



**UNIVERSIDADE DA FORÇA AÉREA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS AEROESPACIAIS**

**ÉRIKA RIGOTTI FURTADO**

**O ALCANCE DAS NORMAS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL QUANTO  
ÀS HIPÓTESES DE EMPREGO DO PODER AÉREO BRASILEIRO**

Rio de Janeiro  
2014

ÉRIKA RIGOTTI FURTADO

**O ALCANCE DAS NORMAS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL QUANTO  
ÀS HIPÓTESES DE EMPREGO DO PODER AÉREO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Aeroespaciais da Universidade da Força Aérea, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Aeroespaciais.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Sandoval Góes

Rio de Janeiro  
2014

**Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da UNIFA**

Furtado, Érika Rigotti.

F992 O alcance das normas do tribunal penal internacional quanto às hipóteses de emprego do poder aéreo brasileiro / Érika Rigotti Furtado. – Rio de Janeiro: Universidade da Força Aérea, 2015.  
119 f.: il., enc.

Orientador: Guilherme Sandoval Góes.  
Dissertação (mestrado) – Universidade da Força Aérea, Rio de Janeiro, 2015.  
Referências: f. 111-119

1. Direito internacional. 2. Tribunal Penal Internacional. 3. Relações internacionais. 4. Poder aeroespacial. 5. Defesa nacional. I. Título. II. Góes, Guilherme Sandoval. III. Universidade da Força Aérea.

CDU: 341.4



UNIVERSIDADE DA FORÇA AÉREA  
MESTRADO EM CIÊNCIAS AEROESPACIAIS

ÉRIKA RIGOTTI FURTADO

O ALCANCE DAS NORMAS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL QUANTO ÀS  
HIPÓTESES DE EMPREGO DO PODER AÉREO BRASILEIRO

Dissertação aprovada pelos membros da Banca Examinadora, no dia 22 de agosto de 2014,  
como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Aeroespaciais pela  
Universidade da Força Aérea.

Rio de Janeiro, 22 de agosto de 2014.

BANCA EXAMINADORA

PROF. Dr. GUILHERME SANDOVAL GOES – CMT  
Escola Superior de Guerra

PROF. Dr. EDUARDO SOL OLIVEIRA DA SILVA  
Universidade da Força Aérea

PROF. Dr. CARLOS CÉSAR DE CASTRO DEONÍSIO  
Universidade da Força Aérea

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

**CF** - Constituição Federal

**DCA** - Doutrina do Comando da Aeronáutica

**DI** - Direito Internacional

**FAB** - Força Aérea Brasileira

**LC** - Lei Complementar

**ONU** - Organização das Nações Unidas

**PEMAER** - Plano Estratégico Militar da Aeronáutica

**TPI** - Tribunal Penal Internacional

## DEDICATÓRIA

Aos meus amores eternos,  
Dayve, Matheus e Vitória.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente aos meus pais, que desde sempre cultivaram em nosso lar o prazer da leitura e o gosto pelo saber. Agradeço a eles, ainda, assim como aos meus queridos irmãos, por terem representado o apoio indispensável para que fosse possível concluir com sucesso esta jornada, ao meu marido e aos meus filhos por terem suportado minhas longas ausências e me inspirado, tornando viável seguir em frente, ao meu orientador pela atenção dedicada a esta pesquisa e pela incondicional confiança em mim depositada, à Academia da Força Aérea pelo apoio irrestrito e pelo incentivo e, finalmente, a Deus por ter iluminado mais uma vez o meu caminho.

Todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem. Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe a maior vantagem possível. Chamamo-la Estado ou sociedade política.

Aristóteles (Política)

## RESUMO

A criação de um Tribunal Penal com jurisdição internacional, como organismo de proteção humanitária, representa o cume de um processo de transformação do cenário internacional em prol da defesa do ser humano. Entretanto, ainda perdura a autoridade do Estado-nação e com ela os preceitos da soberania. Os Estados, malgrado os limites traçados a partir do Direito Internacional Público, não perderam sua autonomia, especialmente no que concerne à defesa de suas fronteiras, divisas e interesses. Assim, a proposta do presente trabalho foi investigar de que maneira deverá se comportar o Estado brasileiro perante o embate entre a necessidade de salvaguardar a soberania nacional, por meio do emprego do poder aéreo, em contrapartida à defesa da dignidade da pessoa humana, como valor materializado na criação do Tribunal Penal Internacional. Ademais, o estudo em tela buscou verificar em que medida o acatamento da jurisdição deste Tribunal inibe o emprego do poder aéreo. A resposta a tais questões, obtida por meio de pesquisa exploratória de natureza bibliográfica, demonstrou encontrar-se no equilíbrio, embora frágil, das relações internacionais.

**Palavras-chave:** Tribunal Penal Internacional – Emprego do Poder Aéreo – Soberania – Relações Internacionais – Direitos Humanos

## **ABSTRACT**

The creation of an international jurisdiction Criminal Court, as an organ for humanitarian protection, represents the main part of a transformation process in the international scene in favor of the human beings. However, the Nation-state authority's still remains, and with it the precepts of sovereignty. The States, despite the limits established in the Public International Law, did not loose their autonomy, especially in subjects related to the defense of it's borders, currencies and interest. Thus, the purpose of this paper was to investigate how should the Brazilian State behave before the clash between the need to safeguard national sovereignty, through the use of air power, in contrast to the defense of human dignity, as a value materialized in the International Criminal Court's creation. Additionally, the study was going to search to what extent the obedience of this Court inhibits the use of air power. The answer to these questions, obtained through exploratory research bibliographic nature has shown to meet the equilibrium, although fragile, international relations

**Key-Words:** International Criminal Court – Employment Air Power – Sovereignty – International Relations – Human Rights

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A RELAÇÃO ENTRE OS ESTADOS</b> .....	15
1.1 Tribunal Penal Internacional e os Paradigmas Realista e Idealista.....	15
1.2 Maquiavelismo-Hobbesianismo <i>versus</i> Rousseanismo-Kantismo.....	17
1.2.1 Maquiavel – A Malignidade da Natureza Humana.....	18
1.2.2 Thomas Hobbes – O Estado de Natureza Estatal.....	22
1.2.3 Rousseau e Kant – O Ideal da Paz Perpétua.....	27
1.3 Proteção Humanitária e o Realismo.....	34
<b>2 TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	39
2.1 Estado de Direito e Soberania.....	39
2.2 O Direito Interno em face do Direito Internacional.....	45
2.2.1 Estado e Ordenamento Jurídico.....	45
2.2.2 As Teorias Dualista e Monista.....	48
2.2.3 A Integração dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	54
<b>3 A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A GUERRA</b> .....	62
3.1 A questão da guerra: a relação entre guerra e direito.....	62
3.2 O Tribunal Penal Internacional e a Jurisdição Internacional.....	71
3.2.1 Crimes de competência do Tribunal Penal Internacional.....	76
<b>4 O PODER AÉREO BRASILEIRO E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL</b> .....	82
4.1 O Poder Aéreo Brasileiro.....	82
4.2 Hipóteses Legais de Emprego do Poder Aéreo Brasileiro.....	85
4.2.1 Localização do Tema.....	89
4.2.2 Missões Precípua.....	90
4.2.3 Garantia da Lei e da Ordem.....	98
4.2.4 Missões Subsidiárias.....	100
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	108
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	111

## INTRODUÇÃO

A história humana, embora não tenha sido escrita somente por meio da guerra, desta teve a companhia constante. Desde antes da estruturação do convívio humano em uma sociedade organizada, tal qual a civilização grega, berço da cultura ocidental, os homens guerreavam entre si, ora para defender o fogo recém descoberto, ora para proteger os rebanhos e o território dos clãs em formação. A guerra, implacável e cruel, espelha a constante busca pelo poder presente no convívio humano:

O fenômeno do poder é certamente irreduzível. É possível apontar o que há de mais central - e oculto - em *seu processo*. Mas dizer-lhe o núcleo essencial é tarefa que esbarra numa sensação de multiplicidade, individual e socialmente dispersa, que nos assalta a cada passo como uma descoberta adolescente. Por isso, o poder se diz na política, na economia, no direito, na cultura, no amor, na ciência, na força, na persuasão, no convencimento, na vitória, na resistência e até na fraqueza e no desamparo.<sup>1</sup>

Esta constatação inspirou uma visão crua da relação entre os Estados, este outro fenômeno humano, esculpindo-se o realismo na política internacional, focada indubitavelmente na busca pelo poder, desprovida de volteios morais. Prova disso, as guerras travadas até meados do Século XX pouco se preocuparam com a proteção do ser humano, pois era o Estado e a política de poder o foco central das normas de convívio internacional.

As normas, importante frisar, assim como a guerra, integram a história humana de modo indissociável, pois importando o caos absoluto na destruição da própria espécie, assentem os homens com a criação de códigos de conduta e convívio. Semelhante necessidade sucede-se no cenário internacional, nascendo por isso o Direito Internacional das normas costumeiras entabuladas entre os Estados.

O lento processo de sedimentação do Direito Internacional traz consigo o vislumbre da necessidade de proteção do ser humano por meio de normas com força universal, intensificando-se esse fenômeno com o fim da Segunda Grande Guerra. Os Direitos Humanos e mais precisamente o Direito Humanitário, como a contraface da guerra, guardam o idealismo da crença na paz, acreditando na sensatez do ser humano, ainda que distante a eliminação da busca pelo poder.

---

<sup>1</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 2

Duas forças opostas, por conseguinte, digladiam-se na convivência entre os Estados, pois embora a soberania não mais possua o caráter absoluto de outrora, as normas de proteção humanitária igualmente não figuram como uma realidade global, a exemplo dos constates ataques à população civil nos conflitos da atualidade.

Diante do quadro ora desenhado, o presente trabalho encontrou sua motivação justamente no estudo desse choque de valores, representado de um lado pelo emprego do poder aéreo brasileiro, face que é da soberania nacional, e de outro pelo Tribunal Penal Internacional, materialização do processo de transformação das normas de proteção humanitária acima mencionado.

O Tribunal Penal Internacional, concebido a partir do Tribunal de Nuremberg, responsável pelo julgamento dos orquestradores do holocausto durante a Segunda Guerra Mundial, foi acolhido pelo Direito Brasileiro, com *status* de norma constitucional, daí interessar à Força Aérea, como instrumento de salvaguarda da soberania, e responsável pelo emprego do poder aéreo, conhecer o alcance das normas deste Tribunal.

Nesse escopo, o primeiro capítulo deste trabalho aborda o Tribunal Penal Internacional e a relação entre os Estados. Essa análise leva em conta o fato de o Estado-nação ainda figurar como ator central nas relações internacionais, de modo a demonstrar que, malgrado a relevância jurídica do TPI quanto ao processo de jurisdicionalização da proteção humanitária em escala global, a anarquia internacional impede se reconheça na figura deste uma autoridade com ascendência sobre os Estados. Como parâmetro investigativo, utiliza-se o contraste entre as teorias realista e idealista, cunhadas a partir do pensamento maquiavélico-hobbesiano e rousseauiano-kantiano respectivamente.

É com inspiração no pensamento de Maquiavel que nasce o paradigma realista e a visão do mundo sob o prisma da política de poder, máxime por afastar este autor qualquer escora moralista na condução dos negócios do Estado. Hobbes, por seu turno, contribui para complementar o paradigma em comento ao estruturar a ideia da transformação da sociedade a partir da passagem do estado de natureza para o estado civil, por meio da submissão ao Estado. Essa passagem, entretanto, incorre no cenário internacional, onde a anarquia é aplacada por normas de convívio que, malgrado sua relevância, são incapazes de descaracterizar por completo a força do poder soberano.

O paradigma idealista, de outro lado, consubstancia o ideal da paz perpétua defendido por Rousseau e Kant, numa visão menos pessimista do mundo, calcada na crença da viabilidade da paz a partir de concessões mútuas entre os Estados. Neste se inspira o Tribunal Penal Internacional, e daí seu indelével valor em termos jurídicos, muito embora, conforme se verá, não alcance ele, em face do realismo ainda imperante, a condição de autoridade supraestatal.

Deste modo, o segundo capítulo se preocupa com a questão jurídica em torno da penetração das normas do TPI no ordenamento jurídico brasileiro. Não sendo este Tribunal uma autoridade supraestatal, e funcionando com o apoio dos Estados signatários, o estudo leva em conta as teorias dualista e monista, que procuram explicar o fenômeno da integração entre o Direito Interno e a ordem jurídica internacional.

Enquanto para a teoria dualista as ordens jurídicas acima mencionadas funcionam de maneira independente, conferindo assim maior força às soberanias nacionais, as teorias monistas consideram o Direito como uma realidade única, dando ensejo à compreensão da integração entre as normas internas e internacionais. O TPI insere-se, pois, no âmbito das teorias monistas, seja pela complementaridade imprescindível ao seu funcionamento, seja por consistir em norma de proteção humanitária, objeto de especial atenção no direito pátrio.

Assim, o terceiro capítulo faz um apanhado geral acerca da jurisdição do TPI, considerando os principais aspectos do texto do Estatuto de Roma que o implementou. O estudo parte de uma breve análise a respeito da guerra, abarcando desde a concepção do conceito de guerra justa até a instituição da Organização das Nações Unidas, que tornou ilícito o recurso à força para a solução dos conflitos internacionais, quebrando o paradigma da razão absoluta do Estado. Isto porque o TPI e seu funcionamento devem ser compreendidos em face do cenário internacional, onde os meandros da política de poder se fazem presentes.

Finalmente, o último capítulo trata do alcance das normas do TPI quanto ao emprego do poder aéreo brasileiro, tendo em vista o elenco de atribuições extraído do texto constitucional, assim como da Lei Complementar nº 97/99, que dispõe acerca da organização, do preparo e do emprego das Forças Armadas. São identificadas, portanto, quatro hipóteses básicas de emprego: as precípuas, relativas à defesa da soberania e dos poderes constitucionais, as relacionadas com a garantia da lei e da ordem, as missões subsidiárias, cujo foco é

o exercício de atividades tipicamente de polícia judiciária, e as missões de paz a cargo da ONU.

A análise proposta leva em conta a extensão jurisdicional do TPI quanto aos delitos previstos no art. 5º do Estatuto de Roma - genocídio, crime contra a humanidade, crimes de guerra, crime de agressão. É pois, do cotejamento entre as hipóteses de emprego ora mencionadas e as normas do TPI, observadas sob o ângulo do cenário político internacional, máxime no que concerne à guerra, que se alcançam as respostas para a questão central deste trabalho: em que medida o acatamento da jurisdição deste Tribunal inibe o emprego do poder aéreo?

Tendo em vista a natureza da investigação proposta, é este um estudo fundado em pesquisa bibliográfica, a partir do eixo central das teorias realista e idealista das relações internacionais, combinadas com o envoltório jurídico que embasa o TPI e os limites jurisdicionais deste em face do direito interno, responsável por esculpir os contornos legais do emprego do poder aéreo.

Ressalte-se, por fim, não se pretender aqui o esgotamento do tema, mas apresentar, tão somente, uma abordagem que se acredita útil num momento no qual as discussões em torno da defesa nacional se fazem presentes em nossa sociedade.

## CAPÍTULO 1 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A RELAÇÃO ENTRE OS ESTADOS

### 1.1 Tribunal Penal Internacional e os Paradigmas Realista e Idealista

O Estatuto de Roma, em 1998, ao criar o Tribunal Penal Internacional, estabeleceu em seu art. 1º, que este “será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, (...) e será complementar às jurisdições penais nacionais.”<sup>2</sup>

Anteriormente à criação do Tribunal Penal Internacional dois outros Tribunais internacionais, de natureza *ad hoc*, tiveram destaque no cenário internacional, um deles relativo à antiga Iugoslávia e outro a Ruanda. Contudo, sobre estes Tribunais pendia como principal crítica a questão da legitimidade quanto à instauração, pois foram criados por meio de Resolução do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas.<sup>3</sup>

Por conseguinte, a instituição de um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente sanou em definitivo a questão da legitimidade para o julgamento de crimes graves de interesse internacional, representando, por isso, um importante progresso no que tange ao Direito Internacional Público.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> BRASIL, (2002). Brasília, Presidência da República. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma**. Artigo 1º. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em 21 out 2012

<sup>3</sup> O Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia, com sede em Haia (Países Baixos) foi instaurado em 1993 (Resolução nº 827 do Conselho de Segurança da ONU - <<http://www.icty.org>>) para julgar os atos cometidos no território da antiga Iugoslávia, agrupados nas seguintes categorias: violações graves às Convenções de Genebra de 1949; violações das leis e costumes de guerra; genocídio e crimes contra humanidade. Por seu turno, o Tribunal Internacional para Ruanda, com sede em Arusha (Tanzânia), foi criado para julgar os ataques do grupo étnico Hutu contra os Tutsi, em 1994 (Resolução nº 955 do Conselho de Segurança da ONU - <<http://www.unict.org>>).

Porém, conforme esclarece Lima “(...) as manobras interpretativas dos poderes concedidos pela Carta das Nações Unidas ao Conselho de Segurança propiciaram a formulação de questionamentos, notadamente na prerrogativa desse órgão em criar organismos jurisdicionais - Tribunais *ad hoc*.

(...) tanto o TPIY, como o TPIR, foram estabelecidos através de Resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança, órgão político da Organização das Nações Unidas. Por essa razão, vários foram os questionamentos formulados quanto à eleição desse particular mecanismo de criação de uma jurisdição internacional penal, assim como o porquê em estabelecer tribunais internacionais *ad hoc* para alguns casos, mas não o fazê-lo em outros semelhantes (como, por exemplo, Camboja e Serra Leoa). A justificativa mais plausível repousa na dinâmica da política de poder entre os membros permanentes desse órgão.” LIMA, Renata Mantovani de. **A Contribuição dos Tribunais Híbridos para o Desenvolvimento do Direito Internacional Penal**. Belo Horizonte, 2011, p. 71/72. Disponível em: <<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses>>. Acesso em 23 out 2012

<sup>4</sup> “O Tribunal Penal Internacional configura algo de espetacularmente novo: uma corte permanente, em grande medida imune a interferências políticas, que pode tomar a frente quando os países não são capazes de processar os acusados ou não se dispõem a fazê-lo, e à qual o Conselho de Segurança da ONU pode atribuir jurisdição em determinadas situações, em vez de precisar criar novos tribunais a cada episódio.” BYERS, Michel. **A Lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado**. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Record, 2007, p.181

O escopo do Tribunal Penal Internacional, portanto, é a proteção da “comunidade internacional em seu conjunto (art. 5º, 1)”<sup>5</sup>, competindo-lhe o julgamento dos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão, quando a atuação do Estado responsável pela apuração de quaisquer destes delitos demonstrar-se negligente ou inoperante.

A ideia da existência de uma comunidade internacional aponta para os preceitos norteadores desse Tribunal, cujo precedente histórico mais antigo é o Tribunal de Nuremberg, que ao termo da Segunda Guerra Mundial colocou no banco dos réus os grandes criminosos de guerra, por haverem cometido atrocidades contra a humanidade.<sup>6</sup>

Por conseguinte, os delitos que ferem a humanidade, ou a comunidade internacional, segundo o termo utilizado pelo Estatuto de Roma, são encarados pelo TPI como violações de cunho internacional por dizerem respeito à condição de ser humano de todos os homens que habitam o planeta. A individualização dos direitos no cenário internacional encontra no Tribunal de Nuremberg, conforme dito, um importante precedente, assim como na Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, pois segundo Bobbio<sup>7</sup>, este documento “inicia a passagem para uma nova fase do direito internacional, a que torna esse direito não apenas o direito de todas as gentes, mas o direito de todos os indivíduos”.

De ver-se, portanto, que o intuito dessa inovação no Direito Internacional Público, que se consubstancia no Tribunal Penal Internacional, é a proteção do ser humano, independente de sua nacionalidade, posto que as divisões territoriais que delimitam os Estados são meras fronteiras, e não barreiras à igualdade entre todos os homens.<sup>8</sup> Assim, a ideia deste Tribunal é estabelecer uma jurisdição internacional supranacional, vez que vislumbra no conjunto dos Estados uma comunidade internacional.

O conceito de comunidade internacional, preconizado pelo Estatuto de Roma, onde se pressupõe a colaboração entre os Estados em prol da

---

<sup>5</sup> BRASIL, (2002). Brasília, Presidência da República. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma**. Artigo 5º. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em 21 out 2012

<sup>6</sup> GONÇALVES, Joannisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946** A Gênese de uma Nova Ordem no Direito Internacional. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Renovar, 2001, p. 4

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus: Rio de Janeiro, 1992, p. 181

<sup>8</sup> MAGALHÃES, Teresa Calvet. **Somos do Mundo e não apenas no Mundo**. In CORREIA, Adriano e NASCIMENTO, Mariangela (organizadores). Hannah Arendt: Entre o Passado e o Futuro. Juiz de Fora: UFJF, 2008. p.78

igualdade e da convivência pacífica, tem em Immanuel Kant um de seus expoentes. Ao elaborar métodos para se alcançar a paz perpétua, Kant<sup>9</sup> afirma:

Já que agora a comunidade (mais estreita, mais larga), difundida sem exceção entre os povos da Terra, foi tão longe que a infração do direito em um lugar da Terra é sentido em todos, não é, assim, a ideia de um direito cosmopolita nenhum modo de representação fantasioso e extravagante do direito, mas um complemento necessário do código não escrito, tanto do direito de Estado como do direito internacional, para um direito público dos homens em geral e, assim, para a paz perpétua, da qual pode-se aprazer encontrar-se na aproximação contínua somente sob esta condição.

Ao ideal da paz perpétua e da comunidade internacional, base de inspiração do TPI, contrapõem-se as correntes realistas, cujos pensadores partem do princípio da existência de uma sociedade internacional e não propriamente de uma comunidade. Essa sociedade, malgrado busque um convívio ordenado<sup>10</sup>, é primordialmente anárquica, não havendo lugar para a igualdade, pois o que os Estados almejam é a salvaguarda de seus próprios interesses. Nesse sentido, a proteção dos direitos do homem somente faz sentido se os mecanismos para tal utilizados não afetarem os interesses traçados pelos Estados.

Deste modo, tomando-se como eixo temático a discussão entre o ideal preconizado pelo TPI e as correntes realistas, partidárias da anarquia internacional, o presente capítulo procurará verificar até que ponto este importante Tribunal pode ser encarado como uma norma de caráter supranacional, com jurisdição global. Para tanto, será feita uma breve análise do embate entre o maquiavelismo-hobbesianismo *versus* rousseanismo-kantismo que serve de fundamento básico para a compreensão do ideal do TPI e as críticas que lhes são feitas.

## 1.2 Maquiavelismo-Hobbesianismo *versus* Rousseanismo-Kantismo

O embate em questão coloca frente a frente o realismo e o idealismo como paradigmas centrais da relação entre os estados. O realismo encontra seus rudimentos em Maquiavel e Hobbes, que serão analisados como forma de compreensão da anarquia internacional e das questões focadas na busca pelo poder. De outro lado, Rousseau e Kant darão o tom do idealismo, tendo em vista suas teorias acerca da possibilidade de paz perpétua, representando, assim, os

<sup>9</sup> KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Tradução Marco Zingano. Porto Alegre: Editora L&PM, 2011, p.41

<sup>10</sup> BULL, Redley. **A Sociedade Anárquica**. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 2002, p.63. Coleção Clássicos IPRI

fundamentos do que o Estatuto de Roma denomina comunidade internacional, como antônimo da anarquia.

### 1.2.1 Maquiavel – A Malignidade da Natureza Humana

Nicolau Maquiavel nasceu em 1469 tendo vivido até 1527, período entre o fim da Idade Média e o início da era moderna, marcado politicamente pela formação dos Estados Nacionais, a decadência do feudalismo e o surgimento da burguesia. O Renascimento determina outra guinada fundamental deste momento da história, ensejando o abandono das ideias teocentristas e a ascensão do antropocentrismo, que ganha força e abre caminho para o movimento protestante, que irá contribuir de forma indelével para a transformação da Europa.<sup>11</sup>

Em sua obra mais famosa, o *Príncipe* (1532), dedicada aos Médicis e escrita numa conturba Itália ainda não unificada, Maquiavel discorre acerca das formas pelas quais um príncipe pode vir a assumir o poder, sendo elas a conquista, a hereditariedade ou um misto destas duas. Reconhece, porém, que na manutenção do poder é que reside a verdadeira complexidade da arte de governar.<sup>12</sup> Nesse sentido, destaca dois pressupostos fundamentais para o sucesso do príncipe na conservação do poder conquistado: a fortuna e a virtude.

A ideia de fortuna associada à predestinação divina, imposta pelos dogmas da Igreja católica, é questionada por Maquiavel ao afirmar que “para que nosso livre-arbítrio não seja extinto, julgo poder ser verdade que a sorte seja árbitro da metade de nossas ações, mas que ainda nos deixe governar a outra

---

<sup>11</sup> O protestantismo tem em Lutero e Calvino dois grandes expoentes. Lutero, monge agostiniano alemão, nascido em 1483, decide protestar, por volta de 1517, contra as indulgências, utilizadas pela Igreja como fonte de arrecadação de verbas para a construção da catedral de São Pedro, em Roma, bem como contra outras práticas papais que considerava inadequadas. Passou a pregar que a frequência aos sacramentos não era o centro da prática religiosa, mas sim a fé em Jesus Cristo, enfatizando, assim, a questão da consciência individual. Em decorrência de sua postura contrária à Igreja, Lutero foi excomungado. O pensamento de Lutero gerou distúrbios na Alemanha, sanados com o Tratado de Paz de Augsburgo, de 1555, que previu a divisão da Alemanha entre protestantes e católicos. Da fragmentação religiosa gerada a partir do protestantismo luterano, surge na Suíça, em 1530, o pensamento calvinista, mais radical que o luterano, e que se alastrou por outros países da Europa, como a França, os Países Baixos e a Escócia. Esses movimentos partiram a Europa entre duas correntes protestantes e o catolicismo, ensejando a Contra-Reforma e fornecendo combustível para a Guerra dos Trinta Anos, que somente se encerraria em 1648, com os Tratados de Westfália. ROBERTS, J.M. **O Livro de Ouro da História do Mundo: da Pré-História à Idade Contemporânea**. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. 8ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 459-469

<sup>12</sup> "Afirimo, portanto, que, nos Estados hereditários e afeiçoados à linhagem de seu príncipe, são bem menores as dificuldades em mantê-los do que nos novos, porque basta não preterir os costumes dos antepassados e, depois, saber governar de acordo com as circunstâncias, de modo que, se tal príncipe for dotado de ordinária capacidade, sempre se manterá no poder, a menos que uma extraordinária e excessiva força venha a privá-lo dele." MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3ª edição. Tradução: Ciro Mioranza. São Paulo: Editora Escala, 2008, p.21  
"[...] nos principados totalmente novos, onde existe um novo príncipe, encontra-se maior ou menor dificuldade para mantê-los, segundo seja mais ou menos virtuoso aquele que os conquista." Idem. p.44

metade, ou quase.”<sup>13</sup> Por conseguinte, acredita que a virtude do príncipe é capaz de conquistar a fortuna. A virtude de um príncipe é medida pela sua sapiência, esclarecendo a esse respeito Sadek<sup>14</sup> que “(...) a qualidade exigida do príncipe que deseja se manter no poder é sobretudo a sabedoria de agir conforme as circunstâncias. Devendo, contudo, aparentar possuir as qualidades valorizadas pelos governados.”

A relação com o poder, porém, é algo a ser conduzido com precaução, visto que, para Maquiavel, a natureza do homem é essencialmente má<sup>15</sup>. À malignidade humana acrescenta Maquiavel o eterno duelo de forças instaurado no âmago do convívio humano, representado pelo antagonismo entre aqueles que dominam e os que são dominados.

Por conseguinte, vislumbra na dominação e exercício do poder segundo os ditames da virtude e da fortuna o meio de controlar a anarquia social. Nesse sentido, conclui Chalita<sup>16</sup> ao comentar a questão do poder na obra de Maquiavel:

O Estado não tem mais a função de assegurar a felicidade e o cultivo das virtudes, como afirmavam os gregos, em especial Aristóteles. O Estado tampouco é uma preparação dos homens para o Reino de Deus. (...) O Estado ou poder são domínio dos homens, embora existam circunstâncias que interferem na obtenção e manutenção do poder.

Importante notar que o raciocínio utilizado por Maquiavel não se limita à condução dos dominados pelo príncipe nos seus limites territoriais, pois a todo tempo faz lembrar aos príncipes que as ameaças exteriores também podem retirar-lhes o poder. Nas palavras do autor, “na realidade, um príncipe deve ter dois temores: um de ordem interna, da parte de seus súditos; outro de natureza externa, da parte dos potentados estrangeiros. Destes se defende com boas armas e bons amigos.”<sup>17</sup> Corolário, no âmbito do convívio entre os Estados a lógica da malignidade

<sup>13</sup> Ibidem, p. 145

<sup>14</sup> SADEK, Maria Tereza. **Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna o intelectual de virtú.** In WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da Política:** Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O “Federalista”. 13ª edição.. São Paulo: Ática, 2006, p. 23. 1º Volume Série Fundamentos

<sup>15</sup> Seu “diálogo” com os homens da antiguidade clássica e sua prática levam-no a concluir que por toda parte, e em todos os tempos, pode-se observar a presença de traços humanos imutáveis. Daí afirmar, os homens “são ingratos, volúveis, simuladores, covardes ante os perigos, ávidos de lucro” (O príncipe, cap. XVII). E estes atributos negativos compõem a natureza humana e mostram que o conflito e a anarquia são desdobramentos necessários dessas paixões e instintos malévolos. MAQUIAVEL, Nicolau. Op. cit., p. 19

<sup>16</sup> CHALITA, Gabriel. **O Poder: Reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie.** 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 82

<sup>17</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. Op. cit., p. 112

humana e da anarquia se repete, visto que estes nada mais são que aglomerados humanos separados por suas fronteiras e culturas.<sup>18</sup>

Assim, se os fins justificam os meios na relação de dominação estabelecida entre o príncipe e os seus súditos, igualmente justificam os caminhos escolhidos pelo príncipe para defender os interesses de seu Estado frente às ameaças oriundas das nações estrangeiras, garantindo-lhe a manutenção do poder:

(...) na conduta dos homens, especialmente dos príncipes, contra a qual não há recurso, os fins justificam os meios. Portanto, se um príncipe pretende conquistar e manter um Estado, os meios que empregue serão sempre tidos como honrosos e elogiados por todos<sup>19</sup>.

O pensamento de Maquiavel, portanto, é cunhado de forma realista, apartando da conduta estatal os aspectos da moral, seja interna ou externamente. Logo, a obediência aos critérios morais é dispensável se se interpõem entre os interesses do príncipe e a efetiva concretização destes.

Desta feita, é na trilha de Maquiavel, que seguem as Teorias Realistas, que apontam como ator central das relações internacionais o estado-nação.<sup>20</sup> Assim é que Morgenthau<sup>21</sup>, em 1948, lança sua teoria realista, num cenário internacional destroçado pela Segunda Guerra Mundial e a caminho da Guerra Fria. Ao lançar as bases do realismo em seis princípios basilares, assevera que este “recorre mais a precedentes históricos do que a princípios abstratos e tem por objetivo a realização do mal menor em vez do bem absoluto<sup>22</sup>.”

Consoante o primeiro princípio da teoria de Morgenthau “a política, tal como a sociedade em geral, é governada por leis objetivas que lançam as raízes na natureza humana.”<sup>23</sup> Corolário, os instintos humanos, como o de sobrevivência, sendo integrantes da natureza humana, são reproduzidos na condução da vida política.

Para o realismo, a teoria consiste em verificar os fatos e dar a eles um sentido, mediante o uso da razão. O realismo parte do princípio de que a

<sup>18</sup> “É unânime a aceitação da necessidade do elemento pessoal para a constituição do Estado, uma vez que sem ele não é possível haver Estado e é para ele que o Estado se forma.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 95

<sup>19</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. Op. cit. p. 108

<sup>20</sup> “Os realistas e os neo-realistas continuam a privilegiar o estado-nação como unidade central das relações internacionais. O estado-nação aparece assim como actor racional que procura o seu interesse nacional (concebido em termos de poder) no contexto de uma sociedade anárquica, ou seja, um sistema internacional de auto-ajuda no qual a segurança, definida como sobrevivência, se mantém no topo da lista das prioridades do estado.” DOUGHERTY, James E. PFALTZGRAFF JR, Robert L. **Relações Internacionais: As Teorias em Confronto**. Tradução: Marcos Faria Ferreira et al. Lisboa: Editora Gradiva, 2003, p. 42

<sup>21</sup> MORGENTHAU, Hans J. **A Política entre as Nações**. Tradução: Oswaldo Biato. Brasília: Editora UNB, 2003. Clássicos IPRI

<sup>22</sup> Idem, p. 4

<sup>23</sup> Idem, p.4

natureza de uma determinada política externa só pode ser averiguada por meio do exame dos atos políticos realizados e das consequências previsíveis desses atos. Desse modo, torna-se possível descobrir o que os políticos realmente fizeram. Do exame das consequências previsíveis de seus atos podemos presumir quais teriam sido os seus objetivos.<sup>24</sup>

O segundo princípio determina que “a principal sinalização que ajuda o realismo político a encontrar o seu caminho em meio à paisagem da política internacional é o conceito de interesse definido como poder.”<sup>25</sup> Este princípio é fundamental para a teoria realista, dado que reconhece que os estados vivem no cenário internacional uma eterna luta pelo poder. Decorre deste princípio, igualmente, o afastamento da análise política da preocupação com a busca pela motivação das decisões tomadas pelos atores internacionais, assim como com o descortinamento de preferências ideológicas, pois será a racionalidade crua da busca pelo poder o âmago invariável das ações na política externa.

