



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

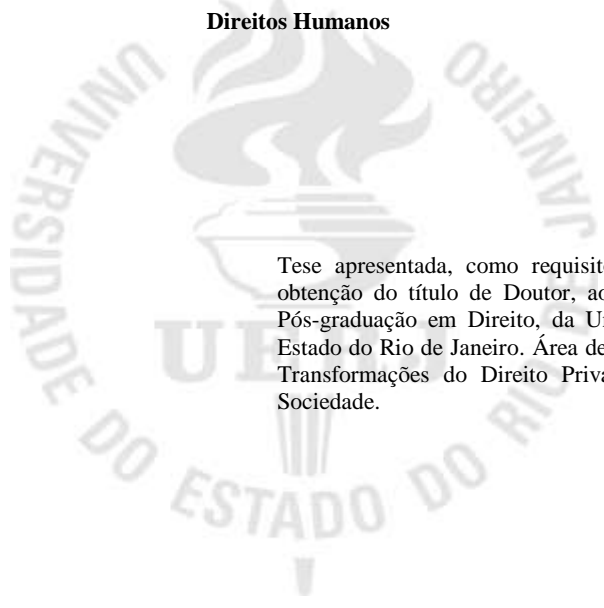
A tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro e os problemas decorrentes da intersecção entre Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos

Rio de Janeiro

2016

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

A tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro e os problemas decorrentes da intersecção entre Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientadora: Prof.^a Dra. Patrícia Mothé Glioche Béze

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

O48 Oliveira, Marcus Vinícius Xavier de.

A tipificação do crime forçado de pessoas no direito brasileiro e os problemas decorrentes da intersecção entre direito penal e direito internacional dos direitos humanos / Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. - 2016.

323 f.

Orientador: Prof. Dr. Patrícia Mothé Glioche Béze.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Direito penal internacional - Teses. 2.Direitos humanos.- Teses. 3.Crime – Teses. I.Béze, Patrícia Mothé Glioche.. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.4

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

A tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro e os problemas decorrentes da intersecção entre Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em 29 de julho de 2016.

Banca Examinadora:

Prof.ª Dra. Patrícia Mothé Glioche Bezè (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Jorge Luiz Fortes Pinheiro da Câmara

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Rodrigo de Souza Costa

Faculdade de Direito - UERJ

Prof.ª Dra. Carolina Campos Melo

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Prof. Dr. David Alves Moreira

Universidade Federal de Rondônia

Rio de Janeiro

2016

DEDICATÓRIA

A meus três amores: Izete (Môr), Deborah Christina (Passarin) e Annah Clara.

A meus pais – Angelo de Oliveira e Eponina Xavier de Oliveira – e meus irmãos, Angelo de Oliveira (Berga) e Eduardo Carlos de Oliveira (Dudu).

A meus professores no Programa de Doutorado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Patrícia Glioche, Carlos Japiassú, Nilo Batista, Vera Malaguti, Anderson Schreiber, Marcello Ciotola, Artur Gueiros, Juarez Tavares, Paulo Emílio e Antonio Maia.

Aos amigos que fiz durante a fecunda e agradável convivência no PPGD, pelo que concordo plenamente com a frase que eu li dia desses: “UERJ, significado: lugar em que encontramos amigos para a vida toda”.

A J. S. Bach: companhia nas horas de escritura e de descanso, de alegria e de tristeza, com quem também aprendi que toda nossa obra deve ter um único destinatário: S[oli].D[eo].G[loria].

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de iniciar este momento sem, primeiramente, externar todo o meu agradecimento à instituição que tornou possível a realização do doutorado: o PPGD/FD/UERJ, que acolheu a mim e aos demais colegas da Unir, gratidão que é estendida aos Professores Doutores Maurício Motta, Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Jorge Luís Fortes Pinheiro da Câmara.

Agradeço, também, à Prof^a Dr^a Patrícia Glioche, que me orientou, com muita atenção e dedicação, no longo processo de escritura da tese.

Como já externalizado antes, agradeço aos professores do PPGD/UERJ que, durante o período do doutoramento, compartilharam seus conhecimentos única e exclusivamente objetivando o aperfeiçoamento científico e pessoal da comunidade acadêmica. Uma lembrança especial à Dona Sônia, da Secretaria do PPGD, que sempre nos acolheu com muita urbanidade e dedicação.

Aos colegas e amigos que fiz durante a jornada...

Por fim, a meus familiares que me ajudaram de todas as formas possíveis, em especial minha esposa, filhas e meus pais, que tiveram que suportar, durante quatro anos, não somente minha ausência física, mas também de atenção e cuidado.

G. B. Parece que o senhor coloca suas esperanças na autoridade da lei internacional.

JD. É verdade. Em primeiro lugar, por mais imperfeitas que possam ser, essas instituições internacionais deveriam ser respeitadas em suas deliberações e resoluções pelos estados soberanos que são seus membros e, assim, aceitaram seus preceitos [...] Não estou alheio ao caráter aparentemente utópico do horizonte que esboço aqui, aquela de uma instituição de lei internacional e de um tribunal de justiça internacional com sua própria força autônoma. Embora não considere a lei a última palavra em ética, política ou qualquer outra coisa, embora essa unidade de força e lei [...] não seja apenas *utópica*, mas *aporética* [...] continuo a acreditar que é a fé na possibilidade dessa coisa impossível, e na verdade incapaz de se decidir do ponto de vista do conhecimento, da ciência e da consciência, que deve governar todas as nossas decisões.

DERRIDA, Jacques, in BORRADORI, Giovanna. Filosofia em tempo de terror: diálogos com Habermas e Derrida, tradução de Roberto Muggiati, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, pp. 124-125.

RESUMO

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *A tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro e os problemas decorrentes da intersecção entre Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2016. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

A presente tese tem por objetivo comprovar a necessidade e a possibilidade jurídico-penal de o Brasil tipificar, em seu ordenamento jurídico, o crime internacional de desaparecimento forçado de pessoas, forma grave de violação múltipla e permanente dos direitos humanos. Para dar cabo dessa tarefa, o estudo se guiou por uma pesquisa que buscou o contributo dos diversos ramos da Ciência Jurídica que incidem na compreensão do tema, em especial o Direito Penal, o Direito Penal Internacional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Constitucional e a História do Direito Penal. Por tratar-se de um tema que se encontra situado no campo epistemológico da internacionalização do direito penal, é nesse contexto, em que o Direito Penal é continuamente afetado de diversos modos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, que se respondeu afirmativamente ao problema da tipificação do desaparecimento forçado de pessoas, tendo, no entanto, uma preocupação em se buscar a filtragem dessas influências a partir dos próprios fundamentos políticos e dogmáticos que o Direito Penal brasileiro interpõe como condição de validade e legitimidade para a produção de normas incriminadoras.

Palavras-chave: Direito Penal Internacional. Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Desaparecimento Forçado de Pessoas. Tipificação

ABSTRACT

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *The criminalization of the crime of enforced disappearance of persons in Brazilian Law and the problems arising from the intersection between national Criminal Law and International Human Rights Law*. 2016. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

This work aims to improve the necessity and the legal legitimacy of the Brazilian legal system to create the international crime of enforced disappearance of persons, severe form of multiple and continuous violation of human rights. To comply this goal, the study was guided by a research of the various branches of the Jurisprudence that affect the understanding of the subject, particularly the Criminal Law, International Criminal Law, International Human Rights Law, the Constitutional Law and the History of the Criminal Law. As this is a subject located in the epistemological field of International Criminal Law, it is in this context that the Criminal Law must be interpreted, especially by the several influences arising from the International Human Rights Law, which complement the legal protection of human being in the national context. To answer affirmatively the problem of internal criminalization of the enforced disappearance of persons, however, we had concern to filter out of these influences by the own political and dogmatic foundations that the Brazilian criminal law impose as a condition of validity and legitimacy for to production incriminating standards.

Key-words: International Criminal Law. International Human Rights Law. Enforced Disappearance of Persons. Tipification.

SUMÁRIO

Introdução	10
1 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	15
1.1 Extensão e fragmentação do Direito Internacional como ponto de partida para compreender a internacionalização do Direito Penal.....	15
1.2 O conceito de internacionalização do Direito Penal	25
1.3 Das Relações entre direito nacional e Direito Internacional e os modos de internalização das normas internacionais	27
1.4 Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos: a tríade garantia-persecução-dignidade do sujeito encarcerado	43
2 O DIREITO PENAL INTERNACIONAL: CONCEITO, CRIMES INTERNACIONAIS, FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO E OS MANDADOS INTERNACIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO	74
2.1 O conceito de Direito Penal Internacional	74
2.2 O conceito de crimes internacionais	78
2.3 Formas de implementação e o dever de cooperação internacional em matéria penal	89
2.3.1 Critérios de fixação da jurisdição adjudicativa no Direito Penal Internacional	113
2.3.1.1 Critérios de fixação da jurisdição penal internacional direta	114
2.3.1.2 Critérios de fixação de competência no regime da implementação indireta	121
2.4 Os mandados internacionais de criminalização	127
3 DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS: CONCEITO, DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E SUA FENOMENOLOGIA NA INTERCONEXÃO ENTRE DIREITO PENAL INTERNACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	150
3.1 A origem do fenômeno entre o Gulag e A “Noite e a Névoa”	150
3.2 O desaparecimento forçado de pessoas desde o <i>Jubiley</i> e o caso dos Juristas: “aparecimento” e “esquecimento” de um crime internacional próprio	156
3.3 O “ressurgimento” do desaparecimento forçado de pessoas no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a luta internacional por sua proscricção/incriminação	169

3.4 Aspectos jurídico-penais presentes nas Convenções sobre desaparecimento forçado de pessoas	190
3.4.1 O conceito de desaparecimento forçado de pessoas	191
3.4.2 Bens jurídicos tutelados.....	197
3.4.3 Características do crime de desaparecimento forçado de pessoas	202
3.4.4 O problema da (im)prescritibilidade	204
3.4.5 A inadmissibilidade da causa de exclusão de antijuridicidade (<i>Defense</i>) da obediência a ordem superior	209
3.4.6 A cláusula <i>aut dedere aut judicare</i> : extraditabilidade, crimes políticos e a jurisdição universal	213
3.4.7 A ação penal e o problema da justiça militar	219
4 O DESAPARECIMENTO FORÇADO E/NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS PROBLEMAS INERENTES À SUA TIPIFICAÇÃO	221
4.1 A obrigação de tipificação decorrente da ratificação das convenções sobre desaparecimento forçado de pessoas	221
4.1.1 A obrigação de tipificação desde o Direito Internacional	222
4.1.2 A tipificação do desaparecimento forçado de pessoas desde a política criminal ..	226
4.1.3 A tipificação do desaparecimento forçado de pessoas face ao direito penal objetivo e o problema da adequação típica do crime de sequestro	229
4.2 O desaparecimento forçado de pessoas na legislação estrangeira	241
4.3 O desaparecimento forçado de pessoas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria extradicional	264
4.4 Desaparecimento forçado de pessoas no Brasil e a (im)possibilidade de derrogação da Lei de Anistia	224
4.4.1. A lei de anistia brasileira e a Emenda Constitucional nº 25/86	273
4.4.2 A lei de anistia: entre a ADPF 153 e o Caso <i>Gomes Lund</i>	279
4.4.3 A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e a vedação de <i>irretroatividade</i>	286
4.4.4 Conflito entre normas internacionais de direitos humanos e a cláusula <i>pro homine</i>	292
CONCLUSÃO	296
REFERÊNCIAS	300

INTRODUÇÃO

Esta tese tem por objetivo comprovar que, seja na perspectiva do Direito Internacional e do Direito Penal, nacional e Internacional, o sistema jurídico brasileiro tem a obrigação, bem como a legitimidade jurídico-penal de tipificar internamente o crime de desaparecimento forçado de pessoas, forma grave e contínua de violação múltipla a direitos fundamentais da pessoa humana e que, apesar de o Brasil ser parte das principais convenções internacionais que, direta ou indiretamente, impõem esse *facere* – nomeadamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado -, até o presente essa obrigação não foi cumprida.

Pela descrição acima sumarizada percebe-se que o presente trabalho situa-se no campo epistemológico da internacionalização do direito penal, definido nesse trabalho como o fenômeno histórico, normativo e institucional através do qual as competências penais dos Estados, a partir de várias e contínuas transformações, se encontram vinculados, em graus bastante variados, aos diversos sistemas e regimes de cooperação internacional em matéria penal, sejam eles universais e/ou regionais, e cujas principais finalidades são, de um lado, tornar possível a prevenção geral de determinados comportamentos tipificados pelas normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias, como crimes, e de outro lado instituir formas concretas de obrigações e deveres internacionais de prevenção especial em relação àqueles comportamentos e de cooperação penal entre os Estados, na medida em que estas fontes internacionais instituem obrigações de natureza legislativa, administrativa e judicial, como, *v.g.*, os deveres de prevenção e/ou de tipificação de comportamentos, de cooperação judiciária e policial entre os Estados, de forma a tornar legítimas, ademais, o exercício das jurisdições penais de caráter territorial, extraterritorial ou mesmo internacional.

A hipótese formulada para responder ao problema da tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas foi a afirmativa, considerando que, tanto em razão das obrigações internacionais já indicadas, mas também em razão das especificidades do crime de desaparecimento forçado de pessoas, o sistema jurídico-penal brasileiro não está plenamente apto à persecução penal de referido comportamento, e de outro lado, de cooperar na prevenção, geral ou especial, com outros Estados, ou mesmo com tribunais penais internacionais, principalmente em razão de esta forma de crime internacional manifestar-se,

consoante previsto nas convenções internacionais que o regem, tanto na forma de um crime comum como na forma de um crime contra a humanidade, espécie de crime internacional próprio em que a sua tipificação fica condicionada à existência do elemento contextual do ataque geral ou sistemático contra uma população civil.

Para se comprovar a hipótese formulada, o trabalho foi estruturado em quatro capítulos.

No primeiro, intitulado “A Internacionalização do Direito Penal e a Interseção entre Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos”, objetivou-se apresentar os principais fundamentos teóricos que dão sustentação ao presente trabalho, em especial, a formulação do conceito de internacionalização do Direito Penal, a apresentação das teorias que explicitam as relações entre direito nacional e Direito Internacional, bem como os modos pelos quais os Estados, efetivamente, segundo o Direito Internacional, regulam as normas derivadas desse campo normativo – a unificação, a uniformização e a harmonização –, atentando-se, doutro passo, à orientação provinda da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que concerne à obrigação de regulação interna das normas internacionais de caráter penal decorrentes das convenções internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro, isto é, a aprovação de uma lei formal pelo Congresso Nacional, sendo que, doutro passo, a mesma jurisprudência veda eficácia incriminadora para os costumes. No que alude à relação entre Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos, buscou-se solucionar as possíveis contradições teóricas a partir da tríade garantia-persecução-dignidade do sujeito encarcerado.

Já no segundo capítulo – “O Direito Penal Internacional: conceito, crimes internacionais, formas de implementação e os mandados internacionais de criminalização” – objetiva apresentar os principais institutos inerentes ao Direito Penal Internacional, esse campo do Direito Internacional contemporâneo que tem por finalidade a instituição de regimes internacionais e nacionais para a persecução dos crimes internacionais, sejam eles próprios, transnacionais ou por difusão. A principal diferença que recai entre estes modelos de crimes é que, os próprios ensejam a persecução penal de forma direta por tribunais penais internacionais, e indireta pelos Estados, e os outros dois somente na forma da persecução penal indireta, isto é, pelos Estados, seja na forma da jurisdição territorial ou na da jurisdição extraterritorial, inclusive através da jurisdição universal. Nesse sentido, buscou-se conceituar e delimitar jurídico-internacionalmente as formas de persecução penal, dando especial ênfase na jurisdição universal, especialmente em razão do usual estrépito que referida forma de jurisdição tem provocado nas relações entre Estados, orientando-se, nesse sentido, pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça. Doutra banda, nesse capítulo se conceituou e

se explicitou as principais diferenças entre as convenções internacionais no que concerne ao estabelecimento dos mandados internacionais de criminalização de comportamentos, isto é, as normas internacionais que, direta ou indiretamente, criam para os Estados a obrigação jurídico-internacional de tipificar internamente o(s) crime(s) previstos na convenção internacional.

No terceiro capítulo – “Desaparecimento forçado de pessoas: conceito, desenvolvimento histórico e sua fenomenologia na interconexão entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos” – versa sobre quatro pontos essenciais à compreensão do crime do desaparecimento forçado de pessoas. Os primeiro e segundo tópicos reconstruem, da perspectiva da História do Direito Penal Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, as duas fases que ensejaram a incriminação do comportamento. No primeiro a origem nos julgamentos de Nuremberg – o *jubiley* e no Julgamento dos Juristas -, realizados, respectivamente, pelo Tribunal de Nurember e nos Julgamentos dos Crimes de Guerra, tendo como fundamento fático a promulgação e execução do Decreto “Noite e Névoa”, editado pela Alemanha no curso da Segunda Grande Guerra Mundial para submeter a dissidência provinda da resistência existente nos territórios ocupados, e como fundamento jurídico a violação às normas do Direito Internacional Humanitário presente na IV Convenção de Haia de 1907, formalizado pelos Estatutos dos Tribunais Internacionais Militares e a Control Council Law n. 10 como um crime contra a humanidade na forma do tipo residual de “outros atos desumanos” impingidos contra beligerantes ou a população civil.

Considerando-se, entretanto, aquilo que se denominou de período de silêncio do Direito Penal Internacional entre os anos de 1950 até a criação do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, essa origem remota do desaparecimento forçado de pessoas “caiu” em esquecimento, ressurgindo, entre o final dos 1970 e início dos 1980 no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente no contexto latino-americano em razão da disseminação de referida prática pelas ditaduras civil-militares nele instalado e da adoção da doutrina da segurança nacional e, por consequência, do terrorismo de Estado. Nesse sentido, buscou-se reconstruir a “luta” internacional da proscrição do desaparecimento forçado de pessoas como um crime de transcendência internacional. Nos dois últimos tópicos são abordados os principais aspectos penais que revestem a conduta, tendo como método o cotejo entre as disposições convencionais face à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de desaparecimento forçado de pessoas, a partir do que se estabeleceu, como fundamento para a sua incriminação pelo direito brasileiro,

aquilo que ali se denomina de “filtros” normativos decorrentes dos princípios e fundamentos dogmáticos que o Direito Penal brasileiro, desde a Constituição, interpõe como condições de validade e legitimidade para a produção de normas penais incriminadoras.

Por fim, no quarto e último capítulo, intitulado “O Desaparecimento Forçado e/no Ordenamento Jurídico Brasileiro e os Problemas Inerentes à sua Tipificação”, busca-se enfrentar os principais problemas decorrentes da tipificação interna do crime. No primeiro tópico, orientado pela confluência dos princípios do Direito Internacional, particularmente os do livre consentimento, *pacta sunt servanda* e *bona fide*, da política criminal, em especial os da tutela a bens jurídicos, da lesividade e da fragmentariedade, e do Direito Penal em sentido estrito, nomeadamente a partir do princípio da proporcionalidade, interpretado a partir da díade desvalor da conduta e desvalor do resultado, busca-se comprovar a legitimidade da tipificação interna do desaparecimento forçado de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, comprovou-se a insuficiência do tipo penal do sequestro, em sua forma simples ou qualificada para se proceder a sanção penal do comportamento, especialmente em razão de este crime não abranger, nem no comportamento nem no resultado, todo o conteúdo do injusto penal do desaparecimento forçado de pessoas, em especial o especial fim de agir, isto é, privar a vítima da proteção legal, bem como os bens tutelados e a natureza de crime próprio.

Com efeito, conforme se buscou comprovar no bojo do trabalho, o crime de sequestro é um dos meios, mas não o único, para a comissão do desaparecimento forçado de pessoas. Esta afirmação restou mais bem apreciada quando se discutiu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede extradicional envolvendo casos concretos em que o desaparecimento forçado de pessoas foi objeto de persecução penal na Argentina. No terceiro ponto do capítulo 4 se demonstrou, a partir da legislação comparada, como os ordenamentos jurídicos ali indicados tipificaram o desaparecimento forçado de pessoas, tendo como ponto central a distinção entre crime comum e crime contra a humanidade.

Por fim, no último tópico se discutiu a possibilidade de derrogação das leis de anistia – a de 1979 e a Emenda Constitucional nº 26/85 – para se exercer a persecução penal dos agentes do subsistema DOPS-DOI/CODI que, no curso da ditadura civil-militar brasileira, praticaram referidos crimes, discussão que se travou, especificamente, em razão da sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund, e de outra banda, pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, tendo-se concluído, a partir dessa genuína antinomia, pela impossibilidade jurídica dada a incidência, dentre outros princípios, da proibição de retroatividade *in pejus*, do

princípio da estrita legalidade em Direito Penal e da cláusula *pro homine*, segundo a qual, “*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”, e que é condizente com a tradição jurídico-penal brasileira em sede de direitos e garantias fundamentais. Trata-se, nesse sentido, de uma solução que buscou se orientar pelo dever de coerência que deve orientar a interpretação em casos de antinomia real.

Ao final se apresentaram as conclusões da presente pesquisa, tendo como ponto central a existência de uma obrigação internacional e a possibilidade jurídico penal de o Brasil tipificar o desaparecimento forçado de pessoas, seja em sua forma comum, através de uma reforma no Código Penal para a internalização de referido crime, seja na forma de um crime contra a humanidade, e que deve, necessariamente, ser internalizada com a regulamentação interna do Estatuto di Tribunal Penal Internacional.

1 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A INTERSECÇÃO EM DIREITO PENAL E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 Extensão e fragmentação do Direito Internacional como ponto de partida para compreender a internacionalização do Direito Penal

O fenômeno político-jurídico descrito nesse trabalho - a internacionalização do Direito Penal - tem por pressuposto a necessária compreensão de que ele é condicionado pelos fenômenos do alargamento normativo e institucional pelos quais tem passado o Direito Internacional contemporâneo, identificado pelos conceitos de expansão e fragmentação.

Por expansão do Direito Internacional compreende-se a contínua ampliação da regulação internacional sobre matérias que, no Sistema Westfaliano¹, se encontravam sob a exclusiva jurisdição dos Estados², ou quando muito, reguladas por meio de tratados bilaterais³.

1 Denomina-se Sistema Internacional Westfaliano à ordem internacional surgida no século XVI e que, pondo termo ao sistema internacional do medievo no mesmo passo em que pacificou o continente europeu com o término da Guerra dos Trinta Anos, se fundou sobre os seguintes princípios internacionais, a saber: “1. Os sujeitos do direito internacional estão vinculados às normas do direito internacional consuetudinário que lhes sejam aplicáveis e pelos princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas. 2. Podem ser impostas a um sujeito da ordem legal internacional obrigações internacionais adicionais só com o seu consentimento. 3. O exercício da jurisdição internacional é exclusivo para cada Estado, a menos que esteja limitado ou excepcionado por normas do direito internacional. 4. Em certos e especiais casos, os sujeitos do direito internacional podem pretender jurisdição sobre coisas ou pessoas fora de sua jurisdição territorial. 5. A menos que existam regras permissivas, a intervenção de um sujeito de direito internacional na esfera da exclusiva jurisdição doméstica dos outros sujeitos constitui uma ruptura da ordem jurídica internacional”. JOSÉ BREMER, Juan. *De Westfalia a post-Westfalia: hacia un nuevo orden internacional*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 66-67.

2 Para espancar ambiguidades ínsitas ao tema, “soberania” é o conceito usado no âmbito geral das ideias políticas e jurídicas que unifica o conjunto de competências político-jurídicas assegurado aos Estados pelo Direito Internacional enquanto entidades internacionais independentes, melhor interpretáveis a partir do conceito de “jurisdição doméstica” (artigo 2, 7 da Carta das Nações Unidas), e que decomposto, se manifesta em três: jurisdição legislativa (prescriptive jurisdiction), jurisdição adjudicativa ou jurisdicional (adjudicative jurisdiction) e jurisdição executiva, do qual deriva a competência para impor a execução forçada das sanções legais (executive jurisdiction). JANKOV, Fernanda F. F. *Direito Internacional Penal: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 66-83. Como já afirmado em outra oportunidade, o Estado, compreendido como “[...] entidade político-jurídica dotada de soberania territorial [...]” detém “[...] imunidade jurídica para o exercício de suas jurisdições, pela qual ele impõe à sua população o dever de cumprimento de suas normas mediante a ameaça de sanção jurídica, civil ou penal, bem como, por ser igualmente soberano em relação aos demais Estados, não se obrigar internacionalmente sem o seu consentimento. Em outros termos, a afirmação histórica dos princípios modernos da não intervenção em assuntos de jurisdição interna e da igualdade soberana dos Estados, conforme expressamente previsto no artigo 2, 1 e 7 da Carta das Nações Unidas”. DE OLIVEIRA, Marcus Vinicius Xavier de Oliveira. *Direito Penal Internacional, Estado Constitucional e o Problema da Mitigação da Soberania na Persecução dos Crimes Internacionais Próprios*, in *Temas Escolhidos Sobre a Internacionalização do Direito Penal*, Porto Alegre: Fi, 2015, pp. 31-32.

Assim, desde o surgimento do que se tem denominado de Sistema da Carta⁴, e mais ainda com o término da Guerra Fria e o fenômeno da globalização econômica⁵, o Direito Internacional passou a regular um conjunto cada vez mais amplo de matérias (v.g., o Direito Internacional do Comércio, o Direito Internacional dos Investimentos, o Direito Internacional Ambiental, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional do Mar, o Direito Penal Internacional etc), fenômeno este identificado por Soares com a expressão “globalização vertical”⁶, e que influenciaram e modificaram, de forma decisiva, não somente a estrutura do sistema internacional, mediante, *e.g.*, a constituição de inúmeras organizações e regimes internacionais e o espocar de inúmeros tratados-normativos multilaterais, universais e/ou regionais, mas também, e principalmente, na forma como os próprios Estados exercem as suas jurisdições, seja para adequar os seus sistemas normativos a estas contínuas afluências de

No mesmo sentido, CAPPS, Patrick, EVANS, Malcolm, KONSTADINIDIS, Stratos (Org.). *Asserting jurisdiction: International and European legal approaches*, Oxford: Hart Publishing, 2003, pp. xix-xx; SHAW, Malcolm. *International Law*, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 645: “Jurisdiction concerns the power of the state under international law to regulate or otherwise impact upon people, property and circumstances and reflects the basic principles of state sovereignty, equality of states and non-interference in domestic affairs”; MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 2 v. V 1, 13 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 428: “O Estado tem o direito de exercer sua jurisdição sobre todas as pessoas e coisas no seu território nacional. As restrições à jurisdição estatal são impostas pelo DI” (grifamos).

3 Para ficar no campo deste trabalho: “Um dos mais antigos tratados sobre crimes internacionais é a Convenção para a Abolição da Escravatura e do Tráfico de Escravos por Terra e Mar (destaque no original), concluída em Saint-Germain-em-Laye, em 10-9-1919, que representa a culminação do movimento pela incriminação da escravatura, iniciada no século anterior. Com efeito, a abolição da escravatura na Inglaterra, em 1807, deu início a uma série de tratados bilaterais entre Estados de semelhante concepção liberal”. CRETELLA NETTO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

4 “La Charte des Nations Unies, en second lieu, qui a substitué au “modèle de Westphalie”, caractérisé par la force comme principale source de légitimité, le “modèle de la Charte” (ou “droit des Nations Unies”) qui refuse toute légitimité au recours à la force”. WEIL, Prosper. *Le Droit International en quête de son identité*, Cours général de droit international public, RCADI, vol. 237, 1992, pp. 09-370 (p. 28).

5 Conforme Silva Sanchez “[...] os fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica dão lugar à conformação de modalidades novas de delitos clássicos, assim como à aparição de novas formas delitivas”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, 2^a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 103; em sentido semelhante segue a Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes em seu guia de estudos sobre a lavagem de capitais: “A Globalização gerou uma problemática para os bancos e instituições financeiras: com a digitalização da economia, reconhecer efetivamente seus clientes tornou-se um grande desafio. Isso porque agora, os bancos mantêm poucas relações físicas, face-a-face, com os titulares das contas. Assim, a vigilância, o controle e a fiscalização, que até então se utilizava dos registros e documentos financeiros, terão também que se digitalizar e incorporar novas tecnologias para combater os crimes financeiros de igual para igual. A lavagem de dinheiro tornou-se virtual. Isto é um fato. O novo mercado único, integrado e digitalizado, circula vultosos montantes de dinheiro em nanossegundos, e permite que o dinheiro viaje por diferentes jurisdições e fiscalizações domésticas, o que torna mais difícil ainda de se detectar a origem e a finalidade de cada transação”. ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. *Guia de Estudos: Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo e Lavagem de Dinheiro*. Disponível em <http://www.ri.pucminas.br/minionu/Guia-UNODC.pdf>, acessado em 20.jul. 2012.

6 SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público: Parte Geral*, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2004, pp. 43-50, 201-202.

normas internacionais⁷, e a partir delas dirigir as suas políticas internas e internacionais, seja para rechaça-las⁸.

Qual *Janus*, o Estado, no exercício de suas jurisdições, é dotado de dois “rostos”, um que olha para aquilo que lhe externo – as relações internacionais –, e outro que olha para dentro – o governo livre e desimpedido de seu território e população, segundo o seu próprio ordenamento jurídico –, em outras palavras: soberania interna e soberania externa. Entretanto, se antes este dúplice olhar se encontrava imune, juridicamente falando, a intervenção internacional quase de forma absoluta, hoje não mais, podendo-se falar numa contínua mitigação da soberania, interpretável a partir do tipo Estado Constitucional Cooperativo⁹.

Sendo a soberania (*rectius*: as jurisdições nacionais) assegurada e delimitada pelo Direito Internacional¹⁰, ali onde este se expande, aquela tende a se retrain, sendo a sua contínua mitigação, mediante o surgimento e a ampliação de formas de atuação internacional cooperativas, nas quais os Estados compartilham entre si as jurisdições sobre determinadas matérias¹¹ uma realidade que não pode ser desconsiderada por quem deseja compreender a intersecção entre direito nacional e Direito Internacional.

A fragmentação, por seu turno, também identificada pela expressão “diferenciação funcional”¹², sendo uma decorrência da expansão do Direito Internacional, tem por uma de

7 A expressão normas ou, alternativamente, fontes do Direito Internacional, deve ser compreendida a partir do disposto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, segundo o qual, verbis “Artigo 38 - 1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar; 2. As convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 3. O costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; 4. Os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; 5. As decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59”.

8 LOCK, Grahame. *Ringing the Changes*: mutations in the idea of political change, in KERSBERGEN, Kees van et al (Orgs.). *Expansion and Fragmentation*: internationalization, political change and the transformation of the Nation State, Amsterdam: Amsterdam University Press, 1999, pp. 23-42.

9 KOTZUR, Markus. *A soberania hoje*: palavras-chave para um diálogo europeu-latino-americano sobre um atributo do Estado Constitucional moderno, trad. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira e Gabriel Gualano de Godoy, Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-19; HÁBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, Ciudad de Mexico: UNAM, 2003; HÁBERLE, Peter, KOTZUR, Markus. *De la soberanía al Derecho Constitucional Común*: palabras clave para un diálogo europeu-latinoamericano, trad. Héctor Fix-Fierro, Ciudad de Mexico: UNAM, 2003; HÁBERLE, Peter. *O Estado Constitucional Cooperativo*, trad. Marcos A. Maliska e Elisete Antoniuk, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

10 Conforme Akehurst “[...] a palavras ainda carrega uma tonalidade emotiva de poder ilimitado, acima da lei, e isso deu uma imagem totalmente enganosa das relações internacionais. O fato de um governante poder fazer o que ele quer em seus próprios assuntos não significa que ele possa fazê-lo, em questões de direito ou de poder político, a outros Estados”. AKERURST, Michael, MALANCZUK, Peter (org.). *Akehurst's modern introduction to International Law*, 17 ed., New York: Routledge, 1997, p. 17.

11 KOTZUR, *A Soberania Hoje...*, passim.

12 KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law*: difficulties arising from the diversification and the expansion of International Law - Report of the Study Group of the International Law Commission. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, p. 11.

suas características mais proeminentes a quebra dos princípios sistemáticos da unidade e da coerência no âmbito do sistema normativo internacional¹³. Se no Sistema Westfaliano o Direito Internacional era essencialmente de caráter geral e consuetudinário, contemporaneamente ele se dispersa normativamente numa série de regramentos universais e regionais; em um Direito Internacional Geral, ainda majoritariamente consuetudinário¹⁴, e Direitos Internacionais especializados, instituídos por tratados-normativos multilaterais¹⁵, com regimes jurídicos e sistemas de solução de controvérsias próprios¹⁶, e em face dos quais aqueles critérios de solução antinômias do Direito Internacional parecem não render efeitos concretos, ocorrendo, no mais das vezes, uma sobreposição de normas e sistemas de solução de controvérsias autônomos *vis-à-vis*, do que exsurge o risco de debilitação da própria ideia de sistema normativo no contexto do Direito Internacional¹⁷.

Para Varella e Oliveira¹⁸,

[...] o fenômeno da diferenciação funcional ou fragmentação resume-se no aparecimento de normas, complexos de normas, instituições jurídicas ou esferas de práticas jurídicas igualmente especializadas e relativamente autônomas [...] [sendo que] “[...] a produção destas normativas e instituições tende a ocorrer de forma não paralela com os conhecimentos e práticas gerais do direito internacional, gerando conflitos entre normas ou sistemas de normas, bem como a perda de uma perspectiva geral do direito, resultando também, indubitavelmente, em uma diminuição da almejada segurança jurídica, haja vista que não é mais possível prever a reação de

13 Especialidade e cronologia porque, no sistema internacional, o princípio da hierarquia normativa se manifesta, quando muito, enquanto potência, na medida em que a sua concretização pressuporia, entre outros requisitos, a necessidade de que as jurisdições internacionais pudessem ser exercidas para além dos senões impostos pelos Estados. Conforme Kleinen, “Os elementos centrais da dimensão dogmática da teoria da constitucionalização [da sociedade internacional] são a hierarquia das normas do direito internacional, o desenvolvimento de uma ordem universal que objetive a proteção dos bens comuns e a vinculação legal do exercício das competências públicas para além do Estado” (Zentrale Elemente dieser dogmatischen Dimension der Konstitutionalisierungstheorie sind die Hierarchisierung völkerrechtlicher Normen, die Herausbildung einer objektiven universellen Ordnung zum Schutz von Gemeinschaftsgütern und die Rechtsbindung der Ausübung von Hoheitsgewalt jenseits des Staates). KLEINEN, Thomas. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht: einer idealistischen Völkerrechtslehre*, Heidelberg: Springer, 2012, p. 315.

14 Basta pensar, nesse sentido, que temas relevantíssimos como a responsabilidade internacional do Estado e as imunidades internacionais de Chefes de Estado são campos do direito internacional ainda regidos por normas consuetudinárias.

15 “International law now covers vast and complex areas of transnational concern, including traditional topics, such as the position of states, state succession, state responsibility, peace and security [...] as well as new topics, such as international organizations, economy and development, nuclear energy [...] and [...] the international protection of human rights. This development has resulted in increasing specialization in both academia legal professions in practice [...] This specialization reflects the fact that international law has “through maturity, acquired complexity, but the development also now poses problems with regard to the unity of the academic subject”. AKERURST, MALANCZUK. *Akehurt's modern introduction to International Law...*, p. 7.

16 GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 17-27.

17 Ao menos se se pensar a ideia de sistema jurídica a partir dos princípios da unidade e da coerência orientados para a concretização de princípios tal como defendida por Canaris. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2 ed., trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

18 VARELLA, Marcelo D., de Oliveira, Vitor Eduardo Tavares. “Da Unidade à Fragmentação do Direito Internacional: o caso Mox Plant”, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, jan/jun 2009, pp. 119-140 (128-129).

instituições oficiais e planejar atuações de acordo com ela. A fragmentação do direito internacional é fruto da expansão da atividade normativa e jurisdicional internacional em diversos novos campos, bem como a diversificação de seus objetos e técnicas.

Já em sua monografia acerca do desenvolvimento do Direito Internacional consuetudinário a partir da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, Schlütter¹⁹ expressa a convicção de vários autores de que o Direito Penal Internacional é profundamente influenciado e caracterizado em sua estrutura institucional-normativa pela fragmentação, em especial porque as suas particularidades têm-no diferenciado, cada vez mais, dos fundamentos (“roots”) do Direito Internacional Geral, seja no que concerne à matéria regulada (v.g., o princípio da reponsabilidade penal direta do indivíduo segundo o direito internacional²⁰, já que no regime do Direito Internacional westfaliano a regra era a da responsabilidade coletiva²¹, isto é, dos Estados), seja no que diz respeito às fontes normativas que o regulam, seja, por fim, pela existência de diversos regimes de implementação da persecução penal, e cita, como espeque dessa compreensão, as lições de Ruiz-Fabri²², para quem

D’un point de vue systématique, l’impression qui en résulte est celle d’une concrétisation de la fameuse «fragmentation» du droit international. Certes, c’est en des termes limités puisqu’il ne s’agit pas de nier l’existence de la règle, simplement son accessibilité et son applicabilité. Mais, comme tout raisonnement fondé sur la spécificité, il tend à séparer, l’argument trouvant toutefois sa limite dans l’objection qu’il faudrait démontrer sa préexistence d’une quelconque unité du droit international.

Com efeito, tanto a expansão como a fragmentação se apresentam como características constitutivas desse campo do Direito Internacional contemporâneo.

No que respeita à expansão esta característica fica comprovada pelo fato de que entre os anos de 1815 e 2005 o sistema internacional produziu um conjunto de 27 categorias de crimes internacionais através da promulgação de 276 convenções internacionais²³, instituindo

19 SCHLÜTTER, Birgit. *Developments in customary International Law: theory and the practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2010, p. 116.

20 AMBOS, Kai. *A parte geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*, tradução de Carlos E. A. Japiassú e Daniel A. Raizman, São Paulo: RT, 2008, p. 43.

21 Por todos, KELSEN, Hans. Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?, *International Law Quarterly*, v. 1, n. 2, summer 1947, pp. 153-171.

22 Apud SCHLÜTTER, *Developments in customary International Law...*, p. 116.

23 BASSIOUNI, M. Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice, *Virginia Journal of International Law*, n. 42, v. 81, fall 2001, p. 13. É importante frisar que o recorte temporal utilizado por Bassiouni foi o ano de 1999. Contudo, já no ano de 2000 foram aprovados diversos tratados internacionais sobre a matéria, a saber: a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, e seus dois Protocolos Adicionais, o primeiro Relativo ao Tráfico de Migrantes por via Terrestre, Marítima e Aérea e o segundo para a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; os dois protocolos facultativos à Convenção sobre os Direitos das Crianças de

formas bastante variadas para a persecução desses crimes, desde a atribuição de competência penal extraterritorial para os Estados, até a constituição de tribunais penais internacionais, próprios ou mistos.

A exata compreensão dessa afirmação resta mais bem assimilada ao se ter em mente de que até 1815 o único crime reconhecido como de transcendência internacional era a pirataria²⁴, tendo como base de incriminação normas consuetudinárias do Direito Internacional geral segundo as quais o pirata se constituía em *hostis humanis generi* (inimigo do gênero humano (ou da humanidade))²⁵, tendo espeque na doutrina de inúmeros internacionalistas dos quinhentos e seiscentos para os quais a incriminação e o poder-dever de persecução eram compartilhados por todos os Estados. A positivação formal internacional do crime de pirataria somente ocorreu em 1958 através da Convenção de Genebra sobre o Alto Mar (artigos 18-19), reafirmada em 1982 com a Convenção de Montego Bay (artigos 100-107). Assim, seja por fonte convencional ou consuetudinária, “[...] a pirataria, [é] reconhecida pelo direito internacional costumeiro como crime internacional *par excellence* [...]”²⁶.

No que concerne, doutro giro, à fragmentação, esta característica também se encontra presente como elemento constitutivo do Direito Penal Internacional. Bassiouni, ao analisar as 281 convenções internacionais que regulam atualmente a matéria, encontrou 931 elementos penais comuns, mas que, numa análise isolada, chegam a 2.810²⁷. Esta variação conteudística é ocasionada pelo fato, nada banal no âmbito do Direito Internacional, de que:

A) O Direito Penal Internacional não é codificado²⁸, fato este que tem gerado uma manifesta ausência de uniformização na regulação internacional da matéria²⁹,

B) Mormente se se considerar que ele tem sido criado ao longo de vários anos, sem espeque numa política criminal comum, pelo que determinados campos passaram por um

1989, o primeiro referente à Venda de Criança, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil, e o segundo Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Já em 2005 foi aprovada a Convenção Internacional para a Repressão dos Atos de Terrorismo Nuclear, dentre outros tratados internacionais.

24 “Piracy is deemed the basis of universal criminal jurisdiction for jus cogens international crimes”. BASSIOUNI, Universal jurisdiction for international crimes..., p. 15.

25 “A common enemy of all peoples, such as a pirate, slave trader, or terrorist, whose acts are repugnant or threatening to the international community generally. A person accused of being *hostis humani generis* may be subject to universal jurisdiction.” FELLMETT, Aaron X., HORWITZ, Maurice. *Guide to latin in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 118. Para uma compreensão dessa importante figura na consolidação do Direito Penal Internacional, especialmente no que concerne a permanência da expressão *hostis humanis generi* como rubrica que hoje identifica aos autores dos core crimes, RELLER-ROAZEN, Daniel. *The enemy of all: piracy and the law of the nations*, New York: Zone Books, 2009.

26 BASSIOUNI, Universal Jurisdiction for International Crimes..., p. 14.

27 BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*, 2 ed., Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 145.

28 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*..., p. 141.

29 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*..., p. 219.

processo de aperfeiçoamento mais evidente (v.g., os crimes internacionais próprios pós o Estatuto do Tribunal Penal Internacional), enquanto outros não. Contudo, todos eles ainda estão submetidos ao humor dos atores internacionais³⁰, seja no que concerne à sua criação – e.g. a prevalência do interesse do Estado em detrimento da adoção de uma regulação comum –, seja no que diz respeito à execução das políticas internacionais de cooperação penal³¹;

C) Além disso, diversamente do que se dá no contexto dos Estados da matriz jurídica romano-germânica, caracterizada pela prevalência do direito formal e escrito em relação ao costume, o processo legislativo internacional ainda é conformado pelas fontes que lhe são inerentes, em especial os costumes internacionais, os tratados internacionais e os princípios gerais do direito, do que segue a circunstância de que a contínua formação do Direito Penal Internacional é no mínimo “[...] aleatório e, pode-se mesmo dizer, incoerente”.³²

Se a formação normativa do Direito Penal Internacional está submetida a esta aleatoriedade e incoerência, o que bastaria para se comprovar o fenômeno da fragmentação, o conflito real entre os sistemas de solução de controvérsia *vis-à-vis* - que é o traço mais marcante desse fenômeno normativo – também se faz presente.

Um dos exemplos mais significativos nesse sentido pode ser extraído da controvérsia que se manifestou no que toca ao crime de genocídio no contexto das guerras na Ex-Iugoslávia³³.

30 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, pp. 139-141.

31 Sobre o tópico, no qual entra em questão o conflito entre a concretização do Direito Internacional em geral, e do Direito Penal Internacional em particular, e a *realpolitik*, BASSIOUNI, M. Cherif. *The perennial conflict between international criminal justice and realpolitik*, 38th Henry J. Miller Distinguished Lecture, Georgia State University College of Law, disponível em http://law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf, acessado em 15.mai. 2012; DANNER, Allison Marsten, SIMMONS, Beth. *Sovereignty costs, credible commitments, and the International Criminal Court*. Disponível em www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/DannerSimmons07.pdf, acessado em 10.jun. 2013; AMBOS, Kai. *Processando crimes internacionais em nível nacional e internacional: justiça x Realpolitik*, in JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano (Org). *Direito Penal Internacional estrangeiro e comparado*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 86-88.

32 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 253.

33 A rigor, a Guerra da Ex-Iugoslávia ou Guerra dos Balcãs, se constituiu em várias guerras civis envolvendo, de um lado, a luta pela independência de comunidades políticas com orientação étnica, e de outro lado, a tentativa de a República da Sérvia, conformada pela maior etnia, em exercer o domínio sobre parte do território mediante a prática daquilo que se cunhou como limpeza étnica, sem qualquer sombra de dúvida, um dos conceitos mais problemáticos no Direito Penal Internacional contemporâneo. Os diversos conflitos se iniciaram com a proclamação da independência pela Eslovênia, em 1991, e seguiu, em diversos conflitos até a independência da Macedônia, em 2001. As diversas guerras podem ser assim sistematizadas: 1) guerra da independência da Eslovênia (1991); 2) guerra da independência da Croácia (1991-1995); 3) guerra da Bósnia (1992-1995); 4) guerra do Kosovo (1996-1999); 5) conflito no sul da Sérvia (2000-2001); 6) conflito na Macedônia (2001). A Organização do Tratado do Atlântico Norte, em cumprimento das Resoluções 713 (1991) e 757 (1992) do Conselho de Segurança das Nações Unidas executou, pela primeira vez na história, intervenções internacionais de caráter humanitário, assim sintetizadas: 1) Operação Força Deliberada (contra a República Srpska, 1995-1996) e 2) Operação Força Aliada (contra a Iugoslávia, 1999).

A criação do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia por resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas foi precedida pelo trabalho de uma Comissão de Expertos composta por Frits Kalshoven – Presidente, M. Cherif Bassiouni (Egito), William J. Fenrik (Canadá), Kéba M’baye (Senegal) e Torkel Opsahl (Noruega)³⁴, cujos trabalhos sofreram inúmeros percalços para serem levados a termo principalmente por conta dos conflitos políticos que se estabeleceram entre os diversos grupos inseridos ideologicamente naquilo que se pode identificar, de um lado, como “mudanças políticas no liberalismo jurídico” (“*change politics of liberal legalism*”)³⁵, e do outro lado os defensores do tradicional modelo de solução diplomática³⁶. Se para aqueles a função política do Direito Penal Internacional é a de “[...] remover do negociador político a capacidade de jogar a carta da justiça” (“*to remove from the political negotiator the ability to play the cart of justice*”)³⁷, para estes, a solução negociada diplomaticamente, representada, no caso, pelo Plano de Paz Owen-Vance³⁸.

Contudo, mesmo antes de Comissão de Expertos haver terminado o seu trabalho de investigação e o apresentado para o Conselho de Segurança das Nações Unidas³⁹, já ficara comprovado nos relatórios preliminares de 09 de fevereiro de 1993⁴⁰ e de 05 de outubro de 1993⁴¹, que nas diversas guerras havidas na Ex-Iugoslávia todos os lados da refrega haviam praticado, de forma sistemática, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, violações

34 Esta Comissão foi instituída pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas através da Resolução n. 780, de 06 de outubro de 1992. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 95-96.

35 HAGAN, John. *Justice in the Balkans: prosecuting war crimes in the Hague Tribunal*, Chicago: The University Chicago Press, 2003, p. 35-38.

36 Esse conflito é muito bem retratado no “embate” discursivo havido entre M. Cherif Bassiouni e o diplomata inglês Lord Owen a respeito das investigações então feitas pela Comissão de Expertos em Vukovar, e que envolveram a “[...] exumação de duas centenas de ex-pacientes levados em novembro de 1991 do hospital da cidade croata de Vukovar [...]” e que tinham sido “[...] transportados para uma fazenda próxima a Ovcara, onde eles foram mortos e enterrados em foças coletivas. Vukovar foi uma das primeiras cidades da antiga Iugoslávia a ser vitimadas pela limpeza étnica sérvia” (grifamos). HAGAN, *Justice in the Balkans...*, pp. 34-35.

37 A expressão é de Bassiouni. HAGAN, *Justice in the Balkans...*, p. 35.

38 Em síntese, o Plano de Paz Owen-Vance propunha a pacificação do conflito mediante a criação unidades políticas étnicas o que redundou, como consequência, na intensificação da prática de limpeza étnica entre os grupos beligerante envolvidos objetivando o fortalecimento de suas respectivas posições e domínios antes da divisão. LEROUX-MARTIN, Phillipe. “Lições sobre a negociação da Bósnia” ESTADÃO, disponível em <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,licoos-da-negociacao-sobre-a-bosnia,1121639>, acessado em 20.fev. 2015.

39 O relatório foi submetido ao Conselho de Segurança das Nações Unidas através da Carta do Secretário Geral das Nações Unidas de 24 de maio de 1994. Disponível em http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf, acessado em 20.jan. 2010.

40 A evidência da ocorrência desses crimes era tão significativa que o Conselho de Segurança das Nações Unidas não aguardou a conclusão dos trabalhos da Comissão, tendo resolvido, já com a apresentação do primeiro relatório preliminar de 09 de fevereiro de 1993, pela criação do TPIY. JAPIASSÚ, *O Tribunal Penal Internacional...*, p. 96.

41 JAPIASSÚ, *O Tribunal Penal Internacional...*, p. 96.

manifestas às leis e costumes do Direito Internacional Humanitário e genocídio, razão pela qual o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, em seus artigos 2 a 5 estabeleceu a competência *ratione materiae* para que o tribunal exercesse a persecução penal dos autores desses crimes.

Este problema é relevante para a caracterização da fragmentação do Direito Penal Internacional em razão de os crimes internacionais submetidos à jurisdição de um Tribunal Penal Internacional, no caso o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, exigirem, para a sua tipificação, a comprovação de que tenham sido praticados no contexto daquilo que se denomina de macrocriminalidade política⁴², vale dizer, praticados a partir de uma decisão política estatal dirigida, *e.g.*, ao genocídio, à limpeza étnica, à violação sistemática das normas do Direito Humanitário etc⁴³, pois somente isso justifica, à luz do Direito Penal Internacional, a legitimidade tanto do indiciamento de dirigentes políticos⁴⁴, como também a imputação de responsabilidade aos acusados pelo cometimento de tais crimes, no caso, o genocídio⁴⁵.

Entretanto, a Corte Internacional de Justiça, em duas ocasiões em que julgou a ocorrência de violação às normas da Convenção sobre Genocídio, muito embora tenha reconhecido ser incontestável que na Guerra da Ex-Iugoslávia se tenham praticado atos de genocídios, os Estados envolvidos não poderiam ser internacionalmente responsabilizados por se não ter comprovado o “*state policy*”.

Assim, no caso Bósnia e Hergovina vs Sérvia e Montenegro⁴⁶, a Corte Internacional de Justiça rechaçou, por maioria, o pedido de imputação de responsabilidade internacional à

42 AMBOS, *A parte geral...*, pp. 54-59.

43 Nesse sentido, BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 14 et seq; sob uma perspectiva criminológica, KELMAN, Herbert C. *The policy context of international crimes*, in NOLLKAEMPER, André, DER WILT, Harmen van. *System Criminality in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 26-41. O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, no caso Popovic et al (caso Srebrenica), consignou esta exigência de forma muito clara: “Furthermore, according to Professor Schabas, the language of the Elements of Crimes of the ICC Statute (“ICC Elements of Crimes”) – requiring for genocide that “the conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction” – implicitly supports the State policy requirement, thus rejecting the lone génocidaire theory. Professor Schabas also contends the additional requirement of “manifest pattern” spelled out in the ICC Elements of Crimes “is strong evidence that it is implicit in customary international law””. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Trial Chamber II. *Case Prosecutor vs POPOVIC, Vujadin et al (Srebrenica Case)*, disponível em <http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/en/100610judgement.pdf>, acessado em 10.jan. 2012, p. 335.

44 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Apell Chamber. *Case Prosecutor vs Radovan Karadzic*, disponível em http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/en/130711_judgement_rule98bis.pdf, acessado em 10.jan. 2012.

45 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Trial Chamber II. *Case Prosecutor vs POPOVIC, Vujadin et al (Srebrenica Case)*..., passim.

46 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro)*,

Sérvia por violação às normas da Convenção sobre Genocídio sob o argumento de que este Estado não fora nem direta nem indiretamente responsável pelos diversos atos de genocídio praticados no território da Bósnia-Herzegovina. A responsabilidade internacional, entretanto, restou caracterizada na forma omissiva, na medida em que as tropas sérvias não impediram que os grupos paramilitares cometessem tais atos, nem o Estado cooperara internacionalmente com o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia na persecução criminal de seus autores. Contudo, o então Vice-Presidente Awn Shawkat Al-Khasawneh afirmou, em seu voto dissidente, que o “[...] envolvimento da Sérvia, como autor principal ou cúmplice no genocídio ocorrido em Srebrenica é confirmado por evidência maciça e convincente”⁴⁷.

Já no caso Croácia vs Sérvia⁴⁸, em que ambos os Estados buscaram a imputação recíproca de responsabilidade internacional pela violação às obrigações internacionais decorrentes da Convenção sobre Genocídio, a Corte Internacional de Justiça decidiu que, embora tenham ocorrido fatos caracterizados como genocídio e crimes contra a humanidade *vis-à-vis*, não restou comprovado o “*state policy*” para a tipificação daquele primeiro, tendo a Corte concitado os Estados a permanecerem na cooperação internacional para apurar as responsabilidades dos autores desses crimes, determinar o destino dos desaparecidos, reparar adequadamente as vítimas e seus herdeiros, além de buscarem a consolidação da paz regional.

Estas contradições – a constituição de um tribunal penal internacional com competência para a persecução, dentre outros, dos autores do crime de genocídio, o que pressupõe, como já dito, a comprovação do elemento da decisão política, e a “absolvição” pela Corte Internacional de Justiça dos Estados envolvidos de havarem descumprido com suas obrigações internacionais decorrentes da Convenção sobre Genocídio -, mais do que um problema meramente acadêmico, põe em questão um dos pilares do Direito Penal Internacional em matéria de *core crimes*, a saber, a sobreposição (*overlap*) entre responsabilidade estatal e responsabilidade individual⁴⁹, conforme, aliás, é manifestamente

judgement of 26 February of 2007, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>, acessado em 20.jan. 2012.

47 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), Dissenting Opinion of Vice-President Al-Khasawneh, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13689.pdf>, acessado em 20.jan. 2012.

48 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v. Serbia), judgement of 3 February 2015, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=73&case=118&code=cry&p3=4>, acessado em 01.mar. 2015.

49 BONAFE, Beatrice I. *The relationship between State and individual responsibility for international crimes*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, pp. 23 et seq.

reconhecido pelo Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrogfull Acts⁵⁰.

1.2 O conceito de internacionalização do Direito Penal

Sabendo-se, portanto, que de um lado existem na atualidade 276 convenções internacionais em matéria penal que tipificam internacionalmente um conjunto de 27 categorias de crimes internacionais, e de outro lado que estes processos normogénéticos estão inseridos num contexto “aleatório e incoerente”⁵¹, seria possível apreender alguns elementos jurídicos mínimos que permitiriam, pelo menos, ensejar uma compreensão do fenómeno da internacionalização do Direito Penal? Conforme Bassiouni seriam 10 as características comuns presentes nesse contexto⁵², a saber:

A) o reconhecimento expresso ou implícito de que a conduta proscrita constitui-se em um crime internacional;

B) o reconhecimento implícito de que a natureza penal desse comportamento estabelece o dever de proibir, prevenir, exercer a persecução penal e punir os autores desses fatos, ou

C) a obrigação de tipificar internamente (*criminalization*) a conduta proscrita;

D) a obrigação de exercer a persecução penal;

E) a obrigação de sancionar a conduta proscrita;

F) a obrigação de extraditar;

G) a obrigação de cooperar na persecução e punição (inclusive mediante cooperação judicial);

H) o estabelecimento dos fundamentos jurídico-internacionais para o exercício legítimo da jurisdição penal sobre crimes internacionais pelos Estados;

50 “Article 58. Individual responsibility: These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State”. UNITED NATIONS. *Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrogfull Acts*, with commentaries, 2001, p. 142, disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, acessado 20.out. 2007.

51 “The criminal laws of nations, expressed both legislative action and the common law, constitute a vital componente of ICL. International rules are generally imperfect and imprecise, not least because of the political difficulties in their drafting and in reaching agreement among competing national interests”. BANTEKAS, Ilias, NASH, Susan. *International Criminal Law*, 3th ed., London: Routledge Cavendish, 2007, pp. 1-2.

52 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*..., pp. 143-144.

I) a alusão à constituição de um Tribunal Penal Internacional ou de um Tribunal Internacional com características penais; e

J) a exclusão da “*defence*” do cumprimento de ordens do superior hierárquico.

Portanto, é sobre este pano de fundo do atual sistema internacional que se deve compreender o paradigma da internacionalização do Direito Penal, as exigências político-jurídicas decorrentes da expansão do Direito Internacional sobre esta matéria, em especial no tema relativo à intersecção entre Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos, devendo-se considerar, entretanto, como norte interpretativo para a dilucidação dos problemas a forma como cada convenção regulamenta aquelas 10 características comuns à regulação internacional da matéria.

Assim, conceitua-se a internacionalização do Direito Penal da seguinte forma: é o fenômeno histórico, normativo e institucional através do qual as competências penais dos Estados, compreendidas no Sistema Westfaliano como expressão de suas soberanias passaram, a partir de várias e contínuas transformações, a se vincular⁵³, em graus bastante variados, aos diversos sistemas e regimes de cooperação internacional em matéria penal, sejam eles universais e/ou regionais, e cujas principais finalidades são, de um lado, tornar possível a prevenção geral de determinados comportamentos tipificados pelas normas internacionais como crimes, convencionais ou consuetudinárias, e de outro lado instituir formas concretas de obrigações e deveres internacionais de prevenção especial em relação àqueles comportamentos e de cooperação penal entre os Estados, na medida em que estas fontes internacionais instituem obrigações de natureza legislativa, administrativa e judicial, como, *v.g.*, os deveres de prevenção e/ou de tipificação de comportamentos, de cooperação judiciária e policial entre os Estados, de forma a tornar legítimas, ademais, o exercício das jurisdições penais de caráter territorial, extraterritorial ou mesmo internacional.

Em outros termos, o fenômeno da internacionalização do Direito Penal tem criado, de forma perene e contínua, mas também amorfa e assistemática, por mais paradoxal que esta afirmação pareça, um conjunto significativo de obrigações e deveres internacionais de

53 Por vinculação se há de compreender que os Estados, ao ratificarem um tratado internacional, estão obrigados a lhe darem cumprimento em atenção aos princípios *pacta sunt servanda* e *bona fide* (artigo 26 c/c artigo 29 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969). Isto implica, em ligeira síntese, no dever jurídico de agir conforme o que foi pactuado no tratado internacional, devendo-se, por regra geral, adequar o seu ordenamento jurídico aos termos daquela obrigação de acordo com os princípios gerais e cultura jurídica do Estado. Nenhuma regra de direito interno, seja qual for a sua posição na hierarquia das fontes (isto para os ordenamentos jurídicos dotados de, pelo menos, constituições rígidas) poderá servir de escusa para o inadimplemento da obrigação livremente assumida (artigo 27 da Convenção de 1969). Mas a vinculação também decorre da existência de um costume internacional, geral e ou regional, que cria para os Estados um dever de agir conforme uma “[...] prática geralmente aceita como direito” (Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 38, 2).

natureza político-criminal que objetivam prevenir e/ou sancionar penalmente determinados comportamentos que, no contexto da sociedade internacional se constituem em lesões ou ameaças a bens e interesses internacionais relevantes.

Conforme se comprovou acima, são inúmeros os interesses penalmente tutelados no contexto do Direito Penal Internacional. No presente trabalho nos interessará somente aqueles pertinentes ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, e mais especificamente, a um determinado comportamento: o desaparecimento forçado de pessoa.

Referido recorte, portanto, põe em manifesto a relação de complementariedade entre diversas formas de tutela jurídica internacional, e que abrange desde o estabelecimento de direitos a ações negativas, isto é, o direito a não afetação dos interesses juridicamente tutelados⁵⁴, mormente aqueles relacionados às liberdades públicas e à integridade física e psíquica do indivíduo (*e.g.* o direito à vida, o direito de ir-e-vir, o direito a não ser torturado, o direito a não ser submetido ao desaparecimento forçado, o direito a não ser discriminado etc), ao estabelecimento de deveres internacionais para que os Estados criem instituições eficazes de prevenção geral e especial destes comportamentos, inclusive, como se verá, através da tipificação de referidos comportamentos e do exercício da persecução penal.

1.3 Das relações entre direito nacional e Direito Internacional e os modos de internalização das normas internacionais

Mais do que um problema teórico, as relações entre direito nacional e Direito Internacional, bem como as formas pelas quais as normas internacionais tornam-se aplicáveis em âmbito interno, se constituem em temas essencialmente práticos⁵⁵, e que podem ser resumidos no seguinte questionamento: de que modo o direito interno e o Direito Internacional se relacionam, mormente no que concerne à efetividade deste último, tendo em vista que, ainda hoje, os apelos à soberania e aos interesses nacionais se interpõem, em determinadas circunstâncias⁵⁶, como óbice à eficácia das normas internacionais?

54 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 193 et seq.

55 TRIEPEL, H. *Le rapports entre le droit interne et le Droit International*. RCADI, v. 1, 1923, p. 79.

56 Em muitos casos porque, ao contrário do que percebido pelo senso comum, as normas do Direito Internacional, em sua maior parte, são respeitadas pelos Estados. Somente em casos que ganham visibilidade midiática, em que as normas internacionais não por um seu defeito, mas por prevalência da *realpolitik* sobre o chão comum da cooperação internacional, são violadas ou desrespeitadas, é que surge a impressão, falsa por

A tentativa de dissolução desse problema geralmente se busca na oposição entre duas teorias, o dualismo de Heinrich Triepel e o monismo com prevalência do direito internacional de Hans Kelsen, e que no âmbito concreto das relações internacionais parecem dirigir a compreensão de duas teorias também opostas: o realismo, de caráter dualista, e o idealismo, de caráter monista⁵⁷; uma concepção soberanistas e voluntarista no dualismo; uma concepção cosmopolita e objetivista no monismo.

Pois bem. A doutrina dualista de Triepel, claramente voluntarista, pode ser compreendida na figura da ponte entre o direito nacional e o Direito Internacional⁵⁸. Ponte porque, em sua concepção, direito nacional e Direito Internacional são dois sistemas jurídicos independentes um do outro, cada qual regendo relações jurídicas distintas, a partir de fontes jurídicas distintas. No direito nacional as relações entre sujeitos privados entre si, ou entre indivíduos e o Estado; já o Direito Internacional regendo somente relações entre Estados, formalmente iguais em sua soberania.

No que concerne às fontes, em Triepel este conceito é ambíguo, já que tanto se reporta, originariamente, à vontade legiferante, vale dizer, a competência estatal para legislar internamente, e no contexto internacional, a capacidade jurídico-internacional de os Estados, consertadamente⁵⁹, criarem normas jurídicas que regem as suas relações recíprocas, havendo, pois, uma distinção entre união (*Vereinbarung*) e as fontes formais do Direito Internacional, costumes e tratados internacionais; mas também se refere às fontes positivas de direito interno e internacional que regem comportamentos. Portanto, para Triepel, se se fala em relação, é porque direito interno e Direito Internacional se constituem em ordenamentos jurídicos distintos.

Nesse sentido, ele critica tanto o monismo da escola austríaca, da qual Kelsen era o autor mais destacado, como a escola internacionalista anglo-americana, segundo a qual, o Direito Internacional não seria mais do que a externalidade do direito público dos Estados (“*international law is the law of the land*”).

sinal, de sua ineficácia. Weil, ao enfrentar esse tema, utiliza-se de uma metáfora interessante: “De cette application de routine du droit international nul, évidemment, ne parle, car ele ne fait pas les titres de l’apresse et n’attire pas le caméras de la télévision. Une seule violation du droit international retiendra davantage l’attention des médias que mille applications scrupuleuses. Un chien qui mord um homme, chacun le sait, ce n’est pas une information; un homme qui mord um chien, c’em est une”. WEIL, *Le Droit International en quête...*, pp. 47-48.

