

# ANALISE ACERCA DE TRIBUNAIS JURISDICIONAIS A PARTIR DA TEORIA DO TRILEMA JUDICIAL: Um estudo de caso do Tribunal Penal Internacional e do Supremo Tribunal Federal brasileiro

*ANALYSIS ABOUT JURISDICTIONAL COURTS FROM THE THEORY OF THE  
JUDICIAL TRILEMMA:*

*A case study of the International Criminal Court and the Brazilian Federal  
Supreme Court*

Mariana Romling Rotheia Andrade<sup>1</sup>

## RESUMO

Este ensaio pretende analisar, a partir da aplicação da teoria do trilema judicial dos professores Jeffrey L. Dunoff e Mark A. Pollack, o funcionamento do Tribunal Penal Internacional (TPI) e do Supremo Tribunal Federal (STF). Essa teoria foi desenvolvida a priori para entender o funcionamento das cortes internacionais, mas que se estendeu para o estudo das cortes supremas nacionais, como a Suprema Corte dos Estados Unidos que os autores analisam. Com o propósito de estender o emprego dessa teoria nos estudos de direito internacional e constitucional, o presente ensaio propõe analisar o TPI e a suprema corte brasileira. Para isto, antes é apresentada a teoria do trilema judicial, além das suas bases metodológicas e teóricas, para depois tratar dos dois casos que este ensaio pretende analisar. Como objetivo secundário, o presente ensaio busca difundir a teoria do trilema judicial para o público de outras áreas das ciências humanas e sociais aplicadas, não se restringindo aos estudiosos de cortes internacionais e do direito internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Trilema judicial. Cortes internacionais. Direito internacional. Direito constitucional.

## ABSTRACT

This essay intends to analyze, from the application of the theory of the judicial trilemma of professors Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack, the functioning of the International Criminal Court (ICC) and the Federal Supreme Court of Brazil. This theory was developed a priori to understand the functioning of international courts, however it was extended to the study of national supreme courts, such as the Supreme Court of the United States that the authors analyze. With the purpose of extending the use of this theory in studies of international and constitutional law, the article proposes to analyze the ICC and the Brazilian supreme court. For this, the theory of the judicial trilemma is first presented, in addition to its methodological and theoretical

<sup>1</sup>Graduanda em Direito pela Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne, começou o curso de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: marirotheia@gmail.com

bases, and then it deals with the two cases that this essay intends to analyze. As a secondary objective, this essay seeks to disseminate the theory of the judicial trilemma to the public in other areas of human and social sciences, not being restricted to specialists of international courts and international law.

**KEYWORDS:** Judicial trilemma. International courts. International law. Constitutional law.

## INTRODUÇÃO

Os professores de Direito Jeffrey L. Dunoff e Mark A. Pollack desenvolveram uma teoria acerca do funcionamento das Cortes Internacionais em que três valores fundamentais - independência judicial, *accountability* judicial e transparência judicial - são inter-relacionados em um triângulo que suporta no máximo a existência de dois desses valores de forma expressiva em uma determinada corte. Para compreender como esses valores interagem na relação dos Estados e dos juízes desses tribunais, é preciso entender as teorias e escolhas metodológicas utilizadas pelos autores.

Na introdução do trabalho, eles afirmam que a análise é fundamentada em duas teorias diferentes, o “design racional” das instituições internacionais, utilizado principalmente nos estudos de Relações Internacionais e a “política judicial” das cortes. Eles descrevem que o design racional é utilizado na análise de características da configuração dos tratados, dos estatutos das cortes, além das escolhas dos Estados ao “criar” uma corte internacional. Essa teoria abarca visões racionalistas e institucionalistas acerca de como as instituições internacionais são um incentivo para a cooperação dos Estados em um sistema relativamente anárquico. Como Keohane (2005, p.84, tradução livre) afirma no livro *After Hegemony*, se os Estados “monitoram o comportamento uns dos outros e um número suficiente deles está disposto a cooperar com a condição de que outros também cooperem, eles podem até criar e manter princípios, normas, regras e procedimentos - instituições chamadas [...] de regimes.”

Essas visões partem do pressuposto que os Estados são racionais e agem de forma a maximizar seus próprios interesses. Assim, as instituições, por meio da sua atuação, fazem da cooperação a melhor opção para os Estados. Isso acontece pois elas propiciam uma série de vantagens, *e.g.*, como a redução de incertezas que revestem a atuação dos Estados no ambiente anárquico; as normas e regras das instituições regulam as relações entre os atores de forma que garantem um grau de previsibilidade das ações dos Estados; além de ser uma forma de coordenação para adequação comportamental dos agentes às ações uns dos outros, dentre outros fatores (KEOHANE, 1989).