“Uma vez que a aspiração pelo poder é o elemento distintivo da política internacional, como, aliás, de qualquer atividade política, a política internacional consiste necessariamente em política do poder.”<sup>26</sup> O terceiro princípio, portanto, completa o segundo, pois afirma o autor:

(...) o realismo considera que seu conceito chave de interesse definido como poder é um categoria objetiva com validade universal. A noção de interesse faz parte realmente da essência da política, motivo por que não se vê afetada pelas circunstâncias de tempo e lugar.<sup>27</sup>

Por seu turno, o quarto princípio preconiza que “os princípios morais universais não podem ser aplicados às ações dos Estados em sua formulação universal abstrata, mas que devem ser filtrados por meio de circunstâncias concretas de tempo e lugar”.<sup>28</sup> Acrescenta ao raciocínio enunciado no quarto princípio a questão da prudência, afirmando que “a ética, em abstrato, julga uma ação segundo a conformidade da mesma com a lei moral: a ética política julga uma ação tendo em vista as consequências políticas,”<sup>29</sup> numa formulação teórica em total consonância com o pensamento maquiavélico.

No quinto princípio assevera: “o realismo político recusa-se a identificar as aspirações morais de uma determinada nação com as leis morais que

---

<sup>24</sup> Ibidem, p. 6

<sup>24</sup> Idem, p. 6

<sup>26</sup> Idem, p.60

<sup>27</sup> Idem, p. 16

<sup>28</sup> Idem, p. 20

<sup>29</sup> Idem, p. 20/21

governam o universo.”<sup>30</sup> Por conseguinte, reconhece que o sistema internacional é inteiramente anárquico, não se submetendo a qualquer sistema de regras, sejam de cunho moral ou jurídico.

(...) é exatamente o conceito de interesse definido em termos de poder que nos salva, tanto daquele excesso moral, como da loucura política, porque, se considerarmos todas as nações, inclusive a nossa, como entidades políticas em busca de seus respectivos interesses definidos em termos de poder, teremos condições de fazer justiça a todas elas.<sup>31</sup>

Por derradeiro, o sexto princípio enuncia a autonomia do realismo na esfera internacional, de modo a separar a política interna da externa, acreditando que o acatamento às leis e a subsunção ao estado de direito se limitam às ações governamentais internas, pois no cenário internacional vigem as regras da política focada no interesse entendido como poder.

O realista político não ignora a existência nem a relevância de padrões de pensamento que não sejam os ditados pela política. Na qualidade de realista político, contudo, ele tem de subordinar esses padrões aos de caráter político e ele se afasta as outras escolas de pensamento quando estas impõem à esfera política quaisquer padrões de pensamento apropriados a outras esferas. É com relação a esse ponto que o realismo político discorda do “enfoque moralista-legal” quando aplicado à política internacional.<sup>32</sup>

Do exposto, verifica-se que o paradigma realista, inspirado na filosofia de Maquiavel, possui como características a separação entre a política interna e a política externa, o foco no estado-nação como principal ator no cenário internacional, e finalmente, a busca pelo poder, com o reconhecimento do uso da força como alternativa lícita para tanto.

A fim de complementar o raciocínio até então desenvolvido, passa-se à análise do pensamento de Thomas Hobbes, e do elemento essencial a ser extraído para a compreensão do embate supra referido, entre os partidários de Maquiavel e Hobbes, de um lado, e de Rousseau e Kant de outro: o estado de natureza.

## 1.2.2 Thomas Hobbes – O Estado de Natureza Estatal

Das diversas maneiras de se analisar o *Leviatã*, de Thomas Hobbes, dada a riqueza filosófica dessa obra, interessa aqui um importante aspecto

---

<sup>30</sup> Ibidem, p. 21

<sup>31</sup> Idem, p. 22

<sup>32</sup> Idem, p. 23

desenvolvido pelo autor e que se reflete nas modernas teorias das relações internacionais: o estado de natureza.

Hobbes, assim como Maquiavel, utiliza a natureza humana como ponto de partida para sua análise política. Maquiavel, conforme visto, rompe com a ideia do homem essencialmente bom, feito à imagem e semelhança de Deus, quebrando um paradigma vigente desde o século V a.C., quando Aristóteles defendia a ideia do homem como *animal político*.<sup>33</sup>

A inclinação do homem para a convivência em sociedade é posta de lado por Hobbes, igualmente arrostando o paradigma greco-cristão do homem como *animal político*. Segundo a visão hobbesiana:

(...) os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito. Porque cada um pretende que seu companheiro lhe atribua o mesmo valor que ele se atribui a si próprio e, na presença de todos os sinais de desprezo ou de subestimação, naturalmente se escorça, na medida em que a tal se atreva (o que, entre os que não tem um poder comum capaz aos outros), por arrancar de seus contendores a atribuição de maior valor, causando-lhes dano, e dos outros também, através do exemplo.<sup>34</sup>

Demais disso, no estado de natureza, onde vigem as leis naturais, na defesa de seus interesses, tudo pode o homem contra o homem, pois não conhecendo a dimensão real da ameaça que parte do outro, é-lhe lícito lançar mão de todos os recursos que a lei da natureza lhe oferta. Assim, malgrado identifique três causas principais de discórdia entre os homens, a competição, a desconfiança e a glória, é na defesa da própria vida que subsiste a razão primordial para a passagem do homem do estado de natureza para o estado contratual.

Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a constate de travar batalha é suficientemente conhecida. Portanto a noção de *tempo* deve ser levada em conta quanto à natureza da guerra, do mesmo modo que quanto à natureza do clima. Porque tal como a natureza do mau tempo não consiste em dois ou três chuviscos, mas numa tendência para chover que dura vários dias seguidos, assim também a natureza da guerra não consiste na luta real, mas na conhecida disposição para tal, durante todo o tempo em que não há garantia do contrário. Todo o tempo restante é de paz.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> ARISTÓTELES. *Política*. 6ª edição. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011, p. 54

<sup>34</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã* ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 2ª edição. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Abril, 1979, p. 75. Coleção os Pensadores

<sup>35</sup> Idem. p. 75/76

O Leviatã de Hobbes, por conseguinte, é o símbolo da redenção do homem a uma estrutura política capaz de aplacar a condição de sobressalto permanente experimentado no estado de natureza. Para tanto, considera como essencial a adoção, primeiramente, daquilo que classifica como a segunda lei fundamental da natureza:

*(...) que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo.*

(...) De modo que a consequência que redundava para um homem da desistência de outro a seu direito é simplesmente uma diminuição equivalente dos impedimentos ao uso de seu próprio direito original.<sup>36</sup>

De notar-se que, somente existirá um contrato quando estabelecida a transferência mútua de direitos entre as partes, logo, há a necessidade de garantias para que a regra alhures anunciada por Hobbes alcance validade. Portanto, conforme enfatiza Ribeiro<sup>37</sup> não basta o fundamento jurídico, pois “é preciso que exista um Estado dotado de espada, armado, para forçar os homens ao respeito. (...) cada um receberá o que o soberano determinar”.

Porque as leis de natureza (como a *justiça*, a *equidade*, a *modéstia*, a  *piedade*, ou, em resumo, *fazer aos outros o que queremos que nos façam*) por si mesmas, na ausência do temo de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém.<sup>38</sup>

Complementando este importante aspecto da ideia contratual extraída de Hobbes, esclarece Ribeiro<sup>39</sup>:

Na verdade, há pactos que valem mesmo quando não há um poder estatal. Em síntese, não valem os pactos em relação aos quais é razoável e racional supor que possam ser violados pela outra parte; e valem aqueles para os quais tal desconfiança não tem base. (...). Somente merece descrédito, quando não há poder de Estado, o pacto no qual nenhuma das partes cumpriu ainda o que haveria de fazer.

Do pacto firmado entre os homens, no intuito de auto preservarem-se, nasce o Estado, como forma de reunir em um só homem, ou numa assembleia, o poder de conduzir a vida dos homens, de modo a “defende-los das

<sup>36</sup> Ibidem. p. 79

<sup>37</sup> RIBEIRO, Renato Janine. **Hobbes: medo e esperança**. In WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O “Federalista”. 13ª edição. São Paulo: Ática, 2006, p. 61. 1º Volume Série Fundamentos

<sup>38</sup> HOBBS, Thomas. Op. cit. p. 103

<sup>39</sup> RIBEIRO, Renato Janine. **Thomas Hobbes, ou: a paz contra o clero**. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar>> Acesso em 21 mai 2013.

invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos (...).<sup>40</sup>

Corolário deste contexto, brota a ideia de soberania, e o Leviatã de Hobbes é a personificação deste poder:

É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como outrora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Àquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos<sup>41</sup>.

Lembre-se que Hobbes escreve à época da consolidação dos Estados absolutos e da contestação do poder da Igreja Católica. Esclarece Matias<sup>42</sup>, ao abordar o nascimento da soberania e do Estado moderno, que mesmo após o colapso do feudalismo, o poder interno dos monarcas não se consolidaria sem o reconhecimento externo da exclusividade deste poder. Tal intento foi alcançado com a paz de Westfália, celebrada em 1648, encerrando a Guerra dos Trinta Anos.

A Guerra dos Trinta Anos marcou o século XVII, considerado pelos historiadores como “um século de estagnação ou até mesmo decréscimo demográfico e econômico”.<sup>43</sup> Era o século barroco, inquisitorial, da Contra-Reforma e das guerras religiosas, cujo ápice é representado pela Guerra dos Trinta Anos, que embora tenha destruído a Europa, estabeleceu “um novo tipo de regulamentação das relações internacionais em que o princípio do interesse nacional substituiu a confissão religiosa”.<sup>44</sup> A soberania, com o reconhecimento da igualdade e da independência dos Estados é, portanto, consequência deste momento da História, onde atinge seu auge.<sup>45</sup>

Inobstante, a soberania não garante a paz entre os Estados, do contrário, promove a noção de separação entre os povos, transportando para o cenário internacional o mesmo sobressalto presente no estado de natureza descrito

<sup>40</sup> HOBBS, Thomas. Op. cit. p. 105

<sup>41</sup> Idem p. 106

<sup>42</sup> MATIAS, Eduardo Felipe P. **A Humanidade e suas Fronteiras**: do Estado soberano à sociedade global. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2010, p. 35.

<sup>43</sup> Carneiro, Henrique. **Guerra dos Trinta Anos**. in MAGNOLI, Demétrio (organizador). **História das Guerras**. 3ª edição. São Paulo: Editora Contexto, 2006, p. 163.

<sup>44</sup> Idem. P. 164

<sup>45</sup> "Como consequência do término da guerra, estabeleceu-se não só novo equilíbrio de poder, mas uma nova regra do jogo das relações internacionais. Por isso, os Tratados de Westfália, cuja assinatura em 1648 encerrou a Guerra dos Trinta Anos, são vistos como o marco na construção da ordem europeia moderna em que a "razão de Estado" sobrepõe-se aos princípios religiosos medievais da soberania universal do Papado, que haviam sido a base das grandes monarquias nacionais." Idem p.164

por Hobbes ao mencionar a condição humana anteriormente à criação do Estado. É esta insegurança relativa aos planos do vizinho que leva os Estados a uma predisposição constante para a guerra:

Mas mesmo que jamais tivesse havido um tempo em que os indivíduos se encontrassem numa condição de guerra de todos contra todos, de qualquer modo em todos os tempos os reis, e as pessoas dotadas de autoridade soberana, por causa de sua independência vivem em constante rivalidade, e na situação e atitude de gladiadores, com as armas assestadas, cada um de olhos fixos no outro; isto é, seus fortes, guarnições e canhões guardando as fronteiras de seus reinos, e constantemente com espíões no território de seus vizinhos, o que constitui uma atitude de guerra.<sup>46</sup>

A predisposição para a guerra, decorrente da insegurança presente no “estado de natureza estatal” determina a aceitabilidade do ardil, do estratagema e da coerção como mecanismos de salvaguarda e obtenção da vitória, nas disputas travadas entre os Estados:

Desta guerra de todos os homens contra todos os homens também isto é consequência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça. Na guerra, a força e a fraude são as duas virtudes cardeais.<sup>47</sup>

A visão de Hobbes acerca da relação entre os Estados, portanto, corrobora o pensamento dos defensores da anarquia no cenário internacional, mormente no que tange à predisposição para a guerra. Ao contrário do Leviatã, que consiste no reconhecimento de uma autoridade sobre os habitantes de determinado território, no escopo de aplacar o estado de natureza, inconcebível para os partidários da anarquia internacional postura semelhante, desacreditando a possibilidade de concepção de uma autoridade global, com ascendência sobre todos os Estados. Isto porque a anarquia corresponde ao “estado de natureza” hobbesiano, na medida em que os estados procuram proteger seus interesses e alcançar o maior poder possível.

Importante destacar, contudo, que não obstante se reconheça a anarquia no cenário internacional, não se arrosta a ideia de uma sociedade internacional, conforme preconizado por Hedley Bull, pois esclarece que “o ponto de partida para as relações internacionais é a existência de estados, comunidades políticas independentes, cada uma das quais possui um governo, e afirma a sua soberania com relação a uma parte da superfície terrestre e um segmento

---

<sup>46</sup> HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 77

<sup>47</sup> Idem, p. 77

humano.”<sup>48</sup> Estes Estados buscam uma ordem nas suas relações, baseadas num padrão de comportamento sustentado por objetivos elementares ou primários da sociedade de estados, dentre os quais o reconhecimento da soberania e a segurança.

Logo, haveria um acordo tácito entre os Estados para a manutenção das necessidades básicas indispensáveis à própria existência, acordo este, no entanto, incapaz de desconfigurar a anarquia, pois a busca pelo poder e a defesa dos interesses peculiares a cada estado não desaparecem. Assim, para o autor, a sociedade de toda a humanidade ainda é algo inexistente, visto que ainda se pensa na ordem na política mundial considerando-se a existência de um sistema interno e um sistema entre os estados.<sup>49</sup>

Mesmo no auge de uma grande guerra ou conflito ideológico, a ideia de sociedade internacional não desaparece, embora possa ser negada pelos pronunciamentos dos estados conflitantes, cada lado tratando o outro como forasteiro do quadro de uma sociedade comum; essa ideia simplesmente perde visibilidade, mas continua a influenciar a prática dos Estados.<sup>50</sup>

Deste modo, no contexto do pensamento maquiavélico-hobbesiano acerca das relações entre os estados, o Tribunal Penal Internacional, como um aporte jurídico-legal tendente a concretizar os ideais de uma comunidade internacional, não possui validade. Sendo anárquico o cenário internacional e pautado no realismo, onde o estado-nação é o único ator relevante, buscando constantemente a defesa de seus interesses traduzidos como obtenção de poder, inviável a pretensão de se instituir, na figura de um Tribunal Internacional, uma autoridade com ascendência global.

A fim de cotejar esta posição com aquela defendida pela corrente firmada no pensamento de Rousseau e Kant, passa-se à análise destes autores no tocante às relações internacionais.

### 1.2.3 Rousseau e Kant – O Ideal da Paz Perpétua

Jean-Jacques Rousseau nasceu em Genebra, em 28 de junho de 1712, período em que floresciam os ideais liberais rumo à reviravolta na história do Estado moderno, representada pelo crescente questionamento do poder absoluto

---

<sup>48</sup> BULL, Hedley. Op. cit. p. 13

<sup>49</sup> Idem, p. 31

<sup>50</sup> Idem, p. 53/54

dos monarcas. O liberalismo político planta a semente da contestação da postura do Estado, que a tudo provê e dirige, fazendo germinar os anseios por liberdade, igualdade e fraternidade, que começam a amadurecer com a Revolução Francesa<sup>51</sup>.

Concebendo a formação do Estado a partir de um pacto firmado entre os integrantes de uma comunidade humana, assim como o fizeram Hobbes e Locke, Rousseau deles se distancia quando afirma a igualdade entre as partes contratantes. Preocupa-se, assim, primordialmente, com a questão da legitimidade do exercício do poder pelo soberano, cujo alicerce é a vontade popular.

O soberano, sendo formado tão-somente pelos particulares que o compõem, não visa nem pode visar interesses contrários ao deles e, conseqüentemente, o poder soberano não necessita de qualquer garantia em face de seus súditos, por ser impossível ao corpo desejar prejudicar a todos os seus membros.<sup>52</sup>

A questão da igualdade é fundamental na obra de Rousseau, pois proporciona o abandono da ideia de um Estado considerado como um fim em si mesmo:

Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça, todavia, senão a si mesmo e fique tão livre como antes.

Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social.

(...) a alienação total de cada sócio, com todos seus direitos, a toda comunidade; pois, dando-se cada um por inteiro, para todos é igual a condição, e, sendo ela para todos igual, ninguém se interessa em torna-la aos outros onerosa.<sup>53</sup>

Rousseau, ao contrário de Hobbes, acredita que o homem é naturalmente “pacífico e medroso”, e somente ao “ingressar na vida social, com outros homens, ele decide atacar, e só se torna soldado depois que é cidadão.<sup>54</sup>” Corolário, Rousseau não acredita na guerra de todos contra todos como algo natural, inerente à conduta dos homens.

---

<sup>51</sup> Segundo Bobbio, o legado fundamental encontrado na Declaração de Direitos, fruto da Revolução Francesa de 1789, é o rompimento com a lógica do poder político até então vigente (soberano e súditos) forjando as bases do individualismo (que gerará os preceitos democráticos futuros). Tal individualismo dá ao homem a primazia dos direitos que, somente depois, serão exercidos no seio de uma sociedade. Destaca, assim, que a Declaração de Direitos francesa propiciou a passagem do individualismo (Estado Liberal) para as reivindicações coletivas (Estado Democrático) e posteriormente para as reivindicações sociais (Estado Social). “De modo geral, a afirmação de que o homem enquanto tal, fora e antes da formação de qualquer grupo social, tem direitos originários representa uma verdadeira reviravolta tanto na teoria quanto na prática políticas. BOBBIO Norberto. **A Era dos Direitos**. Op. cit. p. 116

<sup>52</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social** ou Princípios do Direito Político. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, p. 33.

<sup>53</sup> Idem p. 51.

<sup>54</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as Relações Internacionais**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 2003, p. 47/48. Coleção Clássicos IPRI

Embora reconheça o estado de natureza estatal, nas condições em que a Europa de sua época se encontrava<sup>55</sup> aponta como único entrave para a superação deste estado, em prol da defesa dos direitos humanos, a inexistência de uma vontade geral, capaz de impor uma autoridade acima da soberania dos Estados.

Se há uma forma de conciliar essas contradições perigosas, ela é uma modalidade de governo federativo, que une as nações com vínculos semelhantes aos que já unem os seus membros individuais, colocando ambos sob a autoridade da Lei. Independente disso, essa forma de governo parece ter vantagens sobre todas as demais, por combinar as conveniências dos Estados de pequenas dimensões com as dos grandes, com o poder necessário para impor respeito aos vizinhos, para sustentar a supremacia da Lei; porque esta é a única força capaz de controlar igualmente os súditos, os governantes e os estrangeiros.<sup>56</sup>

Discorre, assim, sobre o Projeto de Paz Perpétua na Europa, elaborado pelo Abade de Saint-Pierre<sup>57</sup>, na segunda década do século XVIII, com cautela. Malgrado proclame a indizível beleza do projeto<sup>58</sup>, põe em dúvida a sua eficácia nos moldes então traçados, ao concluir com as seguintes palavras sua crítica a respeito da proposta firmada:

Nenhuma confederação poderia jamais ser criada a não ser por meio de uma revolução. Assim, quem ousaria afirmar se devemos desejar ou temer uma confederação europeia? Ela talvez provocasse mais danos em um só momento do que os prejuízos que pudesse evitar ao longo de muito tempo.<sup>59</sup>

A dúvida levantada por Rousseau prende-se, justamente ao fato de julgar necessária uma guerra (revolução) para impor a paz, posto inexistente consenso geral entre os soberanos a respeito das vantagens da paz perpétua.

<sup>55</sup> “Teríamos levado tanto tempo para ver que, como cada um de nós se encontra no estado civil com respeito aos concidadãos, mas no estado da natureza no que se refere ao resto do mundo, tomamos todos os tipos de precaução contra as guerras privadas mas incentivamos a guerra entre as nações, mil vezes mais terrível? E que, ao reunir em um Estado determinado grupo de homens, o que fazemos foi declarar-nos inimigos de toda a raça humana?” Ibidem p. 72.

<sup>56</sup> Idem. p.72

<sup>57</sup> O Projeto para Tornar Perpétua a Paz na Europa foi escrito pelo Abade de Saint-Pierre em 1712 no intuito de fornecer as bases para a unificação da Europa na forma de uma confederação de Estados, considerando o conturbado período da história europeia, onde as guerras de conquista eram constantes. O Projeto é escrito na forma de artigos, cujo núcleo são os cinco artigos fundamentais de natureza imutável. Para o Abade, somente se alcançaria a paz perpétua se os soberanos passassem a respeitar os artigos de seu Projeto. O pensamento esposado no Projeto filia-se à corrente pan-europeia, que buscava encontrar instrumentos para eliminar as guerras no continente europeu, promovendo a conciliação entre o poder do Papa e o dos soberanos. Portanto, as motivações do Abade são decorrência de sua inquietação quanto ao equilíbrio do poder no continente europeu, e a manutenção do *status quo*. Propõe, assim, a Santa Aliança entre os Estados cristãos. A análise firmada por Jean-lacques Rousseau, sobre o Projeto de Paz Perpétua do Abade de Saint-Pierre, reinaugura os debates sobre a paz, bem como acerca da necessidade de estabilidade nas relações internacionais na Europa cristã. SAINT-PIERRE. **Projeto para Tornar Perpétua a Paz na Europa**. Tradução: Sérgio Duarte. Brasília: Editora UNB, 2003. Coleção Clássicos IPRI

<sup>58</sup> “Com os olhos da imaginação vejo todos os homens vinculados pelos laços do amor. Convoco mentalmente uma fraternidade gentil e pacífica, vivendo em permanente harmonia, guiados todos pelos mesmos princípios, encontrando cada um a sua felicidade na felicidade geral. E ao deter-me neste quadro tocante a ideia de uma felicidade imaginária me dará por alguns instantes a falsa sensação do gozo de felicidade real.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 71.

<sup>59</sup> Idem p. 110

Dos escritos de Rousseau extrai-se a relevância da crença no direito natural como uma força além da razão humana e por isso capaz de influenciar a conduta dos homens<sup>60</sup>, bem como a defesa dos aspectos positivos da construção de uma comunidade de nações, não obstante as críticas firmadas quanto à razoabilidade do Projeto de Paz Perpétua do Abade de Saint-Pierre, dada a ingenuidade da proposta em termos políticos. Nesse sentido comenta Pim<sup>61</sup>:

Sem considerar quimérico o seu projeto de república cristã europeia (ao contrário, a descreveu como sólida e reflexiva), a aproximação rosseauiana parte, não obstante, do Estado republicano que vaticinara Locke, e que Kant incorporará na sua *Zum ewigen Frieden* como primeiro artigo definitivo. Segundo ele, são os princípios da liberdade, igualdade e independência (enunciados em 1793 na sua Teoria e Prática) os que garantiriam, junto com a existência de um sistema representativo com separação de poderes, um verdadeiro projeto de paz.

Por conseguinte, é em Kant que surge verdadeiramente a inspiração para a Liga das Nações no período entre guerras, assim como para a criação da Organização das Nações Unidas, após a Segunda Guerra Mundial, e para a hodierna estruturação do Tribunal Penal Internacional.

Immanuel Kant, filósofo alemão do século XVIII, nasceu em Königsberg, na Prússia, e deixou uma vasta obra, cuja influência se estende aos dias atuais, a exemplo da “Paz Perpétua”. Neste ensaio, de 1775, Kant discorre acerca da necessidade de se impor a paz. Para o filósofo, tal como a sátira da tabuleta de uma estalagem holandesa, onde havia um cemitério estampado, a que faz referência ao introduzir seu texto, “uma guerra de extermínio, em que pode ocorrer simultaneamente o extermínio de ambas as partes e com ele também todo o direito, encontraria a paz perpétua somente no grande cemitério do gênero humano”.<sup>62</sup>

Acreditando não ser este, pois, o propósito da Humanidade, nos seis primeiros artigos do ensaio em questão Kant descreve as condições impeditivas da paz, ou seja, obstáculos a ser superados para se alcançar a paz:

1. “Nenhum tratado de paz deve ser tomado como tal se tiver feito com reserva secreta de matéria para uma guerra futura”.<sup>63</sup> Kant assevera que o cessar fogo das

<sup>60</sup> “Se o direito natural só estivesse inscrito na razão humana, não poderia guiar a maioria das nossas ações. Mas ele está gravado também, de forma indelével, no coração humano, e aí ele fala ao homem com mais força do que todos os preceitos da filosofia; é no coração humano que afirma que não é permitido sacrificar a vida dos seus semelhantes, a não ser para preservar a sua; é onde lhe mostra o horror de matar a sangue frio, mesmo quando se vê obrigado a fazê-lo.” Ibidem p. 48.

<sup>61</sup> KANT, Immanuel. **Para a Paz Perpétua**. Tradução de Bárbara Kristensen e Estudo introdutório de Joám Evans Pim. Ensaio sobre Paz e Conflitos. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e de Paz, 2006, p. 19. Vol. V

<sup>62</sup> Idem, p. 19/20.

<sup>63</sup> Idem, p.14.

guerras, estabelecido nos tratados de paz, é mero armistício, com munição suficiente para gerar guerras futuras.

2. “Nenhum Estado independente (pequeno ou grande, isso tanto faz aqui) pode ser adquirido por outro Estado por herança, troca, compra ou doação”.<sup>64</sup> O Estado e o seu povo não são bens patrimoniais, por isso, enxertar um estado a outro, como se coisa fosse, extirpa a ideia do contrato originário como fonte jurídica geradora do estado.

3. “Exércitos permanentes (*miles perpetuus*) devem desaparecer por completo”.<sup>65</sup> Pois para Kant são eles objeto de ameaça permanente. Ademais, a constante necessidade dos estados de suplantar uns aos outros em termos de poderio bélico acaba por tornar a paz mais onerosa que a própria guerra.

4. “Não deve ser feita nenhuma dívida pública em relação a interesses externos do Estado”.<sup>66</sup> Condena aqui a prática de gerar dependência econômica entre os estados, pois os estados economicamente mais fortes tendem a engolir os estados mais fracos, gerando consequências econômico-sociais que, fatalmente terminarão em guerra.

5. “Nenhum Estado deve imiscuir-se com emprego de força na constituição e no governo de um outro Estado”.<sup>67</sup> Neste artigo encontra-se de forma límpida a defesa dos preceitos da autodeterminação dos povos e da não intervenção, reconhecendo Kant que a constituição de um estado, por pior que possa ser, representa a vontade do seu respectivo povo. Logo, a intervenção externa afigura-se desprovida de legitimidade jurídica para funcionar como fonte geradora de uma nova constituição.

6. “Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir hostilidades tais que tornem impossível a confiança recíproca na paz futura; deste tipo são: emprego de assassinos (percussores), envenenadores (*venefici*), quebra da capitulação e instigação à traição (*perduellio*) no Estado com que se guerreia etc”.<sup>68</sup> Desta maneira, para Kant, mesmo na guerra devem haver limites, posto que, afastado por completo o direito, a guerra não passará de barbárie, semelhante aos conflitos no estado de natureza.

---

<sup>64</sup> KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. Op. cit., p.15

<sup>65</sup> Idem p.16

<sup>66</sup> Idem p. 17

<sup>67</sup> Idem p. 18

<sup>68</sup> Idem p. 19

De outro lado, nos três artigos definitivos traça os planos práticos voltados ao alcance da efetiva paz. Nesse contexto, cabe destacar, preliminarmente, consoante lembra Andrade<sup>69</sup> que Kant é um teórico do liberalismo, e, por isso, concebe o Estado como “instrumento da liberdade de sujeitos individuais”. Corolário, assim como Rousseau, rejeita o dilema hobbesiano, ou seja: liberdade sem paz ou paz mediante submissão ao Estado. Por conseguinte, Kant faz uma exortação prévia aos artigos definitivos, onde destaca a imprescindibilidade do direito para o sucesso de sua empreitada. Para o filósofo, o postulado a servir de fundamento aos artigos definitivos resume-se no seguinte: “todos os homens que podem influenciar-se reciprocamente têm de pertencer a alguma constituição”.<sup>70</sup>

Toda constituição jurídica será, portanto, no que concerne às pessoas sob sua égide: *ius civitatis* no âmbito interno do Estado; *ius gentium* no que tange à relação entre os Estados; e *ius cosmopoliticum* considerando a relação homem e Estado, que deverá ser tomada como relação entre cidadãos de um Estado universal da humanidade.

Enuncia, assim, o primeiro artigo definitivo: “a Constituição civil em cada Estado deve ser republicana”.<sup>71</sup> Esclarece que a Constituição republicana, não se confunde com a constituição democrática, pois esta designa uma das formas de Estado enquanto aquela concerne à forma de governo, isto é, como o Estado faz uso do poder que lhe é conferido.

A constituição instituída primeiramente segundo os princípios da liberdade dos membros de uma sociedade (como homens), em segundo lugar segundo princípios da dependência de todos a uma única legislação comum (como súditos) e, terceiro, segundo a lei da igualdade dos mesmos (como cidadãos) – a única que resulta da ideia do contrato originário, sobre a qual tem de estar fundada toda legislação jurídica de um povo – é a constituição republicana.<sup>72</sup>

Deste modo, quando se é súdito e não cidadão, não se pode opinar acerca da possibilidade ou não de entrada em uma guerra. O cidadão, possuindo liberdade, deve consentir ou não. O súdito, por seu turno, fica sob o comando despótico do soberano, que nada sofrerá caso decida entrar em guerra, podendo utilizá-la como um mero jogo de recreação.

