

EFICÁCIA JURÍDICA E O SIMBÓLICO NO DIREITO INTERNACIONAL: O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL COMO TRIBUNAL-ÁLIBI

Beatriz Nogueira Caldas*

Álison José Maia Melo**

RESUMO: Analisa-se a atuação do Tribunal Penal Internacional no cenário mundial, verificando se essa atuação é eficaz e questionando se o Tribunal Penal Internacional é apenas um tribunal simbólico, podendo, assim, ser considerado um Tribunal-álibi. Para alcançar os resultados pretendidos, a análise do tribunal leva em consideração os problemas que este enfrenta na execução de sua agenda, como a não-cooperação dos Estados-parte. A partir das teorias de Kelsen, Bobbio e Hart, procede-se a um estudo acerca do conceito de eficácia, evoluindo para doutrinas pós-positivistas, de forma a compreender que a eficácia do Direito Internacional não pode ser analisada com base em conceitos clássicos relativos a normas internas. Assim, o trabalho toma como base a teoria da legislação simbólica, criada por Marcelo Neves, para compreender como se pode verificar a eficácia de uma norma em termos contemporâneos. Conclui-se que o Tribunal não é eficaz e que possui características simbólicas de legislação-álibi; portanto, um Tribunal-álibi, tendo sido criado apenas para confirmar valores da sociedade internacional e para impor valores dominantes europeus e ocidentais.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Penal Internacional. Eficácia. Legislação Simbólica. Direito Internacional Penal. Tribunal-álibi.

LEGAL EFFECTIVENESS AND THE SYMBOLIC IN INTERNATIONAL LAW: THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AS ALIBI COURT

ABSTRACT: It analyzes the performance of the International Criminal Court on the world stage, verifying whether this action is effective and questioning whether the International Criminal Court is just a symbolic court, and, therefore, may be considered an alibi Court. To achieve the intended results, the court's analysis takes into account the problems it faces in implementing its agenda, such as the non-cooperation of States Parties. Based on the theories of Kelsen, Bobbio and Hart, it carries out a study on the concept of effectiveness, evolving towards post-positivist doctrines, in order to understand that the effectiveness of International Law cannot be analyzed based on relative classical concepts to internal standards. Thus, the paper is based on the theory of symbolic legislation, created by Marcelo Neves, to understand how the effectiveness of a norm can be verified in contemporary terms. It is concluded that the Court is not effective and that it has symbolic characteristics of alibi legislation; therefore, an alibi Court, having been

95

* Mestra em direito constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) na área de direito constitucional público e teoria política, linha de direitos humanos. Advogada. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Trabalhou no Tribunal Penal Internacional (TPI), Gabinete da Procuradoria - Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division em 2018. Diretora na linha de direito penal internacional do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais da Universidade Federal do Ceará (GEDAI/UFC). Pesquisadora do Observatório da Corte Internacional de Justiça do blog Cosmopolita. E-mail: beatrizcaldas17@gmail.com.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. Servidor público. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). E-mail: alison.melo@gmail.com.

created only to confirm values of international society and to impose dominant European and Western values.

KEYWORDS: International Criminal Court. Efficacy. Symbolic Legislation. International Criminal Law. Alibi Tribunal.

1. INTRODUÇÃO

O Tribunal Penal Internacional (TPI) é o principal órgão em atuação no contexto do Direito Internacional Penal. Ele está em vigência e atua no cenário internacional há 15 anos. Durante esse período, sua atuação pouco expressiva fez com que esse Tribunal não se tornasse conhecido por grande parte da população mundial, não atingindo o mesmo grau de influência que certas Cortes Internacionais possuem, como a Corte Internacional de Justiça, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Exemplificativamente, Flávia Piovesan (2011), ao analisar os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, cuida de todos estes de forma detalhada e, no caso do TPI, faz apenas uma abordagem superficial. Portela (2017), por sua vez, sequer menciona o Tribunal.

É importante refletir que o TPI parece ter a pretensão de ser um Tribunal de Nuremberg do século XXI, por dois motivos. Um deles é para servir de símbolo da proteção de direitos humanos a nível mundial, como pretendeu ser o Tribunal de Nuremberg, e o outro motivo é para representar o fim da impunidade para os perpetradores de crimes graves, atrocidades, ao redor do mundo. Como o Tribunal de Nuremberg é, principalmente, um símbolo do Direito Internacional Penal e da proteção aos direitos humanos, o Tribunal Penal Internacional deveria se manter nesse padrão. Contudo, por algum motivo, o Tribunal ainda está ofuscado no cenário internacional, e essa questão precisa ser estudada.

A atuação pouco expressiva do Tribunal Penal Internacional (TPI) está diretamente ligada a alguns problemas que o Tribunal enfrenta, como a complementaridade e a cooperação com os países. Esses problemas acabam por diminuir a capacidade de persecução criminal que o Tribunal possui, afetando, assim, seu desempenho e sua eficácia. Por esse motivo, é necessário analisar o que o Tribunal representa para a sociedade internacional, em termos de atender as demandas que levaram à sua criação.

Investiga-se a possibilidade de classificar o TPI como tribunal simbólico. O objetivo geral deste artigo, conseqüentemente, é apontar uma crítica contundente ao TPI, de modo a evidenciar a necessidade de revisão do seu modelo.

Utiliza-se para fins da análise o conceito doutrinário criado por Marcelo Neves (2013) sobre o constitucionalismo simbólico, como ponto de partida.

Estudar o conceito de eficácia jurídica a partir de concepções positivistas e pós-positivistas e avaliar o que é eficácia para o Direito Internacional, se a eficácia de uma norma está diretamente ligada com a previsão de uma sanção para o caso de seu descumprimento e a legitimidade do Tribunal Penal Internacional são objetivos específicos.

A pesquisa é exploratória, baseada em dados secundários, e teórica. O método adotado é o dedutivo, valendo-se dos procedimentos bibliográfico e documental. Para situar o problema que esse trabalho apresenta, é necessário primeiramente explicar o conceito de eficácia, de acordo com as teses elaboradas por diferentes autores, filósofos e sociólogos do Direito, positivistas e pós-positivistas. Após essa definição, faz-se necessário colocá-la na perspectiva do Direito Internacional, uma vez que, como será apresentado a seguir, o Direito Internacional possui uma estrutura e uma dinâmica diferente do Direito Interno.

Em seguida, é importante mencionar questões acerca da legitimidade do Tribunal Penal Internacional, assim como as críticas que cercam esse órgão, que, em sua maioria, estão ligadas a legitimidade. Por último, cabe tratar do assunto da legislação simbólica, tema norteador desse trabalho, estudando seu conceito e os casos em que pode ser verificada. Além disso, é preciso expor o motivo de esse conceito está sendo utilizado para se referir ao Tribunal Penal Internacional.