57 Essa afirmação parece encontrar eco na parte final do cours ministrado por Kelsen em 1926 na Academia de Direito Internaiconal, quando ele, após expor a sua concepção monista das relações entre direito internacional e direito nacional, indica sua compreensão de como a teoria dualista tende a fortalecer, nos Estados, a busca pela satisfação de seus próprios interesses em detrimento dos interesses comuns da sociedade internacional. KELSEN, H. *Les rapports des système entre droit interne et Droit International Public*. RCADI, v. 14, 1926, pp. 321-326.

58 TRIEPEL, *Le rapports entre le droit interne et le Droit International...*, p. 78.

59 A expressão “*Vereinbarung*”, empregada por Triepel, tem natureza jurídica diversa das fontes sinalagmáticas.

Contra Kelsen em especial, Triepel afirma que, apesar de ele haver forjado uma teoria admirável, ela seria incompatível com a realidade jurídica, caracterizada: a) pelo pluralismo jurídico dos ordenamentos nacionais, nos quais um mesmo conteúdo pode e é regulado de formas diferentes, com consequências jurídicas diversas, sem que nenhum possa ser considerado inválido em relação ao outro, e b) o apelo à vontade/união (*Vereinbarung*), longe de envolver um sincretismo metodológico, constitui-se em um critério racional que permite aferir as escolhas concretas e soberanas conforme o Direito Internacional de cada Estado⁶⁰.

Para Triepel, portanto, o dualismo é a teoria que melhor explicita o tema da relação entre Direito Internacional e direito nacional, razão pela qual ele passa a esboçar o modo pelo qual se estabelecem as relações recíprocas entre direito interno e Direito Internacional, que em sua concepção dizer se fazem a partir de dois critérios: a) conteúdo e b) fontes.

No que concerne às relações de conteúdo, na qual importa tanto a similitude da matéria regulada como, principalmente, a sincronia e a diacronia da regulação jurídica, o autor irá apreciá-la a partir da teoria da remessa por meio das “regras jurídica que funcionam como carta branca de recepção do direito” (*règles juridiques par blanc-seing opérant réception du droit*), mais especificamente nas regras de remessa que se reportam exclusivamente ao conteúdo do Direito Internacional, como a norma de direito nacional que é aperfeiçoada em seu significado quando complementada pelo conteúdo de uma norma internacional, chamadas por Triepel de “*règles juridiques par blanc-seing n’operant pas réception*”⁶¹. Para o autor, no entanto, estas regras de remessas não têm o condão de transformar o direito interno em Direito Internacional, ademais de gerar problemas práticos de aplicação por criar uma *terra incognita* quando de suas aplicações por órgãos inferiores do Estado.

Concernente às relações entre fontes, Triepel reafirma a diferença estrutural entre direito interno e Direito Internacional no que toca à diversidade volitiva que os cria, negando, de forma peremptória, a existência de uma justaposição entre estes sistemas jurídicos, quanto mais subordinação. Em outros termos, a antinomia entre direito interno e Direito Internacional, caso haja, não pode ser resolvida pela ideia de validade/invalidade daquele em relação a este, mas tão somente através do instituto da responsabilidade internacional do Estado pelo inadimplemento da obrigação internacional⁶².

60 TRIEPEL, *Le rapports entre le droit interne et le Droit International...*, pp. 85 e ss.

61 TRIEPEL, *Le rapports entre le droit interne et le Droit International...*, pp. 93 e ss.

62 TRIEPEL, *Le rapports entre le droit interne et le Droit International...*, pp. 115 e ss.

No que tange, por fim, ao princípio geral que orienta a teoria dualista, isto é, a ideia de que o Direito Internacional, para obter eficácia em âmbito interno precisa ser “internalizado” via recepção, isto é, tornar-se norma interna por meio do procedimento formal, geralmente instituído pela Constituição, pelo qual o Estado internaliza a norma de Direito Internacional⁶³, Triepel analisa as relações entre tais normas a partir, primeiramente, da diferenciação entre “direito interno conforme o Direito Internacional” e “direito interno indiferente ao Direito Internacional”. A diferença entre ambos é que o direito interno conforme o Direito Internacional constitui-se no conjunto de normas internas que são as únicas com relevância para se analisar a relação entre os dois sistemas normativos, e o direito interno indiferente ao Direito Internacional não, pois somente a primeira categoria se constitui no cerne do problema para aferir o cumprimento de uma obrigação internacional pelo Estado.

Depois, o autor faz um segundo *distingo* no âmbito do “direito interno conforme o Direito Internacional” a partir da díade “direito interno conforme o Direito Internacional autorizado” e “direito interno conforme o Direito Internacional ordenado”. O “direito interno conforme o Direito Internacional ordenado” compreende aquelas normas de relevância imediata para que o direito interno torne efetiva a uma norma do Direito Internacional, já o “direito interno conforme o Direito Internacional autorizado” de relevância mediata, como, *e.g.*, as regras de conexão do Direito Internacional Privado.

Por fim, Triepel opera um segundo *distingo* no âmbito do “direito interno conforme o Direito Internacional ordenado”, subdividindo-o em “direito interno conforme o Direito Internacional imediatamente ordenado”, que abarca as hipóteses em que o Direito Internacional estabelece um conteúdo a ser regulado pelo direito nacional, e o “direito interno conforme o Direito Internacional indiretamente ordenado”, também denominado de “direito interno conforme o Direito Internacional ordenado e indispensável”, e que se constitui naquele conjunto de normas internacionais que somente serão internamente postas em execução caso o Estado as regule.

Posição diversa, por obviedade, é a descrita na teoria monista tal como teorizada por Kelsen com a sua teoria do monismo com prevalência do Direito Internacional, de cariz manifestamente idealista e objetivista.

O que é importante demarcar é que, diferentemente de Triepel, que encontra no tema problemas de caráter teórico e prático (como, *e.g.*, o conceito de *terra incognita* no que alude à aplicação das normas internacionais pelos órgãos do Estado), Kelsen irá enfrenta-lo, como é

63 TRIEPEL, *Le rapports entre le droit interne et le Droit International...*, pp. 93 e ss.

usual em sua obra, a partir de problemas teóricos atinentes à fundamentação e validação recíproca entre direito nacional e Direito Internacional.

Com efeito, quando no Curso de 1926⁶⁴, que será o referencial utilizado nesse trabalho, ele enfrenta especificamente o problema da relação entre Direito Internacional e direito interno, a partir da afirmação de que o sistema jurídico não pode ser compreendido a partir do pressuposto de existência de dois sistemas normativos independentes e igualmente válidos (que é a tese central do dualismo), mas sim de um sistema unitário de normas fundadas, hierarquicamente, por uma norma fundamental hipotética, cuja finalidade, no plano lógico-formal, é a de dar um fechamento ao sistema normativo de forma a se evitar o *regressum ad infinitum*⁶⁵. Com isso, evita-se, de um lado, o pluralismo jurídico, e de outro, a ofensa aos princípios fundamentais do pensamento sistêmico, isto é unidade de sentido e coerência interna⁶⁶.

No que alude à relação entre Direito Internacional e direitos nacionais, Kelsen, ao (re)afirmar a unidade sistemática do direito irá reconhecer, assim como o faz em relação ao sistema normativo dos Estados federativos, a existência de um ordenamento jurídico total – a ordem da sociedade internacional – e ordens jurídicas parciais – os diversos ordenamentos nacionais⁶⁷. O que permite a coerência e unidade no interior desse sistema macro são as regras de **coordenação** e de **subordinação**. Subordinação porque os Estados e seus respectivos ordenamentos jurídicos estão submetidos ao Direito Internacional Geral através do princípio da primazia do direito internacional; coordenação porque, salvo as hipóteses específicas atinentes ao Direito Internacional Geral, a autonomia legiferante das unidades parciais é

64 KELSEN, *Les rapports des système...*, pp. 231-326.

65 O problema da identificação da “norma fundamental hipotética” na teoria monista foi, por assim dizer, um genuíno “work in progress” no pensamento de Kelsen. Se em seus trabalhos iniciais – Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, de 1920, bem como em seus dois cursos iniciais na Academia de Direito Internacional - Les rapports des système entre droit interne et Droit International Public, de 1926, e o Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis, de 1932, ele a identificou no princípio *pacta sunt servanda*, em seus últimos trabalhos, em especial no Théorie du Droit International Public, referente ao curso do ano de 1953, Kelsen afasta dita identificação – na medida em que este princípio se constitui numa norma de direito internacional consuetudinário, portanto não hipotético -, para fazê-lo no princípio consuetudo et servanda, que fundamenta a potência criadora dos costumes internacionais, pois a “[...] base do direito consuetudinário [...] consiste “no princípio geral de que se deveria manter uma conduta de forma como nossos pares costumam tê-la e por certo período de tempo costumavam manter”. E, somente na hipótese desse princípio fundador assumir o caráter de norma, “[...] o costume vem a ser um fato criador de Direito” (KELSEN, 2010, p. 380). Reitera-se, por fim, que esse entendimento de Kelsen resultou de uma evolução interpretativa do autor sobre sua própria sistematização do ordenamento jurídico, não tendo sido considerado em suas primeiras obras”. MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de, PONTES, Jean Rodrigo Ribeiro de. *Hans Kelsen e a Prevalência do Direito Internacional: um lugar para a Grundnorm*, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier, DANNER, Leno Francisco. *Filosofia do direito e contemporaneidade*, Porto Alegre: Fi, 2015, p. 66-68.

66 KELSEN, *Les rapports des système...*, pp. 263 e ss.

67 KELSEN, *Les rapports des système...*, pp. 270 e ss.

assegurada pelo Direito Internacional, que delimita, territorial e juridicamente, a esfera de validade desses ordenamentos parciais⁶⁸.

Assim, repita-se, aquilo que é denominado por “soberania” deve ser compreendida pela expressão “jurisdição”, isto é, o conjunto de poderes legislativos, adjudicativos e governamentais assegurados pelo Direito Internacional para que o Estado possa se autogovernar sem que, doutro passo, sofra intervenções internacionalmente indevidas por outros Estados.

Especificamente contra o dualismo, Kelsen⁶⁹ soergue as seguintes contradições e equívocos: a) o dualismo nega a juridicidade do Direito Internacional: ao afirmar a validade exclusiva do direito nacional em âmbito interno, o dualismo acaba por infirmar a juridicidade positiva do Direito Internacional, remetendo-o a uma juridicidade “natural”, quando muito assemelhada a um conjunto de regras morais e/ou de usos, como o afirmado por John Austin, um dos mais loquazes negadores da juridicidade do Direito Internacional; b) o dualismo nega a juridicidade dos ordenamentos jurídicos estrangeiros: ao estabelecer a validade das normas somente sobre o postulado da soberania nacional, para Kelsen o dualismo nega, *eo ipso*, a validade das normas de outros Estados; c) o dualismo nega a possibilidade de delimitação dos domínios normativos dos Estados; e d) por fim, Kelsen expõe a sua objeção à teoria da união (*Vereibarun*) ao sustentar que, nessa hipótese, confluem dois momentos distintos de criação do Direito Internacional, bem como a teoria da transformação do Direito Internacional em direito nacional. Para Kelsen, união e fontes internacionais são caracterizadas como momentos sucessivos de interpretação e aplicação do Direito Internacional, não sendo a união nada mais do que o procedimento de criação das fontes. Com relação à teoria da transformação, isto é, a tese da internalização, ele não irá negar que, geralmente, os Estados estabelecem um procedimento interno de ratificação e promulgação do Direito Internacional anteriormente concertado. Mas isso, *per se*, não transforma o Direito Internacional em direito nacional, posto que, tenham os Estados internalizado ou não a obrigação internacional, isto não ilide a obrigatoriedade de seu cumprimento.

Numa segunda etapa, Kelsen irá expor as principais teses acerca do monismo, iniciando-se pela teoria do monismo com prevalência do direito nacional, consignando que este tem como tarefa essencial a preservação da ideia de soberania dos Estados, sendo, nesse sentido, uma teoria fundada sob a autolimitação dos Estados em face à sociedade internacional. Esta autolimitação tem por fundamento o princípio do reconhecimento,

68 KELSEN, *Les rapports des système....*, pp. 299 e ss.

69 KELSEN, *Les rapports des système....*, pp. 275 e ss.

segundo o qual “[...] o direito soberano dos Estados nacionais reenvia no que concerne às relações internacionais às regras conhecidas pelo nome de Direito Internacional [...]”⁷⁰. Este reconhecimento se opera ou por uma regra específica do direito nacional – geralmente a Constituição –, ou de forma tácita, mediante a autorização geral para que um órgão assim o faça. O problema dessa concepção é a de reconhecer o Direito Internacional somente no que for compatível com o direito nacional, e não este *de per se*. Contudo, um seu aspecto positivo é a de conferir cogência à regra *pacta sunt servanda*, de modo que, em sendo violada uma norma internacional, considera-se violada, no mesmo passo, um norma do direito nacional.

Por fim Kelsen irá expor de forma bastante minudente as razões de seu convencimento acerca da superioridade teórica e política do monismo com prevalência do Direito Internacional. Ele inicia afirmando que a **essência** do Direito Internacional moderno é a fundação de uma sociedade internacional formada por Estados iguais, do qual ele infere a supremacia da sociedade internacional – enquanto ordem jurídica total objetiva – sobre as sociedades parciais – Estados. Ademais, é a existência desse ordenamento jurídico total que permite a coordenação ‘soberana’ das ordens parciais, mediante a delimitação recíproca de suas jurisdições internacionais. Ora, esta delimitação somente é possível se, ao mesmo tempo, ela for considerada como válida, isto é, obrigatória pelas ordens jurídicas parciais. Assim, soberania não seria nada mais do que independência recíproca entre ordens parciais, e não insubmissão à ordem jurídica total – o Direito Internacional.

Isto somente é possível se se considerar, doutro giro, que a ordem jurídica internacional é dotada de existência objetiva, isto é, a sua validade não depende da vontade dos Estados, mas que os Estados estão submetidos às normas do Direito Internacional. Kelsen, nesse sentido, resgata a distinção grociana entre um Direito das Gentes imutável e um Direito das Gentes voluntário, no qual este está submetido àquele em sua validade. Por isso, a fonte de Direito Internacional não é válida enquanto mera manifestação de vontade do Estado (ou porque conforme o seu ordenamento jurídico), mas enquanto norma objetiva formal e materialmente diversa das fontes internas, devendo os Estados, em observância ao princípio da supremacia do Direito Internacional sobre o direito nacional, adequar os seus ordenamentos jurídicos ao Direito Internacional através dos critérios da coordenação ou da subordinação.

70 KELSEN, *Les rapports des système...*, pp. 291 e ss.

As duas teorias, como se verificou acima, são inconciliáveis, operando um *aut-aut* que opõe, em polos distintos, internacionalistas e soberanistas⁷¹, mas também manifestos problemas quanto à aplicação das normas de Direito Internacional em nível interno.

No Brasil, ademais, como indicado por Macedo e Costa Pinto⁷², o problema, desde a Constituição de 1988, restou reduzido à discussão acerca da hierarquia dos tratados internacionais, mormente os relativos ao Direito Internacional de Direitos Humanos, em razão, de um lado, do silêncio constitucional acerca do regime de incorporação das normas internacionais em nível interno, operando, no respeitante àquele campo normativo uma polarização doutrinária-jurisprudencial sobre o sentido do artigo 5º, §2º da Constituição de 1988, e de outro lado uma redução da abrangência das fontes de Direito Internacional, vale dizer, a circunscrição do debate somente aos tratados internacionais, descurando-se, pois, de outras fontes, como os costumes internacionais⁷³, as resoluções das organizações internacionais, em especial as resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, as únicas dotadas de imperatividade, diversamente das derivadas das demais organizações internacionais, compreendidas como manifestação de *soft law*, o cumprimento das sentenças proferidas por Tribunais Internacionais, dentre outros tópicos relevantíssimos.

Com efeito, a discussão que se trava nas duas teorias abrange às fontes do Direito Internacional, e não somente os tratados internacionais, tema que é assaz importante quando, *e.g.*, se analisa a eficácia interna dos costumes internacionais⁷⁴, a fonte por excelência no contexto do Direito Internacional Geral e em muitos aspectos do Direito Penal Internacional⁷⁵,

71 DE OLIVEIRA, *Direito Penal Internacional, Estado Constitucional e o Problema da Mitigação da Soberania...*, passim.

72 MACEDO, Paulo Emílio Borges de, COSTA PINTO, Paulo Edvandro. Monismo e dualismo além dos Tratados: a internalização das resoluções do Conselho de Segurança, *Revista Quaestio Iuris*, 2012, pp. 1-14.

73 Não se pode perder de vista que para o direito internacional geral, diversamente do que acontece com os direitos nacionais, mormente se pertencentes ao sistema romano-germânico, os costumes ainda se constituem nas principais e mais importantes fontes de direito. Por todos, GUGGENHEIM, Paul. *Contribution a l'histoire des sources du Droit des Gens*, RCADI, vol. 94, 1958, p. 36, segundo o qual “[...] la coutume, au point de vue de la doctrine, est la source originaire et la plus importante. C’est d’elle que la seconde de sources, la convention tira sa validité [...]”.

74 Consultando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia dos costumes internacionais em nível interno, salvo as oportunidades em que a Corte apreciou matéria atinente à imunidade internacional dos Estados – AC 9.705-6, na qual ele concedeu ao Governo Espanhol imunidade internacional ampla, inclusive em matéria de jurisdição trabalhista, aplicando norma internacional consuetudinária, decisão, no entanto, que foi alterada quando do julgamento da AC 9.696-3, em que a Corte entendeu que a imunidade internacional dos Estados não abrange lide trabalhista – a Corte não tem qualquer decisão acerca da eficácia do costume internacional geral ou em matéria de direitos humanos.

75 “Como o direito penal internacional é, ao mesmo tempo, parte do direito penal internacional público formal, pode originar-se, basicamente, por meio da celebração de convenções multilaterais pelos Estados interessados [...] ou por meio da formação de direito consuetudinário ou princípio gerais do direito [...]. O direito consuetudinário e os princípios gerais do direito são, por certo, difíceis de identificar, dado que se tratam de direito internacional não escrito. Contudo, embora faltem às convenções correspondentes, estas fontes do direito

sendo este último um tema que causa não pouco estrépito no contexto do Direito Penal brasileiro em razão do subprincípio “*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*”, que veda eficácia incriminadora ao costume.

Ademais, e esse tópico é um problema que toca de forma bastante singular ao presente trabalho, é preciso considerar de que forma os fenômenos da extensão e da fragmentação influenciam nas relações entre Direito Internacional e direito nacional, tendo em vista, principalmente, a diversidade conteudística das normas e das obrigações internacionais delas decorrentes, bem como as profundas modificações que referidos fenômenos provocaram não somente na conformação da sociedade internacional – de uma sociedade de justaposição a uma sociedade de coordenação e cooperação –, mas também no modo como os Estados se veem compelidos a dar cumprimento a tais obrigações. A isto se soma, por fim, uma crescente autonomização e privatização de muitas fontes, mormente no contexto da *lex mercatoria*, da *lex sportiva* e da *lex digitalis*⁷⁶, frente às quais o Estado se vê obrigado a construir pontes entre os sistemas normativos, ou se excluir, “soberanamente”, de tais relações⁷⁷.

Em outros termos, se as relações entre Direito Internacional e direito nacional, no sistema westfaliano, eram, por definição, estatocentricas⁷⁸, com o regime internacional que se vem conformando desde a Carta das Nações Unidas, e muito mais com o fenômeno da globalização econômica e os diversos processos de internacionalização do direito, tem-se a clara dimensão de uma contínua e irrefreável descentralização não só das fontes normativas internacionais, mas também das nacionais⁷⁹, demandando do estudioso a necessidade de tentar pensar não mais o “uno”, mas o “múltiplo”, o “plural”, caracterizado por aquilo que Delmas-Marty identificará, no contexto da internacionalização do direito, pelas imagens das “pirâmides inacabadas” e por “[...] estranhos anéis que evocam “raminhos de uma guirlanda eterna” [...]”⁸⁰, nas quais os sistemas normativos, guardando cada um para si uma ampla

devem servir como ponto de partida construtivo para a formação de normas de direito penal internacional”. AMBOS, *A parte geral...* pp. 43-44.

76 Expressões que identificam, respectivamente, o Direito Comercial Internacional, o sistema jurídico que rege os esportes em nível transnacional e o regime de regimento da rede mundial de computadores exercido pelo Internet Corporation of Assigned Names and Numbers.

77 Nesse sentido, NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 115 e ss.

78 WEIL, *Le Droit International en quête...* pp. 25-41.

79 NEVES, *Transconstitucionalismo...*, p. 53 e ss. DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*, tradução de Maria Ermantina de A. P. Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 45 e ss.

80 DELMAS-MARTY, *Por um direito comum...*, pp. 85-87.

autonomia de regulação e hierarquização, impõe ao intérprete a exigência de um pensamento transdisciplinar⁸¹.

De qualquer sorte, seja qual for a conformação que se dê ao sistema internacional contemporâneo, é mais do que indubitável que o direito nacional e o Direito Internacional somente são passíveis de coexistirem se existir uma⁸²

[...] relação de coordenação ou de subordinação. Esta estabelece uma relação de hierarquia entre as duas ordens. Já coordenar significa equilibrar dois sistemas equivalentes. Esta tarefa, contudo, implica subordinar ambos a uma terceira ordem, a qual deverá delimitar o domínio de uma e de outra. A subordinação, pois, mostra-se a relação mais importante. E uma ordem será subordinada a outra se possuírem o mesmo fundamento de validade. Trata-se do caso das relações entre direito internacional e direito interno.

Assim, ao se adotar no presente trabalho a teoria do monismo com prevalência do Direito Internacional para orientar a compreensão das relações entre os ordenamentos nacionais e internacionais, tal medida não se constitui num investimento de cariz pessoal e voluntarista, mas científica, na medida em que somente esta teoria logra fundamentar de forma clara e objetiva as relações entre os dois sistemas jurídicos, mormente o contemporâneo, gizado pela conformação descentralizada de vários e múltiplos campos de regulação.

Noutro passo, é importante relembrar o fato de que as normas de Direito Internacional possuem uma eficácia mitigada no que respeita à sua estrutura deontológica quando cotejado com as normas do direito nacional⁸³, posto que, conforme ensina Pastor Ridruejo, ao lado do aspecto por ele identificado com a expressão “politização estendida”, uma vez que os Estados, em suas relações internacionais, “[...] se comporta[m] mais frequentemente como ente[s] de poder, isto é, inspirado[s] mais por motivações política que jurídicas [...]”⁸⁴, a própria estrutura normativa das fontes internacionais – tratados internacionais, costumes, resoluções de organizações internacionais etc – se caracterizam pela dualidade obrigações de comportamento e obrigações de resultado, em que o *facere* e o *non facere* nelas vinculadas têm uma dimensão muito mais dúctil do que aquelas previstas pelas normas de âmbito interno:

81 RESTA, Eligio. *O direito fraterno*, tradução de Sandra Regina M. Vial, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, passim.

82 MACEDO, COSTA PINTO, Monismo e dualismo além dos Tratados..., p. 3-4.

83 Como seja, normas proibitivas, mandamentais e permissivas, pelas quais o legislador impõe/assegura ao destinatário final das normas, respectivamente, o *non facere*, o *facere* ou a *facultas agendi*. Nas duas primeiras hipóteses, um ato comissivo ou omissivo viola ao comando primário da norma, suscitando a imputação da responsabilidade jurídica com a conseqüente sanção; na última hipótese, o fazer ou não fazer é de livre escolha do sujeito, não podendo o Estado impor responsabilidade alguma, salvo a hipótese de abuso de direito.

84 PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional...*, p. 23.

Efetivamente, junto às normas que estabelecem obrigações de resultado, que são as que impõem aos Estados o dever de alcançar determinado objetivo (por exemplo, a abstenção do recurso à ameaça ou uso da força), existem normas que não fixam senão obrigações de comportamento, isto é, o dever de pôr os meios para alcançar determinado resultado, mas sem exigir taxativamente a sua consecução (por exemplo, o de procurar chegar à resolução das controvérsias internacionais). Pois bem, como a execução deste último tipo deixa grandes margens de discricionariedade aos destinatários, a verificação de seu incumprimento é extremamente problemática.⁸⁵

Assim, mesmo considerando-se a extensão, a fragmentação e a autonomização de diversos campos no âmbito do Direito Internacional e do Direito Transnacional como traços distintivos da realidade contemporânea, é certo que os Estados ainda detêm uma ampla margem de autonomia político-jurídica para estabelecer o modo do cumprimento interno das normas internacionais, sendo tais modos de internalização compendiados pelos conceitos de unificação, uniformização e harmonização.

Na unificação identifica-se a hipótese nomeada por Dolinger⁸⁶ sob a rubrica do direito uniformizado (ou direito uniforme espontâneo), pelo qual os Estados ajustam, através de um tratado internacional, a regulação unificada de determinados institutos jurídicos que deverão ser regulados em âmbito interno de conformidade com o regramento estabelecido pelo Direito Internacional, como nas hipóteses, *e.g.*, das Leis Uniformes de Genebra sobre Títulos de Crédito e demais normas produzidas no contexto da Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional Comercial.

Já na uniformização busca-se o estabelecimento de um tratamento uniforme de determinada matéria pelos direitos nacionais, que deverão, conforme a sua cultura jurídica e os seus princípios fundamentais, dar eficácia interna às normas internacionais. Nesse sentido, é comum que os tratados internacionais, diversamente do que ocorre na unificação, regule as obrigações internacionais através de princípios ou regras gerais que permitam aos Estados adequar as suas legislações ao Direito Internacional.

É o que se dá, geralmente, no âmbito das regulações internacionais sobre o Direito Penal, na medida em que os tratados internacionais, estabelecendo, *e.g.*, mandatos internacionais de tipificação interna, o fazem a partir de regras gerais, salvaguardando aos Estados a possibilidade de adotarem integral ou parcialmente o programa internacional a depender dos princípios fundamentais de seus ordenamentos jurídicos, bastando pensar que

85 PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional...*, p. 24.

86 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*, 6 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 33-42. Conforme este autor, o direito uniforme ocorre quando um Estado recepção, total ou parcialmente, normas vigentes no ordenamento jurídico de outro Estado; já o direito uniformizado, ou direito uniforme dirigido, decorre do “[...] esforço comum de dois ou mais Estados no sentido de uniformizar certas instituições jurídicas, geralmente por causa de sua natureza internacional”.

um tratado multilateral deverá apresentar parâmetros de regulamentação pelo direito nacional para Estados pertencentes a famílias jurídicas tão dispares como o são os do sistema romano-germânico, anglo-saxão, islâmico, dentre outros, donde o papel importantíssimo desempenhado pelo direito comparado na conformação e interpretação do Direito Penal Internacional, mormente a partir dos princípios gerais do Direito Penal⁸⁷.

Isto fica muito evidente, *v.g.*, no tocante à imprescritibilidade dos crimes internacionais próprios, já que para o Direito Internacional, segundo o costume internacional, a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade e o artigo 29 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, dentre outras fontes, especialmente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, eles são imprescritíveis⁸⁸, o mesmo não o sendo para os Estados que, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotem o regime de prescrição.

Assim, para se uniformizar a temática em âmbito interno, geralmente as convenções internacionais fixam a obrigação de se adotar o prazo mais longo para a ocorrência dessa causa de extinção da punibilidade⁸⁹.

Outro exemplo interessante é o disposto no artigo 26 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que concita os Estados a, se assim o permitir os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotar a responsabilidade penal da pessoa jurídica como medida de responsabilização dos agentes acusados da prática de corrupção⁹⁰.

Terceiro exemplo bastante instigante relativo à uniformização do Direito Internacional é o respeitante à pena de morte⁹¹.

87 AMBOS, *A parte geral...*, pp. 47-52.

88 Nesse sentido, artigo 29 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Na mesma senda, Resolução 2338 (XXII), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1967 e a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968.

89 *E.g.*, conforme o artigo 7º da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas: “Artigo 7º - A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição. No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Membro”.

90 “Artigo 26 - Responsabilidade das pessoas jurídicas: 1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. 3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. 4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.”

91 A esse respeito, afirma Schabas: “From the earliest years, the question of capital punishment found itself very much at the core of the international human rights law debate, despite persistent claims by some states that it was a ‘criminal law issue’ and as such not particularly relevant to human rights standard-setting. The first normative instrument of the new system, the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations

Com efeito, os principais tratados internacionais universais⁹² e regionais⁹³ sobre Direitos Humanos têm buscado estabelecer, a partir do postulado da inviolabilidade do direito à vida, o princípio geral da abolição da pena de morte, podendo-se, nesse sentido, distinguir as políticas nacionais dos Estados sobre a matéria em três grupos distintos: a) abolicionistas, isto é, aqueles Estados que não aplicam a pena de morte em nenhuma circunstância, b) abolicionistas relativos, que somente reservam a pena de morte para crimes graves e/ou crimes militares, sendo este último, os crimes militares em tempo de guerra, o caso do Brasil, *ex vi* do artigo XLVII, “a” da Constituição de 1988, e c) os Estados que a aplicam.

Confirma-se a existência dessa política internacional o fato de que, quando da realização da Conferência de Roma que instituiu o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a proposta apresentada por alguns Estados para que se adotasse a pena capital foi rechaçada, seguindo, nesse sentido, os Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que previram como pena mais severa a de caráter perpétuo⁹⁴.

General Assembly on 10 December 1948, proclaims the ‘right to life’ as a centrepiece of the legal regime. And it is self-evident that this right, which might also be called the ‘right to existence’, and which is a central concept in the ‘right to dignity’, is very much a prerequisite or sine qua non of the other fundamental rights set out in the Declaration, as the discussions at the very first session of the United Nations Commission on Human Rights in January 1947 indicate. The United Nations General Assembly stopped short of encouraging an explicit prohibition of the death penalty in the final text of the Declaration, although the debates in its Third Committee in 1948 show that this was a serious possibility, and that there was much support for such a measure. The drafters of the Declaration understood that abolition would take more time, yet they also grasped its importance within the overall scheme of international human rights, and wanted to do nothing that might inhibit the process. In any event, capital punishment was by then well entrenched as a central issue in the human rights discourse, a place it has retained ever since”. SCHABAS, William A. *International Law and the death penalty: reflecting or promoting change?*, in HODGKINSON, Peter, SCHABAS, William A (Eds.). *Capital punishment: strategies for abolition*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 36-37.

92 Artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o seu Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com Vistas à Abolição da Pena de Morte.

93 Sexto Protocolo à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Relativo à Abolição da Pena de Morte; artigo 4, 2-6 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte.

94 A este respeito, assevera Schabas: “The debate about capital punishment threatened to undo the Rome Conference. Unlike many other difficult issues, which had been widely debated and, in some cases, resolved during the Preparatory Committee sessions, the question of the death penalty had been studiously avoided throughout the pre-Rome process. At the December 1997 session of the Preparatory Committee, Norwegian diplomat Rolf Einar Fife, who directed the negotiations on sentencing, simply refused to entertain debate on the matter, saying this would be addressed at Rome. Capital punishment might not have been such an issue were it not for sharp debates that took place in another forum, the United Nations Commission on Human Rights. Beginning in 1997, progressive States had pushed through resolutions on abolition of the death penalty. A particularly difficult exchange took place in March and April 1998 and, although the abolitionists won the day, it appears that a handful of retentionist States decided that they would counterattack. The campaign was led by a persistent group of Arab and Islamic States, together with English-speaking Caribbean States, and a few others such as Singapore, Rwanda, Ethiopia and Nigeria. The Rome negotiations were a perfect occasion for them to attempt to promote their position, because adoption of the Statute would require consensus. A small but well-organized minority searching for a degree of recognition of the legitimacy of capital punishment was in a position to extort concessions, and to an extent they were successful. Desperate to resolve the issue and ensure support for the draft Statute as a whole, the majority of delegates agreed to include a new Article stating that the

Entretanto, nenhum tratado internacional obriga que os Estados abulam a pena de morte para todas as hipóteses⁹⁵, mas buscam instituir um programa internacional que tem por meta, quiçá inalcançável, a concretização desse desiderato ou, pelo menos, restringir, como caminho mediano, a sua aplicação somente para os crimes graves, de conformidade com o direito interno dos próprios Estados, vendado-a, no entanto, quer em relação a determinados indivíduos⁹⁶ quer para determinados crimes, em especial políticos ou de opinião⁹⁷. Ademais, os tratados internacionais sobre a matéria também instituem aquilo que se poderia denominar de proibição de retrocesso, ou derrogação⁹⁸, vale dizer, que um Estado abolicionista volte a adotar a pena de morte, ou que um Estado abolicionista relativo venha a aplicar a pena de morte como um padrão geral em seu sistema penal.

O que resta, portanto, nesse tema, é que o Direito Internacional somente logra uma maior adesão mediante um programa político-internacional forjado por sobre a uniformização, posto que a unificação constitui-se em uma meta de difícil concretização.

Doutro giro, é importante notar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à eficácia dos tratados internacionais em matéria penal substantiva, isto é, que criam tipos penais, exige a regulação interna da matéria através de lei formal aprovada pelo Congresso Nacional (*nullum crimen nulla poena sine lege populi*), pois, para a Corte, não basta a mera ratificação. Nesse sentido:

TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela

penalty provisions in the Statute are without prejudice to domestic criminal law sanctions, as well as to authorize a declaration by the President at the conclusion of the Conference pandering to the sensitivity of the death penalty States on the issue. Nevertheless, the exclusion of the death penalty from the Rome Statute can be nothing but an important benchmark in na unquestionable trend towards universal abolition of capital punishment. It also provides a useful argument against Islamic fundamentalists who argue that the death penalty is an imperative in their own justice systems. Yet they ultimately agreed to a legal regime without the death penalty. Several of them manifested this by voting in favour of the Statute, on 17 July 1998, and subsequently by signing it.” SCHABAS, William A. *An introduction to International Criminal Court*, 4th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 334-336.

95 Mesmo no regime europeu, que a partir do Sexto Protocolo à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Relativo à Abolição da Pena de Morte aboliu a pena de morte para crimes comuns, reservou aos Estados a possibilidade de a adotarem para as hipóteses de crimes de guerra, ex vi do artigo 2º: “Um Estado pode prever na sua legislação a pena de morte para atos praticados em tempo de guerra ou de perigo iminente de guerra; tal pena não será aplicada senão nos casos previstos por esta legislação e de acordo com as suas disposições. Este Estado comunicará ao Secretário - Geral do Conselho da Europa as disposições correspondentes da legislação em causa”.

96 V.g., menores de 18 anos, maiores de 70 anos ou mulheres grávidas (artigo 4, 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

97 V.g. artigo 4, 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

98 Conforme, e.g., o artigo 3º da Sexto Protocolo à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Relativo à Abolição da Pena de Morte.

referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria.⁹⁹

RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” – LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE – QUADRILHA (ATUALMENTE DESIGNADA “ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA”) – CONDUTAS PRATICADAS ENTRE 1998 E 1999, MOMENTO QUE PRECEDEU A EDIÇÃO DA LEI Nº 12.683/2012 E DA LEI Nº 12.850/2013 – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE SUPRIR-SE A AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, COMO INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE, PELA INVOCAÇÃO DA CONVENÇÃO DE PALERMO – INCIDÊNCIA, NO CASO, DO POSTULADO DA RESERVA CONSTITUCIONAL ABSOLUTA DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – DOUTRINA – PRECEDENTES – INADMISSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DE CONSIDERAR-SE O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA COMO EQUIPARÁVEL AO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA EFEITO DE REPRESSÃO ESTATAL AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO COMETIDO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 12.683/2012 E DA LEI Nº 12.850/2013 – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF). – As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais.¹⁰⁰

Em outros termos, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento jurídico brasileiro não permite a adoção da prática da aplicação direta da norma internacional incriminadora, na medida em que a Constituição de 1988 estabeleceu o primado da lei formal decorrente do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, não reconhecendo a Corte o decreto legislativo, seguido do decreto presidencial de ratificação e execução, como normas bastantes para o cumprimento de referida exigência¹⁰¹.

Contudo, essa vedação abarca somente às normas internacionais de incriminação, e não aquelas outras em que o próprio ordenamento nacional determina a aplicação direta da norma internacional, como, v.g., referente às imunidades internacionais, cooperação penal, a

99 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 96007*, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013.

100 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121835*, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 20-11-2015 PUBLIC 23-11-2015.

101 Na mesma toada segue Werle quando, ao discorrer sobre a internalização das obrigações internacionais decorrentes da ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional por Estados de matriz anglo-saxão, afirma que mesmo nesse contexto existe uma necessidade de sua regulação pela lei nacional: “Definitions of crimes under customary international law can be directly applicable to domestic law if, as in common law systems, criminality may be based not only on written but also on unwritten (customary) law [...] Notwithstanding this situation, courts in these legal system are extraordinarily reluctant to apply customary law. Dormant customary law definitions of crimes are rarely revived without legislative activity”. WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*, 2nd ed., Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, p. 119.

extradição ou mesmo aquelas que asseguram direitos fundamentais em favor do acusado, como é o caso da instituição em nível interno da audiência de custódia¹⁰², instituto que será mais bem apreciado em linhas à frente.

Por fim tem-se a prática da harmonização. Nessa hipótese busca-se, na melhor medida do possível, estabelecer um equilíbrio normativo entre o direito nacional e o Direito Internacional, de forma a se afastar, o quanto possível, antinomias ou interpretações divergentes em relação aos dispositivos normativos, de forma que aquilo que é assegurado e/ou regulado internacionalmente seja compatibilizado com aquilo que é vivido em âmbito nacional em termos de valores e princípios jurídicos fundamentais, encontrando um ponto médio de aplicação.

Conforme Lima¹⁰³,

[...] a harmonização representaria o nível mais modesto, em que os Estados assumiriam o compromisso de atingir certos resultados, mas estariam, de certa maneira, livres para decidir o modo de alcançar tais objetivos: poderiam emitir uma nova legislação ou, se for o caso, emendar a lei já existente, ou ainda poderiam alterar a interpretação ou o entendimento vigente sobre determinada situação jurídica.

Trata-se, portanto, da constatação da impossibilidade de uniformização, quanto mais da unificação, e a busca por um compromisso internacional que permita um grau mínimo de coesão acerca de determinada matéria, servindo-se o Direito Internacional, mais uma vez, de mandados de internalização das matérias mediante regras e princípios gerais. Este parece ser a principal forma pela qual se opera a internacionalização do direito da execução penal a partir do postulado da dignidade do sujeito encarcerado¹⁰⁴.

Portanto, é mais do que indubitado que, no concernente às relações entre Direito Internacional e direito nacional, aos Estados ainda é assegurado um grau bastante amplo de autonomia político-jurídica. O que este postulado, no entanto, não parece de forma alguma permitir concluir é que eles, nada obstante a assunção de obrigações internacionais, simplesmente deixem de lhes dar cumprimento em nível interno – provenham de quais fontes provierem -, principalmente em razão da imperatividade jurídica decorrente dos princípios *pacta sunt servanda* e *bona fide*.

102 Internamente, as referências normativas do instituto da audiência de custódia se encontram no artigo 5º, LXI e LXII da CRFB e na Lei 12.403, de 4 de maio de 2012, que restringiu as hipóteses de prisão processual, e em nível internacional, o artigo 9, 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e artigo 7, 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em nível jurisprudencial, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240 e na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.

103 LIMA, João André. *A harmonização do Direito Privado*, Brasília: FUNAG, 2008, p. 116.

104 DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *A Internacionalização do Direito da Execução Penal: em que(ais) sentido(s)?*, in DE OLIVEIRA, *Temas escolhidos...*, pp. 274-306.

1.4 Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos: a tríade garantia-persecução-dignidade do sujeito encarcerado

No presente tópico intenta-se dar respostas a três problemas fundamentais para a dilucidação do tema central da tese:

a) o Direito Penal, em sua manifestação nacional, é, ou pelo menos deveria ser, normativamente afetado pelas normas vigentes no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos?

b) Se positiva a primeira demanda, esta relação abarcaria a quais aspectos do Direito Penal?, e

c) Seria o Direito Penal um campo legítimo para a tutela jurídica do Direito Internacional dos Direitos Humanos?

A única resposta possível a estes três questionamentos, como de resto já se tem divisado ao longo do trabalho, é a afirmativa e, mais uma vez não por uma posição pessoal que pretenda afastar, como se nada fossem, as muitas contradições que ela atrai, mas por ser a mais adequada à necessária legitimidade político-jurídica do tipo Estado de Direito, no qual o Direito Penal deve cumprir função importantíssima para a existência e estabilidade de uma sociedade democraticamente organizada, a saber, a proteção de seus bens e interesses fundamentais.

Conforme Roxin¹⁰⁵, o conceito material de Direito Penal funda-se sobre o substrato dogmático da legitimidade da incriminação de comportamentos pelos Estados. Para o autor, este conceito material está submetido ao postulado teleológico da “proteção subsidiária de bens jurídicos”, segundo o qual, a proteção dos mesmos não pode se realizar somente através do Direito Penal, mas sim de um regime cooperativo que entrelaça a todos os demais ramos do direito com aptidão à sua tutela eficaz, do que decorre o caráter subsidiário da pena como “[...] *ultima ratio* da política social”.

Ademais, sendo o Direito Penal material e formalmente submetido à Constituição, o

[...] concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados em la Ley Fundamental [...] através de los cuales se la marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los **bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre**

105 ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general, 2 v. V. 1, tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid: Civitas, 1997, pp. 49/65.

desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema” (grifamos)¹⁰⁶.

Além disso, não sendo o Estado isolado, mas pertencente a uma sociedade internacional que compartilha interesses e princípios fundamentais, especialmente em matéria de proteção da dignidade humana e à sua própria estabilidade político-jurídica, deve, inexoravelmente, dar eficácia ótima e propiciar a proteção jurídica necessária a referidos bens e interesses internacionais, inclusive através do Direito Penal, na medida em que a “[...] concepción del bien jurídico [...] es certamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social e a los progresos del conocimiento científico”¹⁰⁷.

Conforme Zaffaroni e Pierangeli¹⁰⁸, que analisam este problema a partir do caráter objetivo e cogente do Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação a todos os Estados,

[...] a Declaração e todos os alicerces em plena construção de um sistema internacional de garantias aos Direitos Humanos vão configurando o limite positivado do que a consciência jurídica universal pretende impor às ideologias que regem o controle social em todas as nações. Por certo que ainda está muito longe de aperfeiçoar-se, mas, indiscutivelmente, vai-se criando uma *baliza jurídica positivada que serve de referência* [...] Estes instrumentos devem ser lavados em conta em qualquer interpretação que se faça do direito penal positivo interno, que não pode entrar em contradição com eles. Estes documentos têm criado, mediante uma base positiva, uma consciência jurídica universal. Pouco importa que alguns países não tenham ratificado todos eles, posto que, de fato, eles atuam universalmente, e nenhum país pode considerar-se desvinculado de seus princípios que, em definitivo, estão sistematizados na Carta das Nações Unidas e na Organização dos Estados Americanos.

Em outros termos, o tópico que ora se discute busca espeque no problema da legitimidade do sistema penal a partir de sua vinculação direta ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (conformado em suas três vertentes - o Direito Internacional dos Direitos Humanos em sentido estrito, o Direito Internacional Humanitário e o Direito dos Refugiados, na medida em que os mesmos, a partir do regime de complementariedade que lhes são ínsitos, se integram a propicia proteção jurídica da pessoa humana¹⁰⁹), cuja compreensão pode ser compendiada na tríade **garantia-persecução-dignidade do sujeito encarcerado**¹¹⁰.

106 ROXIN, *Derecho Penal...*, pp. 55-56.

107 ROXON, *Derecho Penal...*, pp. 57-58.

108 ZAFFARONI, Eugénio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal: parte geral*, 2 ed., São Paulo: RT, 1999, pp. 67-68.

109 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*, 2 v. V. 1, 2 ed., Porto Alegre: SAFE, 2003, pp. 340-443.

110 Inicialmente, seguindo as lições de Jorda, que ao tratar das relações entre Direito Penal Internacional e direitos humanos no tópico relativo à persecução dos core crimes, afirmava que as mesmas se iniciam no plano dos valores tutelados, e segue, respectivamente, pelos princípios materiais de direito penal e processuais

Garantia porquanto um dos temas centrais do Direito Internacional dos Direitos Humanos é a proteção dos direitos à vida, à liberdade pessoal, à segurança jurídica e a livre conformação e expressão do indivíduo e da comunidade em que ele vive, dentre outros, não sendo poucas as normas que buscam garantir, mediante a interposição de cláusulas de contenção, materiais e processuais, o exercício do poder punitivo dos Estados.

Assim, conforme se pode abstrair dos principais tratados internacionais acerca da matéria, é possível dicotomizar esta faceta da vinculação do Direito Penal ao Direito Internacional dos Direitos Humanos em duas variantes: de uma banda, garantias materiais decorrentes dos direitos à segurança jurídica e à liberdade, sendo o princípio da legalidade em Direito Penal e seus consectários um conjunto de garantias materiais inafastáveis que tem por função mitigar o poder de incriminação dos Estados¹¹¹, e doutra banda, garantias processuais penais decorrentes do princípio do devido processo legal, que em conjunto objetiva assegurar a concretização do princípio do processo justo (*fair trial*)¹¹².

De fato, é possível afirmar-se que a vinculação do Direito Penal, nacional ou internacional, às garantias fundamentais decorrentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, se constitui em uma genuína manifestação de um projeto civilizacional em que referidas garantias materiais e processuais, mais do que estabelecer meros procedimentos legislativos ou institucionais para o exercício da persecução penal, são verdadeiras pedras de toque para a legitimidade político-jurídica do sistema penal. Assim, garantias como a estrita legalidade em direito penal, os princípios da irretroatividade da lei penal *in pejus* e a irretroatividade da lei penal *in mellius*, a vedação do *ne bis in idem*, a vedação dos tribunais *ad hoc* ou de exceção e a consectária garantia do juiz natural, a vedação de provas ilícitas, o

orientados pelo princípio do processo equitativo, concluindo, pois, que a relação se dá no plano dos “[...] valores: os protegidos pelos tipos penais, os protegidos pelo procedimento” (JORDA, Claude. *Valores comuns da humanidade: o ponto de vista jurídico*, in CASSESSE, Antonio. DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*, tradução de Silvio Antunha, Barueri: Manole, 2004, p. 75), pensou-se a vinculação a partir da díade persecução-garantia. Contudo, por ser a execução penal parte indissociável do Direito Penal, bem como por existirem inúmeras normas internacionais gerais e/ou específicas que incidem sobre a matéria, a díade foi substituída pela tríade garantia-persecução-dignidade do sujeito encarcerado, tendo como referência o artigo 10, 1 do PICDP, segundo o qual toda “[...] pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”, e o artigo 5, 2, segunda parte, da Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo o qual “[...] Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

111 Nesse sentido é o significado comum que se pode extrair do disposto no artigo VII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 15 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, o artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e, no contexto europeu, o artigo 7º da Convenção Para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

112 Conforme expressamente previsto no artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 9º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, artigo 8º Convenção Americana de Direitos Humanos e, no regime europeu, o artigo 6º da Convenção Para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

direito à presunção de inocência e a não produção de provas contra si mesmo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, a adoção do modelo acusatório, a limitação dos motivos ensejadores das prisões processuais antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória etc, se manifestam como os únicos meios através dos quais os Estados e os Tribunais Penais Internacionais podem, legitimamente, exercer a persecução penal.

Sarah J. Summers¹¹³, em sua monografia sobre o desenvolvimento e abrangência do direito a um “julgamento justo” no contexto do direito europeu, expressamente assegurado no artigo 6º da Convenção Para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, aponta não somente a importância jurídica, mas também política de se assegurar a todo indivíduo acusado do cometimento de um crime determinados direitos fundamentais que têm por escopo mitigar a potestade estatal, especialmente para afastar que referidos direitos, concebidos como princípios jurídicos fundamentais irremissíveis à legitimação da persecução penal, sejam mitigados por considerações políticas e/ou públicas de prevalência de supostos “interesses coletivos”. Em outros termos, constituem-se em princípios jurídicos que, na qualidade de normas fundamentais do ordenamento jurídico, valem a partir da polaridade lícito-ilícito, e que uma vez violados pelos Estados, ensejam a imputação de responsabilidade internacional:

There can be little doubt that fairness in criminal proceedings has, and more specifically with ensuring that those accused of criminal offences have an adequate opportunity to exercise certain rights. Those charged with a criminal offence have the ‘right’ to a fair trial, the ‘right’ to present evidence in their defence and the ‘right’ to remain silent. Even in legal systems such as those of the United Kingdom, where theorising in terms of rights was traditionally unpopular, scholars have increasingly turned to considering the ‘advantages of conceptualizing the criminal process in terms of rights in general and human rights in particular’.

Procedural rights are said to operate as ‘procedural restraints on state power to ensure that the individual is treated with dignity and respect’, thereby limiting (as well as legitimising) the application of the substantive law. A theory, so the argument goes, ‘which uses the notion of human rights has the effect of blocking arguments which allow or require the interests of individuals in the criminal process to be overridden’ by, for example, ‘the social value in increased factfinding’. It is precisely this ‘constitutional type’ character of rights that lends them their strategic importance, particularly when they are viewed in Dworkinian terms as ‘trumps’ able to defeat collective social goals. Principles expressed as rights have more protection from interference from politicians and the electorate than norms expressed as mere laws. Indeed this would seem to be precisely the reason for the creation of the European Convention on Human Rights. In the aftermath of the Second World War, there was a desire to find legal means to try and prevent the types of atrocities which took place in Europe in the first half of the twentieth century. The Convention can therefore be seen in the context of an international attempt to set standards which could not be overridden by the competing aims of the various legislatures. This was to be achieved first by way of collective inter-state agreement on those principles which were to be deemed ‘inviolable’ - thus providing for the potential for collective disapproval in the event that a member state did in fact violate the provisions - and secondly through the setting out of these principles in the language of ‘human rights’. The expression of the Convention guarantees as ‘rights’ afforded them not just greater symbolic

113 SUMMERS, Sarah J. *Fair trials: the european criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2007, pp. 169-170.

importance than would have been attributed to them had they been expressed simply as legal norms, it also conferred significant concrete benefits for those seeking to have them applied in practice.

Exemplos dessa vinculação, em nível interno, se abstrai do conjunto de direitos fundamentais que a própria Constituição de 1988 interpõe como condição inafastável para o exercício legítimo da persecução penal, como, de resto, o é feito pela maior parte das constituições democráticas no mundo, e em nível internacional a expressa disposição contida no artigo 21, 3 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, quando estabelece que o direito aplicável pela Corte

[...] deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3o do artigo 7o, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.

Sobre esse tópico, a Seção de Recursos do TPI (*Appeal Chamber*), no caso Lubanga¹¹⁴, ao interpretar referida vinculação, afastou qualquer possibilidade de se legitimar o exercício de sua jurisdição em caso de uma violação a tais estándares, na medida em que não existe outro meio de se concretizar os princípios inerentes ao processo justo senão através de uma estrita submissão às normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que o

[...] artigo 21º do Estatuto determina que a norma aplicável por força do Estatuto deve ser interpretada, bem como aplicada de acordo com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. [Os] [d]ireitos humanos sustentam o Estatuto [em] todos os seus aspectos, incluindo o exercício da jurisdição do Tribunal. As suas disposições devem ser interpretadas e, mais importante, aplicadas em conformidade com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos [...] Onde [o] julgamento justo torna-se impossível por causa da violação dos direitos fundamentais do suspeito ou acusado por seu/seus acusadores, seria uma contradição em termos colocar a pessoa em julgamento [...] Um julgamento justo é o único meio para [se] fazer justiça. Se nenhum julgamento justo puder ser realizado, o objeto do processo judicial é frustrado e o processo deve ser interrompido [...] Nestas circunstâncias, por maior que seja o interesse da comunidade mundial em submeter [as] pessoas acusadas dos crimes mais hediondos contra a humanidade a julgamento, é superado pela necessidade de manter a eficácia do processo judicial como agente concretizador [*potente agent*] da justiça.

Outra não é a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se pode observar do que foi decidido no Habeas Corpus 96.905/RJ, cuja ementa consolida, de forma

114 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, The Appeal Chamber, 14 December 2006, disponível em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc243774.PDF>, acessado em 20.jan. 2015, pp. 18-22.

sistemática, os direitos que são irremissivelmente assegurados a qualquer pessoa no ordenamento jurídico brasileiro no contexto da persecução penal¹¹⁵:

"HABEAS CORPUS" - JÚRI - TESTEMUNHA ARROLADA, COM A CLÁUSULA DE IMPRESCINDIBILIDADE, PARA SER INQUIRIDA NO PLENÁRIO DO JÚRI (CPP, ART. 461, "CAPUT", NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.689/2008) - DIREITO SUBJETIVO DA PARTE - NÃO COMPARECIMENTO, CONTUDO, DE REFERIDA TESTEMUNHA, JUSTIFICADO MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE ATESTADO MÉDICO - MANIFESTAÇÃO DO RÉU INSISTINDO NA INQUIRÇÃO, EM PLENÁRIO, DE REFERIDA TESTEMUNHA - INDEFERIMENTO DESSE PLEITO PELA JUÍZA-PRESIDENTE - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA EVIDENTE AO DIREITO DE DEFESA DO ACUSADO - NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA - RÉU QUE EXPRESSAMENTE MANIFESTOU O SEU DESEJO DE SER DEFENDIDO POR ADVOGADO QUE ELE PRÓPRIO HAVIA CONSTITUÍDO - PLEITO RECUSADO PELA MAGISTRADA QUE NOMEOU DEFENSOR PÚBLICO PARA PATROCINAR A DEFESA TÉCNICA DO ACUSADO - TRANSGRESSÃO À LIBERDADE DE ESCOLHA, PELO RÉU, DE SEU PRÓPRIO DEFENSOR - DESRESPEITO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO - INVALIDAÇÃO DO JULGAMENTO PELO JÚRI - PEDIDO DEFERIDO. LIBERDADE DE ESCOLHA, PELO RÉU, DE SEU PRÓPRIO DEFENSOR. - O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da "persecutio criminis", específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição. Cumpre ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro Advogado. Antes de realizada essa intimação - ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado - não é lícito ao juiz nomear defensor dativo (ou Defensor Público) sem expressa aquiescência do réu. Precedentes. ABRANGÊNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW", QUE COMPREENDE, DENTRE AS DIVERSAS PRERROGATIVAS DE ORDEM JURÍDICA QUE A COMPÕEM, O DIREITO À PROVA. - A garantia constitucional do "due process of law" abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas e de tratamento processual); (g) direito de não ser investigado, acusado processado ou condenado com fundamento exclusivo em provas revestidas de ilicitude, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude derivada (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (l) direito de ser presumido inocente (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, em consequência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO); e (m) direito à prova. - O direito à prova qualifica-se como prerrogativa jurídica de índole constitucional, intimamente vinculado ao direito do interessado de exigir, por parte do Estado, a estrita observância da fórmula inerente ao "due process of law". - Os juízes e Tribunais têm o dever de assegurar, ao réu, o exercício pleno do direito de defesa, que compreende, dentre outros poderes processuais, a faculdade de produzir e de requerer a produção de provas, que somente poderão ser recusadas, mediante decisão judicial fundamentada, se e quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

[...]

115 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 96905*, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-146 DIVULG 29-07-2011 PUBLIC 01-08-2011.

Em outros termos, se é legítimo que os Estados exerçam a persecução penal contra os acusados de terem cometido um ilícito penal, esta legitimidade é abolutamente condicionada pelos princípios materiais e procedimentais assegurados constitucional e internacionalmente.

Doutra banda, a vinculação entre Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos também se dá através da persecução, uma vez que, ao lado da finalidade garantidora, ele também obriga que os Estados sacionem, mediante o exercício de suas jurisdições, determinados comportamentos que violam aos direitos humanos, sejam estes comportamentos praticados pelo Estado ou por particulares, como, por exemplo, a tortura, o desaparecimento forçado de pessoa, o tráfico internacional de pessoas, a discriminação contra minorias etc, através dos denominados mandados internacionais de criminalização¹¹⁶. Para Ramos,

A dimensão objetiva dos direitos humanos consolidou uma característica que, aparentemente, não seria típica do regime jurídico de tais direitos: a busca pela proteção penal [...] Esse entrelaçamento entre a proteção de direitos humanos e o direito penal foi consagrada na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993. A Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena (1993) implantou, em definitivo, o dever dos Estados de punir criminalmente os autores de graves violações de direitos humanos para que seja consolidado o Estado de Direito, tendo sido estabelecido que os “Estados devem ab-rogar leis conducentes à impunidade de pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos, como a tortura, e punir criminalmente essas violações, proporcionando, assim, uma base sólida para o Estado de Direito” (item 60 da Declaração).

É fato, no entanto, que referida característica não é admitida por parte da doutrina sob o argumento de que em tais casos o Direito Internacional dos Direitos Humanos tenderia a estender o poder punitivo estatal em detrimento da liberdade individual e do caráter subsidiário do Direito Penal, mormente em razão de existir uma ambiguidade acerca de quais direitos legitimariam o exercício da jurisdição penal prescritiva, especialmente numa época como a atual em que cada movimento social parece desejar um “crime para chamar de seu”¹¹⁷.

Uma das críticas mais interessantes acerca dessa concepção expansivista defendida por muitos movimentos sociais é a feita por Nilo Batista, que encontra, nesse contexto, aquilo que ele denomina de

116 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 271-272.

117 DIETER, Maurício Stegemann. “O Excesso Punitivo e Mais um Erro Legislativo”, in GAZETA DO POVO, Caderno Opinião, disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/o-excesso-punitivo-e-mais-um-erro-legislativo-39mztmjaiplxjfl594c7lzje28>, acessado em 16/01/2016, às 8:00.

[...] duas crises agudas: a crise da eficácia dos direitos humanos, que no ambiente neoliberal não tardaria a chegar aos chamados direito de primeira geração, e a crise de legitimidade da pena. Como os internacionalistas se apropriaram da pena pelos caminhos teóricos legitimantes (retribucionismo e preventivismo), e não têm que interessar-se pela realidade das criminalizações e execuções penais e seus resultados sociais, frequentemente tendem a recorrer a ela como superação simbólica da crise de eficácia dos direitos humanos, como uma espécie de emplasto Braz Cubas contra a hipocondria do desamparado jurídico, à maneira dos funcionalistas sistêmicos, que esperam do encarceramento do condenado a reafirmação da vigência da norma como os inquisidores anelavam das fogueiras a constância da fé. Outorgada uma função positiva, ainda que um pouco mística, à pena, inicia-se paradoxalmente a corrosão dos próprios direitos humanos.¹¹⁸

A aludida ambiguidade acima indicada é posta com muita correção por Rodolfo Vásquez¹¹⁹, quando afirma que não

[...] existe nem pode existir Estado de direito quando se assiste a um reiterado e, em algumas ocasiões, repúdio delirante aos direitos. Nunca como em nossa época se foi tão consciente sobre os direitos humanos, mas, na mesma proporção, nunca se tem sido tão sofisticadamente brutal em sua violação. Poucas pessoas poderiam questionar hoje em dia a existência dos direitos humanos plasmados na Declaração Universal, nas sucessivas Convenções e nas legislações da grande maioria dos Estados modernos. Os mecanismos de proteção se multiplicaram e tudo isso, sem lugar a dúvidas, é um signo positivo e de esperança dos tempos em que vivemos. Provavelmente o problema não se encontra na defecção – na carência de direitos e garantias, se se preferir –, mas no excesso dos mesmos. Fala-se já de uma terceira e até quarta geração de direitos e não se vacila em estendê-los até abarcar um direito dos animais, dos robôs e das pedras. Esta proliferação obriga a pensar que “Quanto mais se multiplica a relação dos direitos humanos, menos força terão como exigência, e quanto mais força moral ou jurídica que as suponha, mais limitada deve ser a lista de direitos que as justifique adequadamente”.

O mesmo se pode afirmar com relação ao processo de criminalização. Se o princípio reitor de toda política criminal coerente com os direitos e garantias fundamentais é o caráter subsidiário da pena como “[...] *ultima ratio* da política social”¹²⁰, é porque o regime político que permita a criminalização de todo e qualquer comportamento, independentemente de sua lesividade aos bens e interesses mais relevantes no Estado de Direito e na sociedade internacional, tende, de um lado, a dispersar o poder punitivo do Estado para perseguir a punibilidade de cominações penais arbitrárias, ideológicas ou imorais¹²¹, e de outro lado, flagrantemente infringir os princípios fundamentais da cidadania e da liberdade ao tornar,

118 BATISTA, Nilo. *Nota introdutória*, in DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio, SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*, São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 13-14.

119 VÁSQUEZ, Rodolfo. *Entre la libertad y la igualdad*. Introducción a la Filosofía del Derecho, Madri: Trotta, 2006, pp. 189-190.

120 ROXIN, *Derecho Penal...*, p. 49.

121 ROXIN, *Derecho Penal...*, pp. 57-58.

virtualmente, todo indivíduo em um criminoso¹²². Em outros termos, é preciso, mais uma vez, reafirmar a asserção feita ao final do século XIX por C. L. von Bar¹²³, segundo o qual

Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram de forma mais ruidosa -, ali se pode pensar na frase de Tácito: *pessima respublica, plurimae leges*.

A dissolução desta possível aporia deve ser buscada naquilo que os textos jurídicos, nacionais ou internacionais, prescrevem em termos de garantias e proteções necessárias à eficácia dos direitos da pessoa humana, e que parecem, longe de qualquer dúvida razoável, instituir a necessária harmonização entre as referidas obrigações, interpretada por Carsten Stahn e Sven-R. Eiffler na forma do “[...] direito penal como braço estendido para a proteção geral dos direitos humanos”¹²⁴, isto é, compreender que em determinadas circunstâncias de especial gravidade, o Direito Penal faz-se imprescindível para se prevenir a ocorrência de uma violação a um direito humano, mormente naquelas hipóteses em que há um consenso internacional acerca da lesividade do comportamento, como se dá, *e.g.*, no caso da tortura, do desaparecimento força de pessoa, do estupro, do homicídio etc.

A legitimidade da intervenção penal para a tutela de determinados direitos humanos resta aclarada quando se apercebe que tanto as constituições como diversos tratados internacionais sobre a matéria preveem, explicitamente, mandados de criminalização de comportamentos como meio necessário de proteção a estes bens jurídicos fundamentais. Para Francesco C. Palazzo¹²⁵,

[...] as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal; as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infrequentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, constituem para oferecer a imagem de um Estado *empenhado e ativo* (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer

122 Pode-se, nesse sentido, usar-se o mesmo argumento que Hannah Arendt utilizou para afastar, por sua incorreção política e moral, a tese da chamada responsabilidade coletiva: “[...] na Alemanha pós-guerra, onde surgiram problemas semelhantes com respeito ao que o regime de Hitler fizera com os judeus, o grito de “Somos todos culpados”, que a princípio soou muito nobre e atraente, serviu de fato apenas para desculpar num grau considerável aqueles que eram realmente culpados. Quando somos todos culpados, ninguém o é” (grifamos). ARENDT, Hannah. *Responsabilidade Coletiva*, in ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*, tradução de Rosaura Eichenberg, São Paulo: Cia das Letras, 2004, pp. 213-214.