<sup>69</sup> ANDRADE, Regis de Castro. **Kant: a liberdade, o indivíduo e a república**, in WEFFORT, Francisco C. (organizador). Os Clássicos da Política. Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. São Paulo: Editora Ática, 1999, p. 60. 2º Volume

<sup>70</sup> KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua** Op. cit. p. 23

<sup>71</sup> Idem p. 24

<sup>72</sup> Idem p. 24

Considerando que a liberdade associa-se à forma de governo republicano, propugna o segundo artigo definitivo: “O direito internacional deve fundar-se em um *federalismo* de Estados livres”.<sup>73</sup>

Kant afirma que a passagem do estado de natureza para o estado civil ocorre por meio da utilização da instituição de uma norma jurídica comum, com poder coercitivo sobre todos os associados, mas que a estes assegure as respectivas liberdades, apanágio que são do direito natural inerente aos homens. De outro lado, devido à soberania e à igualdade entre os estados, vivem estes ainda, no estado de natureza, pois cada qual encontra limitações somente no que concerne ao âmbito interno. É também reconhecido pelo autor a maldade da natureza humana, que é aplacada, entretanto, pela razão, posto que as liberdades individuais não sobrevivem num estado constante de guerra e sobressalto.<sup>74</sup> De sorte que, do mesmo modo que os homens se associam de maneira racional, no escopo de suplantar o estado de natureza, colocando a guerra de todos contra todos como algo irracional, posto contrária à própria liberdade, a associação entre os estados comporta a mesma lógica racional. Os Estados, ao se unirem em uma federação – mas não de modo a se fundirem em um único Estado – assegurariam, assim como os indivíduos no âmbito interestatal, sua liberdade, pois a guerra presente no estado de natureza é-lhe a verdadeira ameaça.<sup>75</sup> Em consequência, passam a trabalhar em prol da paz e não da guerra, pois a guerra representa o comportamento irracional e contrário ao direito estabelecido.<sup>76</sup> Logo, é o direito, como fruto da razão humana, o veículo de articulação da paz entre os estados.<sup>77</sup>

Finalmente, no terceiro artigo definitivo, Kant preconiza “o *direito cosmopolita* deve ser limitado às condições da *hospitalidade universal*”, e esclarece:

---

<sup>73</sup> Ibidem p. 31

<sup>74</sup> Idem p. 32

<sup>75</sup> “É uma forma de antecipar ou de profetizar o desaparecimento do espírito guerreiro em proveito de um espírito burguês voltado para as vantagens, que busca a estabilidade política nos benefícios da civilização. Se os soberanos raciocinassem do ponto de vista do sucesso, eles se dariam conta de que existem razões socialmente bastante reais para fazer da segurança um bem público e pôr em prática uma verdadeira política de paz”. CASTILLO, Monique. **A Paz**: Razões de Estado e Sabedoria das Nações. Tradução: Maria Tereza Pontes. Rio de Janeiro: DIFEL, 2001, p. 27. Coleção Enfoques

<sup>76</sup> “Entrementes, porém, a razão, de cima de seu trono do poder legislativo moralmente supremo, condena absolutamente a guerra como procedimento de direito e torna, ao contrário, o estado de paz um dever imediato, que, porém, não pode ser instituído ou assegurado sem um contrato dos povos entre si [...]”. KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua** Op. cit. p. 34

<sup>77</sup> “É compreensível que um povo diga: “não deve haver guerra entre nós, pois queremos formar um Estado, isto é, estabelecer um poder supremo legislativo, executivo e judiciário que concilie nossas desavenças pacificamente”. Quando, porém, este Estado diz: “não deve haver guerra entre mim e outros Estados, apesar de eu não reconhecer nenhum poder legislativo supremo que assegure a mim o meu direito e ao qual asseguro o seu”, então não se compreende sobre o que quero fundar a confiança no meu direito, a não ser no substituto da liga da sociedade civil, a saber, o livre federalismo, que a razão tem de ligar necessariamente ao conceito de direito internacional, se algo aí resta para se pensar”. Idem p. 35

Trata-se aqui, como nos artigos precedentes, não de filantropia, mas do *direito*, e *hospitalidade* significa, aqui, o direito de um estrangeiro, por conta de sua chegada à terra de um outro, de não ser tratado hostilmente por este. Este pode rejeitá-lo, se isso puder ocorrer sem sua ruína; enquanto, porém, comportar-se pacificamente, não pode tratá-lo hostilmente.<sup>78</sup>

Portanto, ao defender o cosmopolitismo, faz lembrar que a todos pertence a superfície terrestre. Logo, o projeto de paz perpétua deverá caminhar no sentido de gerar a compreensão de que, inobstante as fronteiras físicas impostas pela formação dos Estados, quem nestes habita são os homens, idênticos em direitos por pertencerem à raça humana.

O ideal de paz perpétua kantiano apresenta-se, portanto, como uma filosofia contrária ao realismo, pois como assevera Castillo<sup>79</sup>, ao se propor a demolir os ideais que tornam a guerra perpétua, “ele não a julga somente perigosa para a paz, mas para a sobrevivência do gênero humano, o realismo conduzido a uma lógica de extermínio que findará por se impor a todos os Estados beligerantes”.

Contrariando o realismo e a sua lógica de poder, o pensamento focado na paz influenciou o período entre guerras, como faz notar E. H. Carr<sup>80</sup>, determinando o surgimento da Liga das Nações. Esta representa uma primeira tentativa de associação entre Estados livres nos moldes kantianos e, embora tenha fracassado, a experiência em prol da paz serviu para influenciar o surgimento de outras organizações internacionais após a Segunda Guerra Mundial, suavizando o paradigma da anarquia internacional.

### 1.3 A Proteção Humanitária e o Realismo

Do exposto ao longo deste capítulo é possível verificar que sob a ótica das relações internacionais, considerando o pensamento decorrente da filosofia maquiavélico-hobbesiana, a instauração de um Tribunal Penal Internacional

<sup>78</sup> KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. Op.cit. p. 37

<sup>79</sup> CASTILLO, Monique. Op. cit., p. 31

<sup>80</sup> "Contudo, por uma dessas ironias da história, essas teorias semi-abandonadas do século dezenove reapareceram, na segunda e terceira décadas do século vinte, no campo específico da política internacional, e lá tornaram-se as pedras basilares de um novo edifício utópico. A explicação pode ser, em parte, residir no fato de que após 1914, as mentes dos homens naturalmente tateavam à procura de uma nova utopia e voltaram para esses fundamentos aparentemente sólidos da paz e segurança do século dezenove. Mas um fator mais decisivo foi a influência dos Estados Unidos, ainda no auge da prosperidade vitoriana e da crença vitoriana no confortável credo das teorias de Bentham. Assim como Bentham, um século antes, tomou a doutrina da razão do século dezoito e adaptou-a às necessidades da nova era, da mesma forma, agora Woodrow Wilson, o apaixonado admirador de Bright e Gladstone, transplantava a fé na racionalidade do século dezenove ao solo quase virgem da política internacional e, levando-a com ele para a Europa, deu-lhe um novo alento de vida. Quase todas as teorias populares sobre política internacional entre as duas grandes guerras foram reflexos, vistos num espelho americano, do pensamento liberal do século dezenove." CARR, E. H. *Vinte Anos de Crise 1919-1939*. 2ª edição. Tradução Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: Editora UNB, 2001, p. 34/35. Coleção Clássicos IPRI

não afasta por completo a anarquia do sistema internacional. Do ponto de vista jurídico, entretanto, mormente quando focado à luz do ideal de paz perpétua rousseauiano-kantiano, o Tribunal representa um passo adiante na escalada da Humanidade rumo ao equilíbrio na convivência entre os Estados.

De fato, conforme aduz E. H. Carr, “o direito internacional, embora estabeleça mecanismos para a solução de litígios, não estabelece nenhuma jurisdição compulsória”<sup>81</sup>, pois os Estados não podem a tal ser compelidos. Não obstante, o reconhecimento da necessidade de parâmetros legais para a solução das contendas entre os Estados demonstra o grau de racionalidade defendido por Kant como esteio para se chegar à paz.<sup>82</sup>

Mesmo a guerra encontra limites no direito e, ainda que ironicamente, fornece ferramentas para impulsionar a paz. Comentando o tema da paz pelo direito, afirma Castillo<sup>83</sup>:

A novidade consiste em associar a guerra e a paz ao desenvolvimento do direito. O fato de que as nações possam se reconhecer, mesmo nas hostilidades, e têm obrigações comuns, abre caminho para uma extensão do direito à vida internacional por inteiro.

Por conseguinte, ainda que anárquica a sociedade internacional, a busca por balizas jurídicas destinadas a controlar a sanha pelo poder é igualmente uma realidade. Esta busca intensificou-se com a criação da Organização das Nações Unidas em 1945, assim como com a Declaração dos Direitos do Homem, em 1948, produzindo uma reviravolta mundial rumo ao que Mazzuoli<sup>84</sup> denomina *jurisdicionalização* do Direito Internacional, preconizando-se a substituição de cláusulas facultativas quanto à persecução penal, pela institucionalização de jurisdições obrigatórias.

Assim, ainda que a estrutura do estado soberano persista no cenário internacional, o que se pretende nos dias correntes é a defesa dos direitos do homem, e o reconhecimento da sua individualidade como ser humano, independente da sua nacionalidade – justamente o cosmopolitismo de Kant. Nesse sentido, afirma Albuquerque Mello que “o estado se encontra em fase de ser

<sup>81</sup> Ibidem, p. 249

<sup>82</sup> “Essa homenagem que cada Estado presta ao conceito de direito (pela menos segundo as palavras) demonstra, contudo, que se encontra no homem uma disposição moral ainda maior, embora atualmente dormente, de se tornar senhor do princípio mau nele (que ele não pode negar) e esperar isto também dos outros, pois senão não ocorreria nunca aos Estados, que querem combater uns aos outros, pronunciar a palavra direito a não ser para fazer troça dela [...]. KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua** Op. cit. p. 33

<sup>83</sup> CASTILLO, Monique. Op. cit. p. 15

<sup>84</sup> MAZZUOLI, Valeiro de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22. Direito e Ciências Afins vol. 3

ultrapassado, não se sabendo o que o substituirá como “formação social”; só nos resta o homem, e este precisa ser defendido a fim de que possa desenvolver-se em sua plenitude”.<sup>85</sup>

A posição de Albuquerque Mello reflete a filosofia em voga que busca substituir o contratualismo de outrora, onde se situa o pensamento de Hobbes, pelo pacto social pautado na doutrina dos direitos humanos.<sup>86</sup> Esta, aliás, passou por um longo processo de reconstrução após a Segunda Guerra Mundial, onde as atrocidades praticadas pelos regimes totalitários alertaram o mundo para a necessidade de coibir os abusos, cabendo aos Estados zelar pela proteção dos seres humanos que habitam o planeta.<sup>87</sup>

Cabe lembrar que o estado moderno, nascido com a paz de Westfália, conforme visto, legitima a força do Estado, forjando o conceito de soberania. O direito integra-se à força estatal, pois os cidadãos reconhecem a legitimidade de quem os comanda e se submetem ao império das leis postas.<sup>88</sup> Nas palavras de Celso Lafer “o poder não necessita de justificação, mas requer legitimidade”.<sup>89</sup> A submissão a tal poder, portanto, é questionada principalmente a partir da Revolução Francesa, e os ideais de justiça, com fulcro na consideração e proteção do ser humano, passam a integrar as constituições dos estados, iniciando-se um lento processo de consolidação jurídica dos direitos humanos.

Ao longo deste processo, o totalitarismo dos regimes nazista e fascista representa um momento de ruptura desses direitos. Nesses regimes, a vontade soberana, como aquela emanada do povo, desloca-se para a figura do governante, utilizando-se o direito, exclusivamente, como instrumento de justificação das atrocidades perpetradas.

Nesse sentido, afirma Celso Lafer<sup>90</sup>:

[...]o amorfismo do Estado e do Direito no regime totalitário substitui a relação jurídica pela fidelidade pessoal ao *Fuhrer*, cuja função é institucionalizada precisamente para impedir a estabilidade e permitir a dinâmica.

<sup>85</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 2

<sup>86</sup> GIACÓCIA, Gilberto. **A Justiça na perspectiva dos Direitos Humanos**. In Notáveis do Direito Penal. Livro em Homenagem ao Emérito Prof. René Ariel Dotti. Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni. Brasília: Editora Consulex, 2006, p. 200

<sup>87</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p 67

<sup>88</sup> “...a verdade é que a identificação entre Direito e Estado, no mundo moderno, coloca para o paradigma da Filosofia do Direito, o tema da justiça como legalidade, ou seja, o Direito Positivo não-dissociável da vontade e do poder do soberano. LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, P. 64

<sup>89</sup> Idem, p. 25

<sup>90</sup> Idem, p. 97

Ainda ao analisar a questão do ser humano em face do totalitarismo Celso Lafer, enfatizando a perspectiva de Hannah Arendt, demonstra que a destruição da condição de ser humano passa pela aniquilação da respectiva dignidade. Exatamente por isso os campos de concentração constituíram uma abominação sem precedentes, ceifando a personalidade jurídica bem como a personalidade moral dos inúmeros seres humanos nestes locais exterminados.<sup>91</sup>

A partir, então, de Nuremberg, a Humanidade não mais se vê disposta a tolerar a impunidade frente a violações dos direitos humanos, daí a importância do TPI no processo de reconstrução desses direitos, figurando como um mecanismo de proteção contínua, uma vez que funciona como um Tribunal permanente. Ademais, como será demonstrado mais adiante, a consciência humanitária forjada a partir de Nuremberg reforça o conceito de *jurisdição universal*, reconhecendo nos Estados a capacidade de promover a justiça nos casos de violações que venham a ferir direitos humanos.<sup>92</sup>

Pela mesma razão, afirma Bobbio<sup>93</sup>, ao iniciar suas lições sobre os direitos do homem:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.

De outro lado, é relevante destacar que o realismo ainda se faz presente nas relações entre os Estados, pois a força da soberania continua a se apoiar na anarquia internacional. Daí que, contrapondo-se direitos humanos e soberania é possível verificar a existência de um choque de valores, máxime ao se focar o emprego de forças armadas. A proteção dos direitos humanos remete a valores de natureza universal, enquanto o emprego das forças armadas consubstancia uma das faces do poder soberano e da força do Estado.

Por esse motivo, quando se foca a soberania sob a ótica da proteção dos direitos humanos ocorre uma tendência à relativização dos preceitos

<sup>91</sup> Ibidem, p. 107 a 109

<sup>92</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: Mecanismos de Implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 215

<sup>93</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Op. cit., p. 1

que no seu nascedouro a faziam um poder absoluto do estado. Em contrapartida, ao se falar em emprego militar, a soberania permanece absoluta, pois se assentirmos que no cenário internacional ainda vige a anarquia, por inexistir uma autoridade acima de todas as nações, não há como negar que os estados mantêm suas forças armadas considerando a hipótese de delas se socorrerem na eventual necessidade de defesa de suas fronteiras, interesses e divisas. O que ocorre, porém, é que o emprego desses meios encontra ampla limitação normativa, antes inexistente. Logo, persiste a possibilidade de uso da força, mas este uso é condicionado por mecanismos jurídicos consagrados pelo Direito Internacional.

Por conseguinte, reconhecendo-se que o escopo do Tribunal Penal Internacional é estabelecer novos parâmetros para a defesa da dignidade da pessoa humana, malgrado não seja possível afirmar que sua jurisdição possui alcance sobre todos os Estados, no capítulo seguinte será abordada a questão da conformação do Estatuto de Roma ao direito interno brasileiro, considerando que, ao assumir um compromisso internacional deste jaez, quebra-se o caráter de poder supremo da soberania nacional.

## CAPÍTULO 2 TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No capítulo anterior ficou assentado que, apesar da existência de organismos internacionais voltados à defesa do ser humano, a exemplo do Tribunal Penal Internacional, a sociedade internacional ainda é anárquica, pois mesmo este Tribunal não possui jurisdição sobre todos os Estados.

Assim sendo, no presente capítulo será enfrentada a questão da soberania, bem como o modo pelo qual a legislação internacional pode vir a funcionar como elemento mitigador desse atributo do poder estatal. Para tanto, serão analisados os conceitos de Estado de Direito e Soberania, bem como estudadas as correntes monista e dualista que tratam da relação entre o direito interno e a ordem jurídica internacional.

### 2.1 Estado de Direito e Soberania

O reconhecimento da existência de um Direito Internacional Público leva à aceitação de duas realidades jurídicas concernentes à vida do Estado, uma interna e outra externa. A realidade jurídica externa gera a compreensão de que os Estados não existem isoladamente, mas coexistem e, portanto, necessitam de regras voltadas ao gerenciamento deste convívio. Por conseguinte, as sociedades humanas, de um modo geral, procuram ordenar a convivência, pois a ninguém interessa o caos total. Nesse sentido, esclarece Bull<sup>94</sup> que a ordem almejada na vida social não é qualquer ordem, mas uma estrutura de convivência voltada ao cumprimento de metas e valores. Esta mesma busca se projeta na relação entre os estados, pois a ordem visa a garantir a sobrevivência da própria estrutura social, a assegurar o cumprimento das promessas feitas (*pacta sunt servanda*), e, finalmente, a proteger a propriedade. Aliás, para Bull<sup>95</sup> estes três objetivos são *universais*, visto que toda sociedade parece adotá-los. Neste ponto, emerge a problemática da estabilização da convivência, donde a imprescindível criação de regras, de modo a lapidar a conduta humana.

---

<sup>94</sup> BULL, Redley. Op. cit. p. 8 e 9

<sup>95</sup> Idem p. 10

Ao se observar a problemática em tela à luz das relações internacionais, a questão crucial que se coloca é, justamente, acerca da validade e da efetividade de tais regras de convivência, pois se no interior dos estados a autoridade estabelecida detém a competência para organizar o convívio social, assim não ocorre nas relações entre os estados, onde malgrado a busca pela ordem, vige o que Bull denomina “sociedade anárquica”.<sup>96</sup> Conforme visto no capítulo precedente, a estrutura internacional não comporta a mesma lógica presente nas relações internas dos estados, mormente por inoportunidade o reconhecimento de uma incontestada autoridade capaz de arrebatar todos os estados.

Porém, referida constatação não retira do Direito internacional a sua relevância como mecanismo de pacificação e estabilização do convívio entre os estados, do contrário, reforça a necessidade de regras de modo a aplacar as implicações da anarquia internacional. O próprio reconhecimento da existência de uma sociedade internacional remete à presença de regras, e conforme Bull<sup>97</sup> “por ordem internacional queremos referir-nos a um padrão ou disposição das atividades internacionais que sustentam os objetivos elementares, primários ou universais de uma sociedade de estados”, e essa padronização se obtém por meio do Direito.

Albuquerque Mello<sup>98</sup> define o Direito Internacional como “o conjunto de normas que regula as relações externas dos atores que compõem a sociedade internacional. Tais pessoas internacionais são as seguintes: estados, organizações internacionais, o homem, etc”.

Embora não seja correto mencionar a existência de um Direito Internacional na Antiguidade, desde estes primórdios tempos, observa-se a necessidade de se estatuir regras de convivência entre as sociedades existentes. Exemplo de fixação de regras de convivência em prol da estabilização das relações entre grupos sociais, neste período histórico, é o extraído da Guerra do Peloponeso<sup>99</sup> travada entre Atenas e Esparta. Segundo Funari, como decorrência deste conflito, foram aprendidas algumas importantes inovações diplomáticas e

---

<sup>96</sup> BULL, Hedley. Op. cit.

<sup>97</sup> Idem p. 23

<sup>98</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1979. 1º Volume, p. 36

<sup>99</sup> “Por sua significação para os destinos da história posterior, a Guerra do Peloponeso foi considerada particular, ao selar o destino das cidades independentes gregas, conhecidas como *póleis*. Primeira guerra entre larga escala travada em um contexto democrático, de discussão pública das decisões, tem servido, de geração em geração, ao debate sobre a relação entre regime político e guerra.” FUNARI, Pedro Paulo. **Guerra do Peloponeso**. In MAGNOLI, Demétrio (organizador). Op. cit. p.19

estratégicas, como o recurso à arbitragem internacional.<sup>100</sup> Inobstante, quando se menciona regras de convivência nesse contexto histórico não se está referindo à noção de Direito tal qual hoje a concebemos, máxime considerando as diversidades das estruturas sociais do passado e do presente.

Na verdade, a pretensão de deduzir-se a existência do Direito Internacional na Antiguidade, à base de assemelhamentos de fatos culturais ali historicamente comprovados com fatos ou instituições jurídicas internacionais hoje por nós vividas, resulta de uma colocação equívoca do problema. A questão implica necessariamente a presença de fundamentações metafísicas das direções tomadas pelo espírito daqueles povos, nas suas respectivas realizações históricas, aspectos em regra não previstos ou não abordados pelos que se manifestam acerca da controvérsia.<sup>101</sup>

O Direito como parâmetro efetivamente jurídico nas relações internacionais vai surgir somente no século XVII, quando os Tratados de Westfália põem fim às guerras religiosas na Europa, forjando o conceito de soberania e fundando as bases do estado moderno.

Destarte, pode-se concluir que, na História preliminar da realização da ideia do Direito internacional já objetivada, os Tratados de Westfália (1648) podem ser indicados como o segundo ponto de referência. Pondo fim às guerras religiosas – guerras entre homens supostamente a serviço de um mesmo Deus, conseqüentemente responsabilidade só humana –, esses Tratados assinalam o amadurecimento de idéias que solaparam o medievalismo continental, negam peremptoriamente a supremacia política do Império e da Igreja e, por força do monoteísmo cristão que pacificara os céus, revelam o nascimento da consciência geral de uma comunidade de Estados, que se reconhecem como juridicamente iguais, que podem estabelecer livremente os seus estatutos políticos, contanto que, segundo os princípios ali estipulados, sem embargo dos variados conflitos de interesses, oriundos do irresistível instinto do poder.<sup>102</sup>

Nesse cenário, portanto, a construção dos conceitos de Estado de Direito e Soberania afiguraram-se imprescindíveis para a evolução do Direito Internacional Público, aquele por ser o fator determinante para o reconhecimento de um Estado como tal e esta considerando que o estabelecimento de padrões mínimos para o relacionamento entre os Estados vinculou-se, primitivamente, ao acatamento da igualdade jurídica entre estes. Segundo Boson, “o aparecimento do Estado de Direito veio fixar, definitivamente, o cenário cultural necessário ao advento do Direito internacional e à extinção paulatina do Estado guerreiro, no evoluir da civilização [...]”.<sup>103</sup>

<sup>100</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito Internacional: Internacionalização do Direito Constitucional - Direito Constitucional Internacional Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 42

<sup>101</sup> Idem p. 104/105

<sup>102</sup> Idem p. 117

<sup>103</sup> Idem p. 95

O repúdio ao “estado guerreiro” remete ao pacifismo de Woodrow Wilson, presidente norte-americano entre os anos de 1912 e 1921, que inspirou a Liga das Nações. O ideal por detrás de referido organismo internacional pressupunha que, se os estados, no plano internacional, se submetessem a um regime jurídico único, então, tornar-se-ia possível vislumbrar, no cenário internacional, a presença de um estado de direito. Isto porque, se internamente, considera-se estado de direito o respeito aos padrões legais estabelecidos a partir de uma constituição, no cenário internacional a repetição deste padrão ocorreria se os estados se submetessem a uma constituição, com valor universal. Este o pacifismo jurídico apontado por Raymond Aron, lembrando ainda que, quando da criação da Liga das Nações, vigia a ideia segundo a qual o comportamento dos estados se assemelhava ao dos cidadãos, num estado tipicamente liberal.<sup>104</sup>

Para além do pacifismo jurídico, a moldagem do estado de direito produz um efeito de extrema relevância para o Direito Internacional, pois separa meros agrupamentos humanos do Estado propriamente dito. Nesse contexto, Duguit destaca a questão da autoridade política, que como fator isolado, não é suficiente para traduzir o verdadeiro estado.

Quer a consideremos na horda, ainda no estado primitivo, personificada num chefe ou num grupo de anciãos, quer na cidade, personificada no chefe de família, quer nos grandes países modernos, personificada no conjunto mais ou menos complicado de pessoas ou grupos – príncipes, regentes, reis, imperadores, presidentes, parlamentos, etc. – autoridade política é sempre um fato social da mesma ordem. Há uma diferença de grau; mas não há diferença de natureza.<sup>105</sup>

Por conseguinte, uma tribo indígena não será um estado de direito pelo simples fato de se reconhecer a existência de uma autoridade política, posto imprescindível a conformação desta autoridade em moldes institucionais, organizados a partir de uma norma basilar. Por conseguinte, no momento em que ocorre esta estruturação, para o Direito internacional, se reconhece a existência de um ator apto a interagir na sociedade de estados.

Para o Direito das gentes, o conceito só até certo ponto coincide com o que utiliza o Direito constitucional. Nas colocações internacionais, o conceito se apresenta configurado de forma mais precisa, inconfundível, isento dos

---

<sup>104</sup> “O *pacifismo jurídico*, originado na doutrina moderna do direito natural, aplicada ao *direito das gentes* (Grotius, Pufendorf), e que assume diferentes formas: a teoria do Abade de São Pedro, a “paz perpétua” de Kant, o socialismo utópico. Tem como objetivo último o desarmamento geral e sistemático, na terra e no mar, e a substituição da guerra, *ultima ratio* dos Estados, por um tribunal supremo que resolva todos os conflitos por meios de decisões jurídicas, de acordo com um sistema rigoroso de normas”. ARON, Raymud. **Paz e Guerra entre Nações**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 2002. Clássicos IPRI p. 847

<sup>105</sup> DUGUIT, León. **Fundamentos do Direito**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 2004. p. 32

detalhes próprios das definições do Direito interno. Isto significa dizer que, definida a figura do Estado para o Direito internacional, aí temos o Estado em todas as considerações jurídico-políticas possíveis, porque a sua visão internacional o define cabalmente.<sup>106</sup>

O tema, conforme Boson<sup>107</sup>, adquire especial relevância por ser o propulsor da tentativa de superação do estado de natureza na esfera das relações internacionais. Ademais, o estado de direito e a soberania são fatores que se somam e criam a necessidade de conformação entre o ordenamento jurídico interno e a ordem internacional.

Se o estado de direito é a conformação normativa e institucional da autoridade política, a plausibilidade desta estruturação ocorre quando há soberania. Isto porque o reconhecimento da capacidade normativa interna, decorrente da autodeterminação dos povos, terá como pressuposto o acatamento do poder soberano do grupo social que pretende se firmar como estado.

Para Matias<sup>108</sup> é o reconhecimento da independência de um estado e, portanto, da sua soberania, o ingresso indispensável para a sociedade internacional.

O direito internacional tem um papel fundamental na formação da soberania. Seja essa considerada simplesmente a “formalização legal da independência de fato”, ou “o direito à manutenção dessa independência”, sem o reconhecimento da comunidade internacional a soberania nunca seria o que a teoria prevê que ela deveria ser.

Tomando emprestada a acepção utilizada por Azambuja<sup>109</sup>, “a soberania designa, não o poder, mas uma qualidade do poder do Estado. A soberania é o grau supremo a que pode atingir esse poder, supremo no sentido de não reconhecer outro poder juridicamente superior a ele, nem igual a ele dentro do mesmo Estado”.

Logo, todos os estados detêm esta qualidade do poder, o que os torna iguais nas relações internacionais. Esta mesma igualdade jurídica gera um paradoxo, pois enquanto no âmbito interno o poder soberano submete à

<sup>106</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. Op. Cit. p. 95/96

<sup>107</sup> "A questão, na sua complexidade, é da maior importância para os doutrinadores, porque envolve a problemática da soberania, o relacionamento da ordenação jurídica estatal com o seu território, porção do planeta em que se diz válida e se impõe com exclusividade, e o seu confronto com o ordenamento jurídico internacional – a sociedade dos Estados – solução esta que o espírito encontrou para – depois de haver superado o estado de natureza dos indivíduos em grupos humanos, racionalizando, através da ideia do Direito, as forças impulsivas na realização dos seus valores – superar também o estado de natureza no relacionamento internacional, racionalizando essas mencionadas forças a serviço dos Estados, na realização naquela sociedade, dos seus valores individuais e dos valores comuns." Idem p. 96

<sup>108</sup> MATIAS, Eduardo Felipe P. Op. cit. p. 327

<sup>109</sup> AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44ª edição. São Paulo: Editora Globo, 2005. p. 50

legalidade<sup>110</sup> a população sob sua égide, no âmbito internacional obriga o estado nos estritos limites do seu interesse. Inobstante, esta “blindagem jurídica”, encontra limitações na sociedade internacional, pois se assim não o fosse, afigurar-se-ia inviável o próprio Direito internacional.<sup>111</sup>

Volvendo ao conceito de ordem proposto por Bull e acima salientado, muito embora os estados se obriguem no limite de seus interesses, a ordem internacional depende do respeito mútuo entre as diversas soberanias, de modo a se evitar o caos. Nas palavras de Azambuja<sup>112</sup>, “na ordem internacional igualmente a soberania não é um poder absolutamente independente, porque, de Direito e de fato, encontra limites na soberania dos demais Estados”. O pressuposto de validade da soberania, portando, é jurídico, uma vez baseado na igualdade e na independência normativa dos Estados. Destaca Matias<sup>113</sup> os dizeres de Arthur Larson nesse sentido, consoante os quais “os limites externos da soberania são determinados pelo direito internacional, logo, a soberania só existe no direito internacional”. Diante desta constatação, paulatinamente se abandonou a concepção da soberania como um poder absoluto, capaz de conceder aos estados prerrogativas ilimitadas, como o recurso indiscriminado da guerra para a solução de conflitos.<sup>114</sup>

Nesse sentido a crítica de Boson à concepção da soberania como poder absoluto, estabelecendo, assim, o ponto de partida para a compreensão do liame jurídico presente entre o ordenamento jurídico interno e a ordem jurídica internacional.

Na luta de reis e príncipes contra o Papado, a partir da morte de *Carlos Magno*; na luta de reis contra os grandes senhores feudais pela unificação dos seus reinos, sobretudo a partir do Renascimento; nas lutas posteriores

<sup>110</sup> “Dizendo que o Estado é obrigado pelo direito, pretende-se dizer, em primeiro lugar, que o Estado legislador é obrigado pelo direito a fazer certas leis e a não fazer outras. Pretende-se dizer, em seguida, que o Estado, depois de fazer uma lei, e enquanto essa lei subsistir, é obrigado pela própria lei que fez: pode modificá-la, revogá-la até, mas enquanto ela existir é obrigado a obedecer a essa lei tanto como os seus súditos; os seus funcionários administrativos, os seus juizes e os seus legisladores devem aplicar a lei e só podem agir nos limites que ela estabelece. É este o regime da *legalidade*” DUGUIT, León. Op. cit. p. 63/64

<sup>111</sup> “O monopólio pelo estado das relações internacionais vai atingir o seu ponto máximo com a filosofia hegeliana que o considera como a encarnação do “espírito universal”, ou ainda, como uma *eticidade*”. Passa-se a falar no século XIX em “soberania absoluta”, isto é, ele não podia sofrer limitações que não tivesse origem na sua própria vontade. Na verdade, jamais houve na realidade uma soberania absoluta, vez que ao existir a sociedade internacional esta cria naturalmente limitações aos atores que a integram. Se tais limitações não existissem a própria sociedade acabaria por desaparecer.” ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direito Internacional da Integração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 7

<sup>112</sup> AZAMBUJA, Darcy. Op. cit. p. 77

<sup>113</sup> MATIAS, Eduardo Felipe P. Op. cit. p. 328

<sup>114</sup> “E realmente, conforme pudemos constatar, a doutrina abandonou aos poucos a ideia de soberania absoluta. A caracterização da soberania como um poder estatal incontrolável dos Estados, livres para recorrer em última instância à guerra, seria, como observava Philip Jessup, a areia movediça sobre a qual as fundações do direito internacional tradicional estariam construídas. Seguir entendendo esse conceito como uma vontade ilimitada dos Estados, conduziria, no plano internacional, a um “impasse total”. O direito internacional só poderia existir se os estados se submetessem a ele, o que seria impossível caso a vontade estatal não possuísse limites.” Idem. p. 332

pela formação do Estado de Direito, a partir dos ideais democráticos; na luta pelo equilíbrio de forças, através de alianças militares, pactos de assistência recíproca, constituição de blocos de poder, guerra fria, guerra quente; em toda essa mistela da História, no fundo, com grandeza ou sem esta, sempre encontramos impávido esse tradicional conceito de soberania, com a récu da estupidez humana, ainda mesmo quando cortados os seus vínculos originários com a referida cosmovisão politeísta<sup>115</sup>.

Para melhor compreensão desta problemática, passa-se a análise das teorias monista e dualista, que buscam estabelecer critérios acerca da relação jurídica entre o direito interno e o direito internacional. É deste relacionamento que se depreende o alcance da soberania, considerando as limitações decorrentes do Direito Internacional.

Por derradeiro cabe frisar que o Tribunal Penal Internacional é uma norma de carácter internacional, integrada ao ordenamento jurídico brasileiro, daí a extremada relevância em se compreender os mecanismos utilizados para a referida integração normativa.

## **2.2 O Direito Interno em face do Direito Internacional**

### **2.2.1 Estado e Ordenamento Jurídico**

Conforme visto, o estado não é uma realidade isolada, pois se encontra inserido numa sociedade internacional, onde demais estados coexistem com idênticas prerrogativas. Grosso modo, a organização da autoridade política, conjugando território, povo e soberania, irá constituir o estado, ensejando a este condições de atuar no cenário internacional. De maneira singela ensina Azambuja<sup>116</sup> que “poderíamos dar como noção de Estado a de que é uma sociedade permanente de homens que habita um território fixo e determinado e tem um governo independente”.

De outro lado, atenta Dallari<sup>117</sup> para o fato de que os conceitos de estado formulados pelas diversas correntes filosóficas ora se vinculam a “um elemento concreto ligado à noção de força, ou se realça a natureza jurídica, tomando-se como ponto de partida a noção de ordem.” Duguit<sup>118</sup>, por exemplo,

<sup>115</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. Op. cit. p. 141

<sup>116</sup> AZAMBUJA, Darci. Op. cit. p. 49

<sup>117</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 117

<sup>118</sup> DUGUIT, Léon. Op. cit p. 32

confere maior ênfase à força, tanto assim, destaca a questão da autoridade política, afirmando que “no seu sentido mais geral, a palavra *Estado* designa toda a sociedade humana em que existe diferenciação política.” Em contrapartida, as conceituações jurídicas, embora não ignorem a presença da força do Estado, tão pouco sua condição política, segundo Dallari<sup>119</sup>, “dão primazia ao elemento jurídico, acentuando que todos os demais têm existência independente, fora do Estado, só se compreendendo como componentes do Estado após sua integração numa ordem jurídica”. Define, pois, o estado como a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território<sup>120</sup>”.