Partindo para uma leitura do design racional sobre os estudos normativos acerca das cortes internacionais, os primeiros estudos analisaram, principalmente, características das cláusulas dos tratados e de estatutos, principalmente se há ou não a existência de resolução de controvérsias, o que

foi mensurado que a presença dessas cláusulas são observadas de forma diversificada dependendo da área temática de um tratado. Essa análise, partindo do design racional, analisa componentes individuais de uma corte ou tratado, e são geralmente separados de outros aspectos. A novidade que os autores do Trilema pretendem é se valerem dessa metodologia para explicar padrões gerais da configuração dos tribunais. Pois, como esses mecanismos são inter-relacionados, eles interagem-se na análise de uma corte de forma que não é possível encontrar explicações nas ações dos Estados e juízes sem estudá-los em conjunto.

Por fim, para completar a análise, não se pode considerar só a investigação dos Estados como entes racionais, mas também a interação deles com os juízes (que também são racionais e pretendem maximizar utilidade) e como as medidas tomadas por um influenciam a resposta e adaptação do outro no contexto jurisdicional. Assim, os autores utilizam em complementaridade ao design racional, a literatura sobre política judicial, definida por eles como teoria que “teoriza e estuda empiricamente as relações de juízes com seus ambientes e interlocutores políticos” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p.33).

Acerca dos métodos e fontes empíricas utilizadas, igualmente importantes como a metodologia descrita acima, os autores dividem em fontes jurídicas primárias, como os tratados, estatutos das cortes e decisões dos juízes dissidentes; e fontes jurídicas secundárias como biografias, memórias judiciais, literatura sobre cortes internacionais, estudos comparativos e política judicial; escrito de ex juízes, pronunciamentos fora das instâncias jurídicas e entrevista com juízes (alguns não quiseram expor sua identidade). Sobre o objeto de análise, os autores descrevem de forma breve a tendência do Trilema em diversas cortes e tribunais internacionais, porém eles realizam uma análise mais detalhada acerca de quatro instâncias jurídicas internacionais, no caso o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a Corte Internacional de Justiça (CIJ) da ONU. Além disso, eles analisam uma instância de poder internacional um pouco mais complexa e requer mais atenção aos elementos do trilema, o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio.

## 2 ELEMENTOS DO TRILEMA JUDICIAL

A partir dessa breve introdução acerca das teorias, métodos e cortes analisadas pelos autores, é preciso entender os elementos do Trilema Judicial e como eles se relacionam nas cortes. O primeiro deles é a independência judicial. Esse elemento é elementar nos sistemas judiciais que fazem uma

separação entre poderes. Isso acontece pois o ideal de justiça pressupõe um agente do judiciário livre de opiniões ideológicas voltadas a um lado das partes que está sendo julgada, para isso, ele precisa ser dotado de independência judicial. Trazendo esse aspecto para as cortes internacionais, é possível afirmar que os Estados, ao criarem uma corte, pretendem que os juízes sejam independentes a fim de coordenarem uma solução imparcial. Voltando à análise institucionalista, esse elemento é essencial pois se os Estados chegarem a conclusão de que um tribunal toma decisões voltadas a um lado ideológico ou político, a credibilidade dos compromissos que os Estados assumiram uns com os outros ao aceitar a jurisdição de uma corte se desfaz, ocasionando uma possível perda no incentivo à cooperação interestatal.

A independência judicial é manifestada em diversos mecanismos que os Estados podem definir aos juízes nas regras de uma corte, como, por exemplo, a proteção de imunidade em processos legais enquanto estão no cargo; a imunidade após o cargo no que diz respeito aos atos praticados por ele, escritos e falas durante o mandato; o afastamento ou remoção da função apenas em casos específicos e raramente acionados, e regras que determinam a proibição do juiz de exercer atividade incompatível com as exigências de independência, como políticas e ideológicas. Esses elementos são encontrados, em geral, em todos os tribunais e cortes que possuem uma maximização alta da independência judicial no Trilema. Todavia, como os elementos do Trilema se relacionam, é possível diminuir a independência judicial (ou pelo menos colocá-la potencialmente em risco) a partir de mecanismos dos outros dois elementos, a *accountability* e a transparência judicial.