97

2. EFICÁCIA JURÍDICA: APORTES TEÓRICOS

Quando se busca uma definição para norma jurídica, existem várias perspectivas ou dimensões que podem ser levadas em consideração. Para fins do presente trabalho, a perspectiva que uso como foco da definição de norma jurídica é a da eficácia, uma vez que se busca examinar a capacidade do Tribunal Penal Internacional dar resposta no cenário internacional. A classificação do Direito sob a ótica da eficácia parte de uma teoria positivista, difundida, principalmente, por Hans Kelsen.

Em sua teoria, Kelsen primeiramente faz uma distinção entre os conceitos de eficácia da norma e validade da norma. Kelsen (2000, p. 11-12) utiliza o termo vigência como sinônimo de validade e explica que a vigência está no campo do dever ser, assim como a eficácia. Vigência e eficácia não estão no mesmo ponto temporal, pois uma norma jurídica entra em vigor antes de ter

sua eficácia verificada. Assim, uma norma jurídica pode ser aplicada logo após sua entrada em vigência, uma vez que é válida, e ainda não pode ser constatada sua eficácia.

Uma norma pode ser considerada válida quando ela é criada dentro dos parâmetros do ordenamento jurídico a qual pertence, de uma forma determinada (KELSEN, 2000, p. 221). Validade e eficácia são critérios que possuem relação, mas essa relação deve ser analisada com cautela. Para Kelsen (2000, p. 236) “não pode negar-se que uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz”. O autor também acredita que a eficácia de uma norma não é uma condição para sua validade, e explica que a condição de validade de uma norma é a norma fundamental. Nesse sentido, é a norma fundamental que justifica a validade e a eficácia das outras normas do ordenamento jurídico porque, segundo Kelsen, se a norma fundamental é válida e é eficaz, as normas existentes com base nessa norma fundamental também serão válidas e eficazes (KELSEN, 2000, p. 237). Contudo, se a norma é atestada como ineficaz, ela perde sua validade (KELSEN, 2000, p. 12).

98

Nas palavras de Kelsen (2000, p. 237):

As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apóia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência).

Seguindo o mesmo raciocínio, uma ordem jurídica não perderá sua validade em razão de uma norma singular perder a eficácia, pois o ordenamento deve ser entendido como um conjunto de normas, e uma norma isolada não afeta a validade do todo (KELSEN, 2000, p.237). Desse modo:

Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas. E também uma norma jurídica singular não perde a sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, isto é, não é observada ou aplicada, embora deva ser observada e aplicada.

Robert Alexy (2011, p. 17-18), quando se refere sobre eficácia no sentido positivista, elucida dois aspectos, o aspecto externo e o aspecto interno. O aspecto externo da eficácia é caracterizado pela observância da norma e, ou, uma sanção, para o caso de não observância, tendo como foco o comportamento do

indivíduo, de modo objetivo. O aspecto interno, por sua vez, é caracterizado na motivação da observância e, ou, da aplicação da norma, tendo como foco as disposições psíquicas, ou seja, a subjetividade.

Por sua vez, Norberto Bobbio acredita que a eficácia é um dos problemas a serem analisados sobre uma norma jurídica, além dos problemas de justiça e validade. Bobbio (2016, p. 47) afirma que:

O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não ser seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da ordem jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou.

Ainda sobre a definição desse problema, o autor expõe que existem normas que são universalmente seguidas de modo espontâneo, sendo essas as mais eficazes, normas que são seguidas de modo geral porque nelas há algum tipo de coação, normas que não são seguidas, apesar de terem uma coação prevista e, ainda, normas que são violadas e que não há sanção para a violação, sendo esse último tipo de norma a mais ineficaz (BOBBIO, 2016, p. 47-48). Evidentemente, se uma lei é constantemente violada e, não existe nenhum fator que coíba essa violação, seja algo físico ou não, ela continuará sendo violada, até que ninguém mais a cumpra.

Para Bobbio (2016, p. 49-50), os conceitos de validade, eficácia e justiça são independentes, um não condiciona o outro. Ele elenca alguns exemplos para ilustrar essa independência, como o de que uma norma pode ser válida sem ser eficaz, uma vez que entra em vigência da forma prevista, por meio de órgãos competentes para tal, mas não é seguida pela população. Outro exemplo é que uma norma pode ser eficaz sem ser válida, ela pode ter eficácia sem ter caráter jurídico, e sua eficácia advém do fato de ser seguida por um grupo de pessoas, como no caso das regras de etiqueta. Uma norma também pode ser eficaz sem ser justa, pois o fato de uma norma ser universalmente seguida não a torna justa, como no caso das leis escravistas.

Essas definições servem para introduzir a discussão acerca do que é eficácia. Adiante, mostrarei definições de eficácia que condizem melhor com a realidade atual, especialmente com o cenário do Direito Internacional.

2.1. Eficácia e sanção no Direito

Uma norma prescreve uma fórmula de dever ser, mas, se deve ser, é porque nem sempre é, ou seja, há a previsão de violação, e esta violação é chamada de ilícito. Bobbio (2016, p. 150-151) distingue lei científica de uma lei jurídica

afirmando que, quando uma lei científica não se verifica, ela deixa de ser verdadeira, o que não ocorre com uma lei jurídica, pois, mesmo não sendo verificada, ela permanece válida. Por exemplo, se for verificado que a teoria da relatividade não traz um resultado correto, essa teoria deixa de ser aplicada. Contudo, se uma norma prevê que é proibido jogar lixo no chão, e as pessoas jogam lixo no chão, ela continua sendo válida.

Um sistema científico que verifica que uma lei não é válida procura modificá-la, enquanto um sistema jurídico que verifica que a norma não está sendo seguida procura modificar a ação dos indivíduos que não estão seguindo essa lei. A forma de modificar a ação dos indivíduos é por meio de uma sanção, como elucida Bobbio (2016, p. 151):

A ação que é cumprida sobre a conduta não conforme para anulá-la, ou pelo menos para eliminar suas consequências danosas, é precisamente aquilo que se chama de sanção. A sanção pode ser definida, por esse ponto de vista, como o expediente por meio do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias; é, portanto, uma consequência do fato de que em um sistema normativo, diferentemente do que ocorre em um sistema científico, os princípios dominam os fatos, em vez de os fatos, os princípios.

100 | A sanção pode ser definida, assim, como uma resposta à violação, e é possível verificar a existência de diversos tipos de sanção. Há a sanção moral, um tipo de sanção que atua no interior da pessoa, gerando um sentimento de culpa, um arrependimento ou remorso quanto à violação, algo que afeta o psicológico do indivíduo (BOBBIO, 2016, p. 151 e 153). Essa forma de sanção se torna relativa, pois o pensamento humano é subjetivo. Um psicopata, por exemplo, não sente remorso ou culpa quando mata uma pessoa. Pensando nisso, a sanção moral é considerada pouco eficaz.