123 Apud SILVA SANCHES, *A expansão do Direito Penal...*, p. 25.

124 Apud AMBOS, *A parte geral...*, p. 41.

125 PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal*, trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 103.

– da Constituição. As manifestações mais unívocas no sentido da criminalização provêm das chamadas “cláusulas expressas de penalização” (*Verfassungsrechtliche Pönalisierungsgebote*) [...].

O que resta, portanto, dessa aporia, é que ao interpreta-la à luz dos textos constitucionais e convencionais, parece não subsistir a crítica que pretende apontar uma antinomia entre direitos humanos e Direito Penal. O que deve existir, irremissivelmente, é a harmonização entre o dever de persecução às mais graves violações a direitos e o respeito irremissível a todas as garantias fundamentais, e que pode ser aferida por meio do princípio da proporcionalidade.

Com efeito, conforme Souza e Japiassú, o princípio da proporcionalidade em direito penal “[...] objetiva, de imediato, uma justa correlação entre a gravidade do fato perpetrado pelo agente e a sanção penal correspondente [...] [que] deve ser obedecida tanto na elaboração, como na aplicação e na execução da lei penal”, vedando-se, pois, aquilo que se tem denominado de proibição de excesso¹²⁶.

Contudo, também ocorre violação ao princípio da proporcionalidade com a chamada proteção insuficiente a um bem jurídico fundamental, como resta evidenciado nas hipóteses dos mandados constitucionais e internacionais de criminalização de comportamento. No primeiro caso, pelo fato de o constituinte haver decidido pela proteção do bem através do Direito Penal, e estando este ramo do direito submetido à autoridade normativa da Constituição, a desatenção a referido mandado implica em manifesta inconstitucionalidade por omissão. Em outros termos, se existe uma decisão político-jurídica de caráter constitucional pela criminalização de um comportamento, há de se entender, nesse caso, que o constituinte tem legitimidade para assim o decidir e determinar os rumos da política criminal. No segundo caso, por ter ocorrido um consenso internacional de que determinados interesses fundamentais da pessoa humana, ou da própria sociedade internacional, deverão ser tutelados por intermédio do Direito Penal em razão da manifesta lesividade dos comportamentos incriminados.

Esta variedade dúplice do princípio da proporcionalidade foi expressamente declarada como vinculante no direito brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus 104.410, cujo fundamento de discussão tinha por substrato a legitimidade constitucional dos crimes de perigo abstrato:

126 SOUZA, Artur de Brito Gueiros, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: parte geral*, Elsevier: Rio de Janeiro, 2012, p. 66.

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS.

1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

[...]

4. ORDEM DENEGADA.¹²⁷

Por fim, dignidade do sujeito encarcerado em razão de existirem inúmeras normas internacionais que incidem diretamente sobre a execução penal, cujos conteúdos envolvem

[...] princípios para a harmonização dos sistemas nacionais em relação a um *standard* mínimo de juridicidade, organização e tratamento digno do sujeito encarcerado [...] [podendo-se] indicar três aspectos importantes: 1) O primeiro diz respeito à complementariedade entre as regras mínimas e as demais normas internacionais de direitos humanos, segundo o qual, *e.g.*, seja através de uma cláusula geral¹²⁸, seja através de remissão direta a um dispositivo ou a uma Convenção¹²⁹, a sociedade internacional busca assegurar ao sujeito encarcerado o mais amplo

127 BRIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 104410*, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.

128 Eis o inteiro teor da cláusula geral contida no Procedimentos para a Implementação Efetiva das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros: “Não há nada neste Conjunto de Princípios que deva ser entendido como restritivo ou excludente de qualquer direito definido no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos”.

129 Nesse sentido, o princípio n. 6 do Procedimentos para a Implementação Efetiva das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros, ao vedar a prática da tortura ou penas cruéis, desumanas ou degradantes faz expressão remissão à Declaração e à Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes.

espectro de direitos humanos compatíveis à sua condição de prisioneiro. 2) As regras mínimas abrangem quatro aspectos importantes: a) juridicidade do sistema prisional, isto é, a sua vinculação a um conjunto de regras materiais e procedimentais que logrem preservar a dignidade do sujeito encarcerado, excluindo, nesse passo, qualquer compreensão do sistema de execução penal como mero exercício do poder; b) regras de organização e administração do sistema prisional; c) regras mínimas para o tratamento de presos sentenciados, portadores de doenças mentais, provisórios e prisão civil; e d) indivíduos presos ou aprisionados sem acusação; e 3) Um estudo sistemático entre os diversos documentos internacionais que tratam da matéria permite afirmar que a isso que se denomina de Regras Mínimas, se conformam no conjunto integrado desses diversos dispositivos, cujos princípios fundamentais são aqueles expressados nas regras procedimentais de implementação das regras mínimas, identificado com a rubrica Princípios Básicos para o Tratamento dos Prisioneiros [...]¹³⁰.

A tese dessa tríplice vinculação do Direito Penal ao Direito Internacional dos Direitos Humanos já era mencionada por Jescheck nos anos 1970, quando asseverou que o

[...] movimento internacional para a "tutela dos direitos do homem" através do direito internacional, foi muito além do limite dos crimes contra a humanidade. Este desenvolvimento se completou em boa parte fora do direito penal, mas teve conseqüências notáveis também para o mesmo direito penal. Assim, já a declaração geral dos direitos do homem, feita pelas Nações Unidas no ano de 1948, contém uma série de princípios que servem para realizar o estado de direito especialmente no campo do direito penal e processual. A declaração da ONU tem, entretanto, apenas um peso moral e não é em si mesma uma norma jurídica vinculante. A *International Covenant on Civil and Political Rights*, de 19 de dezembro de 1966, ainda não está vigorando. Diferente é o caso da *Convenção europeia para a tutela dos direitos do homem e das liberdades fundamentais*, de 4 de novembro de 1950, que constitui matéria de direito internacional vinculante para os Estados, e que é considerada em certos países, entre os quais a República Federal alemã, como direito de aplicação imediata. O artigo 3.º desta Convenção veta penas ou tratamentos desumanos ou humilhantes, o que tem importância sobretudo para o desenvolvimento do regime penitenciário. O artigo 7.º fixa o princípio da legalidade para os crimes e para as penas. Ainda mais marcantes são as conseqüências da Convenção sobre direitos do homem no processo penal. Aqui encontramos, no art. 3.º, a proibição da tortura, proibição que nos nossos tempos alcançou novamente uma triste atualidade. Tornaram-se normas de grande importância prática as do art. 5.º sobre a prisão preventiva, que levaram a uma vasta série de pronunciamentos por parte da Comissão europeia e da Corte europeia para direitos do homem. Deve ser lembrado, além disso, o importante artigo 6.º da Convenção que fixa as condições mínimas de um "fair trial" europeu.¹³¹

A tríade garantia-persecução-dignidade do sujeito encarcerado resta melhor compreendida, doutro passo, a partir das próprias características de que se revestem o Direito Internacional dos Direitos Humanos no que concerne à vinculação direta dos Estados em face das obrigações internacionais dele decorrentes.

Numa perspectiva subjetiva, ligada, pois, ao próprio conceito de sujeito do direito das gentes¹³², funda-se sobre o fato de que o Estado e a pessoa humana são, respectivamente, destinatários ativos e passivos das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos,

130 DE OLIVEIRA, *A internacionalização do Direito da Execução Penal...*, pp. 283-286.

131 JESCHECK, Hans-Heinrich. O Objeto do Direito Penal Internacional e sua Mais Recente Evolução, trad. Nilo Batista, in *Revista de Direito Penal* n. 6, Rio de Janeiro: Borsoi, abril/junho de 1972, p. 14.

132 "A personalidade jurídico-internacional é a susceptibilidade para se ser destinatário de normas e princípios de Direito Internacional, dos quais diretamente decorre a oportunidade para a titularidade de direitos [...] ou para se ficar adstrito a deveres". GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público...*, p. 353.

devendo aquele “respeitar e fazer respeitar”¹³³ as normas e princípios decorrentes desse direito comum da humanidade em favor de qualquer indivíduo que se encontre sobre a sua jurisdição (princípio da não discriminação). Assim, o Estado será internacionalmente responsável por qualquer violação que ocorra em sua jurisdição, tenha o comportamento sido praticados por agentes do Estado ou por particulares que contem com o apoio ou a aquiescência do Estado.

Já numa perspectiva objetiva, esta se caracteriza em razão da incidência das denominadas normas fundamentais do Direito Internacional, a saber, as normas imperativas do Direito Internacional Geral (*jus cogens*), as obrigações *erga omnes* e os crimes internacionais próprios¹³⁴, normas estas que, em sua relação com o direito nacional, se desdobram em duas dimensões, horizontal e vertical. Vertical em razão da circunstância de que, tenha o Estado aderido ou não a um tratado internacional sobre a matéria, está obrigado, *vis-à-vis* a sociedade internacional¹³⁵, a “respeitar e fazer respeitar” aos direitos humanos, devendo, pois, internamente - dimensão vertical -, adotar as medidas jurídico-institucionais

133 Artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos, aqui utilizado como paradigma.

134 A definição e a delimitação normativa do que sejam as denominadas “normas fundamentais do Direito Internacional” tem suscitado não poucas controvérsias no contexto doutrinário do Direito Internacional, havendo, pois, consenso majoritário de que as normas caracterizadas como *jus cogens* teriam por função estabelecer limites objetivos tanto para a validade das demais obrigações internacionais, bem como, numa viragem constitucionalista no contexto do direito internacional americano, também para as normas dos Estados em face das normas do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, do que exsurge a legitimidade do controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Já as obrigações *erga omnes* estabelecem a responsabilidade internacional dos Estados em caso de violação às normas fundamentais do Direito Internacional. TAVERNIER, Paul. *L'identification des règles fondamentales, un Problème Résolu?*, in TOMUSCHAT, Christian, THOUVENIN, Jean-Marc (Eds). *The fundamental rules of the international legal order*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 1-20. Já Kadelbach, demonstrando a interconexão entre os conceitos de normas fundamentais do Direito Internacional, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Penal Internacional, afirmará, num critério mais abrangente, que aquelas primeiras também abarcam aquelas que tipificam os crimes internacionais próprios: “As to the third category of fundamental norms, crimes under international law, it is easier to see that it is distinct from the other two. Acquisition of territory by aggression [...] not be recognized as legal by treaty or otherwise, but whether launching a war of aggression constitutes violations of *erga omnes* rules [...] Although there is a well recognized minimum content of peremptory law, such as the rules enumerated above, the criteria which help to identify *jus cogens* norms are not entirely clear”. KADELBACH, Stefan. *Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and Other Rules – The identification of Fundamental Norms*, in TOMUSCHAT, THOUVERIN, *The fundamental rules...*, pp. 21-39.

135 “The fundamental human rights treaties concluded under the auspices of the United Nations [...] constitute the second core element of the body of share values. Although these treaties are still far from having reached universality, they all have far surpassed the critical threshold of 50 per cent of the current number of existing States, having acquired a solid basis in the East and West, North and South [...] All over the world, process of constitution-making have been deeply influenced by models produced by United Nations. It has become almost inconceivable nowadays to enact a new constitution na extensive list of human rights. Thus, core human rights in international law have now a double or even threefold legal basis. On one hand, they are binding on States as treaty law or as rules of customary law, reflecting the constitutional foundations of the international community; on the other hand, they can also be regarded as the expression of general principles of law recognized by civilized nations” TOMUSCHAT, Christian. *Obligations arising for States without or against their will*, RCAD, vol. 241, 1993, pp. 238/321.

para que referidas obrigações obtenham concretização¹³⁶, com a qual se dá ensanchar tanto ao exercício do controle de convencionalidade em nível interno¹³⁷, como também o exercício da jurisdição internacional dos tribunais internacionais de direitos humanos através do princípio da subsidiariedade. Conforme Kotzur¹³⁸, essa é a principal função que desempenha, no Estado Constitucional Cooperativo, a submissão dos Estados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois

No mundo globalizado do século XXI não somente os Estados, como também os indivíduos e os grupos sociais, encontram-se inseridos numa complexa rede de relações multinacionais. Ainda que não se faça supérflua, a relação, o *genuine link*, entre os nacionais e o “seu” Estado, se relativiza. Assim como não se pode conceber a Constituição com referência exclusiva ao Estado, tampouco a soberania é de origem estatal. São a Constituição e a rede de ordenamentos constitucionais nos quais todo Estado está inserido que criam os fundamentos da soberania. É por isso que a comunidade internacional dos Estados possui um amplo fragmento de soberania em matéria de direitos humanos, junto com o Estado nacional soberano. Dita comunidade possui um poder de definição e uma competência de atuação originária em face dessa *ordem constitucional parcial*. O cumprimento efetivo é, naturalmente, uma questão à parte. Se ela mesma é *parcialmente soberana* em matéria de direitos humanos, então a comunidade dos Estados deve estar disposta a assumir a proteção dessas liberdades e desses direitos aí onde fracasse o Estado constitucional nacional. A decisão que afeta diretamente ao cidadão deve ser tomada em nível local. Somente quando se tiver esgotado, no caso concreto, a via judicial interna e, seja qual for a razão, não se tenha outorgado proteção jurídica suficiente, se estabelecerá a competência da instância internacional. Assim, neste âmbito, a comunidade das nações converte-se em titular de decisões parcialmente soberanas a *serviço* do ser humano.

Esta dimensão objetiva é uma característica comum que o Direito Internacional dos Direitos Humanos compartilha com o Direito Penal Internacional, posto que, conforme reconhecido tanto pela doutrina¹³⁹, como pela jurisprudência das cortes penais internacionais

136 Pegue-se como paradigma da dimensão vertical o disposto no artigo 3º da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

137 Cançado Trindade, em seu voto em separado no caso Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium vs. Senegal), assim se manifestou: “In effect, in addition to its horizontal expansion, jus cogens also projects itself on a vertical dimension, i.e., that of the interaction between the international and national legal systems in the current domain of protection (supra). The effect of jus cogens, on this second (vertical) dimension, is to invalidate any and all legislative, administrative or judicial measures that, under the States’ domestic law, attempt to authorize or tolerate torture 92. The absolute prohibition of torture, as a reaction of *ratione materiae* law as here envisaged, in both the horizontal and the vertical dimensions, has implications regarding the longstanding struggle against impunity and the award of reparations due to the victims.” CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* (Belgium vs. Senegal), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, 20 July 2012. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17072.pdf>, acessado em 30.dez. 2013.

138 KOTZUR, *A soberania hoje...*, p. 12.

139 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, pp. 236-246; BASSIOUNI, M. Cherif. International crimes: “jus cogens” and “obligatio erga omnes”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights (Autumn, 1996), pp. 63-74.

e dos tribunais nacionais¹⁴⁰, as normas que sancionam internacionalmente os comportamentos incriminados sob esta tipificação são de persecução obrigatória pelos Estados, independentemente de sua adesão formal a um tratado internacional, mormente em razão de a obrigação internacional derivar de uma norma consuetudinária.

Conforme Ramos¹⁴¹, o regime objetivo de que se revestem o Direito Internacional dos Direitos Humanos decorre do fato de que o

“[...] o Estado assume obrigações internacionais para com os indivíduos sob sua jurisdição e não para com os demais Estados. Esse regime objetivo ou unilateral é o conjunto de normas protetoras de um interesse coletivo dos Estados, em contraposição aos regimes de reciprocidade, nos quais impera o caráter *quid pro quo* nas relações entre os Estados. Por isso, os tratados de direitos humanos possuem natureza objetiva, pois possuem obrigações cujo objeto e fim são a proteção de direitos e da dignidade humana”.

Esta objetividade, ademais, restou evidenciada desde muito cedo no Regime da Carta com o parecer consultivo exarado pela Corte Internacional de Justiça acerca do problema das reservas à Convenção sobre Genocídio¹⁴², quando esta assentou que

Os princípios nos quais ela se fundamenta são reconhecidos pelas nações civilizadas, como obrigatórios aos Estados, independentemente de serem normas de uma Convenção Internacional; ela foi concebida como uma convenção de alcance universal; sua finalidade é puramente humana e civilizadora; os contratantes não auferem nem vantagens, nem desvantagens individuais; nem interesses próprios, mas um interesse comum. De onde é permitido concluir-se que o objeto e a finalidade da Convenção implicam, tanto no que respeita à Assembleia Geral, quanto aos Estados que a adotam, a intenção de reunir o maior número possível de participação.

Nesse quadro de ideias, é importante observar como determinados direitos são protegidos de forma absoluta, isto é, sem que sejam possíveis as suas derrogações ou mitigações por outra norma, ou relativizados ou restringidos por circunstâncias de excepcionalidade política¹⁴³.

140 “The jus cogens nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed. International law provides that offences jus cogens may be punished by any state because the offenders are “common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution”” UNITED KINGDOM. HOUSE OF LORDS. *Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*. Disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino01.htm>, acessado em 10.jan. 2009.

141 RAMOS, *Teoria geral dos direitos humanos*..., p. 117.

142 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Advisory Opinion of May 28 1951, p. 7, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>, acessado em 31.jul. 2007.

143 Nesse sentido o artigo 2, 2 da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, o artigo 5º da Convenção Interamericana de Prevenção e Punição da Tortura, o artigo 10 da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, o artigo 1, 2 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado.

Para Bobbio¹⁴⁴, a dificuldade em se aceitar a existência de determinados direitos absolutos se liga a diversos fatores, sejam eles político-jurídicos decorrentes do conceito de soberania, sejam eles decorrentes da ambiguidade semântica que envolve o próprio conceito de direitos humanos, pois

Além das dificuldades jurídico-políticas, a tutela dos direitos do homem vai de encontro a dificuldade inerentes ao próprio conteúdo desses direitos [...]. Dado que a maior parte desses direitos são igualmente aceitos pelo senso moral comum, crê-se que o seu exercício seja igualmente simples. Mas, ao contrário, é terrivelmente complicado. Por um lado, o consenso geral quanto a eles induz a crer que tenham um valor absoluto; por outro lado, a expressão genérica e única “direitos do homem” faz pensar numa categoria homogênea. Mas, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea.

Contudo, referidas dificuldades não ilidem que determinados direitos sejam submetidos a uma proteção absoluta por não permitirem o exercício da poderação normativa, procedimento através do qual, havendo conflito entre normas de direitos fundamentais em um caso concreto, deverá o interprete/aplicador do direito, por intermédio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afastar uma norma em favor de outra¹⁴⁵. Com efeito, para Bobbio, há de se entender

[...] por “valor absoluto” o estatuto que cabe a **pouquíssimos direitos do homem**, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito raramente; é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais. É preciso partir da afirmação óbvia de que não se pode instituir um direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir um direito de outras categorias de pessoas. O direito a não ser escravizado implica na eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos poder ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada.¹⁴⁶ (grifamos)

No mesmo sentido segue Delmas-Marty¹⁴⁷, para quem, se é fato que, normativamente, existe uma limitação recíproca entre normas de direitos humanos, existem, no entanto, e por expresso reconhecimento dos tratados internacionais regentes sobre a matéria, determinados direitos aos quais não se pode, em circunstância alguma, restringir, submetidos que estão a uma proteção absoluta:

Apresentados pela Declaração Universal de 1948 como “um ideal comum a atingir”, nela os direitos do homem são todos proclamados, com a mesma força, sem restrição aparente. No

144 BOBBIO, Norberto. *Presente e futuro dos direitos do homem*, in BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 60.

145 ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais...*, pp. 93-103.

146 BOBBIO, *Presente e Futuro dos Direitos do Homem...*, p. 61.

147 DELMAS-MARTY, *Por um Direito Comum...*, pp. 183-187. No mesmo sentido segue BOBBIO, *A era dos direitos...*, p. 62.

entanto, o artigo 29-2 dessa Declaração admite a existência de “limitações”, especificando que elas devem ser “estabelecidas pela lei [...]”. Na mesma ocasião surgiu a questão de saber se todos os direitos enunciados são submetidos a tais limitações ou se alguns dentre eles escapam-lhes, beneficiando-se de uma proteção absoluta [...] essa ideia de uma proteção variável [...] está especificada no Pacto da ONU sobre os Direitos Civis e Políticos, assim como nas convenções europeia e americana dos direitos do homem [...] Essa escala compreende na realidade quatro graus [...] proteção absoluta ou quase absoluta e em proteção relativa forte ou fraca [...] Essa definição exclui da categoria dos direitos com proteção absoluta o direito à vida, pois os textos enunciados admitem todos a exceção da pena de morte e a da legítima defesa [...] na hierarquia dos valores um bem mais precioso do que a vida, tão precioso que não ousam nomeá-lo, senão por uma proibição: proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes, proibição da escravidão e da servidão, proibição das expulsões coletivas, às quais o Pacto da ONU acrescenta a proibição de impor a uma pessoa, sem o seu consentimento, uma experiência médica ou científica, e uma obrigação, a de reconhecer em todos os lugares a personalidade jurídica de cada qual [...] Pertencem a essa mesma categoria o direito à não discriminação, assim como o direito à presunção de inocência.

Em outros termos, se é certo que o Direito Internacional assegura aos Estados ampla discricionariedade na assunção e consecução de obrigações internacionais de caráter sinalagmático, no concernente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Penal Internacional tais atributos perdem espaço à conformação de uma estrutura normativa objetiva e cogente que tem por consequência, para os Estados violadores, a possibilidade de imputação de responsabilidade internacional na forma daquilo que o Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts denomina de “atos ilícitos internacionais excepcionalmente graves” (*exceptionally serious wrongful act*), e em relação aos indivíduos, a imputação de responsabilidade penal direta perante o direito internacional, evidenciando-se como isso, doutro passo, o postulado da sobreposição (*overlap*) entre responsabilidade coletiva e responsabilidade penal individual no âmbito desses dois ramos do Direito Internacional.

Isto se aclara quando se apercebe que aqueles direitos humanos a que se defere uma proteção absoluta constituem-se, quando violados pelos Estados, de forma omissiva ou comissiva por desatenção à obrigação de “respeitar e fazer respeitar”, em crimes internacionais, como, *e.g.*, a tortura¹⁴⁸, o desaparecimento forçado de pessoa¹⁴⁹, a discriminação racial, que em sua forma mais extrema se dá através da política de

148 Assim, artigo V da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 5, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigos 3, a, 12 e 50 da Convenção de Genebra para Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha de 12 de agosto de 1949, artigos 1 e 2 da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, artigos 1 e 6 da Convenção Interamericana de Prevenção e Punição da Tortura e artigos 7, f (na conformidade de crime contra a humanidade) e 8, 2, ii e 8, 2, c, i (na forma de crime de guerra) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

149 Preâmbulo e artigos 1, a, b e d e 3 da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, Preâmbulo e artigos 3, 4 e 5 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado e artigo 7, I, i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Apartheid¹⁵⁰, a redução da pessoa à condição análoga de escravo¹⁵¹, dentre outros, e que tipificam hipóteses de crimes contra a humanidade e/ou de guerra nos termos dos artigos 7 e 8 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Dessa forma, parece correto afirmar-se que a relação existente entre Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos se dá a partir do postulado da vinculação direta e objetiva dos Estados frente a este direito comum da humanidade a partir da tríade garantia-persecução-dignidade do sujeito encarcerado. Disso decorre, igualmente, que é correto afirmar-se que o Estado brasileiro tem a obrigação de assegurar uma eficácia ótima a referidos direitos, independentemente do nível hierárquico – se constitucional ou infraconstitucional, porém supralegal¹⁵² – que referidas normas tenham em nível interno, quanto mais porque esta

150 Nesse sentido, os artigos I, II e VI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 2, 1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigos 1,1 e 13, 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, aos quais se somam a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em especial em seus artigos 1, 2 e 8. Ademais, nos termos do artigo 85, 4, c, a do Protocolo adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Sem Caráter Internacional, a discriminação racial instituída em detrimento de minorias constitui-se em grave violação às regras do Direito Internacional Humanitário, constituindo-se, nesse sentido, crime de apartheid, espécie de crime de contra a humanidade nos termos da Convenção Internacional para a Supressão e Punição do Crime de Apartheid e do artigo 7, 1, j do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

151 A abolição da escravidão, inicialmente na forma de norma internacional consuetudinária, e logo no início do século XX através de vários tratados internacionais, a se iniciar com a Convenção para a Abolição da Escravatura e do Tráfico de Escravos por Terra e Mar, de 1919 e a Convenção sobre a Escravidão, de 1926, que foram seguidas por inúmeros tratados internacionais, em especial em matéria de direitos humanos que proibem, absolutamente, referida prática. Assim, e.g., o artigo IV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 8º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos etc. A redução de uma pessoa à condição análoga de escravo e o tráfico internacional de pessoas com o objetivo de exploração sexual, laboral etc, constitui-se, nos termos dos tratados internacionais aplicáveis à espécie, em formas graves de criminalidade organizada, econômica (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e Protocolos Adicionais), ou política, e por isso sancionados na forma de crimes internacionais próprios, ex vi do disposto no artigo 7, 1, c (crimes contra a humanidade) e artigo 8, 2, a, xxii (crime de guerra), do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

152 Desde a Constituição de 1988, tem havido um dissenso doutrinário e jurisprudencial enorme a respeito do nível hierárquico que ocupam as normas do direito internacional dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Para parte da doutrina – Flávia Piovesan, A. A. Cançado Trindade, Valério de Oliveira Mazzuoli et al -, interpretando a cláusula aberta do artigo 5º, §2º da CRFB, tem defendido que tais normas têm nível hierárquico constitucional, vale dizer, comporiam o conceito de bloco de constitucionalidade material ao lado das demais normas constitucionais. Já o Supremo Tribunal Federal, mesmo após a promulgação da CRFB, manteve a jurisprudência firmada na Corte a partir do Recurso Extraordinário 80004/SE, de 1977, segundo o qual, todas as normas de direito internacional incorporadas no direito brasileiro teriam nível hierárquico de norma ordinária, solvendo-se, pois, os conflitos normativos a partir ou do princípio da especialidade ou da cronologia. Referida interpretação da Corte somente foi alterada com o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, de 2009, com a qual a Corte conferiu às normas do direito internacional dos direitos humanos o status de norma infraconstitucional – isto é, submetidas à autoridade normativa da Constituição de 1988 -, mas supralegal, vale dizer, normas hierarquicamente superiores às normas ordinárias. Assim, havendo conflito normativo entre tais normas e as da Constituição de 1988, prevalecem estas últimas; já em caso de conflito normativo entre as normas supralegais e as normas ordinárias, prevalecem aquelas. Assim, normas ordinárias anteriores são revogadas pelo critério cronológico pelas normas de direitos humanos, que também têm eficácia paralisante em relação a normas ordinárias futuras, como seja, impedem, ab ovo, a aprovação de normas ordinárias incompatíveis. Sobre o tema, DE OLIVEIRA, *Da Inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal por violação ao princípio ne bis in idem*, in *Temas Escolhidos*..., pp. 202-238.

interconexão se opera a partir do princípio da complementariedade, ou da concordância prática, no âmbito da interpretação/aplicação de referidas normas. Conforme Hesse¹⁵³, os

[...] bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões não deve, em “ponderação de bens” precipitada ou até “ponderação de valor” abstrata, um ser realizado à custa do outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a *ambos* os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar a eficácia ótima. Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto ser proporcionais; eles não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos.

Com efeito, não sendo possível afirmar-se a prevalência absoluta entre disposições de direitos fundamentais e de direitos humanos em razão da complementariedade desses regimes jurídicos, quando da interpretação/aplicação de um determinado dispositivo compete ao intérprete/aplicador buscar a harmonização entre as normas, de forma a se afastar a antinomia a partir da regra mais benéfica à pessoa humana por intermédio da cláusula *pro homine*. Com efeito, por este princípio hermenêutico contido no

[...] artigo 29, b da CADH/69¹⁵⁴, não existirá antinomia real entre uma disposição da CADH/69 com qualquer previsão de caráter nacional (v.g. um direito fundamental assegurado por uma constituição nacional) ou de caráter internacional (v.g. um direito humano reconhecido por outra Convenção Internacional) que propicie uma proteção mais ampla do que aquela disposta na mesma, no sentido de que, a partir desta pretensa antinomia, se defira uma proteção deficitária a seu titular. Em outros termos, assim como é tarefa do intérprete constitucional assegurar, em caso de antinomia aparente entre disposições constitucionais, mormente se originárias, uma interpretação que favoreça a concordância prática de forma a se afastar a antinomia (princípios da unidade da constituição e da concordância prática), cabe ao intérprete em matéria de direitos humanos, orientado pelo princípio *pro homine*, assegurar a aplicação da regra de direito constitucional ou de direito internacional que propicie a máxima proteção do direito humano em questão.¹⁵⁵

Sendo da essência do Estado Democrático de Direito a obrigação de “respeitar e fazer respeitar” as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como, de resto, é determinado pela própria Constituição de 1988 em seu artigo 4º, inciso II, a consecução dessas obrigações internacionais não pode passar pela pura e simples infirmação da legitimidade interna das normas decorrentes desse sistema normativo, pois, o que de fato ocorre, é a integração normativa entre normas constitucionais e normas internacionais com vistas à proteção eficaz da dignidade da pessoa humana, devendo-se seguir, nesse sentido, a

153 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: SAFE, 1998, pp. 66-67.

154 Artigo 29º - Normas de interpretação - Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.

155 DE OLIVEIRA, Da *Inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal...*, pp. 222-223.

asserção feita por Alexy com relação aos problemas inerentes à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais: “Se há algo que pode livrar ao menos um pouco a ciências dos direitos fundamentais da retórica política e das idas e vindas das lutas ideológicas é o trabalho na dimensão analítica”¹⁵⁶.

Essa complementariedade fica evidenciada a partir de dois exemplos bastante significativos. O primeiro relativo à vedação do *ne bis in idem*; o segundo com a instituição das audiências de custódia.

Não parece desarrazoado afirmar que a Constituição de 1988 previu um conjunto bastante amplo de direitos e garantias fundamentais em matéria de Direito Penal. No entanto, quando se compulsa o texto constitucional, verifica-se a ausência de previsão expressa da garantia ao *ne bis in idem*, segundo a qual ninguém “[...] pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado”¹⁵⁷. Surlan¹⁵⁸ assenta a importância dessa garantia a partir de dois polos: de um lado, o fato de se constituir em uma garantia essencial em qualquer processo penal de um Estado Democrático, e que deve se submeter ao princípio do “*fair trial*”, e noutro polo, no fato de inúmeros tratados internacionais em matéria de direitos humanos preverem-no como uma garantia fundamental¹⁵⁹, tanto que se constitui numa das garantias expressas no âmbito do TPI, *ex vi* do artigo 20, 1 e 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Essa garantia é tão relevante, mormente em razão da internacionalização do Direito Penal e a consecutória possibilidade de que possa ocorrer, no concernente aos crimes internacionais, o *bis in idem*, que a Associação Internacional de Direito Penal aprovou,

[...] por ocasião de seus XVI e XVII Congressos Internacionais de Direito Penal, ocorridos respectivamente em 1999 e 2004, resoluções acerca do princípio em questão. O primeiro, de 1999, reconhece o *ne bis in idem* enquanto direito humano, e o segundo, de 2004, estabelece critérios para a solução de conflitos de competência nos três níveis em que esta possa ocorrer. De acordo com [...] Japiassú assim resume estes três níveis de que tratam as Resoluções de 2004: “1) a concorrência “horizontal (trans)nacional”: casos de concorrência entre jurisdições nacionais; 2) a “concorrência vertical”: concorrência entre jurisdições nacionais e instituições internacionais competentes; 3) os casos de concorrência entre jurisdições internacionais: “concorrência horizontal inter(supra)nacional”, devido à existência de tribunais penais

156 ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 49.

157 Artigo 4, 1 do Sétimo Protocolo à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

158 SURLAN, Tijana. *Ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity in the Rome Statute*. Disponível em http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Surlan_800.pdf. Acessado em 01/07/2012, às 12:00:00.

159 Nomeadamente, o artigo 14, 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 8, 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e no contexto europeu, o artigo 4º do Sétimo Protocolo à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a Convenção entre os Estados Membros das Comunidades Europeias Relativa à Aplicação do Princípio Ne Bis In Idem.

internacionais *ad hoc*, como o para a antiga Iugoslávia e o para Ruanda, e a criação do Tribunal Penal Internacional permanente”.¹⁶⁰

Entretanto, o fato de esta garantia não ter previsão expressa no ordenamento jurídico nacional não obsteu que tanto a doutrina como a jurisprudência a reconhecessem na forma de um *penunbral right*, isto é, uma garantia fundamental decorrente do princípio do devido processo legal substancial¹⁶¹. Com efeito, para Japiassú¹⁶², o *ne bis in idem* é uma decorrência dos princípios da proporcionalidade (devido processo legal substancial) e da segurança jurídica, devendo-se entender o conceito de *idem* “[...] como o mesmo fato, em termos reais e históricos. Sua relevância, pois, decorre da análise factual e não estritamente jurídica.”¹⁶³

Ocorre que, com a ratificação pelo Estado brasileiro do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos¹⁶⁴ e da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁶⁵, ao qual se soma a circunstância de que o Supremo Tribunal Federal atribuiu a referidos tratados internacionais a hierarquia de normas supralegais com o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, a garantia do *ne bis in idem* adquiriu positividade formal no ordenamento nacional, na medida em que os decretos ratificadores desses instrumentos nacionais tornou-os em normas vigentes internamente, nada ilidindo, como já visto, a aplicação direta dessas normas. Contudo, e nada obstante esse ganho em termos de segurança jurídica, existe uma manifesta distinção na conformação de referido direito nos dois tratados internacionais, pois, para a Convenção Americana de Direitos Humanos o *ne bis in idem* abrangeria somente as decisões absolutórias transitadas em julgamento¹⁶⁶, enquanto que o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos prescreve-o em termos mais amplos, isto é, decisões condenatórias ou absolutórias transitadas em julgamento¹⁶⁷.

Para solver esta contradição, os usais métodos de solução de antinomia – hierarquia, cronologia ou especialidade¹⁶⁸ – não se fazem úteis, na medida em que: a) não existe

160 DE OLIVEIRA, *Da Inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal...*, pp. 215-216.

161 Sobre os *penunbral rights* e a sua derivação do conceito de devido processo legal substancial, CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

162 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio *ne bis in idem* no Direito Penal Internacional, *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, n. 4, 2003, p. 93.

163 JAPIASSÚ, O princípio *ne bis in idem*..., p. 95.

164 Através do Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

165 Através do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

166 Eis o teor do artigo 8, 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “O acusado absolvido por sentença transitada em julgamento não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

167 Eis o teor do artigo 14, 7 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos: “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgamento, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

168 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, tradução de Maria C. C. L. dos Santos, 10 ed., Brasília: Ed. UNB, 1997, pp. 91-97.

hierarquia entre normas de direitos humanos, b) embora ratificados em momentos distintos, ambos os tratados internacionais se integram, no ordenamento nacional, como normas válidas e eficazes e c) por não ocorrer a relação de especialidade entre ambos os tratados, na medida em que os princípios da concordância prática e da complementariedade determinam a aplicação de referidas normas de forma harmônica, sem que um prevaleça sobre o outro.

Portanto, a única forma de solução do conflito é através da cláusula *pro homine*. Se se tratar de sentença passada em julgado absolutória, aplicam-se, sem qualquer restrição, as garantias previstas em ambos os tratados internacionais. Tratando-se, no entanto, de sentença passada em julgado condenatória, deve-se interpretar a garantia de forma mais ampla, isto é, nos termos em que previsto no Pacto, complementando-se, nesse sentido, a própria abrangência do *ne bis in idem* prevista na Convenção Americana.

Portanto, afastadas a antinomia aparente entre os dois tratados internacionais, é fato que o *ne bis in idem* complementa as garantias penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, vedando, nesse sentido, que o sujeito seja submetido a nova persecução penal para fatos já atingidos por uma sentença penal transitada em julgado.

O segundo exemplo de complementariedade encontra-se na recente instituição das audiências de custódia.

Para se compreender a extrema relevância deste instituto no ordenamento jurídico nacional, inclusive para a prevenção da ocorrência do desaparecimento forçado de pessoa, é preciso, antes de qualquer coisa, assentar alguns princípios jurídicos que lhe dão contorno.

O primeiro deles diz respeito ao caráter subsidiário (ou em termos processuais, cautelar) das prisões processuais antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A regra geral numa sociedade democrática é o princípio geral da liberdade e da presunção de inocência até que ocorra, para o acusado, e de conformidade com o devido processo legal, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, princípio este que é juridicamente mitigado caso a prisão se mostrar necessária para assegurar, nos termos do artigo 282, I c/c §6º do Código de Processo Penal, com as alterações inseridas pela Lei 12.403/2011, “[...] a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”, somente sendo cabível quando “[...] não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” menos restritiva. Em outros termos, o caráter subsidiário da prisão cautelar a insere como uma exceção à regra da liberdade individual e da exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, posto que, antes dessa medida extrema, deverá o juiz aplicar as demais medidas acauteladoras que,

embora se constituam em restrição à liberdade individual, não implicam no recolhimento do acusado ao sistema carcerário.

O caráter subsidiário da prisão processual constitui-se, pois, em um conjunto de garantias decorrentes do direito nacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, seja ele universal, conforme estabelecido no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁶⁹, ou regional, conforme previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷⁰, ao lado, dentre outros, do Procedimentos para a Implementação Efetiva das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros e demais tratados internacionais que versam sobre a execução penal e que instituem, como regra geral, a excepcionalidade das prisões processuais.

Entretanto, apesar desses princípios reitores inerentes à harmonização entre o poder persecutório do Estado e a liberdade individual, o problema carcerário no Brasil, e em grande parte dos Estados membro do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, passa por uma verdadeira crise decorrente, dentre outros fatores, do encarceramento em massa, ocasionando a superlotação carcerária, a violência endêmica praticada e/ou tolerada pelos Estados no contexto dos presídios, em especial a tortura e o tratamento humilhante e degradante, a desatenção aos princípios mínimos da separação entre presos provisórios e definitivos, de salubridade, segurança pessoal, em suma, a concreção da dignidade do sujeito encarcerado.

Em razão dessa crise, a Organização dos Estados Americanos instituiu, no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Relatoria dos Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade, que tem por mandato a fiscalização do cumprimento das normas ínsitas ao regime prisional no contexto regional, e que opera, em regime de integração e cooperação internacional com as demais organizações nacionais e internacionais que, direta ou indiretamente, tenham por mandato aferir o cumprimento das obrigações internacionais decorrentes da proibição da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, em especial o Subcomitê de Prevenção à Tortura e outros Tratamento ou Penal Cruéis, Desumanos ou Degradantes, instituída pelo Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes¹⁷¹, o Grupo de Trabalho sobre Detenções Arbitrárias e o Comitê sobre Desaparecimentos Forçados,

169 Artigos 9 e 10 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

170 Artigos 7 e 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

171 Ratificação pelo Brasil através do Decreto 6.085, de 19 de abril de 2007, do qual derivou a criação, em nível nacional, do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura pela Lei 12.847, de 2 de agosto de 2013.

instituído pela Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, pertencentes ao Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.

No Brasil, a crise do encarceramento excessivo é comprovada por números de impossível impugnação pelos fatores de uma concepção da segurança pública e do Direito Penal que, desarrazoadamente, aposta num Direito Penal máximo. Com efeito, conforme o informe “Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil”, entre os anos de 2005 e 2012, a população carcerária brasileira cresceu a média de 74%, havendo, pois, uma seletividade do sistema penal que incide, preferencialmente, sobre jovens negros entre 18 e 24 anos, que representam 25% dos presos no Brasil, tendo havido, também, um aumento no encarceramento feminino, pois, no período da pesquisa, a população carcerária feminina aumentou em 146%, enquanto a masculina foi de 70%. Os principais ilícitos que ocasionam o encarceramento no Brasil são os crimes contra o patrimônio e drogas, que juntos equivalem a 70%, e crimes contra a vida, cujo percentual é de 12%. Segundo o relatório, por fim, 18,7% dos presos com sentença passada em julgado não precisariam estar presos, e somente estão pela não aplicação de medidas alternativas ao encarceramento, como as penas alternativas¹⁷².

Esta pesquisa é confirmada por outros relatórios realizados pelos mais diversos organismos, como a Relatoria dos Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que em 2014 apresentou o “Relatório Sobre o Uso da Prisão Preventiva nas Américas: introdução e recomendações”, em que aponta que os Estados membros do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos¹⁷³ têm violado, de forma sistemática, dentre outros princípios, o da

[...] natureza excepcional da aplicação da prisão preventiva, de acordo com critérios de necessidade e proporcionalidade, é um elemento que necessariamente deve estar presente em toda política criminal que leve em consideração os parâmetros do Sistema Interamericano. Assim, a Convenção Americana estabelece um ordenamento jurídico segundo o qual “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários” (artigo 7.3); e, toda pessoa “tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu

172 SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. SECRETARIA NACIONAL DE JUVENTUDE. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*, Brasília: Presidência da República, 2015, disponível em http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf, acessado em 20.dez. 2015.

173 “Na absoluta maioria dos países da região, as pessoas em prisão preventiva estão expostas às mesmas condições das pessoas condenadas e, por vezes, a um tratamento pior que aquelas. As pessoas em prisão preventiva sofrem grandes tensões pessoais como resultado da perda de renda e a separação forçada de sua família e comunidade; ademais, padecem do impacto psicológico e emocional do próprio fato de estarem privadas de liberdade sem terem sido condenadas, e, em geral, são expostas a um entorno de violência, corrupção, insalubridade e condições desumanas presentes nas prisões da região. Inclusive, os índices de suicídios cometidos em prisões são maiores entre os presos em prisão preventiva.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas américas: introdução e recomendações*, San José da Costa Rica: OEA, 2014, p. 4, disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>, acessado em 20.dez. 2015.

comparecimento em juízo” (artigo 7.5). Da mesma forma, a Declaração Americana dispõe que “[...] todo indivíduo, que tenha sido privado de sua liberdade tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade.” (Art. XXV). Quer dizer, estarem liberdade enquanto durar processo penal é um direito do acusado, e apenas pode ser restringido de maneira excepcional e com estrito apego às normas estabelecidas nos instrumentos internacionais que o estabelecem. Não se trata, pois, de uma prerrogativa ou um benefício, mas sim um direito estabelecido para proteger bens jurídicos tão fundamentais como a liberdade, e, inclusive, a integridade pessoal.¹⁷⁴

Já o Grupo de Trabalho sobre Detenções Arbitrárias, no relatório apresentado na 27ª Seção do Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, ocorrida em 25 de junho de 2014¹⁷⁵, relatou suas conclusões sobre a visita realizada entre os dias 18 a 28 de março de 2013, a convite do Brasil, no qual aponta as inúmeras mazelas do sistema prisional brasileiro ocasionadas, dentre outros fatores, pela superlotação carcerária (*overcrowding*), pelas prisões processuais prolongadas, isto é, sem que sejam cumpridos os prazos da duração razoável do processo, a ausência de assistência legal aos presos, dentre outros fatores. Conforme o relatório, na

“[...] quarta maior população carcerária do mundo, 44 por cento dos detidos são por prisões provisórias (*pretrial detainees*). Durante a sua visita, o Grupo de Trabalho se deparou com casos de prisões prolongadas antes do julgamento que duravam por muitos meses, até mesmo anos. Durante esse período, os detidos frequentemente desconheciam o estado de seu processo”.¹⁷⁶

Por fim, o Conselho Nacional de Justiça apresentou em junho 2014, a partir dos dados consolidados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, o relatório intitulado “Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil”¹⁷⁷, no qual se apontam alguns dados importantíssimos para a compreensão do tema:

A) O Brasil constitui-se, atualmente, na 4ª maior população carcerária do mundo, com 567.655 presos no sistema prisional, atrás somente dos Estados Unidos da América, da China e da Rússia, respectivamente com 2.228.424, 1.701.344 presos e 676.400. Contudo, se se

174 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas américas...*, p. 8.

175 UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. COMISSION DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria: misión Brasil, Consejo de Derechos Humanos, 27º Período de Sesiones*, 25 junio de 2014, disponível em <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/01/Brasil-Detenci%C3%B3n-Arbitraria.pdf>, acessado em 20.dez. 2015.

176 UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. COMISSION DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria...*, p. 13.

177 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*, http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf, disponível em acessado em 20.dez. 2015.

somar aos encarcerados aqueles que estão submetidos a prisão domiciliar, o Brasil passa a ocupar a 3ª colocação, com 715.655 presos;

B) Dos 567.655 presos, 41% são provisórios;

C) A capacidade de aprisionamento no Brasil é de 357.219 vagas. Portanto, tem-se um déficit de 210.436 vagas, isto é, de 58,90%;

D) O percentual de presos provisórios em algumas unidades da federação chega a ser igual ou superior a 50%: Pernambuco, 50%, Mato Grosso, 52%, Goiás, 53%, Alagoas, 55%, Maranhão, 57%, Ceará, 59%, Amazonas, 63%, Bahia, 64%, Piauí, 68% e Sergipe com incríveis 76%. Minas Gerais fica numa situação limite, com 49% de presos provisórios.

Agora, para se compreender esta crise, é importante considerar que tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁷⁸ como a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷⁹ estabelecem, como já visto, os direitos à presunção de inocência, à excepcionalidade da prisão processual, e, seja na hipótese de prisão em flagrante ou por mandado judicial, o dever de apresentação imediata do detido perante a autoridade judicial que deverá, segundo as exigências interpostas pela legislação, determinar a soltura do acusado mediante a fixação de medidas cautelares, ou decidir, fundamentadamente, pela prisão provisória, desde que esta medida seja necessária para “[...] a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”. Trata-se, portanto, da dupla garantia da estrita legalidade da prisão (princípio da legalidade) e do controle jurisdicional, medidas necessárias, de um lado, a legitimidade da persecução penal, e de outro lado, para a garantia contra abusos e violência dos órgãos repressivos.

Muito embora a Constituição de 1988 estabeleça, em seu artigo 5º, inciso LXI, o dever de imediata comunicação à autoridade judicial do preso em flagrante ou por mandado judicial, esta garantia não possibilitou, até hoje, um efetivo controle contra prisões arbitrárias e desnecessárias, razão pela qual, para fazer frente àquele estado de coisas indicado em linhas acima, foi instituída no Brasil a garantia da audiência de custódia, que consiste numa série de

178 Artigo 9, 3: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.”

179 Artigo 7, 5: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

procedimentos que visam: a) impor a apresentação do preso em flagrante em até 24 horas perante a autoridade judicial competente, contando-se esse prazo desde a lavratura do termo de prisão em flagrante; b) assegurar ao detido assistência jurídica desde o início da persecução penal, posto que, tendo advogado constituído quando do flagrante, a autoridade policial deverá cientificá-lo da hora e local de realização da audiência; não o tendo, ser assistido por Defensor Público; c) assegurar ao detido, antes da realização da solenidade, assistir-se, reservadamente com seu defensor; d) assegurar, mediante a proibição de presença dos agentes policiais que efetuaram a prisão, que o detido possa relatar a ocorrência de abuso ou violência; e) assegurar, por ato da autoridade judicial, que ao indivíduo sejam assegurados direitos básicos como cientificar-se da natureza da audiência de custódia e a sua finalidade, o direito de permanecer em silêncio, o direito de não produzir provas contra si mesmo, assegurar que o indivíduo não esteja aljemado, salvo necessidade decorrente de perigo concreto e imediato, o direito de apresentar reclamação em caso de abuso policial ou tortura, f) a realização de audiência pública, ouvido o Ministério Público e a defesa, acerca da necessidade ou não de: 1) desconstituição do estado de flagrância ou seu relaxamento, 2) imposição de medidas cautelares ou 3) e caso estejam presentes os motivos ensejadores, a prisão provisória.

Em outros termos, a audiência de custódia se constitui numa garantia imprescindível à asseguuração, desde o primeiro momento, de controle jurisdicional sobre a legalidade da prisão e de prevenção contra abusos.

A sua criação no Brasil pode ser dividida em duas etapas. A primeira delas se deu através da instalação do “Projeto Audiência de Custódia” feito entre o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em fevereiro de 2015, seguido do Termo de Cooperação Técnica n. 07, pelo qual o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e a ONG Instituto de Defesa do Direito de Defesa, dentre outras, que estabeleceu os fundamentos para a asseguuração de referida garantia por todos os tribunais brasileiros através da ampliação daquele projeto embrionário. Com efeito, a partir desse termo de cooperação técnica, o Conselho Nacional de Justiça firmou com os judiciários estaduais e federais os termos de adesões pelos quais esses órgãos instituíram, por resolução administrativa, essa garantia.

Esta primeira etapa, quando de sua implementação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, suscitou o controle de constitucionalidade concentrado por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240, pela qual a Associação Nacional dos Delegados de Polícia infirmou a legitimidade constitucional da criação da audiência de custódia por meio de

resolução administrativa de um tribunal, na medida em que referida medida, no seu sentir, deveria ser feita por uma lei formal aprovada pelo Congresso Nacional, dentre outras alegações de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, ao julgar referida ação, rechaçou referido entendimento, na medida em que, por se tratar de garantia assegurada em tratados internacionais já ratificados pelo Estado brasileiro, nada impediria que os órgãos de direção superior dos tribunais, aplicando diretamente referidas normas, a instituíssem, quanto mais por ser uma forma através da qual o juiz exerce o “*habeas corpus subjiciendum*”¹⁸⁰:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.
2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes.
3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP).
4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional.
5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda.
6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas carcerárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional.
7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação.
8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétreia de separação de poderes.
9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes.
10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo.

180 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5240, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

A segunda etapa de instituição da audiência de custódia no Brasil pode ser subdividida em duas fases: a primeira decorreu da propositura, pelo Partido Socialismo e Liberdade, assistido pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 347, através da qual, mediante a afirmação de que o sistema prisional brasileiro viola, de forma sistemática e sem qualquer controle efetivo sobre as ilegalidades cometidas, os direitos fundamentais e humanos encartados na Constituição de 1988 e convenções internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é parte, dando azo ao chamado “estado de coisa inconstitucional”, tendo-se pleiteado um conjunto de medidas cautelares pelo Supremo Tribunal Federal, dentre os quais

- a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal;
- b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão;
- c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;
- d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão;
- e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção;
- f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção;
- g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima;
- h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até

que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.¹⁸¹

Vê-se, pelo articulado, que uma das principais finalidades da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais é, de um lado, assegurar um enfrentamento efetivo do problema do encarceramento em massa no Brasil, e de outro lado, na instituição de programas político-administrativos que imponham à União e aos Estados o efetivo enfrentamento das condições insalubres e da violência sistêmica existente no sistema carcerário brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da medida liminar acima indicada, deferiu somente os pedidos “b” e “h”, isto é, a aplicação imediata da garantia à audiência de custódia e o descongestionamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional¹⁸².

Assim, em decorrência dessa medida cautelar, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 213¹⁸³, de 15/12/2015, instituindo, em caráter geral e irrestrito, a audiência de custódia no regime jurídico brasileiro, determinando que todos os organismos judiciais, de qualquer instância, realizem referido ato, uniformizando o procedimento a partir do seguinte critério:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

§ 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no **caput**.

[...]

§ 3º No caso de prisão em flagrante delito da competência originária de Tribunal, a apresentação do preso poderá ser feita ao juiz que o Presidente do Tribunal ou Relator designar para esse fim.

Embora esse procedimento tenha sido explicitamente indicado pelo Conselho como uma medida apta à prevenção do abuso policial, à prática de tortura, à asseguarção do princípio da excepcionalidade das prisões processuais etc, não resta a menor dúvida de que a audiência de custódia também se constitui em medida processual apta à prevenção do desaparecimento forçado de pessoa, como se verá em tópico apropriado.

181 Petição inicial da ADPF 347, disponível em http://sbdp.org.br/arquivos/material/1719_ADPF_347_-_Peticao_inicial.pdf, acessado em 20/12/2015, às 19:35.

182 O acórdão da medida liminar encontra-se pendente de publicação. As informações foram retiradas dos extratos das atas de julgamento, disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=181&dataPublicacaoDj=14/09/2015&incidente=4784343&codCapitulo=2&numMateria=26&codMateria=4>, acessado em 20/12/2015, às 22:20.

183 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015, disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>, acessado em 20/12/2015, às 20:00.

Pelos dois exemplos acima discutidos, parece bastante claro que a intersecção entre Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos tem permitido o constante aperfeiçoamento do regime de garantias materiais e procedimentais no regime jurídico brasileiro a partir do princípio da complementariedade.

Entretanto, existe hoje no Brasil um ponto de permanente conflito entre o direito nacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos derivado do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, e que envolve, de um lado, crimes internacionais próprios praticados durante o regime civil-militar de 1964/1985, a Lei de Anistia de 1979 e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, e de outro lado a decisão exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*.

Dada a sua estreita conexão com o objeto do presente trabalho, o crime de desaparecimento forçado de pessoa, ele será discutido em tópico apropriado no capítulo 4.

2 O DIREITO PENAL INTERNACIONAL: CONCEITO, CRIMES INTERNACIONAIS, FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO E OS MANDADOS INTERNACIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO

2.1 O conceito de Direito Penal Internacional

Tradicionalmente, os temas relativos à internacionalização do Direito Penal, sua interconexão com o direito nacional e a compreensão das diversas formas pelas quais o direito nacional e o Direito Internacional se integram ou se afastam na execução das normas internacionais têm sido decompostos em duas disciplinas diversas, o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional Penal. O *distingo* parece residir numa clara diferenciação gramatical, em que os termos Direito Penal e/ou Direito Internacional operam sintaticamente como substantivos, e, respectivamente, os termos Penal e Internacional como adjetivos, do que seguiria a conformação de campos doutrinários distintos e autônomos no bojo da ciência jurídico-penal.

Essa distinção é adotada pela maioria dos doutrinadores, tendo sua origem, conforme informa Cretella Neto, no livro de Donnedieu de Vabres, *Introduction à l'Étude du Droit Pénal International: Essais d'Histoire et de Critique sur la Compétence dans les Rapports avec l'Étranger*, cuja primeira edição data de 1922, e que foi reafirmada em 1928 em seu *Les Principes Modernes du Droit Pénal International*¹⁸⁴. O fundamento normativo se reporta, conforme Japiassú, ao fato de os códigos penais de França e Alemanha do século XIX terem admitido a aplicação extraterritorial de suas respectivas normas penais¹⁸⁵.

Assim, o Direito Penal Internacional englobaria o estudo sistemático das regras de conexão previstas no direito nacional tendentes à solução de conflitos interestaciais entre normas penais, de forma a se determinar, em razão da estraneidade, qual Estado deteria competência para julgar determinado crime, bem como, numa extensão mais pragmática do que substancialista, das regras internas de cooperação judiciária, como, v.g., a extradição, a homologação de sentenças penais estrangeiras e demais temas pertinentes à cooperação internacional em matéria penal¹⁸⁶. Já o Direito Internacional Penal se referiria ao regime

184 CRETELLA NETO, *Curso de Direito Internacional Penal...*, p. 29.

185 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, passim.

186 Nesse ponto, é interessante notar a identidade contéudística com o Direito Internacional Privado (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*, 2 ed,

internacional de persecução dos crimes internacionais próprios, tendo por conteúdo desde a tipificação dos crimes internacionais, a criação e o funcionamento dos tribunais penais internacionais, o processo e julgamento dos acusados e a execução penal¹⁸⁷.

Contudo, esta dicotomia, tradicionalmente admitida no direito brasileiro, não é unívoca quando analisada num plano doutrinário mais amplo. Alessandra Palma¹⁸⁸ e Robert Cryer *et al.*¹⁸⁹, dentre outros, mantendo a distinção entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal, irão identificar aquele primeiro como o campo do direito nacional que tem por função internalizar os tratados internacionais em matéria penal, do que seguiria, como consequência lógica, a legitimidade para o exercício da persecução penal em nível interno dos crimes internacionais; aquel'outro como o campo do Direito Internacional pertinente à constituição e funcionamento da justiça penal internacional.

No presente trabalho, entretanto, adota-se um conceito mais abrangente, embora doutrinariamente minoritário de Direito Penal Internacional, e que anula a dicotomia acima indicada. Trata-se de uma orientação mais adequada ao estado da arte da internacionalização do Direito Penal, pois, conforme já afirmava Celso D. de Albuquerque Mello, "[...] na verdade é extremamente artificial se separar um ramo do Direito em interno ou internacional, vez que atualmente não há mais qualquer ramo do Direito que não seja internacionalizado"¹⁹⁰. Com efeito, somente essa compreensão mais abrangente dá conta da complexa tessitura normativa e política que conforma esse campo de regulação do atual Direito Internacional.

Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 195), conforme, aliás, fica evidente no Cours ministrado por Donnedieu de Vabres em 1929 em Haia, segundo o qual "C'est un ensemble de questions singulièrement complexe que fait surgir le sujet indiqué par notre titre. Mais, situe sur les confins de deux sciences modernes: le droit pénal international et le droit international privé, il crée entre eles des points de contact dont l'examen peut projeter, sur leur développement respectif, d'utiles clartés". DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *L'action publique et l'action civile dans les rapports de Droit Pénal International*, RCADI, 1929, vol. 26, pp. 207-310 (211). O núcleo central destas disciplinas é compreendido pelas regras de conexão, aquele em matéria penal, e este em matéria de direito privado, entendendo-se por regras de conexão como "[...] as normas estatuidas pelo D.I.P. que indicam o direito aplicável às diversas situações jurídicas conectadas a mais de um sistema legal". DOLINGER, *Direito Internacional Privado...*, p. 289. Os demais temas estudados em ambas as disciplinas somente seriam abrangidos por serem pressupostos inerentes ao conflito interestadual de normas, como, e.g., a nacionalidade, a situação jurídica do estrangeiro, execução das sentenças estrangeiras etc. DOLINGER, *Direito Internacional Privado...*, p. 1-6; VALADÃO, Haroldo. *Material de Classe de Direito Internacional Privado*, 11 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, pp. 23-33.

187 Nessa linha seguem, no direito brasileiro, PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito Internacional Penal: imunidades e anistias*, São Paulo: Manole, 2012, pp. 1-4; JANKOV, *Direito Internacional Penal...*, pp. 1-8; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 109; CRETELLA NETO, *Curso de Direito Internacional Penal...*, p. 29, dentre outros doutrinadores.

188 PALMA, Alessandra. *Il Diritto Internazionale Penale e la Giurisdizione Internazionale*, disponível em http://www.diritto.it/osservatori/diritti_umani/palma.html, acessado em 20/01/2014, às 14:00.

189 CRYER, Robert et al. *An introduction to International Criminal Law and procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 1-6.

190 MELLO, Celso Renato D. de Albuquerque. *Direito Penal e Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 15.

Para compreender esta complexidade contedutística seria interessante socorrer-se de uma metáfora, a Rede de Indra¹⁹¹:

O budismo usa imagem semelhante para descrever a interligação de todos os fenômenos. É a rede de Indra. Quando Indra criou o mundo, teceu-o como uma teia, e em cada encontro de fios dessa teia havia uma pérola amarrada. Tudo o que existe ou já existiu, toda ideia que pode ser pensada, todo dado que é verdadeiro – todo *dharma*, na linguagem da filosofia indiana – é uma pérola da rede de Indra. Não só cada pérola está amarrada a todas as outras por meio da teia na qual está pendurada, como na superfície de cada pérola se refletem todas as outras pérolas da rede. Tudo o que existe na teia de Indra implica tudo mais que existe.

Com esta metáfora o que se pretende destacar como elemento caracterizador do campo de estudo deste trabalho é o fato, já identificado por Celso D. de Mello, de que a dicotomia é artificial, pois divide em campos opostos aquilo que não o pode ser em razão da contínua e inexorável imbricação entre os diversos campos de regulação normativa no contexto das normas internacionais em Direito Penal, e doutro passo a sua real e complexa conformação em um campo científico em que o direito nacional e os diversos direitos internacionais se interconectam e se influenciam na formação e execução dos programas político-criminais no contexto do Direito Internacional contemporâneo.

Isto se evidencia ainda mais com a afirmação de Bassiouni de que o Direito Penal Internacional é normativamente conformado pela interconexão de vários campos de regulação normativa, nomeadamente, o Direito Internacional, quer em matéria penal quer geral (*e.g.*, a responsabilidade internacional dos Estados, as imunidades internacionais, a fixação das competências penais dos Estados nacionais pelo Direito Internacional etc), os direitos penais nacionais, os direitos penal e processual penal comparados e os diversos ramos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, global e regionais, tendo por objetivo aportar as condições necessárias à consecução de suas finalidades institucionais, a saber: a prevenção e a supressão da criminalidade internacional, o aperfeiçoamento da imputação de responsabilidade [individual] (“*enhancement of accountability*”), a redução da impunidade e o estabelecimento da justiça penal internacional¹⁹².

Em idêntica linha de magistério, embora mais restrita, seguem Ilias Bantekas e Susan Nash, e que se reportando aos procedimentos da uniformação e harmonização, afirmam que

[O] Direito Penal Internacional [ICL] é constituído pela fusão de duas disciplinas jurídicas: [o] Direito Internacional e [o] Direito Penal nacional (*domestic criminal law*). Embora seja verdade que se podem discernir certos elementos da ciência do Direito Internacional, certamente não é a totalidade destes elementos que compõem a disciplina do ICL. As leis

191 BROOK, Timothy. *O chapéu de Vermeer: o século XII e o começo do mundo globalizado*, tradução de Maria B. de Medina, Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 33.

192 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 1.

penais nacionais, expressas tanto através de medidas legislativas como da *common law*, constituem um componente vital do ICL. As regras internacionais geralmente são imperfeitas e imprecisas, principalmente em razão das dificuldades políticas na elaboração do acordo em concorrência com o interesse nacional. Com poucas exceções, e em correlação com o argumento anterior, os tratados internacionais dependem dos Estados signatários para prosseguirem na implementação das suas disposições com precisão em nível nacional, não necessariamente de forma idêntica, mas com certo grau de consistência e uniformidade com base nos objeto e finalidade de cada tratado em particular.¹⁹³

Este último dado identificado por Ilias Bantekas e Susan Nash é de suma importância, na medida em que o regime internacional no qual se conforma o Direito Penal Internacional está condicionado em sua eficácia à concreta adesão dos Estados nacionais, sem os quais não logra eficácia em seus programas político-criminais¹⁹⁴.

No presente trabalho, assim, adota-se como critério definidor da disciplina, e por conseguinte do objeto de seu estudo, o conceito dado por Japiassú¹⁹⁵, que seguindo a mesma linha aglutinadora de Bassiouni, José Luis de la Cuesta, René Koering-Joulin e André Huet, dentre outros, assim o define

O Direito Penal Internacional é o ramo do Direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas. O Direito Penal Internacional estabelece, também, as regras relativas: à aplicação extraterritorial do Direito Penal interno; à imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; à cooperação Penal Internacional em todos os seus níveis; às transferências internacionais de processos e de pessoas presas ou condenadas; à extradição; à determinação da forma e dos limites de execução de sentenças penais estrangeiras; à existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais; a qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo, que possa surgir no plano internacional. Esta é uma definição ampla e analítica, que destaca o caráter autônomo do Direito Penal Internacional, pois a internacionalização do crime levou à internacionalização da sua prevenção e repressão.