O segundo elemento do Trilema, a *accountability* judicial, são os controles estruturais que geralmente os Estados exercem sobre os juízes. Essa palavra em língua inglesa os tradutores escolheram preservar sua definição em vez de enquadrá-la em só um dos vários significados que ela pode significar (controle, fiscalização, responsabilização). Além disso, ela pode ocorrer em diversos âmbitos de um tribunal - *accountability* financeira; *accountability* processual - mas a *accountability* judicial diz respeito ao comportamento individual de um juiz perante a corte. Na medida em que os Estados criam as cortes internacionais, é previsível que eles desejam possuir uma *accountability* relativamente alta em relação aos juízes das cortes. O nível de *accountability* dos juízes perante os Estados-parte de um tribunal pode ser manifestado de diversas formas, como, por exemplo, o tempo dos mandados judiciais e se há a possibilidade de serem renovados ou não, e as formas de votação para eleição da composição do tribunal. Os autores investigam se a possibilidade dos juízes serem eleitos para um novo mandato ou não define a *accountability* judicial de uma determinada corte.

Com a análise das cortes trabalhadas no estudo, além de entrevistas com juízes e a literatura política judicial, tanto os autores como muitos juízes e Estados das mais diversas cortes perceberam o papel dos mandatos renováveis no potencial comportamento dos juízes. Na medida em que após serem eleitos, eles só podem ser afastados do cargo por motivos bem restritos e raramente aplicados, a *accountability* judicial dos Estados se faz por meio da possibilidade de serem escolhidos novamente para o cargo pelo Estado que o indicou anteriormente. Supondo que os juízes, por diversas questões, desejam permanecer no cargo, a possibilidade ou não de reeleição tem o potencial de influenciar as decisões dos juízes, de modo que eles procurariam agradar aos interesses do Estado que pode reelegê-lo. Evidentemente, essa ação diminuiria a independência dos juízes, que não estariam mais agindo de forma imparcial, mas sim influenciados para emitir votos e decisões que estão de acordo aos interesses dos Estados.

Dessa forma, as cortes internacionais que escolhem maximizar a independência judicial e a transparência judicial precisam abdicar da alta *accountability* judicial (isso não quer dizer que os juízes não são *accountables* pelos Estados de outras formas, mas sim que o ponto principal analisado pelos autores como forma de *accountability* judicial é baixa, *i.e.*, a existência de mandatos renováveis e o tempo de duração do mandato). Nas cortes em que há baixa *accountability* judicial, normalmente elas apresentam ou mandatos vitalícios, como em diversos tribunais constitucionais, ou esses mandatos não podem ser renováveis, como o exemplo analisado pelos autores: a Corte Europeia de Direitos Humanos. Já em relação ao tempo, uma corte com baixa *accountability* judicial geralmente combina um tempo relativamente grande no mandato do juiz, aliado com a não possibilidade de reeleição (exemplo: 9 anos de mandato na CEDH).

Por fim, o terceiro elemento é a transparência judicial. O conceito “transparência” apresenta muitos significados no meio jurídico internacional, como por exemplo se julgamentos são acessíveis ao público, os meios utilizados para divulgar a sentença de um tribunal, dentre outros. Todavia, os autores quiseram ressaltar com transparência judicial a capacidade ou não de identificar a posição ou o voto de um juiz em particular em uma sentença da corte, além da possibilidade ou não dos juízes emitirem dissidências e opiniões separadas do entendimento majoritário da corte perante um determinado julgamento. Esse aspecto também pode ser chamado de identificabilidade judicial. Dentre os tribunais analisados pelos autores no estudo, a Corte Internacional de Justiça se destaca com uma alta transparência judicial, na medida que as sentenças indicam explicitamente o número e o nome dos juízes que votaram de determinada forma em cada dispositivo operacional do julgamento.

Ademais, é muito comum nas sentenças da CIJ a existência de opiniões separadas acompanhando a sentença final.

As regras de transparência são geralmente definidas no estatuto ou regulamento de uma corte, em que afirmam ser possível a existência de dissidências e opiniões separadas, e se os votos de cada juiz serão mostrados na sentença final. Um caso particular que os autores bem analisaram é o do Tribunal de Justiça da União Europeia. Nesta corte, caracterizada por uma alta *accountability* judicial, a independência judicial é garantida na medida que os juízes perceberam que se emitirem opiniões separadas, os Estados perceberão quem é esse juiz e ele poderia não ser reeleito se o seu voto desagradar tal Estado. Assim, todos os julgamentos da corte são proferidos em nome do Tribunal e nunca há manifestação de dissidência, algo que o estatuto desta corte é omissivo em relação a esse tema. Dessa forma, os juízes percebendo que poderiam perder a sua independência judicial ao emitir sentenças com os nomes individuais dos juízes ou emitir opiniões separadas, eles resolveram abdicar da transparência para preservar a independência.