Outra forma de sanção é a sanção social, que é o contrário da sanção moral, porque, ao invés de ser uma sanção interna, é uma sanção externa, feita por um grupo ou sociedade, e que visa o controle social. A sanção social pode levar à exclusão de uma pessoa de determinado grupo, ou ao seu linchamento, e, por esse motivo, Bobbio (2016, p. 155-156) acredita que esse modo de sanção não tem medida, além de haver incerteza de seu êxito e inconstância em sua aplicação.

Buscando uma solução mais eficaz que a sanção interna e com restrições, diferente da sanção externa, a sociedade procurou institucionalizar as sanções, e a partir desse momento surgiram as sanções jurídicas. Para Bobbio (2016, p. 157-158), uma norma jurídica é aquela cuja sua execução é garantida por uma

sanção externa e institucionalizada, e, apesar de não ser um critério exclusivo, é o que melhor define uma norma.

Em contrapartida, Alf Ross (2000, p. 80-81) acredita que a maioria das pessoas cumpre as normas jurídicas não só por medo de sanções, mas também por uma atitude de “acato desinteressado ao Direito”, uma vez que, quando as regras estão bem estabelecidas no ordenamento, seu cumprimento se torna automático. Assim, o cumprimento de normas num ordenamento jurídico não estaria submetido somente ao uso da força física como coação, mas também ao respeito da população em relação àquela ordem.

O poder compulsivo do direito é, deste modo, uma função de sua ‘validade’. Inversamente, esta última é também uma função da força efetivamente exercida. Posto que a obediência é fortalecida pelo costume, toda ordem mantida de fato, incluso aquela que se apóia principalmente na mera força, tende a se transformar numa ordem ideologicamente aprovada. (ROSS. 2000, p. 83)

Como foi posto pelos autores citados anteriormente, a eficácia de uma norma depende de sua observância e, no caso de violação, a existência de sanção. Todavia, é preciso levar em consideração que as normas que constituem o Tribunal Penal Internacional são normas de Direito Internacional, e como tal precisam ser analisadas de forma particular, como será abordado a seguir.

101

2.2. Eficácia e sanção no Direito Internacional

As definições de eficácia apresentadas, em sua maioria, são definições de caráter positivista. Nessa perspectiva, a eficácia de uma norma está condicionada a seu cumprimento ou à existência de uma sanção para o caso de descumprimento. Quando esse conceito parte para o âmbito do direito internacional, é importante observar que o modo como se observa a eficácia de uma norma torna-se diferenciado.

Hart (2009, p. 280-281) analisa o problema da caracterização do Direito Internacional, citando que alguns doutrinadores acreditam que o direito internacional não pode ser chamado de “direito”, porque não possui uma estrutura organizada de sanções, sendo, assim, não vinculante. Para ele, contudo:

Afirmar que o direito internacional não é vinculante por carecer de sanções organizadas implica aceitar tacitamente a análise da obrigação contida na teoria de que o direito é essencialmente uma questão de ordens apoiadas em ameaças. Como vimos, essa teoria identifica as expressões ‘ter a obrigação de e ‘ser obrigado a’ com ‘estar sujeito a uma sanção ou castigo que se ameaça aplicar aos desobedientes’. Entretanto, como já argumentamos, essa identificação distorce o papel representado pelas ideias de obrigação e dever em todo o pensamento e discursos jurídicos.

Hart (2009, p. 281) continua sua reflexão ressaltando que nem todas as normas possuem obrigações e deveres, e que é preciso desvincular a ideia de que uma norma necessita estar ligada a uma sanção para que tenha força vinculante, ou para que seja vista como uma obrigação.

No direito interno, as sanções existem para proteger os indivíduos mais vulneráveis, punindo os indivíduos mais “fortes” que pretendem obter vantagens dos mais “fracos”, evitando, assim, que eles se aproveitem de uma vantagem para subordinar outros. Todavia, no direito internacional, o cenário de violações é diferente, uma vez que acontece entre Estados e de forma pública. O autor reforça que as relações no direito internacional são regidas pela diplomacia e pela força de um Estado sobre o outro. No caso de um Estado mais fraco estar sendo agredido por um Estado mais forte, é difícil punir o Estado “forte” exatamente por causa de seu poder e relevância na esfera internacional, além de que uma sanção poderia trazer graves consequências à sociedade, caso o Estado “forte” decidisse se impor contra a sanção, tanto diplomaticamente quanto belicamente (HART, 2009, p. 283).

102 | A diplomacia serviria como ponto para frear as ações dos Estados, além das represálias por parte da população mundial e do medo mútuo entre os Estados com forças iguais. Para Hart (2009, p. 284):

Quando as normas são desobedecidas, não é com base no argumento de que não são vinculantes; pelo contrário, envidam-se esforços para esconder os fatos. Evidentemente, pode-se dizer que tais normas só são eficazes na medida em que se refiram a problemas em razão dos quais os Estados não estão dispostos a guerrear. Isso pode ser verdade, e depõe negativamente sobre a importância do sistema e seu valor para a humanidade.

Um ponto fundamental citado por Hart é o fato de existirem constantes analogias entre o Direito Internacional e o Direito interno, de forma a justificar o fato dele ser um “Direito”. Existe a tese de que quando um Estado derrotado numa guerra se submete a um tratado do Estado vencedor, esse ato seria essencialmente legislativo, uma vez que é uma mudança jurídica imposta, e, nessa ocasião, seria possível fazer analogia entre o Direito Internacional e o Direito interno, algo que o autor não concorda. Outra analogia é sobre o uso da força, comparando as sanções regulamentadas com sanções descentralizadas que um Estado poderia impor caso sofresse agressões por parte de outro Estado (HART, 2009, p. 299-300).

Hart cita outras analogias que também possuem a função de justificar o fato do Direito Internacional ser um “Direito”. O problema dessas analogias é

que elas querem afirmar que o Direito só pode ser definido a partir de certos critérios, que foram pensados e formulados com base no Direito interno. Como o Direito Internacional é uma categoria do Direito relativamente recente, as teorias clássicas sobre o que define Direito acabam por não se encaixar de forma correta. Em conformidade com o exposto por Hart, a partir de sua crença de que nem todas as normas precisam ter obrigações ou sanções, é possível falar de uma espécie de norma específica do Direito Internacional.