Essa conceituação unificadora logra evidenciar, de um lado, o fato já afirmado da internacionalização do Direito Penal, e de outro, a importância seminal da transdisciplinariedade para a compreensão de um ramo da ciência jurídica contemporânea em que os direitos nacionais e internacionais, e não somente um deles, se apresentam como condições necessárias à exata compreensão do fenômeno que se estuda, podendo-se citar como exemplo o tema do presente trabalho: o desaparecimento forçado de pessoa é, ao mesmo tempo, tanto uma forma gravíssima de violação dos direitos humanos¹⁹⁶, e que atrai nos termos dos diversos sistemas global e regionais de proteção a possibilidade de imputação

193 BANTEKAS, Ilias, NASH, Susan. *International Criminal Law*, 3th ed., London: Routledge, 2007, pp. 1-2.

194 DE OLIVEIRA, *Direito Penal Internacional, Estado Constitucional e o Problema da Mitigação da Soberania...*, passim.

195 JAPIASSÚ, *O Direito Penal Internacional...*, passim.

196 SCOVAZZI, Tullio, CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2007, p. 1-4.

de responsabilidade internacional ao Estado¹⁹⁷, como forma de macrocriminalidade política tipificada ora no tipo de crime contra a humanidade ora como crime comum, o que atrai, como consequência de seu cometimento, a possibilidade de imputação de responsabilidade penal individual, seja através do regime de persecução nacional, seja perante o sistema internacional, *e.g.*, através da jurisdição penal concorrente derivada do princípio da justiça cosmopolita, ou de um Tribunal Penal Internacional por meio do princípio da complementariedade.

2.2 O conceito de crimes internacionais

A ideia central que fundamenta a existência do crime internacional se estriba sobre o conceito geral de ilicitude¹⁹⁸, isto é, de um comportamento ativo ou passivo, individual ou coletivo, que uma vez realizado na facticidade histórica, desencadeia, como consequência de seu cometimento, o processo normativo-institucional de imputação de responsabilidade internacional através do qual se impõe ao responsável¹⁹⁹ as sanções jurídicas previamente estabelecidas pelo ordenamento jurídico internacional, ou em sendo o caso, pelo ordenamento dos próprios Estados.

Entretanto, se no direito nacional o conceito de ilicitude/ato ilícito é uma categoria que abrange a toda e qualquer forma de comportamento contrário ao direito, reservando-se o conceito de crime somente para os atos típicos, antijurídicos e culpáveis no âmbito do direito

197 A Corte Interamericana de Derechos Humanos, em sua primeira decisão contenciosa - Velásquez Rodríguez vs Honduras, cuja decisão de mérito foi julgada em 29 de julho de 1988 -, teve por objeto a prática de desaparecimento forçado de pessoa, da qual se seguiu a condenação do Estado pelo cometimento de comportamento pluriofensivo a diversos direitos humanos assegurados no Sistema Interamericano de Derechos Humanos. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf, acessado em 20.jul. 2004.

198 AGO, Roberto. *Le délit international*, RCADI, vol. 39, 1939, p. 422/426: “La notion du délit, ou plus exactement celle du tort ou du fait illicite, dont, pour des raisons de commodité terminologique, nous la considérons comme synonyme, entre dans cette catégorie de notions (droit subjectif, devoir juridique, contrat, acte juridique, etc) qui n'appartiennent pas plus au droit étatique qu'au droit international, mais qui, même si elles ont été étudiées plus spécifiquement par rapport à une certaine branche du droit, ont par ailleurs été admises dans le domaine de la théorie générale du droit [...] l'attribution de la qualité juridique d'illicite à un fait donné s'identifie une obligation de réparer ou bien légitimant l'application d'une sanction”.

199 Literalmente, “aquele que responde”: “O termo responsabilidade evoca o cognato resposta, ambos alicerçados na raiz spond do verbo latino respondere, cujo significado é responder. Responsável é aquele que responde e resposta é sempre a resultante de estímulo anterior causativo – a pergunta. Por outro lado, irresponsável é o que não responde, deixando em suspenso o diálogo [...]” CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*, São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 6-7.

penal²⁰⁰, no direito internacional o conceito de crime é empregado numa acepção mais ampla, na medida em que tanto identifica a um comportamento individual sancionado pelo Direito Penal Internacional, como do Estado no âmbito da responsabilidade internacional²⁰¹.

É certo que, nada obstante as controvérsias decorrentes dessa ambiguidade²⁰², que o conceito de crime internacional é majoritariamente utilizado para identificar àqueles

200 SOUZA, JAPIASSÚ, *Curso de Direito Penal...*, p. 136; ZAFFARONI, PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro...*, p. 385; PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal brasileiro*, v. 1, 11 ed., São Paulo: RT, 2012, p. 55; SANTOS, Juarez Cirino, *Direito Penal: parte geral*, Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2011, p. 82; TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 80.

201 A ideia de que os Estados também cometeriam crimes para fins de imputação da responsabilidade internacional – uma matéria ainda regida pelo direito internacional consuetudinário (CASSESE, Antonio, *International Law*, 2th ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 241 e ss) – foi inicialmente proposta por Hersch Lauterpacht de forma embrionária em suas Hague Lectures em 1937, e quando da edição sob sua organização da sexta edição do Oppenheim's *International Law* em 1947, foi afirmado de forma mais clara, adotando como fundamento para tanto os fatos que envolveram os Julgamentos de Nuremberg. Em síntese, para Lauterpacht “[...] states and individuals may be subjected by international law to penal damages and criminal responsibility”. A mesma tese já havia sido apresentada por D. B. Levin em 1946, quando sustentou a concepção soviética de que seria necessário distinguir nesse tema a prática de “delitos internacionais” e “crimes internacionais”. NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: the classical International Law of State responsibility and the traditional primacy of a bilateral conception of inter-state relations, *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2002, pp. 1308-1098. Em 1976, Roberto Ago, na qualidade de Relator Especial junto à Comissão de Direito Internacional para a elaboração do Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, apresentou seu conhecido quinto relatório referente às violações às normas do Direito Internacional no qual, no artigo 19, propôs-se a distinção entre “delitos internacionais”, que abarcariam as violações ordinárias do direito internacional, e “crimes internacionais”, que compreenderiam as violações às normas fundamentais da sociedade internacional, em especial aquelas decorrentes das obrigações erga omnes e normas do jus cogens, tais como as que asseguram a paz e seguranças internacionais, a livre determinação dos povos e os crimes internacionais próprios. O fundamento utilizado por Ago foi aquele já indicado em linhas acima acerca da sobreposição entre responsabilidade penal individual perante o Direito Internacional e responsabilidade internacional do Estado, na medida em que os crimes internacionais mais graves seriam praticados por indivíduos no exercício de suas funções públicas (UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada em su 28º período de sesiones, disponível em http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_31_10.pdf&lang=EFS, acessado em 20.jul. 2015). Contudo, após referido relatório ter sido submetido às análises e debates pelos Estados, referida qualificação foi rechaçada, tendo o novo Relator Especial, James Crawford, proposto a substituição dos conceitos de “delito” e “crime” pelos de, respectivamente, “ato ilícito internacional” (internationally wrongful act) e “atos ilícitos internacionais excepcionalmente graves” (exceptionally serious wrongful act). UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. First report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, disponível em http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_490.pdf&lang=EFSX, acessado em 20.jul. 2015), distinção que foi mantida na versão final do Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts aprovado pela Comissão em 2001, ex vi dos Capítulos III (artigos 12 a 39) e III (artigos 40 a 59) (UNITED NATIONS. Drafts Articles on Responsibility of States..., passim.).

202 Pellet, apesar da alteração ocorrida no Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, sustenta a validade e a legitimidade conceitual da utilização do conceito de crime, mormente porque em sua concepção, a responsabilidade internacional, diversamente da distinção havida nos ordenamentos nacionais entre civil e penal, é pura e simplesmente “internacional”; havendo, pois, a ocorrência de um ato ilícito internacional excepcionalmente grave – como o genocídio -, o conceito de crime deve ser usado para o ato de imputação de responsabilidade, quer ao indivíduo quer ao Estado em razão de haver uma clara sobreposição entre as mesmas. PELLET, Alain. Can a State Commit a Crime? Definitely, yes! *European Journal of International Law*, vol. 10, n. 2, 1999, 425-434.

comportamentos humanos de natureza jurídico-penal previstos em normas internacionais. Conforme Werle²⁰³,

[O] Direito Internacional Penal engloba todas as normas que estabelecem, excluem ou de algum de modo regulam a responsabilidade por crimes no direito internacional. Para que uma infração seja de Direito Internacional Penal é preciso que atenda a três condições: primeiro, deve implicar na [imputação] de reponsabilidade individual e ser objeto de penalização. Segundo, a norma deve pertencer ao Direito Internacional. Três, a infração deve ser punível independentemente de ter sido internalizada pelo direito nacional.

Assim, seguindo a linha de argumento acima reproduzida, a primeira condição para se identificar o que seja um crime internacional será a aferição se um determinado comportamento humano – ativo ou passivo – é previsto em uma norma internacional – convencional ou costumeira – à qual se impõe como consequência de seu cometimento uma sanção jurídico-penal.

Quanto à segunda condição, já foi visto em linhas acima que o Direito Internacional contemporâneo prevê 27 categorias de crimes internacionais através de 276 convenções internacionais. A principal distinção existente entre estas 27 categorias de crimes, conforme se indicará em linhas abaixo, atine àqueles que ensejam o exercício da jurisdição internacional direta pelos tribunais penais internacionais, e aqueles – a grande maioria -, que ensejam o exercício das jurisdições penais nacionais.

Por fim, no que concerne à terceira condição, esta é imediatamente ligada às formas de exercício da jurisdição penal internacional. Em outros termos, havendo ou não a tipificação no ordenamento do “*loci delicti commissi*”, nada obsta que outro Estado, ou mesmo um tribunal penal internacional, inicie a persecução pelo cometimento de um crime internacional, seja na forma da jurisdição penal concorrente, seja na forma da persecução internacional direta.

Já Bassiouni indica os seguintes pressupostos formais para se identificar um crime internacional²⁰⁴:

Para este escritor existem cinco critérios aplicáveis à política internacional de criminalização. São eles: (a) a conduta proibida afeta a importantes interesses internacionais, em particular, se eles se constituem numa ameaça as segurança e paz internacionais; (b) a conduta proibida constitui numa ação manifestamente ofensiva aos valores comuns da comunidade internacional, inclusive àquelas que historicamente têm sido indicadas como um comportamento que ofende a consciência da humanidade; (c) a conduta proibida tem implicações transnacionais por envolver ou afetar mais de um Estado em seu planejamento ou comissão, ou mesmo pela diversidade de nacionalidades entre seus autores ou vítimas, ou porque os meios empregados transcendem as fronteiras nacionais; (d) a conduta é nociva a interesses ou pessoas internacionalmente protegidos; e (e) a conduta agride um interesse internacionalmente protegido, e embora ele não satisfaça (*does not rise*) aos níveis exigidos

203 WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, p. 29.

204 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 142-143.

[pelas condições] (a) ou (b), em razão de sua natureza, ele será mais bem prevenido ou suprimido pela criminalização internacional.

No mesmo sentido seguem as lições de Barbosa²⁰⁵ quando, logo após identificar as normas do Direito Penal Internacional como “[...] o Direito Penal da comunidade internacional”, afirma que “[e]sta aproximação permite considerar que nossa disciplina é algo equivalente, no plano internacional, ao Direito Penal no plano interno: um *corpus* de normas que descrevem comportamentos penais que afetam os mais altos valores da comunidade internacional [...]”.

Por fim, Van Schaack e Slye²⁰⁶ identificam nove critérios que devem orientar a compreensão do que seja um crime internacional, tendo como elemento de contraste os crimes previstos em nível nacional, quais sejam: a) **critério jurisdicional**: será um crime internacional se a persecução penal puder ser exercida, isolada ou alternativamente, por um tribunal penal internacional ou através da jurisdição extraterritorial dos Estados; b) **critérios “inter-nacional”**: será um crime internacional se os interesses penalmente tutelados transcenderem quer as fronteiras de um Estado quer a interesses comuns de mais de um Estado; c) **critério da identidade do autor**: válido especificamente para os chamados *core crimes*, implica na existência de conexão entre o(s) crime(s) cometidos e o Estado (por isso também denominado de critério do Estado-autor (*State perpetrator*)), no contexto da macrocriminalidade política; d) **critério político**: decorrente do critério da identidade, ele indica a necessidade da presença da decisão política governamental em cometer, por seus órgãos ou terceiros por ele suportados, determinados crimes; e) **critério da conexão com um conflito armado**: também inerente aos *core crimes*, será crime internacional todo ilícito que viole a interesses penalmente tutelados – paz e segurança internacionais, normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, leis e costumes de guerra etc – em períodos de conflitos armados, internacionais ou não; f) **critério da estabilidade internacional**: serão crimes internacionais todos os comportamentos que violem os interesses e valores da Sociedade Internacional em termos de estabilidade e preservação dos mesmos; g) **critério da dignidade humana**: serão crimes internacionais todos os comportamentos que violem aos direitos humanos, entendidos como normas que têm por finalidade assegurar, a todas as pessoas, sua dignidade; h) **critério do elemento subjetivo (*mens rea*)**: identifica os motivos e intensões dos autor quanto ao cometimento ou participação para o cometimento de um crime

205 BARBOZA, Julio. *International Criminal Law*, RCADI, vol. 287, 1999, pp. 24-26.

206 VAN SCHAACK, Beth, SLYE, Ronald C. *International Criminal Law: essentials*, New York: Aspen Publishers, 2009, pp. 107-119.

internacional, *e.g.*, nos crimes contra a humanidade, o elemento subjetivo (*mens rea*) é duplamente conformado: primeiro pelo tipo penal (*actus reus*) contido na tipicidade de crimes contra a humanidade, *v.g.*, homicídio, estupro, a tortura, o desaparecimento forçado de pessoa etc. A intensão do agente, portanto, deve ser a de, consciente e voluntariamente, realizar referidos comportamentos. O segundo elemento de tipicidade é aquele de cariz contextual pertinente à exigência de que estes comportamento sejam realizados na execução de um ataque geral ou sistemático contra a população civil, nos termos do artigo 7, I do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Seguindo esta compreensão formal²⁰⁷, não se pode, portanto, concordar com as posições defendidas por autores que circunscrevem o conceito de crime internacional somente para os *core crimes*²⁰⁸, seja por se adotar como critério de definição o da jurisdição criminal supranacional dos tribunais penais internacionais²⁰⁹, seja por admitir a dificuldade em se sistematizar todos os campos de regulação do Direito Penal Internacional²¹⁰.

No que respeita, doutro giro, ao conceito material (*ratione materiae*) de crimes internacionais, este se liga imediatamente aos bens e interesses internacionalmente tutelados pelas normas internacionais. Assim, Bassiouni, ao sistematizar àquelas 27 categorias de crimes internacionais a partir dos bens jurídicos tutelados (*ratione materiae*), forjou uma classificação quadripartida assim constituída²¹¹:

A) Proteção à paz e segurança internacionais:

- Crime de Agressão.

B) Proteção a interesses humanos não associados a outros interesses internacionalmente protegidos

- Genocídio;

- Crimes contra a humanidade;

- Crimes de guerra;

- A posse, o uso, o armazenamento e o comércio ilegais de armas, incluídas as armas nucleares;

207 Defendida também por AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law*, 2 v. V. 2, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 222-226.

208 Mormente porque na literatura do Direito Penal Internacional não existe um critério unívoco para se compreender o que sejam e quais são os crimes internacionais. “The writings of scholars are uncertain, if not tenuous, as to what they deem to be the criteria justifying the establishment of crimes under international law”. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 142.

209 WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, pp. 29-30; CASSESE, Antonio. *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale*, 2 v. V 1, Bologna: Il Mulino, 2005, pp. 24-25.

210 CRYER *et al*, *An introduction to International Criminal Law...*, p. 2-3

211 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, pp. 142-143 usque 150-216.

- Terrorismo nuclear;
- Apartheid;
- Escravidão, redução à condição análoga à escravidão e tráfico de pessoas humanas;
- Tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante ou punição;
- Experimentação humana ilegal;
- Desaparecimento forçado de pessoa e execuções extrajudiciais;
- Mercenarismo.

C) Proteção a interesses humanos associados a outros interesses internacionalmente

- Pirataria e atentados contra a segurança da navegação marítima e a segurança das plataformas em alto mar;
- Tomada de reféns e atentados contra a segurança da segurança aérea;
- Ameaça e/ou o uso de força contra sujeitos internacionalmente protegidos e servidores das Nações Unidas;
- O sequestro de civis;
- Uso de explosivos;
- Financiamento do terrorismo;
- O uso ilegal dos meios de comunicação internacional, em especial correio;

D) Proteção de interesses sociais e culturais

- Tráfico ilícito de drogas e substâncias estupefacientes;
- Crime organizado;
- Destruição ou roubo de tesouros nacionais;
- Atos ilegais contra determinados interesses internacionalmente protegido relacionados ao desenvolvimento;
- Tráfico internacional de material obsceno;
- Falsificação e contrafação;
- Interferência ilícita nos cabos submarinos internacionais;
- Corrupção e suborno de servidores públicos estrangeiros.

Embora não tenha sido citado por Bassiouni, o crime de lavagem de capitais toma parte nessa última classificação²¹², uma vez que ele se constitui em um ilícito internacional

212 STESENS, Guy. *Money laundering: a new international law enforcement model*, 2th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 84-87.

previsto nos tratados internacionais que versam sobre crimes transnacionais de caráter econômico. Como já afirmado em outro momento²¹³:

[...] o crime de lavagem de capitais é um delito previsto nas principais convenções internacionais pactuadas no sistema das Nações Unidas (doravante ONU) em matéria de direito penal - Tráfico de Entorpecentes, o Crime Organizado, Contra a Corrupção e Contra o Financiamento do Terrorismo-, no que resta evidenciado o seu caráter transnacional, conforme, aliás, é reconhecido na Exposição de Motivos da Lei 9613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais), que se reporta expressamente ao cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro quanto à persecução desse delito.

Ante esta pluralidade de direitos e interesses internacionalmente tutelados pelo Direito Penal Internacional, bem como ante a diversidade de formas de persecução penal desses crimes, aos quais se soma a ideia de que entre eles haja uma hierarquia²¹⁴, doutrinariamente se convencionou distingui-los em duas modalidades de crimes internacionais: crimes internacionais próprios e crimes internacionais impróprios. Para Japiassú²¹⁵, no entanto, existe uma divisão tricotômica, que abrangeria àquelas duas primeiras categorias e a que ele identifica como crimes internacionais por contaminação ou difusão.

Os crimes internacionais próprios, também identificados pelas expressões “crimes internacionais *strictu sensu*”, “crimes internacionais *jus cogens*”, “crimes *jus cogens*”, “crimes nucleares (*core crimes*)” do Direito Internacional²¹⁶, “crimes internacionais por natureza”²¹⁷ etc, são assim identificados por pelos menos três considerações²¹⁸:

A) primeiramente porque os crimes abarcados nessas rubricas são considerados como os crimes mais graves que se podem cometer perante o Direito Internacional, e isto por, de um lado, ofender aos valores e interesses fundamentais da sociedade internacional, tais como as segurança e paz internacionais, os direitos internacionais da pessoa humana – direitos humanos e direito humanitário -, as leis e costumes de guerra etc, e de outro lado por encontrarem uma reprovação universal da sociedade internacional através das normas fundamentais do Direito Internacional, convencionais ou consuetudinárias, em especial as normas de *jus cogens* e as obrigações *erga omnes*²¹⁹;

213 DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *A internacionalização do Direito Penal: uma aproximação a partir do crime de lavagem de capitais*, in DE OLIVEIRA, *Temas Escolhidos...*, p. 132.

214 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p.146-147.

215 JAPIASSÚ, *O Direito Penal Internacional...*, *passim*.

216 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 142; NETO, *Curso de Direito Internacional Penal...*, pp. 305 e ss.

217 Claude Lombois, apud NETO, *Curso de Direito Internacional Penal...*, p. 54.

218 CASSESE, *International Law...*, p. 436.

219 Embora haja inúmeras controvérsias acerca de quais normas do Direito Internacional seriam, de fato, *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, majoritariamente a doutrina e os tribunais Internacionais, de direitos humanos ou penais, reconhecem que os crimes internacionais próprios são exemplos significativos dessas normas. Conforme Bassiouni, a caracterização dos crimes internacional como normas de *jus cogens* implica em que:

B) o segundo fundamento se encontra no fato de que a própria sociedade internacional decidiu por criminalizar referidos comportamentos e exercer a persecução penal por intermédio de tribunais penais internacionais, e não somente pelos, ou mesmo apesar dos Estados; e

C) o terceiro e último fundamento é porque esses crimes são praticados no contexto do que já foi afirmado em linhas acima de macrocriminalidade política, que segundo Ambos significa “[...] ‘criminalidade fortalecida pelo Estado’, ‘crime coletivo politicamente condicionado’ ou – com menor precisão – crimes de Estado, terrorismo de Estado ou criminalidade governamental”²²⁰. Em outros termos, os crimes internacionais próprios são assim caracterizados em razão de serem praticados por agentes investidos, de fato ou de direito, de poder político e na execução de uma política de Estado tendente à violação dos bens e interesses fundamentais da sociedade internacional²²¹. De direito, na qualidade de agente ou Chefe de um governo legítimo; de fato, na qualidade de agente ou Chefe de um governo de fato, seja qual for o motivo que tenha levado ao exercício do domínio político sobre o território ou parte do território de um Estado. Conforme afirmado por Bassiouni, ao comentar a relevância do conceito de política de Estado para a tipificação dos crimes contra a humanidade²²², a

[...] noção de “política de Estado” significa a conduta ilícita de agentes estatais no exercício de poderes e recursos públicos sob um disfarce legal (*under colour of law*) para cometer condutas ilícitas (*harmful*) contra a população civil. Isso inclui qualquer indivíduo ou grupo capaz de usar os poderes e recursos do governo para institucionalizar a violência contra a população civil. Às vezes é o governo pelo terror, mas na maioria das vezes é o exercício abusivo do poder de formas menos visíveis, mas que, no entanto, causa danos significativos em nível humano numa parte indefesa da população civil. Em razão de sua natureza e escala, [os] CAH requer o uso das instituições governamentais, estruturas, recursos e pessoal atuando no exercício de suas funções e recursos sem se sujeitar a controles legais eficazes [...] A relevância do elemento da política de Estado para os agentes estatais repousa primeiramente numa categoria distintiva [em relação aos] crimes similares de natureza interna, e segundo em distinguir os CAH de outros crimes internacionais que proíbem conduta idêntica ou similar.

Em outros termos, os crimes internacionais próprios têm em comum o elemento da política de Estado por ele expressar, no contexto da sociedade internacional contemporânea,

“International crimes that rise to the level of jus cogens constitute obligation erga omnes which are inderogable. Legal obligations which arise from the higher status of such crimes includes the duty to prosecute or extradite, the non-applicability of statutes limitations for such crimes, the non-applicability of any immunities up to and including Heads of States, the non-applicability of the defense to the “obedience to superior orders” [...], the universal application of these obligations whether in time of peace and war, their non-derogation under “state of emergency”, and universal jurisdiction over perpetrators of such crimes”. BASSIOUNI, M. Cherif. International crimes: jus cogens and obligation erga omnes, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n. 4, 1996, pp. 63-74.

220 AMBOS, *A parte geral*..., p. 55.

221 CASSESE, *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale*..., p. 25.

222 BASSIOUNI, *Crimes against humanity*..., pp. 14-17.

ainda caracterizada pela horizontalidade de sua organização (*tertio supra partes non datur*), o que a aproxima, em muito, das sociedades primitivas²²³, um elemento essencial de afirmação do princípio do “*rule of law*”, na medida em que se não admite que os poderes dos Estados sejam exercidos para violar aos interesses mais importantes da sociedade internacional, mormente aqueles relativos à paz e segurança internacionais e os direitos internacionais da pessoa humana²²⁴.

Portanto, são reconhecidamente considerados como crimes internacionais próprios aqueles que hoje estão previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, artigo 5º (que define a competência *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional) e artigos 6º a 8º (que tipificam os crimes junto ao Regulamento dos Elementos dos Crimes do Tribunal Penal Internacional), a saber: o crime de agressão²²⁵, o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra.

Mas também são crimes internacionais próprios aqueles previstos em convenções internacionais específicas, tais como a tortura, o desaparecimento forçado de pessoa e formas graves de terrorismo internacional, mormente se praticados com o apoio de Estados ou organizações terroristas transnacionais²²⁶. O que diferencia o tratamento internacional sobre estes crimes não é tanto a regulação internacional por meio de tratados internacionais autônomos²²⁷, mas o fato de que a sociedade internacional, através de seus organismos universais e regionais, instituiu políticas criminais de cooperação internacional entre os

223 GUGGENHEIM, Paul. *Les principes de Droit International*, RCADI, vol. 80, 1952, p. 117; KELSEN, Hans. *Théorie du Droit International Public*, RCADI, vol. 84, 1953, p. 26.

224 “The identification, application and enforcement of commonly-shared values and commonly-shared interests by the modern international legal system presuppose the existence of a community that postulates certain universal objects and moral imperatives requiring certain actions and compelling the refraining from others. From there we identify the boundaries that limit the actions of states, impel them to cooperate for the common good and act in the common interest. To argue that this is exclusively a moralistic approach is to ignore all that which common experience teaches based on the lessons of justified pragmatic considerations, enlightened self-interest, and prudent judgment. An international community is not therefore dependent on the existence or even the desirability of a world government”. BASSIOUNI, *The perennial conflict between international criminal justice and realpolitik...*, p. 2.

225 O crime de agressão, desde a entrada em vigência do Estatuto do Tribunal Penal Internacional em 2002, está submetido à cláusula suspensiva prevista no artigo 5º, 2, e que somente poderá ser objeto de persecução quando os seus elementos forem definitivamente tipificados. Essa condição foi, em parte, realizada quando da Conferência de Revisão do Estatuto do Tribunal Penal Internacional ocorrida em Kampala, Uganda, entre 31 de março e 11 de junho de 2010, restando, no entanto, a sua confirmação pela Assembleia dos Estados Partes do Tribunal Penal Internacional que ocorrerá em 2017. Regulamento dos Elementos dos Crimes do Tribunal Penal Internacional já revisado, disponível em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>, acessado em 20.ago. 2011.

226 CASSESE, *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale...*, p. 25.

227 A tortura é regulada no sistema global pelas Declaração Sobre a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Tortura e Outras Formas de Punição e Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1979 e a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; em nível regional, pela CIPPT e a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes.

Estados objetivando a prevenção e/ou punição dos autores desses crimes²²⁸. Em outros termos, não se exige que a tortura, o desaparecimento forçado de pessoa ou o terrorismo transnacional sejam cometidos em circunstâncias excepcionais de um ataque geral e ou sistemático à população civil para que a própria sociedade internacional atribua-os a rubrica de crimes internacionais próprios em razão mesmo da reprovação universal a que referidos comportamentos estão submetidos²²⁹, conforme, aliás, é amplamente reconhecido pelas jurisprudências das cortes nacionais e internacionais²³⁰.

Por sua vez, os crimes internacionais impróprios, também denominados de crimes internacionais “*largo sensu*”, crimes transnacionais²³¹ ou “*treaty-based crimes*”²³², e que se constituem no maior número de crimes internacionais compreendidos na expressão sistemas globais de proibição, “[...] abrange os crimes transnacionais, isto é, aqueles que por suas características, extensão e conseqüências ultrapassam fronteiras, envolvendo, portanto mais de um Estado, estejam ou não previstos em tratados e convenções bilaterais, multilaterais ou universais”²³³.

Neste modelo de criminalização internacional²³⁴, a maior parte das convenções internacionais não criam novos tipos penais, mas obrigações para que os Estados criminalizem as condutas em seus respectivos ordenamentos jurídicos – caso ainda não exista o tipo penal -, e exerçam a persecução penal, territorial ou extraterritorialmente, objetivando-se, com isso, a instituição de regimes de cooperação internacional penal tendentes à prevenção e a repressão desses comportamentos em nível internacional.

228 Antonio Casse afirma que no curso da Conferência de Roma do Estatuto do Tribunal Penal Internacional chegou a se cogitar de submeter o terrorismo internacional à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, mas ante a falta de consenso sobre a própria tipificação do crime, referido projeto foi rechaçado. CASSESSE, *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale...*, pp. 167-168.

229 A “[...] tortura é um crime internacional em qualquer tempo e em todas as circunstâncias, e hoje é considerado um crime internacional *jus cogens*”. BASSIUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 203.

230 No que concerne à tortura, a House of Lords, no caso Pinochet, assim se manifestou: “The *jus cogens* nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed. International law provides that offences *jus cogens* may be punished by any state because the offenders are “common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution””. UNITED KINGDOM, HOUSE OF LORDS. *Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet...*, *passim*. No que concerne ao desaparecimento forçado de pessoa, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o célebre caso Velásquez-Rodríguez v. Honduras, manifesta a natureza de *jus cogens* e obrigação erga omnes que qualifica a reprovação internacional dessa prática.

231 BASSIUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 142; JAPIASSÚ, *O Direito Penal Internacional...*, *passim*.

232 AMBOS, *Treatise on International Criminal Law...*, p. 222-226.

233 JAPIASSÚ, *O Direito Penal Internacional...*, *passim*.

234 AMBOS, *Treatise on International Law...*, p. 223.

Com efeito, muitas das convenções internacionais são criadas em reação a eventos que lhes são contemporâneos e que são sentidos pela sociedade internacional como uma forma de criminalidade organizada que deve ser coibida por colocar em risco a própria estabilidade internacional ou por violar bens e interesses comuns. Isso explica o porquê de se estabelecer a jurisdição universal como um instituto comum aos crimes transnacionais, pois “[...] a jurisdição territorial sozinha não é suficiente para os casos de criminalidade transnacional em razão de ser tipicamente uma criminalidade que cruzam as fronteiras”²³⁵.

Por fim, segundo doutrina Japiassú, existiria uma terceira modalidade de crime internacional, por ele identificado pela expressão delinquência internacional por difusão ou contaminação, que seriam os comportamentos criminais “[...] convencionais ou não, que se manifestam mais ou menos ao mesmo tempo em lugares diversos, com as mesmas características, passando de um Estado a outro, por assim dizer, epidemicamente, graças à rapidez dos meios de transporte, à instantaneidade das comunicações e à atividade dos *mass media*. Este último aspecto transformou o crime na notícia por excelência e, com isso, o potencializou”²³⁶. Seriam exemplos dessa forma de criminalidade, *v.g.*, o compartilhamento de pornografia infantil²³⁷ ou a divulgação de discurso de ódio ou propaganda *jihadista* pela rede mundial de computadores. Embora muitos desses comportamentos não sejam crimes internacionais que tenham base normativa em uma norma internacional, a prevenção geral e ou especial desses comportamentos necessita da cooperação internacional entre os Estados, pois nenhum Estado conseguirá sozinho enfrentar estas formas difusas de comportamentos ilícitos.

Agora, a distinção entre crimes internacionais próprios, crimes internacionais impróprios e crimes internacionais por difusão ou contaminação, longe de ter um caráter meramente acadêmico, tem consequências práticas importantíssimas para a conformação do Direito Penal Internacional, mormente no que diz respeito, de um lado, nas formas de implementação da persecução penal, e de outro lado na qualificação do tipo de responsabilidade internacional, individual ou coletiva, imputada pelo Direito Internacional.

Como se discutirá no próximo tópico os modelos de exercício da jurisdição penal internacional, cumpre indicar, somente de passagem, a distinção que referida classificação opera no âmbito da responsabilidade internacional individual e coletiva.

235 AMBOS, *Treatise on International Law...*, p. 224.

236 JAPIASSÚ, *O Direito Penal Internacional...*, *passim*.

237 Embora seja extremamente difícil conceituar, de forma objetiva, qual forma de material obsceno se constituiria contemporaneamente em um crime internacional em relação às nove convenções internacionais que a regulam, a pornografia infantil ou demais materiais obtidos mediante abusos e violência (estupro, snuff movies etc) constituem-se, per se, em modelos que encontram na sociedade internacional a mais severa reprovação. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, pp. 214-215.

No que diz respeito à responsabilidade individual, somente os crimes internacionais próprios ensejam a aplicação do princípio da responsabilidade penal direta do indivíduo segundo o direito internacional²³⁸; os impróprios, a responsabilidade internacional individual será mediada pela internalização do comportamento nos ordenamentos jurídicos nacionais, operando o princípio da justiça universal como um fator importante para o enfrentamento da impunidade caso o Estado territorialmente competente não o faça, uma vez que, conforme já afirmado, a persecução penal poderá ser exercida por qualquer outro Estado em concorrência com Estado com aquele primeiro²³⁹.

Já no que concerne à responsabilidade internacional dos Estados, a violação às normas internacionais que regulam os crimes internacionais próprios ensejará a imputação de responsabilidade internacional na forma de “atos ilícitos internacionais excepcionalmente graves” (*exceptionally serious wrongful act*) nos termos do Drafts Articles on Responsibility of States, artigos 40-59; já os crimes internacionais impróprios, caso o Estado descumpra a obrigação internacional, a imputação de responsabilidade internacional por um “ato ilícito internacional” (*internationally wrongful act*) nos termos dos artigos 12-39 do Drafts Articles on Responsibility of States.

Como se pode observar da descrição acima feita, é mais do que indubitado a existência de uma sobreposição entre responsabilidade internacional individual e responsabilidade internacional coletiva nos casos de crimes internacionais próprios, uma vez que o poder do Estado é ilegítimamente exercido para a execução de injustos penais internacionalmente proscritos por normas fundamentais da sociedade internacional, o que não ocorre na hipótese de crimes internacionais impróprios.

2.3 Formas de implementação e o dever de cooperação internacional em matéria penal

Por formas de implementação do Direito Penal Internacional entende-se os diferentes regimes normativos e institucionais pelos quais a persecução penal dos crimes internacionais é exercida²⁴⁰, e que implicam, de um lado, na preservação, embora mitigada, da jurisdição

238 AMBOS, *A parte geral...*, p. 43; “Estes são crimes que violam bens ou interesses jurídicos supranacionais e, como afirma Triffterer, geram uma responsabilidade penal imediata fundada diretamente no Direito Internacional”.

JAPIASSÚ, *O Direito Penal Internacional...*, *passim*.

239 AMBOS, *Treatise on International Law...*, p. 224.

240 BASSIOUNI, *Introduction to Criminal International Law...*, p. 22.

penal dos Estados, e de outro lado na criação, como regra geral, de mecanismos de complementação ou concorrência entre jurisdições estatais e internacionais e ou entre jurisdições estatais.

Conforme Werle²⁴¹, “[O] Direito Internacional Penal faz uma distinção entre mecanismos de persecução (*enforcement*) direta ou indireta. Aqueles se referem à persecução dos crimes internacionais pelos tribunais internacionais, de um lado, ou pelas cortes nacionais, de outro lado”, o que leva, em razão da possibilidade de ocorrer, em determinadas circunstâncias, conflito jurisdicional entre tribunais nacionais ou entre tribunais nacionais e tribunais internacionais, a aplicação de critérios de solução desse conflito. Primeiramente se discorrerá sobre os regimes; depois sobre os critérios de solução de conflitos jurisdicionais.

Pois bem. Estes regimes instituídos pelo Direito Internacional objetivam, em última instância, colmatar a lacuna de punibilidade fática a que muitos crimes internacionais estão submetidos em razão da prevalência da *realpolitik* ou mesmo da impotência de muitos Estados em fazerem frente à criminalidade organizada, política ou econômica, sobre a necessidade de preservação da autoridade normativa do direito e a efetiva proteção dos bens e interesses comuns da sociedade internacional²⁴².

Assim, internacionalmente existem dois regimes de implementação do Direito Penal Internacional.

O primeiro é o sistema da implementação direta (*direct enforcement system*), cujo exercício da persecução penal se dá pelos tribunais penais internacionais, e que se caracteriza pelo “[...] regime aplicável às instituições judiciais internacionais que têm o poder para executar seus mandatos (*have the power of enforcing their orders*) e julgamentos sem passar pelos Estados ou qualquer outra autoridade legal”²⁴³. Esse regime é criado por normas internacionais, sendo os tribunais compostos exclusivamente de juízes internacionais, estando as suas competências materiais delimitadas à persecução de crimes internacionais próprios.

Outra característica importante do regime de implementação direta é a de que até a entrada em funcionamento do Tribunal Penal Internacional, em 2002, todos os Tribunais Internacionais que existiram foram *ad hoc*, vale dizer, criados especificamente para exercer a

241 WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, pp. 80-81.

242 AMBOS, *A parte geral...*, p. 40; AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional, tradução de Alexandra Rosado, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 49, São Paulo: RT, 2004, pp. 48-88. A lacuna não é jurídica, mas fática em razão de a maior parte dos ordenamentos contemporâneos punirem, a partir de critérios e com penas bastante distintos, os crimes internacionais. Assim, tem-se um problema fático-político, na medida em que estes crimes, mormente os internacionais próprios, sendo praticados segundo uma decisão política de Estado, não são ou não serão punidos por razões políticas, e não jurídicas.

243 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 22.

persecução penal de eventos históricos concretos. Sinteticamente os Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e Tóquio, e os Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e Tribunal Penal Internacional para Ruanda, foram tribunais internacionais *ad hoc*.

Historicamente, nada obstante a tentativa pós Primeira Guerra Mundial de se submeter ao Kaiser Guilherme II da Alemanha a julgamento perante um tribunal penal internacional por “crimes contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos Tratados”, nos termos do artigo 227 do Tratado de Paz de Versalhes²⁴⁴, ao lado de outros projetos internacionais²⁴⁵, o sistema de implementação direta se manifestou, concretamente, com a criação dos Tribunais Internais Militares de Nuremberg e Tóquio no pós Segunda Guerra Mundial²⁴⁶, cujos Estatutos foram responsáveis, em parte, pela tipificação internacional dos crimes internacionais próprios²⁴⁷. Com efeito, por estas normas, referidos tribunais detinham competência para o julgamento dos indivíduos qualificados, respectivamente, como os maiores criminosos de guerra do eixo europeu e do Japão durante a Segunda Grande Guerra Mundial (Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, artigo 1º; Estatuto do Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente, artigo 1º), e aos quais se imputaram a

244 Tendo o Kaiser Guilherme II se refugiado na Holanda ao final da 1ª Guerra Mundial, ela indeferiu, pois, a sua entrega para ser submetido a julgamento perante um tribunal internacional sob os argumento de que as imputações se constituíam em crimes políticos. JAPIASSÚ, *O Tribunal Penal Internacional...*, p. 40.

245 Nomeadamente: a) em 1872, Gustav Moynier, um dos criadores da Cruz Vermelha Internacional, propôs a criação de um tribunal penal permanente para a persecução dos crimes de guerra consistentes na violação à Convenção de Direito Humanitário de Genebra de 1864, tendo em vista as atrocidades cometidas na Guerra Franco-Prussiana de 1870, proposta, no entanto, que não encontrou adesão dos Estados; b) em razão dos fatos praticados pelo Império Turco-Otoman no curso da 1ª Guerra Mundial contra a minoria armênia, que teve como resultado cerca de 600.000 mortes (Genocídio Armênio) houve a manifestação por parte dos governos britânico, francês e russo de que os responsáveis por tais atos deveriam ser levados a julgamento. Nesse sentido, com o fim da 1ª Guerra Mundial as forças aliadas instituíram a Comissão on the Responsibilities of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Customs of War, de 1919, cujos trabalhos finais redundaram no parecer em que se sugeriu, de um lado, a recomendação de julgamento internacional dos oficiais turco-otomanos, e de outro na tipificação dessas atrocidades como “crimes contra a humanidade”, tese esta rechaçada pela delegação estadunidense sob o argumento de que referidos atos não se constituíam em crimes segundo o Direito Internacional. Nada obstante, em 10 de agosto de 1920 forjou-se o Tratado de Sèvres, que em seus artigos 226-228 determinava a punição dos autores de violações às leis e costumes de guerra, e em seu artigo 230 determinava a persecução dos responsáveis, por um tribunal internacional a ser instituído, pelo Genocídio Armênio. Referido tratado não foi ratificado por nenhum Estado, sendo, pois, revogado pelo Tratado de Lausanne, de 24 de julho de 1924, que concedeu anistia àqueles a que se imputavam como autores dessas atrocidades. JAPIASSÚ, *O Tribunal Penal Internacional...*, pp. 39-40; FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L., *Os crimes contra a humanidade no actual Direito Internacional Penal*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 26-27.

246 A ideia de que o julgamento havido em Breisach em 1474, em que o Barão Peter von Hagenbach foi condenado por ofensas às leis de Deus e da Humanidade nos curso da ocupação militar por ele comandada nesta cidade, realizado por 27 juízes súditos do Sacro Império Romano Germânico, se constituiria numa primeira manifestação de um tribunal internacional militar (NETO, *Curso de Direito Penal Internacional...*, P. 32) parece não encontrar uma exata conformação com a ideia de um tribunal internacional, pois “[...] visto que todos os juízes tinham relação com o Sacro Império Romano Germânico [...] foi muito mais um tribunal confederado do que internacional”. JAPIASSÚ, *O Tribunal Penal Internacional...*, p. 38.

247 Nuremberg pode, de fato, ser considerado como “[...] the birth certificate of international criminal law”. WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, p. 7.

prática dos crimes contra a paz, atualmente conformado no crime de agressão (Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, artigo 6, a; Estatuto do Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente, artigo 5, a), crimes de guerra (Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, artigo 6, b; Estatuto do Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente, artigo 5, b) e crimes contra a humanidade (Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, artigo 6, c; Estatuto do Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente, artigo 5, c). O crime de genocídio somente foi criado com a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1948, da Convenção sobre Genocídio, sendo que os comportamentos levados a julgamento em Nuremberg, e que em mencionada convenção se tipificariam como tal, foram perseguidos na modalidade de crimes contra a humanidade consistentes [...] no assassinato, extermínio e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou a perseguição por motivos religiosos, raciais”²⁴⁸.

Apesar de todos os problemas de legitimidade suscitados pelos julgamentos de Nuremberg²⁴⁹, na medida em que ao julgamento dos “maiores criminosos de guerra do eixo”, identificado pelo termo *Jubiley* – Tribunal Militar Internacional vs Hermann Göring et al -, se seguiram outros por categorias de agentes do regime político nacional-socialista, dentre eles juristas, médicos, industriais etc, feitos no bojo dos “Processos de Guerra de Nuremberg”, e a partir não mais do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, mas da Control Council Law n. 10²⁵⁰, que foi a base normativa para o julgamento dos acusados de crimes internacionais por tribunais militares nas zonas ocupadas pelos aliados²⁵¹, é importante demarcar que, internacionalmente, com a aprovação, pela Assembleia Geral das Nações

248 SCHABAS, William A. *Genocide in International Law: the crime of crimes*, 2th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 38-48.

249 Em síntese, conforme o Relator Especial da Comissão de Direito Internacional/ONU J. Spiropoulos, as principais acusações que se levantaram contra Nuremberg foram as seguintes: “a) que se tratava de Tribunal ad hoc; b) que os julgamentos foram mais políticos do que jurídicos; 3) que apenas as quatro potências vitoriosas criaram o Tribunal, e, por consequência, que elas não representavam a comunidade internacional; e 4) que houve ofensa ao princípio da legalidade (nullum crimen, nullum poena sine lege)”. UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*, vol II, 1950, pp. 374-378, disponível em http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf, acessado em 20.fev. 2012, p. 7.

250 CONTROL COUNCIL LAW N. 10, disponível em Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>, acessado em 20/01/2012, às 10:00.

251 “Especificamente, os julgamentos incluem o assim chamados Julgamento dos Médicos (Brandt et al.), o julgamento do Marechal de Campo Erhard Milch por participação no programa de rearmamento, o Julgamento dos Juristas (Altstötter et al.), o julgamento dos membros dos departamentos econômicos e administrativos da SS, nos quais estão incluídos o das administrações dos campos de concentração (Pohl et al.), o julgamento dos Industriais (Flick et al.), o assim chamado Julgamento IG Farben (Krauch et al.), o denominado Julgamentos dos Reféns (List et al.), o julgamento dos membros do Escritório de Depuração Racial (Race and Settlement Main Office) (RuSHA, Greifelt et al.), o denominado julgamento Einsatzgruppen (Ohlendorf et al.) [...] e o denominado Julgamento do Alto Comando contra os oficiais superiores da Wharmacht (von Leeb et al.)” WERLE, *Principle of International Criminal Law...*, p. 13.

Unidas da Resolução 95 (I), de 11 de dezembro de 1946, com a qual se confirmaram os princípios do Direito Internacional reconhecidos pela Carta do Tribunal de Nuremberg²⁵², seguida da Resolução 177 (II), de 21 de novembro de 1947, que comissionou à Comissão de Direitos Humanos a formulação desses princípios²⁵³, bem como, por fim, com o cumprimento desse comissionamento a partir do Relatório apresentado por J. Spiropoulos em 1950, o qual foi aprovado pela Comissão, estabeleceu-se os VII “Princípios do Direito Internacional Reconhecido pela Carta do Tribunal de Nuremberg e nos Julgamentos desse Tribunal”²⁵⁴, segundo os quais:

Princípio I: Toda pessoa que cometa um ato que constitua crime de Direito Internacional é por ele responsável e está sujeito a sanção.

Princípio II: O fato de que o direito interno não imponha pena alguma por um ato que constitua crime de Direito Internacional não exime de responsabilidade perante o Direito Internacional a quem o tenha cometido.

Princípio III: O fato de que a pessoa que tenha cometido um crime que constitua crime de Direito Internacional tenha atuado como Chefe de Estado ou como autoridade do Estado, não a exime de responsabilidade conforme o Direito Internacional.

Princípio IV: O fato de que uma pessoa tenha atuado em cumprimento de uma ordem de seu Governo ou de seu superior hierárquico não a exime de responsabilidade conforme o Direito Internacional, se efetivamente teve a possibilidade moral de opção.

Princípio V: Toda pessoa acusada de um crime de Direito Internacional tem direito a um júízo imparcial sobre os fatos e sobre o direito.

Princípio VI: Os crimes enunciados são puníveis como crimes de Direito Internacional: a. Crimes contra a paz: i) planejar, preparar, iniciar ou fazer uma guerra de agressão ou uma guerra que viole a tratados, acordos e garantias internacionais; ii) participar de um plano comum ou conspiração para a perpetração de qualquer dos atos mencionados no inciso i; b. Crime de guerra: as violações às leis de guerra, que compreende, sem que esta enumeração tenha caráter limitativo, o assassinato, o maltrato ou a deportação para trabalhar em condições de escravidão ou com qualquer outro propósito, da população civil dos territórios ocupados ou que neles se encontre, o assassinato ou maltrato de prisioneiros de guerra ou de pessoas que se encontrem no mar, a execução de reféns, o saque da propriedade pública ou privada, a destruição injustificada de cidades, vilas ou aldeias, ou a devastação não justificada pelas necessidades militares; c) Crimes contra a humanidade: o assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e outros atos desumanos, cometidos contra qualquer população civil, ou as perseguições levadas a cabo ao se perpetrar um crime contra a paz ou um crime de guerra, ou ele relacionado.

Princípio VII: A culpabilidade na comissão de um crime contra a paz, de um crime de guerra ou de um crime contra a humanidade, enunciados no Princípio VI, constitui por si mesmo um crime de Direito Internacional.

Com essas normas internacionais, às quais se seguiu em 26 de novembro de 1968 a aprovação, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da Convenção Sobre a

252 UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, 11 DEC 1946. Disponível em <http://www.un-documents.net/alr95.htm>, acessado em 20.fev. 2012.

253 UNITED NATIONS. GENREAL ASSEMBLY. *Formulation of the principles recognized in the Charter Of the Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal*, 21 NOV 1947. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/84/IMG/NR003884.pdf?OpenElement>, acessado em 20.fev. 2012.

254 UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission...*, pp. 374-378.

Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade²⁵⁵, ao lado de tantos outros instrumentos internacionais, em especial a Carta Internacional de Direitos Humanos²⁵⁶ e as diversas convenções internacionais, universais e regionais sobre esta matéria, o Direito Internacional dotou-se de um conjunto de normas internacionais convencionais e costumeiras que tornam legítimas, para longe de qualquer dúvida razoável, a persecução aos crimes internacionais próprios.

Hoje, passados largos anos desde Nuremberg e Tóquio, posto que em razão da bipolaridade leste-oeste conformada na Guerra Fria o sistema de persecução direta foi submetido a um verdadeiro “silêncio”²⁵⁷, ele se manifestou novamente com a criação, por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, dos então Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia²⁵⁸ e Tribunal Penal Internacional para Ruanda²⁵⁹, hoje reunidos na forma de Câmaras no Mecanismo Residual Internacional dos Tribunais Penais²⁶⁰.

255 UNITED NATIONS. *Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity*, New York, 26 November 1968, disponível em <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-6.en.pdf>, acessado em 20.fev. 2012.

256 A Declaração Universal dos Direitos do Homem, junto aos Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, mais os seus respectivos protocolos facultativos, constituem, no sistema universal de proteção aos Direitos Humanos, na Carta Internacional dos Direitos Humanos. REPÚBLICA DE PORTUGAL. PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. *Direitos Humanos: A Carta Internacional de Direitos Humanos*, Ficha Informativa n. 02, Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001.

257 “Os anos de silêncio: 1955-1992”, conforme BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, pp. 565-566. No mesmo sentido seguem BAZELAIRE, CRETIN, muito embora acentuem, de forma extremamente parcial, a responsabilidade ao bloco soviético pela “lenta instalação das jurisdições penais internacionais”. BAZELAIRE, Paul, CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*, tradução de Luciana Pinto Venâncio, Barueri: Manole, 2004, pp. 41-42.

258 O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, cujo nome oficial é “Tribunal Internacional para a Persecução de Pessoas Responsáveis por Sérias Violações ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Iugoslávia desde 1991”, foi instituído pela Resolução n. 827, de 25 de maio de 1993 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, e emendado por diversas resoluções aprovadas entre 1998 e 2006, como já dito em linhas acima, foi o tribunal penal internacional criado para exercer a persecução penal dos autores de crimes internacionais próprios no contexto das Guerras dos Balcãs.

259 O Tribunal Penal Internacional para Ruanda, cujo nome oficial “Tribunal Internacional para Ruanda”, foi instituído pela Resolução n. 955, de 08 de novembro de 1994 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Este tribunal penal internacional foi criado para exercer a persecução dos autores de crimes internacionais próprios ocorridos nos eventos identificados por “Genocídio Ruandês” no ano de 1994.

260 Através das Resoluções 1503, de 25 de maio de 2003 e 1534, de 26 de março de 2004, o Conselho de Segurança das Nações Unidas aprovou a “estratégia de conclusão” para os Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e Tribunal Penal Internacional para Ruanda, pondo como termo o final de 2004 para o encerramento das investigações, o final de 2008 para a conclusão dos julgamentos em primeira instância e o final de 2010 para o encerramento de todas as atividades judicantes. Como referidos prazos não foram cumpridos, o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 1966, de 22 de dezembro de 2010, instituindo o Mecanismo Residual Internacional dos Tribunais Penais, cujo Estatuto seguiu anexo à Resolução, conformado por duas subdivisões, uma relativa ao Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que começou a funcionar em 1 de julho de 2012, e outra do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, que começou a funcionar em 1 de julho de 2013, que passaram a exercer as funções jurisdicionais internacionais de competência daqueles tribunais.

Em 1998, na Conferência Diplomática de Roma, foi aprovado, não sem muita luta²⁶¹, o Tribunal Penal Internacional²⁶², e que se constitui, a todo rigor, numa das maiores conquistas civilizacionais do Direito Internacional contemporâneo, posto que, de um lado, concretiza o projeto internacional de constituição de um tribunal penal internacional permanente, e de outro, principalmente no plano do direito material, consolida e aperfeiçoa os tipos penais de Direito Penal Internacional em nível formal, muito embora não exclua, *eo ipso*, a aplicação da analogia e dos costumes internacionais sobre o tema²⁶³.

Contudo, este regime também abarca os chamados tribunais internacionais mistos (*mixed-model tribunals*), cuja composição, diversamente do que ocorre nos tribunais penais internacionais em sentido estrito, é de juízes nacionais e internacionais. Têm em comum com os tribunais penais internacionais pré- Tribunal Penal Internacional a característica de serem *ad hoc*, criados, pois, para a persecução de crimes internacionais próprios em seus Estados sede, constituindo, pois, como uma etapa da justiça de transição em relação a períodos anteriores nos quais ocorreu o cometimento de crimes internacionais próprios e graves violações aos direitos humanos²⁶⁴.

Esses tribunais mistos têm sido criados desde o ano 2000 em diversos Estados – Timor Leste, Bósnia-Herzegovina, Serra Leoa, Camboja, Kosovo, Líbano, sendo que o último a entrar em funcionamento foram as Câmaras Extraordinárias Africanas, instituídas por acordo entre a UA e o Senegal²⁶⁵ para levar a julgamento ao ex-ditador do Chade Hissène Habré, e que se encontrava exilado naquele país logo após ser deposto do poder por um golpe de estado, ao qual se acusa do cometimento de crimes internacionais durante o seu governo que dorou entre 07 de junho de 1982 e 01 de dezembro de 1990²⁶⁶.

261 “As lágrimas de alegria dos membros de algumas delegações da Conferência de Roma que deu origem ao estatuto da CPI em julho de 1998 podem levar a crer que, no combate eterno do indivíduo contra a razão dos Estados, Antígona levou uma vantagem decisiva sobre Creonte”. BAZELAIRE, CRETIN, *A justiça penal internacional...*, p. 111.

262 Sobre a “luta” para a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional no curso da Conferência Diplomática de Roma entre os dias 15 de junho a 17 de julho de 1998, consulte a narrativa de JAPIASSU, *O Tribunal Penal Internacional...*, pp. 112-116.

263 AMBOS, *A parte geral...*, pp. 42-47; WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, pp. 18-25.

264 COSTI, Alberto. Hybrid Tribunals as a Valid Alternative to International Tribunals for the Prosecution of International Crimes, *Human Rights Research Review*, vol 3, 2005, pp. 1-26, disponível em <http://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcp1/publications/human-rights-research-journal/publications/vol-3/Costi.pdf>, acessado em 20.mar. 2015.

265 AFRICAN UNION. *Agreement between the Government of the Republic of Senegal and the African Union on the Establishment of Extraordinary African Chambers within the senegalese judicial system*, disponível em http://legal.au.int/en/sites/default/files/Agreement%20AU-Senegal%20establishing%20AEC-english_0.pdf, acessado em 21.jul. 2015.

266 A constituição das Câmaras Extraordinárias Africanas decorreu da condenação do Senegal pela Corte Internacional de Justiça na demanda proposta pela Bélgica, tendo como direito aplicável problemas decorrentes da jurisdição universal e a regra *aut dedere aut iudicare*. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium vs. Senegal)...*

A principal característica desses tribunais é o fato de serem instituídos por meio de acordos internacionais, sejam entre os Estados e a Assembleia Geral das Nações Unidas ou organismo regional, ou por resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas – que é a hipótese de Serra Leoa e Líbano -, ou por organismo de transição instituído pelo Conselho, que é o caso de Timor Leste²⁶⁷. Têm por direito substancial tanto as normas de Direito Penal Internacional, nomeadamente, os crimes de genocídio, contra a humanidade e crimes de guerra, como também, em muitos casos, o Direito Penal nacional dos Estados sede²⁶⁸, o que tem provocado, na opinião de M. Cherif Bassiouni, uma “[...] inconsistência nas normas de Direito Internacional costumeiro, principalmente em relação aos crimes contra a humanidade que, diferentemente dos crimes de guerra e genocídio, não tem uma convenção unificadora”²⁶⁹, o que, doutro passo, confirma a ideia indicada no primeiro capítulo da ocorrência da fragmentação no contexto do Direito Penal Internacional.

O outro sistema internacional de persecução aos crimes internacionais é identificado pelo conceito de implementação indireta (*indirect enforcement*), sendo este o que toca mais diretamente o tema deste trabalho.

Este sistema é caracterizado pelo exercício da persecução penal dos crimes internacionais próprios, impróprios e/ou por difusão pelos Estados em regime de cooperação internacional em matéria penal. Conforme Bassiouni²⁷⁰, ele é fundado sobre dois aspectos:

O primeiro aspecto é a assunção pelos Estados de incorporarem em seus ordenamentos jurídicos as obrigações decorrentes do [Direito Penal Internacional]. Este processo de internalização (*domestication*) do [Direito Penal Internacional] destina-se, em parte, a que as obrigações decorrentes dos tratados sejam reguladas segundo o direito nacional. Assim, a internalização do [Direito Penal Internacional] torna-o aplicável pelo sistema normativo nacional em conformidade com as suas exigências. O segundo aspecto deriva do primeiro, e consiste [em] que os Estados exerçam seus procedimentos legais não somente para executar as suas obrigações em nível interno (*obligations domestically*), mas também para cumprir suas obrigações de cooperar internacionalmente. A expressão “cooperação interestatal em matéria penal” aplica-se às modalidades invocadas pelos Estados em suas relações bilaterais para dar eficácia as suas respectivas normas penais.

267 Foi instituído pelo artigo 10 da Resolução n. 11/2000, da Administração Transitória das Nações Unidas no Timor Leste, disponível em <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg11.pdf>, acessado em 20.abr. 2012.

268 É a hipótese, e.g., das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja, ex vi artigos 2 e 5 do Estatuto das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja que fixa a competência material para a apurar as reponsabilidades penais de crimes cometidos durante o governo do Khmer Vermelho (República Popular da Kampuchea), nomeadamente crimes internacionais próprios – genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra -, mas também homicídio, tortura e perseguição por motivos religiosos nos termos do Código Penal de 1956, disponível em http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf, acessado em 20.abr. 2012.

269 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 23.

270 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 487.

O regime da implementação indireta, portanto, estriba-se por sobre dois fundamentos:

a) a internalização das obrigações internacionais em matéria penal – convencionais ou consuetudinárias -, e que envolve, de um lado, na assunção de obrigações de prevenir e/ou exercer a persecução penal dos autores de crimes internacionais segundo os princípios jurídicos fundamentais dos Estados, com especial ênfase nos princípios da territorialidade e da jurisdição universal, e de outro, a depender dos termos em que vazados a fonte da obrigação internacional, na de tipificar internamente o comportamento. Conforme se verá em tópico apartado, nem todas as fontes internacionais contêm aquilo que se denomina de mandados internacionais de criminalização, devendo-se aferir a sua existência na particularidade de cada convenção internacional; e b) a criação de obrigações internacionais que instituem princípios, procedimentos e formas de cooperação internacional em matéria de Direito Penal, tais como a extradição e a entrega de acusados ou condenados, a assistência legal, a execução de sentenças penais estrangeiras, a transferência internacional de processos, o bloqueio e repatriação de dinheiro e/ou bens objetos de crimes, a execução de regimes de inteligência e compartilhamento de informações e investigação conjunta etc.

Esse regime tem como princípio fundamental (*cornerstone*) a máxima **processar ou extraditar**, frente à qual todos os demais institutos pertinentes à cooperação internacional em matéria penal são “secundários”²⁷¹, na medida em que os diversos processos de incriminação de comportamentos pelo Direito Internacional se fundam sobre o interesse comum dos Estados de cooperarem na prevenção e na punição de crimes, em especial os internacionais, como, de resto, se evidencia pela Declaração da Assembleia Geral da Reunião de Alto-Nível

271 Informa Donnedieu de Vabres que a fórmula latina foi cunhada no século 14 por Baldus, tendo origem em norma do Código de Justiano contida no Livro III, Título 15 – “Ubi de Criminibus Agi Oportet”, e que foi posteriormente desenvolvida por Hugo Grotius em 1624 em seu 2º volume d’O Direito da Guerra e da Paz, vazada na diade “aut dedere... aut punire”. No entanto, a partir da influência do liberalismo penal no século XVIII, a fórmula adquiriu a sua atual composição, “aut dedere aut judicare”, ou “the obligation to extradite or prosecute”: “Tel qu'on vient de le définir, le système de l'universalité du droit de punir a sa modeste origine dans un texte du Code de Justinien, C. III, 15, Ubi de criminibus agi oportet, 1, qui, déterminant le ressort, en matière pénale, des gouverneurs de l'Empire, donne à la fois compétence au tribunal du lieu de commission du délit, et à celui du lieu d'arrestation du coupable (judex deprehensionis) [...] Il appartient à Grotius qui fut, à l'aube du xvii siècle, le grand vulgarisateur, sinon le fondateur du droit international, d'attacher à la théorie de la compétence universelle toute sa valeur philosophique. A l'heure où les grandes unités politiques, de constitution récente, se dressaient les unes contre les autres, il formula, comme un précurseur, la loi de la solidarité humaine. Il existe, dit-il, une société universelle des hommes, *societas generis humani*. Le crime, envisagé comme une violation du droit naturel qui la régit, droit non écrit, mais gravé dans la conscience individuelle, est une offense à l'humanité tout entière. L'obligation de punir qu'il engendre est universelle. Elle se traduit, pour l'Etat dans le pouvoir duquel le criminel est tombé, par l'alternative fameuse d'extrader ou de punir: aut dedere, aut punire. L'influence de Grotius peut s'observer dans la doctrine de ses successeurs hollandais, scandinaves ou allemands. On la rencontre au xviii siècle, et dans la période révolutionnaire, où la pure tendance individualiste et humanitaire résiste au socialisme, à l'étatisme issus du Contrat social. On la retrouve, au cours du xix siècle, dans les écrits de nombreux théoriciens, et dans quelques législations positives”. Apud BASSIOUNI, *Universal jurisdiction for international crimes...*, pp. 09-10; BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, pp. 487-496.

sobre o Estado de Direito em Níveis Nacional e Internacional, de 30 de novembro de 2012, que em seu item 22 reafirmou o comprometimento político dos Estados Membros da ONU em

[...] garantir que não [será] tolerada a impunidade por genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade ou para as violações do Direito Internacional Humanitário e graves violações de direitos dos direitos humanos, e que tais violações sejam adequadamente investigadas e sancionadas de forma adequada, inclusive para se levar os autores de quaisquer crimes à justiça, através de mecanismos nacionais ou, se for caso, mecanismos regionais ou internacionais, em conformidade com o Direito Internacional [...]²⁷².

Portanto, a exata compreensão da máxima *aut dedere aut judicare* pressupõe, num primeiro momento, que se estabeleçam as diferentes formas pelas quais os Estados exercem as suas jurisdições penais, melhor compreendidas a partir da diáde esfera de validade e esfera de eficácia²⁷³.

Todo Estado é, pois, um ente territorial, pois o território identifica e delimita o “[...] espaço no qual a ordem jurídica nacional se aplica [...] onde cada Estado exerce válida e permanentemente sua própria autoridade [...] sua própria competência”²⁷⁴. Isso implica em afirmar, doutro passo, que toda pessoa ou coisa que se encontre na esfera de validade do direito nacional, bem como qualquer violação ao direito que nele venha a ocorrer, torna, como regra geral, legítimo o exercício da persecução de imputação da responsabilidade decorrente da ilicitude cometida. A esse princípio fundamental denomina-se de princípio da territorialidade²⁷⁵, e que no Direito Penal brasileiro é regido pelas regras contidas no artigo 5º do Código Penal²⁷⁶.

272 UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels*, 30 November 2012, disponível em http://www.unrol.org/article.aspx?article_id=192, acessado em 20.fev. 2014.

273 ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*, 3v. V. II, 3 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 156: “As normas jurídicas internacionais regem o comportamento dos Estados e de outras pessoas internacionais, em qualquer parte onde as respectivas competências se possam exercer. Em relação a cada Estado, suas competências se estendem, normalmente, a certo espaço limitado, que é o território próprio, espaço onde sua autoridade é reconhecida pelo direito internacional geral e se exerce plena e validade. O domínio ou esfera de validade das competências do Estado ou da ordem jurídica estatal não se deve confundir [...] com a sua esfera de eficácia. O primeiro é aquele no qual o Estado executa, ou aplica, com exclusividade, suas próprias normas. A esfera de eficácia é mais extensa, sendo, por assim dizer, ilimitada”.