Assim, é possível afirmar que a *accountability* judicial aliada a alta transparência judicial leva a uma menor independência dos juízes, na medida que os Estados utilizam-se da divulgação dos votos de cada juiz e de opiniões separadas que eles emitem de forma a garantir se os juízes estão votando de forma favorável aos interesses do Estado que o elegeu. Logo, se elas não estão de acordo com esses interesses, a perspectiva de reeleição é ameaçada, sendo um potencial incentivo aos juízes votarem de acordo com os interesses dos Estados que podem renomeá-los. É por isso que se o mandato desses juízes for vitalício ou não renovável (=baixa *accountability* judicial), uma transparência alta não impedirá o elemento da independência judicial desses juízes.

O argumento principal dos autores em relação a esses três elementos do trilema judicial é que os juízes e Estados enfrentam o tempo todo *tradeoffs*, a fim de analisarem quais elementos tal tribunal deve priorizar, de forma que fica provado que não é possível maximizar os três elementos ao mesmo tempo, no máximo dois. Assim, um dos elementos terá que ser sacrificado em prol dos outros dois. Os autores trazem um exemplo de tribunal como cada tipo: *accountability* judicial + independência judicial, sacrificando a transparência: TJUE; *accountability* judicial + transparência judicial, sacrificando a independência: CIJ e independência judicial + transparência judicial, sacrificando a *accountability*: CEDH.

De forma breve, o caso do Órgão de Apelação da OMC a princípio pode ser enquadrado no primeiro caso citado, o mesmo do TJEU, porém, esse órgão apresenta características um pouco mais específicas na hora de analisar. Na interpretação dos autores, a transparência desse órgão não é

exatamente baixa, na medida em que a própria estrutura dele apresenta entraves à transparência judicial. O órgão é formado por sete membros, com três do total sendo selecionados aleatoriamente para compor o júri de um caso em específico; a nomeação dos integrantes do órgão é realizado pelo consenso dos Estados Partes (acarretando uma das maiores *accountabilities* judiciais já vista); o salário não é fixo e sim depende de um acordo contratual que calcula as despesas para a atuação em cada caso; o tempo de atuação no cargo é menor (4 anos), há a autorização de emissão de opiniões separadas, possibilidade de renomeação, dentre outros aspectos.

Para os autores, a transparência pode ser maior do que se imagina pois em um tribunal pequeno e com a possibilidade de opiniões separadas (mesmo que poucas vezes utilizadas), os Estados podem identificar a posição de um juiz sobre uma questão específica. Além disso, como o órgão prioriza decisões baseadas no consenso dos integrantes, um Estado pode identificar que um juiz consentiu em um assunto que era desfavorável ao Estado que nomeou determinado juiz. Os autores mostram vários exemplos com integrantes estadunidenses que não tiveram sua renomeação consentida pelos Estados Unidos (todos os Estados-parte da OMC devem consentir acerca de todas as nomeações) pois o juiz em questão consentiu em um assunto que avaliava uma controversa comercial contra os EUA. O caso descrito no começo do livro acerca do juiz Seung Wha Chang e depois revisitado na análise do Órgão de apelação da OMC ilustra bem como a altíssima *accountability* judicial desse órgão pode ameaçar a independência dos juízes e travar (na medida que é preciso consenso nas nomeações) as atividades de um órgão essencial para as controvérsias comerciais.

Os autores afirmam na conclusão do Trilema que “embora nosso objetivo principal neste artigo seja enriquecer nossa compreensão das cortes internacionais, um objetivo secundário importante é contribuir para uma reorientação da pesquisa nessa área” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p.134). Dessa forma, qualquer estudante, pesquisador ou aplicador do Direito pode valer-se dos métodos expostos que formularam a teoria do trilema judicial e utilizá-los para compreender cortes internacionais, nacionais ou até tribunais arbitrais de resolução de controvérsias. Assim, a partir dessa teoria, é possível identificar qual modelo de trilema esses diversos órgãos podem ser enquadrados, de forma a compreender os diversos *tradeoffs* que os juízes, os Estados e outras pessoas envolvidas no funcionamento desses tribunais enfrentam; tanto de modo a identificar tendências seguidas por tal corte, quando para contribuir com uma reflexão crítica a fim de determinar quais escolhas específicas do design da cortes são mais adequados, de acordo com uma visão interdisciplinar que avalie também os aspectos sócio-políticos e econômicos de um determinado tribunal.