Por seu turno, Bonavides<sup>121</sup> aponta a definição de estado de Jellinek, forjada sob a acepção sociológica, como a mais precisa, senão vejamos: “é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando.” Para Bonavides a justeza desta definição encontra-se no fato de conjugar todos os elementos do estado de maneira coerente, sem incorrer no que considera um erro por parte de Duguit, de a tais elementos aliar a conotação subjetiva da dominação do mais fraco pelo mais forte.

Finalmente, cumpre a esse respeito apontar as observações de Boson, que agregam os aspectos da força e da natureza jurídica, concebendo o estado como uma centralização de poder, pautada no Direito, voltada à consecução do bem comum:

Assim, em face da possível efetividade dos desvios e da relatividade das valorações a realizar, ocorre ao espírito, como parte da sua ideia do Direito, dar ao sistema normativo ordenado, que racionaliza a conduta dos homens e de modo geral por estes é aceito e seguido, as garantias da *estabilidade* e a certeza da *eficácia*. Para tanto, o espírito invoca os valores da *segurança* e acrescenta à estrutura social uma organização institucional de *poder*. Cria-se deste modo o Estado.<sup>122</sup>

A partir da realidade do estado surge a problemática envolvendo os limites entre o Direito interno e o Direito internacional, máxime considerando que cada estado é detentor de um ordenamento jurídico próprio.

O ordenamento jurídico interno, portanto, comporta as normas e regras ditadas pela vontade soberana, de modo a pacificar o convívio social. Pressupõe uma autoridade, reconhecida como legítima, que gerencia o estado,

<sup>119</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 118

<sup>120</sup> Idem p. 119

<sup>121</sup> BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª edição: São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 79

<sup>122</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. Op. cit. p. 87

repartindo as atribuições deste em executivas, legislativas e jurisdicionais. O surgimento desse ordenamento jurídico tem como pressuposto um poder originário, que Bobbio<sup>123</sup> chama de *fonte das fontes*. Este mesmo autor considera, porém, que num ordenamento jurídico real as fontes promanam de canais variados, e aponta duas razões fundamentais para tanto.

A primeira delas decorre do fato de o ordenamento não nascer num vácuo, desprovido de influências precedentes:

[...] a sociedade civil sobre a qual se forma um ordenamento jurídico, como é, por exemplo, o do Estado, não é uma sociedade natural, completamente privada de leis, mas uma sociedade na qual vigem normas de vários gêneros, morais, sociais, religiosas, usuais, consuetudinárias, regras convencionais e assim por diante.<sup>124</sup>

A segunda resulta da limitação interna do poder normativo originário, não relacionada diretamente aos fatores anteriormente citados por Bobbio, mas da multiplicação das fontes, derivadas do poder originário, e criadas pela necessidade de uma produção jurídica consentânea com os preceitos instituídos com o ordenamento jurídico.<sup>125</sup>

Destaca Bobbio<sup>126</sup> que este duplo processo de formação do ordenamento jurídico, “através da absorção de um direito preexistente e da criação de um direito novo, e a conseqüente problemática da limitação externa e interna do poder originário” encontra-se presente nas duas principais concepções jusnaturalistas acerca da passagem do estado de natureza para a sociedade civil. Esta passagem ocorre, para os filósofos do jusnaturalismo, por meio do *contrato social*, podendo este ser concebido segundo Hobbes, com a renúncia absoluta dos direitos presentes no estado de natureza, nascendo o poder civil sem limitações, ou conforme Locke, onde o poder civil surge com o objetivo de assegurar o melhor gozo dos direitos presentes no estado natural, nascendo, portanto, limitado por um direito preexistente. Complementando o raciocínio, conclui Bobbio:<sup>127</sup>

Nessas duas hipóteses vêm-se claramente representados e racionalizados os dois processos de formação de um ordenamento jurídico e a estrutura complexa que deles deriva.

De um lado, o ordenamento positivo é concebido como tábula rasa de todo o direito preexistente, representado aqui por aquele direito que vige no

<sup>123</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª edição. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 41

<sup>124</sup> Idem p. 42

<sup>125</sup> Idem p. 42

<sup>126</sup> Idem p. 43

<sup>127</sup> Idem p. 44

estado natural; de outro, é concebido como emergente de um estado jurídico mais antigo que continua a subsistir. No primeiro caso cada limite do poder soberano é autolimitação; no segundo existem limites originários e externos.

Diante de tais assertivas, resta averiguar de que maneira o Direito internacional pode funcionar como fator externo limitativo do ordenamento jurídico estatal.

### 2.2.2 As Teorias Dualista e Monista

As teorias em epígrafe procuram explicar o liame entre o Direito interno e o Direito internacional. Partindo da concepção de soberania como atributo do poder estatal, verifica-se que a manifestação deste poder comporta dois momentos distintos, um interno, gerador do ordenamento jurídico nacional, e outro externo, decorrente das necessidades de coexistência na sociedade internacional. Entretanto, a ordem internacional apresenta determinadas peculiaridades, não funcionando conforme o ordenamento jurídico estatal.<sup>128</sup>

Sendo assim, a teoria dualista desenvolvida por *Triepel* na Alemanha do final do século XIX, toma como pressuposto a inviabilidade de se impor obrigações ao Estado, diversas daquelas por ele próprio instituídas ou acatadas de acordo com seus interesses, tendo em vista os fundamentos da soberania, que concebida segundo a doutrina de *Jellinek*, influenciada pelo pensamento hegeliano<sup>129</sup>, adquiria nuances de poder absoluto.<sup>130</sup>

Abordando a temática da concepção hegeliana a respeito das relações entre os estados, comenta em artigo Gabriel Amengual Coll<sup>131</sup>, que para Hegel o estado possui uma efetividade ética, pois a representação do seu conceito é

<sup>128</sup> "A sociedade internacional não possui uma organização institucional, significando que ela não é um superestado, isto é, não possui um poder legislativo, executivo e judiciário. Não há monopólio da sanção por um poder central. Ela é assim uma sociedade descentralizada em que predomina a autotutela, como bem assinala Tucker em uma sociedade "entre desiguais" ela preserva as desigualdades existentes". Para Scelle a ausência de uma hierarquia na sociedade internacional conduz ao predomínio do princípio do desdobramento funcional, isto é, os próprios Estados (autores e destinatários das normas internacionais) emprestam os seus órgãos para que o DI se realize." ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. Op. cit. p. 20

<sup>129</sup> Hegel concebe o Estado como a única estrutura na qual é possível a existência social, forjando, assim, as noções de *sociedade civil* e *Estado político*. Ademais, é um ferrenho crítico do jusnaturalismo, pois não aceita a filosofia do dever ser, que se reflete na estruturação de um Estado ideal. Considera o Estado como a "realidade em ato", "o racional em si para si", o absoluto no qual a liberdade encontra sua suprema significação. Nesse termos, a soberania ganha força de poder absoluto. BRANDÃO, Gildo Marçal. **Hegel: o Estado como realização histórica da liberdade**. In Os Clássicos da Política. Op. cit., p. 112

<sup>130</sup> "Triepel, na verdade, supondo fugir da doutrina da autolimitação com a sua doutrina da *Verseinbarung*, acabava de lançar na Alemanha uma nova doutrina, pessoal, no campo da internacionalidade – a doutrina dualista do Direito, também entendida como paralelismo do Direito público, considerando o Direito internacional e o Direito interno como dois sistemas jurídicos igualmente válidos, todavia distintos, independentes, separados." BOSON, Gerson de Brito Mello. Op. cit. p. 144

<sup>131</sup> COLL, Gabriel Amengual. **A concepção hegeliana de relações entre os estados**. Disponível em: <<http://www.ibb.unesp.br/Home/Departamentos/Educacao/Simbio-Logias>>. Acesso em: 15 jul 2013

a realização plena do espírito objetivo. Sob esse ponto de vista toda a Filosofia do Direito hegeliana é uma teoria do Estado, “porque encontra todo o desenvolvimento anterior de sua fundamentação e sua concreta e plena efetivação no Estado”. Daí que para Hegel, conforme esclarece Coll em seu artigo, por não haver uma instância superior aos Estados, que coexistem num estado de natureza, “eles se movem num espaço legal não regulamentado que seria validado através do contrato que eles mesmos firmam e que tem a validade dada pela ligação que mantêm entre si”.

Para o dualismo, a ordem jurídica interna e a internacional são independentes uma da outra, guardando as seguintes características: na ordem internacional, as normas promanam de uma vontade comum, e diversamente do que ocorre na ordem interna, só podem ser modificadas ou revogadas por esta mesma vontade comum; as normas criadas pelo direito interno possuem validade apenas no território do estado que as criou, não podendo obrigar demais estados; as ordens interna e internacional se defrontam como puro fato, pois a interpretação das normas jurídicas ocorre de maneira independente e distinta em cada esfera; por derradeiro, o direito interno pode fazer suas as normas internacionais, moldando-as segundo os preceitos jurídicos internos.

Para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado é preciso que este faça primeiro a sua “transformação” em direito interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico. É isto uma consequência da completa independência entre as duas ordens jurídicas, o que significa dizer também que não existe a possibilidade de conflitos entre elas.<sup>132</sup>

Para a teoria dualista, portanto, o direito é bipartido, funcionando segundo preceitos próprios na ordem interna e na internacional. Conclui Boson a respeito afirmando que:

[...] as ordens jurídicas são diversas porque emanam de fontes distintas, têm por destinatários pessoas diferentes e não coincidem os campos da respectiva eficácia, de sorte que nem se pode falar na existência de conflito entre Direito internacional e Direito interno, uma vez que as normas jurídicas internacionais não influem na obrigatoriedade das normas internas e vice-versa.<sup>133</sup>

O problema da teoria dualista, assevera Boson, reside no fato de “tratar a ordem internacional como se fosse um Estado e não uma sociedade destes”.<sup>134</sup> Daí que, sendo assim concebida, gera um comprometimento da validade das normas no cenário internacional, inviabilizando a perspectiva de formação de

<sup>132</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1979. 1º Volume. p. 63

<sup>133</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. Op. cit. p. 148

<sup>134</sup> Idem p. 149

um ordenamento jurídico internacional. Isso porque, se as respectivas soberanias são absolutas, e as normas produzidas na ordem internacional não podem ser impostas no âmbito dos ordenamentos internos, restaria apenas a possibilidade de obrigações morais paralelas entre os Estados, e não propriamente de um Direito internacional.

A teoria monista procura apresentar uma solução distinta para a questão do embate entre os ordenamentos jurídicos internos e a ordem jurídica internacional. Assere que o Direito é uno, havendo profunda identidade entre o direito nacional e o direito internacional.

As concepções monistas defendem o princípio de identidade de Direito internacional e de Direito interno, como um bloco único de regras jurídicas, integradas num vasto sistema normativo. Não há duas ordens jurídicas estaques, como afirmam os dualistas, cada uma válida exclusivamente em sua órbita, mas sim um só mundo jurídico, coordenado, eficaz, regendo o conjunto das atividades sociais dos indivíduos e das coletividades e Estados.<sup>135</sup>

Concebendo o Direito como uma realidade uníssona, as teorias monistas procuram explicar as fontes desse Direito, sendo assim, dividem-se em monismo *jusnaturalista*, com as variantes *teológica*, *racionalista*, *psicológica* e *axiológica*; monismo *historicista*; e monismo *normativista*, da Escola de Viena. O monismo *jusnaturalista teológico* “fixa a unidade do Direito na unidade da vida e do cosmos, criação de Deus, em cuja vontade esplende a natureza.”<sup>136</sup> Já o monismo *jusnaturalista racionalista* deduz que o Direito é uma manifestação racional do homem, logo, não poderia emanar de fontes diversas, daí a identidade entre o Direito interno e o internacional. Por seu turno, o pensamento *jusnaturalista psicológico* “concebe o Direito como uma resultante da consciência da massa dos indivíduos, manifeste-se essa consciência na órbita nacional ou na internacional. Só a pessoa física é sujeito de direito, numa como na outra ordem.”<sup>137</sup> Finalmente, os teóricos do monismo *axiológico* afirmam a unidade do Direito por meio da ideia da unidade do valor *justiça*. “Aqui a regra fundamental do Direito não é uma hipótese, mas um axioma: o da presença objetiva da justiça universal, em que descansam todas as ordenações jurídicas.”<sup>138</sup> Por conseguinte, inconcebível se acredite na existência de uma justiça interna diversa da justiça universal.

---

<sup>135</sup> Ibidem p. 152

<sup>136</sup> Idem p. 153

<sup>137</sup> Idem p. 154

<sup>138</sup> Idem p. 154

O monismo *historicista*, de outro lado, explica a unidade do Direito considerando a unidade da consciência jurídica, que seria fruto da evolução histórico-cultural da humanidade.

Na verdade, não é possível separar-se o desenvolvimento do Direito internacional do desenvolvimento das formas constitucionais dos diversos Estados. Devemos reconhecer que não existe coincidência perfeita entre os graus de desenvolvimento do Direito das gentes e do Direito interno, mas o progresso do Direito se traduz precisamente nessa tendência de unidade substancial do Direito público, em bases históricas e psicológicas.<sup>139</sup>

Por derradeiro, do monismo *normativista*, vinculado à corrente positivista representada, dentre outros, por Kelsen<sup>140</sup>, partindo da unidade do Direito, passa-se a perquirir acerca da primazia normativa, se do ordenamento jurídico interno ou da ordem jurídica internacional.

Hans Kelsen, autor da Teoria Pura do Direito, concebe o ordenamento jurídico interno como um sistema de normas, cuja validade é ditada por uma norma fundamental. Entretanto, a validade dessa norma fundamental não é posta, mas pressuposta, justamente por ser um comando normativo que não possui um parâmetro anterior, sendo fundada no reconhecimento da capacidade de uma força política para impor normas. A visão de Kelsen é puramente normativa, pois explica o direito a partir da ideia de uma unidade formal, decorrente do modo através do qual as normas são postas. As normas integrantes do ordenamento jurídico consubstanciam uma ordem positiva, visto decorrentes exclusivamente de uma norma jurídico-positiva superior.

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).<sup>141</sup>

<sup>139</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. Op. cit. p. 155

<sup>140</sup> "Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa." KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 136

<sup>141</sup> Idem, p. 136

Consoante Bobbio<sup>142</sup>, o pensamento de Kelsen representa o “clímax do movimento positivista” e encontra neste autor sua expressão mais coerente. A ideia de um ordenamento jurídico torna-se fundamental para o Direito, máxime por separar os demais sistemas normativos, como o moral, do ordenamento normativo-jurídico. Completa Bobbio suas considerações afirmando que a teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais: a unidade, a coerência e a completude; “são estas três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem.”

Partindo dessa premissa, Kelsen passa a considerar a ordem jurídica internacional e o fundamento de validade das normas de direito internacional. Primeiramente, assevera que, se as normas de direito internacional possuem validade apenas quando reconhecidas pelos estados, então, o fundamento de validade do direito internacional é pressuposto, tal qual ocorre no direito interno. Isso porque a validade das normas internacionais restará vinculada às normas constitucionais de cada estado.<sup>143</sup>

Da premissa contrária, porém, da primazia das normas internacionais, cuja natureza é tida por Kelsen como soberana, pois delas dependem as normas estatais, compreende-se que o fundamento de validade da ordem jurídica internacional não é pressuposto, mas posto. Nas palavras do autor:

Como genuína norma fundamental, não é uma norma posta mas uma norma pressuposta. Ela representa o pressuposto sob o qual o chamado Direito internacional geral, isto é, as normas globalmente eficazes, que regulam a conduta de todos os Estados entre si, são consideradas como normas jurídicas que vinculam os Estados. Estas normas são criadas pela via de um costume que é constituído pela conduta efetiva dos Estados, isto é, pela conduta dos indivíduos que, de acordo com as ordens jurídicas estaduais, funcionam como governos. Se elas são pensadas como normas jurídicas vinculantes para os Estados é porque se pressupõe uma norma fundamental que institui o costume dos Estados como fato produtor de Direito.<sup>144</sup>

Em se acatando o primeiro posicionamento, da primazia do direito interno sobre o internacional, transforma-se o Direito internacional em mero direito público para uso externo, conferindo-se à soberania nuances de poder

<sup>142</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pulgiese. São Paulo: Editora Ícone, 1999, p. 198

<sup>143</sup> “Com efeito, o Direito internacional, nesse caso, apenas é uma parte integrante da ordem jurídica estadual representada como soberana e cujo fundamento de vigência é a norma fundamental referida à Constituição eficaz”. KELSEN, Hans. Op. cit. p. 150

<sup>144</sup> Idem p. 151

absoluto. Os fundamentos das normas de Direito internacional teriam tantos fundamentos “quantos sistemas jurídicos ou Estados tenham participado do seu estabelecimento.”<sup>145</sup> Logo, as normas de Direito internacional seriam “válidas e obrigatórias no mesmo grau que as disposições legislativas sobre as quais se baseiam.”<sup>146</sup>

Este, entretanto, não é o entendimento majoritário, conforme salienta Boson,<sup>147</sup> mesmo porque, a percepção da soberania como poder de natureza absoluta vem sofrendo mitigações, a exemplo das limitações presentes nos tratados que versam sobre direitos humanos.<sup>148</sup>

Aceitando-se, assim, o primado do Direito internacional reforça-se a ideia de unidade do Direito, pois desta forma resta afastada a possibilidade de conflito normativo entre a ordem jurídica internacional e os diversos ordenamentos jurídicos estatais. Ademais, como a existência destes depende do reconhecimento do Estado como tal na ordem internacional, depreende-se que é com fulcro nesta que nasce o fundamento para o estabelecimento do ordenamento jurídico interno. Não quer isso dizer que a ordem internacional representa uma vontade imperativa suprema, mas tão-somente que a partir dela se estabelece a necessidade de autolimitação estatal, de modo a tornar possível a convivência no cenário internacional.

Certamente, através do pacto internacional que, transcendendo o estado de natureza, estrutura a sociedade de Direito das gentes, há uma divisão de competências materiais entre os sistemas normativos interno e internacional, assentada no princípio da autodeterminação, por cujo exercício se mede a personalidade jurídica internacional do Estado e, conseqüentemente, o exercício da sua soberania.<sup>149</sup>

O fenômeno da globalização jurídica, a que faz menção Matias<sup>150</sup>, retrata a questão da autolimitação, pois segundo este autor a soberania do estado perdura como um direito, “já que seu engajamento depende na maior

<sup>145</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. Op. cit. p. 157

<sup>146</sup> Idem p. 158

<sup>147</sup> “Sem embargo, a grande maioria dos doutrinadores e publicistas contemporâneos defende, à luz de vários e ponderáveis argumentos, a supremacia do Direito internacional sobre o Direito interno. Não é possível conceber que regras jurídicas de um mesmo complexo de validade sejam aplicáveis, ao mesmo tempo, quando contraditórias”. Idem p. 158

<sup>148</sup> “A Carta das Nações Unidas teria conferido uma dimensão constitucional aos direitos do homem na ordem internacional ao assegurar que a proteção desses direitos passa a ser obrigação internacional dos Estados, e ao cuidar para que as violações a essas obrigações não sejam mais ocultadas “atrás do impenetrável mando da soberania nacional”. MATIAS, Eduardo Felipe P. Op. cit. p. 346

<sup>149</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. Op. cit. p. 162

<sup>150</sup> MATIAS, Eduardo Felipe P. Op. cit. p. 337

parte das vezes de seu consentimento. Mas, de fato, sua soberania se vê limitada por atos do próprio Estado – pelo crescimento do direito internacional.”

A autodeterminação do estado é respeitada pelo Direito internacional, inobstante, ela não é uma possibilidade absoluta, já que encontra barreiras limitativas decorrentes da ordem internacional. Importante, nesse sentido, o posicionamento de Boson, pois esclarece que a primazia do Direito internacional não se traduz em comando imperativo sobre a vontade estatal, do contrário, evidencia a crescente integração normativa existente entre o ordenamento jurídico interno e a ordem internacional.

Todavia, reafirmamos nosso entendimento de que não se trata de supremacia do Direito internacional sobre o Direito interno (internacionalismo), pois isto é adolescência jurídica. Trata-se de integração da normatividade dos dois sistemas, o interno e o internacional, por consequência da constitucionalização do Direito das gentes e, correspondentemente, internacionalização do Direito constitucional dos Estados, membros da sociedade internacional, nas suas normas essenciais<sup>151</sup>.

Desta feita, no tópico seguinte será analisada a problemática da integração normativa, no escopo de averiguar os mecanismos de integração dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, dentre os quais se situa o Tratado de Roma, no ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.2.3 A Integração dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico Brasileiro

O problema da integração entre as normas de direito internacional e o direito interno será aqui abordado considerando especificamente os Tratados que versam sobre Direitos Humanos<sup>152</sup>, partindo-se da premissa de que o Direito constitui uma realidade única, conforme preconizado pela corrente monista.

Boson denomina “constitucionalização do direito internacional” esta integração entre as esferas jurídicas interna e internacional, considerando que as constituições dos Estados, assim definidos por deterem a qualidade de Estado de Direito, aptos, portanto, ao exercício da soberania, incorporam em seus textos

<sup>151</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. Op. cit. p. 170

<sup>152</sup> Ao comentar sobre o escopo de seu trabalho, Piovesan aponta para a diferença essencial entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois enquanto aquele “busca tradicionalmente disciplinar relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estados, por meio de negociações e concessões recíprocas que visam ao interesse dos próprios Estados pactuantes, o Direito Internacional dos Direitos Humanos objetiva garantir o exercício dos direitos da pessoa humana.” PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 77

valores e princípios oriundos das normas de Direito Internacional, moldado a partir desses o ordenamento jurídico interno.

A constitucionalização do Direito internacional – presença cultural a que correspondem, no contexto jurídico da integração, que podem ser reconhecidas em tese como *Direito constitucional internacional* e, especificamente, acrescido o patronímico das respectivas constituições, como Direito constitucional internacional *brasileiro, francês, alemão*, etc., fazendo-se gerar, em contrapartida, no mesmo contexto jurídico da integração, normas internacionais, institucionais ou mesmo casuísticas, que, em tese, valem como internacionalização do Direito constitucional dos Estados-Membros da sociedade de Direito das gentes, assim nos limites já indicados – constitui atualidade histórica em franco desenvolvimento, cuja estática vem-se consolidando com o surgimento crescente de organizações internacionais que planificam, regionalizando ou globalizando, mercados econômicos e, conseqüentemente, ideais políticos e vivências humanizadoras, levando os homens ao maior e melhor conhecimento dos diversos povos e de suas diferenciações culturais.<sup>153</sup>

Corolário, as garantias fundamentais atribuídas aos cidadãos no âmbito dos Estados são um reflexo das prerrogativas presentes nos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, que se revestem de especial qualidade justamente por versarem sobre a proteção do ser humano, dos valores, portanto, mais caros à sociedade dos homens. Este, aliás, o entendimento esposado por Piovesan, senão vejamos:

Se, no plano internacional, o impacto desta vertente “kantiana” se concretizou com a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (todo ele fundamentado no valor da dignidade humana, como valor intrínseco à condição humana), no plano dos constitucionalismos locais, a vertente “kantiana” se concretizou com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase ao princípio da dignidade humana. Pontue-se, ainda, a interação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e os direitos locais, na medida em que aquele passa a ser parâmetro e referência ética a inspirar o constitucionalismo ocidental.<sup>154</sup>

Essa proteção é decorrência de um processo histórico-evolutivo<sup>155</sup>, cujo divisor de águas é representado pela criação da Organização das Nações Unidas e o conseqüente processo de internacionalização dos Direitos Humanos. A perplexidade diante dos horrores da Segunda Guerra Mundial impulsionou o ser humano rumo à conscientização da necessidade de institucionalizar a proteção do homem em escala global.<sup>156</sup> Anteriormente a este

<sup>153</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. Op. cit. p. 227/228

<sup>154</sup> PIOVESAN, Flávia Op. cit. p. 92

<sup>155</sup> “Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Op. cit. p. 5

<sup>156</sup> “O principal legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos consistiu na preocupação que gerou no mundo do pós-Segunda Guerra, acerca da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção de direitos humanos, com

período, outros pactos buscaram censurar o uso indiscriminado dos recursos bélicos, no intuito de minimizar o sofrimento humano, a exemplo do Pacto Briand-Kellog<sup>157</sup>, e da malograda Sociedade das Nações, que sem vedar expressamente o recurso à guerra, como meio para a solução de conflitos, ensejou aos Estados a manutenção do sobressalto hobbesiano presente no “estado de natureza”. Esclarece Aron<sup>158</sup> que “como a Sociedade das Nações era composta por Estados que não tinham alienado sua soberania militar, não era possível impedir qualquer um deles de empregar a força, a não ser que fosse também pela força.”

A proteção do ser humano em escala global, decorrente do processo de internacionalização dos direitos humanos, reflete a mudança de paradigma quanto à colocação do ser humano, que para fins de proteção não pertence a um Estado especificamente, mas à sociedade internacional. Analisando o tema, comenta Bobbio que os Direitos Humanos, conforme hoje concebidos, são herança da Revolução Francesa, mola propulsora da individualização do ser humano perante o Estado.

Os direitos do homem, que tinham sido e continuam a ser afirmados nas Constituições dos Estados particulares, são hoje reconhecidos e solenemente proclamados no âmbito da comunidade internacional, como uma consequência que abalou literalmente a doutrina e a prática do direito internacional: todo indivíduo foi elevado a sujeito potencial da comunidade internacional, cujos sujeitos até agora considerados eram, eminentemente os Estados soberanos.<sup>159</sup>

No Brasil, a Constituição de 1988 enceta uma nova era ao firmar o elenco dos direitos e garantias fundamentais, elevando a princípio elementar a dignidade da pessoa humana.<sup>160</sup> Ademais, é a primeira Constituição a estabelecer parâmetros para as relações do Estado brasileiro no cenário internacional, firmando dentre os princípios a serem observados, conforme o art. 4º<sup>161</sup>, a prevalência dos

---

vistas a impedir que atrocidades daquela monta viessem a ocorrer novamente no planeta. Daí porque o período do pós-guerra significou o resgate da cidadania mundial – ou a reconstrução dos direitos humanos – baseado no princípio do “direito de ter direitos”, para se falar como HANNAH ARENDT”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit. p. 25.

<sup>157</sup> O Pacto Briand-Kellog foi celebrado no período entre guerras e segundo Aron “não considerava todas as guerras ilegais. A guerra continuava a ser legal se fosse conduzida contra um Estado não-signatário do Pacto, ou contra um Estado signatário que o tivesse violado; ou ainda, se se ajustasse às obrigações do Pacto (e cada Estado guardava, de fato e juridicamente, uma grande latitude na interpretação das obrigações do Pacto). Acima de tudo, os signatários tinham reservado duas “válvulas de escape” para suas práticas tradicionais: o direito de legítima defesa e a possibilidade de empregar a força sem declarar guerra. ARON, Raymond. Op. cit. p. 855

<sup>158</sup> Idem p. 858

<sup>159</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Op. cit. p. 103

<sup>160</sup> “A nova topografia constitucional inaugurada pela Carta de 1988 reflete a mudança paradigmática da lente *ex príncipe* para a lente *ex parte Populi*. Isto é, de um Direito inspirado pela ótica do Estado radicado nos deveres dos súditos, transita-se a um Direito inspirado pela ótica da cidadania.” PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 96

<sup>161</sup> BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. *Vade Mecum*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013,1724 p

direitos humanos. Para Piovesan, este é um princípio mitigador da soberania, assim asseverando:

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo com parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.<sup>162</sup>

Demais disso, o § 2º<sup>163</sup> do art. 5º da Constituição de 1988 determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Portanto, reforça-se aqui a relevância conferida aos princípios como sustentáculos para a interpretação e aplicação do texto constitucional, assim como a importância inafastável dos tratados que versam sobre direitos humanos no contexto dos direitos e garantias fundamentais.

A relevância dos princípios no ordenamento constitucional estabelecido com a Carta de 1988 reflete, segundo Piovesan, uma tendência mundial, cuja intensidade aumenta com o fim da Segunda Guerra.<sup>164</sup> Para Canotilho, esses princípios jurídicos fundamentais elencados nas constituições, representam:

[...] os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Mais rigorosamente, dir-se-á, em primeiro lugar, que os princípios têm uma função negativa particularmente relevante nos «casos limites» («Estado de Direito e de Não Direito», «Estado Democrático e ditadura»)<sup>165</sup>.

De outro lado, os tratados internacionais relacionados com a proteção do ser humano adquirem especial enfoque, visto que o parágrafo em comento assenta a não exaustividade do rol de direitos e garantias listados no artigo

<sup>162</sup> PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 153

<sup>163</sup> BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988 *Vade Mecum*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, 1724 p

<sup>164</sup> A abertura das Constituição a valores e a princípios – fenômeno que se densifica especialmente no Pós-Guerra – é assim captada por Canotilho: “O direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras e códigos; o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios. PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 92

<sup>165</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 171

5º, a estes integrando os tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

Os tratados internacionais, segundo Albuquerque Mello, são atualmente a fonte mais importante do Direito internacional<sup>166</sup>, destacando nesta seara a Convenção de Viena de 1969 que, versando sobre o Direito dos Tratados, estabelece no art. 38 as fontes do Direito internacional, entre as quais se destacam o costume e os tratados firmados entre os Estados.<sup>167</sup>

Os Estados, entretanto, conforme alhures destacado, somente se obrigam nos limites dos seus interesses, não podendo a estes serem impingidos encargos não aceitos expressamente, salvo quando convertidos em costume internacional, em decorrência da reiterada prática e aceitação generalizada por parte dos Estados. É o caso da proteção dispensada aos civis durante os conflitos armados, obrigação que, segundo Byers<sup>168</sup>, é devida mesmo em se tratado de Estado não signatário dos acordos internacionais alusivos ao tema.

Em contrapartida, assinado e ratificado determinado tratado, o seu cumprimento assentar-se-á na boa-fé das partes contratantes e no consenso, posto que obriga os Estados ao cumprimento das respectivas cláusulas.<sup>169</sup> Ademais, o art. 27 da Convenção em apreço aponta a inviabilidade de uma parte “invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado.”<sup>170</sup> Esse preceito reforça o posicionamento monista quanto à integração entre os ordenamentos jurídicos internos e a ordem jurídica internacional, comentando Aciolly<sup>171</sup> a respeito:

Daí poder dizer-se que, na legislação interna, os tratados ou convenções a ela incorporados formam um direito especial que a lei interna, comum, não pode revogar. Daí também a razão por que a Corte Permanente de Justiça Internacional, em parecer consultivo proferido a 31 de julho de 1930, declarou: “É princípio geralmente reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado.

<sup>166</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Curso de Direito Internacional Público**. Op. cit. p. 123

<sup>167</sup> "A necessidade de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais resultou na elaboração da Convenção de Viena, concluída em 1969, que teve por finalidade servir como a Lei dos Tratados. Contudo, limitou-se aos tratados celebrados entre os Estados, não envolvendo aqueles dos quais participam organizações internacionais." PIOVESAN, Flávia, p. 106

<sup>168</sup> BYERS, Michel. Op. cit. p. 143

<sup>169</sup> VIENA (1969). Áustria, 21 de março de 1986. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais**. Art. 26. Todo o tratado em vigor vincula as partes e deve ser por elas executado de boa-fé. Disponível em: <http://www.cedin.com.br> Acesso em: 09 abr 2013

<sup>170</sup> Idem

<sup>171</sup> ACCIOLLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976, p. 6

Especificamente no que concerne aos tratados relativos aos direitos humanos, a obrigatoriedade de acatamento, no âmbito do Direito brasileiro, como norma de natureza constitucional, é inconteste, em face do § 2º do art. 5º acima mencionado. Nesse sentido a colocação de Piovesan, senão vejamos:

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribuiu aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.<sup>172</sup>

Deve-se, pois, separar os tratados comuns daqueles que versam sobre direitos humanos<sup>173</sup>, pois somente a estes se atribui natureza de norma constitucional. Tal reconhecimento, baseado no § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, indica, contudo, que é material a natureza constitucional atribuída a esses tratados, pois passam a integrar o ordenamento jurídico por força dos princípios e regras que forjam o espírito da Constituição e lhe conferem poder normativo.<sup>174</sup>

Buscando encerrar as controvérsias em torno da interpretação do parágrafo em tela, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou ao art. 5º da Constituição um § 3º<sup>175</sup>, que assim dispõe:

Art. 5º [...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Deste modo, a partir de 2004, além de materialmente constitucionais, os tratados atinentes aos direitos humanos podem vir a se tornar

<sup>172</sup> PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 114

<sup>173</sup> A hierarquia infraconstitucional dos tratados não atinentes aos direitos humanos pode ser verificada com fulcro no art. 102, III, b, da Constituição de 1988, que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, "as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal." Por conseguinte, sustenta Piovesan que estes tratados são infraconstitucionais, embora supralegais, já que não podem ser descumpridos sob a alegação de disparidade em relação ao direito interno, conforme o art. 27 da Convenção de Viena. Idem p.122

<sup>174</sup> "O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objectivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como «lei»: o direito constitucional é direito positivo. Neste sentido se fala na «constituição como norma» (GARCIA DE ENTERRIA) e na «força normativa da constituição» (K. HESSE)." CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. cit. p. 183

<sup>175</sup> BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. *Vade Mecum*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, 1724 p

formalmente constitucionais, desde que aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, procedimento este idêntico ao exigido para a aprovação de Emendas Constitucionais.