No Direito Internacional, existem normas vinculantes, com força e caráter obrigacionais, e existem normas chamadas de *soft norms*, inicialmente chamadas de *soft law*, que são normas não obrigatórias (VARELLA, 2012a, p. 81). Entre os tratados de Direito Internacional, há aqueles que geram obrigações para ambas as partes que o ratificam, existem os que são imponíveis a todos os Estados, mesmo sem sua aceitação, chamados de *jus cogens*, e há também os que, apesar de ratificados pelas partes, não geram obrigações rígidas, e esses são os que não denominados de *soft norms*. De acordo com Marcelo Varella (2012a, p. 82):

Essas normas não tem o mesmo grau de atribuição de capacidades nem são tão importantes quanto as normas restritivas, mas os Estados comprometem-se a cooperar e a respeitar os acordos realizados, sem submeter-se, no entanto, a obrigações jurídicas. Consideramos que essa modalidade de comprometimento representa uma atribuição de capacidade, sendo que o Estado permite à comunidade internacional garantir primeiramente um controle moral sobre as disposições dos acordos e, depois, porque esses acordos servem como base à realização de futuros acordos restritivos. Por isso, constituem uma etapa intermediária da atribuição de capacidade, já portadora de consequências concretas.

As *soft norms* foram criadas como uma forma de dar maior flexibilidade nos tratados de Direito Internacional, tendo, assim, mais facilidade para aprovação de normas cujo assunto abordado ainda é incerto, ou sobre um assunto politicamente controverso, que encontra resistência por parte de alguns Estados. Elas também são utilizadas para casos em que os Estados não concordem com todas as disposições de uma norma, de forma a possibilitar que as partes aceitem o tratado, sem ter a obrigação de cumpri-lo integralmente (VARELLA, 2012a, p. 83).

As *soft norms* são, ainda, uma opção viável como forma de pressionar os Estados a aceitarem certos tratados, uma vez que eles não aceitariam acordos rígidos, mas são mais propensos a aceitar acordos intermediários. Ademais, com as *soft norms* é possível tratar de assuntos menos sensíveis, como o Direito Ambiental, e é possível haver a participação de atores não estatais, já que os

Estados tornam-se mais propícios a permitir a entrada desses entes quando não há obrigações rígidas (VARELLA, 2012a, p. 83).

Algumas das principais características das *soft norms* são o fato de não serem restritivas, contendo, assim, expressões vagas e conceitos imprecisos, a possibilidade de dirigirem-se a entes não estatais e a voluntariedade para implantação de sua disposição, não havendo, desse modo, instrumentos jurídicos para forçar essa implantação (VARELLA, 2012a, p. 84).

Marcelo Varella (2012a, p. 84) ressalta que uma norma não é classificada como *soft norm* somente pelo seu nome, ou pela linguagem usada em sua redação. Essa classificação acontece pela forma como os Estados se comportam perante a norma. Assim, observa-se que é a prática que classifica uma norma em *soft norm* ou norma rígida.

2.3. Concepções pós-positivistas acerca da eficácia

O conceito de Direito Internacional sofreu alterações em relação ao que pensavam os teóricos positivistas do século XX, como Kelsen e Hart, e isso ocorreu porque o sistema internacional não se desenvolveu da maneira com que esses doutrinadores idealizaram (VARELLA, 2012b, p. 510). Por esse motivo, é preciso ver como autores não positivistas tratam o assunto da eficácia.

Tércio Sampaio Ferraz Jr (2000, p. 120-121) faz uma diferenciação entre os tipos de eficácia:

Assim, se uma norma é sintaticamente eficaz, mas é semanticamente inefetiva (é, de fato, regularmente desobedecida), falamos em inefetividade pragmática no sentido de desuso ou desuetudo, ou seja omissões que ocorrem diante de fatos que constituem condição para a aplicação da norma. Se, por sua vez, uma norma é sintaticamente ineficaz e é também desobedecida regularmente (semanticamente inefetiva), falamos em inefetividade pragmática no sentido de costume negativo, ou seja, omissões que se dão, porque os fatos que seriam condição para aplicação da norma não ocorrem.

Observa-se que, numa norma em desuso, os fatores para a aplicação dessa norma existem, mas não são seguidos, enquanto numa norma de costume negativo os fatores para a aplicação da norma não acontecem. Uma norma em desuso não perde sua eficácia, enquanto uma norma de costume negativo nunca possuiu eficácia (FERRAZ JR, 2000, p. 121).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2000, p. 122) também distingue eficácia de validade, reforçando que uma norma pode ser válida sem ser eficaz, ou ser eficaz sem ser válida, uma vez que eficácia e validade são independentes. Para o autor, a validade não expressa numa relação linear entre uma norma A e uma

norma B, mas sim uma relação circular, da norma B sobre a norma A, excluindo o entendimento de que uma norma afetaria a outra, primeiro, já que se trata de um efeito cíclico.

Outro aspecto tratado pelo autor é imperatividade. Para ele, a imperatividade é uma espécie de calibração da norma, que cria uma estabilização entre eficácia e validade. Como explica:

Assim, propomos que haja uma ‘regulagem’ da possibilidade de exigência (validade) e de obediência (efetividade) de um discurso normativo que expressa uma estabilidade, de tal forma, que qualquer desvio (ilegitimidade, falta de competência ou descumprimento, não aplicação), dentro de um âmbito, é contrabalanceado (medidas disciplinares, sanções, anulação, declaração de nulidade) (FERRAZ JR, 2000, p. 131).

A imperatividade proposta por Ferraz Júnior possui diferenças em relação à teoria da norma fundamental elaborada por Kelsen. Isso ocorre porque na teoria de Kelsen o sistema normativo possui um corpo, como uma Constituição, e é escalonado, linear, estando a norma fundamental no topo, enquanto na teoria do autor o sistema não tem um corpo definido e possui estrutura circular, levando a ideia de calibração, apesar de não excluir a noção de sistema escalonado (FERRAZ JR, 2000, p 136).

Luhmann, dentro da perspectiva jurídico-sociológica da teoria dos sistemas, traz para o entendimento de norma o conceito de expectativas normativas e cognitivas. Expectativas, como o próprio nome já prevê, são condutas que são esperadas de alguém ou de algum fato. Expectativas cognitivas são aquelas que, num caso de desapontamento, ou seja, frustração, se adaptam à realidade, modificando-se. Contrariamente, expectativas normativas são aquelas que não são abandonadas ou adaptadas em caso de desapontamento, elas procuram não assimilar o desapontamento e preveem que ele pode ocorrer, sem fazer com que sua ocorrência frustre toda a expectativa. (LUHMANN, 1983, p. 56).

A partir dessa concepção de expectativas cognitivas e normativas, Luhmann (1983, p. 57) entende que norma é uma “expectativa de comportamento estabilizada em termos contrafáticos”. Assim, as expectativas normativas devem se antecipar quanto à possibilidade de desapontamentos, para saber como podem ser mantidas e manifestadas, mesmo em face de transgressão (LUHMANN, 1983, p. 68).

Para Marcelo Neves (2013, p. 43-44 e 46), a eficácia de uma norma está relacionada à possibilidade jurídica de aplicação da norma, nos termos de sua

aplicabilidade, executoriedade ou exigibilidade. Significa que é preciso verificar se a norma é aplicada, se ela é executada ou se ela é exigida num ordenamento jurídico. Da perspectiva do Direito, é possível distinguir eficácia autônoma, sendo aquela que é observada, de eficácia heterônoma, sendo aquela seguida por imposição de terceiro. A eficácia normativa abrange as situações de observância, aplicação, execução e uso do Direito, e pode ser entendida como a concretização normativa do texto legal.