Dessa maneira, é possível analisar outros tribunais que, ou não foram mencionados no artigo do Trilema, ou foram apenas citados sem uma análise mais detalhada como das outras cortes já referidas neste artigo. O primeiro a ser analisado é o Tribunal Penal Internacional (TPI), principalmente o Estatuto de Roma e os documentos disponibilizados no site oficial do tribunal, que são notáveis trazer para este artigo.

### 3 O CASO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A independência judicial é expressa em diversos artigos do Estatuto, de forma que foi dos interesses dos Estados que criaram esse tribunal a valorização da imparcialidade dos juízes. O TPI é o primeiro tribunal penal internacional permanente, criado para julgar os crimes considerados mais graves para a comunidade internacional: crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. A pena do julgado pode chegar à prisão perpétua, se comprovado o alto grau de ilicitude do fato, como expressado no Art.77, b. Dessa forma, por se tratar de um tribunal que julga crimes penais graves, pode-se imaginar ser um dos motivos pelo qual a independência judicial é tão valorizada.

O Art. 40 trata especificamente sobre a independência dos juízes, afirmando que “os juízes serão independentes no desempenho das suas funções e [...] não desenvolverão qualquer atividade que possa ser incompatível com o exercício das suas funções judiciais ou prejudicar a confiança na sua independência”. O Estatuto também proíbe os juízes de realizar outra ocupação profissional enquanto durar o mandato no tribunal. Além disso, de forma a impedir a atuação de um juiz em virtude de suas atitudes ou falas durante o mandato, eles gozam de privilégios e imunidades, prescritas no Art. 48. Essas imunidades são as mesmas reconhecidas aos chefes das missões diplomáticas e além dos juízes, o procurador e os procuradores-adjuntos também gozam desses privilégios. Aliás, o procurador é uma figura essencial em um tribunal penal, sendo responsável por abrir os inquéritos e apresentá-lo ao juízo de instrução. Ele pode receber informações que retratam a ocorrência do(s) crime(s) por diversas instâncias, como Estados, OIs, ONGs ou outras fontes que considere apropriadas.

Os autores do trilema reconhecem que a *accountability* judicial pode ser manifestada de muitas formas, tanto por procedimentos *ex ante*, quanto *ex post* dos Estados, como “apresentar reversas à jurisdição de um tribunal e promulgar regras para regulamentar o acesso e o procedimento a ele, renegociar regras materiais, criar ajustes ao regulamento da corte, cortar orçamentos”

(DUNOFF; POLLACK, 2021, p.133), dentre outros. Para os fins do que eles propuseram, resolveram priorizar procedimentos como a estrutura dos mandados judiciais e se há possibilidade de reeleição. Na breve análise do TPI, também é utilizado esse procedimento para a identificação da *accountability* judicial neste tribunal.

Os dezoito juízes eleitos possuem um mandato de 9 anos no Tribunal Penal Internacional, sem possibilidade de reeleição. Como já mostrado pelos autores na análise da CEDI, a escolha de inviabilizar novos mandatos aos juízes funciona muito bem como forma de preservar a independência judicial deles. Na medida que eles não podem ser renomeados pelos Estados que os elegeram, eles não possuem o potencial incentivo a tomar decisões de forma a agradar determinado Estado receando não serem escolhidos para um novo mandato. Ademais, a eleição é realizada em uma sessão da Assembléia dos Estados Partes, por meio de voto secreto em urna. Os dezoito juízes eleitos devem obter uma maioria de dois terços dos votos dos Estados Partes.

O valor dado à independência do juiz neste tribunal é tão grande que, no Art. 41, é descrito que o juiz presidente (que é eleito pela maioria absoluta dos juizes) poderá, a pedido de outro, declarar que um determinado juiz será impedido de julgar um caso em que foi posta em dúvida sua imparcialidade. Como por exemplo se este juiz já participou de um procedimento criminal em nível nacional que envolve a pessoa que está sendo investigada pelo TPI.