Uma norma é formalmente constitucional quando ingressa no texto constitucional por meio de um procedimento específico decorrente ou do poder constituinte originário, ou do poder constituinte derivado, neste inclusas as emendas à Constituição. O conceito de Constituição formal, segundo Bonavides<sup>176</sup>, atrela-se ao movimento positivista, que busca defini-la conforme “seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta em presença da realidade circunjacente, exterior, em si mesma, à própria realidade, que ela organiza e regula juridicamente.”

Em contrapartida, o vislumbre da Constituição como um sistema é o que viabiliza perceber o conteúdo material das normas constitucionais, pois segundo Bonavides:

O novo método é pluridimensional: abre-se aos valores, aos fins, às razões históricas, aos interesses, a tudo enfim que possa ser conteúdo e pressuposto da norma. O sistema constitucional já não é tão-somente o sistema da Constituição normativa, mas está acrescido de todo aquele complexo de forças, relações e valores, que o positivismo formalista deliberadamente excluía ou ignorava e cuja totalidade, na medida em que tem uma eficácia fundamental, de maneira a moldar e ativar instituições básicas, compõe a ordem material da Constituição, formando um núcleo ou círculo mais largo e compreensivo, excepcionalmente rico de conteúdo.<sup>177</sup>

Por conseguinte, o Estatuto de Roma, como tratado relativo à proteção dos direitos humanos, integra o conteúdo material da Constituição em vigor, por força do § 2º do art. 5º deste instrumento legal. Acrescente-se que, além desta posição normativa privilegiada, a mesma Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu um § 4º ao art. 5º da Constituição, que submete o Brasil, expressamente, à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.<sup>178</sup>

Deste modo, é possível asseverar que, no tocante aos tratados que versam sobre os direitos humanos é intensa a integração existente entre o ordenamento jurídico brasileiro e a ordem jurídica internacional, de maneira a relativizar o conceito de soberania nacional. Tanto mais, ao determinar o próprio

<sup>176</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 172

<sup>177</sup> Idem, p. 136/137

<sup>178</sup> Para Mazzuoli, “o que fez essa salutar disposição constitucional foi solidificar a tese segundo a qual a Constituição de 1988 está perfeitamente apta a operar com o Direito Internacional e com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Essa integração do Estatuto ao texto constitucional passou a garantir-lhe primazia hierárquica (além da integração às *cláusulas pétreas* constitucionais) dentro do sistema jurídico nacional relativo à proteção dos direitos humanos”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit. p. 41/42

texto constitucional a submissão do Estado brasileiro à jurisdição de uma Corte Internacional, comentando Matias a respeito:

[...] os Estados muitas vezes optam por submeter-se as jurisdições internacionais [...] Quando o fazem, os Estados se dispõem a aceitar decisões que vão contra seus próprios interesses e, muitas vezes, limitam sua autonomia de ação. Nesse sentido, o recurso à justiça internacional seria “o abandono da soberania”.<sup>179</sup>

Deste modo, passa-se a análise do alcance das normas estabelecidas por meio do Estatuto de Roma relativamente às hipóteses de emprego do poder aéreo.

---

<sup>179</sup> MATIAS, Eduardo Felipe P. Op. cit. p. 344

## **CAPÍTULO 3 A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A GUERRA**

Nos capítulos precedentes verificou-se que a anarquia internacional é uma realidade ainda presente, inobstante a internacionalização dos direitos humanos. Igualmente constatou-se a relação existente entre o ordenamento jurídico interno e a ordem jurídica internacional, característica do hodierno processo de integração normativa, cujo reconhecimento implica na relativização do conceito de soberania.

Neste capítulo serão abordados os aspectos atinentes à transformação do emprego da força no cenário internacional, bem como à jurisdição do Tribunal Penal Internacional relativa aos delitos elencados no art. 5º do Estatuto de Roma, considerando que, conforme visto, a Constituição da República defere a este instrumento jurídico atributo de norma materialmente constitucional.

### **3.1 A questão da guerra: a relação entre guerra e direito**

Haverá maneira de libertar o homem da ameaça da guerra? Este questionamento foi o objeto de preocupação das cartas trocadas entre Albert Einstein e Sigmund Freud no período entre guerras. Nesta correspondência, Einstein demonstra-se desiludido com a ineficácia da Sociedade das Nações em arrostar o perigo da guerra, enquanto Freud reconhece a natureza belicosa do homem, asseverando não ser “possível evitar garantidamente a guerra a menos que os homens se entendam para instituírem um poder central a cujas sentenças se refiram em todos os conflitos de interesses.”<sup>180</sup>

Semelhante inquietação acudiu Bobbio ao discorrer acerca do “problema da guerra e as vias da paz” na era das armas nucleares, cuja ameaça constante alarmou o mundo, dado o respectivo poder de destruição em escala global:

A teoria do equilíbrio do terror não é uma teoria do fim da guerra, isto é, da passagem inevitável do estado de guerra para o estado de paz, mas sim uma teoria da continuação do estado de trégua, ou da não-passagem inevitável do estado de paz entendido como trégua para o estado de guerra:

---

<sup>180</sup> EINSTEIN, Albert e FREUD, Sigmund. **Porquê a Guerra**. Tradução Duarte da Costa Cabral. Portugal, 2007, p. 47. Livros de Bolso Europa-América.

não-passagem que se tornou inevitável não mais pela morte da guerra, mas pela sua perene vitalidade.<sup>181</sup>

Bobbio sustenta que o fenômeno da guerra é indissociável da história do homem, e exerce influência direta sobre o Direito vigente no caminhar da humanidade<sup>182</sup>. Desta relação emergiu a teoria da guerra justa, que conforme mencionado autor, é uma “teoria intermediária entre as teorias belicistas e pacifistas<sup>183</sup>” tendo assumido na história “duas funções diversas: ora foi aceita para negar a validade das primeiras ora foi aceita para negar a validade das segundas”.<sup>184</sup> A questão da justiça ou injustiça do recurso à força atrela-se, segundo o autor, ao reconhecimento das guerras de defesa como mecanismos justos, na medida em que seriam travadas para reparar uma ofensa ou punir um culpado, funcionando como um processo judicial, onde a força é o remédio amargo imposto por quem se julga ofendido.<sup>185</sup>

De início, porém, o *jus in bello*, ou o direito da guerra, consistia no conjunto de normas, a princípio costumeiras, utilizadas nos períodos de conflito, quando ainda era lícito o recurso à força. No contexto da teoria da guerra justa é que surge o *jus ad bellum*, ou o direito à guerra, que gradativamente foi sendo tolhido pelo Direito Internacional.<sup>186</sup>

Para Jankov, a teoria da guerra justa trouxe duas consequências, sendo a primeira a submissão da guerra ao direito, “deslocando-a do império da força<sup>187</sup>”. De outro lado, “conduz à distinção entre a guerra lícita e o abuso do uso da força; como resultado da defesa de um direito das relações de força entre potências, a guerra aparece como meio de luta contra a impunidade que não será admitida caso exista uma violação do *droit de gens*.”<sup>188</sup>

A transformação do direito da guerra acompanha, pois, o desenvolvimento do Direito Internacional, na medida em que as relações entre os Estados ganham novos contornos principalmente a partir da instituição das

<sup>181</sup> BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 63

<sup>182</sup> Idem p. 49 a 68

<sup>183</sup> Idem, p. 76

<sup>184</sup> Idem, p. 76

<sup>185</sup> Idem, p. 77

<sup>186</sup> RESEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 415

<sup>187</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit. p. 12

<sup>188</sup> Idem, p. 12

soberanias nacionais. Kaplan e Katzenbach<sup>189</sup> afirmam que é possível compreender esta transformação a partir de três períodos fundamentais: o primeiro, que vai da Renascença ao Congresso de Viena; o segundo entre 1815 até a Primeira Guerra Mundial; e o terceiro a partir do final da Primeira Guerra Mundial. Cabe acrescentar outros dois eventos marcantes e que, seguramente, integram a transformação em apreço: a queda do muro de Berlim e o 11 de setembro de 2001, eventos estes que trouxeram o mundo para a denominada pós-modernidade.<sup>190</sup>

Como consequência da mudança de paradigma das relações internacionais e do próprio Direito Internacional, o direito à guerra passa a ser encarado desprovido da justificativa preconizada pela teoria da guerra justa, adotando-se o conceito de guerra legal, máxime com a criação da ONU.

A teoria da guerra justa nasceu na Idade Média atrelada à filosofia da Igreja Católica, assumindo com Santo Tomás de Aquino a função de negar as práticas belicistas, pois a guerra somente seria aceitável com fulcro em uma justa causa, necessária à reparação de uma injustiça, devendo haver moderação nos métodos aplicados.<sup>191</sup>

[...] tratava-se então de refutar a tese, atribuída aos primeiros padres da Igreja, segundo a qual de algumas passagens e do espírito do Evangelho se deveria extrair o princípio da condenação absoluta da guerra, e conseqüentemente que toda guerra era sempre ilícita.<sup>192</sup>

A partir do período da Renascença, elaboram-se teorias no intuito de unificar as relações humanas, pautadas na razão e na justiça, secularizando-se o pensamento e as instituições em torno de valores universais comuns. Ganham força as teorias do Direito Natural. Deste modo, nas relações entre os Estados nacionais em formação, procurava-se aplicar as normas de Direito Natural reconhecidas como aquelas que encerravam atributos racionais e justos por todos praticados:

Assim, considerando o direito das nações como parte do direito natural, os autores simplesmente baseavam a sua existência na necessidade e na

<sup>189</sup> KAPLAN, Morton A. e KATZENBACH, Nicholas de B. **Fundamentos Políticos do Direito Internacional**. Tradução de Sigrig Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro: Zahar Editores p. 68

<sup>190</sup> "Na esteira desta complexidade, descortina-se a pós-modernidade, cuja dinâmica se abriga, [...], no desprestígio do Estado nacional dentro de um cenário pós-tudo, que em pouco mais de uma década já vivenciou dois grandes momentos de ruptura paradigmática: a queda do muro de Berlim (1989) e a queda das torres gêmeas (2001). Tais eventos têm desdobramentos jusgeopolíticos relevantes, na medida em que trazem no seu âmago a crise do Estado Social, a revivificação magnificada da ordem política liberal, e, especialmente, os riscos de neutralização ética da Constituição e da proteção constitucional dos hipossuficientes (camadas menos favorecidas do tecido social pátrio)." GOES, Guilherme Sandoval. **Geopolítica e pós-modernidade**. Revista da Escola Superior de Guerra nº 48 (jul/dez. 2007), vol. 23. Rio de Janeiro: ESG, 2007, p. 95. Disponível em: <[http://www.esg.br/uploads/2010/09/revista\\_48.pdf](http://www.esg.br/uploads/2010/09/revista_48.pdf)>. Acesso em: 23 mar 2014

<sup>191</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit., p. 10

<sup>192</sup> BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Op. cit. p. 76

razão. Se os Estados vivessem um constante estado de guerra, precisariam de regras que regulassem as reações de uns com os outros do mesmo modo que os indivíduos, que precisam ter normas para conviverem.<sup>193</sup>

Em consequência desse processo de abandono do controle da Igreja Católica com a secularização do pensamento, no alvorecer da Idade Moderna, com o surgimento dos Estados Nacionais, a guerra não mais se trava entre senhores feudais, mas entre soberanias. Logo, a guerra que passa a interessar ao Direito Internacional em formação é a guerra pública.

A guerra torna-se “laica”. O direito interestatal dos séculos XVI ao XX parte agora do “*iustus hostis*” e não da “*justa causa*” considera toda guerra interestatal entre dois soberanos em igualdade de direitos como justa. Mediante esta formalização jurídica se obteve uma racionalização e humanização.<sup>194</sup>

Essa transformação passa pelo pensamento de Hugo Grócio e sua doutrina do direito e da guerra<sup>195</sup> no século XVII, concebida consoante o pensamento jusnaturalista vigente à época. Para ele, determinada regra que gozasse de aceitação geral pertencia ao Direito Natural e, por conseguinte, ao direito das gentes, sendo obrigatória por expressar a vontade das nações. Grócio escreve numa era conturbada, quando se travou a Guerra dos Trinta Anos, fator este que o levou a se preocupar com o fenômeno da guerra, definindo-a como um *status*. A guerra como *status* se diferencia do estado de paz e implica na aplicação de normas jurídicas específicas.

Grocio tem o mérito de dar relevo ao fato da guerra ser um “procedimento” e um “status”. A doutrina vai seguir esta linha e são apontadas várias consequências: a) tudo tem início quando de fato se faz uso das armas; b) o uso das armas faz surgir o estado de guerra, só não ocorrendo isto em casos excepcionais; c) se não há uso das armas não há guerra nem como procedimento nem como status; d) a guerra é precedida de uma declaração.<sup>196</sup>

Das teorias do Direito Natural, num cenário de relações entre Estados em formação, ao Congresso de Viena, que marca o fim das Guerras Napoleônicas, em 1815, um fenômeno importante se observa, pois embora tenha se concretizado o conceito de soberania, o título de núcleo civilizatório do mundo é reclamado pelas nações desenvolvidas da Europa, iniciando-se o processo

<sup>193</sup> KAPLAN, Morton A. e KATZENBACH, Nicholas de B. Op. cit., p. 72

<sup>194</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. **Direitos Humanos e conflitos armado**. Op. cit. p. 101

<sup>195</sup> “No século XVII Hugo Grotius vai ser “o fundador da doutrina do estado de guerra” e a define como sendo “status” dos que lutam pela força. A finalidade de Grotius segundo intérprete mais recente, como Hagggenmacher, não foi de escrever sobre o direito natural e, “menos ainda, um livro de direito internacional, mas essencialmente um tratado sobre o direito de guerra”.

Idem, p. 106

<sup>196</sup> Idem p. 107

denominado *europização*, que se estende até a Primeira Guerra Mundial. Nesta fase, segundo Kaplan e Katzenbach, “o direito internacional teve de adaptar-se às condições da Europa e ao conjunto de interesses das grandes nações europeias”.<sup>197</sup>

Acontece aqui a substituição do direito das nações, pautado no direito natural, regente das relações entre os soberanos e entre estes e seus cidadãos e estrangeiros, pelo direito internacional, e os Estados buscam cada vez mais soluções legislativas próprias, pautadas no seu Direito interno. A partir do século XIX o Direito Natural perde terreno para as teorias do Direito Positivo, e o afastamento dos valores de ordem universal gera o abandono do indivíduo, pois são deixadas de lado as noções de justiça e moral antes presentes no citado universalismo das teorias do Direito Natural. Em consequência, ocorre o crescimento do “nacionalismo e a tendência de considerar o Estado e a identificação do indivíduo com o Estado acima dos outros laços de solidariedade social”,<sup>198</sup> tanto assim, os conflitos ideológicos na Europa levam, dentre outros fatores, à Primeira Guerra Mundial, sem que pacto internacional algum previsse a ilegalidade do recurso à força.

Em decorrência do sobressalto mundial causado pelos horrores inesperados da Primeira Grande Guerra, no período entre esta e a Segunda Guerra Mundial,<sup>199</sup> ressurgem o pensamento jusnaturalista, e a teoria da guerra justa presta-se a “refutar as teorias realistas da história e da política que tinham exaltado de várias maneiras a guerra, chegando à conclusão de que todas as guerras são lícitas”<sup>200</sup>, vez que, segundo as teorias realistas acerca das relações internacionais, originadas no pensamento de Maquiavel, as razões do Estado estariam acima das intenções morais. Cria-se a Sociedade das Nações inspirada nos quatorze pontos do Presidente norte-americano Wilson, fazendo emergir uma forte tendência humanitária.

Afirmam Kaplan e Katzenbach que a Sociedade das Nações “não foi concebida como uma revitalização do concerto europeu, ampliada para

<sup>197</sup> KAPLAN, Morton A. e KATZENBACH, Nicholas de B. Op. cit., p. 74

<sup>198</sup> Idem, p. 76

<sup>199</sup> “As convenções da Haia de 1899 e de 1907 e, após a Primeira Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes condenam a guerra de agressão. O Projeto de Tratado de Assistência Mútua elaborado sob os auspícios da Sociedade das Nações, em 1923, o Projeto Cecil-Requin, dispõe em seu art. 1º: “A guerra de agressão consiste em crime internacional”. A importância desse projeto resulta de uma nova percepção de segurança, que deixa de ser exclusivamente focada na Alemanha, e se torna questão de ordem universal. O protocolo de Genebra de 2 de outubro de 1924, da Sociedade das Nações, para a regulamentação pacífica de controvérsias internacionais, condena a guerra de agressão como violação da solidariedade internacional, considera crime internacional (esse protocolo jamais entrou em vigor)”. Idem, p. 13

<sup>200</sup> BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Op. cit. p. 77

atender as nações do novo mundo, mas sim como uma versão mundial de governo parlamentar, lançada no cenário internacional”.<sup>201</sup>

No entanto, a Segunda Guerra Mundial, como uma avalanche não contida pela fraca vontade da Sociedade das Nações em efetivamente coibir o recurso à força, resultou na conclusão de que a justiça da guerra dependeria, precisamente, das razões alegadas pelo vencedor. A esse respeito comenta Albuquerque Mello que “o que o mais forte deseja transforma-se em direito com a sua vitória. Assim permanece a guerra, vez que há sempre a esperança da vitória.”

<sup>202</sup>

Por tal razão, ganha maior espaço à aplicação do positivismo jurídico às teorias da guerra, passando-se a vislumbrar a necessidade de distinção entre direito e justiça.

Dessa constatação nascia a necessária conclusão de que os critérios de distinção entre guerras justas e injustas, proposto por teólogos, filósofos e moralistas, representam talvez nobilíssimas exigências de justiça, e, na melhor das hipóteses, propostas de um direito melhor, mas não tinham se tornado até então direito positivo internacional.<sup>203</sup>

De princípio, porém, as primeiras normas de direito internacional positivo<sup>204</sup> não regulavam as motivações da guerra, não entrando no mérito da justiça ou injustiça das causas alegadas, preocupando-se com a regulação da conduta durante a guerra.

Em relação à causa da guerra, nenhum Estado tem limites jurídicos (de direito positivo), mas apenas morais (ou de direito natural); e, relação à conduta da guerra, tem limites também jurídicos, isto é, estabelecidos por um direito vigente na comunidade internacional à qual ele pertence e que ele próprio contribuiu para produzir.<sup>205</sup>

Isto porque a existência da guerra se relaciona com o conceito de soberania, daí a dificuldade em se impor limites jurídicos ao emprego da força pelos Estados. Tal realidade é minorada com a criação da Organização das Nações Unidas em 1945, sepultando em definitivo a teoria da guerra justa, pois embora não negue aos Estados a possibilidade de recorrerem à força, em caso de legítima

<sup>201</sup> KAPLAN, Morton A. e KATZENBACH, Nicholas de B. Op. cit., p. 83

<sup>202</sup> ALBUQUERQUE MELLO. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Op. cit., p. 78

<sup>203</sup> BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Op. cit. p. 82

<sup>204</sup> “O Direito internacional e as ordens jurídicas estaduais que - sob a pressuposição do primado daquele - lhe estão subordinadas são válidos ou vigentes não porque ou na medida em que realizam o valor paz. Podem realizar este valor se e na medida em que valem; e valem se se pressupõe a norma fundamental que institui o costume dos Estados como fato gerador de Direito, qualquer que seja o conteúdo que possam ter as normas assim criadas”. KELSEN, Hans. Op. cit. p. 151

<sup>205</sup> BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Op. cit. p. 83

defesa, condena a agressão e impõe como forma de solução dos conflitos as vias do diálogo.

A noção de guerra justa acaba por se confundir com a de guerra legal. A guerra legal é a de legítima defesa. A guerra justa praticamente desaparece na Encíclica “Pacem in Terris” (1963) que afirma ser a guerra “um meio apto para reparar um direito violado”. Só se admite a guerra de legítima defesa. Esta posição decorre dos meios de destruição à disposição dos Estados.<sup>206</sup>

Assim, estabelece a Carta das Nações Unidas<sup>207</sup> propósitos e princípios que vinculam os Estados, senão vejamos:

Artigo 1 - Os propósitos das Nações Unidas são:

1. manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chagar por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
- [...]

Artigo 2 - A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.
2. Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta.
3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.
4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.
5. Todos os Membros darão às Nações toda assistência em qualquer ação a que elas recorrerem de acordo com a presente Carta e se absterão de dar auxílio a qual Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo.
6. A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.
7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em 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.

Percebe-se que a Organização das Nações Unidas não se coloca como uma autoridade supra estatal, inobstante, acolhe e põe em prática a

<sup>206</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Op. cit. p. 105

<sup>207</sup> Carta das Nações Unidas reproduzida em BYERS, Michel. Op. cit. p. 198

visão do cenário internacional como uma sociedade de Nações. Não desconsidera, por conseguinte, os preceitos da soberania, tanto assim reconhece a igualdade entre seus membros, bem como as prerrogativas de comando interestatais, mas estabelece um vínculo de natureza moral entre os Estados, mormente ao impor o princípio da boa-fé.

Ademais, diante dos princípios e propósitos acima apontados, verifica-se que a Carta da ONU obteve êxito ao limitar legalmente o recurso à força<sup>208</sup>, representando o cume de um processo de evolução normativa acerca da imposição da solução pacífica dos conflitos internacionais, iniciado com as Convenções de Haia de 1899 e 1907, passando pela Liga das Nações e pelo pacto Briand-Kellogg, que inobstante terem se preocupado com o fenômeno da guerra, mantiveram-na como instrumento da política internacional.<sup>209</sup>

Conforme Dinstein<sup>210</sup>, a essência do *jus ad bellum* na atualidade encontra-se no art. 2<sup>a</sup>, item 4 da Carta da ONU, alhures mencionado, onde se evita, inclusive o uso do termo guerra, abolindo a ameaça e o uso da força nas relações internacionais.

A limitação gerada pela Carta respalda-se, ainda, no art. 24, ao prever que os Estados Membros conferem ao “Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade o Conselho de Segurança aja em nome deles<sup>211</sup>”, assim como nas disposições do Capítulo VI, que abordam as formas de solução pacífica dos conflitos.

Os termos da Carta da ONU, cabe lembrar, foram elaborados ao cabo da Segunda Guerra Mundial, quando inaugura-se a era da bipolaridade mundial. Conforme Cassese *apud* Jankov, na era da Guerra Fria “os dois blocos de poder garantiam certa ordem internacional, na qual um dos Superpoderes atuava como uma espécie de policial e garantidor em sua respectiva esfera de influência”<sup>212</sup>. Entretanto, com a queda do muro de Berlim, em 1989, o mundo entra

<sup>208</sup> "Além de codificar e cristalizar certas normas consuetudinárias, entre elas a proibição do emprego da força e o direito e legítima defesa, a Carta afirma explicitamente que tem precedência sobre quaisquer outros tratados. Assim sendo, nenhum outro país pode eximir-se das cláusulas da Carta da ONU, entre as quais estão a autoridade do Conselho de Segurança da ONU e as normas internacionais que regulamentam o recurso à força militar." BYERS, Michel. Op. cit. p. 17

<sup>209</sup> DINSTEIN, Yoram. Tradução de Mauro Raposo de Melo. **Guerra, Agressão e Legítima Defesa**. 3ª edição. Barueri/SP: Ed. Manole, 2004, p. 119

<sup>210</sup> Idem, p. 121

<sup>211</sup> Carta das Nações Unidas reproduzida em BYERS, Michel. Op. cit p.201

<sup>212</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez, Op. cit., p. 219

em colapso, pois o equilíbrio é rompido com a perda da força política da nação símbolo do comunismo, irrompendo diversos conflitos armados internos, aquecidos pela onda nacionalista e fundamentalista desprovida de parâmetros de controle. Os conflitos na antiga Iugoslávia e em Ruanda são consequências desse desequilíbrio, e os Tribunais instaurados para o julgamento das atrocidades ocorridas durante estes um reflexo da valorização dos Direitos Humanos pós-Nuremberg.

Os ataques terrorista de 11 de setembro de 2001, de outro lado, representam uma reação à hegemonia americana e à imposição dos ideais capitalistas, muito embora não seja pacífica a aceitação da existência de uma *Pax Americana*.<sup>213</sup>

O surgimento do Tribunal Penal Internacional integra, portanto, esse processo evolutivo de substituição da teoria da guerra justa pelos preceitos da guerra legal, preconizados pela Carta da ONU. Essa passagem carrega o paulatino crescimento dos tipos penais internacionais, bem como a ampliação da responsabilidade no âmbito internacional, de modo a abarcar não apenas os Estados, mas também os indivíduos.

[...] o sistema das Nações Unidas, no final da década de 1940, iniciou um trabalho visando estabelecer mecanismos permanentes e imparciais para a justiça internacional penal. Nesse contexto, a Convenção para a Prevenção e a Repressão de Genocídio (1948), em seu art. 6º, faz alusão a um tribunal penal internacional.

Nesse sentido, os esforços das Nações Unidas para estabelecer um tribunal penal manifestaram-se basicamente em dois âmbitos: a codificação dos crimes internacionais e a elaboração de um projeto de estatuto para o estabelecimento de um tribunal internacional.<sup>214</sup>

Deste modo, no item seguinte será analisado o Tribunal Penal Internacional, principalmente no que concerne à compreensão das características de sua força jurisdicional, bem como de suas regras básicas de tipificação delitiva.

---

<sup>213</sup> "Na verdade, por ser a única superpotência ainda remanescente, acredita-se que estamos vivendo sob os auspícios dessa Pax Americana. No entanto, acreditamos que tal tipo de inteligência é errônea, na medida em que os EUA não têm capital geopolítico suficiente para impor um cenário internacional unipolar, vale dizer, um quadro mundial onde não haja reação política, econômica, militar, cultural e tecnológica por parte das demais nações do mundo". GOES, Guilherme Sandoval. Op. cit., p. 110

<sup>214</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit., p. 26

### 3.2 O Tribunal Penal Internacional e a Jurisdição Internacional

O Tribunal Penal Internacional foi instituído por meio do Estatuto de Roma, em 1998, como um Tribunal Internacional de caráter permanente, sanando as questões relativas à legitimidade da criação de Tribunais *ad hoc* pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, a exemplo dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda.

Uma palavra sobre o Conselho de Segurança, porque ele concerne igualmente à questão da soberania. O ponto de partida da criação do Tribunal Penal é claro: os Estados não queriam que uma Corte que fosse criada pelo Conselho de Segurança, para evitar uma justiça seletiva, em que os membros permanentes do Conselho de Segurança controlariam a jurisdição penal internacional, estando eles próprios excluídos *a priori* de sua competência em razão de seu direito de veto em vigor no Conselho de Segurança.<sup>215</sup>

Os Tribunais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda foram instituídos com fulcro no capítulo VII da Carta da ONU, que defere ao Conselho de Segurança a prerrogativa de adotar a iniciativa julgada cabível nos casos de ameaça à paz e à segurança internacionais. Esta prerrogativa se apoia no fato de a Carta ser considerada a Constituição da sociedade internacional. Logo, o Conselho de Segurança estaria autorizado a exercer poderes jurisdicionais decorrentes da delegação que lhes conferem os Estados.<sup>216</sup>

Não sendo um organismo atrelado ao Conselho de Segurança da ONU, o TPI tornou-se um organismo conciliador no tocante à jurisdição internacional penal, visto funcionar de maneira independente. Nesse sentido, esclarece Mazzuoli que “desde o *preâmbulo* do Estatuto já ficou proclamada a intenção dos Estados em criar um Tribunal Penal Internacional, de caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas [...]”.<sup>217</sup>

A esse respeito, e considerando o escopo do presente trabalho, cabe destacar que não obstante inspire-se o TPI na noção de comunidade internacional, conforme estudado no primeiro capítulo, sua independência não é capaz de suplantar seus respectivos alicerces políticos, sendo inconcebível o funcionamento desse Tribunal desprovido do apoio do Conselho de Segurança da ONU. Lembre-se que é a Carta da ONU o instrumento internacional considerado

<sup>215</sup> KIRSCH, Philippe. **A Corte Internacional Perante a Soberania dos Estados**. In CASSESE, Antônio e DELMAS-MARTY, Mireille. Tradução de Silvio Antinha. Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Baureri/SP: Manole, 2004, p. 30

<sup>216</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit., p. 226

<sup>217</sup> MAZZUOLI, Valeiro de Oliveira. Op. cit. p. 44

como detentor de “poder constitucional” no âmbito internacional e, ademais, o realismo ainda perdura nas relações entre os Estados. Assim, malgrado a presença marcante de normas de proteção humanitária, ainda é o Estado-nação o principal ator no cenário internacional.

Nesse mesmo diapasão, verifica-se não ser pacífico o entendimento acerca da natureza da jurisdição do TPI, estendendo-se a questão para além da inquestionável complementaridade consagrada no texto do Estatuto.

A jurisdição representa uma das atribuições do Estado, que reconhecido como a autoridade gestora da vontade geral, está apto a deferir a cada um o que lhe for de direito. Para Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>218</sup>, “a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*”. Na condição de poder, que aqui nos interessa, “é a manifestação do poder estatal, conceituado como a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”.<sup>219</sup> Essa capacidade relaciona-se com o poder de legislar que os Estados detêm, visto que a jurisdição será exercida conforme os parâmetros legais estabelecidos pelo Estado.

Logo, vincula-se ao conceito de soberania, pois grosso modo, a jurisdição, ou o alcance da soberania de um Estado termina quando se inicia a soberania de outro, salvo casos específicos consagrados pelo Direito, a exemplo da extensão do poder jurisdicional às embarcações e aeronaves a serviço de determinado Estado.

O alcance da jurisdição estatal é estabelecido conforme determinados critérios, como o limite territorial. O Código Penal brasileiro, por exemplo, adotou o princípio da territorialidade temperada ao dispor em seu art. 5º que “aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”.<sup>220</sup> Desta maneira, a lei penal brasileira aplica-se no âmbito do território nacional, não podendo ser aplicada nos países estrangeiros, salvo os casos de extraterritorialidade, quando outros critérios de limitação jurisdicional podem ser aplicados. Do mesmo modo, poderá deixar de ser aplicada a lei penal brasileira em função de convenções, tratados ou regras de direito internacional.

---

<sup>218</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 7ª edição. São Paulo: RT, 1990, p. 147

<sup>219</sup> Idem p. 147

<sup>220</sup> BRASIL, Código Penal (1940) **Código Penal Brasileiro**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Vade Mecum*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, 1724 p

O fato de a jurisdição de um Estado poder ultrapassar os limites de seu território, bem como tomar para si a capacidade para julgar estrangeiros, mesmo quando o princípio da territorialidade não esteja presente, remete ao denominado *princípio da jurisdição universal*. Segundo Jankov, esse princípio “permite o exercício da jurisdição em relação a atos de não nacionais, nos quais as circunstâncias, incluindo a natureza do crime, justificam sua repressão como questão de política internacional”.<sup>221</sup> O exercício da jurisdição universal pressupõe tanto o dever dos Estados de coibir graves violações internacionais, como aquelas que envolvem Direitos Humanos, como as decorrentes do direito internacional convencional ou consuetudinário, traduzido na obrigação “*aut dedere aut judicare*”, isto é, extraditar ou julgar.

Esclarece Jankov, porém, que o TPI não possui a mesma capacidade jurisdicional dos Estados, posto que “a jurisdição em direito internacional não tem relação com as questões de competência judiciária do direito interno”.<sup>222</sup> Isto porque no âmbito internacional a vontade dos Estados é fundamental e, conforme visto no segundo capítulo, a incorporação das normas de direito internacional pelos ordenamentos jurídicos estatais é essencial para a viabilização do exercício da jurisdição internacional.

Jankov<sup>223</sup> chama atenção, ainda, para o fato de o preâmbulo do Estatuto de Roma não ter se preocupado com a definição do princípio da jurisdição universal como característica do TPI, pois se limitou a afirmar que os Estados “são competentes a título complementar para processar e julgar os crimes descritos, segundo o princípio da jurisdição universal”, ressaltando o dever dos Estados de julgar e punir os responsáveis, devendo o TPI funcionar de maneira complementar. Deste modo, enquanto o Estatuto ratifica a jurisdição universal como capacidade deferida aos Estados, a jurisdição do TPI será meramente complementar, atuando quando os Estados signatários deixarem de agir ou não puderem fazê-lo. Por esse motivo, entende Jankov<sup>224</sup> que a universalidade da capacidade jurisdicional do TPI é delegada e não absoluta, pois decorre da vontade dos Estados signatários.