274 ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*,..., p. 157.

275 ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*,..., p. 158.

276 “Dois aspectos sobressaem em relação à competência territorial do Estado em matéria penal. O primeiro deriva da cláusula de imunidade penal (artigo 7º, caput, parte final do CP) em razão das imunidades internacionais decorrentes das Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 e Convenção de Viena Sobre Relações Consulares de 1963 “[...] No entanto, é importante destacar que tais imunidades de jurisdição não podem ser vistas como fatores de impunidade. Com efeito, nos termos da Convenção de 1961, em seu artigo 31, 4, o Estado acreditante tem a obrigação de efetivar a persecução penal de seu representante que tenha cometido um ilícito penal no território do Estado acreditado. Segundo ponto a se destacar é o relativo à abrangência da expressão território para os termos do artigo 5º do CP. Com efeito, entende-se por território o conjunto de domínios (terrestre, marítimo, aéreo, fluvial etc) no qual o Estado exerce soberanamente a sua jurisdição de conformidade com o Direito Internacional. Em outros termos, o conceito de território não é

Já a esfera de eficácia identifica, noutro passo, a legitimidade de o Estado exercer suas jurisdições para perseguir a imposição de suas normas jurídicas por atos ou fatos que se tenham cometido fora de seu território, identificado pelo conceito de extraterritorialidade, e que no âmbito do Direito Penal brasileiro é regido pelas regras contidas no artigo 7º do Código Penal ²⁷⁷, tendo como paradigma jurisprudencial o caso Lotus, julgado em 07 de setembro de 1927 pela Corte Permanente de Justiça Internacional²⁷⁸.

Os dois conceitos acima desenvolvidos são importantes na medida em que eles modulam, na forma de obrigações alternativas, o exercício da jurisdição penal em relação aos crimes internacionais a partir da máxima *aut dedere aut judicare*. Essa máxima cria, para os

geográfico, mas jurídico [...]. De outro giro, nos termos do artigo 5º, §1º, as embarcações e aeronaves de caráter público ou a serviço do Estado Brasileiro estão submetidas à sua jurisdição onde quer que estejam por serem consideradas extensões do território brasileiro. Já as embarcações e aeronaves privadas com pavilhão brasileiro sujeitam-se à competência penal brasileira quando o crime tenha sido praticado em alto-mar ou no espaço aéreo a ele correspondente. No que concerne, por fim, às embarcações e aeronaves privadas de pavilhão estrangeiro, conforme o prevê o §2º, somente estarão sujeitas à jurisdição brasileira caso o ilícito penal tenha sido praticado quando elas se encontravam ou no espaço aéreo nacional ou aportadas em porto ou navegando no mar territorial brasileiro (nesse sentido, a hipótese não é a da extensão do §1º, mas de territorialidade em sentido estrito).” DE OLIVEIRA, *Da Inconstitucionalidade dos Artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal*..., pp. 205-208.

277 “Esta modalidade de competência penal tem duas fontes diversas de fixação: a) através da própria legislação penal do Estado, como é o caso do artigo 7º do CP. Trata-se, a rigor, de autoatribuição de competência, pela qual o Estado, no exercício de sua soberania legiferante fixa para si a competência persecutória em relação a determinados delitos; e b) pela assunção de obrigações internacionais de perseguir ilícitos especialmente graves para a Sociedade Internacional e que tenham sido praticados: i) por nacionais ou estrangeiros residentes do Estado em território de outro Estado ou em domínio internacional, e ii) por estrangeiros que tenham praticado delitos especialmente graves (crimes internacionais propriamente ditos) onde quer que tenham sido cometidos. Estas duas últimas hipóteses abarcam o conceito de jurisdição universal, um dos principais institutos do Direito Penal Internacional, funcionalmente destinado à persecução penal contra as grave violações aos Direitos Humanos [...]. São duas as hipóteses de extraterritorialidade previstas no artigo 7º do CP. A primeira, prevista no inciso I, trata da extraterritorialidade incondicionada, assim denominada em razão de o legislador brasileiro não prever qualquer condição prévia de caráter substancial (v.g., dupla tipicidade) ou de caráter fático (v.g., a entrada do autor do delito em território nacional) para que o Estado brasileiro possa iniciar a persecução penal. [...] A segunda hipótese de extraterritorialidade é a prevista no inciso II, denominada de extraterritorialidade condicionada. É condicionada porque a lei brasileira somente será aplicada se se concretizem as exigências estabelecidas nos §§ 2º e 3º, a e b do artigo 7º. Nestas hipóteses (crimes que, por tratado internacional o Estado brasileiro se tenha obrigado a reprimir, ou que tenham sido praticados por brasileiro no estrangeiro ou a bordo de aeronaves ou embarcações de pavilhão nacional de natureza privada em território estrangeiro, e que ali não tenham sido julgados, bem como por estrangeiro contra brasileiro no exterior), a jurisdição penal brasileira somente será exercida: a) se o agente ingressar no território nacional, b) ocorrer o fenômeno da dupla tipicidade, c) estar o crime incluído entre aqueles para o qual o ordenamento brasileiro admite extradição (cláusula de exclusão do artigo 5º, inciso LII da Constituição de 1988, a saber, a inextraditabilidade pela prática de crimes políticos ou de opinião) e d) a inoportunidade de condenação e cumprimento de pena pelo crime que se pretende perseguir no estrangeiro, bem como não ter havido perdão ou extinção da punibilidade. Com relação à hipótese do §3º, se somam àquelas condições outras mais: a) que não tenha sido pedida ou que tenha sido negada extradição formulada pelo Governo Brasileiro e b) ter sido requisitado pelo Ministro da Justiça.” DE OLIVEIRA, *Da Inconstitucionalidade dos Artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal*..., pp. 208-211.

278 A Corte Permanente de Justiça Internacional, tendo como parâmetro os votos proferidos pelos Juízes Altamira e Huber, afirmou a legitimidade do exercício da jurisdição penal extraterritorial do Estado turco a partir do princípio geral de liberdade, também denominado de norma geral exclusiva, segundo o qual, ao Estado somente se objetaria a persecução caso houvesse uma norma de Direito Internacional que explicitamente o proibisse. CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONALPIJ. *The case of S. S. Lotus*, Série A, n. 10, de September 7th, 1927, disponível em http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf, acessado em 30.ja. 2009.

Estados, os deveres de prevenir, geralmente mediante a existência de mandados de criminalização do comportamento, e exercer a persecução penal dos autores de crimes internacionais, quer eles tenham sido praticados em seus territórios ou fora dele, e de outro lado, caso não queiram ou não possam exercê-la, extraditar o acusado para o Estado que se julgar competente para fazê-lo ou entregá-lo para um tribunal penal internacional²⁷⁹.

Assim, conforme Zdzislaw Galicki, em seu relatório preliminar sobre o tema, apresentado em 07 de junho de 2006 perante a Comissão de Direito Internacional²⁸⁰,

“[Esta] obrigação é construída [como uma] alternativa, dando [a] um Estado a escolha para decidir que parte desta obrigação vai cumprir. Presume-se que após o cumprimento de uma parte dessa obrigação composta, o Estado é livre para cumprir a outra. Há a possibilidade, no entanto, [de] que um Estado deseje cumprir ambas as partes da obrigação em questão. Por exemplo, após o estabelecimento de sua jurisdição, [do exercício] da persecução, do julgamento e condenação de um criminoso, o Estado pode decidir extraditar o ofensor para outro Estado, [que] também [tem] o direito de estabelecer a sua jurisdição, com a finalidade de executar a sentença [...]”.

Referida caracterização foi confirmada no Relatório Final da Comissão de Direito Internacional, no qual se consignou que a máxima *aut dedere aut judicare* cria as seguintes obrigações internacionais para os Estados: a) as normas internacionais impõem aos Estados a obrigação de exercer a persecução penal quando, tendo sido solicitada a extradição do acusado, ela não foi concedida em razão, v.g., de alguma proibição decorrente de seu ordenamento jurídico, ou, num segundo nível, uma obrigação *ipso facto* de processar o infrator que se encontre em seu território. Em ambas as hipóteses “[...] o Estado é obrigado a processar o indivíduo”, e b) derivada, pois, dessas duas obrigações, surge para o Estado a alternativa de extraditar ou julgar somente quando, concretamente, referidos pedidos forem feitos, podendo o Estado optar entre o exercício da persecução penal ou pela extradição/entrega do indivíduo. Em qualquer circunstância, o descumprimento de tais deveres implica na imputação de responsabilidade internacional ao Estado, não se constituindo, pois, numa faculdade que possa ser ilida por qualquer argumento de ordem jurídica ou política²⁸¹.

A finalidade, portanto, da regra processar ou extraditar é, de um lado, suprir a lacuna da punibilidade fática que favoreça aos autores de crimes internacionais, pois, a partir desse

279 UNITED NATIONAL. INTERNACIONAL LAW COMMISSION. *The obligation to extradite or prosecute* (aut dedere aut judicare), Final Report of the International Law Commission 2014, disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf, acessado em 20.set. 2014, p. 3.

280 UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMMISSION. *The obligation to extradite or prosecute* (aut dedere aut judicare), Preliminary report, by Mr. Zdzislaw Galicki, Special Rapporteur, disponível em http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_571.pdf, acessado em 20.set. 2014, p. 267.

281 UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMMISSION. *The obligation to extradite or prosecute* (aut dedere aut judicare), Final Report..., p. 13-16.

genuíno princípio fundamental do Direito Penal Internacional, quer o Estado territorialmente competente exerça ou não a sua jurisdição penal, nada obsta que outro Estado o faça, e em sede de crimes internacionais próprios, surge a possibilidade do exercício da persecução penal por um tribunal penal internacional através da denominada “terceira alternativa”²⁸², e de outro lado, instituir procedimentos, princípios e regimes de cooperação internacional entre os Estados ou entre estes e os tribunais penais internacionais, em especial a extradição ou a entrega, preservando, embora de forma mitigada, as jurisdições penais dos Estados.

Esta asserção é comprovada, noutro passo, pelo fato de inúmeros tratados internacionais em matéria penal preverem referido princípio²⁸³, sendo que a Comissão de Direito Internacional em seu Relatório Final reconhece a sua validade internacional somente na forma de norma convencional; no que concerne, doutro passo, a uma pressuposta natureza costumeira, por existir um enorme dissenso entre os Estados, mormente após a já mencionada decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Bélgica vs. Senegal*²⁸⁴, em que a Corte indeferiu o pedido feito pela Bélgica de se determinar a obrigação de extraditar sob o

282 “With the establishment of the International Criminal Court and various ad hoc international criminal tribunals, there is now the possibility that the State faced with an obligation to extradite or prosecute an accused person might have recourse to a third alternative – that a surrendering the suspect to a competent international criminal tribunal. This third alternative is stipulated, for example, in article 11, paragraph 1 of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 2006”. UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMMISSION. *The obligation to extradite or prosecute* (aut dedere aut judicare), Final Report..., p. 11.

283 No relatório apresentado por Galicki são listados 39 tratados internacionais, universais e regionais, regulamentando dito princípio, dentre os quais se destacam o Preâmbulo do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a Convenção sobre Genocídio (arts. 6º e 7º), a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (art. 7º), a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (art. 9, 2), a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (art. 6º), a Convenção Interamericana de Prevenção e Punição da Tortura (art. 12) a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (art. 16, 10), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 44, 11), a Convenção Internacional para a Repressão de Atos de Terrorismo Nuclear (art. 9º) a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (art. 7, 4) etc. UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMMISSION. *The obligation to extradite or prosecute* (aut dedere aut judicare), Preliminary report..., pp. 259-260.

284 A Corte Internacional de Justiça, nessa demanda que tinha por direito aplicável disposições da Convenção contra a Tortura, consignou a natureza cogente desse princípio na forma de uma obrigação erga omnes seguindo, pois, a sua própria jurisprudência, mormente o Parecer Consultivo sobre Reservas à Convenção sobre Genocídio, nos seguintes termos: “[...] The States parties to the Convention have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. The obligations of a State party to conduct a preliminary inquiry into the facts and to submit the case to its competent authorities for prosecution are triggered by the presence of the alleged offender in its territory, regardless of the nationality of the offender or the victims, or of the place where the alleged offences occurred. All the other States parties have a common interest in compliance with these obligations by the State in whose territory the alleged offender is present. That common interest implies that the obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention. All the States parties “have a legal interest” in the protection of the rights involved (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33). These obligations may be defined as “obligations erga omnes partes” in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case. In this respect, the relevant provisions of the Convention against Torture are similar to those of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* (Belgium vs. Senegal).... p. 31.

argumento de que referido princípio somente seria exigível para fatos ocorridos após a ratificação por Senegal da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, nos termo do artigo 28 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969²⁸⁵, a Comissão de Direito Internacional não logrou consignar a existência dos elementos constitutivos do costume internacional, em especial a *opinio iuris sive necessitatis*.

A regra da extraditabilidade dos crimes internacionais é internacionalmente assegurada por duas cláusulas comuns a muitos tratados internacionais sobre a matéria. A primeira delas é conformada pela inexigibilidade de existência de um tratado internacional de extradição entre os Estados ativo e passivo, bastando, portanto, ou a promessa de reciprocidade pelo Estado solicitante ou que o Estado passivo considere o próprio tratado internacional como fundamento para a concessão da extradição, desde que referida medida seja compatível com o direito interno²⁸⁶. De outro lado, a extraditabilidade é assegurada por meio da cláusula comum a muitos tratados internacionais sobre a matéria, segundo a qual o crime internacional regulado não poderá ser considerado como crime político²⁸⁷, de modo que,

285 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* (Belgium vs. Senegal)...., p. 39.

286 Nesse sentido, v.g., Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (art. 8º, 1 e 2), Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (arts. 5º 3 6º), Convenção Interamericana Contra o Terrorismo (art. 11), CICC (art. XIII, 4), Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 42), Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (art. 11), Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (art. 9), Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas (art. 9), Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (art. 15), Convenção sobre Genocídio (art. 7º), CISPCA (art. XI, 2) etc.

287 Embora haja, doutrinariamente, uma enorme celeuma acerca do conceito de crime político, no ordenamento jurídico brasileiro a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se dirige à interpretação de que tais crimes abarcariam, como regra geral, os chamados delitos de opinião, vale dizer, os atos consistentes em oposição política, manifestações escritas de crítica ou denúncia em face de um determinado governo, sendo tais atos incriminados no ordenamento jurídico do nacional objeto do pedido de extradição. Nesse sentido, a "[...] inextraditabilidade de estrangeiros por delitos políticos ou de opinião reflete, em nosso sistema jurídico, uma tradição constitucional republicana. Dela emerge, em favor dos súditos estrangeiros, um direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado e de cogência inquestionável. Há, no preceito normativo que consagra esse favor constitutionis, uma insuperável limitação jurídica ao poder de extraditar do Estado brasileiro". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradição 524*, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31-10-1989, Plenário, DJ de 08/03/1991. Noutro passo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tem acolhido a possibilidade de se considerar os chamados "crimes de sangue", mesmo que motivados por divergência política, como crimes políticos. Nesse sentido: "EMENTA Extradição instrutória. Governo do Paraguai. Nacionalidade do extraditando [...] Extraditando que foi vereador e prefeito no Paraguai, onde gozou, em sua plenitude, da sua condição de paraguaio nato [...] Crime político não configurado. Precedentes. Existência de filhos brasileiros. Irrelevância. Súmula nº 421 do Supremo Tribunal Federal. Compatibilidade com a Constituição Federal. Precedentes. Pedido deferido. Detração do tempo de prisão a que o extraditando tiver sido submetido no Brasil (art. 91, II, da Lei nº 6.815/80) [...] 11. Os crimes imputados ao extraditando (homicídios qualificados de um jornalista e de sua assistente, mediante recurso que impossibilitou sua defesa), são despidos de natureza política e se inserem na criminalidade comum. Precedentes. [...] 14. Extradição deferida. (Ext 1393, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 09-09-2015 PUBLIC 10-09-2015)".

de um lado, se impede a concessão de asilo político ou o refúgio, e de outro lado obriga o Estado, ante sua omissão em processar e julgar o acusado, de extraditá-lo ou entregá-lo para o Estado ou o tribunal penal internacional solicitante²⁸⁸.

Por seu passo, o princípio da justiça universal, também denominada justiça cosmopolita, se manifesta como uma decorrência da máxima processar ou extraditar. Por ela, os Estados detêm legitimidade internacional para exercer a persecução penal dos autores de crimes internacionais na forma da jurisdição penal extraterritorial, isto é, para fatos que se tenham cometido fora de sua esfera de validade, se constituindo, a todo rigor, num dos temas mais polêmicos hoje existentes no âmbito do Direito Penal Internacional. Conforme afirmado por Bassiouni²⁸⁹,

A jurisdição universal tornou-se a técnica preferida por aqueles que procuram evitar a impunidade dos crimes internacionais. Não havendo dúvidas de que é um instrumento útil e, por vezes, a técnica necessária, [ela] também tem aspectos negativos. O exercício da jurisdição universal é geralmente reservado para os mais graves crimes internacionais, tais como crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio. Entretanto, podem existir outros crimes internacionais nos quais um tratado aplicável prevê referido fundamento jurisdicional, como no caso do terrorismo. [O exercício] desenfreado da jurisdição universal pode causar perturbações na ordem mundial e [a] privação de direitos humanos individuais quando utilizada de forma politicamente motivada ou para fins abusivos. Mesmo com a melhor das intenções, a jurisdição universal pode ser usada imprudentemente, criando atritos desnecessários entre os Estados [...]. A jurisdição universal deve, portanto, ser utilizada de forma cautelosa [par]a minimiza[r] possíveis consequências negativas, de modo a permitir que atinja as suas finalidades [...] Além disso, deve-se notar que o Direito Internacional Privado ainda não tem regras ou critérios desenvolvidos suficiente[mente] claros para estabelecer prioridades no exercício da jurisdição penal [para quando ocorrer] a reivindicação de mais de uma jurisdição estatal.

Essa modalidade de jurisdição penal extraterritorial tem como regra de conexão a incriminação internacional²⁹⁰, ou como prefere Bassiouni, a natureza (internacional) do crime aliada à finalidade da sociedade internacional em perseguir a imputação da responsabilidade penal²⁹¹, tendo por fundamento jurídico-político o conceito de *actio popularis*²⁹², pois o

288 E.g., Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (art. 5º), Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (art. 13), Convenção Interamericana Contra o Terrorismo (art. 11), CICC (art. XVII), Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 44, 4), Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (art. 14), Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas (art. 11), Convenção sobre Genocídio (art. 7º), CISPCA (art. XI, 4).

289 BASSIOUNI, Universal jurisdiction for international crimes..., p 3.

290 JANKOV, *Direito Internacional Penal...*, pp. 100-102.

291 BASSIOUNI, Universal jurisdiction for international crimes..., p 5.

292 A noção de que a jurisdição universal teria uma semelhança à *actio popularis* do direito romano foi introduzida no Direito Internacional a partir do estudo feito por Egon Schwelb: SCHWELB, Egon. The *Actio Popularis* and International Law, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 2, 1972, pp. 46-56. No mesmo sentido seguem as lições de RUBIN, Alfred P. *Actio popularis*, *Jus Cogens*, and *Offenses Erga Omnes*, *New England Law Review*, vol. 35, n. 2, 2001, pp. 265-280.

[...] Estado age em nome da comunidade internacional porque tem interesse na preservação da ordem mundial como membro dessa comunidade [...] Como *actio popularis*, a jurisdição universal pode ser exercida pelo Estado sem que haja qualquer regra de conexão jurisdiccional [without any jurisdictional connection or link] entre o local da comissão, a nacionalidade do acusado, a nacionalidade da vítima e o Estado competente [enforcing state]. O fundamento é, portanto, exclusivamente a natureza do crime, e a finalidade é exclusivamente reforçar a ordem mundial para assegurar a [atribuição de] responsabilidade [ensuring accountability] pela prática de determinados crimes²⁹³.

Outra não é a lição de Comellas Aguirrezábal²⁹⁴, para quem

[...] el principio de jurisdicción universal, también llamado de universalidad o de justicia universal, es un título o criterio de atribución de jurisdicción cuya característica esencial estribaría en su falta de vinculación con los tradicionales elementos constitutivos del Estado: ni se vincula al *territorio* (base natural que habilita el ejercicio de la función jurisdiccional y que, junto a razones de índole práctica, determinan que la regla general en el ámbito penal sea el principio de territorialidad), ni con la *población* (con la que están relacionados los principios de nacionalidad o personalidad activa y pasiva), ni con la *organización del poder* (a la que está de alguna manera ligado el principio real o de protección de intereses). Diferenciándolo, por tanto, de otros criterios de atribución de jurisdicción, el principio de universalidad se concebiría como un título en virtud del cual los Estados asumen competencia para perseguir y enjuiciar delitos cometidos en el extranjero, por extranjeros, contra extranjeros y sin que tal Estado pueda considerarse especialmente lesionado.

Esta ideia central de que a jurisdição universal enseja, pelo só fato da incriminação internacional, aliada ao conceito de *actio popularis*²⁹⁵, o exercício da persecução penal sem que haja qualquer vínculo entre o Estado que a exerce e o fato ou o seu autor, tem suscitado não poucas polêmicas no contexto da sociedade internacional contemporânea, mormente porque, como dito por Bassiouni, o uso desarrazoado, embora bem intencionado por parte de juízes nacionais, tem sido causa frequente de conflitos diplomáticos entre os Estados envolvidos e de violação a princípios e regras fundamentais da sociedade internacional.

Conforme indica Cassese²⁹⁶, existem duas teorias acerca da extensão do princípio da jurisdição universal. A primeira ele denomina de “absoluta”, a segundo de “condicionada”.

A teoria da justiça universal absoluta, muitas vezes identificada com a defenestração feita por Beccaria contra a regra *aut dedere aut judicare* em seu Dos Delitos e das Penas²⁹⁷, e

293 BASSIOUNI, Universal jurisdiction for international crimes..., p. 5.

294 COMELLAS AGUIRREZÁBAL, Maria Teresa. La Jurisdicción Universal en España Tras la Reforma de 2009: racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad? *Anuário Español de Derecho Internacional*, vol 26, 2010, p. 67.

295 “(1) A public or universal right to initiate a lawsuit or prosecution. In domestic law, this term is often used to refer to a right of private citizens to bring a legal action on behalf of the state, such as a *qui tam* action [...] 2) A right of action belonging to the international community as a whole or to any person, usually arising from a violation of a duty erga omnes [...]”. FELLMETT, HORWITZ, *Guide to latin in International Law*..., p. 12.

296 CASSESE, Antonio. *Existe um Conflito Insuperável Entre Soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional?*, in CASSESE, DELMAS-MARTY, *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*..., pp. 15-50.

297 “Alcuni credono parimente che un’azione crudele fatta, per esempio, a Costantinopoli possa esse punita a Parigi, per l’astratta ragione che chi ofende l’umanità (sic) merita di avere tutta l’umanità inimica, e l’esecrazione

que conta, em nível doutrinário, com a adesão de inúmeros internacional-penalistas e, em parte, no *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction* de 2001²⁹⁸, e em nível legislativo nas regulamentações nacionais inicialmente previstas no art. 23.4 da Lei Orgânica do Poder Judiciário, da Espanha, e na Bélgica através da Lei Relativa à Repressão das Graves Violações do Direito Internacional Humanitário, de 1993²⁹⁹, sustenta a ideia de que esse

“[...] sistema consiste em autorizar as jurisdições nacionais a se pronunciarem sobre processos penais movidos contra qualquer pessoa acusada de graves crimes internacionais, sem, no entanto, exigir previamente que esta se encontre, mesmo que de passagem, em seu território. Portanto, mesmo na ausência do autor presumido do crime internacional, o juiz nacional pode mover processos penais, instaurar inquérito, buscar os elementos de prova necessários, e até mesmo expedir mandado de prisão [...] os juízes podem julgar ações penais contra qualquer chefe de Estado ou órgão do Estado estrangeiro, desde que alguém apresente queixa”³⁰⁰.

Para Jankov³⁰¹, que afirma a validade dessa modalidade absoluta,

“[...] a jurisdição universal, ou melhor denominado, *princípio da jurisdição universal*, configura-se como a possibilidade de o Estado exercer a *jurisdição prescritiva* na ausência de qualquer outro vínculo jurisdicional aceitável na época da ocorrência do crime [...] de acordo com o princípio [...] um Estado afirma sua competência sem que exista qualquer critério de conexão direto com a infração, inclusive sem ser necessária a presença do autor em seu território”

Já a teoria da jurisdição universal condicionada, defendida por Cassese, sustenta a necessidade de que essa forma de jurisdição penal extraterritorial seja exercida “*cum grano salis*”, e desde que satisfeitas determinadas exigências, em particular que “[...] o indiciado

universale; quase che i giudici vindici fossero della sensibilità degli uomini, e non piuttosto dei patti che li legano fra di loro”. BECCARIA, Cesare. *Opere*, 2 v. V. I, Firenze: Sansoni, 1958, p. 95 (grifamos). A expressão “quase che si giudici vindici fossero della sensibilità degli uomini” tem sido geralmente traduzida pela expressão “como se os juízes fossem cavaleiros errantes da natureza humana”. CASSESE, *Existe um Conflito Insuperável...*, p. 17.

298 “Principle 1 — Fundamentals of Universal Jurisdiction: 1. For purposes of these Principles, universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction. 2. Universal jurisdiction may be exercised by a competent and ordinary judicial body of any state in order to try a person duly accused of committing serious crimes under international law as specified in Principle 2(1), provided the person is presente before such judicial body. 3. A state may rely on universal jurisdiction as a basis for seeking the extradition of a person accused or convicted of committing a serious crime under international law as specified in Principle 2(1), provided that it has established a prima facie case of the person’s guilt and that the person sought to be extradited will be tried or the punishment carried out in accordance with international norms and standards on the protection of human rights in the context of criminal proceedings. 4. In exercising universal jurisdiction or in relying upon universal jurisdiction as a basis for seeking extradition, a state and its judicial organs shall observe international due process norms including but not limited to those involving the rights of the accused and victims, the fairness of the proceedings, and the independence and impartiality of the judiciary (hereinafter referred to as “international due process norms”). 5. A state shall exercise universal jurisdiction in good faith and in accordance with its rights and obligations under international law.” PRINCETON UNIVERSITY. *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, disponível em https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf, acessado em 20/10/2011, às 14:00.

299 Inicialmente porque, conforme se verá à frente, o caso Yerodia, julgado pela Corte Internacional de Justiça, ensejou a reforma dessas normas.

300 CASSESE, *Existe um Conflito Insuperável...*, p. 16.

301 JANKOV, *Direito Internacional Penal...*, p. 105.

encontre-se no território do foro [...], pois exige sempre a presença do autor presumido do crime no território do juiz, como condição essencial à qual fica subordinada a própria existência da jurisdição”, fundando-se, nesse sentido, no princípio do *forum deprehensionis* nos termos do adágio “*ubi te invenero, ibi te judicabo*”³⁰². Em outras palavras, não caberia aos tribunais nacionais agirem como se fossem “[...] *vindici [...] della sensibilità degli uomini* [...]”, mas como substitutos às “[...] jurisdições nacionais omissas para garantir em seu lugar que a justiça seja feita. Esses juízes nacionais ficariam incumbidos de agir como órgãos da comunidade internacional, como guardiões dos valores fundamentais dessa comunidade”³⁰³.

Para Cassese, esta compreensão relativizada da jurisdição universal evitaria alguns problemas especialmente graves em termos de eficácia e eficiência, e que cobram um preço considerável para a própria legitimidade interna e internacional do instituto, a saber: a) o primeiro atine à circunstância de que é possível que o acusado não se apresente perante o juízo nacional – quer por ingresso espontâneo no território, pela denegação de pedido extradicional, pelo não cumprimento do mandado de prisão internacional etc –, impossibilitando, nesse sentido, o seu efetivo julgamento; b) caso o juízo resolva julgar o acusado à revelia (*in absentia*), referida medida violaria um conjunto de direitos humanos que asseguram um julgamento justo, atraindo, de um lado, a impossibilidade de cumprimento do mandado de execução da pena por sua manifesta nulidade, e de outro suscitar críticas a tais violações, cobrando seríssimo preço em termos de legitimidade do procedimento; c) a abertura de processo em tais casos, mormente se envolver (ex-)Chefes de Estado ou Órgãos Superiores de outro Estado, ilidirá a colheita de provas caso o Estado do “*loci delicti commissi*” decida não cooperar, impossibilitando também a eficiência da instrução processual; e d) se todos os Estados adotarem o modelo absoluto, e ante a ausência já indicada por Bassiouni de uma regra internacional para a solução de conflitos jurisdicionais sobre a matéria, elevaria o risco de apreciações divergentes, com a possibilidade de decisões judiciais excludentes entre si e ofensa ao direito do *ne bis in idem*³⁰⁴.

Em duas ocasiões em que a Corte Internacional de Justiça foi provocada a se manifestar sobre conflitos decorrentes do exercício da jurisdição universal absoluta, tal como prevista na legislação belga, ela considerou-a incompatível em face de diversos princípios fundamentais do Direito Internacional.

302 “A principle according to which jurisdiction may be asserted over a person whenever found within the territory of the forum.” FELLMETT, HORWITZ, *Guide to latin in International Law...*, p. 282.

303 CASSESE, *Existe um Conflito Insuperável...*, pp. 16-18.

304 CASSESE, *Existe um Conflito Insuperável...*, p. 17.

No caso Mandado de Prisão de 11 de Abril de 2000, também denominado Yerodia, envolvendo a República Democrática do Congo vs o Reino da Bélgica³⁰⁵, versa sobre o conflito decorrente da emissão de mandado de prisão internacional *in absentia* por um magistrado belga em face do então Ministro das Relações Exteriores do Congo, Abdoulaye Yerodia Ndombasi, em que se lhe imputava a prática do crime de incitação ao genocídio³⁰⁶ de forma pública e ostensiva contra a minoria tutsi no curso dos conflitos étnicos ocorridos em 1998 no país. O Congo, ao propor a reclamação internacional, infirmou a legitimidade do procedimento penal a partir de dois fundamentos: a) a Bélgica violara a regra consuetudinária de imunidade internacional, inclusive penal, de que são revestidos Chefes de Estado e Ministros das Relações Diplomáticas e b) a violação ao princípio da igualdade soberana entre os Estados, pelo qual um Estado não está submetido à autoridade do outro. A Bélgica, em sua defesa, alegou a legitimidade do exercício da persecução penal na forma da justiça universal tal como prevista em seu ordenamento jurídico, na medida em que o caso fora aberto sem que o acusado estivesse em seu território ou presentes quaisquer elementos de conexão – e.g. vítimas ou acusados de nacionalidade belga ou qualquer reflexo de tais comportamentos em seu território -. Em outros termos, bastava a presença do elemento de conexão da incriminação internacional do comportamento.

A Corte Internacional de Justiça, em seu julgamento de mérito da demanda, considerou, por maioria, que a expedição do mandado de prisão internacional violara tanto a imunidade internacional dos Ministros de Relações Diplomáticas³⁰⁷, como a necessidade de que a Bélgica, para poder exercer a jurisdição universal em face de crimes internacionais, comprovasse a presença de elementos mínimos de conexão entre o fato e o seu interesse na persecução penal, sob pena de se convalidar a violação ao princípio da não intervenção em assuntos de jurisdição interna³⁰⁸.

305 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>, acessado em 25.jul. 2012.

306 Art. 3º, c da Convenção sobre Genocídio.

307 “The Court accordingly concludes that the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties.” CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Arrest Warrant of 11 April 2000...*, passim.

308 “The universal jurisdiction that the Belgian State attributes to itself under Article 7 of the Law in question contravenes the international jurisprudence established by the Judgment of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in the “Lotus” case (7 September 1927, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10). The Court recognized at that time that territoriality is a principle of international law (while ruling that this principle is not absolute, in that it cannot prevent a State from prosecuting acts done outside its territory if they had consequences on that territory, such as, in that case, on board a ship flying the Turkish flag). According to the judgment, this principle means that a State may not exercise its authority on the territory of another State. This rule of jurisprudence is now corroborated by Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations, which

Os Juízes Guillaume, Rezek e Rajeva, em seus votos em separado, apresentaram importante distinção no concernente às formas de manifestação do princípio da justiça universal. A primeira seria aquela que poderia ser exercida, independentemente da presença do acusado no foro, por eles denominada de *universal criminal jurisdiction properly so called*, e a segunda denominada de *territorial jurisdiction over persons for extraterritorial events*, e que exige a presença do acusado perante o juízo processante. Para estes juízes, a jurisdição universal em sentido estrito somente poderia ser exercida desde que preenchidas as seguintes condições: a) que o Estado, antes de iniciar a persecução penal, oportunizasse ao Estado territorialmente competente pronunciar-se sobre os fatos; b) que os órgãos investidos de competência persecutória e judicial gozem das prerrogativas de independência funcional; c) que a persecução penal seja iniciada a partir do pedido formulado ou pelas vítimas ou por seus familiares; d) que os fatos se subsumam entre as hipóteses de *core crimes*; e) que sejam respeitadas as regras e princípios internacionais que orientam as relações entre Estados, em especial as imunidades internacionais.³⁰⁹

Após referida decisão,

[...] duas situações ocorreram:

1. A Bélgica revogou o mandado de prisão ilegal;
2. A Chambre de Mises em Accusation em Bruxelas (uma corte de apelação), determinou que o processo contra Ndombasi era inadmissível desde o início, pois o acusado não estava presente na Bélgica, como determinava o artigo 12 do CPPTP. De acordo com o entendimento dessa corte, o exercício da jurisdição universal [...] exigia a *presença voluntária do acusado em território belga*, o que configurava, portanto, um impedimento do próprio direito interno [...].³¹⁰

A segunda decisão da Corte Internacional de Justiça, também envolvendo a legislação belga sobre crimes internacionais próprios, e que já foi apresentada em linhas acima - Bélgica vs. Senegal³¹¹ -, a Corte cindiu a análise do caso em dois pontos distintos tendo como base a regra *aut dedere aut judicare*: a) o Senegal tinha a obrigação internacional de exercer a persecução penal em face de Hissène Habré, porquanto a incriminação do crime de tortura se constitui em uma obrigação *erga omnes* e de caráter *jus cogens* derivada não da Convenção,

states: "The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members." The only instances in which general international law allows, exceptionally, that a State may prosecute acts committed on the territory of another State by a foreigner are, first, cases involving violation of the security or dignity of the first State and, second, cases involving serious offences committed against its nationals." CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Arrest Warrant of 11 April 2000...*, *passim*.

309 CASSESE, *Existe um Conflito Insuperável...*, p. 18.

310 JANKOV, *Direito Internacional Penal...*, p. 166.

311 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium vs. Senegal)*.

mas do direito internacional costumeiro³¹², não sendo admissível, internacionalmente, que o autor de tais atos – ex-Presidente do Chade –, ficasse impune em razão de asilo diplomático a ele concedido; b) no que concerne, doutro passo, à natureza convencional da regra processar ou extraditar, ela não poderia ser exigível do Senegal pela Bélgica em razão do princípio da irretroatividade contida no artigo 28 da Convenção de 1969³¹³.

A consequência de referida decisão da Corte Internacional de Justiça foi a constituição de um tribunal internacional misto – as Câmaras Extraordinárias Africanas – por acordo entre o Senegal e a União Africana, para levar Hissène Habré a julgamento pelos crimes que se lhe imputam.

Destarte, seria possível concluir—se que a tese afirmada por Cassese é a que melhor atende aos princípios do Direito Internacional, na medida em que o princípio da jurisdição universal não foi instituído, apesar de ardorosos defensores em sentido contrário, para permitir que os Estados, sob as vestes de combate à impunidade, se imiscuam em assuntos de jurisdição interna de outros Estados, elevando, tanto em nível interno como internacional, a conflituosidade e o fechamento de alternativas civilizacionais de proteção aos direitos internacionalmente protegidos, e nisso, o regramento jurídico-brasileiro do princípio se mostra perfeitamente adequado.

Com efeito, o princípio da jurisdição universal brasileira permite o exercício da jurisdição penal extraterritorial incondicionada em relação ao crime de genocídio praticado por brasileiro ou estrangeiro domiciliado no Brasil (art. 7º, I, “c”)³¹⁴, ou condicionada, em

312 “In the Court’s opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (jus cogens). That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the opinio juris of States. It appears in numerous international instruments of universal application (in particular the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims; the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966; General Assembly resolution 3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), and it has been introduced into the domestic law of almost all States ; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora.” CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* (Belgium vs. Senegal).... p. 39.

313 “However, the obligation to prosecute the alleged perpetrators of acts of torture under the Convention applies only to facts having occurred after its entry into force for the State concerned. Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which reflects customary law on the matter [...]”.CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* (Belgium vs. Senegal).... p. 39.

314 A jurisprudência nacional registra dois casos de condenações penais envolvendo a prática de genocídio, ambos tendo como vítimas populações indígenas. O primeiro é o caso “Massacre da Aldeia Haximú”, praticado por garimpeiros brasileiros e estrangeiros contra índios da etnia Yanomani na fronteira Brasil-Venezuela, e que foi objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal: “EMENTAS: 1. CRIME. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidade executórias. Inteligência do art. 1º da

relação aos demais crimes internacionais, próprios ou impróprios (art. 7º, II, “a”). Nos termos do artigo 7, II, §2º, dentre as condições para o exercício da jurisdição extraterritorial condicionada é: (a) estar o agente em território brasileiro, seja qual for a forma de seu ingresso, se voluntária ou não³¹⁵, b) ser o fato punível no local de seu cometimento; c) ser um

Lei nº 2.889/56, e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.822/52. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc. 2. CONCURSO DE CRIMES. Genocídio. Crime unitário. Delito praticado mediante execução de doze homicídios como crime continuado. Concurso aparente de normas. Não caracterização. Caso de concurso formal. Penas cumulativas. Ações criminosas resultantes de desígnios autônomos. Submissão teórica ao art. 70, caput, segunda parte, do Código Penal. Condenação dos réus apenas pelo delito de genocídio. Recurso exclusivo da defesa. Impossibilidade de reformatio in peius. Não podem os réus, que cometeram, em concurso formal, na execução do delito de genocídio, doze homicídios, receber a pena destes além da pena daquele, no âmbito de recurso exclusivo da defesa [...]”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário* 351487, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2006, DJ 10-11-2006 PP-00050). O segundo caso é o referente ao “Massacre dos Índios Tikuna”, ocorrido no Estado do Amazonas, cujo julgamento, em grau de apelação, foi feito pelo TRF 1ª Região: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE GENOCÍDIO. COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR. PROVA DA AUTORIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AGENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. APELAÇÃO: EFEITO EXTENSIVO. 1. O crime de genocídio, tipificado na Lei nº 2.889, de 1º/10/1956, não tem como bem jurídico tutelado a vida, considerada em si mesma, em ordem a atrair a competência do Tribunal do Júri (CF – art. 5º, inciso XXXVIII), e sim uma etnia, a vida de grupos humanos raciais, religiosos ou nacionais, configurando-se como um crime contra a humanidade, devendo ser julgado pelo juiz singular. Precedente do STJ (Recurso Especial nº 222.653 – RR – DJ 30/10/00). 2. “O genocídio é uma negação ao direito à existência de grupos humanos inteiros, enquanto que o homicídio é a negação do direito à vida de um indivíduo” (Assembléia Geral da ONU – 1946). 3. Tendo a sentença, concreta e objetivamente, demonstrado, pela análise da prova dos autos, a participação dos agentes no crime – morte e desaparecimento de indígenas e lesões corporais em membros da etnia –, é de confirmar-se a condenação, exceto quanto à pena privativa de liberdade aplicada, que, em se tratando de acusados primários e sem antecedentes, foi posta, sem a devida justificativa, em patamares muito superiores ao mínimo legal de 12 (doze) anos [...]”. (TRF 1ª Região. *ACR 0040339-02.2001.4.01.0000/AM*, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, 3ª Turma, DJ p. 06 de 10/12/2004).

315 Para SOUZA, JAPIASSÚ, *Curso de Direito Penal...*, p. 108: “[...] é irrelevante a motivação para a sua entrada, podendo ter a mesma decorrido de forma voluntária ou não, bem assim por erro, fraude ou mesmo coação física irresistível, como ocorre nos casos de sequestro ou abdução internacional. A presença física do autor da infração é o quanto basta para o atendimento dessa condição”. As últimas hipóteses indicadas pelos autores identificam a controversa prática *male captus bene detentus*, e que “[...] according to which the wrongfulness of an arrest or abduction does not negate the validity of detention or imprisonment. Under this doctrine, although jurisdiction over a defendant may have been acquired by the forum state through a violation of international law, such as an excess of enforcement jurisdiction, the forum state may nonetheless exercise its jurisdiction lawfully over the defendant once he is within its judicial jurisdiction [...] The doctrine is contested, however, and has not been consistently applied by national or international tribunals”. FELLMETT, HORWITZ, *Guide to latin in International Law...*, p. 183. Ronzitti, ao contestar a validade da doutrina, funda-a na lição de Louis Henkin, para quem a prática da abdução somente seria legítima para o período anterior à “era dos direitos humanos”, na medida em que referida prática constitui-se em clara violação aos artigos 7º e 9º Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em especial a garantia contida no artigo 9, 1, segundo o qual “ninguém pode ser privado de sua liberdade, salvo em conformidade... com os procedimentos previstos em lei” RONZITTI, Natalino. *The legality of covert operations against terrorism in foreign States*, in BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law norms against terrorism*, Portland: Hart Publishing, 2004, p. 23; no mesmo sentido segue Condé, para quem a “[...] abduction is usually a human rights violation and may entail the violation of several different human rights, such as freedom of movement; liberty and security of person; freedom from torture or cruel, inhuman, or degrading treatment; or even the right to life. Often referred to as a “forced disappearance” when the authorities hold the victim incommunicado and deny holding him”. CONDÉ, H. Victor. *A Handbook of International Human Rights Terminology*, 2ª ed., Lincoln: University of Nebraska Press, 2004, p. 2. O Tribunal Penal Internacional, no já indicado caso preliminar de Thomas Lubanga Dyilo, e que fora entregue à Corte pelo Congo no cumprimento do mandado de prisão por ela expedido, no qual a defesa

crime extraditável, vale dizer, não ingressar na categoria constitucional de crimes políticos segundo a Constituição de 1988 (art. 5º, LII); d) não ter ocorrido ou o julgamento ou o cumprimento da pena pelo fato (*ne bis in idem*); e e) não ter sido concedido o perdão ou outra causa de extinção da punibilidade segundo a lei mais benéfica.

Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, ademais, reforça a ideia de que o Brasil tem cumprido, de forma correta, a regra *aut dedere aut judicare* com relação aos crimes internacionais.

Assim, na Extradução 1103, de relatoria do Min. Eros Grau, e que tinha por Estado ativo os Estados Unidos da América, e por sujeito passivo Juan Carlos Ramires Abadia, com a imputação da prática dos crimes de tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro e homicídio, em face do qual aquele Estado já iniciara a persecução penal, foi concedida a extradição solicitada, condicionado-se a sua execução ao juízo discricionário do Presidente da República em razão de que existia no Brasil processo de investigação pelo crime de tráfico de entorpecentes e lavagem de dinheiro. Em outras palavras, dentre as alternativas processar ou extraditar, o Estado brasileiro optou pela segunda³¹⁶:

EMENTA: EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES, LAVAGEM DE DINHEIRO E HOMICÍDIO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES: CRIME AUSENTE DO ROL TAXATIVO DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO CELEBRADO ENTRE O BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ENTENDIMENTO, DO PLENO, DE QUE ESSE CRIME FOI INSERIDO AUTOMATICAMENTE NO TRATADO ESPECÍFICO. AÇÃO PENAL EM CURSO NO BRASIL: CIRCUNSTÂNCIA NÃO IMPEDITIVA DA ENTREGA DO EXTRADITANDO AO PAÍS REQUERENTE, CONDICIONADA A JUÍZO DE OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ENTREGA DO EXTRADITANDO SUJEITA A COMPROMISSO FORMAL DE COMUTAÇÃO DA PENA EVENTUALMENTE IMPOSTA NO PAÍS REQUERENTE. 1. Extradução instrutória, formalizada pelos Estados Unidos da América, visando a que o extraditando responda naquele País pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico de entorpecentes, lavagem de dinheiro e homicídio. Presença dos requisitos legais: dupla tipicidade, indicação precisa dos fatos e locais, documentação referente aos crimes e prazos prescricionais e não-ocorrência da prescrição em ambas as legislações. 2. Crime de lavagem de dinheiro. Ausência no rol taxativo do Tratado de Extradução celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos da

alegou a ocorrência de “abuso processual” decorrente, dentre outros fatos, de prisão ilegal, do qual decorreria, de um lado, na obrigação de se determinar a sua soltura imediata, e de outro no dever de se determinar uma indenização pelos danos sofridos, analisou de forma ampla a matéria, enfrentou o tema da *male captus bene detentus* no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do direito comparado, tendo considerado referida prática uma clara violação ao direito internacional dos direitos humanos. No mérito, entretanto, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento porquanto não restou provado a prática de “abuso processual” alegado pela defesa. ICC. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo...*, pp. 18-22. Nesse sentido, e mantendo a ideia central que guia a interconexão entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos a partir da tríade garantia-persecução-dignidade do sujeito encarcerado defendida nesse trabalho, a prática da *mala captus bene detentus* é incompatível com as garantias constitucionais e internacionais do regime jurídico brasileiro.

316 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradução 1103*, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008.

América. Entendimento, do Pleno (HC n. 92.598, j. em 13/7/07), de que esse crime foi inserido automaticamente no Tratado específico. Isso por fazer parte da lista de delitos da Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Palermo), da qual o Brasil e os Estados Unidos da América são signatários. 3. A circunstância de o extraditando responder a ação penal no Brasil não constitui óbice a sua entrega ao País requerente, sempre condicionada a juízo de oportunidade e conveniência do Presidente da República. Extradicação deferida, com a condição de que o Estado requerente assumira o compromisso formal de comutar eventual pena de prisão perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade não superior a 30 (trinta) anos, por força do que estabelece o artigo 75 do Código Penal, bem assim de descontar o tempo de prisão que, no Brasil, foi cumprido em razão da extradicação. (Ext 1103, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-01 PP-00181 RTJ VOL-00208-01 PP-00025)

Já na Extradicação 1349, de relatoria da Min. Rosa Weber, o pedido de extradicação feito pelo Uruguai foi indeferido, embora se tratasse de crime de tráfico internacional de estupefacientes, porque o sujeito passivo era brasileiro nato, nos termos do artigo 12, I “c” da Constituição de 1988, incidindo, à hipótese, a proibição constitucional de concessão da extradicação. Como alternativa, o Supremo Tribunal Federal indicou a obrigação legal de persecução penal do indivíduo na forma do artigo 7º, II, do Código Penal³¹⁷:

EMENTA EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ESTUPEFACIENTES PROIBIDAS. EXTRADITANDO BRASILEIRO NATO. ARTIGO 12, I, “C”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE DO PEDIDO EXTRADICIONAL. ARTIGOS 5º, LI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 77, I, DA LEI 6.815/1980 E 11, ITEM 3, DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO. EXTRATERRITORIALIDADE DA LEI PENAL BRASILEIRA. ARTIGOS 7º DO CÓDIGO PENAL E 88 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Pedido de extradicação formulado pelo Governo do Uruguai contra brasileiro nato, nascido no estrangeiro, filho de pai brasileiro e devidamente registrado em repartição brasileira competente, nos termos do art. 12, I, “c”, da Magna Carta. . 2. O ordenamento jurídico brasileiro veda expressamente a extradicação de brasileiro nato, arts. 5º, LI, da Constituição da República, 77, I, da Lei 6.815/1980, e 11, item 1, do Tratado de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul. Precedentes. 3. Inobstante a inviabilidade da extradicação, para os crimes cometidos por brasileiro em solo estrangeiro, possível, na espécie, a extraterritorialidade da lei penal brasileira, caso em que o órgão judiciário brasileiro será competente para processar e julgar o feito, nos termos dos arts. 7º do Código Penal e 88 do Código de Processo Penal. 4. Extradicação indeferida, com a imediata expedição do competente alvará de soltura do Extraditando, se por outro motivo não estiver preso.

Por fim, em casos que tocam diretamente o presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal deferiu várias extradicações requeridas pela Argentina de ex-agentes – militares ou civis – que atuaram nos porões da ditadura militar ocorrido entre os anos de 1976-1983, e a quem se imputavam o cometimento dos crimes de desaparecimento forçado de pessoa, tortura, homicídio, falsificação de certidões de nascimento – este crime foi denominado no relatório da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas, de “crianças desaparecidas” por

317 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradicação 1349*, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 02-03-2015 PUBLIC 03-03-2015.

envolver, em vários casos, filhos de presas que deram a luz durante o cativeiro e que, logo após, foram assassinadas e as crianças adotadas ou por agentes ou apoiadores do sistema repressivo³¹⁸ -. O primeiro foi a Extradicação 974, e que teve por sujeito passivo Manuel Cordero Piacentini, a quem se imputava a prática de desaparecimento forçado de adultos e de uma criança recém-nascida entre os meses de junho e setembro de 1976, em Buenos Aires³¹⁹:

EMENTA: EXTRADIÇÃO. ARGENTINA. TRATADO BILATERAL. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS FORMAIS. ADITAMENTO QUANTO AO CRIME DE SEQUESTRO DE MENOR. DUPLA TIPICIDADE. CONFIGURAÇÃO PARCIAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PEDIDO EXTRADICIONAL PARCIALMENTE DEFERIDO. I - O Decreto 1.003/89, expedido pelo Governo da Argentina, foi declarado inconstitucional pela Corte Suprema de Justicia de La Nación, em 25/7/2006, razão pela qual não se presta a afastar o exame das condutas supostamente cometidas pelo extraditando. II - Crime de sequestro de menor que, em tese, subsiste. III - Delito que encontra correspondência no ordenamento jurídico pátrio. IV - Extradicação deferida em parte.

Estas decisões envolvendo a extradicação de acusados da prática de desaparecimentos forçado de pessoas será mais bem apreciado no item 4.3, e são importantes para demonstrar a aptidão do ordenamento jurídico brasileiro para cumprir, em parte, as obrigações internacionais decorrentes da ratificação da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado.

2.3.1 Crítérios de fixação da jurisdição adjudicativa no Direito Penal Internacional

Do que acima se viu, o Direito Penal Internacional se utiliza, vez isolada, vez alternativamente, de duas formas de implementação da persecução penal dos autores dos crimes internacionais. Se na forma direta ela é exercida pelos tribunais penais internacionais sem a mediação dos Estados – isto é, *motu proprio* -, em outras circunstâncias ela somente

318 “A outra situação envolve crianças nascidas em cativeiro, nos centros clandestinos de detenção. São filhas de mulheres cuja gravidez era de conhecimento da família ou do círculo de colegas, amigos ou vizinhos [...] Está comprovado que essas crianças foram consideradas parte do “botim de guerra” da guerra suja. Sabe-se que, na maioria dos casos, foram dadas a famílias vinculadas, direta ou indiretamente, à repressão; por isso, aquelas que até agora não foram encontradas permanecem vítimas de sequestro e de apropriação da sua identidade”. REPÚBLICA ARGENTINA. *Nunca más!* Informe CONADEP, disponível em <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/articulo/nuncamas/nmas2a01.htm>, acessado em 20.set. 2011.

319 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradicação 974*, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009.

poderá ser exercida em caráter subsidiário, como se dá com o Tribunal Penal Internacional em razão do princípio da complementariedade. Já a implementação indireta estabelece um regime um tanto mais complexo de concorrência entre as jurisdições nacionais, mormente em razão do princípio da jurisdição universal.

Assim, os critérios através dos quais se estabelecem estas diversas formas de exercício da persecução penal em relação aos crimes internacionais são importantes para fins de solução de possíveis conflitos jurisdicionais.

Primeiramente, portanto, se verão os critérios do regime da implementação direta, depois da indireta.

2.3.1.1 Critérios de fixação da jurisdição penal internacional direta

A **jurisdição adjudicativa** (*adjudicative jurisdiction*) no sistema de persecução direta é fixada a partir de pelo menos quatro critérios: a) material, b) pessoal, c) territorial e d) temporal.

O primeiro critério diz respeito, no Direito Penal Internacional, aos crimes que delimitam a competência para a persecução penal por um determinado tribunal penal internacional. Conforme já visto em linhas acima, aqui há uma diferença importante entre os chamados tribunais penais internacionais próprios e os tribunais penais internacionais mistos. Aqueles têm sua competência material restringida somente aos crimes internacionais próprios, nomeadamente, os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra³²⁰; já estes, e como regra geral, além dos crimes internacionais próprios, também determinados crimes previstos no ordenamento do Estado sede³²¹.

320 É interessante notar que a convocação da Conferência de Roma foi precedida, dentre outros fatos, pela reunião que ocorreu na Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o tráfico internacional de drogas em 1989, ocasião em que a representação de Trinidad e Tobago propôs a constituição de um tribunal penal internacional para o julgamento dos autores desses crimes, que como visto, é essencialmente transnacional. Com o acolhimento dessa proposição pela Assembleia Geral, foi solicitado à Comissão de Direito Internacional que elaborasse o projeto do tribunal, em decorrência do qual redundou no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, em cuja conferência não se chegou a cogitar de submeter o crime de tráfico internacional à competência da corte. Nesse sentido, JAPIASSÚ, *O Tribunal Penal Internacional...*, pp. 81 et seq. Antonio Cassese, por sua vez, aduz que chegou-se a cogitar na Conferência de Roma de submeter o terrorismo internacional sob a jurisdição *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional, contudo, por não existir à época, como nos dias de hoje, um consenso internacional sobre o tipo penal, não se acolheu referida proposição. CASSESE, *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale...*, pp. 167-168.

321 São os casos, e.g., do Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa, que em seus artigos 2-4, prevê a competência da Corte para crimes internacionais próprios, e em seu artigo 5, crimes tipificados no direito penal serra-leonês, como a Lei de Prevenção de Crueldade contra Crianças, de 1926, especialmente o abuso sexual contra menores de 13 anos, e a Lei de Repressão a Danos à Propriedade, de 1861; o Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano prevê a competência *ratione materiae* para os crimes relacionados ao ataque terrorista que vitimou o ex-Primeiro Ministro Hafiq Hariri, e determina, nesse sentido, a aplicação da lei penal libanesa; o

O segundo critério é o de caráter subjetivo, vale dizer, de fixação da competência jurisdicional sobre indivíduos, e que, nos termos dos princípios do Direito Penal Internacional, são diretamente responsáveis perante o direito internacional³²² – vale dizer, sem que seja necessária a existência de norma incriminadora no *loci commissi delicti*³²³, independentemente de seu *status* político – inopunibilidade das imunidades internacionais³²⁴ -, e exclusão da *defense* do cumprimento de ordens superiores³²⁵.

As duas primeiras experiências do regime de persecução direta – Nuremberg, especificamente o *Jubiley*, e Tóquio – se destinaram à persecução penal dos principais agentes dos regimes nazista e japoneses, respectivamente, no curso da Segunda Grande Guerra Mundial pela prática dos crimes tipificados em seus respectivos Estatutos, sendo que as exercidas com fundamento na Control Council Law n. 10 objetivaram outros agentes do regime nazista de grau inferior. Somente com os Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda³²⁶ é que essa seletividade foi enfrentada, sendo que com o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a partir da fixação do critério da nacionalidade do autor do crime³²⁷, eliminou-se, pelo menos em grande parte, a infirmação de qualquer alegação de seletividade política.

O terceiro critério é o territorial, vale dizer, a esfera de vigência da jurisdição do tribunal penal internacional, do que segue a competência para o julgamento dos autores de crimes internacionais que tenham sido cometidos em referida delimitação territorial, independentemente da nacionalidade do autor do crime. Aqui calha fazer a distinção entre os tribunais *ad hoc*, que têm suas competências territoriais delimitadas para os crimes praticados

Estatuto das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja, fixa a competência material tanto em relação a crimes internacionais próprios – genocídio, de guerra e contra a humanidade -, como em relação a dispositivos do Código Penal cambojano de 1956.

322 “Princípio I: Toda pessoa que cometa um ato que constitua crime de Direito Internacional é por ele responsável e está sujeito a sanção”.

323 “Princípio II: O fato de que o direito interno não imponha pena alguma por um ato que constitua crime de direito internacional não exime de responsabilidade perante o Direito Internacional a quem o tenha cometido.”

324 “Princípio III: O fato de que a pessoa que tenha cometido um crime que constitua crime de Direito Internacional tenha atuado como Chefe de Estado ou como autoridade do Estado, não a exime de responsabilidade conforme o Direito Internacional.”

325 “Princípio IV: O fato de que uma pessoa tenha atuado em cumprimento de uma ordem de seu Governo ou de seu superior hierárquico não a exime de responsabilidade conforme o Direito Internacional, se efetivamente teve a possibilidade de opção.”

326 Faz-se esta afirmação porque ditos Tribunais não objetivaram somente a persecução dos líderes políticos e militares responsáveis pelo cometimento dos crimes sob suas competências, mas das pessoas, no geral, que seriam responsáveis nos termos dos referidos Estatutos (Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, artigo 1º; Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, artigo 1º), inclusive os líderes políticos.

327 Com efeito, o artigo 12 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional fixa a competência da Corte com relação aos crimes praticados no território do Estado-parte (artigo 12, 2, a) ou da nacionalidade do acusado (artigo 12, 2, b).

no território dos Estados para os quais eles foram instituídos, e o Tribunal Penal Internacional, que tem competência territorial sobre os Estados que ratificaram o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, nos termos do artigo 5, 1 e 2, “a”. Dois exemplos ilustram essa forma de exercício da jurisdição internacional: a) o Tribunal Especial para Serra Leoa³²⁸, tendo sido constituído para apurar a responsabilidade dos graves crimes internacionais que ocorreram durante a guerra civil em Serra Leoa desde 1996, indiciou o então Presidente da Libéria Charles Taylor por seu envolvimento nos conflitos havidos naquele país, acusando-o da prática de crimes de guerra, sobrevivendo, pois, a sua condenação à pena de 50 anos³²⁹, confirmado, depois, pela Câmara de Apelações³³⁰; b) O Tribunal Penal Internacional, por intermédio de sua Câmara de Pré-Julgamento I no caso *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, The Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, determinou a reabertura das investigações envolvendo os ataques israelenses à “Flotilha da Liberdade”, em 31 de maio de 2010. A União das Comores, Estado-parte do Tribunal Penal Internacional, recorreu da decisão de arquivamento da investigação promovida pela Procuradora-Chefe da Corte, Fatou Bensouda, que o fizera sob o argumento de que, embora *prima facie* o ataque ao navio de bandeira comorense Mavi Marmara se constituía em crime de guerra, referido fato era “[...] insufficiently grave to warrant action by the Court”. A Câmara de Pré-Julgamento I, ao acolher o pedido de Comores, afirmou a ocorrência de inúmeros equívocos por parte da Procuradora-Chefe³³¹, e determinou, *eo ipso*, a reabertura da investigação contra Israel, Estado que não é parte do Tribunal Penal Internacional.

328 O Tribunal Especial para Serra Leoa, por intermédio do Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Residual Special Court of Sierra Leone, foi substituído pelo Tribunal Residual Especial para Serra Leoa, que deu prosseguimento nas funções jurisdicionais da corte primeva. RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Residual Special Court of Sierra Leone*, disponível em <http://www.rscsl.org/Documents/RSCSL%20Agreement%20and%20Statute.pdf>, acessado em 20.mai. 2015.

329 RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. Trial Chamber II. *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 30 May 2012, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/1285/SCSL-03-01-T-1285.pdf>, acessado em 20. Jun. 2013.

330 RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. Appeals Chamber. *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 26 September 2013, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/1389/SCSL-03-01-A-1389.pdf>, acessado em 20.fev. 2014.

331 “In the view of the Chamber, the combination of: (i) the Prosecutor’s failure to consider that the persons likely to be the object of the investigation into the situation could include those who bear the greatest responsibility for the identified crimes; (ii) the Prosecutor’s error as to how the scale of the identified crimes can be taken into account for the assessment of the gravity of the identified crimes; (iii) the Prosecutor’s error in correctly appreciating the nature of the identified crimes; (iv) the Prosecutor’s error in fact in properly assessing the manner of commission of the identified crimes, in particular with respect to the question whether the identified crimes may have been “systematic or resulted from a deliberate plan or policy to attack, kill or injure civilians”; and (v) the Prosecutor’s error in determining the impact of the identified crimes materially affects the validity of the Prosecutor’s conclusion that the potential case(s) arising from the situation referred to her by the Comoros would not be of sufficient gravity to justify further action by the Court within the meaning of article 17(1)(d) of the Statute”. INTERNACIONAL CRIMINAL COURT. PRE-TRIAL CHAMBER I. *Situation on the*

Por fim, o quarto critério geral é o temporal, e que diz respeito, em relação aos tribunais *ad hoc*, com o fato de eles serem constituídos para a apuração de crimes praticados durante um determinado período, e por isso são *ad hoc*, isto é, criados especificamente para a apuração de responsabilidade desses fatos. Já o Tribunal Penal Internacional, o único tribunal penal internacional de caráter permanente, tem delimitação temporal conformada pelo princípio da irretroatividade, nos termos do artigo 11, 1 e 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, segundo a qual a Corte somente detem competência para a persecução de crimes internacionais ocorridos depois: a) da entrada em vigor do Estatuto, que ocorreu em 2002, após o cumprimento da cláusula contida no artigo 126, 1; ou b) em relação ao Estado que aderiu ao Tribunal Penal Internacional após a sua entrada em vigor, vale a regra geral da irretroatividade, salvo se o Estado consentir com o exercício da jurisdição penal para fatos pretéritos, mediante declaração expressa, nos termos do artigo 11, 2, parte final c/c artigo 12, 3 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Contudo, estes critérios gerais nada dizem com relação às relações entre tribunais penais internacionais e jurisdições nacionais para a hipótese de ocorrência de um conflito jurisdicional. Assim, historicamente a sociedade internacional tem utilizado diversos princípios para a fixação da competência dos tribunais penais internacionais para se resolver referidos conflitos, a saber:

A) **Jurisdição exclusiva** (*exclusive jurisdiction*): foi o critério utilizado em Nuremberg e Tóquio, segundo a qual referidos tribunais detinham a competência exclusiva para o julgamento, respectivamente, “[...] of the major war criminals of the European Axis” (artigo 1 e 6 ETMI Nuremberg) e “[...] Far Eastern war criminals [...]” (artigos 1 e 5 do ETIM Tóquio). Este modelo de jurisdição exclusiva parece ser imediatamente derivado da Declaração de Moscou de 1943 e do Acordo de Londres de 1945, através dos quais as forças aliadas, dentre as alternativas que anteviam para o pós-guerra, optaram pelo julgamento direto dos principais líderes do regime nazista e do regime japonês, sem a mediação das cortes nacionais, naquilo que Bassiouni denomina de um julgamento de vencedores sobre os vencidos³³², muito embora Tomuschat indique um ponto que assume um tópico que até hoje

Registred Vessels of the Union of the Comoros, The Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia, 16 July 2015, disponível em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc2015869.pdf>, acessado em 19.jul. 2015.