Assim como Luhmann, Marcelo Neves (2013, p. 48) utiliza a ideia de expectativas normativas para tratar da eficácia, ressaltando que quando a ineficácia atinge um grau muito elevado demonstra-se que as expectativas normativas da população e dos órgãos estatais não se orientam pelos dispositivos legais, gerando falta de vigência social ou carência de normatividade do texto legal.

De acordo com Marcelo Neves (2013, p. 51), quando é possível verificar que uma norma é normativamente ineficaz, a ela pode ser atribuída a condição de simbólica. O autor explica que:

Um grau muito acentuado de ineficácia pode significar que não há orientação generalizada das expectativas normativas de acordo com a lei, seja isso por parte dos cidadãos, organizações, grupos, ou por iniciativa dos órgãos estatais (falta de vigência social). Se partimos de que a função primária do direito ‘não reside na realização de determinado comportamento, mas sim no fortalecimento de determinadas expectativas, pode-se afirmar que a legislação simbólica só tem lugar quando a vigência social da norma legal, ou seja, a sua função de ‘congruente generalização de expectativas normativas’ é prejudicada. Nessa hipótese, o texto legal não é apenas incapaz de dirigir normativamente a conduta, caracterizando-se principalmente por não servir para orientar ou assegurar, de forma generalizada, as expectativas normativas (NEVES, 2013, p. 53).

Essa nova perspectiva sobre eficácia é a que norteia o presente trabalho, e que será melhor explicada e demonstrada posteriormente. Também é necessário explicar por que o conceito de legislação simbólica está sendo aplicado, e para isso é essencial citar uma característica peculiar na atuação do Tribunal Penal Internacional, que é a cooperação.

3. A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

Marcelo Neves (2013, p. 6-7) inicia sua discussão acerca do sentido de simbolismo citando como diferentes esferas interpretam o termo “simbólico”. Simbólico, numa perspectiva filosófica, é tudo aquilo que é utilizado para estabelecer uma relação entre o indivíduo e a realidade. A própria estrutura social seria um sistema simbólico, dotado de linguagem. A linguagem, ademais, seria

uma forma de expressão simbólica dos próprios indivíduos. Nessa visão, o simbólico é compreendido como um modo de expressão dos signos presentes nas relações entre os indivíduos.

Para a psicanálise, a relação simbólica seria uma forma de representação dos elementos do inconsciente pelo consciente. De acordo com a filosofia social, todas as instituições sociais são dotadas de um caráter simbólico, apesar de não se limitarem a ele (NEVES, 2013, p. 9 e 13).

De acordo com a teoria dos sistemas, cada subsistema social, como a economia, a política, o direito, a religião e a arte, são exemplos de “meios de comunicação simbolicamente generalizados”. Dessa forma, eles são os responsáveis por possibilitar a continuidade da comunicação dentro de situações sociais complexas. Cada sistema é dotado de um código binário que será responsável por diferenciá-lo, e essa diferenciação está relacionada à sua representação simbólica como unidade. Em sua teoria, Luhmann diferencia o agir simbólico-expressivo do agir instrumental. O agir instrumental teria uma realização mediata, enquanto o agir simbólico-expressivo teria um alcance imediato. Toda ação, entretanto, precisaria ter aspectos de ambas as formas para que possa alcançar seu sentido (NEVES, 2013, p. 19-21).

Os sistemas sociais sempre possuem uma função instrumental, expressiva e simbólica, nunca estando presente apenas uma delas. Entretanto, quando se afirma que a ação tem função simbólica, expressiva ou instrumental, significa que há predominância de uma dessas funções. Desse modo, o termo “legislação simbólica” implicaria o predomínio, ou hipertrofia, em relação ao sistema jurídico, da função simbólica quanto à produção e aplicação da lei, em detrimento da função jurídico-instrumental (NEVES, 2013, p. 23).

Marcelo Neves define a legislação simbólica como “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico” (NEVES, 2013, p. 30).

Isso implica que, na legislação simbólica, há a predominância do sentido político da lei sobre o sentido normativo-jurídico. Não se pode afirmar, contudo, que essa predominância é devida, exclusivamente, à vontade do legislador. O problema da prevalência da função simbólica é relativo a uma questão estrutural, sendo necessário mencionar os interesses sociais que possibilitam a eficácia da lei, antes da pretensão do legislador ao elaborá-la (NEVES, 2013, p. 31). A legislação simbólica seria, dessa forma, uma lei ou um conjunto de

leis que estão positivadas, e que, assim, tem a pretensão de serem seguidas, mas que são ineficazes socialmente, devido a um problema estrutural.

Um exemplo citado por Marcelo Neves é o caso da “lei seca” americana. Os legisladores, no fato em questão, não observaram se a lei teria eficácia instrumental, eles procuraram, primordialmente, adquirir um maior respeito social ao atender as demandas dos defensores da proibição da venda de bebidas alcoólicas (NEVES, 2013, p. 34).

A legislação simbólica também pode ser utilizada para produzir confiança nos sistemas político e jurídico, devido a uma pressão direta da população. Nesse sentido, o legislador elaborará uma lei que satisfaça os anseios do povo, mas sem que haja o mínimo de condições para a efetivação da mesma. Esse tipo de legislação pode ser considerado uma “legislação-álibi” (NEVES, 2013, p. 36-37). O Estado poderá agir como se estivesse cumprindo sua função quando, na verdade, não está realizando nenhuma mudança efetiva e eficaz.

A legislação simbólica seria, assim, uma mera ilusão criada pelo sistema político para atender às pressões advindas da população, mas que não consegue resolver os problemas existentes naquele contexto.

Para que uma legislação seja considerada simbólica, ela não pode apenas não ter realizado os seus fins, também deve ser ineficaz, ou seja, não haver uma concretização normativa do texto da lei. Ademais, uma legislação simbólica tem aspectos negativos e positivos, não somente negativos, como muitos deduziriam. O aspecto negativo, claramente, é a falta de eficácia, mas o aspecto positivo são os efeitos relevantes que a norma produzirá no sistema político, algo não necessariamente jurídico (NEVES, 2013, p. 51 e 53).

Marcelo Neves (2013, p. 53-54) afirma que um dos tipos de legislação simbólica é a legislação com propósito de confirmar valores sociais, também chamada de legislação-álibi. De acordo com o autor, esse tipo de legislação simbólica tem três efeitos, como observa-se a seguir:

Em primeiro lugar, trata-se de atos que servem para convencer as pessoas e os grupos da consistência do comportamento e norma valorados positivamente, confortando-as e tranquilizando-as de que os respectivos sentimentos e interesses estão incorporados no direito e por ele garantidos. Em segundo lugar, a afirmação pública de uma norma moral pelo legislador conduz as principais instituições da sociedade a servirem-lhe de sustentação, mesmo que faltem ao respectivo texto legal a força normativo-jurídica e a eficácia que lhe seriam específicas.