---

<sup>221</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit. p. 102

<sup>222</sup> Idem p. 71

<sup>223</sup> Idem, p. 237

<sup>224</sup> Idem, p. 128

Outros, como Araújo, entendem de outra forma, visto que ao comentar o problema da universalidade considera a inviabilidade de delegação da jurisdição universal atribuída aos Estados ao TPI, assim ponderando:

Em suma, parece que não há pura e simplesmente qualquer precedente histórico que legitime a ideia de que a jurisdição universal consuetudinariamente reconhecida aos Estados é delegável numa instância internacional, tenha ela, ou não, vocação supranacional.<sup>225</sup>

Controvérsias a parte, o funcionamento do TPI dependerá, fundamentalmente, do disposto nos artigos 12 a 17 do Estatuto, onde se delimitam as questões de admissibilidade dos casos perante o Tribunal, assentando-se a complementaridade<sup>226</sup> da jurisdição deste, que somente alcançará os crimes cujas jurisdições nacionais não tenham “vontade de proceder criminalmente”<sup>227</sup> ou sejam incapazes para tanto; ou forem crimes suficientemente graves “para justificar a ulterior intervenção do Tribunal”<sup>228</sup>; ou, finalmente, quando o acusado ainda não tenha sido julgado definitivamente.

De ver-se, portanto, que a jurisdição para o julgamento dos tipos penais previstos no Estatuto de Roma é, preferencialmente, do Estado onde o crime ocorreu, preservando-se a soberania estatal. Comentam a respeito Lima e Costa Brina, afirmando que sem a complementaridade o Estatuto de Roma teria encontrado grande resistência entre os Estados.

Como cada Estado pode desativar a competência do TPI assumindo a persecução penal de forma eficaz, supôs-se relativamente leve a restrição da soberania dos Estados Partes. Esse foi um dos fatores responsáveis pelo elevado grau de aceitação do Estatuto de Roma.<sup>229</sup>

A complementaridade, entretanto, não é sinônimo de jurisdição concorrente<sup>230</sup>, mesmo porque dentre os princípios consagrados pelo Estatuto de Roma encontra-se o *ne bis in idem*, impedindo o julgamento do mesmo caso por Cortes diversas. Inobstante, considerando o escopo do TPI de funcionar como um defensor dos Direitos Humanos, o próprio Estatuto prevê a possibilidade de

<sup>225</sup> ARAÚJO, Fernando. **O Tribunal Penal Internacional e o Problema da Jurisdição Universal**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil Jan/Dez 2004, p. 208. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/643/554>>. Acesso em 02 abr 2014

<sup>226</sup> Diferentemente do TPII e do TPIR, o TPI é baseado no princípio da complementaridade, por meio do qual a atuação do tribunal é subsidiária e complementar às cortes nacionais, fazendo com que: “[...] estas cortes gozem de *prioridade* no exercício da jurisdição exceto em circunstâncias especiais, quando o TPI está autorizado a assumir e declarar-se competente (*assert jurisdiction*).” JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit., p. 255

<sup>227</sup> BRASIL, (2002). Brasília, Presidência da República. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma**. Artigo 17. Disponível em <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em: 21 out 2012

<sup>228</sup> Idem

<sup>229</sup> LIMA, Renata Montovani de. BRINA, Marina Martins da Costa. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 91. Coleção Para Entender

<sup>230</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit., p.256

intervenção quando restar demonstrado o intuito protelatório ou negligente do julgamento do caso pelo responsável, senão vejamos:

Art. 17 [...]

2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

- a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5<sup>o</sup>;
- b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;
- c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça<sup>231</sup>;

O TPI se baseia, igualmente, no princípio da irretroatividade penal, podendo julgar apenas os casos ocorridos após a sua instituição, bem como no princípio da imprescritibilidade dos crimes elencados no art. 5<sup>o</sup> do Estatuto, dada a gravidade destes. Outro relevante princípio consagrado, ao lado da responsabilidade individual herdada do Tribunal de Nuremberg, é aquele que determina a irrelevância da função oficial, pois segundo Lima e Costa Brina<sup>232</sup>:

Os indivíduos que cometerem crimes da competência do Tribunal poderão ser penalmente responsabilizados. [...] é irrelevante saber se agiram ou não em nome do Estado de origem, bem como a função oficial que ocupam.

Dispõe, ainda, o art. 126 do Estatuto de Roma, que este “entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia após a data de depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas”.<sup>233</sup> Como a marca de ratificações indicada pelo art. 126 do Estatuto foi atingida, o Tribunal encontra-se operante. O Brasil assinou o tratado em fevereiro de 2000, ratificou-o por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, bem como pelo Decreto de Promulgação nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, de competência do Presidente da República.

Finalmente, relevante mencionar que o TPI, embora seja uma pessoa jurídica de Direito Internacional, com personalidade jurídica distinta da dos

<sup>231</sup> BRASIL, (2002). Brasília, Presidência da República. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma**. Artigo 17. Disponível em <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em: 21 out 2012

<sup>232</sup> LIMA, Renata Montovani de. BRINA, Marina Martins da Costa. Op. cit., p. 100

<sup>233</sup> BRASIL, (2002). Brasília, Presidência da República. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma**. Artigo 126. Disponível em <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em: 21 out 2012

seus membros, não detém poder de polícia judiciária, donde a imprescindível necessidade de colaboração por parte dos Estados signatários. Ingressa aqui a questão da integração normativa, pois cabe aos Estados parte adaptarem suas normas internas às exigências do Estatuto de Roma. Justamente por isso alerta Mazzuoli que “tais Estados somente terão condições de cooperar eficazmente com o Tribunal se tiverem uma legislação processual adequada, a exemplo de uma lei sobre cooperação com o TPI”.<sup>234</sup>

No Brasil, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei nº 301/2007, ao qual foi apensado o Projeto de Lei nº 4.038/2008, de autoria do Poder Executivo, por disporem ambos sobre o crime de genocídio, a definição dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e dos crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, instituindo normas processuais específicas; dispõem, ainda, sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional.<sup>235</sup> Dentre as emendas ao texto aprovadas, encontra-se a proposta pela Comissão de Relações Exteriores no sentido de considerar como militares os crimes previstos no Projeto de Lei, quando estiverem definidos no Código Penal Militar, deferindo à Justiça Militar a competência para o julgamento destes.<sup>236</sup>

A efetiva submissão do Brasil à jurisdição do TPI depende, pois, da aprovação dos Projetos em tela, considerando a problemática da integração normativa, conforme destacado alhures.

A fim de complementar a análise sobre o TPI, o tópico seguinte irá abordar os crimes elencados no art. 5º do Estatuto de Roma, o que facilitará o estudo da tipificação delitiva no capítulo final.

### 3.2.1 Crimes de competência do Tribunal Penal Internacional

O TPI, como organismo integrante do processo evolutivo do Direito Internacional Penal, traz em seu bojo um elenco de crimes cuja tipificação possui raízes históricas. Antes mesmo de Nuremberg (1945-1946) instituir uma nova ordem internacional, mormente por ter tornado possível o julgamento de indivíduos

---

<sup>234</sup> MAZZUOLI, Valeiro de Oliveira. Op. cit. p. 47

<sup>235</sup> BRASIL. Brasília (2008). Presidência da República. **Projeto de Lei nº 4.038**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747>>. Acesso em 22 mai 2014

<sup>236</sup> Idem

perante uma Corte Internacional<sup>237</sup>, o repúdio à desumanidade e à crueldade se fazia presente nos teatros de guerra.

Sem se pretender apresentar um histórico acerca das normas de proteção humanitária, podem ser citados como exemplos da assertiva acima o Código de Manu, proveniente da civilização hindu, que datado de cerca de 100 a.C. estipulava normas do direito de guerra “tais como a proibição do ataque ao homem desarmado, bem como o uso de armas pérfidas, como flexas (sic) envenenadas ou em chamas<sup>238</sup>” e algumas práticas do exército de Roma como a que considerava “invioláveis as pessoas que desempenhavam funções religiosas, o direito de asilo ou direito de santuário quando a pessoa se refugiava em templos religiosos”.<sup>239</sup> Na Idade Média, quando a ausência de um poder temporal traz constantes conflitos e o respeito às regras mundanas é parco, surge a Paz de Deus. Conforme Albuquerque Mello<sup>240</sup> é o instituto que introduz no mundo ocidental a distinção entre beligerantes e não beligerantes.

Ela proibia a destruição das colheitas e dos instrumentos agrícolas. Ela impunha o respeito aos camponeses, aos comerciantes, aos peregrinos, às mulheres, aos viajantes e a todos os seus bens. Os cavaleiros faziam o juramento de respeitá-la.<sup>241</sup>

Nos séculos seguintes a Humanidade testemunhará o surgimento das Convenções de Haia (1899 e 1907) e de Genebra, sendo que a partir da primeira Convenção de Genebra brota a inspiração para a instituição do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.<sup>242</sup>

Dautricourt (1953) apud Jankov<sup>243</sup>, ao comentar acerca da elaboração das Convenções de Genebra de 1949<sup>244</sup> conclui que:

<sup>237</sup> “Os tribunais militares internacionais de Nuremberg e de Tóquio, criados para julgar e punir os grandes criminais da Segunda Guerra Mundial, serviram de elemento catalisador para o desenvolvimento do direito internacional penal. Pela primeira vez indivíduos foram acusados com base na violação de normas internacionais, tendo sido efetivamente julgados e processados por instâncias internacionais. JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez”. Op. cit. p. 24

<sup>238</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Op. cit. p. 79

<sup>239</sup> Idem, p. 82

<sup>240</sup> Idem, p. 90

<sup>241</sup> Idem, p. 90

<sup>242</sup> “A regulação convencional dos conflitos armados e a afirmação de um direito internacional humanitário, ambos baseados em acordos internacionais, são fenômenos jurídicos que datam da segunda metade do século XIX, impulsionados por Henry Dunant e pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Conforme expressa Gustave Moynier, a Cruz Vermelha foi “idealizada” por Henry Dunant na época de seu retorno do campo de batalha de Solferino (1859), onde ao observar os horrores da guerra, ele constatou a insuficiência dos serviços de saúde à disposição dos feridos”. JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit. p. 16

<sup>243</sup> Idem, p. 20

<sup>244</sup> As Convenções de Genebra de 1949 representam o cume do processo de legalização das práticas de guerra, iniciadas com a criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, em 1864. Esclarece Albuquerque de Mello que as quatro Convenções de 1949 solidificam o conceito de Direito Humanitário. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Op. cit. p. 138/139

[...] não é apenas a consciência moral de cada indivíduo, a consciência social de cada povo, que fundamentam a proteção penal em tempo de guerra, os feridos, os náufragos, os prisioneiros de guerra e os civis dos territórios ocupados, à nação a qual pertençam, mas é a consciência da humanidade que condena, como tal, o ato de crueldade ou de arbitrariedade cometido por ocasião de um conflito armado, contra um combatente fora de combate ou contra um não-combatente.

Isto posto, dispõe o art. 5º do Estatuto de Roma:

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.

2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Os crimes em questão, consoante salientado, são violações imputáveis a indivíduos, pois a partir dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio ficou instituída a possibilidade de responsabilização pessoal por crimes de interesse da sociedade internacional.<sup>245</sup> Porém, não são todos os ilícitos cuja repressão assumirá alcance internacional, esclarecendo Jankov<sup>246</sup> que os crimes internacionais devem implicar, de maneira cumulativa, violações a costumes internacionais, “abrangendo as disposições dos tratados que codificam ou consagram o direito consuetudinário, ou ainda contribuem para a formação deste<sup>247</sup>”; bem como afrontar a normas que possuem por objetivo a proteção de valores tidos como relevantes para a comunidade internacional, e assim obrigatórios para os Estados e para os indivíduos.

Ainda sobre esse aspecto, necessário notar que os crimes da competência do TPI integram o *jus cogens*, caracterizando-se como “normas de caráter peremptório” por consubstanciarem as mais graves violações, cuja repressão interessa a toda a sociedade internacional.<sup>248</sup> Como normas costumeiras

<sup>245</sup> “Consagrou então, no Estatuto de Roma, o princípio da responsabilidade dos agentes públicos (accountability), juntamente com o princípio da igualdade, onde a qualidade de oficial dos acusados não pode servir para eximir a pessoa em causa de responsabilidade criminal, nem tampouco constituir motivo para a redução da pena.” MAZZUOLI, Valeiro de Oliveira. Op. cit. p. 69

<sup>246</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit. p 57/58

<sup>247</sup> Idem, p. 57

<sup>248</sup> Convenção de Viena - Art. 53 Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*) – É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os

consagradas em tratado internacional, não podem sofrer derrogação por avença internacional diversa, assumindo peremptoriedade justamente por gerarem para os Estados a obrigação de acolhê-las, pelo simples fato de os Estados pertencerem à sociedade internacional. Em outros termos, os crimes internacionais elencados no Estatuto de Roma, são previsões legais aplicáveis no âmbito internacional de maneira inderrogável, posto interessarem à comunidade humana, numa abordagem baseada na noção de moralidade.<sup>249</sup> Deste modo, mesmo para os Estados não signatários do Estatuto de Roma, desvinculados da jurisdição do TPI, perdura a obrigação de reprimir os crimes abarcados por este. Corroboras as assertivas acima a explicação de Jankov<sup>250</sup> a respeito do duplo efeito gerado pelo TPI, a saber:

1. Consagração do direito consuetudinário internacional, tornando inquestionável a incriminação internacional para os tipos penais presentes;
2. Na medida em que o direito consuetudinário é consagrado, reforça-se seu pressuposto de aplicação aos Estados Não-Parte, permitindo que essas regras internacionais penais tenham caráter de *jus cogens*, sujeitas à aplicação *erga omnes*.

Nesses termos, o crime de genocídio, praticado em larga escala durante a Segunda Guerra Mundial, e por isso objeto da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948, cujo texto foi reproduzido no Estatuto de Roma, consiste primordialmente em cinco atos: homicídio de membros de grupo; ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; sujeição intencional do grupo a condições de vida com o objetivo de provocar sua destruição física, total ou parcial; imposição de medidas destinadas a impedir no seio do grupo; transferência, à força, de crianças para outro grupo, cujo intuito primordial é o de, por meio de tais atos, destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso<sup>251</sup>.

Em contrapartida, os crimes contra a humanidade são aqueles definidos no art. 7º do Estatuto de Roma, como “qualquer um dos atos seguintes, quando cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra

---

fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza. VIENA (1969). Áustria, 21 de março de 1986. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais**. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br>> Acesso em: 09 abr 2013

<sup>249</sup> “As normas do direito internacional penal, [...] ou ainda mais recentemente, as previstas pelo Estatuto do TPI, configuram normas *jus cogens*. Entretanto, deve-se esclarecer que, do ponto de vista do Estado, sob esse ângulo não existe relação direta, na medida em que as condutas incriminadas recaem sobre as “pessoas naturais”. JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit. p. 50

<sup>250</sup> Idem, p. 44

<sup>251</sup> Idem, p. 61

população civil, havendo conhecimento desse ataque<sup>252</sup>”, ademais, “o ataque contra uma população civil deve ser praticado de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a persecução política.” Citem-se como exemplos dos “atos seguintes” a que se refere o dispositivo em comento o extermínio, a escravidão e a tortura.

Os crimes de guerra, conforme Mazzuoli, como “frutos de uma longa evolução do direito internacional humanitário<sup>253</sup>”, reúnem o conjunto de violações graves às Convenções de Genebra de 1949, cometidos durante o que tais Convenções entendem como conflito armado internacional<sup>254</sup>, bem como no transcurso do que o art. 1º do Protocolo Adicional II, de 1977, que desenvolve o art. 3º comum das Convenções de Genebra, define como conflito armado não-internacional.<sup>255</sup> Os crimes de guerra previstos no Estatuto de Roma preocupam-se com quatro limites fundamentais, segundo Bobbio<sup>256</sup>:

1. respeito às pessoas (distinção entre beligerante e não beligerante);
2. respeito às coisas (identificação dos objetivos militares);
3. respeito aos meios (proibição de usar armas particularmente insidiosas e mortíferas);
4. respeito aos lugares (delimitação das zonas de guerra).

Por derradeiro, a agressão foi prevista no art. 5º do Estatuto de Roma, embora não tipificada no seu texto, pois segundo Japiassú<sup>257</sup>, durante a Conferência de Roma não se chegou a um consenso acerca da definição deste delito. Em 2010, em Kampala, foi realizada uma Conferência no intuito de revisar o texto do Estatuto de Roma, firmando-se uma definição quanto ao crime de agressão.

O crime de agressão possui antecedentes nos outrora denominados crimes contra a paz, e integra o processo histórico de vedação do

<sup>252</sup> BRASIL, (2002). Brasília, Presidência da República. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma**. Artigo 1º. Disponível em <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em 21 out 2012

<sup>253</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit. p.62

<sup>254</sup> Convenções de Genebra de 1949 - Art. 2º Afora as disposições que deve vigorar em tempo de paz, a presente Convenção se aplicará em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que surja entre duas ou várias das Altas Partes Contratantes, mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas. [...] GENEBRA (1949). Suíça, 12 de outubro de 1949. **Convenções de Genebra de 1949**. Disponível em <<http://www.cicr.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/>> Acesso em: 09 abr 2013

<sup>255</sup> Protocolo Adicional II de 1977 – Art. 1º O presente Protocolo, que desenvolve e completa o artigo 3º, comum às Convenções de 12 de Agosto de 1949, sem modificar as suas condições de aplicação atuais, aplica-se a todos os conflitos armados que não estão cobertos pelo artigo 1 do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo 1), e que se desenrolem em território de uma Alta Parte Contratante, entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comando responsável, exerçam sobre uma parte do seu território um controle tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e aplicar o presente Protocolo. GENEBRA (1977). Suíça, 8 de junho de 1977. **Protocolo Adicional II**. Disponível em <<http://www.cicr.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/>> Acesso em: 09 abr 2013

<sup>256</sup> BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Op. cit. p. 84

<sup>257</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Direito Penal Internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 51. Coleção Para Entender

recurso à força, iniciado com as Convenções de Haia de 1899 e concretizado com a Carta das Nações Unidas de 1945. A Carta, entretanto, embora preconize que “os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força”, faz uma preleção genérica, recaindo no Conselho de Segurança a responsabilidade pela análise da legalidade ou não da eventual utilização da força<sup>258</sup> por determinado Estado. Buscando-se disponibilizar recursos legais para a verificação da legalidade ou não do recurso à força, em 1974, a Assembleia Geral da ONU definiu o ato de agressão como “o uso de força armada por parte de um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com a Carta das Nações Unidas”.<sup>259</sup>

Como a definição da Assembleia Geral não necessariamente traz em seu bojo os elementos necessários para a tipificação de determinado ato de agressão como crime, a emenda ao Estatuto de Roma realizada em Kampala põe fim às controvérsias, assentando que:

Uma ou mais pessoas cometem um crime de agressão quando, estando em condições de controlar ou dirigir efetivamente a ação política ou militar de um Estado, planejam, preparam, iniciam ou praticam ato de agressão que, por suas características, gravidade e dimensão, venha a constituir violação manifesta da Carta das Nações Unidas.<sup>260</sup>

Verificados, portanto, os aspectos essenciais a respeito do TPI, passa-se a análise do emprego do poder aéreo em face das normas instituídas por este.

---

<sup>258</sup> “O art. 2º evita o termo “guerra”. O uso da força nas relações internacionais, prescrito no artigo, inclui a guerra. Porém, a proibição transcende a guerra e envolve também medidas de força de natureza breve. Por outro lado, o uso ou ameaça da força é abolido no art. 2º (4), apenas nas “relações internacionais” dos Estados-membros. Os conflitos internos, por conseguinte, encontram-se fora do alcance das disposições da Carta. DINSTEIN, Yoram. Op. cit., p. 121

<sup>259</sup> DINSTEIN, Yoram, Op. cit. p. 177

<sup>260</sup> Revisão do Estatuto de Roma. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/artigos-relevantes/o-consenso-de-kampala-folha-de-s.-paulo-13-8-2010>> Acesso em 13 mai 2014

## CAPÍTULO 4 O Poder Aéreo Brasileiro e o Tribunal Penal Internacional

Neste derradeiro capítulo, considerando os aspectos abordados ao longo da dissertação, será analisado de que maneira o emprego Poder Aéreo Brasileiro se adequa à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, para fins de aplicação do disposto no art. 5º do Estatuto de Roma. Deste modo, serão verificadas as hipóteses de emprego extraídas dos textos legais que normatizam o assunto, tendo como ponto de partida a Constituição da República que reparte a missão da Aeronáutica em duas frentes básicas: defesa da Pátria e dos poderes constitucionais, e garantia da lei e da ordem.

### 4.1 O Poder Aéreo Brasileiro

O emprego do poder aéreo foi inaugurado durante a Primeira Guerra Mundial, quando as aeronaves passaram a ser utilizadas como máquinas de guerra, incorporadas ao contexto da batalha. Esta incipiente participação foi a fonte de inspiração para os primeiros teóricos do Poder Aéreo, cuja visão estratégica acerca do emprego do avião lançou as bases para a transformação do contexto da guerra<sup>261</sup>.

Giulio Douhet (1869-1930), general italiano, conhecido como “profeta da guerra aérea” foi o precursor das teorias do poder aéreo, trazendo inovações que influenciariam os pensamentos que a ele se seguiram. Douhet vislumbrou o fato de que o avião alterou sensivelmente o panorama da guerra, visto que esta máquina passou a exercer uma função impossível para as forças terrestre e naval, pois viabilizava a transposição dos campos de batalha, passando a guerra a ser travada em terceira dimensão.<sup>262</sup> Afirmava Douhet, deste modo, que “não há trincheira capaz de dar proteção contra estas armas que, rápida e inesperadamente, podem alcançar o coração do inimigo e infligir-lhe o golpe fatal<sup>263</sup>” Douhet, com fulcro nas experiências vividas no decorrer da Primeira Guerra Mundial, preconizava o domínio do ar como forma de aniquilar o inimigo e garantir uma vitória rápida e

<sup>261</sup> SANTOS, Murilo. **Evolução do Poder Aéreo**. Instituto Histórico-Cultural da Aeronáutica. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Ltda, 1989. Coleção Aeronáutica – Arte Militar e Poder Aeroespacial, Vol. 3

<sup>262</sup> [...] a menos que tenhamos o domínio do ar, não poderemos tirar proveito das vantagens que podem ser resumidas na frase: do ar é possível ver bem e do ar é fácil atacar. DOUHET, Giulio. **O Domínio do Ar**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1978, p. 52

<sup>263</sup> Idem, p. 37

segura, assim afirmando que “só há uma maneira prática de impedir o inimigo de atacar com suas forças aéreas: destruir suas forças aéreas.”<sup>264</sup>

Desta concepção inicial chega-se aos bombardeios estratégicos empregados pelos Aliados durante a Segunda Guerra Mundial<sup>265</sup>, que culminaram com o ataque atômico contra o Japão. Inaugura-se a era nuclear, transfigurando-se, por completo, a face da guerra.<sup>266</sup> Albuquerque Mello assevera que a “arma nuclear não é compatível com o DIP. Ela é o “barbarismo” levado ao seu paroxismo.”<sup>267</sup> Ademais, comenta que o potencial tecnológico gerado a partir das duas guerras mundiais alterou sensivelmente a presença dos conflitos no mundo, e a utilização da aeronave integra esse arsenal.

O comentário que se pode fazer é que as guerras mundiais foram guerras totais, como as guerras locais após a 2ª Guerra Mundial; isto é, a construção jurídica, feita através de séculos, da distinção entre combatente e não-combatente e de que a guerra era exclusiva matéria dos primeiros vai desaparecer. Em cada conflito armado que ocorre o número de civis mortos é cada vez maior em relação aos militares. O DI Humanitário desenvolvido, acima de tudo, após a 2ª Guerra Mundial, tenta restabelecer a distinção mencionada e proteger a população civil.<sup>268</sup>

No Brasil, a Aeronáutica, sob a direção do Ministério da Aeronáutica, foi criada em 22 de maio de 1941, como resultado da fusão do Corpo de Aviação da Marinha e a Arma Aeronáutica do Exército. A primeira experiência nos campos de batalha dessa nova força foi durante a Segunda Guerra Mundial, quando o 1º Grupo de Caça brasileiro atuou ao lado dos Estados Unidos no teatro de operações da Itália.<sup>269</sup>

Atualmente, ao lado da Marinha e do Exército, a Aeronáutica integra as Forças Armadas Brasileiras, que conforme a Constituição da República, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, cuja destinação precípua é a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais.

<sup>264</sup> Ibidem, p. 40

<sup>265</sup> “Pode-se dizer que o reconhecimento do papel decisivo do Poder Aéreo ganha amplitude com a Segunda Guerra, deixando de ser apenas uma proposta de uns poucos homens de grande visão. É durante o seu curso que toma vulto o conceito de ‘superioridade aérea’, entendida como a obtenção de uma situação aérea favorável, na qual o inimigo se torna *incapaz de inferir efetivamente, do ar, contra as operações de guerra que lhe são infringidas*.” SANTOS, Murilo. Op. cit. p. 110

<sup>266</sup> JOHSON, J. E. **Guerra no Ar**. Tradução: Leonel Vallandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1966

<sup>267</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Op. cit. p. 105

<sup>268</sup> Idem, p. 105

<sup>269</sup> MANDERLEY-LAVENÉRE. **História da Força Aérea Brasileira**. Instituto Histórico-Cultural da Aeronáutica. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Ltda, 1989. Coleção Aeronáutica – Arte Militar e Poder Aeroespacial

O poder aéreo, uma das faces de um contexto mais amplo, denominado “poder aeroespacial”, materializa na Força Aérea Brasileira a capacidade de utilizar o ambiente aéreo para a defesa da soberania nacional, por meio do emprego de aeronaves e mecanismos de apoio, de modo a evitar que um eventual inimigo possa adentrar o território nacional. Um poder aéreo eficiente, portanto, deve possuir velocidade, alcance, poder de fogo e poder de manobra<sup>270</sup>.

Importante notar que o conceito de Força Aérea não corresponde ao de Aeronáutica, pois esta equivale à instituição responsável por administrar o poder aeroespacial nacional, enquanto aquela representa, conforme visto, uma das manifestações deste. Desta maneira, o poder aeroespacial é definido na Doutrina Básica da Força Aérea, da seguinte forma (*verbis*):

É a projeção do Poder Nacional resultantes da integração dos recursos de que dispõe para a utilização do espaço aéreo e do espaço exterior, quer como instrumento de ação política e militar quer como fator de desenvolvimento econômico e social, visando conquistar e manter os objetivos nacionais.<sup>271</sup>

Considerando que a defesa do espaço aéreo brasileiro é atribuição da Força Aérea Brasileira, a Estratégia Nacional de Defesa, instrumento político que trata da "reorganização e reorientação das Forças Armadas, da organização da Base Industrial de Defesa e da política de composição dos efetivos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica<sup>272</sup>", fixa os quatro objetivos deste poder militar, a saber: <sup>273</sup>

1. exercer a vigilância do espaço aéreo, sobre o território nacional e as águas jurisdicionais brasileiras;
2. assegurar o controle do ar no grau desejado, o que depende de renovação tecnológica e integração com a Marinha e o Exército;
3. levar o combate a pontos específicos do território nacional, em conjunto com a Marinha e o Exército, constituindo uma única força combatente, sob a disciplina do teatro de operações; e
4. dominar um potencial estratégico que se organize em torno de uma capacidade, não em torno de um inimigo.

<sup>270</sup> O Que é Poder Aéreo? Disponível em <<http://www.aereo.jor.br/>> Acesso em 13 mai 2014

<sup>271</sup> BRASIL. Brasília (2005). Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. **Doutrina Básica da Força Aérea**. DCA 1-1, p. 8

<sup>272</sup> BRASIL. Brasília (2008). Ministério da Defesa. **Estratégia Nacional de Defesa**. Aprovada pelo Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008, p. 17

<sup>273</sup> Idem, p. 17

O emprego do poder aéreo, conforme se percebe, ocorre de maneira controlada pelos instrumentos políticos responsáveis por ditar as estratégias de defesa nacional. Assim, existe no âmbito da Força Aérea um nível estratégico, que estabelece os princípios e conceitos a serem adotados pela instituição, um nível operacional, responsável pelo planejamento, e um nível tático, que promoverá a execução das ações da Força Aérea<sup>274</sup>.

Para além dos instrumentos políticos e normativos internos, o emprego desse poder é orientado por parâmetros legais mais amplos, a partir do texto constitucional. É neste contexto legal que se insere o objeto de estudo desta dissertação, pois interessa analisar as hipóteses legais de emprego do poder aéreo em face das normas do TPI.

#### 4.2 Hipóteses Legais de Emprego do Poder Aéreo Brasileiro

Ao longo da presente dissertação ficou assentado que o Tribunal Penal Internacional, embora figure como um *plus* no processo de internacionalização e proteção dos direitos humanos, não possui autoridade global, pois não representa um poder acima da autoridade ainda representada pela soberania dos Estados. Deste modo, foi possível verificar que o “estado de natureza” estatal, referido por Hobbes, não foi superado, posto que, apesar de viável reconhecer na estrutura internacional uma sociedade de nações, perdura a anarquia preconizada pelas correntes realistas. Logo, uma comunidade de nações, no sentido da plena comunhão de valores universais, ainda não se materializou efetivamente no cenário internacional<sup>275</sup>.

Demais disso, restou claro integrar a guerra o processo histórico da transformação da Humanidade<sup>276</sup>, e conforme Albuquerque Mello “o próprio DI surge como um direito de guerra.”<sup>277</sup> Nesse contexto, emergiram gradualmente normas de proteção humanitária, pois o repúdio à matança indiscriminada, como um fenômeno atrelado à moral, dentre outros aspectos,

<sup>274</sup> BRASIL. Brasília (2005). Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. **Doutrina Básica da Força Aérea**. DCA 1-1, p. 11

<sup>275</sup> Pode-se acrescentar, nesse sentido, a análise feita por Samuel P. Huntington, que embora focada no fenômeno das civilizações, dando ênfase ao fator cultural como elemento distintivo primordial, afirma que dificilmente a Humanidade se unirá em torno de valores comuns, máxime por perdurarem as desavenças ideológicas, como as que separam o mundo ocidental do universo muçumano. HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial**. Tradução de M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998, p. 44 a 47

<sup>276</sup> Segundo Albuquerque de Mello “a guerra tem sido um constante na História do Homem. Existiu em todas as épocas.” ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Op. cit. p. 74

<sup>277</sup> Idem p. 99

distingue o homem dos animais irracionais. Tanto assim, afirma Gregorio Peces Braba apud Bobbio<sup>278</sup>:

[...] do ponto de vista da filosofia da história, o atual debate sobre os direitos do homem – cada vez mais amplo, cada vez mais intenso, tão amplo que agora envolveu todos os povos da Terra, tão intenso que foi posto na ordem do dia pelas mais autorizadas assembleias internacionais – pode ser interpretado como um “ sinal premonitório (*signum prognosticum*) do progresso moral da humanidade.

As normas de proteção do ser humano ganharam grande importância na atualidade, ampliando seu rol de abrangência principalmente após a Segunda Guerra Mundial.<sup>279</sup> Essas normas, consoante estudado no segundo capítulo desta dissertação, possuem o condão de relativizar o conceito de soberania estatal, dado o processo de integração normativa entre os ordenamentos jurídicos internos e a ordem jurídica internacional.

Nesse cenário, o Tribunal Penal Internacional insere-se dentre os mecanismos do pacifismo jurídico que, segundo Bobbio<sup>280</sup>:

[...] persegue o ideal de paz através do direito, isto é, predominantemente com meios jurídicos, criando uma nova instituição, o Estado universal, no qual a solução dos conflitos pela guerra se torna impossível.