³³² “The post-WWII prosecutions were essentially for the defeated, leading many commentators to call these prosecutions “victors’ justice.” No member of the Allied forces was ever prosecuted for a war crime. No one raised the issue of war crimes or crimes against humanity for the deliberate bombing of the city of Dresden, which had no military value, and which resulted in the killing of 35,000 civilians. Not much question was raised about the atomic bombings of the civilian cities of Hiroshima and Nagasaki, which resulted in an estimated 250,000 victims who died of the attack, and countless others who died after the attack from atomic radiation, not to mention those who suffered from it and survived. The attack on Dresden was politically motivated and

parece não ter sido desenvolvido pela doutrina, a saber, o caráter revolucionário de Nuremberg ao anular um dos principais fundamentos do Direito Internacional westfaliano, isto é, a cultura monárquica segundo a qual, entre os Chefes de Estado, “*pares cum paribus facillime congregantur*”³³³, ao lado, doutro passo, do nacionalismo que grassava, e ainda vige, entre os povos³³⁴. Nesse sentido, apesar de todos os problemas inerentes a uma “justiça revolucionária”, não nos parece inusual nem extraordinário que as rupturas políticas sejam sede de profundas transformações na ordem legal, nacional ou internacional, ou mesmo que essa forma de justiça careça de legitimidade política. Não fossem os princípios de Nurember, assim nos parece, a justiça penal internacional provavelmente ainda não teria se desenvolvido suficientemente, quanto mais a ponto de instituir um tribunal penal internacional de caráter permanente.

B) Princípio da primazia: Este modelo decorre diretamente da forma pela qual as jurisdições penais internacionais foram instituídas no pós-Nuremberg/Tóquio, segundo a qual, em havendo concorrência de jurisdição entre os tribunais internacionais e as cortes nacionais, prevaleceria a daqueles, conforme previsto, *e.g.*, nos Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (artigo 9, 2), Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artigo 8, 2), Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa (artigo 8, 1), e que foi mantido no Estatuto do Tribunal Residual Especial para Serra Leoa (artigo 1) e no Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano (artigo 4, 1), tendo a corte internacional competência para, segundo o seu juízo, remeter o caso para a corte nacional. Para BAZELAIRE e CRETIN, este critério de fixação da competência “[...] parece ser melhor apta para garantir a imparcialidade, que é uma condição indissociável da ideia de justiça. Deixando os protagonistas de um conflito resolverem sozinhos [...] o desfecho do conflito, garantimos a continuidade das lutas por processos judiciais interportos”³³⁵.

personally sanctioned by Winston Churchill as retaliation over the German bombings of Coventry and other civilian targets in England at the beginning of the war. But retaliation, as well as other forms of reprisals against protected targets such as innocent civilians, is impermissible under the law of armed conflict. The atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki were also in violation of the laws of armed conflict, but they were motivated by the desire to bring the war to an end, and thus to save American lives, even at the cost of taking Japanese civilian lives, notwithstanding a clear violation of the laws of armed conflict.” BASSIOUNI, *The perennial conflict between international criminal justice and realpolitik...., passim*.

333 Em outros termos, como os Chefes de Estado, em geral, pertenciam a linhagens comuns, após uma guerra a paz era alcançada sem muito esforço, na medida em que um concedia o perdão ao outro.

334 TOMUSCHAT, Christian. The legacy of Nuremberg, *Journal of International Criminal Justice*, n. 4, 2006, pp. 830-844.

335 BAZELAIRE, CRETIN, *A justiça penal internacional....*, pp. 95-96.

Embora Bazelaire e Cretin, bem como William Schabas³³⁶, indiquem que esse modelo de atribuição de competência tenha surgido com os Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, é possível ver sua previsão inicial na Control Council Law n. 10, que ao instituir a competência para a persecução penal às potências aliadas nas zonas ocupadas da Alemanha, estabeleceu não um regime de exclusividade, mas de primazia, pela qual, a critério dos tribunais aliados, os acusados poderiam ser submetidos a julgamento perante um tribunal alemão, nos termos do artigo III, a e d³³⁷ da Control Council Law n. 10.

C) **Princípio da complementariedade**: o último critério adotado pelo Direito Penal Internacional para a fixação de competência foi o adotado na Conferência de Roma que aprovou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, nos termos de seu preâmbulo³³⁸ e dos artigos 1 e 17. O princípio da complementariedade pode ser compreendido, assim como a jurisdição internacional dos tribunais internacionais de direitos humanos, como subsidiário em relação à jurisdição penal dos Estados, e que somente poderá ser exercida se: a) o Estado territorialmente competente não quiser ou não puder exercer a persecução penal, b) tenha aberto investigação preliminar e decidido pelo arquivamento da causa, desde que reste comprovado o desinteresse ou impossibilidade de exercer a persecução nos termos dos princípios internacionais que estabelecem um processo equitativo, c) desde que não haja violação à proibição de *ne bis in idem* contida no artigo 20, §3º, o que se daria na hipótese de já ter ocorrido julgamento pelo Estado competente, seja qual tenha sido o resultado, nos termos do artigo 14, 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, d) não restar

336 SCHABAS, William A. *An introduction to International Criminal Court...*, pp. 16/191.

337 "Article III - 1. Each occupying authority, within its Zone of Occupation, (a) shall have the right to cause persons within such Zone suspected of having committed a crime, including those charged with crime by one of the United Nations, to be arrested and shall take under control the property, real and personal, owned or controlled by the said persons, pending decisions as to its eventual disposition [...] (d) shall have the right to cause all persons so arrested and charged, and not delivered to another authority as herein provided, or released, to be brought to trial before an appropriate tribunal. Such tribunal may, in the case of crimes committed by persons of German citizenship or nationality against other persons of German citizenship or nationality, or stateless persons, be a German Court, if authorized by the occupying authorities".

338 "[...] Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional, Decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes, Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais [...] Determinados em perseguir este objetivo e no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto, Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais [...]". BRASIL. *Decreto n. 4.388*, de 25 de setembro de 2002 – Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm, acessado em 30.set. 2002.

comprovada a gravidade do comportamento a ponto de ensejar a intervenção da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, e e) não tenha ocorrido, nos termos do 17, 2, c, simulacro de julgamento, isto é, o “[...] processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter sido ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça”.

Apontam Japiassú e Schabas³³⁹, dentre outros, que ocorreu uma série de debates acerca da conformação da jurisdição da corte a partir do princípio da primazia, pela qual, caso houvesse uma decisão do Procurador-Chefe em iniciar um procedimento investigatório, os Estados não poderiam se antecipar a referida persecução, devendo conceder prevalência à jurisdição da Corte. Contudo, já nos trabalhos preparatórios da Comissão *ad hoc* da Comissão de Direito Internacional que elaboraram, em discussão com os Estados, o pré-projeto do estatuto, se desenvolveu a ideia de jurisdição complementar, “[...] pela qual o tribunal só poderia exercer a sua jurisdição caso os Estados não quisessem ou não pudessem exercer a persecução”, tese que acabou por ser vitoriosa na Conferência de Roma. Para Schabas³⁴⁰, tal

Como originalmente concebido, o termo “complementariedade” pode ser um pouco ambíguo, pois o que se estabelece é uma relação entre a justiça nacional e a justiça internacional na qual esta está longe de ser “complementar”. Em vez disso, os dois sistemas funcionam em oposição e, em certa medida, com hostilidade *via-à-vis* o outro. O conceito é muito diferente do regime estabelecido para os tribunais *ad hoc*, conhecido por primazia, segundo o qual os tribunais *ad hoc* podem assumir a jurisdição de direito, sem a necessidade de demonstrar a falha ou insuficiências do sistema nacional. Ele é mais análogo à abordagem adotada por organismos internacionais de direitos humanos, que exigem do reclamante ou peticionário demonstrar o esgotamento dos recursos internos. Os sistemas nacionais têm prioridade em termos de resolução de seus próprios problemas de direitos humanos, e só quando eles deixarem-no de fazer, os organismos internacionais poderão prosseguir. Provavelmente, a maior parte das petições internacionais são recusadas nessa fase por falta de esgotamento dos recursos internos.

Essa ideia de uma oposição *vis-à-vis* entre a jurisdição dos Estados e a do Tribunal Penal Internacional mais do que uma figura de linguagem, se constitui numa das características mais destacadas num mundo ainda dominado, em suas mais profundas entranhas, pela *realpolitik*, em que os Estados, ao aderirem a um determinado programa internacional mais do que objetivarem a persecução de interesses comuns, avaliam aquilo que Danner e Simmons identificam com a expressão “custos da soberania”³⁴¹, isto é, os

339 JAPIASSÚ, *O Tribunal Penal Internacional...*, pp. 168-169; SCHABAS, *An introduction to International Criminal Court...*, pp. 16.

340 SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court...*, pp. 190-191.

341 DANNER, Allison Marsten, SIMMONS, Beth. *Sovereignty Costs, Credible Commitments, and the International Criminal Court...*

[...] custos que o Estado incorre, delegando uma função normalmente executada internamente, a uma instituição sobre a qual tem pouco, se algum, controle. Para um Estado, ceder autoridade para a aplicação da legislação penal que seria normalmente regulamentada internamente impõe um alto custo à soberania tanto mais no caso do TPI por causa de seu foco em processar líderes.

Se com o julgamento de Charles Taylor pelo ETSL “acendeu”, por assim dizer, uma luz vermelha, posto ter sido ele o primeiro Chefe de Estado a ser condenado por um tribunal penal internacional pelo cometimento de crimes internacionais, o indiciamento pelo Tribunal Penal Internacional de inúmeros líderes africanos, dentre os quais o Presidente do Sudão, Omar Al Bashir, contra o qual vige um mandado internacional de captura, e os Presidente e Vice-Presidente do Quênia, Uhuru Kenyatta e William Ruto, levou os líderes africanos, através da UA, a se manifestarem contra a “africanização” do tribunal, tendo aquela organização indicado a possibilidade de vários Estados africanos “abandonarem” o Estatuto do Tribunal Penal Internacional³⁴².

Nisso, pois, resta demonstrado o largo caminho que o Tribunal Penal Internacional deverá percorrer não para lograr legitimidade, mas efetiva operatividade, o que parece passar, sem qualquer sombra de dúvida, pela necessidade de os membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas que ainda não aderiram ao Estatuto fazerem-no³⁴³.

2.3.1.2 Critérios de fixação de competência no regime da implementação indireta

Ao lado do princípio da territorialidade, que assegura em favor dos Estados a jurisdição exclusiva para a persecução dos crimes que tenham sido praticados em seu território, sem que, doutro passo, a ocorrência dos mesmos permita, *de per se*, a intervenção de outros Estados ou organismos internacionais³⁴⁴, é também um fato da ordem internacional

342 FALL, Mbacké. *The Extraordinary African Chamber: the case of Hissène Habré*, in WERLE, Gerhard, FERNANDEZ, Lovell, VORMBAUN, Moritz. *Africa and the International Criminal Court*, Hague: T. M. C. Asser Press, 2014, pp. 117-131. EURONEWS. *União Africana acusa TPI de “caça racial” aos líderes africanos*, disponível em <http://pt.euronews.com/2013/05/28/uniao-africana-acusa-tpi-de-caca-racial-aos-lideres-africanos/>, acessado em 28.mai. 2013.

343 Dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas, somente a França (em 05/09/2000) e o Reino Unido (em 04/10/2001) ratificaram o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, os demais não, conforme indicado pelo United Nations Treaty Collection, Chapter XVIII – Penal Matter -, acerca do status de ratificação/adesão do/ao Estatuto. Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en, acessado em 06.out. 2015.

344 É o sentido comum dos tratados internacionais em matéria penal, como, por exemplo, previsto no preâmbulo do Estatuto do Tribunal Penal Internacional: “Salientando, a este propósito, que nada no presente Estatuto deverá

que os Estados podem, seja a partir de uma autoatribuição de jurisdição extraterritorial conforme o direito internacional (nomeadamente nas hipóteses de personalidade ativa ou passiva do sujeito/vítima e relativa a interesses dos Estados)³⁴⁵, seja a partir de autorização contida em noma internacional³⁴⁶, do que exsurge, convencional ou consuetudinariamente, a jurisdição universal, se declararem competentes para exercer a persecução de crimes internacionais.

A questão que remanesce, portanto, é saber qual critério seria conforme o direito internacional para que os Estados, no exercício da jurisdição universal, possam fazê-la sem que, doutro passo, haja, ou se houver, se possa solver o conflito jurisdicional.

A doutrina diverge entre a existência de dois critérios: o princípio da subsidiariedade e o princípio da concorrência.

Para a primeira corrente doutrinária, a jurisdição universal tem caráter subsidiário em relação à jurisdição do Estado territorialmente competente, e que somente deve ser posta em execução caso este, por desinteresse político ou impossibilidade fática, não quiser ou não puder exercer a persecução penal. Com isso, o que se pretende enfrentar é a ideia de que a jurisdição universal tenha um caráter absoluto e possa ser exercida a partir da pura e simples decisão político-jurídica de um determinado Estado tendo por base a regra de conexão da incriminação internacional, apesar do Direito Internacional. Contudo, quando analisada mais detidamente, a teoria da subsidiariedade parece ter sido construída para permitir a concretização da máxima *aut dedere aut judicare*. Conforme Stern³⁴⁷, o direito internacional institui uma jurisdição universal obrigatória

[...] quando a preocupação dos Estados em relação a certos atos, como o terrorismo e [a] pirataria aérea é extrema, na medida em que eles podem afetar [a] qualquer pessoa no mundo [...]. [O] Juiz Gilbert, [no entanto,] fala mais precisamente de competência "necessária, porém subsidiária" para lembrar o fato de que a extradição é o padrão obrigatório. Com esta importante ressalva em mente, se pode utilizar a expressão jurisdição universal obrigatória. Na verdade, quando falamos de jurisdição universal obrigatória, geralmente nos referimos ao princípio extraditar ou processar.

ser entendido como autorizando qualquer Estado Parte a intervir em um conflito armado ou nos assuntos internos de qualquer Estado [...]", e no artigo 4 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional: "Artigo 4 - Proteção da soberania: 1. Os Estados Partes cumprirão as suas obrigações decorrentes da presente Convenção no respeito pelos princípios da igualdade soberana e da integridade territorial dos Estados, bem como da não-ingerência nos assuntos internos de outros Estados. 2. O disposto na presente Convenção não autoriza qualquer Estado Parte a exercer, em território de outro Estado, jurisdição ou funções que o direito interno desse Estado reserve exclusivamente às suas autoridades.", para ficarmos em dois exemplos envolvendo crimes internacionais próprios e impróprios.

345 Nesse sentido o artigo 5, 3 da Convenção contra Tortura.

346 Nesse sentido o artigo 4, 2, b e 3 da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

347 STERN, Brigitte. *A propos de la compétence universelle...*, in YAKPO, Emile, TAHAR, Boumedra. *Liber amicorum Judge Mohammed Badjaoui*, Hague: Kluwer Law, 1999, pp. 735-754.

De fato, Gilbert Guillaume em seu voto em separado no caso Yerodia³⁴⁸, afirmou que a Bélgica, ao se autoatribuir jurisdição universal absoluta para exercer a persecução penal de acusados do cometimento de crimes internacionais próprios, onde quer que eles estejam (*in absentia*), não encontra suporte válido no Direito Internacional, e isso mesmo que se apelasse à norma geral exclusiva, na medida em que referidas normas nacionais implicariam em clara violação ao princípio segundo o qual um Estado não poder exercer sua jurisdição sobre o território de outro Estado. Para o Juiz Gilbert, a jurisdição universal terá sempre um caráter subsidiário porque pressupõe que o acusado esteja presente no território do Estado que a está a exercer, e que poderá, segundo seu critério, julga-lo ou extradita-lo. Em síntese, a subsidiariedade permitiria somente o exercício da jurisdição universal na forma da *territorial jurisdiction over persons for extraterritorial events*.

Em sentido contrário, parte da doutrina sustenta que a jurisdição universal se assenta sobre o princípio da concorrência, segundo a qual, tendo-se realizado na facticidade histórica um crime internacional, surge para todos os Estados, independentemente de qualquer nexos ou interesse que não seja a pura e simples incriminação internacional, a legitimidade do exercício da persecução penal em concorrência com o Estado territorialmente competente.

Bassiouni, dando voz a esta teoria, e logo após discorrer sobre as outras formas de jurisdição territorial e extraterritorial, afirma que

[...] as quatro primeiras teorias jurisdicionais exigem alguma ligação ou nexos entre o Estado que [se] afirma competente e o delito, a teoria [da jurisdição] universal repousa sobre fundamento diverso [*different ground*]. A justificativa para a jurisdição universal, em geral ou em relação a tratados internacionais específicos [...] é que existem certos crimes que, devido à sua própria natureza, afetam os interesses de todos os Estados, mesmo quando cometidos em outro Estado ou contra outro Estado [...] [pois] os “danos de ta[is] delitos se constituem em uma violação contra a humanidade”. Assim, o princípio da jurisdição universal pressupõe que cada Estado tem interesse em exercer a sua jurisdição para enfrentar [*to combat*] as infrações que todas as nações condenaram. Para alguns estudiosos do direito penal internacional [*ICL*], um *gentium crime delicti juris*, cometido por um *hostes humani generis*, pode, efetivamente, ser processado e punido por qualquer Estado [...] “[A] persecução universal foi reconhecida sobre [os] “crimes contra a humanidade”, “crimes contra o mundo todo” [*crimes against the whole world*] e os “inimigos de toda a família humana” [*enimies of the whole human family*], ou por pessoas que se tornam *hostis humani generi* pela comissão de crimes internacionais” [...].

348 “What is more, they do not create any obligation of search, arrest or prosecution in cases where the offenders are not present on the territory of the State concerned. They accordingly cannot in any event found a universal jurisdiction in absentia. Thus Belgium could not confer such jurisdiction on its courts on the basis of these Conventions, and the proceedings instituted in this case against Mr. Yerodia Ndombasi on account of war crimes brought by a judge who was not competent to do so in the eyes of international law.” CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Separate Opinion of President Guillaume, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8128.pdf>, acessado em 25.jul. 2012.

Assim, em razão: a) da regra de conexão da incriminação internacional, b) da adoção do conceito de *actio popularis*, e c) da existência de uma contínua regulação nacional do princípio da jurisdição universal, tem-se entendido, em sentido inverso à doutrina da subsidiariedade (*territorial jurisdiction over persons for extraterritorial events*), que a jurisdição universal enseja o exercício da persecução penal por todos os Estados na forma de uma jurisdição penal concorrente (*universal criminal jurisdiction properly so called*).

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha, ao conhecer e acolher o recurso de amparo interposto por Rigoberta Menchú *et al* no caso Genocídio Maia, reformou as decisões proferidas pelo Pleno da Audiência Nacional, de 13/12/2000, e pelo Tribunal Supremo Espanhol de 25/02/2003, que haviam determinado o arquivamento do processo aberto pelo Juízo Central nº 1 da Audiência Nacional para investigar, dentre outros, os atos de genocídios praticados na Guatemala durante os anos de 1980 durante e presidência de Rios Montí contra a etnia maia. Para tanto, a Corte afastou o caráter subsidiário da jurisdição universal nos seguintes termos³⁴⁹:

El principio de subsidiariedad no aparece recogido en nuestro Derecho positivo, ni en la LOPJ ni en el Convenio sobre genocidio, que efectivamente no prohíbe la jurisdicción universal respecto de ese delito, existiendo de hecho diversos países que la han establecido en sus legislaciones. La jurisdicción universal «no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad», aplicándose el principio de no necesidad de intervención cuando está actuando la jurisdicción territorial. Esto no faculta para exigir la acreditación plena de la inactividad de dicha jurisdicción territorial para admitir la querrela, sino la aportación de indicios razonables de que los crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo, lo que se desprende en este caso de la documentación aportada. Por ello la estimación del recurso de casación en relación con la aplicación del principio de subsidiariedad debió determinar la admisión de la querrela en los términos del Auto dictado por el Juzgado Central, y puesto que la subsidiariedad constituía la única fundamentación del Auto de la Sala de la Audiencia Nacional, que es considerada incorrecta por la mayoría, lo consecuente habría sido casar el Auto recurrido.

De semelhante modo, a *House of Lords*, no conhecido caso Pinochet³⁵⁰, assim decidiu acerca do tema, afastando, portanto, o caráter subsidiário da jurisdição universal:

There was considerable argument before your Lordships concerning the extent of the jurisdiction to prosecute torturers conferred on states other than those mentioned in Article 5(1). I do not find it necessary to seek an answer to all the points raised. It is enough that it is clear that in all circumstances, if the Article 5(1) states do not choose to seek extradition or to prosecute the offender, other states must do so. The purpose of the Convention was to introduce the principle aut dedere aut punire--either you extradite or you punish: Burgers and Danelius p. 131. Throughout the negotiation of the Convention certain countries wished to

349 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sala Segunda. *Sentencia 237/2005*, de 26 de septiembre. Recursos de amparo 1744-2003,1755-2003 y 1773-2003 (acumulados). BOE n. 258 – Suplemento, Viernes 25/10/2005.

350 UNITED KINGDON. HOUSE OF LORDS. Judgment - *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet...*, *passim*.

make the exercise of jurisdiction under Article 5(2) dependent upon the state assuming jurisdiction having refused extradition to an Article 5(1) state. However, at a session in 1984 all objections to the principle of *aut dedere aut punire* were withdrawn. "The inclusion of universal jurisdiction in the draft Convention was no longer opposed by any delegation": Working Group on the Draft Convention U.N. Doc. E/CN. 4/1984/72, para. 26. If there is no prosecution by, or extradition to, an Article 5(1) state, the state where the alleged offender is found (which will have already taken him into custody under Article 6) must exercise the jurisdiction under Article 5(2) by prosecuting him under Article 7(1). I gather the following important points from the Torture Convention: 1) Torture within the meaning of the Convention can only be committed by "a public official or other person acting in an official capacity", but these words include a head of state. A single act of official torture is "torture" within the Convention; 2) Superior orders provide no defence; 3) If the states with the most obvious jurisdiction (the Article 5(1) states) do not seek to extradite, the state where the alleged torturer is found must prosecute or, apparently, extradite to another country, i.e. there is universal jurisdiction. 4) There is no express provision dealing with state immunity of heads of state, ambassadors or other officials. 5) Since Chile, Spain and the United Kingdom are all parties to the Convention, they are bound under treaty by its provisions whether or not such provisions would apply in the absence of treaty obligation. Chile ratified the Convention with effect from 30 October 1988 and the United Kingdom with effect from 8 December 1988.

Entretanto, remanesce um problema que parece ser muito mais conceitual do que relativo à conformação jurídica do princípio da jurisdição universal. É que a utilização dos conceitos subsidiariedade ou concorrência parecem indicar, para além de qualquer dúvida razoável, a necessidade de se dar prevalência ao Estado territorialmente competente para exercer a persecução penal, não podendo nenhum outro Estado intervir em assuntos de jurisdição interna, salvo a ocorrência de fatos que levem à impunidade fática dos autores dos delitos. Assim, pela regra *aut dedere aut iudicare*, o Estado territorialmente competente tem o dever jurídico-internacional de exercer a persecução penal ou, não o querendo ou não o podendo, extraditar o acusado para o Estado que se declare competente. Esta ideia resta evidenciada na própria decisão do Tribunal Constitucional da Espanha acima reportada: "La jurisdicción universal «no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad», aplicándose el principio de no necesidad de intervención cuando está actuando la jurisdicción territorial."

Assim, subsidiariedade e concorrência, longe de serem conceitos que se excluem na forma de uma *díade* ou/ou, se complementam na forma do *e/ou* da regra *aut dedere aut iudicare*. De fato, tanto uma como a outra excluem, de um lado, que os demais Estados intervenham em assuntos de jurisdição interna, e de outro afastam a possibilidade de "*che i giudici vindici fossero della sensibilità degli uomini*", para ficar no tópico de Baccaria, constituindo-se em duas possibilidades de regulação nacional pelos Estados no tema em questão.

O Direito Penal Internacional, por ser o Direito Penal da sociedade internacional³⁵¹, exige, como condição de concretização de suas finalidades preventivas, a atuação dos Estados em regime cooperativo. Como se tem dito de forma repetida ao longo desse trabalho, muito embora os fundamentos nos quais ele se assenta criem alternativas a possíveis omissões ou impossibilidades efetivas de levar a julgamento autores de crimes internacionais pelos Estados, mormente aqueles territorialmente competentes para o exercício da persecução penal, ele não é, ainda, um regime de implementação direta e automática que age apesar dos Estados. Em outros termos, o Direito Penal Internacional precisa se manifestar na sociedade internacional como um “[...] mécanique qui fonctionne en silence [...]”³⁵², provocando o menor estrépito possível nas relações entre Estados, de forma que, aquilo que hoje é sentido como uma exceção, se torne uma regra, a saber: a redução da impunidade fática dos autores de crimes internacionais.

Nesse sentido, Bassiouni aporta considerações realmente importantes para o desate da questão, mormente porque uma jurisdição universal de cariz absoluto põe em cheque a própria estabilidade das relações internacionais³⁵³:

Reduzido a seus fundamentos, o que motiva os estados em suas relações não são os valores duradouros que unem os seres humanos, mas os interesses cuja importância e oportunidade se encontram em fluxo constante. Assim, o traço dominante das relações interestatais caracteriza-se pelos interesses do Estado. No entanto, é evidente a partir da evolução das relações interestatais e internacionais desde a Segunda Guerra Mundial, até agora definido pelo conceito de Westfália de soberania e pelo conceito hegeliano de interesse do Estado, freado tanto pela prudência como pelo bom-senso, que tenha ocorrido uma mudança significativa. Isto é evidenciado por considerações dos valores comumente compartilhados que transcendem à busca unilateral e a preservação do poder e da riqueza que agora fazem parte da equação mundial.

[...]

[A] Experiência jurídica demonstra que a enunciação de direitos sem [os] concomitantes remédios são declarações de Pirro, e que os remédios sem aplicação são promessas vazias. No entanto, por mais moralmente atraentes que esses argumentos sobre os direitos humanos individuais e a sua aplicabilidade possam ser, ainda é necessário oferecer aos estados um incentivo para “comprar” o reconhecimento de tais direitos e sua aplicação. A necessidade de tal incentivo surge porque os resultados decorrentes de um sistema jurídico internacional, baseado no Estado de Direito, são suscetíveis de serem prejudiciais para os interesses do Estado, e pode constituir numa limitação à sua soberania, tal como decorrente do anterior sistema de Westfália que esta a minuar. [Para que] Os estados “comprem” o argumento, [este] deve necessariamente incluir os correspondentes interesses do Estado. O argumento fundamental desta proposição é que a proteção dos direitos humanos individuais, bem como dos direitos humanos coletivos, aumentam a paz e a segurança, reduz os conflitos nacionais, regionais e mundiais, e é, em última análise, mais econômico do que ter que se envolver em operações militares de intervenção humanitária, certamente por haver estados envolvidos em conflitos regionais. Em outras palavras, um argumento utilitarista sobre os direitos humanos que avança em sua reflexão sobre os interesses do Estado [*in other words, the argument advances the utilitarian side of human rights in its reflection on state interests*].

351 BARBOZA, *International Criminal Law...*, pp. 24-26.

352 WEIL, *Le Droit International en quête...*, p. 48.

353 BASSIOUNI, *The perennial conflict between international criminal justice and realpolitik...*, *passim*.

Assim, pode-se afirmar que a jurisdição universal institui-se por sobre os dois princípios, o da concorrência e o da subsidiariedade, restando a cada Estado, segundo os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, a conformação interna de referida jurisdição. Contudo, em caso de conflito jurisdicional, haverá prevalência da jurisdição penal do Estado territorialmente competente, que deverá exercer a persecução penal de conformidade com o seu ordenamento jurídico, ou extraditar o acusado para outro Estado que assim o requerer.

2.4 Os mandados internacionais de criminalização

Como foi visto no item relativo ao conceito da internacionalização do Direito Penal (item 1.2), embora os processos normogenéticos de criação de normas do Direito Penal nesse contexto estejam marcados por uma política criminal “aleatória e incoerente”,¹⁰ são as características comuns passíveis de serem encontradas nas mais de 276 convenções internacionais sobre o tema, em especial as seguintes: a) o reconhecimento expresso ou implícito de que a conduta proscrita constitui-se em um crime internacional; b) o reconhecimento implícito de que a natureza penal desse comportamento estabelece o dever de proibir, prevenir, exercer a persecução penal e punir os autores desses fatos, e c) a obrigação de tipificar internamente (*criminalization*) a conduta proscrita.

A primeira característica diz respeito, consoante já afirmado, ao conceito formal de crime internacional – próprios e impróprios -, isto é, todo comportamento humano a que uma norma internacional qualifica como ilícito de caráter penal; a segunda característica alude à criação de obrigações internacionais que estabelecem elementos comuns para a prevenção geral e especial em nível interno, mas também a cooperação internacional em matéria penal entre os Estados; já a terceira característica atine à possibilidade de que a fonte internacional estabeleça um mandado internacional de criminalização de comportamento.

Este tópico é extremamente relevante para o presente trabalho, na medida em que, como visto em linhas acima, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria extraditacional tem considerado que as persecuções realizadas na Argentina em face de ex-agentes do regime ditatorial vigente entre 1976-1983 a partir do tipo penal de desaparecimento forçado de pessoa, e que se encontrem em território nacional, podem ser extraditados, uma vez que o requisito da dupla tipicidade estaria satisfeito no tipo penal de

sequestro qualificado. Contudo, como se verá em tópico apropriado, existe uma relação de generalidade (sequestro)-especialidade (desaparecimento forçado) entre os tipos penais, o que, *per se*, basta para tornar legítima a extradição, operando, nesse caso, a subsidiariedade na forma do tipo penal de sequestro como elemento colmatador da lacuna típica no ordenamento nacional brasileiro, ao lado da natureza mitigada do contencioso em sede de extradição, nos termos do artigo 85, §1º da Lei 6.815/80³⁵⁴.

Pois bem, há de se entender por mandado internacional de criminalização os dispositivos expressos (mandado de criminalização direto) ou implícitos (mandado de criminalização indireto) contidos em um tratado internacional e que criam para o Estado a obrigação internacional de exercer sua jurisdição prescritiva (*prescriptive jurisdiction*), de forma que o comportamento internacionalmente proibido seja tipificado no ordenamento jurídico nacional segundo os seus princípios constitucionais, caso o crime seja atípico.

É importante destacar nesse tópico a diversidade conteudística de obrigações internacionais presentes nos inúmeros tratados internacionais em matéria penal no que atine à regulação das obrigações internacionais dos Estados, podendo, concretamente, haver ou não um mandado internacional de criminalização do comportamento.

Um estudo pormenorizado de alguns tratados internacionais em matéria penal será suficiente para demonstrar esta diversidade conteudística no concenente às características “b” e “c” supraindicadas. Primeiramente se exporará tratados que somente estabelecem obrigações do primeiro tipo - o reconhecimento implícito de que a natureza penal desse comportamento estabelece o dever de proibir, prevenir, exercer a persecução penal e punir os autores desses fatos -; em seguida tratados internacionais que jungem as duas obrigações.

Como afirmado preteritamente, a pirataria se constitui, historicamente, na primeira manifestação de crime internacional, tanto que o conceito de *hostis humani generi* utilizado para identificar aos piratas é hoje empregado em relação aos autores dos crimes internacionais mais graves perante o Direito Internacional, nomeadamente, os *core crimes*, formas graves de

354 Nesse sentido: Ementa: Direito Internacional Público. Extradição Instrutória. República Federal da Alemanha. Promessa de reciprocidade. Lavagem de dinheiro proveniente do tráfico de entorpecentes – art. 261, parágrafo 1, parágrafo 2 n°s 1 E 2, parágrafo 4º, DO Código Penal Alemão (StGB). Crime tipificado no art. 1º, inc. I, § 1º, inc. II, e § 4º, da Lei n° 9.613/98. Dupla tipicidade. Exame percuente dos fatos. Impossibilidade. Contenciosidade limitada. Inexistência de prescrição em ambos os ordenamentos jurídicos. Compromisso formal de detração do tempo de cumprimento de prisão preventiva no Brasil. Crime sem conotação política. Extradição Deferida. [...] 4. O exame percuente da alegação de que o paciente desconhece o fato que lhe é imputado, induzindo ao reconhecimento de sua inocência, extrapola os limites da contenciosidade limitada que rege o processo de extradição, à luz do § 1º do art. 85 da Lei n. 6.815/80 (A defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição). [...]. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradição 1300*, Relator Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 11/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 26/06/2013, PUBLIC 27/06/2013.

terrorismo internacional, dentre outros crimes. Ademais, se inicialmente a incriminação internacional tinha caráter consuetudinário, com a Convenção de Genebra sobre o Alto Mar³⁵⁵ (artigos 18-19) e a Convenção de Montego Bay (artigos 100-107), referido crime foi formalmente positivado no Direito Internacional. Com efeito, o artigo 19 da Convenção de Genebra tem a seguinte redação:

ARTIGO 19.º

Todo o Estado pode apreender ou capturar um navio ou aeronave pirata ou um navio capturado em seguida a atos de pirataria e que esteja em poder de piratas e prender as pessoas e apossar-se dos bens que se encontrem a bordo do dito navio ou aeronave, no alto mar ou em qualquer outro lugar fora da jurisdição de qualquer Estado. Os tribunais do Estado que efetuou a apreensão podem pronunciar-se sobre as penas a infligir, e bem assim sobre as medidas a tomar no que respeita aos navios, às aeronaves ou aos bens, reservados os direitos de terceiros pessoas de boa fé.

Por sua vez os artigos 101 e 105 da Convenção de Montego Bay, respectivamente, tipificam internacionalmente o crime de pirataria e estabelecem a competência persecutória dos Estados nos seguintes termos:

ARTIGO 101

Definição de pirataria

Constituem pirataria quaisquer dos seguintes atos:

a) todo ato ilícito de violência ou de detenção ou todo ato de depredação cometidos, para fins privados, pela tripulação ou pelos passageiros de um navio ou de uma aeronave privados, e dirigidos contra:

i) um navio ou uma aeronave em alto mar ou pessoas ou bens a bordo dos mesmos;

ii) um navio ou uma aeronave, pessoas ou bens em lugar não submetido à jurisdição de algum Estado;

b) todo ato de participação voluntária na utilização de um navio ou de uma aeronave, quando aquele que o pratica tenha conhecimento de fatos que dêem a esse navio ou a essa aeronave o caráter de navio ou aeronave pirata;

c) toda a ação que tenha por fim incitar ou ajudar intencionalmente a cometer um dos atos enunciados nas alíneas a) ou b).

[...]

ARTIGO 105

Apresamento de um navio ou aeronave pirata

Todo Estado pode apresiar, no alto mar ou em qualquer outro lugar não submetido à jurisdição de qualquer Estado, um navio ou aeronave pirata, ou um navio ou aeronave capturados por atos de pirataria e em poder dos piratas e prender as pessoas e apreender os bens que se encontrem a bordo desse navio ou dessa aeronave. Os tribunais do Estado que efetuou o apresamento podem decidir as penas a aplicar e as medidas a tomar no que se refere aos navios, às aeronaves ou aos bens sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé.

Verifica-se, pois, que apesar da tipificação internacional do crime de pirataria aérea ou marítima contida no artigo 101 da Convenção de Montego Bay, nem o seu artigo 105, nem a Convenção de Genebra preveem um mandado de tipificação, mas, antes, se utilizam da

355 Conforme registrado pela United Nations Treaty Collections, esta convenção internacional não foi ratificada pelo Brasil. Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-2&chapter=21&lang=en, acessado em 20.out. 2015.

redação comum, segundo a qual os “[...] tribunais do Estado que efetuou o apresamento podem decidir as penas a aplicar [...]”. Em outros termos, o crime de pirataria deverá ser sancionado de conformidade com o Direito Penal do Estado apresador, sem que, para tanto, se exija, internacionalmente, que ele o tipifique de forma autônoma em seu ordenamento nacional.

O mesmo ocorre no concernente ao crime de terrorismo. Com efeito, ao se analisar as diversas convenções universais (nomeadamente, Convenção para a Repressão do Apoderamento Ilícito de Aeronaves, Convenção para a Repressão de Atos Ilícito Contra a Segurança da Aviação Civil, Convenção sobre a Repressão e a Punição de Delitos Contra Pessoas Internacionalmente Protegidas, Inclusive Agentes Diplomáticos, Convenção Internacional Contra a Tomada de Reféns, Convenção Sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares, Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos que Prestam Serviços à Aviação Civil Internacional, Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos Contra a Segurança da Navegação Marítima, Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos Contra a Segurança das Plataformas Fixas Estabelecidas na Plataforma Continental, Convenção Internacional para a Repressão dos Atentados Terroristas Cometidos com Bombas, Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo e Convenção Internacional para a Repressão dos Atentados Terroristas Nucleares) e regionais (no contexto americano, Convenção Interamericana Contra o Terrorismo; no europeu a Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo, o Protocolo de Alteração à Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo e a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo) que inscriminam internacionalmente atos de terrorismo, o mais próximo que se chegou à formulação de um conceito legal de terrorismo é o contido no artigo 2, 1, a e b da Convenção sobre o Financiamento do Terrorismo, segundo o qual

Artigo 2

1. Qualquer pessoa estará cometendo um delito, em conformidade com o disposto na presente Convenção, quando, por qualquer meio, direta ou indiretamente, ilegal e intencionalmente, prover ou receber fundos com a intenção de empregá-los, ou ciente de que os mesmos serão empregados, no todo ou em parte, para levar a cabo:

- a) Um ato que constitua delito no âmbito de e conforme definido em um dos tratados relacionados no anexo; ou
- b) **Qualquer outro ato com intenção de causar a morte de ou lesões corporais graves a um civil, ou a qualquer outra pessoa que não participe ativamente das hostilidades em situação de conflito armado, quando o propósito do referido ato, por sua natureza e contexto, for intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de agir.** (grifamos)

Trata-se, como se pode perceber, de um tipo excessivamente aberto e que, por isso mesmo, não logrou amalgamar um acordo internacional em torno da tipificação autônoma do crime de terrorismo, pois

[...] um dos maiores problemas que se apresenta para a sua formulação, para além do óbvio problema de ordem política, é a dificuldade de se diferenciar o ato de seus efeitos, na medida em que os conceitos geralmente apresentados sempre tendem a se reportar mais aos efeitos imediatos (atentados, mortes, ferimento de pessoas, danos a patrimônio público e ou privado etc) e mediatos (incutissão do terror e de instabilidade política nos estados atingidos), do que propriamente à conduta, dificuldade que se faz bastante evidente na afirmação de **DE MEDEIROS**, que, tendo representado o Brasil [quando da discussão da] Convenção da OEA contra o Terrorismo, de 2002, propusera a adoção do seguinte conceito: “Para os fins da presente Convenção, considera-se terrorista todo ato ilícito e intencional, individual ou coletivo, cujo propósito seja gerar terror, intimidar a população ou obrigar governo ou organização internacional a fazer ou deixar de fazer algo”. A ideia mesmo de se aceitar um conceito foi rejeitado pela maioria dos estados presentes [...]”³⁵⁶.

Conforme Cassese, o principal problema que cerca a controvérsia sobre a tipificação autônoma do crime de terrorismo – e não só o de atos de terrorismo como é feito nas diversas convenções internacionais que regulam a matéria –, se subsume não no problema do que seja do ponto de vista fenomenológico o terrorismo, mas antes nos atos que não poderiam ser considerados como tal, isto é, nos atos que, embora símiles em seus efeitos, deveriam ser excepcionados à tipificação de terrorismo. Isto decorre, segundo o seu magistério, do fato de que os

[...] países do terceiro mundo afirmam de forma tenaz a ideia de que a noção de terrorismo não deve abranger os atos de violência perpetrados pelos *freedom fighters* [...], ou seja, os indivíduos e ou grupos que lutam pela realização do princípio da autodeterminação dos povos. [Já] Os países em via de desenvolvimento foram além num ponto fundamental: nenhum tratado poderia ser finalizado para incriminar [*vietare*] o terrorismo sem que primeiro sejam feitos estudos profundos [que] afastem as [suas] causas históricas, econômicas, sociais e políticas. O resultado é que até hoje, tanto entre os estudiosos como entre os diplomatas, continua a se acreditar na ideia de que os Estados não têm um acordo sobre a definição de terrorismo[, e que e]m razão da ausência de uma definição convencionalmente aceita decorreria a impossibilidade de [se] proceder a incriminação autônoma, em nível internacional, de referido fenômeno criminoso. Sustenta-se hoje que a comissão de atos de terrorismo somente representa um crime internacional se tais atos se adequarem entre aqueles expressa e especificamente proibidos por alguns [dos] tratados internacionais [...] O que equivale a afirmar que o terrorismo enquanto tal não é previsto pelo direito internacional consuetudinário como um crime autônomo³⁵⁷.

Contudo, mesmo que Cassese afirme a existência de norma consuetudinária a tipificar autonomamente o crime de terrorismo³⁵⁸, constituído por três elementos³⁵⁹, é certo que, de

356 DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Guerra ao terror: da biopolítica à bioguerra*, Porto Alegre: Fi, 2014, pp. 194-195.

357 CASSESE. *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale...*, pp. 162-163.

358 “Há, de fato, uma definição de terrorismo, e o fenômeno, como um todo, constitui-se em um crime [no] direito internacional consuetudinário em todos os aspectos”. CASSESE, *Lineamenti di diritto Internazionale penale...*, p. 163.

fato, o mesmo não existe, e nem os tratados internacionais que regem a matéria exigem que os Estados tipifiquem-no em seus ordenamentos jurídicos. Tanto isso é verdade, que a tipificação autônoma de formas graves de terrorismo internacional (nomeadamente, o terrorismo de Estado, o terrorismo na forma de crime de guerra e o terrorismo na forma de crime contra a humanidade) e a sua submissão à jurisdição material do Tribunal Penal Internacional foi rechaçada durante a Conferência de Roma³⁶⁰, mormente em razão da possibilidade de que tal ato ensejasse uma excessiva politização do tribunal, ao lado, como visto, da inexistência de um consenso acerca de um conceito que amalgamasse a todos os Estados.

Doutro giro, afirmar a inexistência de um mandado internacional de criminalização do crime de terrorismo não significa que os diversos tratados internacionais sobre a matéria não contenham referida modalidade obrigacional no que concerne à constituição de obrigação internacional de criminalizar internamente a determinados atos de terrorismo, como, *e.g.*, o disposto no artigo 5 da Convenção Internacional para a Repressão de Atos de Terrorismo Nuclear, o artigo 4, a da Convenção Internacional para a Repressão dos Atentados Terroristas Cometidos com Bombas e o artigo 4, a da Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo.

Com isso, parece ser claro que o regime de cooperação internacional em matéria penal nem sempre pressupõe, como condição necessária de sua concretização, que ocorra a tipificação interna de um determinado comportamento, bastando, nesse sentido, que o Estado territorial ou extraterritorialmente competente exerça a persecução penal de conformidade com os tipos penais adequados, do ponto de vista da estrita legalidade em direito penal, existentes em seu ordenamento jurídico.

Doutro giro, entretanto, são vários os tratados internacionais em matéria penal que contêm mandados internacionais de criminalização de comportamento, sejam eles expressos ou implícitos.

Esta última modalidade pode ser identificada pelas diversas disposições contidas em preâmbulos ou em dispositivos normativos de tratados internacionais nos quais os Estados

359 “A existência do crime de terrorismo parece exigir a necessidade de três elementos: 1) os atos realizados devem se constituir em atos penalmente relevantes para a maior parte dos sistemas jurídicos nacionais (por exemplo, homicídio, sequestro, extorsão, tortura etc); 2) eles devem ser realizados para coagir um governo, uma organização internacional ou um ente não estatal de caráter multinacional; referida coerção deve suscitar ou difundir na população o terror (ou seja, medo e intimidação) pelo uso ou ameaça de ação violenta diretamente contra um Estado ou uma organização internacional ou multinacional (por exemplo, mediante assalto ou ameaçando de assaltar o Banco Central, um ministério, uma embaixada, inclusive sequestrando o chefe de governo ou o presidente de uma multinacional); 3) tais atos devem ser cometidos por motivações políticas, religiosas ou mesmo ideológicas; isto é, não devem ser motivados pela finalidade de lucro ou interesses privados.” CASSESE, *Lineamenti di Diritto Penale Internazionale...*, p. 167.
360 CASSESE, *Lineamento di Diritto Penale Internazionale...*, pp. 167-168.

negociadores fazem constar cláusula de caráter programático, pela qual concitam aos Estados a legislarem internamente para, segundo os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, tipificar o crime.

O primeiro exemplo é o constante no artigo 5º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, segundo o qual

“As Partes Contratantes obrigam-se a adotar, de acordo com as suas Constituições respectivas, as medidas legislativas necessárias para assegurar a aplicação das disposições da presente Convenção e, especialmente, prever as sanções penais eficazes que recaiam sobre as pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos atos enumerados no artigo 3º”.

Conforme afirma Schabas³⁶¹,

[O] Genocídio pode ser processado por tribunais internacionais ou nacionais. A preferência do direito internacional [em relação a esta] última pode ser visto na decisão dos redatores da Convenção ao estabelecer a obrigação de reprimir o genocídio sem, ao mesmo tempo, criar uma jurisdição internacional, embora tal possibilidade tenha sido certamente contemplada e, na verdade, esperada em algum momento no futuro.

[...]

[O] Artigo V da Convenção sobre Genocídio exige que os Estados implementem suas obrigações no direito interno, especificamente, exercendo o julgamento e [a] punição dos responsáveis pelo crime.

[...]

De acordo com o Artigo V [...]. A necessidade de tal disposição tinha sido prevista por Raphael Lemkin no *Axis Rule in Occupied Europe*. "Um tratado internacional multilateral deve prever a introdução, não só na Constituição, mas também no código penal de cada país, de disposições que protejam os grupos minoritários da opressão por causa de sua nacionalidade, religião ou raça", escreveu Lemkin. "Cada código penal deve ter disposições [para impor] sanções para práticas genocidas".

Embora Lemkin tenha defendido a constitucionalização e a internalização em normas penais da proibição do crime de genocídio, o que fora, inclusive, acatado pelos redatores do primeiro anteprojeto³⁶², referida obrigação internacional, quando posta em discussão entre os Estados, foi rechaçada pelos Estados Unidos da América sob a alegação de que, devido a seu sistema federativo, o mandado de criminalização criaria dificuldades para ser cumprido, pelo que propôs uma regulação internacional de caráter mais vago, enquanto que a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas propôs que a redação explicitasse de forma pormenorizada

361 SCHABAS, *Genocide in International Law...*, pp. 400-401.

362 O artigo VI do anteprojeto tinha o seguinte conteúdo: "The High Contracting Parties shall make provision in their municipal law for acts of genocide as defined by Articles I, II, and III, above, and for their effective punishment". Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide - the Secretariat and Ad Hoc Committee Drafts. Secretariat Draft First Draft of the Genocide Convention, Prepared by the UN Secretariat, [May] 1947 [UN Doc. E/447], disponível em <http://www.preventgenocide.org/law/convention/drafts/>, acessado em 20.jan. 2015.

as formas de cumprimento da obrigação pactuada³⁶³. Ao final das rodadas de discussão e negociação, a proposta estadunidense prevaleceu, pois, conforme Schabas, a necessidade de um mandado internacional de criminalização expresso seria supérflua em razão das especificidades do crime de genocídio, bastando a sua formalização de forma implícita, e que segundo o relator especial do projeto da convenção – Nicodème Ruhashyankiko, “[...] era compatível com a prática já estabelecida para convenções em matéria de Direito Penal”³⁶⁴. A questão central, portanto, é a seguinte: seria possível exercer-se a persecução penal do crime de genocídio em nível interno sem que se procedesse à sua tipificação autônoma? Este questionamento é importante porque, no contexto brasileiro, a discussão sobre a matéria opôs, em pólos distintos, dois de seus maiores penalistas.

Com efeito, com a ratificação pelo Brasil da Convenção sobre Genocídio através do Decreto 30.822, de 06 de maio de 1952, referido crime foi tipificado no ordenamento nacional através da Lei 2.886, de 01 de outubro de 1956³⁶⁵, cujo projeto de lei fora proposto pelo Deputado Federal Adroaldo Costa em 1951, logo após a ratificação congressual da convenção pelo Decreto Legislativo n. 02/49³⁶⁶, lei esta que, segundo as lições de Fragoso, é extremamente defeituosa sob a perspectiva da técnica legislativa, já que opera a cominação sancionatória de forma mediata, isto é, “[...] reproduz, em seu art. 1º, as cinco hipóteses de ação delituosa prevista no art. 2º da convenção. Ao invés de cominar penas determinadas, manda a lei aplicar às diversas figuras de delito, respectivamente, as penas previstas nos arts. 121, §2º, 129, §2º, 270, 125 e 148 do CP”³⁶⁷. Doutro passo, ao identificar o bem jurídico penalmente tutelado, recusa a possibilidade de se tipificar o genocídio como uma espécie de crime contra a pessoa, na medida em que todas

[...] as ações que configuram o crime de genocídio não se dirigem, em primeira linha, contra a vida do indivíduo, mas sim contra grupos de pessoas, na sua totalidade. Como bem jurídico tutelado surge, portanto, a vida em comum dos grupos de homens, na comunidade dos povos, em primeiro plano. Como diz MAURACH, § 48, II A, o bem jurídico tutelado no crime de genocídio reside em ideais humanitários: o entendimento de que todos os povos e grupos de pessoas, na obstante suas diferenças, têm pretensão ao reconhecimento de sua dignidade

363 SCHABAS, *Genocide in International Law...*, p. 401-402.

364 SCHABAS, *Genocide in International Law...*, p. 403.

365 A Lei 2.886/56 não é a única norma penal a sancionar o crime de genocídio no ordenamento jurídico brasileiro, pois a ela se soma o disposto nos artigos 208 (genocídio em tempo de paz) e 401 e 402 (genocídio em tempo de guerra) do Código Penal Militar, que infelizmente reproduz o equívoco de alocar o crime de genocídio entre os crimes contra a pessoa, bem como o artigo 17, parágrafo único da Lei 9263/96, que pune na modalidade de genocídio a instigação ou o induzimento à prática de esterilização cirúrgica contra coletividades.

366 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Lei n. 2.889*, de 1º de outubro de 1956, dossiê consolidado http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87E7D75264E663555EFF402F4E365D1A.proposicoesWeb2?codteor=1221406&filename=Dossie+-PL+249/1951, acessado em 03.nov. 2015.

367 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Genocídio, *Revista de Direito Penal* n. 09/10, Rio de Janeiro/São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 30.

humana e existência. Não se trata, pois, de considerar a humanidade como bem jurídico, mas, sim, de identificar valores particularmente dignos de proteção jurídica no respeito humano de pessoas que integram certos grupos que de outros se destacam apenas por sua nacionalidade, raça ou religião.³⁶⁸

Esta crítica formulada por Fragoso teve sua razão de ser não a Lei 2.886, mas no anteprojeto de Código Penal formulado por Hungria, a quem fora incumbido dito mister em 1961³⁶⁹. Com a sua publicação em 1963, iniciou-se ampla discussão, tendo Fragoso sido nomeado pela Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do então Estado da Guanabara para formular parecer em nome da instituição, e depois, em diversas circunstâncias particularmente desafortunadas para o Direito Penal brasileiro, como membro da Comissão de elaboração daquilo que viria a ser o Código Penal de 1969. Nesse contexto, Fragoso aponta o equívoco presente no anteprojeto, que ao regular o crime de genocídio, fê-lo alocando-o como espécie de crimes contra a pessoa, pelo que ele asseverou, com muita propriedade, que a

[...] inclusão do genocídio entre os crimes contra a pessoa constitui, a nosso ver, um dos equívocos mais graves, e, também mais evidentes, do anteprojeto. Desde que a designação foi inventada, desde logo com grande sucesso, por LEMKIN, serviu para designar vários atos dirigidos intencionalmente à destruição de um grupo humano. Isso está dito no próprio art. 2º da convenção de 9 de dezembro de 1948: “Na presente convenção, entende-se por genocídio qualquer dos atos que a seguir serão determinados, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.”

O que caracteriza o genocídio, precisamente, é sua projeção no campo internacional e sua transcendência ao simples quadro do homicídio, como crime contra a pessoa. Nesse sentido é unânime a opinião dos autores.

Dentro de um Código penal, a única possível classificação desses crimes, seria num título especial, à semelhança do que faz o Código Iugoslavo, que os inclui sob a rubrica *Ações puníveis contra a humanidade e o direito das gentes* (art. 124). O projeto alemão de 1960 seguiu também esse critério, classificando o genocídio num título especial: *Straftaten gegen die Voelkergemeinschaft*.

Essa seria a única possível solução técnica. O genocídio já é, entre nós, punível por lei especial, com a qual o Brasil ratificou a convenção internacional. A natureza dessa espécie de fatos puníveis aconselha claramente que o código penal não se ocupe desses crimes. Pensamos que o artigo 128 do anteprojeto deve ser pura e simplesmente suprimido³⁷⁰.

Apesar de todas as críticas levantadas pela doutrina especializada ao referido anteprojeto, com o golpe civil-militar de 1964 iniciou-se, conforme indicado por Dotti, um açodamento e urgência incompatíveis com a elaboração de um Código Penal, mas que, apesar disso e de todos os défices técnicos do anteprojeto Hungria, foi promulgado através do Decreto-Lei 1.004, de 21 de outubro de 1969, editado pela Junta Militar que assomou ao

368 FRAGOSO, Genocídio..., pp. 31-32.

369 DOTTI, René Ariel. Os Caminhos da Reforma e o Direito a Constituir, *Revista de Informação Legislativa*, a. 15, n. 59 jul/set, Brasília, 1978, pp. 37-52; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Subsídios para a História do Novo Código Penal, *Revista de Direito Penal* n. 3, Rio de Janeiro: Borsoi, jul/set 1971, pp. 7-12.

370 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *A Reforma da Legislação III*, disponível em http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo48.pdf, acessado em 20.mai. 2013.

poder logo após a morte do General Costa e Silva³⁷¹. Este dado é importante porque, conforme se pode verificar do disposto no artigo 131 do Código Penal de 19/69, o crime de genocídio, apesar de sua especificidade e das críticas irresponsáveis de Fragoso, foi tipificado como espécie de crime contra a pessoa³⁷², e não tivesse aquela norma tido a sua entrada em vigor adiada de forma reiterada até a sua efetiva revogação pela Lei 6.578/78³⁷³, teria o Brasil dado novamente um tratamento claramente incompatível em nível interno a referido delito.

Assim, a única resposta possível ao mandado de criminalização indireto contido no artigo V da Convenção sobre Genocídio é a de que os Estados signatários devem, em cumprimento de suas obrigações internacionais, tipificá-lo como crime autônomo, sendo, do ponto de vista da ciência jurídico-penal, tecnicamente falha a sua persecução através dos crimes contra a pessoa.

Um segundo exemplo de mandado de criminalização indireta é o contido no preâmbulo do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, segundo o qual

371 “Os trabalhos iniciados em janeiro de 1964 foram interrompidos em consequência dos fatos políticos de março daquele ano. O Professor Roberto Lyra – autor do anteprojeto de Código das Execuções Penais – negou-se a permanecer na comissão, afirmando “estar convencido de que uma obra de tanto magnitude científica e de tanta delicadeza técnica não deve sobrecarregar e desviar, nesta hora, um parlamento ressentido e emprazado” [...] as graves dificuldades políticas e institucionais que acometiam o Brasil vieram novamente prejudicar os trabalhos de revisão. Com o passar do tempo, além do desânimo que envolveu os membros da comissão, foram sentidas falhas do projeto, como revelou Heleno Fragoso [...] que, no mês de janeiro de 1969, recebeu comunicação de Nelson Hungria dando conta de que o Ministro da Justiça, agora o Professor Gama e Silva, manifestara o interesse em editar com urgência o novo Código Penal, através de decreto em face do recesso do Congresso Nacional, determinado pelo Ato Institucional nº 5. Os originais do projeto [...] haviam sido encaminhados por Nelson Hungria ao Ministério da Justiça [...] com a recomendação de que a exposição de motivos fosse elaborada por Heleno Fragoso. Este ponderou ao funcionário [...] que o projeto não tinha condições de ser promulgado e que receberia com agrado a honrosa incumbência, se fosse possível um reexame detalhado do texto [...] Frente a insistência de Heleno Fragoso em reexaminar o projeto, foi ele desligado da incumbência mediante simples aviso telefônico [...] O que se sucedeu nos meses seguintes foi, a um só tempo, singular e surpreendente em matéria tão relevante para o interesse nacional: o aqodamento que informou os trabalhos de coordenação geral da reforma dos códigos, a cargo do professor Alfredo Buzaid [...] a urgência era a palavra de ordem ditada à elaboração final do diploma que não contou com nenhuma alteração na parte especial [...] Em 21 de outubro de 1969, veio o Decreto-lei nº 1.004, baixado pela Junta Militar promulgando o Código que deveria entrar em vigor em 1º de janeiro de 1970”. DOTTI, Os Caminhos da Reforma e o Direito a Constituir..., pp. 39-40.

372 A parte especial do Código Penal de 1969 se iniciava com o título I – Dos crimes contra a pessoa, dividido em 6 capítulos. O 1º, do artigo 121 a 130, tipificavam os crimes contra a vida, e o 2º especificamente do crime de genocídio, que continha a seguinte redação: “DO GENOCÍDIO Genocídio: Art. 131. Matar membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou pertencente a determinada raça, com o fim de destruição total ou parcial desse grupo: Casos Assimilados Pena - reclusão, de quinze a trinta anos. § 1º Será punido com reclusão, de quatro a quinze anos, quem, com o mesmo fim: I - inflige lesões graves a membros do grupo; II - submete o grupo a condições de existência, físicas ou morais, capazes de ocasionar a eliminação de todos os seus membros ou parte deles; III - força o grupo à sua dispersão; IV - impõe medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; V - efetua coativamente a transferência de crianças do grupo para outro grupo. Aumento de pena § 2º A pena é aumentada de um terço, se o crime é praticado por governante ou mediante determinação deste”.

373 Nomeadamente, a Lei nº 5.571/69 que adiou a vigência para 1º/08/1970, a Lei nº 5.597/70 que o fez para 1º/01/72, a Lei nº 5749/71, que o fez para 1º/01/73, a Lei nº 6016/73, que, ao lado de várias alterações na parte geral e especial, adiou a vigência para 1º/06/74, a Lei nº 6063/74 que criou causa suspensiva de vigência para quando da entrada em vigor do código de processo penal, cujo projeto originário fora elaborado por Hélio Tomaghi, e a Lei 6578/78 que expressamente o revogou.

Os Estados Partes no presente Estatuto.

Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante,

Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade,

Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade,

Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional,

Decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes,

Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais,

Reafirmando os Objetivos e Princípios consignados na Carta das Nações Unidas e, em particular, que todos os Estados se devem abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força, contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de atuar por qualquer outra forma incompatível com os Objetivos das Nações Unidas,

Salientando, a este propósito, que nada no presente Estatuto deverá ser entendido como autorizando qualquer Estado Parte a intervir em um conflito armado ou nos assuntos internos de qualquer Estado,

Determinados em perseguir este objetivo e no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto,

Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais,

Decididos a garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional,

Convieram no seguinte (grifamos).

Como se pode verificar, a única afirmação presente no Estatuto do Tribunal Penal Internacional que poderia ser assimilada a um mandado internacional de tipificação interna está contida nas duas cláusulas assinaladas, segundo as quais: a) os crimes internacionais, por serem extremamente graves e atentarem não somente contra os indivíduos, mas contra a própria comunidade internacional no seu conjunto, devem ser reprimidos por todos os Estado mediante a “[...] adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional”, e b) a primazia da jurisdição nacional sobre a internacional na persecução criminal dos responsáveis por crimes internacionais, remanescendo quer a jurisdição universal quer a do Tribunal Penal Internacional na forma subsidiária em atenção ao princípio da territorialidade e da não intervenção em assuntos de jurisdição interna.

O problema que remanesce é: os Estados estão obrigados, internacionalmente, a tipificarem os crimes internacionais próprios em seus respectivos ordenamento jurídicos não a partir dos diversos tratados e costumes internacionais que direta ou indiretamente os

tipificam³⁷⁴, mas das disposições contidas no próprio Estatuto do Tribunal Penal Internacional?

Num primeiro momento, a conformação dada ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional na Conferência de Roma parece ilidir a necessidade de que os Estados Partes tipifiquem em seus ordenamento jurídicos os tipos penais nele previstos, bastando, nesse sentido, que eles exerçam a sua jurisdição penal. Geiger, ao comentar o projeto de lei que viria a ser sancionado na Alemanha através do Código Penal Internacional Alemão (*Völkerstrafgesetzbuch*)³⁷⁵, cujo anteprojeto fora elaborado por uma comissão de renomados professores de direito penal alemães³⁷⁶, afirmava que³⁷⁷

“[...] não há um compromisso internacional para a criação do Código Penal Internacional (VStG) e os fatos puníveis de que trata o Código Penal Internacional, a saber os crimes mais graves contra o Direito internacional humanitário, em essencial, já estão sujeitos à persecução pelo Direito Penal comum existente”.

No mesmo sentido seguem as interpretações de Alflen da Silva, para quem, o “[...] Estatuto de Roma não estabelece nenhuma determinação que imponha a realização desta transposição [...]” sendo que isso decorria, doutro passo, “[...] do fato de que é a melhor forma de fazer subsistir a tarefa primária dos Estados Partes de promover a persecução dos fatos puníveis mais graves contra o Direito Internacional”³⁷⁸, e as de Werle e Nerlich, segundo o quais³⁷⁹

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional não obriga expressamente os Estados-Partes a transpor o Direito Penal material nele regulado ao Direito interno do Estado. Entretanto, corresponde ao espírito e ao plano do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o fato de colocar os Estados na posição de poder punir os crimes contra o Direito internacional, do mesmo modo que o próprio Tribunal Penal Internacional.

374 V.g., como visto, os crimes de genocídio, tortura, desaparecimento forçado de pessoa são regulados por tratados internacionais específicos; já o crimes de guerra têm o seu fundamento nas leis e costumes de guerra derivados do Direito Internacional Humanitário. O Brasil ratificou as quatro Convenções de Genebra de 1949, através do Decreto 42.121, de 21/08/57; os Protocolos I e II de 1977 foram ratificados através do Decreto 849, de 25/06/93, e o III Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Adoção de Emblema Distintivo Adicional, por meio do Decreto nº 7.196, de 1º/06/2010.

375 *Völkerstrafgesetzbuch*.

376 Nomeadamente, Kai Ambos, Horst Fischer, Claus Kreß, Thomas Weigend, Andreas Zimmermann e Gerhard Werle. DA SILVA, Pablo R. Alflen. *O Tribunal Penal Internacional: antecedentes históricos e o novo código penal internacional alemão*, in KREß, Claus et al. *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo código penal internacional alemão*, org. e trad. Pablo R. Alflen da Silva, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 39.

377 GEIGER, Hansjörg. *O Tribunal Penal Internacional e os aspectos do novo Código Penal Internacional alemão*, in KREß et al, *Tribunal Penal Internacional*..., p. 78.

378 ALFLEN DA SILVA, *O Tribunal Penal Internacional*..., p. 40.

379 WERLE, Gerhard, NERLICH, Volker. *A punibilidade dos crimes de guerra de acordo com o direito Alemão*, in KREß et al, *Tribunal Penal Internacional*..., p. 92.