O primeiro efeito está voltado para a população. Serve como forma de dar às pessoas uma solução que acalme seus anseios e que satisfaça suas expectativas sociais, fazendo com que a sociedade acredite que seus problemas foram considerados e resolvidos. O segundo efeito se refere aos órgãos e instituições da sociedade. Uma vez que uma norma atende moralmente os pedidos da população, mesmo não sendo eficaz e não tendo força normativo-jurídica, ela é sustentada pelas instituições da sociedade, como forma de mostrar à população que essas instituições estão empenhadas em solucionar um problema.

Em relação ao terceiro efeito, o autor afirma que:

Por fim, a legislação simbólica confirmadora de valores sociais distingue, com relevância institucional, ‘quais as culturas têm legitimação e dominação pública’ (dignas de respeito público) das que são consideradas ‘desviantes’ (‘degradadas publicamente’), sendo, portanto, geradora de profundos conflitos entre os respectivos grupos (NEVES, 2013, p. 54).

Dessa forma, o último efeito é um efeito impositor de valores, que cria uma hierarquia entre as culturas dominantes, consideradas certas, e as culturas de “minorias”, ou “diferentes”, consideradas erradas. O legislador, portanto, estaria tentando impor seus valores ao elaborar a norma, não se importando com o fato dela conseguir ou não ser aplicada ou vir a ter eficácia.

Ademais, define Marcelo Neves (2013, p. 54):

O efeito básico da legislação como fórmula de compromisso dilatatório é o de adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes. A ‘conciliação’ implica a manutenção do *status quo* e, perante o público-espectador, uma ‘representação’/‘encenação’ coerente dos grupos políticos divergentes.

Um dos propósitos da criação do TPI foi evitar a impunidade daqueles que praticam crimes que violam os direitos humanos. Mesmo que seu funcionamento, na prática, possa ser considerado ineficaz, a sua existência conforta as pessoas, trazendo uma sensação de não impunidade, e cria mais relevância para a justiça internacional. Tal proposta estaria relacionada com o primeiro efeito da legislação-álibi, que atua para atender aos clamores sociais.

É possível observar, entretanto, que o TPI também pode se encaixar no terceiro efeito da legislação-álibi, que é o de imposição de valores e diferenciação entre culturas legítimas e desviantes. Apesar de ter sido criado e apoiado por vários países de diferentes regiões do mundo, a atuação atual do TPI está focada em países africanos. Esse fato faz com pareça que o Tribunal está tentando afirmar e impor valores ocidentais aos países africanos.

Com base nessas características, há a necessidade de questionar se as decisões do Tribunal Penal Internacional, por serem baseadas quase que exclusivamente no instrumento da cooperação internacional, são pouco eficazes, ou, até, ineficazes, o que levaria a crer que o Estatuto de Roma é uma legislação simbólica.

4. A LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional é constantemente questionado acerca de sua legitimidade. As principais críticas constituem na questão do TPI ser um Tribunal com ação focada, principalmente, na África e a fato de algumas das principais potências mundiais não estarem presentes no Tribunal, uma vez que não ratificaram o Estatuto de Roma, como é o caso dos Estados Unidos, Rússia, China, Índia e Paquistão. Além disso, os países citados são alguns dos mais populosos do mundo, e sua não participação no TPI faz com que 80% da população mundial esteja fora da competência do Tribunal (VARELLA, 2012b, p. 357).

Marcelo Varella (2012b, p. 358) expõe que:

Por sua posição hegemônica nesse regime, os EUA, China, Índia e Paquistão mantêm a posição mais confortável de julgar eles mesmos, conforme seu direito e conveniência, seus soldados que praticam crimes de guerra, ao mesmo tempo em que criam um arcabouço legal que legitima a exportação de valores e ações em todo o mundo. Sob a ótica do direito internacional, a falta de ações contra países desenvolvidos e a ausência americana no sistema irradiam uma visão de um direito imposto pelas principais potências aos países mais pobres do planeta.

A ausência desses países gera um problema de grandes proporções quanto a legitimidade do TPI perante a comunidade internacional e em relação à atuação do Tribunal, e as perseguições criminais constantemente dirigidas a nacionais de países africanos levam a crer numa supremacia, ou até em um imperialismo, de alguns países sobre os países africanos.

O princípio elementar do Tribunal Penal Internacional é a complementaridade. O preâmbulo do Estatuto de Roma, além de seu artigo 1º, determina que o Tribunal Penal Internacional será complementar às jurisdições penais nacionais, ou seja, a norma internacional será complementar à norma de direito interno (ICC, 1998, *online*). A complementaridade é uma das bases em que se funda o TPI. O Estatuto dos tribunais *ad hoc* estabelecia que eles estavam acima da jurisdição dos países, não havendo, assim, complementaridade. O Tribunal Penal Internacional trouxe essa inovação para o direito penal internacional, como forma de não atacar a soberania dos países. De acordo com esse

princípio, o Tribunal só pode agir se esgotados todos outros meios para que aquele caso seja julgado internamente. Não obstante,

O mecanismo teria, assim, como fundamento, a primazia da jurisdição estatal diante do caráter excepcional e complementar da jurisdição do TPI: este último somente a exerceria em caso de patente **incapacidade** ou **falta de disposição** de um Estado em abrir inquéritos ou instaurar processos relativos aos crimes elencados no Estatuto de Roma. A atuação do Tribunal não seria cabível se o caso fora ou estivesse sendo genuinamente investigado ou processado por um Estado que tenha competência para fazê-lo. O processo judicial internacional somente se viabilizaria na medida em que as instituições nacionais ora não quisessem, ora não pudessem agir. Mas, diante da amplitude dos termos ‘incapacidade’ e ‘falta de disposição’, seriam incorporados ao Estatuto parâmetros para reduzir o grau de discricionariedade na aplicação pelo TPI dos referidos critérios (CARDOSO, 2012, p. 44).

Mediante à incapacidade ou omissão do Estado em punir o indivíduo com base na legislação interna, cabe ao Tribunal Penal Internacional a função de jurisdição adicional e complementar, conforme indica o artigo 17 do Estatuto de Roma. O Brasil, por exemplo, tem previsão de crime de genocídio no Código Penal, mas não possui previsões expressas no ordenamento jurídico de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. Dessa forma, caso algum brasileiro fosse acusado de ter cometido um desses crimes, o Brasil seria obrigado a entregá-lo ao TPI para julgamento, por não estar apto a fazê-lo. Contudo, é difícil definir quando o Estado não quer ou não pode agir em determinada situação, fato este que gera problemas quanto à aplicação da complementaridade.