De outro lado, constatou-se ao longo do presente trabalho que as relações internacionais pautam-se muito mais pela política que pelo direito. Tanto assim, afirmam Kaplan e Katzenbach que “o direito só existe e os institutos legais só operam dentro de determinadas contexturas políticas”<sup>281</sup> e que no sistema internacional “os processos de govêrno (sic) de direito estão muito menos desenvolvidos que os das nações”.<sup>282</sup> Em consequência, concluem os autores:

A organização política é muito descentralizada pelos Estados-nações que são os principais participantes do processo. As instituições políticas e jurídicas para o estabelecimento, aplicação e obediência às linhas de ação da comunidade não estão bem diferenciadas.<sup>283</sup>

Assim sendo, malgrado possam ser diversas as causas da guerra, o fundamento último desta será a política. Na clássica concepção de

<sup>278</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Op. cit., p. 52

<sup>279</sup> “[...] a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Thomas Buergenthal: ‘O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.’” PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 189

<sup>280</sup> BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Op. cit. p. 134

<sup>281</sup> KAPLAN, Morton A., KATZENBACH, Nicholas de B. **Fundamentos Políticos do Direito Internacional**. Tradução de Sigrild Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1961, p. 15

<sup>282</sup> Idem, p. 16

<sup>283</sup> Idem, p. 17

Clausewitz acerca da guerra como um duelo em grande escala<sup>284</sup>, o autor se refere à política fazendo a seguinte ponderação:

A lei do extremo, a fim de desarmar o adversário, de o derrubar, usurpou em certa medida o lugar deste objetivo. A medida que aquela lei perde força, o objectivo político vem novamente à superfície. Se todo o problema é um cálculo de probabilidades baseado em pessoas e relações definidas, então o objetivo político, sendo o motivo original, tem de ser um fator essencial do produto.<sup>285</sup>

Por conseguinte, a existência, o emprego e a manutenção de uma Força Aérea, pautada em uma Estratégia de Defesa, demonstra preocupar-se a soberania brasileira com a anarquia do cenário internacional, bem como com os meandros políticos nele presentes, pois os Estados, ainda que acatem normas de proteção humanitária, não alienaram suas respectivas soberanias, por isso mesmo afirmando Matias<sup>286</sup>:

Essa ideia de que os Estado nada mais fazem que exercer sua soberania ao celebrar tratados internacionais foi endossada pela Corte Permanente de Justiça Internacional, a qual, em sua primeira decisão, afirmou recusar-se a ver na conclusão de um tratado qualquer, pelo qual o Estado se engaja a fazer ou não alguma coisa, um abandono de sua soberania.

Demais disso, muito embora se apregoe a natureza pacífica da nação brasileira, a defesa da soberania e dos interesses nacionais, considerando o arcabouço político internacional, não se faz apenas com diplomacia. Aliás, segundo Aron, diplomacia e estratégia caminham juntas e são ambas indispensáveis no jogo político entre os Estados, tanto assim, assevera:

A dualidade complementar da arte de convencer e da arte de impor reflete uma dualidade mais essencial, que a definição inicial de Clausewitz nos revela: a guerra é uma prova de vontades. Fenômeno humano, enquanto prova de vontades ela possui por natureza um elemento psicológico, ilustrado pela frase célebre: só se é derrotado quem se reconhece como tal.<sup>287</sup>

Deste modo, a defesa da soberania nacional vincula-se explicitamente às Forças Armadas, pois segundo o art. 142 da Constituição da República de 1988:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à

<sup>284</sup> CLAUSEWITZ, Carl Von. **Da Guerra**. Tradução de Inês Busse. Portugal: IB 330, 1962. Livros de Bolso Europa-América p. 29

<sup>285</sup> Idem, p. 37

<sup>286</sup> MATIAS, Eduardo Felipe P. Op. cit. p.330

<sup>287</sup> DEUTSCH, Karl e ARON, Raymond. **Curso de Relações Internacionais**: O Estado e as Relações Internacionais. Brasília: Editora UNB, 1982, p. 32

garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem<sup>288</sup>.

Conforme visto no segundo capítulo deste trabalho, o ordenamento jurídico é gerado a partir de uma norma fundamental: a Constituição. Por conseguinte, as normas de um ordenamento estatal são postas de maneira hierarquizada, estando a Constituição em seu topo<sup>289</sup>. Assim sendo, o emprego do poder aéreo brasileiro delimita-se legalmente a partir da Constituição de 1988, depreendendo-se do art. 142 a destinação dada pelo Estado brasileiro à Aeronáutica, qual seja, “a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, e por iniciativa de qualquer destes, a garantia da lei e da ordem.”<sup>290</sup>

Dada a relevância do tema, o legislador constituinte previu que as normas gerais acerca da organização, do preparo e do emprego das Forças Armadas fossem elaboradas por meio de Lei Complementar. Coube à Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, alterada pela Lei Complementar nº 136, de 25 de agosto de 2010, cumprir a determinação constitucional.<sup>291</sup> O art. 1º da Lei em comento repete o texto do art. 142 da Constituição de 1988, ressaltando em seu parágrafo único que “sem comprometimento de sua destinação constitucional, cabe também às Forças Armadas o cumprimento das atribuições subsidiárias explicitadas nesta Lei Complementar.”

Por conseguinte, pode-se distinguir quatro hipóteses legais básicas de emprego do poder aéreo: defesa da soberania nacional e defesa dos poderes constitucionais, que são as atribuições tidas como precípua; garantia da lei e da ordem; e realização de missões de natureza subsidiária previstas na LC nº 97/99, onde se enquadra a questão do denominado tiro de destruição. Acrescente-se, finalmente, a esse rol a participação da Força Aérea em missões de paz a cargo da ONU, atribuição esta representativa dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

<sup>288</sup> BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. *Vade Mecum*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, 1724 p

<sup>289</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 102

<sup>290</sup> BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. *Vade Mecum*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, 1724 p

<sup>291</sup> BRASIL (1997), Brasília, Presidência da República. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999. **Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 24 nov 2013

A análise que segue levará em conta a divisão ora estabelecida, apontando-se, exordialmente, alguns aspectos indispensáveis à abordagem proposta.

#### 4.2.1 Localização do Tema

Destacou-se alhures os tipos penais previstos no art. 5º do Estatuto de Roma, bem como os pressupostos de exercício da jurisdição do TPI, concluindo-se que a complementaridade é essencial para o funcionamento deste. Ainda se fez notar a relevância da integração normativa, pois a competência para o julgamento dos delitos previstos no Estatuto pertence, preferencialmente, ao Estado onde o crime foi cometido. Importante observar, ainda, que o alcance territorial da jurisdição do TPI restringe-se aos Estados signatários, ressalvando-se a possibilidade de denúncia feita pelo Conselho de Segurança da ONU, com fulcro no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, quando não se levará em conta o local do crime ou a nacionalidade do acusado, podendo haver, desta forma, o julgamento perante o TPI de um acusado pertencente a um Estado não signatário.<sup>292</sup>

A análise ora proposta demanda ainda compreender que pertencem os delitos previstos no art. 5º do Estatuto de Roma ao Direito Internacional Penal. Esclarece Jankov<sup>293</sup> que este é uma ramificação do Direito Internacional Público "em razão de as normas desse ramo emanarem das fontes do direito internacional como tratados e convenções internacionais, costume internacional, entre outros, sem perder suas peculiaridades".

Esse ramo do Direito depende essencialmente do Direito interno, pois segundo Japiassú<sup>294</sup>, existem dois aspectos envolvidos, "de um lado, as manifestações internacionais do Direito Penal interno e, de outro, as manifestações penais do Direito Internacional". Importante notar que citado autor não faz a clássica distinção entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal, por acreditar que o TPI, ao estabelecer uma jurisdição penal internacional permanente, propiciou a internacionalização do Direito, e principalmente do Direito Penal.<sup>295</sup>

---

<sup>292</sup> LIMA, Renata Montovani de. BRINA, Marina Martins da Costa. Op. cit., p. 142/144

<sup>293</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit., p. 8

<sup>294</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Op. cit., p. 7

<sup>295</sup> Idem, p. 7

Em contrapartida, ao introduzir o tema estudado em sua obra, Jankov considera essencial a distinção em comento, feita entre outros autores por René Ariel Dotti e Damásio de Jesus, por entender que o direito penal internacional, "ao tratar da aplicação do direito penal do Estado no plano extraterritorial, o faz com base na "vontade" do respectivo Estado, como manifestação de sua soberania,"<sup>296</sup> enquanto o Direito Internacional Penal seria "o corpo de regras internacionais destinadas tanto a proibir os crimes internacionais quanto a impor aos Estados a obrigação de processar e punir alguns destes crimes."<sup>297</sup> Preferimos a posição de Jankov, na medida em que, malgrado a jurisdicionalização da proteção ao ser humano proporcionada pelo TPI, não representa este, conforme visto, um autoridade acima da soberania estatal. Logo, as manifestações desta, como a delimitação do alcance do Direito Penal interno, não desaparecem com o estabelecimento de uma jurisdição penal internacional.

O Direito Internacional Penal possui raízes históricas, tendo surgido de maneira paulatina, na medida em que a sociedade internacional passou a tratar determinadas ações, fundadas no direito interno, como penalmente reprováveis.<sup>298</sup> É o caso da pirataria, apontada pelos autores como o primeiro ilícito repudiado internacionalmente.<sup>299</sup> Por conseguinte, define Cassese os crimes internacionais como as violações de natureza grave a regras do direito internacional, que geram a responsabilidade Penal Internacional individual, e por isso se distinguem dos casos de responsabilidade do Estado.<sup>300</sup>

Assim sendo, a aplicação das normas do Estatuto de Roma pela Justiça Brasileira dependerá de alguns fatores essenciais, a começar pela integração destas ao Direito interno. Ademais, deverá ser observada a natureza do ato praticado e a autoria deste, bem como as circunstâncias da prática delitiva. Levando em conta as ponderações aqui firmadas, passa-se ao estudo das hipóteses de emprego do poder aéreo tidas como principais.

#### 4.2.2 Missões Precípua

<sup>296</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit. p. XLVII

<sup>297</sup> Idem, p. XLIX

<sup>298</sup> Idem, p. 8

<sup>299</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, p. 13

<sup>300</sup> "International crimes are breaches of international rules entailing the personal criminal liability of the individuals concerned (as opposed to the responsibility of the State of which the individuals may act as organs)". CASSESE, Antônio. **International Law**. Disponível em <[http://www.columbia.edu/itc/ce/s6403/antonio\\_cassese.pdf](http://www.columbia.edu/itc/ce/s6403/antonio_cassese.pdf)>. Acesso em 23 mai 2014

Conforme salientado, duas são as missões primordiais da Força Aérea, extraídas do texto constitucional, a defesa da pátria e a garantia dos poderes constitucionais. Ambas relacionam-se com o conceito de conflito armado, visto que a defesa da soberania pressupõe um ataque inimigo, e a garantia dos poderes constitucionais remete à possibilidade de conflitos de natureza interna.

O termo conflito armado, passou a ser empregado a partir das Convenções de Genebra de 1949, e a Carta da ONU de 1945 fala em "ruptura da paz" como caracterização do uso ilegal da força. Haverá, pois, conflito armado quando:

Afora as disposições que devem vigorar em tempo de paz, a presente convenção se aplicará em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que surge entre duas ou várias das Altas Partes Contratantes, mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas.<sup>301</sup>

Explica Albuquerque Mello que “pelo texto acima a guerra deve ser declarada [...]. Os demais combates entre os estados são “conflitos armados”.<sup>302</sup> Esta expressão surge para “atender à realidade política da sociedade internacional<sup>303</sup>”, visto não haver interesse por parte dos demais Estados em assumir as regras da neutralidade<sup>304</sup>. Malgrado a complexidade em se tentar definir o que seria a guerra, tendo em vista a modificação nesse cenário a partir da Carta da ONU, Dinstein<sup>305</sup> propõe que,

Guerra é a interação hostil entre dois ou mais Estados, seja num sentido técnico ou material. A guerra no sentido técnico é o status formal produzido por uma declaração de guerra. A guerra no sentido material é gerada pelo uso de força armada, que deve ser extensiva e realizada por pelo menos uma das partes do conflito.

Ressalta Albuquerque Mello que a grande dificuldade em se reconhecer a existência de uma guerra é decorrência da “diversidade e do caos da realidade internacional”.<sup>306</sup> Demais disso, pertence à sociedade internacional o direito de “dizer se houve ou não violação da norma que proíbe o uso da força armada nas relações internacionais<sup>307</sup>”, pois conforme estudado anteriormente, os

<sup>301</sup> GENEBRA (1949). Suíça, 12 de outubro de 1949. **Convenções de Genebra de 1949**. Disponível em <<http://www.cicr.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/>> Acesso em: 09 abr 2013

<sup>302</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Op. cit. p. 113

<sup>303</sup> Idem, p. 113

<sup>304</sup> Idem, p. 155

<sup>305</sup> DINSTEIN, Yoram. Op. cit. p. 21

<sup>306</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Op. cit. p. 109

<sup>307</sup> Idem, p.110

estados reconhecem a autoridade do Conselho de Segurança da ONU nesse sentido. Logo, não é possível seja um conflito caracterizado como guerra pela sociedade internacional e neguem as partes a existência deste estado.

A definição do “status” de guerra faz-se importante, pois a partir do reconhecimento deste as regras jurídicas aplicáveis serão diversas das do estado de paz.<sup>308</sup> Por conseguinte, crimes como os de guerra, previstos no art. 8º do Estatuto de Roma, somente poderão ocorrer se reconhecido o rompimento da situação de normalidade representada pela paz.

Ainda sobre a questão dos conflitos armados, é de se notar que a proteção humanitária foi estendida aos conflitos internos, tendo em vista tanto o aumento quanto a ferocidade destes embates<sup>309</sup>, passando-se a aplicar o Direito Internacional Humanitário nos casos definidos nos Protocolos Adicionais I e II às Convenções de Genebra de 1949.

O Direito Internacional Humanitário é definido por Albuquerque Mello como o "sub-ramo do Direito Internacional Público Positivo que integra o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo por finalidade proteger a pessoa humana em conflitos armados".<sup>310</sup> Esse direito começou a ser desenvolvido à época do Direito Internacional Clássico, onde o Estado-nação era o foco central, e tratados como as Convenções de Haia traziam a cláusula *si omnis*, ou seja, valiam entre os Estados contratantes e se todos os beligerantes fossem participantes da Convenção.<sup>311</sup> Com a criação da Cruz Vermelha Internacional, em 1864 e a instituição das primeiras Convenções de Genebra, inicia-se um processo de deslocamento do objeto de proteção internacional, do Estado para o indivíduo, consoante já comentando ao longo deste trabalho, desaparecendo as cláusulas *si omnis* e atribuindo-se às normas de proteção humanitária o caráter de *jus cogens*.

Deste modo, o Direito Internacional Humanitário vigente na atualidade, com fincas nas Convenções de Genebra de 1949 e seus dois Protocolos Adicionais, datados de 1977, protegem a população civil e os não beligerantes: a) no caso de guerra declarada, embora seja este um termo em desuso, tendo em vista a própria Carta da ONU; b) conflitos armados internacionais, definidos no art. 2º das Convenções de Genebra de 1949; c) conflitos armados não internacionais, definidos

---

<sup>308</sup> Ibidem, p.111

<sup>309</sup> DINSTEIN, Yoram. Op. cit. p. 7

<sup>310</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Op. cit., p. 137

<sup>311</sup> Idem, p. 144

no Protocolo I, que desenvolve o art. 3º comum às Convenções, assim consideradas as lutas contra a dominação colonial, as lutas contra a ocupação estrangeira e as lutas contra regimes racistas, sempre com fundamento no direito à livre determinação dos povos; d) e, finalmente, os conflitos previstos no Protocolo II, ocorridos no interior de um Estado, envolvendo suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados, dirigidos por um comando responsável, fazendo alguns autores uma interpretação extensiva de tal previsão, de modo a considerar como objeto de proteção também os conflitos entre grupos dissidentes.<sup>312</sup>

O foco principal dos Protocolos é a proteção dos civis, mormente por diferirem tais conflitos neles elencados daqueles travados entre estados. Afirma Albuquerque Mello que “o Protocolo I é considerado o primeiro instrumento de direito internacional em vigor a dar, sem levar em consideração a nacionalidade, uma definição explícita de população e de pessoas civis”. No atual sistema estabelecido com a Carta da ONU, nos casos de conflito armado não internacional, poderá haver envio de tropas das Nações Unidas no intuito de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacional, conforme o disposto no artigo 42 da Carta.<sup>313</sup>

Artigo 42 - No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artigo 41 seriam ou demonstrariam que são inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos Membros das Nações Unidas.

Explica Byers que a partir do caso da Iugoslávia, passou a se recorrer ao Capítulo VII da Carta da ONU, onde se insere o art. 42, “no sentido de incorporar as crises humanitárias internas em países específicos ao conceito de “ameaças à paz e à segurança internacionais.”<sup>314</sup> Esclarece, ainda, Dinstein<sup>315</sup> que as missões da ONU para a manutenção ou o restabelecimento da paz se distinguem da ideia de fortalecimento da paz e devem ser instituídas e mantidas consensualmente por todos os Estados envolvidos.

<sup>312</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**, p. 167

<sup>313</sup> Carta da ONU. Reproduzida em BYERS, Michel. Op. cit. p.202

<sup>314</sup> BYERS, Michel. Op. cit. p. 39

<sup>315</sup> DINSTEIN, Yoram. Op. cit. p.411

Considerando, portanto, a questão do conflito armado e as normas internacionais a respeito do tema, nota-se que a defesa da soberania, com o emprego do poder aéreo, far-se-á primordialmente quando existente o estado de guerra ou mais propriamente, um conflito armado, pois a “atuação das Forças Armadas na garantia das fronteiras e na repressão ao inimigo externo são atribuições que emergem de sua própria *ratio essendi*”.<sup>316</sup> De outro lado, esse estado de guerra poderá ocorrer no interior do próprio Estado brasileiro, onde o emprego do poder aéreo será igualmente possível como forma de manifestação da autoridade constituída. Por derradeiro, o emprego do poder aéreo poderá ocorrer nas missões de restabelecimento e manutenção da paz a cargo da ONU, decorrendo tal obrigação do fato de pertencer o Brasil às Nações Unidas.<sup>317</sup>

Importante ressaltar que nas três hipóteses de emprego acima aventadas as operações militares estarão sob a égide do Direito Internacional Humanitário, uma vez reconhecida a existência de um conflito armado, seja este internacional ou interno. Na primeira circunstância, entretanto, o olhar atento da sociedade internacional partirá da avaliação feita pelo Conselho de Segurança da ONU acerca da legalidade ou não do emprego do poder aéreo, posto que este somente se fará lícito se aplicado em legítima defesa, pois a agressão consiste em crime contra a paz internacional. Sobre o tema comenta Albuquerque Mello que em 1974 a Assembleia Geral da ONU aprovou uma Declaração asseverando que “a agressão [...] é o emprego da força armada por um Estado contra a soberania a integridade territorial ou a independência política de um outro Estado, ou de qualquer outra maneira incompatível com a Carta das Nações Unidas<sup>318</sup>[...]” Citado documento, como o próprio autor destaca, é meramente exemplificativo, podendo ser acrescidos outros casos de agressão.

O conceito de agressão proposto pela Declaração, conforme estudado anteriormente, foi utilizado em Kampala para fornecer os contornos do tipo previsto no art. 5º do Estatuto de Roma. A partir dessa conceituação, verifica-se que a legítima defesa somente poderá ser reconhecida se praticada de maneira

<sup>316</sup> COELHO JR., Fernando Gonçalves. **A Constitucionalidade da Lei do Abate ou do Tiro de Destruição**. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/1834>> Acesso em: 17 dez 2013

<sup>317</sup> BRASIL (1945). Presidência da República. 22 de outubro de 1945. **Promulga a Carta das Nações Unidas**, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 29 out 2013

<sup>318</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Op. cit. p. 117

compatível com o disposto no art. 51 da Carta da ONU.<sup>319</sup> Nesse sentido, apresenta Dinstein<sup>320</sup> duas decisões da Corte Internacional de Justiça acerca da legítima defesa, senão vejamos:

O art. 51 não contém nenhuma norma específica na qual a legítima defesa possa garantir apenas medidas que sejam proporcionais ao ataque armado e necessárias para responder a ele, uma norma que é bem estabelecida no direito internacional costumeiro.

[...] a submissão do exercício do direito de legítima defesa às condições de necessidade e proporcionalidade é uma norma do direito internacional costumeiro, mas esta condição dual se aplica igualmente ao art. 51 da Carta, seja quais forem os meios de força empregados.

Reconhece o autor, portanto, que a legítima defesa deverá obedecer a três condições primordiais: necessidade, proporcionalidade e imediatismo. Ausentes tais condições, o ataque deflagrado por um Estado poderá ser reconhecido como agressão e não legítima defesa.<sup>321</sup>

Diante do exposto, chega-se a uma primeira conclusão acerca da questão proposta anteriormente: havendo conflito armado, seja internacional ou não internacional, o emprego do poder aéreo deverá respeitar o direito de guerra, hodiernamente representado pelas normas de proteção humanitárias. Com razão afirma Albuquerque Mello que "o Direito Humanitário é um compromisso entre as exigências militares e as de humanidade<sup>322</sup>", e as necessidades militares, frente ao Direito Humanitário, somente se justificam em casos excepcionais, a exemplo do art. 54 do Protocolo I<sup>323</sup>, onde é permitido atacar bens indispensáveis à sobrevivência da população civil havendo uma necessidade militar imperiosa.

Frente ao choque de valores em comento, a pretensão do TPI é justamente funcionar como um instrumento de controle, de modo a coibir práticas abusivas. Não obstante, em se tratando de conflito armado, as quatro modalidades de crime previstos no art. 5º do Estatuto de Roma - genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra e agressão - poderão ocorrer, máxime considerando a

<sup>319</sup> "Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer momento, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais." Art. 51. Carta da ONU. Reproduzida em BYERS, Michel. Op. cit. p.212

<sup>320</sup> DINSTEIN, Yoram. Op. cit. p. 281

<sup>321</sup> Idem, p. 281

<sup>322</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Op. cit., p. 189

<sup>323</sup> GENEBRA (1977). Suíça, 8 de junho de 1977. **Protocolo Adicional I**. Disponível em <<http://www.cicr.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/>> Acesso em: 09 abr 2013

anormalidade da situação. Nada impede, portanto, a ocorrência desses delitos por meio do emprego do poder aéreo.

Os militares brasileiros que venham a cometer quaisquer desses crimes, no âmbito de um conflito armado, deverão ser julgados pela Justiça brasileira segundo os critérios estabelecidos pelo Estatuto de Roma, donde a imperiosa necessidade da integração das normas deste ao ordenamento jurídico interno.

Os Tribunais nacionais, ao processar e julgar crimes internacionais, embora o façam com base na legislação de direito interno, fundamentam sua ação no direito internacional penal, que confere ao legislador nacional poderes para eleger "elementos de conexão", baseados na incriminação internacional da conduta.<sup>324</sup>

Outrossim, dado o elevado grau de envolvimento político durante um conflito armado<sup>325</sup>, possivelmente as questões mais relevantes em torno da aplicação do Estatuto de Roma, quando do emprego do poder aéreo nessas situações, faça-se presente no princípio da irrelevância da função oficial, bem como no da responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos.

Estes princípios nasceram com os Tribunais de Nuremberg e Tóquio quando, dada a gravidade dos atos julgados, dissociou-se pela primeira vez a posição oficial exercida da figura do Estado, assim como estendeu-se a responsabilidade aos comandantes militares pelos atos ilegais praticados pelas tropas por eles comandadas.<sup>326</sup> Nos anos seguintes, tais princípios estiveram presentes nos Estatutos que implantaram os Tribunais para a antiga Iugoslávia e Ruanda.

Seguindo a tradição de Nuremberg, o princípio da irrelevância da função oficial está previsto no art. 27 do Estatuto de Roma, onde se firma a submissão ao TPI de igual forma por todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Entende-se por qualidade oficial aquela atribuída aos Chefes de Estado ou Governo, aos membros de Governo ou Parlamento, e a de representante eleito ou funcionário público. De outro lado, o princípio da responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos está previsto no art. 28 do Estatuto, dispondo de maneira severa acerca da atuação destes:

<sup>324</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit., p. XLVIII

<sup>325</sup> "A relação entre estratégia e política se manifesta sob o aspecto de um dupla fórmula: "a guerra deve corresponder inteiramente às intenções políticas; a política deve adaptar-se aos meios de guerra disponíveis." DEUTSCH, Karl e ARON, Raymond. **Curso de Relações Internacionais**: O Estado e as Relações Internacionais. Brasília: Editora UNB, 1982, p. 32

<sup>326</sup> LIMA, Renata Montovani de. BRINA, Marina Martins da Costa. Op. cit., p. 100

Para além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efetivos ou sob a sua autoridade e controlo efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando:

i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal;

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob à sua autoridade e controlo efetivos, pelo fato de não ter exercido um controlo apropriado sobre esses subordinados, quando:

i) O superior hierárquico teve conhecimento ou não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

ii) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controlo efetivos; e

iii) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.<sup>327</sup>

Verifica-se, pois, que alcance das normas do TPI leva em conta a responsabilidade baseada na hierarquia, podendo envolver desde o nível estratégico até o nível tático, onde as ordens superiores são executadas. Há de se notar, entretanto, que a responsabilidade do executor da ordem poderá ser afastada, conforme art. 33 do Estatuto de Roma<sup>328</sup>, se estiver este obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do governo ou superior hierárquico, ou não tiver conhecimento da ilegalidade da ordem e não sendo esta manifestamente ilegal. Inobstante, qualquer decisão de cometer genocídio ou crime contra a humanidade será considerada manifestamente ilegal.

Assim, se durante um conflito armado, um piloto bombardeia uma aldeia, por determinação superior, causando perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa<sup>329</sup>, poderá ser

<sup>327</sup> BRASIL, (2002). Brasília, Presidência da República. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma**. Artigo 28. Disponível em <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em: 21 out 2012

<sup>328</sup> BRASIL, (2002). Brasília, Presidência da República. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma**. Artigo 33. Disponível em <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em: 21 out 2012

<sup>329</sup> BRASIL, (2002). Brasília, Presidência da República. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma**. Artigo 8º, IV. Disponível em <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em: 21 out 2012

isentado da responsabilidade pelo ato, que configura crime de guerra, demonstrando quaisquer das três circunstâncias acima elencadas. Já o superior hierárquico, autor da ordem, responderá pelo ilícito, considerando a sua posição de comando e, portanto, sua responsabilidade em decidir escorреitamente.

Feitas as ponderações acerca do emprego do poder aéreo nas missões precípua, passa-se ao estudo das possibilidades de utilização da Força Aérea na garantia da lei e da ordem.

#### 4.2.3 Garantia da Lei e da Ordem

O emprego do poder aéreo na garantia da lei e da ordem decorre do art. 142 da Constituição da República, conforme salientado alhures, não sendo esta uma atribuição precípua, pois ocorrerá em caráter excepcional, quando os instrumentos próprios de segurança pública forem insuficientes para debelar uma situação de anormalidade.

É importante destacar que a conjuntura desencadeadora desse emprego não equivale aos distúrbios internos classificados como conflito armado não internacional. Este somente ocorrerá se presentes as condições estatuídas nos Protocolos Adicionais, máxime no Protocolo II, pois os conflitos mencionados no Protocolo I, relacionados às guerras de libertação nacional, desde a década de 50, veem sendo considerados pela ONU como conflitos armados internacionais.<sup>330</sup>

Assim, o emprego do poder aéreo na garantia da lei e da ordem, segundo a LC nº 97/99 alterada pela LC nº 136/10, ocorrerá quando esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio público. A segurança pública, conforme o art. 144 da CF/88 é responsabilidade da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária federal, da polícia civil e das polícias militares e corpos de bombeiros militares, o que corrobora a excepcionalidade da atuação das Forças Armadas como instrumento de segurança pública.

Cabe notar, outrossim, não ter adotado o legislador uma definição rígida a respeito do significado do "esgotamento" mencionado no texto da lei, dispondo que serão considerados esgotados os instrumentos relacionados no

---

<sup>330</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Op. cit., p. 157

art. 144 da CF/88 quando houver o reconhecimento formal pelo Presidente da República ou Governadores de Estado da indisponibilidade, inexistência ou insuficiência para o cumprimento das atribuições constitucionais<sup>331</sup>, entendendo por isso Ramalho e Amoêdo<sup>332</sup> tratar-se de um esgotamento potencial e não físico, comentando a respeito:

Cabe à sensibilidade da autoridade, calcada nas informações disponíveis e nas tendências históricas que envolvem o acontecimento, decidir pelo momento oportuno, e conveniente de emprego das Forças Armadas como instrumento de defesa do Estado, desde que observada a lei.

Cumpra ainda destacar pertencer ao elenco das competências do Presidente de República, por sua iniciativa ou dos demais poderes constitucionais, determinar o emprego das Forças Armadas e, por conseguinte, do poder aéreo, na garantia da lei e da ordem<sup>333</sup>, devendo tal ato ser normatizado por Decreto.

Pelo exposto, e tendo em vista o objetivo do estudo em curso, é possível observar o seguinte: as normas do TPI dificilmente terão penetração quanto ao emprego do poder aéreo na garantia da lei e da ordem, por não se tratar de distúrbio classificado como conflito armado na legislação internacional. Logo, não ocorrerão crimes de guerra, nem de agressão, restando a possibilidade de cometimento de genocídio e crime contra a humanidade, por serem previstos também para o tempo de paz.

No entanto, para que ocorra genocídio, empregando-se o poder aéreo na garantia da lei e da ordem, é necessária a ocorrência de ataques contra grupos raciais, étnicos, nacionais ou religiosos, no intuito de ferir estas coletividades. Exigi-se, ainda, o início da matança "feita em massa, com pluralidade de vítimas, não sendo possível a caracterização em razão da morte de um só indivíduo do grupo".<sup>334</sup> As outras duas modalidades de genocídio presentes no Estatuto de Roma preveem a transferências de crianças e o impedimento de nascimentos no seio de um dos grupos ora mencionados, pressupondo-se igualmente o direcionamento coletivo do ato perpetrado. Demais disso, o genocídio

---

<sup>331</sup> BRASIL (1997), Brasília, 9 de junho de 1999.. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999 **Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas**. § 3º do art. 15 LC 97/99 incluído pela LC 117/04. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 24 nov 2013

<sup>332</sup> RAMALHO, Eduardo e AMOÊDO, Sebastião. **A Crise da Lei e da Ordem**. Rio de Janeiro: Editora Editora, 2003, p. 36

<sup>333</sup> BRASIL (1997), Brasília, 9 de junho de 1999.. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999 **Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas**. § 3º do art. 15 LC 97/99 incluído pela LC 117/04. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 24 nov 2013

<sup>334</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Op. cit. p. 34

é um crime de dolo específico, não bastando a intenção de matar, pois deve estar presente "o propósito de aniquilar, total ou parcialmente, o grupo".<sup>335</sup>

Em consequência, difícil conceber que convocação do poder aéreo para debelar um distúrbio interno possa trazer implícita a intenção de extermínio racial, étnico, nacional ou religioso. Se autoridades superiores possuem semelhante intenção, desnecessário utilizem uma manobra administrativa deste jaez. Do mesmo modo, o crime contra a humanidade, que implica "no cometimento de múltiplos atos contra a população civil, em conformidade com uma política estatal ou de uma determinada organização (*policy element*)"<sup>336</sup> não teria sentido numa operação para garantia da lei e da ordem. Se o intuito governamental é o ataque à população civil, utilizando-se do poder aéreo, muito provavelmente este seria o retrato de um Estado em crise, à beira de uma guerra civil.

Por tudo isso, embora não esteja afastada por completo a possibilidade de ocorrência de delitos elencados no Estatuto de Roma quando do emprego do poder aéreo na garantia da lei e da ordem, mormente em se tratando de crime contra a humanidade, este é um panorama remoto.

#### 4.2.4 Missões Subsidiárias

Destacou-se no início deste capítulo a divisão das missões a cargo da Força Aérea considerando as de natureza precípua, a utilização na garantia da lei e da ordem e as missões subsidiárias. Estas, diferentemente do que ocorre com o emprego na garantia da lei e da ordem, não possuem previsão constitucional, sendo regulamentadas pela LC nº 97/99, alterada pela LC nº 136/10, que estabelece no parágrafo único de seu art. 1º a possibilidade de utilização subsidiária das Forças Armadas.

Estas atividades subsidiárias, que quando da promulgação da lei abarcavam apenas a cooperação com o desenvolvimento nacional e a defesa civil, tiveram o seu rol alargado com a LC nº 136/10, passando a incluir atividades de polícia judiciária.<sup>337</sup> Cabe à Aeronáutica de maneira particular, entre outras atividades subsidiárias que não interessam ao estudo ora proposto, o seguinte:

---

<sup>335</sup> Idem, p. 36

<sup>336</sup> Ibidem, p. 42

<sup>337</sup> "Cabe às Forças Armadas, além de outras ações pertinentes, também como atribuições subsidiárias, preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira

Art. 18 [omissis]

VII. preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, de maneira contínua e permanente, por meio de controle do espaço aéreo brasileiro, contra todos os tipos de tráfego aéreo ilícito, com ênfase nos envolvidos no tráfico de drogas, armas, munições e passageiros ilegais, agindo em operação combinada com organismos de fiscalização competentes, aos quais caberá a tarefa de agir após a aterragem das aeronaves envolvidas em tráfego aéreo ilícito, podendo, na ausência destes, revistar pessoas, veículos terrestres, embarcações e aeronaves, bem como efetuar prisões em flagrante delito.<sup>338</sup>

Essas atividades fogem do contexto da destinação precípua da Força Aérea, pois se relacionam com as necessidades internas do Estado, restando aqui afastada a hipótese de classificação desse emprego tomando como referência o conceito de conflito armado. A noção de subsidiariedade das missões de patrulhamento de fronteiras e do combate aos delitos transfronteiriços é trazida, ainda, pelo disposto no item 1.2 (Missão da Aeronáutica) do Plano Estratégico Militar da Aeronáutica – PEMAER<sup>339</sup>, em conformidade com o texto da LC nº 97/99.