Como este tribunal coloca no procurador um papel essencial junto com o dos juízes, é interessante extrapolar a *accountability* judicial que normalmente envolve a relação dos Estados Partes com os juízes e entender como é o processo de nomeação do procurador e os procuradores-adjuntos. Em conformidade à tendência de maximização da independência judicial neste tribunal, o design para a escolha deles não se diferencia muito dos juízes. Eles também possuem um mandato de 9 anos, não podendo ser reeleitos e a nomeação acontece também por meio da Assembléia dos Estados Partes, em voto secreto, todavia, por maioria absoluta. A diferença principal é que os candidatos para os cargos de procuradores-adjuntos serão eleitos a partir de uma lista de candidatos que o procurador deve apresentar aos Estados Parte, para assim realizar a votação pelos mesmos critérios que a eleição do procurador. Esses procedimentos são descritos no Art. 42 do Estatuto do tribunal. Dessa forma, a partir do design de eleição dos juízes e dos procuradores, é possível afirmar que a *accountability* judicial focada nos mecanismos de nomeação é baixa, de forma que não é suficiente para causar um potencial incentivo à independência dos juízes e outros agentes como os procuradores.

Por fim, deve-se analisar a transparência judicial do tribunal. O Art. 74 descreve que é incentivado que os juízes decidam uma sentença por unanimidade mas que, não sendo possível, será

tomada pela maioria. Em consoância a isso, o Estatuto permite a expressão de opiniões separadas ou dissidente sobre um determinado caso, como prescrito no Art. 83, inciso 4. Como forma de compreender melhor como se dá a sentença proferida e os diversos processos que o inquerito passa até a sentença final, é preciso procurar no site oficial do tribunal esses documentos, que ficam disponíveis para consulta (o que já demonstra uma forma de transparência).

Um exemplo é o caso do ex-vice-chefe do Estado Maior das Forças Patrióticas para a Libertação do Congo (FPLC), Bosco Ntaganda, que foi condenado em primeira instância em 2019 a 30 anos de prisão por crimes de guerra e contra a humanidade. Na sentença, composta de 625 páginas a versão em francês, é assinada por três juízes: o presidente Robert Fremr, a juíza Kuniko Ozaki e o juiz Chang-ho Chung. A sentença é dividida em várias partes e relata todo o processo desde a abertura do inquerito até a condenação. É tratada questões relativas às provas como relatos de testemunhas, diversos tipos de provas materiais; depois as constatações dos crimes apresentando um extenso contexto das ações do acusado no país; posteriormente as conclusões em direito, que descreve os crimes e os mecanismos jurídicos correspondente. Por fim, na conclusão os juízes declaram a tipificação de cada crime cometido de acordo com a prescrição do Estatuto de Roma e o declara culpado. No final, os juízes, por unanimidade, o declaram culpado e na última página há a assinatura dos juízes envolvidos no caso (HAYE. COUR PÉNALE INTERNATIONALE, 2019).

O julgamento de Ntaganda, embora um dos mais emblemáticos e com penas severas proferidos pela corte, não apresenta um modelo para exemplificar como são proferidas as opiniões dissidentes dos juízes, considerada um dos maiores mecanismos de transparência judicial. Dessa forma, o caso do Thomas Lubanga, chefe da FPLC, ilustra bem a presença de uma opinião separada. Na parte final da sentença, os juízes declaram que: “*Pour les raisons exposées plus haut, la Majorité des juges de la Chambre prononce une peine unique d’une durée totale de 14 ans d’emprisonnement<sup>2</sup>*” (HAYE. COUR PÉNALE INTERNATIONALE, 2012, p. 44). Quando é anunciado que a maioria dos juízes decidiu por tal pena, é porque não foi unânime, e geralmente, o juiz que diverge explicará abaixo o porquê de sua dissidência. Neste caso a juíza Odio Benito escreve em treze páginas os motivos pelos quais decidiu expressar uma opinião isolada do restante dos juízes. Na opinião, que não será explicada em detalhes, a juíza concorda com a maioria em relação a não considerar circunstâncias agravantes para o condenado e que sua cooperação com o tribunal deve ser levado em consideração como circunstância atenuante. Todavia, ela ressalta a discordância em

<sup>2</sup> Tradução livre “Pelas razões acima expostas, a maioria dos juízes da Câmara pronuncia uma única sentença de duração total de 14 anos de prisão.”

relação às regras de procedimento de prova que o tribunal optou por não levar em conta os danos causados às vítimas e aos membros de suas famílias, em particular como resultado do severo castigo e da violência abuso sexual sofrido pelas vítimas desses crimes. Afirma que o tribunal recebeu provas suficientes dos relatos dessas vítimas e que deveriam aplicá-las na fixação de pena.