O princípio da complementariedade determina que o TPI só atuará num caso se tiverem sido esgotados todos os meios internos, e se o Estado não tiver capacidade ou não quiser julgar aquele caso. Assim, é um meio complementar, condicionado à ação ou à omissão do Estado. Como consequência, existe o argumento de que as grandes potências teriam capacidade para julgar os casos internamente, não tendo necessidade de serem levados ao TPI, enquanto os países africanos teriam mais necessidade de intervenção do TPI por não terem meios para julgar o caso de acordo com as normas internas (VARELLA, 2012b, p. 358). Esse argumento é usado para justificar o motivo do TPI atuar quase que somente em países africanos.

4.1. A legitimidade do Direito Internacional Penal

Outro fator relevante para o questionamento da legitimidade do TPI parte de uma indagação geral sobre a legitimidade do Direito Internacional Penal.

Assumir a existência de um Direito Internacional Penal pressupõe que haja um consenso da comunidade internacional sobre o que pode ser definido como crime e os modos de punição. Esse consenso, entretanto, como apontado por David Luban (2010, p. 578), não existe, uma vez que as noções de crime variam de acordo com o país e sua cultura, não havendo uma uniformização, mesmo entre os países desenvolvidos. O autor afirma que:

For that reason, establishing a pure international criminal law of universal application is a momentous and radical project, equivalent in its way to the early secularists' deflationary view of state authority as manifestation of human rather than divine will. We are not there yet. Not even the so-called 'likeminded' states that promote the ICL project are heretical enough to reject the religion of sovereignty. For states to call other states 'gods that failed' is a Damoclean sword, for they themselves are nothing more than gods that have not yet failed! (LUBAN, 2010, p. 578)

Luban, portanto, não acredita que a sociedade internacional esteja num nível em que exista uma uniformidade de conceitos sobre normas, e por esse motivo que passa-se a questionar sobre a legitimidade da proposta de um Direito Internacional Penal.

Em relação aos Tribunais Penais Internacionais, o autor reflete sobre os mecanismos que esses Tribunais criaram para que os países aceitassem sua jurisdição. Sobre o TPI, ele fez a seguinte análise:

The ICC operates on a theory of delegated jurisdiction— that is, states parties transfer to the ICC their own territorial and nationality jurisdiction over pure international crimes. But it is far from obvious that criminal jurisdiction is something a state can legitimately delegate to whomever it chooses. If it can delegate criminal jurisdiction to the ICC, then why not to the Kansas City dog-catcher, the World Chess Federation, or the Rolling Stones?² (LUBAN, 2010, p. 579)

Para provar seu ponto, o autor faz uma comparação extrema, dizendo que a jurisdição criminal seria algo que um país poderia delegar a qualquer pessoa,

¹ Por esse motivo, estabelecer um direito penal internacional puro de aplicação universal é um projeto momentâneo e radical, equivalente à sua maneira a visão dos primeiros secularistas sobre a autoridade como uma manifestação humana ao invés de uma vontade divina. Nós não estamos lá ainda. Nem sequer os tão chamados Estados com “mentes parecidas” que promovem o projeto do DPI são heréticos suficiente para rejeitar a religião da soberania. Para Estados chamarem outros Estados de “deuses que falharam” é uma espada Damocleana, pois eles mesmos não são nada mais que deuses que não falharam ainda. (tradução livre)

² O TPI atua na teoria de uma jurisdição delegada, isto é, os Estados-parte transferem suas próprias jurisdições nacionais e territoriais sobre os puros crimes internacionais. Mas está longe de óbvio que a jurisdição criminal é algo que um país pode legitimamente delegar a quem escolher. Se pode delegar a jurisdição criminal ao TPI, então por que não ao pegador de cães do Kansas, a Federação Mundial de Xadrez ou aos Rolling Stones? (tradução livre)

já que o TPI funciona com base no princípio de parte da vontade de um Estado delegar a jurisdição de um caso ao Tribunal. Contudo, existem situações em que um Estado não tem a opção de escolher se o TPI terá jurisdição sobre seu caso.

O argumento mais relevante trazido pelo autor, contudo, discute como os Tribunais Penais Internacionais seriam considerados legítimos. Ele acredita que não são os organismos e forças políticas criadoras dos Tribunais que garantem sua legitimidade, e sim o caráter da justiça dos procedimentos e das decisões, que concretizam a proteção aos direitos humanos (LUBAN, 2010, p. 579).

De fato, a importância e a legitimidade dos tribunais internacionais está ligada ao caráter de justiça trazido por suas decisões e à concretização da proteção aos direitos humanos. Os Tribunais Penais Internacionais não são apenas um instrumento penalista, voltado para fins de punição de indivíduos, são organismos criados com o intuito de promover a proteção dos direitos humanos.

4.2. A cooperação no Tribunal Penal Internacional e o impacto na sanção

O fato de o Tribunal atuar de forma complementar faz com que seja necessária uma cooperação entre os países-membros e as operações do Tribunal. A cooperação é um fator muito importante, mas problemático, porque ao mesmo tempo que pode garantir a resolução de um caso, sua ausência pode fazer com que o caso falhe (IGWE, 2008, p. 307).

No caso de algum Estado-parte não cooperar com as operações do Tribunal, a investigação como um todo pode ser prejudicada. A falta de cooperação pode impedir a obtenção de provas, de evidências, de relatos de testemunhas e de outras peças fundamentais para o procedimento, além de garantir a impunidade, caso um indivíduo não seja preso.

A violação do dever de cooperação, por mais que seja um ato extremamente danoso às atividades do Tribunal, não possui sanção prevista no Estatuto de Roma. Dessa forma, se um Estado-parte descumprir esse dever, nada acontecerá, condicionando o dever de cooperar apenas à vontade particular do Estado. Essa lacuna presente no Estatuto gera diversos problemas procedimentais e cria dúvidas acerca da eficácia do TPI.

A atuação do TPI também é baseada na cooperação do Estados-membros notadamente quanto ao cumprimento de suas decisões. Por essa razão, a efetividade do Tribunal depende, em sua maioria, da cooperação dos países que

ratificaram o Estatuto de Roma. O TPI sofre com a dificuldade de ser um Tribunal penal, uma vez que o direito penal é caracterizado por sua natureza coercitiva, e internacional, considerando que o direito internacional tem uma fragilidade coercitiva (CARDOSO, 2012, p. 71).

É imprescindível para o funcionamento do TPI que os Estados-membros utilizem sua força coercitiva dentro de seus territórios, de modo a colaborar com as investigações necessárias, efetuando os mandados de prisão expedidos pelo Tribunal e entregando seus nacionais ao órgão. Já foi mencionado anteriormente que o TPI não possui força policial própria, o que faz com que, sem essa cooperação, o TPI não consiga realizar investigações, efetivar mandados de prisão, interrogar testemunhas ou realizar outras diligências no processo. Dessa forma, Elio Cardoso (2012, p. 72) menciona que, se não houver cooperação, as decisões expedidas pelo Tribunal correm o risco de se tornarem inócuas, ou seja, ineficientes.