Considerando o caráter dessas missões, estruturadas como mecanismo de apoio às polícias federal e estadual, será tomado como parâmetro para a investigação ora proposta o tiro de destruição, previsto na Lei nº 7.565/86<sup>340</sup> (Código Brasileiro de Aeronáutica) alterada pela Lei nº 9.617/98<sup>341</sup>, para incluir a hipótese de destruição de aeronave, tratando no art. 303 dos casos em que uma aeronave pode ser submetida à detenção, à interdição e à apreensão por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, conforme §2º:

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

---

terrestre, no mar e nas águas interiores, independentemente da posse, da propriedade, da finalidade ou de qualquer gravame que sobre ela recaia, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, executando, dentre outras, as ações de: [...]".BRASIL (1997), Brasília. Presidência da República. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999. **Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas.** § 3º do art. 15 LC 97/99 incluído pela LC 117/04. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 24 nov 2013

<sup>338</sup> BRASIL (1997), Brasília. Presidência da República. Lei Complementar nº 97 de 9 de junho de 1999. **Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas.** Art. 18, VII. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 24 nov 2013

<sup>339</sup> Cabe à Aeronáutica, como atribuições subsidiárias particulares: [omissis] f) preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, de maneira contínua e permanente, por meio das ações de controle do espaço aéreo brasileiro, contra todos os tipos de tráfego aéreo ilícito, com ênfase nos envolvidos no tráfico de drogas, armas, munições e passageiros ilegais, agindo em operação combinada com organismos de fiscalização competentes, aos quais caberá a tarefa de agir após a aterragem das aeronaves envolvidas em tráfego aéreo ilícito, podendo, na ausência destes, revistar pessoas, veículos terrestres, embarcações e aeronaves, bem como efetuar prisões em flagrante delito. BRASIL. Brasília (2010). Estado Maior da Aeronáutica. **Plano Estratégico Militar da Aeronáutica – PEMAER 2010-2031**, p. 15

<sup>340</sup> BRASIL (1986). Brasília, 19 de dezembro de 1986. **Código Brasileiro de Aeronáutica.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 dez 2013

<sup>341</sup> BRASIL (1998). Brasília, 5 de março de 1998. **Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese de destruição de aeronave.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 dez 2013

Os procedimentos para a medida extrema do abate foram regulamentados por meio do Decreto nº 5.144/04<sup>342</sup>, especificamente para os casos de aeronaves hostis ou suspeitas da prática de tráfico de entorpecentes e drogas afins, adentrarem o espaço aéreo brasileiro. Entretanto, apesar de mencionar as “aeronaves hostis”, o Decreto estabelece critérios apenas para o abate de aeronaves suspeitas de tráfico, não definindo quando é que se considera hostil determinada aeronave:

Art. 1º Este Decreto estabelece os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, levando em conta que estas podem apresentar ameaça à segurança pública.

Art. 2º Para fins deste Decreto, é considerada aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre em uma das seguintes situações: (*omissis*)

Por conseguinte, os atos praticados no contexto desta norma, embora destinados à defesa das fronteiras, o fazem de maneira diversa daqueles praticados no contexto de um conflito armado. Primeiramente, porque o tiro de destruição é regulamentado por uma lei destinada a assegurar a segurança nacional em tempo de paz, focada no combate ao uso ilegal do espaço aéreo brasileiro, como decorrência da prerrogativa soberana deferida a todos os Estados de estabelecer seu próprio ordenamento jurídico e neste os mecanismos de proteção estatal. É nesse sentido que afirma Albuquerque Mello possuir o Estado “o direito de exercer a sua jurisdição sobre todas as pessoas e coisas no seu território nacional. As restrições à jurisdição estatal são impostas pelo DI (direito internacional)”<sup>343</sup>. Por conseguinte, violações humanitárias acaso ocorridas quando do emprego desta norma deverão ser apuradas conforme o Direito Interno, não com fulcro no Direito Internacional Humanitário.<sup>344</sup> Em segundo lugar, conforme visto anteriormente, não

<sup>342</sup> BRASIL (2004). Brasília. Presidência da República. Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004. **Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 17 dez 2013.

<sup>343</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1979. 1º Volume, p. 428

<sup>344</sup> “O DIDH pode ser definido como o conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento de sua personalidade e estabelece mecanismos de proteção para tais direitos.” Enquanto o DIH é o direito aplicável em caso de guerra. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Op. cit. p. 6

são todos os delitos que interessam à sociedade internacional, mas somente as violações mais graves, asseverando Jankov<sup>345</sup>:

A noção de crimes internacionais não inclui o tráfico ilegal de drogas narcóticas e substâncias psicotrópicas, o comércio ilegal de armas, contrabando de materiais letais ou potencialmente letais ou lavagem de dinheiro. Isso se justifica pelo fato de crimes serem apenas estabelecidos em tratados internacionais ou resoluções de organizações internacionais, não fazendo parte do direito consuetudinário. Além disso, em geral são praticados contra os Estados, por entes privados ou organizações criminais.

Assim sendo, limitando-se as medidas de destruição regulamentadas pelo Decreto nº 5.144/04 aos casos de aeronaves suspeitas de tráfico de entorpecentes ou drogas afins, o emprego do poder aéreo, nesses casos, caracteriza-se como missão tipicamente subsidiária, por se tratar de defesa de fronteira, como medida de segurança interna.

Em decorrência disso, muito embora destaque Fernando Gonçalves Coelho Jr trazer a Estratégia Nacional de Defesa, dentre seus pilares, no tocante à Força Aérea, a responsabilidade de "exercer no ar a vigilância do espaço aéreo, sobre o território nacional e as águas jurisdicionais brasileiras, e inibir o sobrevoo desimpedido do espaço aéreo nacional pelo inimigo", o emprego do poder aéreo, nesses casos, não será alcançado diretamente pelo Estatuto de Roma, máxime considerando as exigências relativas à tipificação delitiva estabelecidas pelo referido tratado.

A fim de demonstrar tal assertiva, relevante salientar inicialmente que os tipos delineados pelo Estatuto de Roma são aqueles mais graves, de interesse da sociedade internacional, figurando a dignidade da pessoa humana como o valor prioritário de proteção. Nesses termos, afirma Claude Jorda<sup>346</sup>:

Os valores protegidos pelos tipos penais foram amplamente descritos pela doutrina, e também foram de igual modo ilustrados pela jurisprudência ainda nascente, balbuciante, depois cada vez mais bem afirmada pelos Tribunais Penais Internacionais. O traço comum desses valores é a dignidade de todo ser humano: podemos tomar qualquer um dos quatro artigos de tipificação visados do Estatuto, quer se trate dos conflitos armados e das infrações às Convenções de Genebra ou das violações da lei e dos costumes de guerra, ou ainda quer se trate mais especificamente, tanto em tempo de paz como em tempo de guerra, do crime contra a humanidade ou do genocídio.

Passa-se, pois, ao estudo dos tipos previstos no Estatuto de Roma:

<sup>345</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit. p. 59

<sup>346</sup> JORDA, Calude. **O ponto de vista Jurídico**. in CASSESE, Antônio, DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit. 75

a) Tipificação do Crime de Genocídio:

Consoante visto acima, o genocídio consubstancia qualquer um dos atos praticados com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal: a) Homicídio de membros do grupo; b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo. Nas palavras de Jankov<sup>347</sup>:

Entende-se que o *dolus specialis*, distingue o genocídio dos demais crimes. Portanto, o que diferencia o genocídio dos crimes contra a humanidade e crimes de guerra é o fato de que o ato, seja homicídio ou qualquer outro dos definidos no art. 6º, deve ser cometido com o intuito “de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”.

Portanto, tendo em vista o dolo específico do crime de genocídio e o escopo do tiro de destruição, não há como tipificar a ocorrência do abate de uma aeronave suspeita de tráfico de entorpecente como crime desta natureza.

b) Tipificação dos Crimes contra a Humanidade:

Do mesmo modo, a tipificação dos crimes contra a humanidade reclama elementos específicos, depreendendo-se do próprio texto do Estatuto tal necessidade, pois somente haverá crime desta natureza na ocorrência de atos, a exemplo da escravidão e da tortura, cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política<sup>348</sup>. Ademais, Delmas-Marty, ao avaliar a contribuição dos crimes internacionais para o debate entre o universalismo e o relativismo de valores assevera que,

[...] um assassinato, por mais atroz que seja, não é em si mesmo um crime contra a humanidade, quando o assassino age em razão de uma vítima identificada e personalizada. Ele pode se tornar um crime contra a humanidade: *seja* quando a vítima é visada só por pertencer a um grupo, nacional, étnico, racial ou religioso, talvez até um grupo genético; *seja* no caso de atentados “cegos”, isto é, cometidos independentemente da personalidade das vítimas.<sup>349</sup>

<sup>347</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit. p. 61

<sup>348</sup> BRASIL, (2002). Brasília, Presidência da República. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma**. Artigo 7º. Disponível em <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em 21 out 2012

<sup>349</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores?** in CASSESE, Antônio, DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit. p. 71/72

A despersonalização da vítima com a conseqüente negação de sua humanidade, portanto, é o que torna os atos descritos no art. 7º do Estatuto de Roma crimes contra a humanidade<sup>350</sup>. Por conseguinte, novamente considerando a finalidade da “Lei do Abate”, verifica-se a inviabilidade de o tiro de destruição vir a configurar crime contra a humanidade.

c) Tipificação dos Crimes de Guerra:

Os crimes de guerra elencados no art. 8º do Estatuto de Roma pressupõem o “status” de guerra, ou mais precisamente, a existência de um conflito armado, seja internacional ou não, quando se torna premente a aplicação das normas do Direito Internacional Humanitário, consoante estudado anteriormente. Em contrapartida, o tiro de destruição, como mecanismo de salvaguarda das fronteiras, não se insere no conceito de conflito armado, aplicando-se às violações acaso ocorridas no contexto da utilização desta prerrogativa o Direito Interno.

d) Tipificação do Crime de Agressão:

Verificou-se precedentemente que o Estatuto de Roma apenas previu o crime de agressão, estruturando-se a tipificação delitiva a partir da conferência de Kampala, em 2010. A respeito deste delito, aduz Dinstein, ao analisar a definição de agressão proferida em 1974 pela Assembleia Geral da ONU, na qual se inspira a atual, que os redatores “assinalaram claramente que nem todo ato de agressão constitui um crime contra a paz: apenas a guerra de agressão possui esta característica<sup>351</sup>”. Segundo o mesmo autor, quer isto dizer que “um ato de agressão breve – diferentemente de uma guerra de agressão – não resultaria em responsabilidade individual, embora proporcionasse a aplicação das regras gerais da responsabilidade do Estado.”<sup>352</sup> Ressalte-se escapar à finalidade do TPI a responsabilização do Estado, preocupando-se, tão-somente, com a responsabilização individual.

Demais disso, a Declaração emanada da Assembleia Geral, definindo como agressão “o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de um Estado, ou ainda de qualquer outro modo, atitude incompatível com a Carta das Nações Unidas<sup>353</sup>”, estabelece um rol exemplificativo os atos de agressão (art. 3º), figurando como exigência comum a

---

<sup>350</sup> Idem, p. 72

<sup>351</sup> DISTEIN, Yoram. Op. cit. p. 173

<sup>352</sup> Idem, p. 174

<sup>353</sup> Idem, p.178

ocorrência de ataque perpetrado por um Estado contra o território de outro Estado, a exemplo da invasão, do bombardeio e do bloqueio de portos ou mares.<sup>354</sup>

Assim sendo, e considerando que o tiro de destruição quando autorizado, ocorrerá dentro do território nacional, contra aeronave suspeita de tráfico de entorpecentes ou drogas afins, não há como caracterizá-lo como agressão para fins de aplicação do Estatuto de Roma. Ademais, conforme comenta Distein<sup>355</sup>, “algumas balas perdidas na fronteira não podem ser consideradas um ato de agressão. No mesmo sentido, pequenos incidentes encontram-se fora do âmbito de crime conta a paz.”

O abate assim, em termos penais, circunscreve-se ao âmbito do Direito Interno, podendo haver eventual aplicação extraterritorial deste, quando estarão presentes as normas do Direito Penal Internacional, que conforme Damásio de Jesus “estabelece regras de determinação da lei aplicável em caso da conduta punível lesar o ordenamento jurídico de mais de um Estado.<sup>356</sup> A questão do emprego do poder aéreo fora do contexto de um conflito armado, portanto, estará relacionada ao conceito de jurisdição, entendida como manifestação da soberania nacional.<sup>357</sup>

Deste modo, o emprego do poder aéreo brasileiro irá interessar ao Tribunal Penal Internacional somente nos casos em que possa haver violações de interesse internacional, que firam, por conseguinte, a sociedade internacional, e sejam praticados em desacordo com os tratados internacionais acerca do emprego da força, quando se farão presentes as normas do Direito Internacional Penal.<sup>358</sup> Restam afastados, pois, o emprego do poder aéreo no abate de aeronaves suspeitas de tráfico de entorpecentes ou drogas afins, missões estas de natureza subsidiária.

Pelo exposto no presente capítulo, e antes de finalizar o trabalho em curso, é possível afirmar que a jurisdição do TPI, embora reconhecida pela Constituição da República, possui parco alcance no que concerne ao emprego

---

<sup>354</sup> Idem, p. 179

<sup>355</sup> Idem, p.178

<sup>356</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Op. cit. p. 119

<sup>357</sup> JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. cit., p. XLVII

<sup>358</sup> Cassese define o Direito Internacional Penal como o corpo de regras internacionais destinadas tanto a proibir os crimes internacionais quanto impor aos Estados a obrigação de processar e punir ao menos alguns destes crimes. Ele também regula os procedimentos internacionais para processar e julgar pessoas acusadas destes crimes. CASSESE, Antônio. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?** in CASSESE, Antônio, DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit. p. 23

do poder aéreo. Mesmo nos casos de conflito armado, internacional ou não internacional, inobstante a forte presença de normas de proteção humanitária, a aplicação dos termos do Estatuto de Roma pela Justiça brasileira depende da integração normativa, em decorrência da complementaridade do TPI. De outro lado, sendo interestatal o foco do emprego para a garantia da lei e da ordem e em missões subsidiárias, as violações ocorridas nestas circunstâncias serão abraçadas pelo Direito Interno, ainda quando feridos direitos humanos. Demais disso, conforme visto, os tipos penais elencados no art. 5º do Estatuto de Roma não se coadunam com o emprego do poder aéreo nestas duas últimas situações.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O embate entre a salvaguarda da soberania nacional, por meio do emprego do poder aéreo, e a defesa da dignidade da pessoa humana, como valor materializado na criação de um Tribunal Penal Internacional, colocou em marcha a presente dissertação. O intrincado fenômeno da integração normativa entre o ordenamento jurídico interno e a ordem jurídica internacional, presente neste contexto, compôs o objeto da inquietação ora apontada, na medida em que o Brasil ratificou o Estatuto de Roma, que criou o TPI, dando um passo além tanto por reconhecer a natureza de norma materialmente constitucional do referido tratado, como por acatar constitucionalmente a jurisdição deste Tribunal.

Deste modo, no primeiro capítulo objetivou-se estudar a questão do Tribunal Penal Internacional e as relações entre os Estados, no intuito de verificar o alcance da autoridade desta Corte. Assim, tomando-se como referencial teórico o pensamento de Maquiavel e Hobbes de um lado, e de Rousseau e Kant de outro, foi possível constatar que o realismo ainda governa as relações entre os Estados, pois nenhum organismo internacional, dentre eles o TPI, representa uma autoridade supra estatal.

O realismo, construído a partir da ideia de um ser humano hostil e da existência de um estado de natureza estatal, onde a busca pelo poder desconsidera aspectos de ordem moral, sustenta os princípios da soberania, concebidos a partir de Westfália. Por conseguinte, os ideais de paz preconizados por Kant e, em grande medida presentes na concepção de um Tribunal Internacional competente para o julgamento de crimes graves e de interesse de toda a Humanidade, não são robustos o suficiente para derrotar os ideais políticos consagrados na estrutura das relações internacionais.

Inobstante, as normas de natureza humanitária, consagradas nos diversos tratados internacionais, entre os quais o Estatuto de Roma, guardam o mérito de suavizar o caráter, outrora absoluto, das soberanias nacionais, dado o processo de integração normativa estudado no segundo capítulo deste trabalho. Portanto, os Estados signatários do Estatuto de Roma obrigam-se a integrar as normas deste ao ordenamento jurídico interno, não podendo haver conflito normativo entre as instâncias interna e internacional. No caso do Brasil, esta obrigação se fortalece por reconhecer o Direito brasileiro a constitucionalidade material do

Estatuto de Roma, adotando-se, nesse caso, a teoria monista, com primazia do Direito Internacional. Ademais, ainda que o TPI não represente uma autoridade capaz de subjugar a autoridade de todos os Estados, suas normas de tipificação delitiva, como integrantes do direito consuetudinário internacional, impõem-se a todos os Estados, signatários ou não.

Assim, foi possível colocar a questão jurídica relativa à necessidade de defesa da soberania nacional, a partir das hipóteses de emprego do poder aéreo, considerando que, embora o estado brasileiro abrace largamente tratados internacionais de proteção humanitária, não alienou sua soberania, sabedor do realismo imperante no cenário internacional.

Desta maneira, nos últimos dois capítulos da presente dissertação, buscou-se destacar que a guerra, malgrado rechaçada e repudiada nos acordos de proteção humanitária, bem como pelos preceitos de ordem moral, é uma prática arraigada à civilização humana. Os Estados, chefiados por homens, por meio da política, ainda não se demonstraram dispostos a abrir mão da possibilidade de guerrear. Tal possibilidade, entretanto, encontra-se limitada hodiernamente pela Carta da ONU, que condena a guerra de agressão, embora admita a possibilidade de emprego da força em caso de legítima defesa.

Logo, o emprego do poder aéreo, a partir de uma base normativa constitucional, nada mais é que uma indispensável ferramenta de proteção do Estado brasileiro em meio à instabilidade decorrente da anarquia internacional. Este emprego, conforme visto, pode ainda ser utilizado considerado cenários de instabilidade interna, assegurando a garantia da lei e da ordem, bem como pode adquirir características de subsidiariedade quando utilizado no combate a delitos transfronteiriços. Desta feita, a questão central aqui emerge, pois o emprego do poder aéreo é um aspecto da soberania que, por sua vez, resta relativizada em decorrência da ratificação do Estatuto de Roma, instituidor do Tribunal Penal Internacional.

Por conseguinte, buscou-se averiguar o alcance da jurisdição do TPI, máxime quanto às possibilidades de tipificação delitiva. Partindo-se de uma breve análise dessas normas, verificou-se a natureza complementar da jurisdição deste Tribunal, pois somente poderá atuar quando os Estados signatários demonstrarem-se inertes ou incompetentes quanto à apuração dos crimes elencados no tratado. Demais disso, verificou-se que a tipificação dos crimes

previstos no art. 5º do Estatuto de Roma (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão) reclama requisitos específicos. Por isso, a ocorrência de atos delitivos, envolvendo o emprego do poder aéreo, que possam vir a ser objeto de aplicação das normas do Estatuto, limita-se às circunstâncias onde a missão principal da Força Aérea esteja sendo cumprida, sendo pouco provável a ocorrência nas missões destinadas à garantia da lei e da ordem, e inteiramente improvável naquelas de natureza subsidiária.

Isto porque o emprego do poder aéreo, como manifestação da soberania, terá alcance internacional quando presente um conflito armado, internacional ou não, pois o simples patrulhamento das fronteiras, a fim de combater delitos transfronteiriços, como o tráfico ilícito de entorpecentes, embora possa gerar incidentes internacionais, é abarcado pelo Direito interno.

Diante de tudo isso, tornou-se possível constatar que à questão do embate entre a salvaguarda da soberania nacional, por meio do emprego do poder aéreo, e a defesa da dignidade da pessoa humana, como valor materializado na criação de um Tribunal Penal Internacional, encontra sua resposta no equilíbrio, embora frágil, das relações internacionais. Sendo ainda inexistente uma federação de Estados, gerida por meio de uma norma de valor universal, tal qual idealizado por Kant, permanece a soberania e a busca pelo poder. Logo, a necessidade de emprego do poder aéreo integrará indefinidamente a realidade do Estado brasileiro. Ademais, inobstante o Estatuto de Roma, como tratado de proteção humanitária, contribua para o referido equilíbrio das relações internacionais, abrandando a noção de soberania como poder absoluto, não gera suficiente inibição quanto ao emprego da força, sendo apenas uma promessa de punição se reconhecidas graves violações.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1979. 1º Volume

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

\_\_\_\_\_. **Direito Internacional da Integração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996

ANDRADE, Regis de Castro. **Kant: a liberdade, o indivíduo e a república**, in WEFFORT, Francisco C. (organizador). *Os Clássicos da Política*. Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. São Paulo: Editora Ática, 1999, 2º Volume

ARISTÓTELES. **Política**. 6ª edição. Tradução: Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011

ARON, Raymond. **Paz e Guerra entre Nações**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 2002. Clássicos IPRI

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44ª edição. São Paulo: Editora Globo, 2005

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus: Rio de Janeiro, 1992

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Tradução Márcio Pugliese. São Paulo: Editora Ícone, 1999

\_\_\_\_\_. **O problema da guerra e as vias da paz**. Tradução Álvaro Lorenzini. São Paulo: Editora UNESP, 2003

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª edição. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999

BRANDÃO, Gildo Marçal. **Hegel: o Estado como realização histórica da liberdade.** In WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da Política:** Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O “Federalista”. 13ª edição. São Paulo: Ática, 2006, 1º Volume Série Fundamentos

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito Internacional: Internacionalização do Direito Constitucional - Direito Constitucional Internacional Brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996

BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988. *Vade Mecum.* São Paulo: Editora Saraiva, 2013, 1724 p

BRASIL, Código Penal (1940) **Código Penal Brasileiro:** Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Vade Mecum.* São Paulo: Editora Saraiva, 2013, 1724 p

BRASIL. Brasília (2008). Ministério da Defesa. **Estratégia Nacional de Defesa.** Aprovada pelo Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008

BRASIL. Brasília (2005). Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. **Doutrina Básica da Força Aérea.** DCA 1-1

BRASIL (2010). Estado Maior da Aeronáutica. **Plano Estratégico Militar da Aeronáutica – PEMAER 2010-2031**

BULL, Hedley. **A Sociedade Anárquica.** Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 2002, Coleção Clássicos IPRI

BYERS, Michel. **A Lei da Guerra:** Direito Internacional e Conflito Armado. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Record, 2007

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993

CARNEIRO, Henrique. **Guerra dos Trinta Anos.** in MAGNOLI, Demétrio (organizador). **História das Guerras.** 3ª edição. São Paulo: Editora Contexto, 2006

CARR, E. H. **Vinte Anos de Crise 1919-1939.** 2ª edição. Tradução Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: Editora UNB, 2001, p. 34/35. Coleção Clássicos IPRI

CASSESE, Antônio. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?** CASSESE, Antônio e DELMAS-MARTY, Mireille. Tradução de Silvio Antinha. Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Baureri/SP: Manole, 2004

CASTILLO, Monique. **A Paz: Razões de Estado e Sabedoria das Nações.** Tradução: Maria Tereza Pontes. Rio de Janeiro: DIFEL, 2001, Coleção Enfoques

CHALITA, Gabriel. **O Poder: Reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie.** 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo.** 7ª edição. São Paulo: RT, 1990

CLAUSEWITZ, Carl Von. **Da Guerra.** Tradução de Inês Busse. Portugal: IB 330, 1962. Livros de Bolso Europa-América

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 28ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os crimes Internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores?** CASSESE, Antônio e DELMAS-MARTY, Mireille. Tradução de Silvio Antinha. Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Baureri/SP: Manole, 2004

DEUTSCH, Karl e ARON, Raymond. **Curso de Relações Internacionais: O Estado e as Relações Internacionais.** Brasília: Editora UNB, 1982

DINSTEIN, Yoram. **Guerra, Agressão e Legítima Defesa.** Tradução: Mauro Raposo de Melo. 3ª edição. Barueri/SP: Ed. Manole, 2004

DOUGHERTY, James E. PFALTZGRAFF JR, Robert L. **Relações Internacionais: As Teorias em Confronto**. Tradução: Marcos Faria Ferreira et al. Lisboa: Editora Gradiva, 2003

DOUHET, Giulio. **O Domínio do Ar**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1978

DUGUIT, León. **Fundamentos do Direito**. Tradução Eduardo Salgueiro. Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 2004

EINSTEIN, Albert e FREUD, Sigmund. **Porquê a Guerra**. Tradução Duarte da Costa Cabral. Portugal, 2007, Livros de Bolso Europa-América

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009

FUNARI, Pedro Paulo. **Guerra do Peloponeso**. in MAGNOLI, Demétrio (organizador). **História das Guerras**. 3ª edição. São Paulo: Editora Contexto, 2006

GIACÓCIA, Gilberto. **A Justiça na perspectiva dos Direitos Humanos**. In Notáveis do Direito Penal. Livro em Homenagem ao Emérito Prof. René Ariel Dotti. Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni. Brasília: Editora Consulex, 2006

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946** A Gênese de uma Nova Ordem no Direito Internacional. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Renovar, 2001

HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 2ª edição. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Abril, 1979. Coleção os Pensadores

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial**. Tradução de M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: Mecanismos de Implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Direito Penal Internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 51. Coleção Para Entender

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 30ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009

JOHSON, J. E. **Guerra no Ar**. Tradução: Leonel Vallandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1966

JORDA, Claude. **O Ponto de vista Jurídico**. In CASSESE, Antônio e DELMAS-MARTY, Mireille. Tradução de Silvio Antinha. Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Baureri/SP: Manole, 2004

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Tradução Marco Zingano. Porto Alegre: Editora L&PM, 2011

KANT, Immanuel. **Para a Paz Perpétua**. Tradução de Bárbara Kristensen e Estudo introdutório de Joám Evans Pim. Ensaios sobre Paz e Conflitos. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e de Paz, 2006, Vol. V

KAPLAN, Morton A. e KATZENBACH, Nicholas de B. **Fundamentos Políticos do Direito Internacional**. Tradução de Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro: Zahar Editores

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009

KIRSCH, Philippe. **A Corte Internacional Perante a Soberania dos Estados**. In CASSESE, Antônio e DELMAS-MARTY, Mireille. Tradução de Silvio Antinha. Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Baureri/SP: Manole, 2004

LIMA, Renata Montovani de. BRINA, Marina Martins da Costa. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. Coleção Para Entender

MAGALHÃES, Teresa Calvet. **Somos do Mundo e não apenas no Mundo**. In CORREIA, Adriano e NASCIMENTO, Mariangela (organizadores). Hannah Arendet: Entre o Passado e o Futuro. Juiz de Fora: UFJF, 2008

MANDERLEY-LAVENÉRE. **História da Força Aérea Brasileira**. Instituto Histórico-Cultural da Aeronáutica. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Ltda, 1989. Coleção Aeronáutica – Arte Militar e Poder Aeroespacial

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3ª edição. Tradução: Ciro Mioranza. São Paulo: Editora Escala, 2008

MATIAS, Eduardo Felipe P. **A Humanidade e suas Fronteiras: Do Estado soberano à sociedade global**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2010

MAZZUOLI, Valeiro de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, Direito e Ciências Afins vol. 3

MORGENTHAU, Hans J. **A Política entre as Nações**. Tradução: Oswaldo Biato. Brasília: Editora UNB, 2003. Clássicos IPRI

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

RAMALHO, Eduardo e AMOÊDO, Sebastião. **A Crise da Lei e da Ordem**. Rio de Janeiro: Editora Edição Editora, 2003

RIBEIRO, Renato Janine. **Hobbes: medo e esperança**. In WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O "Federalista"**. 13ª edição. São Paulo: Ática, 2006, 1º Volume Série Fundamentos

ROBERTS, J.M. **O Livro de Ouro da História do Mundo: da Pré-História à Idade Contemporânea**. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. 8ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social** ou Princípios do Direito Político. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as Relações Internacionais**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 2003, Coleção Clássicos IPRI

SADEK, Maria Tereza. **Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna o intelectual de vritú**. In WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da Política: Maquiavel, Hobbes,**

Locke, Montesquieu, Rousseau, O “Federalista”. 13ª edição. São Paulo: Ática, 2006, 1º Volume Série Fundamentos

SAINT-PIERRE. **Projeto para Tornar Perpétua a Paz na Europa**. Tradução: Sérgio Duarte. Brasília: Editora UNB, 2003. Coleção Clássicos IPRI

SANTOS, Murilo. **Evolução do Poder Aéreo**. Instituto Histórico-Cultural da Aeronáutica. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Ltda, 1989. Coleção Aeronáutica – Arte Militar e Poder Aeroespacial, Vol. 3

### Referências colhidas à INTERNET

ARAÚJO, Fernando. O Tribunal Penal Internacional e o Problema da Jurisdição Universal. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil Jan/Dez 2004. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/643/554>>. Acesso em 02 abr 2014

BRASIL (1945). Presidência da República. 22 de outubro de 1945. **Promulga a Carta das Nações Unidas**, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 29 out 2013

BRASIL (1986). Brasília. Presidência da República. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. **Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565.htm)> Acesso em: 17 dez 2013

BRASIL (1997), Brasília. Presidência da República. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999. **Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp97.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm)> Acesso em: 24 nov 2013

BRASIL (1998). Brasília. Presidência da República. Lei nº 7.565, de 5 de março de 1998. **Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 17 dez 2013

BRASIL (2004). Brasília. Presidência da República. Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004. **Regulamenta os §§ 1o, 2o e 3o do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato20042006/2004/decreto/d5144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20042006/2004/decreto/d5144.htm) Acesso em: 17 dez 2012

BRASIL, (2002). Brasília, Presidência da República. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma.** Artigo 5º. Disponível em <http://www.icc-cpi.int>. Acesso em: 21 out 2012

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.038/2008.** Presidência da República. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747>. Acesso em 22 mai 2014

CASSESE, Antônio. **International Law.** Disponível: em [http://www.columbia.edu/itc/ce/s6403/antonio\\_cassese.pdf](http://www.columbia.edu/itc/ce/s6403/antonio_cassese.pdf). Acesso em 23 mai 2014

COELHO JR, Fernando Gonçalves. **A Constitucionalidade da Lei do Abate ou do Tiro de Destruição.** Disponível em <http://www.sbda.org.br/revista/1834> Acesso em: 17 dez 2013

COLL, Gabriel Amengual. **A concepção hegeliana de relações entre os estados.** Disponível em: <http://www.ibb.unesp.br/Home/Departamentos/Simbiologias> Acesso em: 15 jul 2013

GARCIA, Emerson. **As forças armadas e a garantia da lei e da ordem.** Disponível em: <http://www.sbda.org.br/revista/1834> Acesso em: 17 dez 2013

GENEBRA (1949). Suíça, 12 de outubro de 1949. **Convenções de Genebra de 1949.** Disponível em <http://www.cicr.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/> Acesso em: 09 abr 2013

GENEBRA (1977). Suíça, 8 de junho de 1977. **Protocolo Adicional I.** Disponível em <http://www.cicr.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/> Acesso em: 09 abr 2013

GENEBRA (1977). Suíça, 8 de junho de 1977. **Protocolo Adicional II.** Disponível em <http://www.cicr.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/> Acesso em: 09 abr 2013

GOES, Guilherme Sandoval. **Geopolítica e pós-modernidade**. Revista da Escola Superior de Guerra nº 48 (jul/dez. 2007), vol. 23. Rio de Janeiro: ESG, 2007. Disponível em: <[http://www.esg.br/uploads/2010/09/revista\\_48.pdf](http://www.esg.br/uploads/2010/09/revista_48.pdf).> Acesso em: 23 mar 2014

LIMA, Renata Mantovani de. **A Contribuição dos Tribunais Híbridos para o Desenvolvimento o Direito Internacional Penal**. Belo Horizonte, 2011, Disponível em: <<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses>>. Acesso em 23 out 2012

RIBEIRO, Renato Janine. **Thomas Hobbes, ou: a paz contra o clero**. Disponível em:< <http://biblioteca.clacso.edu.ar>> Acesso em 21 mai 2013

VIENA (1969). Áustria, 21 de março de 1986. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais**. Disponível em: <[www.cedin.com.br](http://www.cedin.com.br)> Acesso em: 09 abr 2013.