Não cabe a essa resenha crítica expor toda a argumentação da juíza, o ponto é provar como a transparência judicial é um elemento também muito valorizado nesse tribunal. Dessa forma, seguindo a lógica do trilema que os três elementos não podem ser maximizados ao mesmo tempo, é possível concluir que o modelo de trilema do TPI caracteriza-se pela independência judicial aliada à transparência judicial, tendo que sacrificar a *accountability* judicial. Isso não significa, como já pontuado, que não há *accountability* dos Estados Partes perante os juízes e procuradores desse tribunal. A *accountability* é manifestada em diversos aspectos, ela só não foi maximizada em sua categoria mais estrita que diz respeito aos mandatos judiciais e a não possibilidade de reeleição.

Indo além dos tribunais internacionais, os autores do Trilema afirmam no final do estudo que a análise do Trilema pode ser aplicada a cortes nacionais e a órgãos arbitrais. Eles citam o caso da Suprema Corte dos EUA, como um exemplo de corte que pode ser analisada à luz do Trilema. Visto isso, será analisado o órgão máximo judicial do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, de forma a tentar compreender como o Trilema pode ser identificado na corte constitucional brasileira.

#### **4 O CASO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A origem do STF, no começo da Primeira República (1889 a 1930), foi influenciada pela estrutura da Suprema Corte dos EUA, apresentando permanências e rupturas com o modelo estadunidense (VIEIRA, 2006). Como na Corte dos EUA, os ministros do STF possuem um mandato vitalício, como prevê o Art. 2 da lei complementar nº 35 de 1979: “O Supremo Tribunal Federal [...] compõem-se de onze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.” Os mandatos vitalícios, assim como a não possibilidade de reeleição no caso de mandatos limitados, é uma das principais características da independência judicial dos juízes em relação ao representante do Estado que o nomeou (neste caso, o presidente da República). Em exceção aos ministros que morreram enquanto estavam no cargo e aos que decidiram sair por vontade própria, a grande maioria deixa a função quando são obrigados a se aposentar, como prescreve o Art. 100 da Constituição Federativa do Brasil de 1988: “[...] os Ministros do Supremo

Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade”.

Ainda de acordo com a Carta Magna (Art. 52), é descrito a possibilidade do Senado Federal de processar e julgar ministros do STF, mesmo sem detalhar as razões que um ministro pode ser processado. A Lei 1.079/1950 trata dos crimes de responsabilidade e em seu artigo 39 prescreve cinco tipos de ações que são considerados crimes de responsabilidade dos ministros do STF. Dentre elas estão a alteração da decisão ou voto já proferido em sessão (salvo em caso de recurso); pronunciar julgamento quando seja suspeito na causa; exercer atividade político-partidária (em conformidade com a proteção à independência judicial); ser negligente no cumprimento dos deveres do cargo e proceder de modo contrário em relação a honra, dignidade e decôro das funções. Todavia, nenhum ministro sofreu processo de *impeachment* pelo Senado Federal até hoje. Logo, esse poder concedido ao Senado que poderia ser considerado uma forma de *accountability* judicial nunca foi instaurado. Dessa forma, é complicado afirmar que esse aspecto torne a *accountability* judicial do STF alta.

A escolha do Presidente da República ao nomear um ministro para o STF é uma escolha política, como bem afirma o ministro Luiz Fux sobre a nomeação para ministro: “não existe, não há possibilidade nenhuma, zero, de se chegar a um cargo desse sem apoio político” (FERNANDES, 2016). Todavia, uma vez nomeado, nem o presidente que o indicou, nem qualquer outro agente público possui uma alta *accountability* judicial em relação ao ministro para fazê-lo proferir votos que estejam de acordo com os interesses de tal agente público.

Em relação à transparência judicial, o STF é uma corte com ampla transparência em suas sentenças, pelo fato dos acordãos e relatórios conterem o voto e o nome de cada juiz, assim como todo o discurso proferido no voto. Em seus votos, os juízes podem emitir votos dissidentes dos demais, o que normalmente é feito. Ademais, a partir da Lei 10.461/2002 o canal da TV Justiça, reservado ao STF, é acrescentado ao serviço de TV a Cabo do Brasil. Apesar da possibilidade de encontrar todas as decisões das turmas do STF em sentenças facilmente disponibilizadas nos sites oficiais do poder judiciário, esse canal televisivo é muito importante para a ampliação e alcance do debate dentro do plenário do STF, de forma que qualquer um pode acompanhar ao vivo a maioria das sessões do STF.

