Princípios Gerais de Direito Penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STEINER, Sylvia Helena F., Tribunal Penal Internacional. Doutrinas Essenciais de Direito Internacional. v. 3, fev. 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Crímenes de Masa*. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010.

_____. *Em busca das penal perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 4ª ed, 1999.

_____. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed. 2003.

_____. *La pena como venganza razonable*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Italia. jul. 2009. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9pWLBPSH_wJ:portal.uclm.es/portal/pls/portal/PORTAL_IDP.PROC_FICHERO.DOWNLOAD%3Fp_cod_fichero%3DF557701777+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 23 jul. 2015.

ŽIŽEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real!* Cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003.

_____. *Contra os Direitos Humanos. Dossiê: direitos humanos – diversos olhares*. Disponível em: <<http://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/contra-os-direitos-humanos.pdf>>. Acesso em 13 dez 2014.