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, Japiassu e Rosa Adriano³⁸⁰ afirmam que

O Estatuto de Roma não impõe de forma expressa que os Estados Partes devam promover alterações em suas legislações internas para então adaptar-se a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Como exceção a esta não imposição é possível citar a previsão do Artigo 70 (4) (a), que determina que os Estados Partes tornarão suas normas penais de direito interno, relativas aos crimes contra a administração da justiça extensivas aos delitos contra o Tribunal Penal Internacional. Entretanto, afirma-se que, implicitamente, o Estatuto de Roma contém disposições que impulsionam os Estados Partes a rever e, caso necessário, adequar suas legislações ao TPI. Primeiramente, ao prever o princípio da complementaridade, o referido Estatuto estabelece que a jurisdição do TPI terá lugar somente quando faltar, aos Estados, capacidade ou vontade de perseguir e punir penalmente os criminosos. Esta ausência de capacidade pode ser traduzida em ausência de normatividade adequada para a punição dos crimes internacionais. Desta forma, o Estado Parte que não criminaliza tais condutas internamente, esta obrigado de fato a adaptar sua legislação nacional ao Estatuto de Roma. Em segundo lugar, consta do Estatuto previsão de que os Estados Partes possuem a obrigação de cooperar integralmente com o Tribunal Penal Internacional visando o exercício regular da investigação e do processo (Artigos 86 e seguintes). Sendo assim, os Estados devem inserir em suas legislações internas a regulamentação dos procedimentos de cooperação penal presentes no Estatuto de Roma, devendo encontrar-se legalmente preparados para cooperar. A implementação do Estatuto de Roma nos ordenamentos jurídicos internos pode se dar de forma limitada, contemplando-se apenas as normas que tratam da administração da justiça do TPI e do regime processual de cooperação com a Corte, ou de forma completa, internalizando-se o Estatuto de Roma em sua totalidade.

Assim, e tendo por ponto de ancoragem a regra geral de interpretação dos tratados internacionais prevista no artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969³⁸¹, a única resposta possível àquelas cláusulas genéricas contidas no preâmbulo do Estatuto do Tribunal Penal Internacional é a de que os Estados devem, segundo os seus princípios constitucionais, adequar os seus ordenamentos jurídicos ao direito material contido no Estatuto de Roma, isto é, devem tipificar os tipos penais consistentes nos crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio tendo como parâmetro os princípios e

380 JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano, ROSA ADRIANO, Alexandra. O Tribunal Penal Internacional: dificuldades para sua implementação no Brasil, *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, vol. 10, Rio de Janeiro, 2005, pp. 107-128.

381 “Artigo 31 Regra Geral de Interpretação 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes”.

regras derivadas do Direito Penal Internacional³⁸², principalmente porque, como afirmado por Geiger, este dever permite

[...] compreender melhor o injusto específico dos crimes contra o Direito internacional e de preencher as lacunas. Na verdade, os atos isolados dos crimes contra o Direito internacional como o homicídio, a violação sexual ou a tortura já estão sujeitos à persecução pelo Direito penal comum. Porém isso não permite considerar de maneira específica o conteúdo real do injusto internacional – como, por exemplo, a relação funcional do ato com um ataque amplo ou sistemático contra a população civil, que é constitutiva dos crimes contra a humanidade [...] Em segundo lugar, a normatização em um trabalho próprio de regulamentação deve exigir a clareza e a aplicabilidade do direito na praxis. Em terceiro lugar, em relação à complementariedade da competência da persecução do Tribunal Penal Internacional serve a regulamentação autônoma de, na dúvida, assegurar a liberdade, o que sempre esteve vigente na Alemanha mesmo ao promover a persecução de um crime submetido à competência do Tribunal Penal Internacional. Finalmente – e esta finalidade é particularmente importante – deve ser protegido o Direito internacional humanitário através da criação de um respectivo trabalho de regulamentação nacional e deve-se contribuir com a sua propagação [...].

Em outros termos, determinadas particularidades – *e.g.* o crime de guerra consistente no recrutamento militar de menores de quinze anos (artigo 8, 2 b, xxvi Estatuto do Tribunal Penal Internacional)³⁸³ – ou mesmo especificidades dos crimes internacionais próprios – os elementos da decisão política e contextual do ataque geral ou sistemático à população civil no caso dos crimes contra a humanidade (artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional), e que podem ser executados não somente por órgãos do Estado, mas por grupos paramilitares³⁸⁴ – exigem dos Estados Partes o dever de adequação de suas normas repressivas

382 A nós nos parece que enquanto não ocorrer, de fato, a tipificação internacional do crime de agressão, os Estados não estão obrigados internacionalmente a tipificá-lo em seus ordenamentos jurídicos.

383 “Artículo 8 2) b) xxvi) - Crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños en las fuerzas armadas - Elementos 1. Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en las fuerzas armadas nacionales o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades. 2. Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años. 3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años. 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él. 5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”. É interessante notar que a expressão “crianças”, no ordenamento jurídico brasileiro, abarca somente as pessoas até 12 anos de idade incompletos (artigo 2 do Estatuto da Criança e do Adolescente), sendo, nesse sentido menos protetiva do que a previsão contida no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e no Regulamento dos Elementos dos Crimes do Tribunal Penal Internacional.

384 Nesse sentido, a introdução ao artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional explicitado no Regulamento dos Elementos dos Crimes do Tribunal Penal Internacional, itens 2 e 3: “2. Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole. 3. Por “ataque contra una población civil” en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la “política de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”.

às normas materiais presentes no Estatuto em razão de isso permitir, de um lado, a harmonização normativa entre as instâncias de persecução e cooperação penal internacional, e de outro ensejar, em atenção ao princípio da legalidade em Direito Penal, a imputação de responsabilidade penal ao agente ativo do delito a pena correspondente à reprovabilidade de que se revestem os crimes internacionais. Em outros termos, punir-se em razão do “conteúdo específico do injusto do ato”³⁸⁵.

Por fim, resta a hipótese dos chamados mandados internacionais de criminalização diretos, isto é, as cláusulas convencionais que criam expressamente para os Estados a obrigação internacional de tipificarem internamente o crime internacional.

Diversamente, portanto, das hipóteses anteriores, os mandados expressos se constituem em cláusulas convencionais pactuadas pelos Estados que devem ser cumpridas, *ex vi* do artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969, de boa-fé³⁸⁶. Em outros, por ocorrer à hipótese a incidência do princípio *pacta sunt servanda* – que é o princípio fundamental não só da Convenção, mas do direito convencional em geral³⁸⁷ -, surgem, para os Estados Partes, três subprincípios derivados do *pacta sunt servanda*:

O primeiro é de natureza contratual e que pode ser encontrado no tratado particular que as partes tenham concluído [...] [bem como no] princípio *do ut des* [e no] interesse mútuo de que todos os Estados têm em manter as relações de direitos e obrigações contidas no tratado [...] O segundo fundamento legal, [a] igualdade contratual, é que a própria Convenção por seu artigo 26 obriga a todos os Estados Partes a cumprir com as suas obrigações convencionais. O terceiro fundamento legal é a regra consuetudinária subjacente *pacta sunt servanda* (Incidentalmente, [o princípio] *consuetudo et servanda* aplica-se a todos aqueles tratados que pelo artigo 26 contenham normas declaratórias de direito consuetudinário).³⁸⁸

O importante desse princípio para o presente caso se assenta sobre dois fundamentos: a) os tratados internacionais em matéria penal, por não expressarem interesses particulares dos Estados, mas coletivos, vale dizer, a proteção a princípios e interesses comuns à sociedade internacional, objetivam criar pelos mandados expressos de criminalização senão um direito uniforme, pelo menos uma base comum para a incriminação dos comportamentos através da uniformização e/ou harmonização; e b) por ter uma base convencional, as únicas formas que os Estados Partes teriam para se eximir da obrigação convencional assumida³⁸⁹ se daria

385 WERLE, NERLICH, *A punibilidade dos crimes de guerra de acordo com o direito alemão...*, p. 90.

386 “Artigo 26 - Pacta sunt servanda: Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

387 VILLIGER, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, p. 365.

388 VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...*, p. 366.

389 As formas usuais de assunção de uma obrigação convencional se dão, conforme o artigo 2, 1, “b” da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969, através da “ratificação”, “aceitação”,

através da apresentação de reserva³⁹⁰, da não ratificação ou não adesão, da apresentação de uma declaração unilateral interpretativa³⁹¹ ou, posteriormente à ratificação ou adesão, a apresentação de denúncia do tratado internacional. Tendo o Estado em particular se abstraído de tomar qualquer uma dessas providências, e estando o tratado internacional em vigor, ele deverá cumprir de boa-fé a obrigação internacional, cuja significação se desdobra, de um lado, na comprovação de que o Estado aceitou livremente a obrigação internacional, e de outro lado que ele tomará todas as medidas necessárias para dar-lhe fiel cumprimento³⁹².

Entretanto, é importante frisar o fato de que determinados tratados internacionais em matéria penal, mormente aqueles pertinentes aos crimes internacionais próprios, não admitem que os Estados se eximam de seus deveres internacionais de prevenção geral e especial em razão de estes crimes expressarem regras de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, cuja base de incriminação internacional não se funda somente nas convenções, mas em normas consuetudinárias e nos princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

Este fundamento superior da incriminação internacional restou perfeitamente evidenciado em duas decisões da Corte Internacional de Justiça. Como visto em linhas acima, no caso *Bélgica v. Senegal*, a Corte decidiu que este Estado tinha a obrigação internacional de instaurar o procedimento penal em face do ex-Presidente Chade em razão das acusações que contra ele pesavam de, durante o seu mandato, haver instituído um regime de terror contra opositores políticos mediante a prática sistemática, dentre outros crimes, de tortura, mormente por ser um crime internacional que é duplamente revestido de obrigação *erga omnes* e de *jus cogens* no contexto do direito internacional costumeiro³⁹³. Em outras palavras, a obrigação

“aprovação” e “adesão”[e que] significam, conforme o caso, o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado”.

390 Conforme disposto no artigo 2, 1, “d” da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969: “reserva” significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”.

391 A possibilidade de que os Estados no ato da assinatura, da ratificação ou adesão, conforme o caso, apresentem uma declaração unilateral interpretativa acerca de uma cláusula convencional específica deve ser interpretada, consoante o princípio da boa-fé e do princípio geral contido no artigo 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969 (Obrigação de Não Frustrar o Objeto e Finalidade de um Tratado antes de sua Entrada em Vigor) como um ato lícito somente na hipótese de essa interpretação não ser incompatível com o objeto e ou finalidade do tratado internacional. V.g., um tratado internacional em matéria penal que preveja um mandado expresso de criminalização, será facultado ao Estado apresentar uma declaração unilateral asseverando que exercerá a persecução penal na forma de sua legislação penal, sem que, portanto, seja necessária a tipificação interna do crime previsto na convenção.

392 VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...*, p. 48.

393 “In the Court’s opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*). That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the *opinio juris* of States. It appears in numerous international instruments of universal application (in particular the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims; the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966; General Assembly resolution

internacional de persecução penal em face da prática de tortura não deriva só da convenção, mas do conjunto de normas do direito internacional que lhe dão suporte jurídico.

Em decisão mais próxima ao surgimento daquilo que em linhas acima se identificou como Sistema da Carta, a Corte Internacional de Justiça exarou, em 28 de maio de 1951, a pedido da Assembleia Geral das Nações Unidas ³⁹⁴, o Parecer Consultivo acerca das Reservas à Convenção sobre o Genocídio. O diferendo que suscitou a consulta decorreu de três circunstâncias importantes: a) primeiro, a Convenção sobre Genocídio é multilateral. Em caso tal, se a cada Estado é lícito apresentar uma reserva, da mesma forma é lícito aos demais Estados discordar de referida ação, podendo, inclusive, considerar que o Estado formulador da reserva, em razão de sua incompatibilidade ou extensão, não é parte do tratado internacional; b) segundo, a Convenção não trata, especificamente, sobre a possibilidade de apresentação de reserva, devendo-se, pois, perquirir, em relação à matéria regulada bem como em face dos princípios de direito internacional aplicáveis, se ela seria admissível; e c) por fim, em razão de seu manifesto conteúdo normativo, e não contratual, pelo qual a sociedade internacional, ainda horrorizada com aquilo que Arendt denominou de “fábricas da morte em massa”³⁹⁵ para se referir ao genocídio, dentre outros, do povo judeu durante a Segunda Grande Guerra Mundial, buscou instituir uma norma indiscriminadora internacional de prevenção e repressão à prática desse delito, pelo que restou necessário aferir o efeito concreto de uma reserva à Convenção.

Para o presente contexto, destacaremos três pontos importantes do parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça. O primeiro diz respeito à liceidade da formulação de reservar à Convenção posto que, salvo disposição em sentido contrário³⁹⁶, os Estados têm a

3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), and it has been introduced into the domestic law of almost all States ; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora.” CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium vs. Senegal)*.... p. 39.

394 O parecer foi exarado segundo os seguintes problemas apresentados pela Assembleia Geral das Nações Unidas: “No que respeita às reservas á Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, na hipótese do depósito, por um Estado, de um instrumento de ratificação ou de adesão contendo uma reserva formulada, seja no momento da ratificação ou adesão, seja no momento da assinatura seguida da ratificação: I. Pode o Estado que formulou a reserva ser considerado parte da Convenção, enquanto mantiver a reserva, se uma ou várias partes da Convenção a contestarem, mas não outras? II. Se a resposta à questão I for afirmativa, qual é o efeito da reserva entre o Estado que a formulou e: a) As partes que fizeram objeção à reserva? b) As que a aceitaram? III. Qual seria o efeito jurídico, no que toca à questão I, se a objeção à reserva é feita: a) Por um Estado signatário que ainda não ratificou a Convenção? b) Por um Estado que tem o direito de assinar ou de aderir, mas que ainda não o fez?”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Reservations to the Convention*...., p. 7.

395 ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*, tradução de Roberto Raposo, São Paulo: Cia das Letras, 1989, p. 360.

396 Conforme, aliás, foi ao depois regulamentado na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969 por seu artigo 19. Doutro giro, o exemplo mais pungente no âmbito do Direito Penal

liberdade de apresentar reservas a uma convenção internacional, mormente nas convenções multilaterais em que o princípio majoritário permite a aprovação dos textos convencionais apesar da oposição da minoria³⁹⁷. O segundo ponto diz respeito à eficácia das reservas em relação ao objetivo geral da convenção, sendo que segundo a Corte Internacional de Justiça, nenhuma reserva poderia ser tão ampla que pusesse em risco a própria razão de ser do pacto internacional; assim, somente se a reserva formulada atentasse contra a integridade normativa e a finalidade da Convenção sobre Genocídio é que os demais Estados poderiam considerar que o Estado não seria parte, cujo efeito, entretanto, somente se daria entre os Estados divergentes, e não em relação aos demais³⁹⁸. Por fim, e provavelmente o tópico mais importante do parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça tenha sido a determinação da natureza normativa da convenção, e que a faz se distanciar, e muito, dos chamados tratados-contratos, nos quais os Estados Partes coordenam interesses recíprocos e perseguem a satisfação de suas próprias vantagens. Conforme a Corte, no entanto³⁹⁹,

A solução desses problemas deve ser encontrada nas características especiais da Convenção do Genocídio. As origens e [a] natureza da Convenção, os objetos perseguidos pela Assembleia Geral e as partes contratantes, as relações que existem entre as disposições da Convenção, *inter se*, e entre estas disposições e estas finalidades, fornecer elementos de interpretação sobre a vontade da Assembleia Geral e as partes. As origens da Convenção mostram que a intenção das Nações Unidas era a de condenar e punir o genocídio como "a crime under international law", envolvendo uma negação do direito de existência de grupos humanos inteiros, uma negação que choca a consciência da humanidade e resulta em grandes perdas [para a mesma], e que é contrária à lei moral e ao o espírito e objetivos das Nações Unidas [...] A primeira consequência decorrente dessa concepção é que os princípios subjacentes da Convenção são princípios que são reconhecidos pelas nações civilizadas que se constituíram como Estado [*are principles which are recognized by civilized to nations as binding on State*], mesmo sem qualquer obrigação convencional. Uma segunda consequência [é] o caráter universal tanto da condenação do genocídio e da necessária cooperação "a fim de libertar a humanidade de tal odioso flagelo" [...] A Convenção de Genocídio foi portanto destinado pela Assembleia Geral e pelos Estados contratantes para, definitivamente, ter âmbito universal [...] O escopo de uma tal convenção deve também ser considerada. A Convenção foi adoptada manifestamente para uma finalidade puramente humanitária e civilizadora. Na verdade, é difícil imaginar [que] uma

Internacional de um tratado internacional que não admite reserva é o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ex vi de seu artigo 120.

397 "It is well established that in its treaty relations a State cannot be found without its consent, and that consequently no reservation can be effective against any State without its agreement thereto. It is also a generally recognized principle that a multilateral convention is the result of an agreement freely concluded upon its clause and that consequently none of the contracting parties is entitled to frustrate or impair, by means of unilateral decisions or particular agreements, the purpose and *raison d'être* of the convention [...] It must also be pointed out that although the Genocide Convention was finally approved unanimously, it is nevertheless the result of a series of majority votes. The majority principle, while facilitating the conclusion of multilateral conventions, may also make it necessary to certain States to make reservations". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Reservations to the Convention...*, pp. 21/22.

398 "Finally, it may be that a State, whilst not claiming that a reservation is incompatible with the object and purpose of the Convention, will nevertheless object to it, but that and understanding between that State and the reserving State will have the effect that the Convention will enter into force between them, for the clauses affected by the reservation". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Reservations to the Convention...*, p. 27.

399 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Reservations to the Convention...*, pp. 23.

convenção possa ter dois objetivos de grau mais elevado, [pois] a sua finalidade, por um lado, é a salvaguarda da própria existência de certos grupos humanos e, por outro confirmar e aprovar os princípios mais elementares da moral. Em tal convenção os Estados contratantes não têm qualquer interesse próprio; eles simplesmente têm, todos, um interesse comum, ou seja, o cumprimento desses objetivos elevados que são a *raison d'être* da convenção. Consequentemente, numa convenção deste tipo não se pode falar de vantagens ou desvantagens individuais dos Estados, ou da manutenção do equilíbrio contratual perfeito entre direitos e deveres. Os altos ideais que inspiraram a Convenção prevê, por força da vontade comum das partes, o fundamento e a medida de todas as suas disposições.

Os mandados expressos de criminalização de comportamentos, como o próprio título indica, criam obrigações para o exercício da jurisdição prescritiva dos Estados, de forma que o crime internacional previsto na convenção internacional seja nacionalmente tipificado no ordenamento jurídico.

Entretanto, referidos mandados não objetivam a unificação do Direito Penal Internacional em sua modalidade de implementação indireta, de forma que todos os Estado, apesar de seus princípios fundamentais e cultura jurídica, dêem um tratamento unívoco ao crime. Com efeito, embora existam projetos teóricos nesse sentido⁴⁰⁰, concretamente eles soçobram ante a pluralidade jurídica que giza a sociedade de Estados, valendo, nesse sentido, relembrar a famosa distinção existente, no contexto do direito comparado, entre famílias/sistemas positivos de direito, o que, de per se, impede a concretização de qualquer projeto de unificação do direito penal⁴⁰¹.

Assim, os tratados internacionais que contêm mandados expressos de criminalização, ao lado de preverem a obrigação de tipificação interna do crime, asseguram, através de uma cláusula geral, a liberdade de conformação do legislador nacional em efetuar referida obrigação de acordo com os princípios constitucionais e cultura jurídica dos Estados⁴⁰².

400 V.g., os projetos de Código Penal Tipo de 1963, Chile, e 1965, México, decorrentes do projeto de unificação do Direito Penal no contexto latino-americano decorrente do Congresso Latino-Americano de Criminologia, de 1941. PORTO, Hermínio A. Marques. Direito Penal Internacional e o Julgamento de Nuremberg, *Revista Justitia*, 57/57, 1967, p. 61.

401 “A crença na possibilidade de um só direito normativo, universal, isento de caracteres nacionais e específicos, é uma aspiração nobre, mas utópica. Preciso seria, para tanto, que todas as comunidades nacionais, niveladas em suas necessidades e anseios e despojadas de suas peculiaridades, até mesmo daquelas contingências próprias que estão fora e acima dos recursos humanos, alcançassem o mesmo modo de viver e de pensar, o mesmo grau de desenvolvimento; preciso seria conceber-se a existência de um só tipo humano, universal e uniforme [...] Universais podem e devem ser os princípios gerais, éticos e jurídicos [...] Não o são nem podem ser, as normas positivas, que se caracterizam como regras de alcance particular, variáveis por natureza, porque de fato variáveis e próprios de cada povo”. RAÓ, Vicente. *O direito e a vida do direito*, 5 ed., São Paulo: RT, 1999, p. 100. No mesmo sentido AMBOS, *A parte geral...*, pp. 47-49.

402 E.g., as cláusulas gerais contidas no artigo 5, 1 (“1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal [...]”) e 6, 1 (“1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente [...]”) da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que versam, respectivamente, sobre a tipificação penal do crime organizado e da lavagem de dinheiro; as previsões penais contidas nos artigos 15 a 28 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, cuja cláusula geralmente se inicia com a seguinte sentença

Assim, os modos concretos de cumprimento de tais cláusulas convencionais se dão, como regra geral, através ou da uniformização ou da harmonização, dado a necessidade de se buscar a tipificação do comportamento com amplo respeito aos princípios fundamentais e cultura jurídica de cada Estado.

Pois bem. As duas convenções internacionais que tratam especificamente do crime de desaparecimento forçado de pessoa estabelecem, em suas partes dispositivas, mandados expressos de criminalização de referido comportamento para os Estados Partes?

Tendemos a responder afirmativamente a esta questão. Além disso, pelo modo como as convenções regularam a matéria, abre-se uma oportunidade para comprovar como se operam os fenômenos da uniformização e harmonização no tema do presente trabalho.

A Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, em seu artigo 4, prescreve o seguinte: “Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com o seu direito penal”. Já a Convenção Interamericana, em seu artigo 3º, prescreve que

Os Estados Membros comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima. Os Estados Membros poderão estabelecer circunstâncias atenuantes para aqueles que tiverem participado de atos que constituam desaparecimento forçado, quando contribuírem para o aparecimento com vida da vítima ou forneçam informações que permitam esclarecer o desaparecimento forçado de uma pessoa.

Analisando-se as duas disposições convencionais, primeiramente se verifica que ambas veiculam mandados de criminalizações expressos. Contudo, o contido na Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado é mais genérico quando cotejado com o previsto na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Naquele, a redação somente expressa uma obrigação de tipificação, sem minudenciar determinadas características que caracterizam o comportamento incriminado⁴⁰³, enquanto este, manifestamente forjado a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especifica determinados elementos essenciais do injusto

“Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometidos intencionalmente [...]” (artigo 15, 1), ou “Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito [...]” (artigo 20) etc.

403 A reprovabilidade do comportamento é, no entanto, expressada no Preâmbulo da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado: “Conscientes da extrema gravidade do desaparecimento forçado, que constitui um crime e, em certas circunstâncias definidas pelo direito internacional, crime contra a humanidade”.

penal, quais sejam, o caráter permanente do crime, bem como elementos importantíssimos para se identificar o injusto específico do comportamento, na medida em que a expressão “extrema gravidade”, denota a reprovabilidade internacional que recai sobre o mesmo.

A questão que se coloca como importante no presente caso é a seguinte: poderia o legislador nacional não considerar o desaparecimento forçado de pessoa como um crime permanente e de “extrema gravidade”? A nós nos parece que não, na medida que referido comportamento, por sua própria natureza, se constitui em forma gravíssima de violação sistemática e pluriofensiva de direitos humanos, demandando, na atribuição da pena em abstrato, uma pena adequada a referida reprovabilidade. Além disso, tem sua fenomenologia forjada, quanto ao modo de execução, à restrição da liberdade de ir-e-vir do sujeito passivo, como regra geral, por agentes do Estado, no exercício da potestade política. Em outros termos, embora o legislador nacional tenha ampla margem discricionária de conformação legislativa, nesses tópicos específicos – permanência, reprovabilidade, pluriofensividade – é necessário que ele, ao tipificar o comportamento, uniformize tipo e pena ao parâmetro internacional.

No que concerne, doutro passo, à (im)prescritibilidade de referido crime, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, por seu artigo 8, prescreve que

Sem prejuízo do disposto no Artigo 5, 1. O Estado Parte que aplicar um regime de prescrição ao desaparecimento forçado tomará as medidas necessárias para assegurar que o prazo da prescrição da ação penal: a) Seja de longa duração e proporcional à extrema seriedade desse crime; e b) Inicie no momento em que cessar o desaparecimento forçado, considerando-se a natureza contínua desse crime. 2. Cada Estado Parte garantirá às vítimas de desaparecimento forçado o direito a um recurso efetivo durante o prazo de prescrição.

Por seu turno, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, em seu artigo 7º, prescreve:

A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição. No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Membro.

Vê-se um claro *distingo* entre as duas convenções no tema concernente à (im)prescritibilidade do desaparecimento forçado. Para a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, o crime somente será necessariamente imprescritível caso, nos termos de seu artigo 5, ele seja praticado na forma

de crime contra a humanidade, pelo que incidiria, para a hipótese, as disposições contidas na Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, que estabelece, internacionalmente, a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. No que concerne, entretanto, ao desaparecimento forçado enquanto crime comum, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado não exige do Estado que ele determine a sua imprescritibilidade, mas somente que ela seja equivalente ao prazo mais amplo estabelecido na legislação nacional e que passe a fruir somente a partir da consumação do crime.

Já a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, não operando a distinção entre as formas comum e crime contra a humanidade em relação ao desaparecimento forçado de pessoa, estabelece a imprescritibilidade como parâmetro, e a prescritibilidade como exceção, mas somente se houver norma de caráter fundamental no ordenamento jurídico nacional que impeça a adoção daquela regra.

Vê-se, portanto, que nesse tema específico, não se há de falar em uniformização, mas antes de harmonização, na medida em que as duas convenções estabelecem, embora a partir de regras distintas, parâmetro normativos aos quais o legislador nacional, no exercício de sua autonomia de conformação normativa, poderá adotar, desde que respeitados alguns postulados fundamentais: a) em se tratando de hipótese de crime contra a humanidade, a nós nos parece que a imprescritibilidade se estabelece como o critério mais adequado não somente em relação ao desaparecimento forçado de pessoa, mas para quaisquer dos crimes que, nos termos do artigo 7 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, sejam assim considerados, tais como o homicídio, o estupro, a tortura, dentre outros, praticados num contexto de um ataque geral ou sistemático contra a população civil⁴⁰⁴. Isto decorre tanto da incidência da norma de caráter consuetudinário que redundou, em 1968, na aprovação da Convenção Sobre a

404 “Artigo 7º - Crimes contra a Humanidade: 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.”

Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade ⁴⁰⁵, como também, e de forma expressa, da disposição contida no artigo 29 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional; e b) em se tratando, no entanto, de desaparecimento forçado de pessoa em sua forma comum, abre-se para o legislador nacional a opção de estabelecer critério diverso à imprescritibilidade, mas desde que o prazo seja equivalente ao maior estabelecido no ordenamento nacional⁴⁰⁶, e em razão do caráter permanente do crime, após a sua consumação. Disso decorre que, não sendo compatível com o ordenamento nacional a adoção da imprescritibilidade para crimes comuns, tirante as hipóteses expressamente previstas na Constituição de 1988⁴⁰⁷, o que se deve buscar é a harmonização a partir do quadro acima indicado.

405 O Brasil não assinou, ratificou nem aderiu à Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, conforme informa o United Nations Treaty Collection, disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&lang=en, acessado em 11.nov. 2015.

406 No caso brasileiro, 20 (vinte) anos, conforme estabelecido no artigo 109, I do Código Penal.

407 Nomeadamente, os crimes previstos no artigo 5º, XLII e XLIV.

3. DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS: CONCEITO, DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E SUA FENOMENOLOGIA ENTRE DIREITO PENAL INTERNACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

3.1 A origem do fenômeno: entre o Gulag e A “Noite e a Névoa”

O desaparecimento forçado de pessoas constitui-se, ao mesmo tempo, em forma gravíssima de violação aos direitos humanos e em espécie de crime internacional próprio, conforme disposto na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, na Declaração para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado e na Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, podendo, em determinadas circunstâncias – ataque geral e sistemático contra a população civil⁴⁰⁸ -, constituir-se em espécie de crime contra a humanidade, conforme enunciado nos Preâmbulos das duas convenções⁴⁰⁹ e da declaração⁴¹⁰ e da expressa tipificação contida nos artigos 7, 1, i c/c 7, 2, i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional⁴¹¹ e no Regulamento dos Elementos dos Crimes do Tribunal Penal Internacional⁴¹².

408 Esse elemento dos crimes contra a humanidade é assim caracterizado pelo artigo 7, 2, a do Estatuto do Tribunal Penal Internacional: “2. Para efeitos do parágrafo 1º: a) Por “ataque contra uma população civil” entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1o contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política [...]”.

409 Com efeito, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, em seu Preâmbulo, afirma que o “[...] desaparecimento forçado [...] constitui um crime e, em certas circunstâncias definidas pelo direito internacional, crime contra a humanidade [...]”, já a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas em seu Preâmbulo afirma que “[...] a prática sistemática do desaparecimento forçado de pessoas constitui um Crime de Lesa-Humanidade”.

410 “Considerando que o desaparecimento forçado mina os mais profundos valores de qualquer sociedade comprometida com o Estado de Direito, os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e que a prática sistemática desse ato constitui-se em crime contra a humanidade”.

411 “Crimes contra a Humanidade 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: [...] i) Desaparecimento forçado de pessoas [...] 2. Para efeitos do parágrafo 1º [...] i) Por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.”

412 “Artigo 7 1) i) – Crime Contra a humanidade de desaparecimento forçada de pessoas - Elementos: 1. Que o autor: a) tenha apreendido, detido ou sequestrado a uma ou mais pessoas; ou b) tenha-se negado a reconhecer a apreensão, a detenção ou o sequestro ou a dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoas ou pessoas. 2. a) Que tal apreensão, detenção ou sequestro tenha sido seguida ou acompanhada de uma negativa em reconhecer essa privação de liberdade ou em dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoas ou

Esta descrição sumarizada parece indicar uma harmonia entre os campos normativos do Direito Penal Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, quase como se houvesse uma sincronia e uma homogeneidade contetudística no que tange à proscrição do desaparecimento forçado de pessoas. Contudo, essa “imagem” não passa de um “*trompe-l'oeil*”, pois, nada obstante a origem da incriminação no *Jubiley* de Nuremberg, a interconexão e complementariedade entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos é, de fato, recente⁴¹³, e que somente podem ser compreendidas pelo instituto da sobreposição (*overlap*) entre os dois campos a partir do elemento da decisão política (*state policy*⁴¹⁴) no contexto dos crimes internacionais próprios, tendo por espeque o instituto da responsabilidade internacional, quer do Estado na forma de um “*exceptionally serious wrongful act*”, quer do indivíduo na forma da responsabilidade penal direta do indivíduo segundo o direito internacional, pois, conforme Finucane,

Substancialmente, as leis de guerra e as normas de direitos humanos se tornaram cada vez mais interconectadas [*intermeshed*] desde a Segunda Guerra Mundial. Entretanto, as finalidades desses campos normativos, suas finalidades e os institutos [*remedies*] por suas violações são historicamente distintos. Os direitos humanos protegem a integridade física e a dignidade dos governados em relação a seus governantes e objetivam proteger a pessoas em todas as circunstâncias. Na medida em que existem institutos para as violações das normas de direitos humanos, elas geralmente tomam a forma de responsabilidade civil em face dos Estados. Em sentido contrário, as leis de guerra são *lex specialis* que governam os conflitos armados e [que] derivam da tradição medieval da cavalaria que objetivavam assegurar regras mínimas para o combate [*minimal fair play*] e minimizar a violência não relacionada a objetivos militares legítimos. Os institutos tradicionais para os beligerantes eram as represálias contra as tropas inimigas, civis e propriedades, bem como a persecução dos agressores perante cortes marciais

pessoas; ou b) Que referida negativa tenha sido precedida ou acompanhada dessa privação de liberdade. 3. Que o autor tenha sido consciente de que: a) Referida apreensão, detenção ou sequestro se seguiria no curso normal dos acontecimentos de uma negativa em reconhecer a privação de liberdade ou em dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoas ou pessoas; ou b) Referida negativa fora precedida ou acompanhada dessa privação de liberdade. 4. Que tal apreensão, detenção ou sequestro tenha sido realizada por um Estado ou organização política ou com a sua autorização, apoio ou aquiescência. 5. Que tal negativa em reconhecer a privação de liberdade ou em dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoas ou pessoas tenha sido realizada por um Estado ou organização política ou com sua autorização ou apoio. 6. Que o autor tenha tido a intenção de deixar a essa pessoas ou pessoas fora do amparo da lei por um período prolongado. 7. Que a conduta tenha sido cometida como parte de um ataque geral ou sistemático dirigido contra uma população civil. 8. Que o autor tenha tido conhecimento de que a conduta era parte de um ataque geral ou sistemático dirigido contra a população civil ou tenha tido a intenção de que a conduta fosse parte de um ataque desse tipo.”

413 Com efeito, tal interconexão parece decorrer, do ponto de vista do direito positivo, com os artigos 27 a 30 da DPAV, em especial o artigo 30: “A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos exprime também a sua consternação e condenação pelo fato de violações graves e sistemáticas de Direitos Humanos, bem como situações que constituem sérios obstáculos ao pleno gozo desses direitos, continuarem a ocorrer em diferentes partes do mundo. Tais violações e obstáculos incluem, além da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, as execuções sumárias e arbitrárias, os desaparecimentos, as detenções arbitrárias, todas as formas de racismo, discriminação racial e apartheid, a ocupação e o domínio por parte de potências estrangeiras, a xenofobia, a pobreza, a fome e outras negações dos direitos econômicos, sociais e culturais, a intolerância religiosa, o terrorismo, a discriminação contra as mulheres e a inexistência do Estado de Direito” (grifamos).

414 MAY, Larry. *Crimes against humanity: a normative account*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 121-122. No mesmo sentido, BASSIOUNI, *Crimes against humanity...*, pp. 14-19; BASSIOUNI, *International crimes: “jus cogens” and “obligatio erga omnes”...*, p. 60-71.

ou outros tribunais militares. Uma distinção crítica entre os campos normativos é que as sanções criminais contra os indivíduos derivavam da violação das leis de guerra, mas não pela violação do direito internacional dos direitos humanos.⁴¹⁵

Assim, nesta primeira etapa se tentará reconstruir, do ponto de vista histórico e conceitual, os processos de proscricção/incriminação do desaparecimento forçado.

Concernente à origem do fenômeno, existe um dissenso doutrinário se a prática surgiu na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas durante o período stalinista, em especial nos contextos do Grande Expurgo⁴¹⁶ e das Transferências Populacionais⁴¹⁷, tendo o Comissariado

415 FINUCANE, Brian. Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war, *Yale Journal of International Law*, vol 35, n. 1, 2009, pp. 171-197.

416 O Grande Expurgo constituiu-se num conjunto de programas e ações político-repressivas de eliminação de opositores e supostos opositores políticos que objetivou a consolidação do poder de Stalin, tendo como causa de seu desencadeamento o assassinato de Serguei Kirov, em 1 de dezembro de 1934, tido à época como seu sucessor. Estas ações duraram entre os anos de 1934 e 1939, tendo por fundamento normativo o disposto no artigo 58 do Código Penal da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1926, que criminalizava, de forma latíssima, todo comportamento que pudesse ser considerado como contrarrevolucionário. Durante este período, foram eliminados cerca de dois terços dos membros do Partido Comunista, dentre os quais noventa e oito dos cento e trinta nove dirigentes, oficiais militares de alta patente e inúmeros civis. Junto às Transferências de Populações, este período ficou conhecido como “Terror”. Nesse sentido, KENEZ, Peter. *A history of the Soviet Union from the beginning to the end*, 2th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 103-131. Acerca do artigo 58, Solzhenitsyn afirmou que “Cosa paradójica: tantos años de actividad de unos Órganos omnipresentes y perpetuamente vigilantes se apoyaban en tan sólo uno de los ciento cuarenta y ocho artículos [...] [...] [el] Artículo 58, grande, capaz, copioso y vertebrado, diverso y ubicuamente devastador, un artículo al que el mundo se le quedaba chico, no tanto por la formulación de sus puntos cuanto por su amplia y dialéctica interpretación. ¿Quién de nosotros no ha experimentado en carne propia su abrazo que lo abarca todo? En verdad, no hay bajo los cielos hecho, intención, acción u omisión que no pueda ser castigado por la mano implacable del Artículo [...] [...] Hubiera sido imposible formularlo de un modo tan amplio, pero sí resultó posible interpretarlo de este amplio modo.” SOLZHENITSYN, Aleksandr. *Archipiélago Gulag (1918-1956)*, tradução de Josep M. Güel y Enrique F. Vermet, Barcelona: Tusquets Editores, 1998, p. 36.

417 “Migrações forçadas identificam o reassentamento [pereseleniye] pelo [E]stado de um grande número de pessoas, tanto os seus próprios cidadãos como estrangeiros, utilizando-se de métodos coercivos. A coação em si pode ser direta ou indireta. No primeiro caso, lidamos com as migrações repressivas, ou deportações. O último termo denota migrações “voluntárias-obrigatórias” [dobrovolno-prinuditelnyye], ou seja, aqueles casos em que o [E]stado impõe circunstâncias e fatores que influenciam na tomada de decisão individual a respeito do reassentamento [...] Dito de outra forma, no primeiro caso, afirmamos o impacto abertamente repressivo (coercitivo) que o [E]stado exerce sobre seus cidadãos (ou cidadãos estrangeiros); o segundo refere-se à pressão administrativa proposital para determinar a escolha individual [...] Deportações (migrações repressivas) são uma das formas ou tipos específicos de repressão política. Eles também representam um procedimento destinado pelo Estado para perseguir seus adversários políticos [...] não importa se estes são reais ou imaginários. Há casos em que praticamente todo um grupo (social, étnico ou confessional), em vez de apenas uma parte dela, estar sujeito à deportação, e são denominados como deportações totais [...] Duas características qualificam as deportações como um tipo distinto de medida repressiva: a sua natureza administrativa (ou seja, não judicial) e a sua aplicação coletiva, ou seja, eles se concentram em um grupo inteiro [...], em vez de indivíduos particulares. Como regra, as decisões relativas às operações de deportação foram emitidas pelo Partido Comunista e iniciativas posteriores do governo soviético foram tomadas pelo serviço de segurança (OGPU-NKVD-KGB) e por outras agências. Isto localiza as operações de deportação fora do campo judicial do sistema soviético de justiça e fora da legislação em matéria de prisioneiros de guerra [...]. Ele também faz uma distinção nítida entre o sistema de assentamentos especiais [spetsposeleniya], por um lado, e os sistemas de campos de trabalho e prisão [de prisioneiros de guerra] e acampamentos de internação, o GULAG e os “arquipélagos” da GUPVI, por outro [...] [D]urante ou imediatamente após o fim da Guerra Civil (1918-1921), as operações para o reassentamento forçado de certos grupos populacionais foram lançadas pela primeira vez na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Nos anos 1930 e 1940 a deportação forçada foi praticada com tal intensidade e entusiasmo na União Soviética [...] com milhões de almas, manipulando os destinos de povos inteiros (alemães e chechenos, em

do Povo para Assuntos Internos (KGB) e o Gulag⁴¹⁸ como principais ramos do subsistema repressivo de segurança interna do estado soviético, ou se na Alemanha sob o regime nazista, em particular nos Territórios Ocupados, tendo por substrato a execução do Decreto “Noite e Névoa” (*Nacht-und-Nebel-Erlass*), de 07 de dezembro de 1941⁴¹⁹.

Para Vitkauskaitė-Meurice e Žilinskas⁴²⁰ e Christopher K. Hall, este último em seus comentários ao artigo 7, I, i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional contidos no *Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court* de Otto Triffterer⁴²¹, o desaparecimento forçado de pessoas teve origem no regime stalinista, afirmando aquelas primeiras que “Hitler é conhecido por ter admirado o reino de terror e prisões secretas de Stalin, e essa admiração pode ter sido uma inspiração para o Decreto”, tese idêntica à defendida por Hall, pois, conforme Finucane⁴²², ele “[...] sugere que Hitler foi inspirado por Stalin [pela] prática generalizada de detenção secreta e prisão na União Soviética”. Já Kai Cornelius⁴²³, pesquisador alemão que estudou o fenômeno das detenções arbitrárias do período stalinista, critica que a origem do desaparecimento forçado tenha seu antecedente no Decreto emitido por Hitler em 1941, já que a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas do período praticava, de forma sistemática, a detenção arbitrária de opositores sem as correspondentes exigências de proteção legal. Afirma, ademais, que a prática de desaparecimento forçado de pessoas pelo regime soviético perdurou entre os anos de 1930 e 1953 (não por nada, o ano da morte de Stalin), pela qual foram arbitrariamente detidas cerca

particular) [...] Em outras palavras, os termos "repatriação" e "repatriação forçada" tornaram-se sinônimos. Pode-se afirmar, no entanto, que a prática de deportações como método repressivo [...] é uma característica específica típica do totalitarismo em geral [...]”. POLIAN, Pavel. *Against their will: the history and geography of forced migrations in the URSS*, tradução de Anna Yastrzhemska, Budapest: Central European University Press, 2004, pp. 1-3.

418 “A palavra Gulag é um acrônimo de Glavnoe Upravlenie Lagerei, ou Administração Central dos Campos. Com o tempo, passou também a indicar não só a administração dos campos de concentração, mas também o próprio sistema soviético de trabalho escravo, em todas as suas formas e variedades: campos de trabalhos forçados, campos punitivos, campos criminais e políticos, campos femininos, campos infantis, campos de trânsito. De modo ainda mais amplo, Gulag veio a significar todo o sistema repressivo soviético, o conjunto de procedimentos que os presos outrora denominaram "o moedor de carne": as prisões, os interrogatórios, o traslado em vagões de gado sem aquecimento, o trabalho forçado, a destruição de famílias, os anos de degredo, as mortes prematuras e desnecessárias [...]”. APPLEBAUM, Anne. *Gulag: a history of the soviet concentration camp*, New York: Knoph Doubleday, 2003, pp. 3-7.

419 Nesse sentido, SCOVAZZI, CITRONI, *The struggle against enforced disappearance...*, pp. 4-7, que não fazem referência alguma ao regime stalinista, mas somente ao Decreto “Noite e Névoa”, e especificamente ao julgamento de Keitel em Nuremberg.

420 VITKAUSKAITE-MEURICE, Dalia, ŽILINSKAS, Justinas. The concept of enforced disappearances in International Law, *Jurisprudencija*, vol. 2, 2010, Mykolo Romerio Universitetas, pp. 197-214.

421 Apud FINUCANE, *Enforced disappearances as a crime under International Law...*, p. 175.

422 FINUCANE, *Enforced disappearances as a crime under International Law...*, p. 176.

423 Citado por AMBOS, Kai. *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa*, in AMBOS, Kai et al (Orgs). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*, Bogotá: Temis, 2009, p. 199.

de 11,8 milhões de pessoas, das quais entre 1,6 e 1,7 milhões morreram durante o período de encarceramento.

Embora os fatos históricos narrados forneçam indícios de que o desaparecimento forçado de pessoas tenha sua origem no período stalinista⁴²⁴, é fato que, nada obstante isso, ele somente “aparece”, primeiramente, na forma de um crime de guerra, no *Jubiley*, e logo após na forma concomitante de crimes contra a humanidade e crimes de guerra no caso dos “Juristas” nos Processos de Guerra de Nuremberg, uma vez que os crimes perpetrados pelo regime stalinista jamais foram submetidos a qualquer tipo de persecução penal.

De qualquer forma, a dúvida sobre a origem do fenômeno é relevante não por permitir a efetiva diluição do problema, mas antes por manifestar a relação umbilical, mesmo essencial, entre violações sistemáticas dos direitos humanos e os regimes de exceção, sejam eles o stalinismo ou o nazismo, os regimes totalitários *par excellence* do século XX⁴²⁵, sejam, *inter alia*, os regimes autoritários que espocaram entre as décadas de 1960 e 1980 na América Latina, caracterizadas, assim como o nazismo e o stalinismo, como regimes de terror que se utilizaram de forma ilegítima de seus sistemas repressivos para a efetuação de persecuções políticas, e em contraposição aos quais surgiu a luta internacional contra o desaparecimento forçado de pessoas não na forma de um crime internacional, já que, conforme se verá nas linhas que seguem, após os julgamentos no *Jubiley* e dos Juristas, esta forma de macrocriminalidade política “caiu” em esquecimento, mas na forma de uma violação sistemática contra os direitos humanos, do qual decorreria, como sua decorrência lógica, a incriminação do comportamento por sua manifesta incompatibilidade com o ordenamento dos Estados, tendo no caso Velásquez Rodrigues vs. Honduras, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1988, o paradigma internacional da proscrição e responsabilização internacional dos Estados⁴²⁶. Assim, conforme afirmam Scovazzi e Citroni⁴²⁷,

424 Anna Akhmátova, uma das maiores poetisas russas do século XX, e que (sobre)viveu, com grande angústia e sofrimento este período histórico, inclusive com o padecimento da condenação de seu filho Liev Nikoláievitch à pena de 10 anos no Gulag por “práticas contrarrevolucionárias”, não sem antes ter sido detido e submetido a inúmeras torturas, forjou para as gerações futuras um relato em forma de poemas em seu livro Réquiem: “[...] Houve um tempo em que só sorriam/ os mortos, contentes de poderem repousar./ E como um apêndice supérfluo, balançava Leningrado, pendurada às suas prisões./ E quando, enlouquecidos pelo sofrimento./ os regimentos de condenados iam embora./ para eles as locomotivas cantavam/ sua aguda canção de despedida./ As estrelas da morte pairavam sobre nós/ e a Rússia inocente torcia-se de dor/ sob as botas ensanguentadas/ e os pneus das Marias Pretas”. COELHO, Lauro Machado. *Anna, a voz da Rússia*: vida e obra de Anna Akhmátova, São Paulo: Algor, 2008, pp. 187-188.

425 ARENDT, *As Origens do Totalitarismo...*, pp. 355-376.

426 Piovesan, ao discorrer sobre o fenômeno do “diálogo” entre as Cortes dos regimes americano e europeu de Direitos Humanos, indica que as principais decisões que influenciaram este último foram os relativos ao desaparecimento forçado de pessoas e à dimensão e extensão do *due process of law*, ensejando aquilo que ela denomina de “interamericanização” do sistema europeu, na medida em que “[...] a Corte Europeia [...]” argumenta [...] que a Corte Interamericana [...] tem enfrentado a temática do desaparecimento forçado em um

A forma mais comum de desaparecimento forçado foi realizado, em total violação à legislação interna, por agentes do Estado no contexto de uma política de Estado de luta contra os membros de movimentos insurgentes ou, de forma mais genérica, os opositores políticos e os seus apoiadores. Se aqueles que exerciam o poder queriam mantê-lo a qualquer custo, para seu próprio benefício e em benefício de seus aliados, o caminho mais direto para prosseguir tal finalidade era o fazer [com que] seus oponentes desaparecessem.

[...]

A prática do desaparecimento forçado também foi realizado para atingir um segundo objetivo igualmente importante, que é o de espalhar o terror (uma forma do chamado “terrorismo de Estado”). Sociedades como um todos foram forçadas a viver num clima de submissão física e psicológica para o benefício daqueles que, enquanto violavam as leis mais básicas da convivência humana, [gozavam] uma condição de total impunidade. Se as pessoas são vistas sendo sequestradas e mais tarde são encontrados mortos depois de graves torturas ou desaparecem para sempre, todos, mesmo aqueles que não têm nenhuma intenção de se tornarem adversários políticos, são postos numa condição de sujeição [de] medo [em relação] àqueles que detêm o poder e o exerce através do terror.

É da essência dos regimes de terror, totalitários ou autoritários, conforme ensinado por Werth, “[...] manter seus cidadãos em um estado de medo e incerteza, e a repetição fortuita [recurrent random] dos expurgos fornece esse mecanismo [...]”⁴²⁸, constituindo-se o desaparecimento forçado, seguidos da tortura e da execução extrajudicial, num dos tantos comportamentos macrocriminais que referidos regimes se utilizam como “método de submetimento”⁴²⁹ da população civil e manutenção do terrorismo de Estado⁴³⁰.

número significativo de casos à luz dos dispositivos da Convenção Americana [...] antes mesmo da adoção da [Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas]. Essa interpretação influenciou a Corte Europeia a enfocar a violação do desaparecimento forçado à luz dos dispositivos da Convenção Europeia”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional*, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

427 SCOVAZZI, CITRONI, *The struggle against enforced disappearance...*, pp. 7-9.

428 WERTH, Nicolas. *The mechanism of a mass crime: the Great Terror in the Soviet Union, 1937-1938*, in GALATELLY, Robert, KIERNAN, Ben (Orgs). *The specter of genocide: mass murder in the historical perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 215.

429 “Unterdruckungsmethode”. A expressão foi cunhada por Christoph Grammer, apud AMBOS, *La desaparición forzada de personas...*, p. 198.

430 “[...] o terrorismo de Estado tem sido uma das maiores fontes de sofrimento humano e de destruição dos últimos cinco séculos [...]. [Assim], entendemos [por] terrorismo de [E]stado o uso intencional ou a ameaça de violência por agentes do [E]stado ou [seus] delegados [proxies] contra indivíduos ou grupos que são vitimados com o objetivo de intimidar ou amedrontar um público mais amplo. Portanto, as vítimas diretas da violência não são os principais alvos, mas são fundamentais para o objetivo principal de assustar o público, que são intimidados pelo poder comunicativo da violência. Os objetivos pretendidos pela violência são a consecução de determinadas finalidades políticas ou econômico-políticas, em oposição a metas religiosas ou criminais [...]”. JACKSON, Richard, MURPHY, Eamon, POYNTING, Scott. *Terrorism, the State and the study of political terror*, in JACKSON, Richard, MURPHY, Eamon, POYNTING, Scott (Orgs.). *Contemporary State terrorism: theory and practice*, London: Routledge, 2010, pp. 1-3.

3.2 O desaparecimento forçado de pessoas desde o *Jubiley* e o caso dos Juristas: “aparecimento” e “esquecimento” de um crime internacional próprio

No capítulo 1º desse trabalho situou-se a discussão acerca do Direito Penal Internacional no contexto mais amplo do Direito Internacional contemporâneo, caracterizado pelos fenômenos da extensão e da fragmentação.

Com efeito, a contínua formação normativa e institucional do Direito Penal Internacional é, de um lado, afetada pela própria conformação de suas fontes normativas (os costumes internacionais, os tratados internacionais e os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas), do que segue a circunstância de ele ser, no mínimo “[...] aleatório e, pode-se mesmo dizer, incoerente”⁴³¹ ante a ausência de uma política criminal em sentido próprio⁴³², e de outro lado estar submetido às mesmas contingências políticas inerentes aos demais ramos do Direito Internacional, posto que na sociedade internacional, como dito por Pastor Ridruejo a partir da expressão “politização estendida”, os Estados “[...] se comporta[m] mais frequentemente como ente[s] de poder, isto é, inspirado[s] mais por motivações política que jurídicas [...]”⁴³³.

Faz-se esta digressão em razão de estas vicissitudes terem influído de forma decisiva no desenvolvimento normativo da incriminação do desaparecimento forçado de pessoas, neste trabalho sintetizado a partir da tríade “aparecimento-esquecimento-ressurgimento de um crime internacional próprio”, cuja origem normativa se deu a partir dos julgamentos envolvendo o programa nazista decorrente do Decreto “Noite e Névoa”.

431 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 253.

432 Para Roxin, a diferença entre Direito Penal e Política Criminal se assenta sobre o distingo direito posto, i.é, direito penal objetivo, e direito (penal) ideal, i.e, como ele deveria ser em razão dos fundamentos primários que justificam a intervenção do Estado de Direito na esfera da liberdade individual. Em outros termos, trata-se de entender a dogmática penal “[...] como a disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização, elaboração e desenvolvimento das disposições legais e das opiniões científico-doutrinárias no campo do Direito Penal [...]”, e a Política Criminal como o campo que “[...] não tem por objeto constitutivo o Direito como é, mas como deveria ser enquanto disposição adequada a seus fins [...]”, para o qual “[...] o princípio “nullum crimen sine lege” é um postulado político-criminal tão importante quanto a exigência de combater com êxito o delito, [...] não [sendo ele] somente [...] um elemento da prevenção geral [...], mas que a própria limitação jurídica do ius puniendi é, também, um objetivo importante da política criminal de um Estado de Direito [...] não se pode[ndo] obter nenhum argumento a favor da contraposição entre Direito Penal e política criminal ou em sentido contrário à sistematização compatível aos pontos de vista reitores da política criminal” ROXIN, *Derecho Penal...*, pp. 192/223-224. Em outros termos, a “[...] política criminal, que se confronta com as finalidades e os conteúdos sociais do Direito Penal, está situada fora do jurídico. A seus cultivadores somente lhes resta a missão de chamar a atenção do legislador [...]”. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, 2ª ed., tradução de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires: Hammurabi, 2002, pp. 41-42. Nesse sentido, como demonstrado no capítulo 1º, o Direito Penal Internacional não é orientado, de fato, por uma política criminal.

433 PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional...*, p. 23.

Conforme Gruchmann⁴³⁴, o antecedente histórico do Decreto “Noite e Névoa” foi o Decreto Sobre o Exercício da Jurisdição Militar e seu Processo na Área Barbarossa e Medidas Militares Especiais (“*Gerichtsbarkeits-Erlass Barbarossa*”), de maio de 1941, pelo qual Hitler estabeleceu a jurisdição dos tribunais militares do Reich para exercer a persecução penal-militar dos membros da resistência nos territórios soviéticos ocupados. Referida medida teve sua razão de ser por conta do conflito existente entre as forças armadas alemãs (*Wehrmacht*), e a Waffen-SS [*Schutzstaffel*”, literalmente, Tropa de Proteção] acerca de qual órgão detinha competência para exercer a jurisdição penal em face das acusações de crimes contra as forças de ocupação. Contudo, com o aumento dos grupos de resistência nos territórios ocupados da Europa Central e Noruega, referida medida, que passou a ser ali também aplicada, se mostrou ineficaz, razão pela qual, a partir de um caso concreto, Hitler determinou novas medidas.

Em 1941 uma mulher de nacionalidade francesa conseguiu fugir, com a ajuda da resistência, para uma área livre da ocupação; contudo, logo após foi recaptura e, depois de ser julgada por um tribunal militar, foi condenada à pena de morte. Tendo Hitler reservado para si a competência para decidir sobre as penas de morte aplicadas a mulheres não alemãs, e que poderiam ser comutadas em pena de prisão, decidiu ele por esta última medida, ao mesmo tempo em que determinou que ela fosse aprisionada no território alemão, fazendo-a “desaparecer”, impedindo-se, com isso, que ela se tornasse em um símbolo da resistência. Com o aumento dos atos de resistência nos Territórios Ocupados, Hitler decidiu pela generalização da prática de desaparecimento forçado de pessoas, na medida em que a possível demora na execução das penas de morte poderia levar, com o final da guerra, à necessidade de se conceder a anistia, o que impediria que tais condenações surtisses o efeito dissuasório desejado perante a população civil.

Assim, Wilhelm Keitel, Chefe do Alto-Comando das Forças Armadas do Reich, tendo recebido estas diretivas de Hitler, comissionou a Rudolf Lehmann, então Juiz-General das Forças Armadas (“*Generaloberstabsrichter*”), a elaboração do Decreto “Noite e Névoa”, cujo conteúdo pode assim ser resumido: somente deveriam ser submetidos a um julgamento por um tribunal militar aqueles indivíduos cujas acusações os levariam, imediatamente, a ser condenados à pena de morte. Nos demais casos, os acusados deveriam ser “desaparecidos na “Noite e Névoa” mediante as suas transferências aos campos de concentração existentes em

434 Estas e as informações que lhe seguem foram todas extraídas de GRUCHMANN, Lothar. “Nacht-und-Nebel” Justiz. Die mitwirkung deutscher Strafgerichte an der bekämpfung des Widerstandes in den Besetzten Westeuropäischen Ländern 1942-1944, *Jahrgang* 29, 1981, Heft 3, pp. 342-396, disponível em http://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1981_3_2_gruchmann.pdf, acessado em 20.jan. 2012.

território alemão⁴³⁵, devendo-se, pois, manter em segredo os seus destinos. Por expressa determinação de Hitler, esta tarefa deveria ser confiada à SS tendo os *Lager* como destino final. O Decreto foi elaborado no âmbito do Ministério da Justiça do Reich, tendo obtido parecer favorável do assessor especial em Direito Internacional desse órgão, Wilhelm von Ammon, e após a aprovação de Hitler, posto em execução. O conteúdo desse decreto é o seguinte⁴³⁶:

[O] Führer e o Comandante Supremo das Forças Armadas

[Selo] SEGREDO

Diretrizes para a repressão de crimes praticados dentro dos territórios ocupados contra o Estado alemão ou a potência ocupante, de 07 de dezembro de 1941.

Dentro dos territórios ocupados, elementos comunistas e outros círculos hostis para a Alemanha aumentaram seus esforços contra o Estado alemão e as forças de ocupação desde que a campanha russa começou. A quantidade e o perigo dessas maquinações nos obrigam a tomar medidas severas para enfrenta-las [*as a deterrent*]. Em razão disso [*first off all,*] as seguintes diretivas devem ser aplicadas:

I. Dentro dos territórios ocupados, a punição cabível [*adequate*] para os crimes cometidos contra o Estado alemão ou a potência ocupante [e] que põem em perigo [ou] as põem em estado de prontidão é, a princípio, a pena de morte.

II. As infrações previstas no parágrafo I devem ser resolvidas nos territórios ocupados, como regra, apenas se for provável que seja aplicada a pena de morte ao autor da infração, e desde que [o] ofensor principal, o seu julgamento e a execução puderem ser concluídos num tempo muito curto. Caso contrário, os infratores, ao menos os principais infratores, deverão ser mandados para a Alemanha.

III. [Os] Prisioneiros [mandados] para a Alemanha serão submetidos a procedimento militar somente se determinados interesses militares o exigirem. No caso de [as] autoridades alemãs ou estrangeiras [buscarem informações] sobre esses prisioneiros, eles devem ser informados de que eles foram presos, mas que o processo não permite qualquer informação adicional.

IV. Os comandantes nos territórios ocupados e as autoridades judiciais no âmbito da sua jurisdição são pessoalmente responsáveis pela observância desse decreto.

V. O Chefe do Alto Comando das Forças Armadas determina que este decreto seja aplicado nos territórios ocupados. Ele está autorizado a explicar e emitir ordens executivas e suplementares. O ministro da Justiça do Reich emitirá ordens executivas dentro da sua própria jurisdição.

Ao opinar pela “liceidade” de referido procedimento, Von Ammon assim se manifestou⁴³⁷:

435 Com efeito, os denominados Deportados NN foram aprisionados em vários campos de concentração em território alemão, constituindo-se, pois, em um dos tantos grupos que a burocracia nazista distinguiu e separava em referidos centros. Em 1997, no Campo de Concentração em Hinzert, Alemanha, foi inaugurada a seguinte placa em homenagem a Deportados NN provindos da França: “Os antigos deportados franceses NN - “Noite e Névoa” - Presos no Campo Especial SS Hinzert /Campo de Concentração - 1942-1943 - Nenhum ódio, mas também jamais esquecer 27.Juni.1997 (Die Ehemaligen Französischen NN-Deportierten – “NACHT UND NEBEL” – Gefangene im SS Sonderlager/KZ HINZERT – 1942-1943 – Kein Hass, aber auch Kein Vergessen 27.Juni.1997). LANDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG RHEINLAND-PFALS. *Die Gedenkstätte SS-Sonderlager/KZ Hinzert*, disponível em <http://politische-bildung-rlp.de/fileadmin/download/Hinzert-d.pdf>, acessado em 20.jan. 2014, p. 18.

436 *Night and Fog Decree [Nacht und Nebel Erlass]*, disponível em Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/amt/1-90.asp>, acessado em 20.jan. 2011.

437 UNITED STATES OF AMERICA. *Nuremberg Military Tribunals*. Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10, vol. III: The Justice Case, Washington: Government Printing Office, 1951, p. 1.042.

O mesmo procedimento poderá usado nos Países Baixos como em outros territórios ocupados, isto é, [que] toda matéria [*matter*] Noite e Névoa deve ser transferida para a Alemanha [...] O ponto central no procedimento NN, em minha opinião, consiste no fato de que os presos NN desapareçam dos territórios ocupados e os seus subseqüentes destinos mantenham-se desconhecidos.

Assim, o programa de desaparecimento forçado de pessoas executado pela Alemanha no contexto dos Territórios Ocupados, envolveu, além de Hitler, outros atores que ocupavam posição de agentes superiores no Reich, em especial Wilhelm Keitel, que foi julgado e condenado à pena de morte no *Jubiley*, Rudolf Lehmann, e que foi submetido a julgamento e condenado à pena de 7 anos de prisão no caso do Alto Comando dos Oficiais Superiores das Forças Armadas (von Leeb *et al.*)⁴³⁸, e Wilhelm von Ammon, que também foi julgado e condenado à pena de 10 anos de prisão no caso Julgamento dos Juristas (Altstötter *et al.*)⁴³⁹, sendo estes dois últimos nos Processos de Guerra de Nuremberg. Contudo, muito embora Lehmann tenha desempenhado papel preponderante no surgimento do Decreto “Noite e Névoa”, a principal imputação que lhe coube no caso “von Leeb *et al.*” foi a de ter atuado na elaboração e execução do “Decreto *Barbarossa*”.

O número de vítimas do desaparecimento forçado decorrentes do Decreto “Noite e Névoa” é, como todos os números que envolvem a prática de um ataque geral e sistemático como a realizada pelo regime nazista no curso da 2ª GGM, de difícil determinação. Inicialmente, fala-se em, pelo menos, 7.000⁴⁴⁰ pessoas, número que pode subir a 100.000 somente na França ocupada, posto ter sido esse o total de pessoas que foram deportadas para a Alemanha sem motivação racial, dos quais 65.000 morreram nos campos de concentração⁴⁴¹.

438 “[...] The findings of the Tribunal as to von Leeb were as follows: For the reasons above stated we find this defendant guilty under Count III of the Indictment for criminal responsibility in connection with the transmittal and application of the Barbarossa Jurisdiction Order. Under Control Council Law No. 10 it is provided that superior orders do not constitute a defence but may be considered in mitigation of an offence [...] The Sentences The Tribunal, before meting out sentence, said that: Each defendant receiving a sentence for a term of years shall receive credit upon the sentence imposed upon him for such a period or periods of time as he has been in confinement, whether as a prisoner of war or otherwise, since 7th May, 1945. The sentences passed upon the accused found guilty were as follows [...] To seven years' imprisonment: Rudolf Lehmann [...] At the time of going to press these sentences had not been confirmed”. UNITED NATIONS. *United Nations War Crimes Comission: Law reports of trials of war crimes, v. XII: The German High Command Trial*, London: The United Nations War Crimes Comission, 1949, pp. 94-95 (grifamos).

439 “[...] The evidence shows beyond a reasonable doubt that he acted as a principal, aided, abetted, and was connected with the execution and carrying out of the Hitler Night and Fog Decree in violation of numerous principles of international law, as has been heretofore pointed out in this Judgment.” This defendant was also awarded a sentence of ten years' imprisonment. Von Ammon was also found guilty of having committed war crimes and crimes against humanity. His sentence was also one of imprisonment for ten years” UNITED NATIONS. *United Nations War Crimes Comission: law reports of trial war crimes, v. VI*, London: The United Nations War Crimes Comission, 1948, pp. 75-76 (grifamos).