Além dos dois aspectos citados que evidenciam uma enorme transparência judicial na corte suprema do país, o Art. 100 do Regimento Interno do STF prevê que “constarão no Diário da Justiça a ementa e conclusões de todos os acórdãos; e, dentre eles, a Comissão de Jurisprudência selecionará os que devam publicar-se em seu inteiro teor na Revista Trimestral de Jurisprudência.” Assim, o

Diário da Justiça e a Revista Trimestal de Jurisprudência são colocadas como mais um mecanismo de transparência judicial da corte.

Dessa forma, pode-se depreender que o Supremo Tribunal Federal do Brasil é uma corte constitucional que apresenta o modelo do Trilema que maximiza a independência judicial e a transparência judicial, de forma que sacrifica a *accountability* judicial. Apesar do Tribunal Penal Internacional ser classificado no mesmo modelo de Trilema, a estrutura que permite caracterizar essas duas cortes nesse modelo diverge muito. Pois, além da clara diferença de alcance (um nacional, outro internacional), que poderia explicar a diferença em algumas regras (e.g. mandato vitalício na corte nacional e não reeleição na corte internacional, em suma, duas formas de mandato que garantem a independência judicial), é também preciso sempre analisar a lógica do trilema “como uma questão pragmática, as características socio-políticas distintas de determinadas cortes [...] e os regimes jurídicos” que elas se enquadram (DUNOFF; POLLACK, 2021, p.128).

## CONCLUSÃO

Por fim, como descrito nos primeiros tópicos deste ensaio a respeito do Trilema judicial e as suas bases teóricas e metodológicas, os três elementos para a análise, independência judicial, a *accountability* judicial e a transparência judicial, são necessários para poder realizar um estudo a partir da teoria do Trilema judicial. Quando estes três elementos podem ser observados numa corte, independente se ele é valorizado ou sacrificado no funcionamento deste órgão judicial, quer dizer que a análise por meio dessa teoria pode ser feita, num âmbito internacional ou doméstico. No âmbito doméstico ela tende a funcionar com mais facilidade para cortes supremas ou últimas instâncias jurisdicionais de um país. No âmbito internacional, ela mostra-se válida para qualquer corte internacional.

Sobre a escolha feita pelas cortes ou pelos Estados no contexto da criação de um estatuto para as cortes acerca de quais desses três elementos privilegiar em detrimento de outros, a autora deste ensaio compartilha da mesma opinião que os autores do Trilema quando afirmam que, em geral, tendem a preferir a maximização da independência judicial e da transparência judicial, até porque a *accountability* judicial pode ser manifestada de diversas outras formas. Todavia, uma análise minuciosa da lógica do trilema em uma determinada corte é necessária a priori, juntamente com aspectos pragmáticos a fim de determinar qual é o melhor design para as cortes é mais adequado e politicamente viável.

A lógica do Trilema proposta pelos autores é um rico material a ser aplicado em diversos estudos de Direito, Relações Internacionais, Ciência Política, Gestão Pública e outras áreas das ciências sociais aplicadas. Além disso, é uma teoria que pode ser usada para a difusão do estudo das cortes e tribunais internacionais, uma área ainda pouco explorada nos estudos de graduação no Brasil.

## REFERÊNCIAS

DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark. A. **O trilema judicial**. Tradução Lucas Carlos Lima; Lucas Mendes Felipe. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

FERNANDES, Maria Cristina. A ascensão ao Supremo Tribunal Federal, segundo Fux e Barroso. **Valor econômico**, v. 17, n. 4074, 22/08/2016. Política, p. A6

KEOHANE, Robert. **International Institutions and state power**. Boulder: Westview Press, 1989.

KEOHANE, Robert. After hegemony. **Cooperation and discord in the world political economy**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

VIEIRA, José Ribas. O STF e a Corte Suprema dos Estados Unidos da América - Autonomia e impasses. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006.

### Normas e Documentos:

BRASIL. Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, 2002. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno (atualizado até a emenda regimental nº512016). Brasília, 2016. Disponível em:

<https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/REGIMENTO%20STF.pdf>

BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Rio de Janeiro. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm)

BRASIL. Lei nº 10.461, de 17 de maio de 2002. Acrescenta alínea ao inciso I do art. 23 da Lei no 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110461.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110461.htm)

### Decisões Internacionais:

Cour Pénale Internationale (Situation en République Démocratique du Congo - Affaire. Le procureur c. Bosco Ntaganda), 2019. N° : ICC-01/04-02/06

Cour Pénale Internationale (Situation en République Démocratique du Congo - Affaire. Le procureur c. Thomas Lubanga Dyilo), 2012. : ICC-01/04-01/06