João Irineu de Resende Miranda (2010, p. 107), no mesmo sentido, afirma que a efetividade da atuação do TPI está condicionada à cooperação dos países-membros, uma vez que a cooperação é uma figura necessária para que o Tribunal possa executar seus procedimentos. Em suas palavras:

A cooperação dos Estados condiciona a efetividade do procedimento judicial do Tribunal Penal Internacional, sendo para ele uma necessidade. A obrigação de cooperar de um Estado perante o Tribunal concretiza a aspiração a uma justiça penal internacional e, dessa forma, deve ser conciliada com a realidade da sociedade internacional.

Ademais, de acordo com o autor, o dever de cooperar, previsto no artigo 86 do Estatuto de Roma, é uma norma pouco eficaz, por não possuir sanção imponha o cumprimento da obrigação (MIRANDA, 2010, p. 112), posição com a qual se concorda em parte.

Todavia, não é adequado afirmar que uma norma do Estatuto de Roma, como o dever de cooperação, é pouco eficaz apenas por não prever uma sanção, tendo em vista o conceito de *soft norm* apresentado neste artigo. Como analisado, o conceito de eficácia baseado somente na força coercitiva da norma, por meio de sanção, foi superado.

Os argumentos teóricos e as doutrinas apresentadas neste artigo abordam uma melhor justificativa para o fato do TPI ser pouco eficaz. Tendo como base o conceito de legislação simbólica, é possível enquadrar o TPI na categoria de Tribunal-álibi, analogamente ao conceito de legislação-álibi.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos argumentos expostos, verifica-se que a criação do Tribunal Penal Internacional foi importante para o Direito Internacional Penal, representando uma evolução histórica, desde as primeiras ideias de uma pretensão punitiva mundial, passando pelo marco histórico mais relevante, que foi o Tribunal de Nuremberg. Constata-se, portanto, que a sociedade internacional precisava de um Tribunal penal que fosse permanente, universal e imparcial, que pudesse solucionar os problemas dos tribunais penais de exceção, e o TPI atendeu a essa finalidade, representando um modelo de Corte ideal.

Observa-se, em arremate, que o TPI possui uma estrutura peculiar, que foi pensada em um formato que pudesse satisfazer toda a comunidade internacional, utilizando-se, principalmente, do princípio da complementaridade. Ao final da pesquisa, comprova-se que o princípio da complementaridade era necessário para que os países aceitassem a criação do TPI, uma vez que a imposição da jurisdição internacional foi algo amplamente questionado em relação aos tribunais *ad hoc*. Alerta-se, contudo, que a complementaridade, apesar de em teoria ser um modelo ideal, uma vez que não afeta a soberania dos países, na prática enfrenta dificuldades.

Ademais, constata-se que a eficácia para o Direito Internacional não pode ser analisada nos mesmos moldes de que se verifica a eficácia em normas internas, por meio do modelo kelseniano. O conceito de eficácia que se baseia na existência de sanção para caso de descumprimento de uma norma não se aplica para as leis internacionais. Entretanto, no caso do TPI, a norma que prevê o dever de cooperação, por não ter sanção, é descumprida por grande número de países, fato que compromete a atuação do Tribunal em suas perseguições criminais.

A partir daí, conclui-se que é necessário levar em consideração o modelo das *soft norms*, citado por Varella, em que se classificam a maioria das normas internacionais. Os conceitos criados por Luhmann e por Marcelo Neves acerca da eficácia são mais adequados para averiguar a eficácia no âmbito do Direito Internacional. Nesse sentido, verifica-se que o conceito de simbólico, apontado por Neves, é mais adequado para avaliar a eficácia relativa a normas internacionais, levando em consideração o funcionamento do TPI.

A cooperação foi a maneira encontrada de fazer com que um Tribunal com pretensão de atuar mundialmente pudesse funcionar, tendo em vista a ausência de uma força policial própria, e, por esse motivo, a cooperação é um

elemento fundamental para o funcionamento do TPI. Comprova-se, todavia, que por se apoiar quase completamente na cooperação entre os Estados-parte, o TPI fica incapacitado de agir quando os países decidem não cooperar. A ausência de sanção para o descumprimento do dever de cooperar faz com que o cumprimento da norma fique a critério somente da vontade dos países.

Não obstante, verifica-se um problema ao se analisar a legitimidade do TPI, relacionado com o fato do Tribunal focar sua atuação em países africanos. Reflete-se que o TPI tem a pretensão de afirmar valores europeus ocidentais, e esse seria o motivo da atuação focada nos países africanos.

Por fim, com base no modo de operação do TPI, enquadra-se a maneira como o Tribunal se apresenta no conceito de legislação simbólica, na categoria legislação-álibi. Dessa forma, analogamente, conclui-se que o TPI possui características de confirmação de valores sociais e imposição de valores dominantes (europeus e ocidentais) sobre um grupo subjugado (africano), podendo-se afirmar que o TPI é um Tribunal-álibi. O TPI é ineficaz, mas sua ineficácia não pode ser considerada nos moldes tradicionais positivistas, sendo ineficaz numa perspectiva simbólica.

116 | Por mais que seja simbólico, acredita-se que o TPI teve impactos positivos no cenário internacional. Como foi estudado, o efeito simbólico possui aspectos positivos e o principal em relação TPI é o fato de o Tribunal representar o fim da impunidade para graves crimes contra os direitos humanos. Apesar de não ser normativamente e juridicamente eficaz, existe um impacto no cenário político mundial, além de servir de amparo para a população. É necessário, na verdade, buscar implementar a eficácia normativa do tribunal, através de uma legitimação do próprio teor dos crimes praticados, num contexto de diálogo internacional, que não implique a imposição de um único padrão de direitos humanos para todo o planeta.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil**. 1. ed. Brasília: FUNAG, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HART, H. L. A. **O Conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 43, n. 1, p. 95-117, jan./jun. 2022

ICC. **Rome Statute of the International Criminal Court**. 1998. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>> Acesso em: 01 fev. 2016.

IGWE, Chikeziri Sam. ICC's Favourite Customer: Africa and International Criminal Law. **Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, v. 41, n. 2, p. 294-323, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUBAN, David. Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law. *In*: BESSON, Samantha; TASIOLAS, John (orgs.). **The philosophy of international law**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press. 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983

MIRANDA, João Irineu de Resende. O modelo da cooperação do Tribunal Penal Internacional. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, v. 7, n. 2, p. 103-135, jul/dez. 2010.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2000.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012a.

VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do Direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. 2012. 606 p. Tese (Livre-Docência em Direito Internacional) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012b.