440 Nesse sentido, AMBOS, *La desaparición forzada de personas...*, p. 199.

441 É o número apresentado por Gruchmann a partir dos relatórios do Ministério Francês de Antigos Combatentes e Vítimas de Guerra. GRUCHMANN, “Nacht-und-Nebel” Justiz..., p. 396.

Pelo que se descreveu até o presente momento, é possível divisar-se, ao menos *prima facie*, que o desaparecimento forçado de pessoas, tal como engendrado no contexto descrito, tinha por método a detenção de um indivíduo a quem se imputava a prática de um comportamento ilícito e que, em razão de uma decisão política tendente ao “submetimento” do acusado e da própria população civil a um regime de terror, eram deportados e encarcerados num dos tantos campos de concentração existentes na Alemanha, devendo-se, como medida ulterior a tais fatos, ocultar, quer dos familiares quer das autoridades e juízes, o destino e a sorte da vítima.

Sendo assim, a partir de qual fundamento normativo se procedeu à incriminação dos acusados de haverem participado programa “Noite e Névoa”? Como já sumariamente descrito em linhas acima, os juízes do *Jubiley* e do caso dos Juristas encontraram razões jurídicas distintas para fundamentar a incriminação, e a conseqüente condenação dos acusados.

No *Jubiley*, que tinha por acusados os maiores criminosos de guerra do regime nazista, dentre eles Wilhelm Keitel, as acusações se fundaram no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, a partir do qual se imputaram as prática dos crimes contra a paz (artigo 6, a), crimes de guerra (artigo 6, b), crimes contra a humanidade (artigo 6, c) e o crime de conspiração para a prática de qualquer um desses crimes, conceituado no Estatuto da seguinte forma:

Líderes, organizadores, instigadores e cúmplices da formulação de um plano comum ou conspiração para a execução dos crimes anteriormente mencionados, assim como os cúmplices que participaram em dita formulação ou execução, serão responsáveis de todos os atos realizados pelas pessoas que executam referidos planos.

O crime de conspiração, conforme Japiassú⁴⁴²,

[...] não encontrava paralelo perfeito no direito continental europeu, por tratar-se de uma construção jurídica tipicamente anglo-americana. Significava um acordo de vontades para um plano preconcebido. Seria uma figura assemelhada à participação em hipóteses de concursos de pessoas, em que depende da existência de crime efetivamente praticado para se configurar. Diferentemente, prevaleceu em Nuremberg o entendimento contrário, segundo o qual a conspiração poderia ter existência criminal por si só.

Doutro passo, os crimes de guerra foram normativamente fundamentados por sobre as leis e costumes de guerra estabelecidos pelo Direito Internacional Humanitário, em especial a Convenção Relativa às Leis e Costumes de Guerra em Terra, de 1907, assim como os crimes

442 JAPIASSÚ, *O Tribunal Penal Internacional...*, pp. 53-54.

contra a humanidade, em razão da adoção da “teoria da extensão da competência por crimes de guerra” presente no artigo 6, c, parte final do ETMIN⁴⁴³, segundo a qual⁴⁴⁴

[...] os crimes contra a humanidade visariam proteger a mesma categoria de pessoas (os civis em tempo de conflito armado internacional) e englobariam as mesmas condutas proibidas que os crimes de guerra; com a diferença, porém, de deverem ser praticados no interior de um determinado Estado [...] e estar relacionados com o desencadeamento ou desenvolvimento de uma guerra de agressão ou com crimes de guerra [...] os crimes contra a humanidade foram considerados como uma simples extensão dos crimes de guerra, por conseguinte desprovidos de verdadeira autonomia relativamente a estes, resultando possível distinguir ambas as categorias consoante a nacionalidade dos infratores fosse a mesma da das vítimas (no primeiro caso) ou uma nacionalidade diversa (no segundo) [...] com [ess]a “arquitectura” [...] se tornou plausível uma filiação genética dos crimes contra a humanidade no direito dos conflitos armados internacionais, satisfazendo, quiçá, a um nível mínimo, as exigências colocadas pelo princípio da legalidade.

Ao comentar o fundamento da incriminação dos crimes contra a humanidade no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg em seu *Cours* na Academia de Direito Internacional de 1950, Graven⁴⁴⁵ asseverou que tal se deu pelo expresso reconhecimento de que a regra inscrita na IV Convenção de Haia, segundo a qual “[...] a população e os beligerantes ficam sob a proteção e sob o império dos princípios do Direito das Gentes, tal como eles resultam das práticas estabelecidas entre os povos civilizados, das leis da humanidade e das exigências da consciência pública”⁴⁴⁶ providenciava, *de per se*, fundamentação bastante para a incriminação não só dos crimes de guerra, mas também dos crimes contra a humanidade, razão pela qual esses últimos permaneceram conectados e definidos a partir de sua vinculação aos demais crimes que os antecediam no artigo 6 do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Com efeito, em Nuremberg, os juízes decidiram que⁴⁴⁷

[O] artigo 6 (b) da Carta estabelece que [os] “maus-tratos... [contra a] população civil ou em território ocupado... [a] morte de reféns... [a] destruição arbitrária de cidades, vilas ou aldeias” é um crime de guerra. Nesse sentido [*in the main*], estas normas [*these provisions*] são

443 “[...] em execução daqueles crimes que sejam de competência do Tribunal ou em relação com os mesmos, constituam ou não uma violação da legislação interna do país onde se perpetraram”. (grifamos)

444 FERREIRA DE ALMEIDA, *Os crimes contra a humanidade...*, pp. 36-37.

445 GRAVEN, Jean. *Le crimes Contre L’Humanité*, RCADI, vol. 76, 1950, pp. 457-458.

446 “[...] the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience”. É importante lembrar que esta norma é uma repetição literal da cláusula Martens presente na II Convenção de Haia sobre Leis e Costumes de Guerra de 1899: “Esperando, pois, que um código mais completo de leis de guerra possa ser proclamado, as Altas Partes contratantes julgam oportuno fazer constar que, nos casos não compreendidos nas disposições regulamentares por elas adotados, as populações e os beligerantes ficam sob a proteção e sob o império dos princípios de Direito das Gentes, tais como eles resultam dos costumes estabelecidos entre as nações civilizadas, assim como das leis da humanidade e das exigências da consciência pública”.

447 INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL NUREMBERG. *Trial of the major war criminals before the International Military Tribunal*, Vol. I: Official Documents, Nuremberg: IMTN, 1947, p. 232.

meramente declaratórias das leis de guerra existentes conforme previsto pela Convenção de Haia [de 1907], cujo artigo 46 prescreveu [que]: “A honra familiar e os direitos, as vidas das pessoas e [suas] propriedades privadas, bem como [suas] convicções religiosas e costumes [*practice*] devem ser respeitadas [...]”.

Em outros termos, o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg somente havia formalizado o direito internacional consuetudinário preexistente que já tipificava, na forma de crimes de guerra, e por derivação, os crimes contra a humanidade, os ilícitos penais que foram praticados contra beligerantes e a população civil.

Contra Keitel foram imputados comportamentos tipificados nas três categorias centrais de Nuremberg – crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade -, sendo que, no tangente aos crimes de guerra, uma das principais acusações foi a de ter, junto a Hitler, editado o Decreto “Noite e Névoa”, na medida em que o tribunal considerou que referida medida violava o disposto no artigo 46 da IV Convenção de Haia. Com efeito, conforme consta no indiciamento de Keitel perante o tribunal, os comportamentos praticados com fundamento nesse decreto constituíam-se em crimes de guerra, mormente porque tinham por alvo a população civil dos territórios ocupados, e não, como o estabelecido no Estatuto de Nuremberg, a própria população alemã⁴⁴⁸:

Os territórios ocupados pela Alemanha foram administrados em violação às leis de guerra. A evidência é muito grande de um padrão sistemático de violência, brutalidade e terror. Em 07 de dezembro de 1941 Hitler emitiu a diretiva, conhecida como “Nacht und Nebel Erlass” (Decreto Noite e Névoa), segundo a qual pessoas que cometeram crimes contra o Reich ou as forças alemãs nos territórios ocupados, exceto quando a sentença de morte fosse certa, deveriam ser secretamente mandados para a Alemanha e entregues à SIPO [*Sicherheitspolizei* (Polícia de Segurança)] e [à] SD [*Sicherheitsdienst* (Serviço de Segurança)]⁴⁴⁹ para julgamento ou punição. Este decreto foi assinado pelo acusado Keitel. Depois de os civis terem chegado à Alemanha, nenhuma palavra [sobre] eles era permitida [...] ou a um seu parente; em muitos casos, muitos deles morreram enquanto aguardavam o julgamento, não se informando [nada] a seus familiares; a finalidade era a de criar ansiedade na mente das famílias e das pessoas presas. [...] Um dos meios mais notórios de aterrorizar as pessoas nos territórios ocupados foi o uso de campos de concentração. Elas foram estabelecidas pela primeira vez na Alemanha na época da tomada do poder pelo governo nazista. [...] Na administração dos territórios ocupados, os campos de concentração foram usados para destruir todos os grupos de oposição. [Para a]s pessoas presas pela Gestapo, a regra era a de elas serem mandadas para [os] campos de concentração. Eles foram transportados para os campos sem tomar nenhuma precaução [*in many cases without any care whatever being taken for them*], e um grande número morreu no caminho. Aqueles que chegaram ao campo estavam sujeitos a crueldade sistemática. Eles foram [submetidos a um regime] de trabalho forçado penoso [*hard physical labor*], [com] alimentação, roupas e abrigo inadequados, e estavam sujeitos em todos os momentos aos rigores de um regime desumano [*souless*] e aos caprichos particulares de guardas individuais.

448 INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL NUREMBERG. *Trial of the major war criminals...*, pp. 232-234.

449 A SIPO e a SD se constituíam em órgãos pertencentes à SS.

Assim, resta evidenciado, mormente em razão da efetiva condenação de Keitel pelos crimes que se lhe imputaram, em especial a prática de crimes de guerra na forma do desaparecimento forçado de pessoas que, em Nuremberg, referido ilícito constituiu-se em espécie de crime de guerra subsumido no tipo residual de “maus-tratos” impingidos contra beligerante ou a população civil por, nos termos do artigo 46 da IV Convenção de Haia, referida prática violar a “honra familiar” e “os direitos e as vidas das pessoas”. Para Finucane⁴⁵⁰,

O TIMN condenou o programa Noite e Névoa como uma forma de maus-tratos infligidos sobre as pessoas desaparecidas e suas famílias, e não como assassinato ou deportação *qua* deportação. A “inovação fundamental” do programa Noite e Névoa foram os danos causados às famílias, e não os ataques sobre as vidas ou liberdades dos indivíduos. Ao enfatizar os efeitos do programa Noite e Névoa sobre as famílias dos desaparecidos, o julgamento do TIMN considerou o desaparecimento forçado como uma violação à “honra da família e [seus] direitos”, garantidos pelo Direito Internacional Consuetudinário através da Convenção de Haia de 1907.

Já no caso dos Juristas (Altstötter *et al.*), e nos demais julgamentos ocorridos nos Processos de Guerra de Nuremberg, os fundamentos para as incriminações não se deram, como já afirmado, a partir do Estatuto de Nuremberg, mas da Control Council Law n. 10, editado pelo Conselho do Controle Aliado na Alemanha, e que se baseou, em parte considerável, nos Estatutos dos Tribunais Militares Internacionais. Conforme Werle⁴⁵¹,

O fundamento jurídico comum para os julgamentos nas zonas ocupadas, a Lei nº 10 para a Punição das Pessoas Culpadas de Crimes de Guerra, Crimes Contra a Paz e Crimes Contra a Humanidade (CCL Nº 10), foi promulgada [*issued*] pelo Conselho do Controle Aliado em 20 de dezembro de 1945, adquire relevante importância. Com essa norma, o Conselho do Controle Aliado acata e aperfeiçoa o modelo do julgamento por crimes de guerra de Nuremberg. A norma pretendeu assegurar que os julgamentos posteriores nas quatro zonas ocupadas estivessem [*would rest*] sob uma base legal uniforme [...] os doze denominados julgamentos de Nuremberg [*foram*] realizados por tribunais militares dos EUA até meados de 1949 [...] Cada um desses doze julgamentos se concentraram em um grupo específico de acusados; muitos [*deles*] foram altos representantes das profissões médicas, jurídicas, militares, da economia e a indústria, bem como oficiais do alto-comando do Estado e do Partido Nazista.

Os “aperfeiçoamentos” a que se refere Werle podem ser vistos em dois exemplos: a) se no Estatuto de Nuremberg, o princípio jurisdicional de regência fora o da exclusividade, com a Control Council Law n. 10 passou-se a adotar o critério da primazia, conforme indicado no item 2.3.1.1.b, supra; e b) se no Estatuto de Nuremberg o fundamento da incriminação dos crimes contra a humanidade se deu a partir da “teoria da extensão da competência por crimes de guerra”, com a Control Council Law n. 10 ocorreu a

450 FINUCANE, *Enforced disappearances as a crime under International Law...*, p. 180.

451 WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, pp. 12-14.

autonomização dessa forma de macrocriminalidade em relação aos demais crimes, isto é, se tipificaram os crimes contra a humanidade *qua* crimes contra a humanidade, afastando-se a necessidade de conexão com os demais crimes para a punibilidade de seus autores⁴⁵².

O caso Altstötter *et al.*⁴⁵³ foi aberto para apurar a responsabilidade penal pelo crime de conspiração de vários juristas que haviam ocupado posições superiores ou de destaque perante os tribunais do III Reich, fossem juízes ou promotores de justiça que atuavam nos tribunais especiais ou nos tribunais do povo, ou no Ministério da Justiça. Dos 16 indiciados, dentre os quais Wilhelm von Ammon e mais oito funcionários do Ministério da Justiça, destacava-se o acusado Schlegelberger, que ocupara interinamente a função de Ministro da Justiça entre a morte de Guertner em janeiro de 1941 e a nomeação por Thierack em agosto de 1942. Em outros termos, o Decreto “Noite e Névoa” foi elaborado e aprovado no Ministério da Justiça durante a sua interinidade; além disso, Schelegelberger, Rothenberger e Klemm haviam sido subsecretários [*Staatssekretaer*] da Justiça do Reich. Todos os acusados foram indiciados pelo cometimento de quatro modalidades de crimes: a) o crime de conspiração para o cometimento de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade, b) o cometimento de crimes de guerra contra civis nos territórios ocupados pela Alemanha a partir de setembro de 1939, c) o cometimento de crimes contra a humanidade, incluindo crimes contra civis alemães ou de nacionais dos territórios ocupados desde o início da 2GGM, e d) contra sete acusados, a imputação de pertencimento à SS, à SD e ao Partido Nazista, organizações que haviam sido declaradas organizações criminosas pelo TIMN⁴⁵⁴.

Um dos pontos centrais que fundamentou a acusação foi a de que eles não eram “fazendeiros ou trabalhadores de indústrias” [*“[t]hese defendants are not farmers or factory workers”*]⁴⁵⁵, mas juristas, muitos deles doutores em direito, que empregaram suas formações e expertise profissionais para auxiliar na promulgação e execução de leis draconianas, de perseguição racial e de extensão jurisdicional das leis restritivas às garantias a um julgamento

452 Com efeito, os textos originais dos dois estatutos têm, respectivamente, as seguintes redações: 1) artigo 6, c do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg “(c) CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.”; artigo II, 1, c da Control Council Law n. 10: “(a) Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated.”

453 O Tribunal foi composto somente por juízes dos Estados Unidos da América, a saber: Carrington T. Marshall (Presidente), James T. Brand e Mallory B. Blair. UNITED STATES OF AMERICA. *Nuremberg Military Tribunals...* vol. III: The Justice Case, p. 13.

454 UNITED STATES OF AMERICA. *Nuremberg Military Tribunals...* vol. III: The Justice Case, p. 3.

455 UNITED STATES OF AMERICA. *Nuremberg Military Tribunals...* vol. III: The Justice Case, p. 69.

justo, além de, na qualidade de juízes e promotores de justiça, terem atuado em submissão aos programas macrocriminais de eliminação de opositores políticos e de manutenção do regime de terror nazista, em completa contradição aos princípios mais comezinhos que deveriam guiar as suas atuações profissionais⁴⁵⁶.

A Corte seguiu, em linhas gerais, a mesma descrição do programa “Noite e Névoa” que se dera no Tribunal de Nuremberg, considerando, nesse sentido, que, *prima facie*, ele tipificava a prática de crimes de guerra, imputando a von Ammon papel preponderante em sua elaboração e execução na medida em que ele, na qualidade de especialista em Direito Internacional do Ministério da Justiça do Reich, detinha pleno conhecimento de sua ilicitude. Esses indícios foram corroborados pela juntada de provas documentais que comprovaram o fato de que von Ammon e outro corréu – Magenbergl – terem sido os principais negociadores de execução junto ao Comando Supremo das Forças Armadas⁴⁵⁷ e os tribunais a que se submeteu a jurisdição dos prisioneiros da Noite e Névoa⁴⁵⁸.

Entretanto, quando do julgamento do programa “Noite e Névoa”, os juízes se depararam com o seguinte problema, explicitamente formulado na sentença: “Será que aquelas leis draconianas e as decisões proferidas sob as mesmas se constituem [em] crimes de guerra ou crimes contra a humanidade?”. Para a Corte, a execução do programa tipificou-se, cumulativamente, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Para chegar a esta conclusão, os juízes consideraram duas circunstâncias: a) que o Decreto impusesse como única pena cabível aos acusados a de morte, quando, no entender da Corte, mesmo em tempo de guerra, ela somente poderia ser aplicada em *ultima ratio* segundo os princípios gerais reconhecidos pelas nações civilizadas, bem como por, nos termos da diretiva, submeter os acusados a um processo persecutório que não se lhes assegurava um processo justo (*fair trial*). Essas particularidades seriam bastante para se declarar a subsunção de referida norma e as decisões tomadas no tipo de crimes contra a humanidade; b) por ter sido uma medida que se aplicou à população civil dos territórios ocupados, mediante a detenção, deportação, o

456 O teor da acusação é a seguinte: “In any event, in this case before this Tribunal, we shall ask the Court to bear in mind that lawyers, by the very nature of their legal training and experience, knew that the enactment of ex post facto laws, specially designed racial legislation and other legislation directly designed to restrict and destroy the right to make an adequate defense to a criminal charge; the handpicking of judges and their control by state and party; the submergence of the courts and prosecutors to the superior authority of the police; pretrial agreement of judges and prosecutor on judgment and penalty; unlawful extraterritorial extension of German law and the issuance of the Nacht und Nebel [Night and Fog] decree contrary to the laws of war, would probably cause death of human beings, subjected to such a perverted judicial system”. UNITED STATES OF AMERICA. *Nuremberg Military Tribunals...* vol. III: The Justice Case, p. 69.

457 UNITED STATES OF AMERICA. *Nuremberg Military Tribunals...* vol. III: The Justice Case, pp. 76-77.

458 Nomeadamente, os tribunais do povo e militares situados nas cidades de Kiel, Essen, Colônia e Berlim. UNITED STATES OF AMERICA. *Nuremberg Military Tribunals...* vol. III: The Justice Case, pp. 788-790.

aprisionamento nos campos de concentração e ocultação do destino dos prisioneiros, referida medida se constituía, também, em crime de guerra⁴⁵⁹.

Nesse sentido, pode-se concluir que, muito embora as duas Cortes não tenham se utilizado do *nomen iuris* desaparecimento forçado de pessoas para punir aos acusados de suas práticas, mas do tipo residual contido no Estatuto de Nuremberg e na Control Council Law n. 10 “outros atos desumanos”, vê-se claramente que os elementos contedúísticos daquilo que viria a ser o tipo penal no Estatuto do Tribunal Penal Internacional se encontravam manifestamente presentes – detenção (i)legal, deportação, ocultação do destino ou da sorte do detido, denegação da proteção legal etc -, do que segue como consequência a possibilidade de afirmar-se que o desaparecimento forçado de pessoas constitui-se em um crime internacional próprio desde a gênese do Direito Penal Internacional em Nuremberg.

Nada obstante isto, e tendo em conta o que já foi afirmado em vários momentos desse trabalho, seja no concernente ao caráter fragmentário e assistemático do Direito Penal Internacional, mas também em razão do que Bassiouni⁴⁶⁰ e Bazelaire e Cretin⁴⁶¹ denominam de “período de silêncio” que se abateu sobre esse ramo, mormente em razão da guerra fria, essa origem do desaparecimento forçado de pessoas caiu em esquecimento tanto por parte da doutrina do Direito Penal Internacional como da jurisprudência dos tribunais penais internacionais, haja vista que, quando de seu ressurgimento em cena, em especial no conflito que ensejou a criação do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e, um pouco depois, com a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, afirmou-se que se tratava de um “novo” crime internacional, derivado da luta contra o desaparecimento forçado no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Assim, quando Cassese comenta, em linhas gerais, as particularidades do desaparecimento forçado de pessoas em seus *Lineamenti*, afirma que⁴⁶²

Pode-se observar que, com relação a esse crime, o Estatuto do TPI não codificou o direito consuetudinário, mas que contribuiu na cristalização [de] uma norma de formação recente, e que se havia desenvolvido principalmente sobre a base do direito internacional convencional (particularmente, os numerosos tratados em matéria de direitos humanos que proíbem sob várias formas os atos que se subsumem na categoria de “desaparecimento forçado de pessoas”), da jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou de diversas resoluções da AG da ONU. Estes diversos elementos contribuíram para a progressiva formação

459 “In respect to his other activities we refer to our general discussion under the heading “Night and Fog.” We find the defendant von Ammon guilty of war crimes and crimes against humanity under counts two and three of the indictment.” UNITED STATES OF AMERICA. *Nuremberg Military Tribunals...* vol. III: The Justice Case, pp. 1134.

460 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, pp. 565-566.

461 BAZELAIRE, CRETIN, *A justiça penal internacional...*, pp. 41-42.

462 CASSESE, *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale...*, p. 100.

de uma norma consuetudinária que proíbe o desaparecimento forçado de pessoas: o Estatuto do TPI confirmou e codificou a incriminação.

Já em âmbito jurisprudencial, o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, no caso *Krupeski*, julgado em 14 de janeiro de 2000 pela Câmara de Julgamento, no qual pesavam contra os diversos acusados a prática de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade, nomeadamente quanto a estes últimos, o homicídio (artigo 5, a), a perseguição por motivos políticos, raciais e religiosos (artigo 5, h) e outros atos desumanos (artigo 5, i), todos do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, a Corte, ao discorrer sobre esta última categoria de crimes contra a humanidade – outros atos desumanos –, reportou-se, inicialmente, ao disposto no artigo 6, c do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e ao artigo II, 1, c da Control Council Law n. 10, que foi a base de incriminação do desaparecimento forçado de pessoas no *Jubliey* e no caso dos Juristas, afirmando, pois, em seguida, que

Existe uma preocupação de que esta categoria carece de precisão e é muito geral para fornecer um critério seguro para o trabalho do Tribunal e, portanto, seria contrária ao princípio da “taxatividade” [*specificity*] em direito penal. É, portanto, imperativo [que o Tribunal] estabeleça o que está incluído nessa categoria. A expressão “outros atos desumanos” foi deliberadamente concebida como uma categoria residual, uma vez que se considerou indesejável em relação a esta categoria [crimes contra a humanidade] ser exaustivamente enumerado. Uma categorização exaustiva criaria apenas oportunidades de evasão à proibição normativa [*evasion of the letter of the prohibition*]. A importância em se manter referida categoria foi elucidada pelo CICV ao comentar sobre que constituiria uma violação da obrigação de fornecer “tratamento humano” contida no artigo 3º comum das Convenções de Genebra.⁴⁶³

Ademais, reportando-se ao Projeto de Crimes Internacional discutido pela Comissão de Direito Internacional em 1996 [*Crimes Against the Peace and Security of Mankind*], no qual se consignou a impossibilidade de se tipificar de forma exaustiva todos os comportamentos que constituiriam em atos desumanos, pelo que se demarcou, no entanto, o seu conteúdo na forma de todas as ações graves que causem dano à integridade física ou mental da pessoa humana segundo os standards do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴⁶⁴. Seguindo estes parâmetros, a Câmara passou a indicar, *inter alia*, espécies de comportamentos que se constituiriam em formas de atos desumanos, consignando que

463 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Trial Chamber. *Prosecutor vs. Zoran Krupeski et al* (Lasva Valley), disponível em <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>, acessado em 16.jan 2016.

464 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Trial Chamber. *Prosecutor vs. Zoran Krupeski*.... pp. 225-226.

[...] a interpretação de “outros atos desumanos” [...] pode ser identifica [nas] normas internacionais sobre direitos humanos [...]. Baseando-se em diversas disposições desses textos, é possível identificar um conjunto de direitos básicos pertencentes a[os] seres humanos, cuja violação pode atingir, dependendo das circunstâncias, a um crime contra a humanidade. Assim, por exemplo, formas graves de tratamento cruel ou degradante de pessoas que pertencem a um grupo étnico, religioso, político ou racial, ou graves manifestações generalizadas ou sistemáticas de tratamento cruel, humilhante ou degradante com uma intenção discriminatória ou persecutória, sem dúvida, constitui-se em crimes contra a humanidade: [o tratamento] desumano ou degradante é proibido pelo [PIDCP] (artigo 7), pela [CPDHLP], de 1950 (artigo 3), a [CADH] de 9 de junho 1994 (artigo 5) e da Convenção de 1984 contra a Tortura (artigo 1). Da mesma forma, a expressão em questão, sem dúvida, alcança a transferência forçada de civis (que é, em certa medida, abrangida pelo artigo 49 da Convenção IV de 1949 e o artigo 17, I do Protocolo Adicional II de 1977), [a] substituição forçada (indiscutivelmente, um grave atentado à dignidade humana de acordo com a maioria dos instrumentos internacionais sobre direitos humanos), **bem como o desaparecimento forçado de pessoas** (proibido pela Resolução da [AGONU] 47/133 [...] e pela [CISDFP] de 9 de junho de 1994)⁴⁶⁵. Claramente, todos estes e outros atos semelhantes, devem ser praticados de maneira sistemática e em grande escala. Em outras palavras, eles devem ser tão graves quanto as outras classes de crimes previstos nas outras disposições do artigo 5. Uma vez que os parâmetros legais para determinar o conteúdo da categoria de “atos desumanos” são identificados, [o] recurso à regra *ejusdem generis* objetivando comparar e avaliar a gravidade do ato proibido é justificado. (grifamos)

Muito embora o tema relativo ao caráter aberto e, portanto, legitimador da prática da analogia a partir do tipo penal “outros atos desumanos” contido no Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, e que foi mantido no artigo 7, 1, k do Estatuto do Tribunal Penal Internacional ⁴⁶⁶, seja relevantíssimo no tocante ao princípio da estrita legalidade em direito penal, mormente no concerne ao princípio da taxatividade e à vedação da analogia incriminadora, o que se gostaria de destacar no trecho acima reproduzido é o “esquecimento” a que o crime de que cuida este trabalho passou. Com efeito, no caso em estudo, a Câmara de Julgamento declarou que: a) o tipo “outros atos desumanos” já estava previsto no Estatuto de Nuremberg e na Control Council Law n. 10; b) que o mesmo é interpretado a partir dos parâmetros que defluem do Direito Internacional dos Direitos Humanos em todas as suas variantes e c) que o contínuo aperfeiçoamento dessas normas de garantia, ao vedarem a prática de determinados comportamentos que infligem excessivos sofrimentos físicos ou psíquicos à pessoa humana, mormente se praticados num ataque geral e sistemático à população civil, se constituem em crimes contra a humanidade etc. Contudo, no que concerne ao desaparecimento forçado de pessoas, não reconheceu a sua origem remota em Nuremberg, mas antes, como um processo de recente surgimento, indicando, para tanto, os textos da Declaração para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado e da

465 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Trial Chamber. *Prosecutor vs. Zoran Krupeski*..., pp. 226-227.

466 É interessante notar que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional tipificou, na forma de crimes contra a humanidade, os comportamentos indicados exemplificativamente na referida decisão da Câmara de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Assim, a transferência forçada de pessoas (artigo 7, 1, d), a substituição forçada (artigo 7, 1, g) e o desaparecimento forçado de pessoas (artigo 7, 1, i).

Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, isto é, decorrente da “luta” internacional contra a prática, e que se inicia entre as décadas de 1970/1980.

Como se vê, o “período de silêncio” a que se submeteu o desenvolvimento do Direito Penal Internacional ensejou, em relação ao desaparecimento forçado de pessoas, um “esquecimento” quanto à sua origem em Nuremberg, pelo que se faz necessário, no presente trabalho, discorrer sobre o seu “ressurgimento” a partir da luta internacional contra a sua prática no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

3.3 O “ressurgimento” do desaparecimento forçado de pessoas no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a luta internacional por sua proscrição/incriminação

Parece não existir nenhuma dúvida razoável sobre em qual contexto (res)surgiu a luta internacional para proscrever e punir a prática do desaparecimento forçado de pessoas: os diversos regimes ditatoriais que se instalaram na América Latina entre os anos de 1960 e 1980.

Referido (res)surgimento teve, como pano de fundo, três circunstâncias históricas que devem ser analisadas em sua conjuntura global:

- A) A bipolarização leste-oeste decorrente da Guerra Fria;
- B) A adoção, em sede nacional, das doutrinas de “segurança nacional”;

C) As conflagrações sociais e políticas entre os governos existentes e diversos movimentos nacionais e que foram resolvidas através de golpes de estado, e que se guiaram, como regra geral, pela adoção de práticas caracterizadas como terrorismo de Estado, nos quais a tortura, o desaparecimento forçado de pessoas, as execuções extrajudiciais, até mesmo o genocídio⁴⁶⁷, foram praticados como meios de submetimento das dissidências políticas.

467 É o caso do chamado genocídio maya, ocorrido na Guatemala entre os anos de 1982 e 1983, durante o governo do General Efraín Ríos Montt. Entre abril e maio de 2013, Ríos Mott foi submetido a julgamento por estes fatos, tendo sido condenado à pena de 80 anos de prisão pela prática de genocídio e crimes contra a humanidade. No entanto, no mesmo mês, o Tribunal Constitucional da Guatemala anulou o julgamento, determinando que ele fosse novamente realizado. O novo julgamento, embora previsto para ocorrer em 2015, ainda não ocorreu em razão de o acusado ter sido diagnosticado mentalmente incapaz. EL PAÍS. *Un informe médico exime a Ríos Montt de ir a un segundo juicio*, disponível em http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/08/actualidad/1436374484_749667.html, acessado em 08.jul. 2015.

A guerra fria pode ser considerada como a conflagração de um estado de guerra em potência entre os dois Estados que, ao lado dos demais aliados, saíram vencedores da Segunda Grande Guerra Mundial, os Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, mas que, mal terminada a conflagração mundial, se lançaram numa luta pela hegemonia internacional, tendo por ancoragem ideologias político-econômicas diversas: a democracia capitalista a oeste, e o regime de socialismo de Estado a leste. Para Bobbio, a guerra fria é a expressão utilizada a partir da década de 1950 para identificar⁴⁶⁸

[...] o estado das relações político-militares entre as duas maiores potências do mundo [...] tal como se foram configurando depois da descoberta das armas nucleares, e com base nesse estado de coisas para definir uma estratégia e sua relativa doutrina [...] da dissuasão). Como doutrina das relações internacionais, a doutrina do equilíbrio do terror [...] retoma, repete e, quem sabe, leva a extremas consequências a doutrina tradicional do equilíbrio das potências [...] segundo a qual em uma situação considerada permanentemente conflituosa entre entes respectivamente independentes o único modo de manter uma paz relativa é o equilíbrio das forças.

O equilíbrio do terror a que se reporta Bobbio pode ser compreendido a partir do acrônimo MAD (*mutual assured destruction*, i.e. mútua destruição assegurada): por serem as duas superpotências detentoras de armamento nuclear, uma guerra em que estas armas fossem utilizadas levaria não somente à mútua destruição dos dois contendores, mas também de toda a humanidade⁴⁶⁹. Como Estados Unidos da América e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, salvo a hipótese decorrente da Crise dos Mísseis em Cuba, em 1962⁴⁷⁰, em que a conflagração quase passa da latência ao ato, os embates bélicos por eles travados se deram de forma indireta, seja no campo internacional – as Guerras da Coreia e do Vietnã –, seja no contexto interno dos Estados que se encontravam sob as suas respectivas hegemonias. Pode-se afirmar, nesse sentido, que a guerra fria envolveu prioritariamente questões de geopolítica e geoeconomia, no qual as duas potências nucleares buscaram, direta ou indiretamente, influir nas esferas de hegemonia uma da outra.

Nesse sentido, é importante lembrar que a América Latina, desde a enunciação da Doutrina Monroe, em 1823, foi considerada, numa expressão mais figurativa do que efetivamente identificativa de seu conteúdo, o “quintal” dos Estados Unidos. Conforme Santos⁴⁷¹,

468 BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*, tradução de Daniela B. Versani, Barueri: Manole, 2009, pp. 59-60.

469 BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*, tradução de Álvaro Lorencini, São Paulo: UNESP, 2003, pp. 63-69.

470 GADDIS, John Lewis. *The Cold War: a new history*, New York: The Penguin Press, 2005, p. 40-43.

471 SANTOS, Marcelo. *O poder norte-americano e a América Latina no pós-Guerra Fria*, São Paulo: Annablume-FAPESP, 2007, pp. 20-22.

Desde cedo, muito antes de começar o seu envolvimento permanente no sistema internacional, a política externa norte-americana já lançava as suas bases de influência dentro do continente americano mediante a publicação da Doutrina Monroe em 1823. Ainda que, após a independência em 1776 e durante quase todo o século XIX, o isolacionismo prevalecesse nas questões externas [...] os norte americanos não deixaram de garantir a liderança e a influência sobre as questões do continente americano [...]. Foi dentro desse contexto que, em pouco tempo, a postura norte-americana de isolamento em relação à Europa compreenderia também uma iniciativa de isolar todo o continente americano das influências e dos interesses europeus [...] Com a publicação da Doutrina Monroe [...] diante das ameaças de recolonização por parte das metrópoles europeias, os EUA estenderam a noção de garantia da sua segurança interna a todo o continente, declarando inadmissível a recolonização ou qualquer intervenção europeia nos assuntos internos e externos dos países americanos [...] Uma marca fundamental de toda a história das relações entre os EUA e a América Latina sintetiza-se nessa doutrina, isto é, a supremacia dos EUA sobre as questões do continente [...]. Combinando táticas e estratégias diversas [...] o caráter da Doutrina Monroe de manter, defender e expandir a supremacia dos EUA nas questões do continente, solapando a soberania das nações, permaneceu inalterado durante quase dois séculos.

Não resta dúvida, portanto, acerca de quais os efeitos que a Revolução Cubana de 1959 desencadeou no contexto latino-americano da guerra fria. Eis que a meros 150 km da costa leste estadunidense, um Estado que até então se encontrava fortemente submetido à hegemonia dos Estados Unidos da América passa por uma revolução política de caráter socialista, dando origem a vínculos político-econômicos com o regime soviético, em especial a partir de 1966 com a realização da Primeira Conferência Tricontinental de Havana e a constituição da Organização Latino-Americana de Solidariedade⁴⁷²: os Estados Unidos reforçam o apoio político, econômico e militar para os demais Estados latino-americanos enfrentarem a ameaça comunista presente na região. Para tanto, engendrou-se, como método ideológico, político e militar, a Doutrina da Segurança Nacional, cuja origem, no dizer de Molina Theissen⁴⁷³,

[...] derivou em um processo de militarização na América Latina, surgida num marco de crise da hegemonia norte americana ao se concretizar uma alternativa revolucionária em Cuba [...] as condições políticas internas em alguns dos países também chegaram a níveis de crise, predominando o descontentamento popular, as mobilizações constantes e a radicalização de setores da população que optaram pela luta armada. Nesse contexto, os exércitos (modernizados, profissionais, capacitados pelas escolas militares norte americanas) foram utilizados como a única opção possível para recuperar a ordem social, sendo esta concebida como a manutenção do sistema político e econômico. No interior dessa lógica, o exército se situa acima da sociedade, como a encarnação dos interesses nacionais, que tem como

472 Conforme Pessoa, foi uma organização criada na aludida Conferência, e que tinha por finalidade estabelecer um regime de cooperação internacional entre os movimentos de libertação nacional nos continentes africano, asiático e americano, de forma a tornar possível a utilização de todos os meios necessários a se atingir as metas inerentes a referidas lutas, tendo por princípio fundamental a de que as lutas revolucionárias se constituíam como um direito imprescritível dos povos em se levantar contra o imperialismo, o colonialismo e o neocolonialismo. PESSOA, Mário. *O Direito da Segurança Nacional*, RJ: Biblioteca do Exército/São Paulo: RT, 1971, pp. 103-106.

473 MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. *La desaparición forzada de personas en América Latina*, in CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto et al (Orgs.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*, San José, C.R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 77-78.

contraparte a um responsável por todos os males sociais, a um inimigo subversivo. Esta concepção é comum a todos os setores que compartilham a hegemonia do Estado.

A característica mais marcante da Doutrina da Segurança Nacional é a assunção de que a guerra, jus-internacionalmente concebida como um conflito bélico entre Estados⁴⁷⁴ constituía-se, em razão da prevalência da segurança interna dos Estados sobre os regimes democráticos e os direitos fundamentais, numa frente indivisa ente o externo e o interno em decorrência das ameaças providas de movimentos de libertação nacional ou dissidentes políticos em particular, e do comunismo internacional em geral. Em outros termos, o conflito ideológico leste-oeste não seria um evento puramente internacional, mas também nacional, mormente por referida doutrina afirmar a fragilidade dos regimes democráticos para se contrapuser às ameaças externas e internas derivadas do comunismo. Isto resta evidenciado na defesa que Pessoa⁴⁷⁵ fez do uso da excepcionalidade como um dos elementos caracterizadores da Doutrina de Segurança Nacional, para ele a única forma de o Estado prover a defesa de seus direitos fundamentais e realizar na facticidade histórica o seu desenvolvimento, pois, ao comentar os dispositivos constitucionais contidos nos artigos 155-156 da Constituição Federal de 1969, que estabelecia as condições e limites temporais do estado de sítio, a partir do problema da internalização do conflito ideológico, afirmou que

Se o estado de sítio, no exemplo brasileiro [...] *não será superior a 180 dias* [...] segue-se que ele é inadequado para enfrentar situações de gravidade *permanente*, diferentes das estritas hipóteses legais, e que exigem respostas eficazes, *também permanentes*, por parte dos órgãos de segurança [...] [tais como a] *permanente guerra revolucionária do tipo comunista*, um tipo de guerra jamais visto, e que só desaparecerá da cena mundial quando forem atingidos todos os seus objetivos finais, deve ter a defesa correspondente [...] (grifos no original).

474 Com efeito, conforme Oppenheim, “[...] guerra é a contenda entre dois ou mais Estados por meio de suas forças armadas, com o propósito de sobrepor um ao outro e impor condições de paz aprazíveis ao vitorioso”, apud DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*, 3ª ed., tradução de Mauro R. de Mello, Barueri: Monele, 2004, p. 5. Essa afirmação encontra eco na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, em especial no case Nicarágua vs. EUA, em que se consignou que “O conflito entre as forças contrárias e aquelas do Governo da Nicarágua é um conflito armado que “não possui caráter internacional”. Os atos dos “contras” em direção ao Governo da Nicarágua são portanto governados pelas leis aplicáveis a conflitos daquela natureza; dessa forma, as ações dos Estados Unidos contra a Nicarágua e dentro de seu território estão em desacordo com as normas legais relativas aos conflitos internacionais”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), Merits, Judgment of 27 JUNE 1986, p. 114, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>, acessado em 20.jan. 2006.

475 PESSOAS, *O Direito da Segurança Nacional*..., pp. 97-98.

Ademais, o único agente capaz de assegurar a manutenção do regime político não seriam as instituições próprias do regime democrático ou os poderes constituídos, mas as forças armadas pois, conforme indicado por Molina Theissen,⁴⁷⁶

Segundo a doutrina da Segurança Nacional, não existe uma frente de guerra em sentido tradicional. O inimigo (a subversão, o comunismo internacional...) encontra-se em todos os lados, inclusive – ou, sobretudo – no meio da população. O conflito se expressa não somente no terreno militar, mas em questões ideológicas, políticas ou culturais, as quais se pressupõem tão perigosas como as ações militares e frente às quais se responde por meio de métodos violentos. Dessa maneira, os exércitos latino-americanos romperam com a concepção tradicional de defesa do território e da soberania, para se converterem em virtuais exércitos de ocupação em seus próprios países, representando e defendendo interesses alheios e mesmo contrários a seus próprios povos, num suposto combate contra o comunismo internacional.

Se se trata, portanto, não de conflitos políticos passíveis de serem solvidos pelos meios ordinários e constitucionais de disputa pelo poder, mas de um estado permanente de guerra no qual as frentes externas e internas se esfumam, qual o tipo de guerra foi levado a efeito pelos Estados orientados pela Doutrina de Segurança Nacional?

A doutrina tem sido bastante criativa em nomeá-la - terrorismo de Estado, guerra suja, estado de exceção, guerra de baixa intensidade etc -, expressões que buscam identificar o ponto essencial das ações de repressão dos governos envolvidos, especialmente quando cotejadas com os standards derivados do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a saber, a prática contínua e institucionalizada de violações sistemáticas dos direitos humanos e crimes internacionais (nomeadamente, desaparecimento forçado, tortura, execuções extrajudiciais etc), cujas práticas, por se situarem na zona gris do combate à dissidência política, sistematizaram e criaram na população civil aquilo que se identificou em linhas acima de política de submetimento pela difusão do terrorismo de Estado. Referida política de terror e submetimento pode, com efeito, ser sintetizada na afirmação feita pelo Gal. Ibérico Saint Jean, um dos líderes do golpe militar argentino em 1976: “*Primero mataremos a todos los subversivos, luego mataremos a sus colaboradores, después a sus simpatizantes, enseguida a aquellos que permanecen indiferentes y, finalmente, mataremos a los tímidos*”⁴⁷⁷.

Com efeito, sendo uma doutrina forjada sobre a excepcionalidade do direito, os Estados governados por civis e/ou militares que se instalaram no poder após golpes de estado sob o argumento de combate à ameaça do comunismo, excepcionam não somente às regras constitucionais atinentes às funções soberanas – com a conseqüente promulgação de atos

476 MOLINA THEISSEN, *La desaparición forzada de personas...*, p. 78. No mesmo sentido doutrinava PESSOAS, *O Direito da Segurança Nacional...*, pp. 142-144.

477 PÁGINA 12. “*LUTO EN EL INFIERNO: MURIÓ SAINT JEAN, EL QUE QUERÍA MATAR A TODOS*”, disponível em <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-205033-2012-10-06.html>, acessado em 06.out 2012.

institucionais com força de normas constitucionais e decretos-lei com força de leis, havendo ou não, conforme a conveniência do regime, a suspensão de funcionamento dos poderes legislativo e judiciário -, como também dos direitos e garantias fundamentais, em especial os direitos fundamentais de primeira dimensão e a garantia do habeas corpus, além de pôr em funcionamento um sistema de persecução política e penal executada pelas forças militares em coadjuvação com as forças policiais já existentes, além da criação de novas instituições político-policiais voltadas exclusivamente à persecução política, sendo, ademais, que em muitos Estados latino-americanos, ocorreu a participação ativa de grupos paramilitares nos atos de repressão. Contudo, diversamente do que se era de esperar num contexto de “guerra”, o principal método de execução da persecução política foi a clandestinidade. É nesse ponto, portanto, que o desaparecimento forçado de pessoas, geralmente seguido da tortura e de execuções extrajudiciais, é instituído como principal instrumento de perseguição política e debelação das dissidências⁴⁷⁸.

O procedimento utilizado nessa guerra clandestina contra a subversão, embora existam algumas variações, geralmente seguiu o seguinte *iter*⁴⁷⁹: a) a captura da vítima por meio de um procedimento que tornasse senão impossível, extremamente difícil a sua evitação, preferencialmente no período noturno, o que ilidiu, em muitos casos, a ocorrência de testemunhas do fato, mormente porque os captores, pertencentes a organismo internos de repressão, se utilizavam de diversos métodos para impedir as suas identificações: carros sem placas; se pertencentes às forças armadas, os agentes não usavam suas respectivas fardas, ou os captores pertenciam aos órgãos civis etc; b) a redução da capacidade de resistência do detido, mediante o uso de algemas ou outras formas de imobilização, bem como, com a finalidade de ocultar o destino e incutir desorientação espaço-temporal, o uso de vendas; c) a sua condução a um centro clandestino, na qual se suprimia, mediante violências várias, inclusive de caráter sexual, fosse homem ou mulher, e nesse último caso, mesmo se grávida, a dignidade do prisioneiro, local em que a tortura e os tratamentos degradantes, inumanos e cruéis tomavam parte do próprio regime concentracionário, contando, inclusive, com a assistência de pessoal médico para exercer o controle sobre a violência física e psicológica a

478 Quando “[...] os militares latino-americanos começaram a utilizar da prática do desaparecimento forçado de pessoas como um método repressivo, creram que haviam descoberto o crime perfeito: dentro de sua lógica inumana, não havia vítimas, e por isso, também não havia assassinos [victimarios] nem crimes”. MOLINA THEISSEN, *La desaparición forzada de personas...*, p. 65.

479 MOLINA THEISSEN, *La desaparición forzada de personas...*, pp. 83-84.

que se submetia a vítima; e d) após a obtenção de informações, a possível eliminação física da vítima, caso não houvesse morrido em razão das torturas sofridas⁴⁸⁰.

Esse método disseminou-se por todos os Estados latino-americanos entre os anos de 1960 e 1980, sendo que, conforme Molina Theissen e Scovazzi e Citroni, o primeiro país a dele se utilizar foi a Guatemala a partir do golpe de estado encabeçado pelo Coronel Enrique Peralta Azurdia, em 1963⁴⁸¹, e logo depois adotado pelas ditaduras civil-militares que foram se instalando na região, a começar pelo Brasil em 1964, Argentina, Chile, Uruguai etc.

É importante frisar, ademais, que o desaparecimento forçado de pessoas não atinge somente a vítima direta de sua prática, mas também, e de forma extremamente grave a seus familiares, na medida em que os submete a um estado permanente de incerteza quanto ao paradeiro ou sorte da vítima, dando azo ao surgimento de uma situação de indecidibilidade das mais atroz: nem mortos, nem vivos, mas desaparecidos⁴⁸². A clarificação dessa situação horrenda resta mais bem evidenciada a partir da classificação feita no Relatório da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas, intitulado *Nunca Más!*, na qual se consignou as seguintes modalidades de desaparecimentos forçados praticados pela ditadura argentina⁴⁸³:

A) *Detidos-desaparecidos (temporários) libertados*. Foram indivíduos sequestrados que sofreram um período de detenção clandestina em local desconhecido para serem libertados posteriormente, não oficialmente. A libertação destas pessoas era acompanhada de “recomendações” de não divulgar nada do que haviam sofrido, presenciado ou ouvido e, sobretudo, de não registrar denúncias. Nesta categoria, estiveram muitas vítimas que, tendo sido sequestradas, não denunciaram tal fato após sua soltura, pois essa foi a condição para a mesma e para sua sobrevivência. Da sua detenção, sabe-se porque as famílias recorreram às organizações de direitos humanos enquanto as vítimas permaneciam sequestradas, mas, em geral, não efetuaram denúncia. O temor de novos sequestros e de ciclos de tortura e a possibilidade do desaparecimento definitivo fizeram com que muitas dessas pessoas libertadas partissem o mais rápido possível para o exílio.

B) *Detidos-desaparecidos (temporários) “legalizados”*. Foram indivíduos sequestrados cuja detenção foi legalizada com a admissão, por parte do Estado, do estatuto de preso (político),

480 A Corte Interamericana de Derechos Humanos tem identificado a adoção de referido método em todos os seus julgados que versam sobre desaparecimento forçado, conforme se pode aferir dos seguintes julgados: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits)..., pp. 19-21; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gordínez Cruz v. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo), pp. 18-20, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf, acessado em 20.jul. 2004; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Molina Theissen v. Guatemala*, Sentencia de 4 mayo de 2004 (Fondo), pp. 9-14, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_106_esp.pdf, acessado em 20.out. 2008; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gómez Palomino v. Peru*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo), pp. 15-16, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_esp.pdf, acessado em 20.out. 2008; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, Sentencia de 22 septiembre de 2006 (Fondo), pp. 10-14, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf, acessado em 20.out. 2008.

481 MOLINA THEISSEN, *La desaparición forzada de personas...*, p. 67; SCOVAZZI, CITRONI, *The struggle against enforced disappearance...*, pp. 10-13.

482 FINUCANE, *Enforced disappearances as a crime under International Law...*, p. 10-13.

483 REPÚBLICA ARGENTINA. *Nunca más!* Informe CONADEP...

encaminhados a estabelecimentos de reclusão legais e colocados à disposição da Justiça Militar. O pouco contato disponível com advogados ou familiares impediu que as informações que dispunham sobre o período em que estiveram na condição de detidos-desaparecidos pudessem vir a público imediatamente aos acontecimentos. Dessa forma, informações preciosas que poderiam proteger ou resgatar outros detidos-desaparecidos em condições muito adversas não puderam ser utilizadas para tal fim. Em geral, somente quando concluída a pena imposta ou após o fim da ditadura, é que esse mosaico de informações atomizadas ganhava ressonância.

C) *Detidos-desaparecidos propriamente ditos*. Foram indivíduos sequestrados que permaneceram indefinidamente nessa situação. Desde sua detenção, deixou de haver notícias sobre os mesmos, a não ser relatos e depoimentos de alguns sobreviventes de centros de detenção onde aqueles foram vistos, ouvidos ou deles se ouviu falar. O tempo de duração dessa condição foi indefinida.

D) *Crianças desaparecidas*. Diferentemente da situação de adultos e jovens desaparecidos, pode-se inferir que, em boa parte destes casos, as vítimas sobreviveram. Particularmente expressivos na experiência Argentina, casos pontuais de sequestro e/ou prisão de crianças ocorreram nos outros países também. Em relação a metodologia aplicada na Argentina há dois tipos de situações. Uma, a de crianças de pouca idade no momento em que seus pais foram vítimas de ataque e sequestro. Neste caso, as crianças desapareceram junto com os adultos. Houve casos em que elas foram abandonadas na residência atacada, com vizinhos ou, então, devolvidas à família. A outra situação envolve crianças nascidas em cativeiro, nos centros clandestinos de detenção. São filhas de mulheres cuja gravidez era de conhecimento da família ou do círculo de colegas, amigos ou vizinhos. Considerando a regra geral do comportamento da repressão nesses casos, a suspeição do nascimento dessas crianças foi sempre quase uma certeza para os familiares e as organizações de direitos humanos. Mas há também o caso de crianças nascidas em cativeiro de mães cuja gravidez era desconhecida do entorno mais imediato. Nestas situações, fora denúncias eventuais registradas por alguns sobreviventes, a falta de informação se tornou um problema difícil de superar. Em todos esses casos, há uma forte suposição de que os bebês tenham sobrevivido. Está comprovado que essas crianças foram consideradas parte do “botim de guerra” da guerra suja. Sabe-se que, na maioria dos casos, foram dadas a famílias vinculadas, direta ou indiretamente, à repressão; por isso, aquelas que até agora não foram encontradas permanecem vítimas de sequestro e de apropriação da sua identidade.

O total de pessoas desaparecidas por força dos métodos de submetimento das ditaduras militares, que inclusive agiram, as do cone sul, em regime de cooperação internacional através da Operação Condor⁴⁸⁴, é de difícil mensuração. Os números, sempre variáveis, decorrem ora dos diversos movimentos e associações nacionais que amalgamam parentes de desaparecidos políticos, dos relatórios das comissões nacionais da verdade ou mesmo, em alguns casos, do reconhecimento expresso dos Estados, como se deu, no caso brasileiro, a partir do anexo I à Lei 9.140/1995, que instituiu a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Assim, junto às 136 pessoas arroladas pela Lei, e a partir da atuação da Comissão, cujo resultado foi divulgado no livro “Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre

484 Conforme o Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade – Grupo de Trabalho Operação Condor, referida operação (denominada no Brasil “Carcará”), foi formalizada em reunião secreta realizada em Santiago do Chile no final de outubro de 1975, é o nome que foi dado à aliança entre as ditaduras instaladas nos países do Cone Sul na década de 1970 - Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai - para a realização de atividades coordenadas, de forma clandestina e à margem da lei, com o objetivo de vigiar, sequestrar, torturar, assassinar e fazer desaparecer militantes políticos que faziam oposição, armada ou não, aos regimes militares da região. Disponível em <http://www.cnv.gov.br/index.php/2-uncategorised/417-operacao-condor-e-a-ditadura-no-brasil-analise-de-documentos-desclassificados>, acessado em 20.jan. 2016.

Mortos e Desaparecidos Políticos”, que acolheu o pedido de reconhecimento de referida situação em relação a outras 226 pessoas, oficialmente, morreram e/ou desapareceram, por força da ação dos organismos do Estado brasileiro, um total de 362, sendo que 150 teriam sido vítimas de desaparecimento forçado⁴⁸⁵. Já o relatório final da Comissão Nacional da Verdade, divulgado em 2014, reconheceu que o total de vítimas fatais chega a 434 pessoas, das quais 243 desaparecidas⁴⁸⁶.

Na Argentina, cuja prática parece ter cobrado o maior número de vidas, envolvendo, inclusive, a figura das crianças desaparecidas, isto é, filhos de prisioneiros que ou foram presos junto a seus pais ou que nasceram quando as mães estavam detidas e que, logo após o nascimento, estas foram mortas e aqueles dados em adoção⁴⁸⁷, o total de desaparecidos tem variado bastante, mas nem por isso deixa de ser apoplético: no *Nunca Más!* reporta-se o número aproximado de 9.000 pessoas, enquanto que os movimentos Mães da Praça de Maio e o Serviço Paz e Justiça divulgam 30.000 desaparecidos, já a Secretaria de Direitos Humanos fala em 13.000⁴⁸⁸. Tamanho número de vítimas, conforme já visto em linhas acima, decorreu, de um lado, da intensão de se perseguir a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, na visão da ditadura, se constituíam em dissidentes, mas também, conforme expressado pelo Gal. Jorge Rafael Videla, que presidiu o período mais intenso das perseguições políticas desde o golpe em 1976 até 1978, como uma forma de elimina-los, sem deixar qualquer rastro de seu paradeiro, mantendo-se, em definitivo, a situação de indecidibilidade sobre a sorte das vítimas⁴⁸⁹:

Não, não se podia fuzilar. Coloquemos um número, ponhamos cinco mil. A sociedade argentina, mutável, traiçoeira, não teria apoiado os fuzilamentos: ontem dois em Buenos Aires, hoje seis em Córdoba, amanhã quatro em Rosário, e assim até cinco mil, 10 mil, 30 mil. Não havia outra maneira. Era preciso que desaparecessem. É o que ensinavam os manuais da

485 “A CEMDP computou, como saldo de suas investigações, cerca de uma centena e meia de desaparecidos políticos. Muitos deles foram vistos em dependências policiais por outros presos, que testemunharam sobre sua prisão e tortura. De outros não se têm notícias, nem das suas passagens por prisões. Eram, quase sempre, ativistas políticos notoriamente perseguidos pelos órgãos de segurança. Vários estavam submetidos a processos judiciais. Seus últimos contatos foram com companheiros de suas organizações. Depois, sumiram. Nunca mais foram vistos”. BRASIL. COMISSÃO ESPECIAL SOBRE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS. *Direito à memória e à verdade*: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, Brasília: SEDH/PR, 2007, pp. 48-49.

486 “Durante a ditadura militar, entre 1964 e 1985, 243 pessoas foram vítimas de desaparecimento forçado, ou seja, mais da metade das 434 vítimas fatais da ditadura, segundo o “Quadro geral da CNV sobre mortos e desaparecidos políticos””. BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Relatório*, vol. III: Mortos e Desaparecidos Políticos, Brasília: CNV, 2014, p. 26.

487 Contudo, conforme Scovazzi e Critroni, referida prática também ocorreu durante as ditaduras da Guatemala e El Salvador. SCOVAZZI, CITRONI, *The struggle against enforced disappearance...*, pp. 14-20.

488 CLARIN. “Una duda histórica: no se sabe cuántos son los desaparecidos”, disponível em <http://edant.clarin.com/diario/2003/10/06/p-00801.htm>, acessado em 20.mar. 2014.

489 SEOANE, Maria, MULEIRO, Vicente. *El Dictador*: la historia secreta y pública de Jorge Rafael Videla, Buenos Aires: Sudamerica, 2001, p. 215.

repressão na Argélia, no Vietname. Estávamos todos de acordo. Dar a conhecer onde estão os restos? Mas que é o que podíamos assinalar? O mar, o Rio da Prata, o Regato? Pensou-se, no seu momento, dar a conhecer as listas. Mas depois concebeu-se: se se dão por mortos, em seguida vêm as perguntas que não podem ser respondidas: quem matou, onde, como.

Já no Chile, o número de vítimas da ditadura de Pinochet chegou, conforme o relatório apresentado 2011 pela Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, instituída pela Ley 20.405/2009, e que fora antecedida em referida tarefa pela Comisión Rettig, um ano após o término da ditadura de Pinochet e outras comissões que haviam sido constituídas entre uma e outra⁴⁹⁰, a 40.280 pessoas, sendo que dessas 3.225 foram reconhecidas como desaparecidas.

Molina Theissen, no entanto, indica a possibilidade de que, entre os anos de 1960 e 1990, o total de desaparecidos políticos na América Latina possa ter chegado a 90.000 pessoas, número este decorrente dos diversos relatórios emitidos pelas ONG's de familiares e/ou internacionais de direitos humanos⁴⁹¹.

Como se deu, entretanto, o início da luta internacional contra o desaparecimento forçado de pessoas desde o caos instaurado na América Latina com a difusão, de norte a sul, não dos princípios inerentes ao *rule of law*, mas do estado de exceção? A reconstrução desse processo foi feita, de forma bastante didática, por Tayler⁴⁹² no volume temático sobre Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad y Desaparación Forzada da Revista Por el Imperio del Derecho da Comissão Internacional de Juristas, e que pode ser resumido nos seguintes passos, complementados *passim* por informações que forem consideradas relevantes:

As primeiras reações às violações de direitos humanos praticadas na América Latina decorreram, internacionalmente, dos inúmeros exilados políticos que se dispersaram ao redor do mundo, em especial na Europa e Estados Unidos da América, e internamente através das manifestações e protestos, sempre limitados pela política de submetimento, de órgãos da sociedade civil, em especial com o surgimento de associações de familiares dos desaparecidos políticos e demais ONGs de direitos humanos.

490 Nomeadamente, a Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, que tinha por função coordenar o processo de reparação econômica das vítimas creditadas pela Comisión Rettig, e que foi seguida pela Mesa de Diálogo de Derechos Humanos, de 1999, que teve por função aferir o destino dos casos de pessoas que haviam sido desaparecidas pela ditadura de Pinochet e que não haviam sido contempladas pelo Relatório Rettig, seguida pela Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Comisión Valech). CHILE. Programa de Derechos Humanos. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *Informe de la Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura*, disponível em <http://www.ddhh.gov.cl/filesapp/informecomisionfase2.pdf>, acessado em 20.mar. 2015.

491 MOLINA THEISSEN, *La desaparición forzada de personas...*, p. 66.

492 TYLER, Wilder. Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, *Revista Por el Imperio del Derecho*, vols. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparación Forzada), Lima: Louise Doswald-Beck, julio 2001, n. 62-63, pp. 65-69.

Institucionalmente, o primeiro organismo internacional a se pronunciar e denunciar os desaparecimentos e as torturas praticadas de forma sistemática por agentes do governo, tendo como causa a situação do Chile, foi a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que já em 1974 iniciou a relatar tais fatos perante a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, sendo em que 1977, através de seu relatório anual, ela se manifestou pelo caráter cruento e inumado do desaparecimento forçado de pessoas⁴⁹³. Em 1979, a Comissão fez visita à Argentina para aferir as denúncias de violações dos direitos humanos pela Junta Militar, tendo constatado a prática sistemática de desaparecimentos forçados.

Em 1983 a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos declarou, através da Resolução AG/RES 666 (XIII-0/83), que tais práticas eram uma “[...] afronta à consciência do Hemisfério e constituíam um crime contra a humanidade”⁴⁹⁴. Já pela Resolução AG/RES. 742 (XIV-0/84)⁴⁹⁵, em que ela apreciou o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo a 1983, restou consignado a reafirmação de que

493 Extraí-se o seguinte trecho de referido Relatório: “Poco se puede agregar al análisis muy detallado que hizo la Comisión en su anterior informe sobre las violaciones de derechos humanos más graves y frecuentes. Una situación que ha venido preocupando hondamente a la Comisión y de la que precisamente dio cuenta en su anterior informe, es la que afecta a los llamados “desaparecidos”. Son muchos los casos, en diferentes países, en que el Gobierno niega sistemáticamente la detención de personas, a pesar de los convincentes elementos de prueba que aportan los denunciante para comprobar su alegato de que tales personas han sido privadas de su libertad por autoridades policiales o militares y, en algunos casos, de que las mismas están o han estado recluidas en determinados sitios de detención. Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la “desaparición” no sólo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte, una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material. Es, además, una manifestación tanto de la incapacidad del Gobierno para mantener el orden público y la seguridad del Estado por los medios autorizados por las leyes como de su actitud de rebeldía frente a los órganos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos.”. Organização dos Estados Americanos. COMISSIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe anual de Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977*, Parte II: CAMPOS EN LOS CUALES HAN DE TOMARSE MEDIDAS APRA DAR MAYOR VIGENCIA LOS DERECHOS HUMANOS, CONFORME LO PRESCRIBE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/77sp/sec.2b.htm>, acessado em 20.mar. 2014.

494 “[...] 4. To declare that the practice of forced disappearance of persons in the Americas is an affront to the conscience of the hemisphere and constitutes a crime against humanity. 5. To urge those states in which disappearances of persons have occurred to clarify their situation their families of their fate [...]”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. GENERAL ASSEMBLY. AG/RES. 666 (XIII-0/83), adopted at the seventh plenary session held on November 18, 1983, in ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. GENERAL ASSEMBLY. Thirteenth Regular Session, November 14-18, 1983: Proceedings, Vol. I, Washington: DC, 1983, pp. 68-72. Esta resolução pode ser compreendida como o primeiro passo, em especial o indicado artigo 5, do reconhecimento do Direito à Verdade no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, e que foi efetivamente positivado através da AG/RES. 2406 (XXXVIII-0/08): Right to the Truth, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos na Sessão Plenária de 3 de junho de 2008.

495 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ASAMBLEIA GENERAL. AG/RES. 742 (XIV-0/84): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, in ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ASAMBLEIA GENERAL. Decimocuarto Período Ordinario de Sesiones, 12-17 Noviembre de 1984: Actas y Documentos, Vol. I, Washington: DC, 1985, p. 118.

4. [...] la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad.
5. Exhortar a aquellos Estados donde han ocurrido desapariciones de personas, que se esclarezca su situación y se informe a sus familiares sobre su suerte.
6. Reiterar la necesidad de evitar y, en su caso, poner el inmediato término a las violaciones de derechos humanos, en especial a los de los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personal; al derecho a la justicia y proceso regular; y reafirmar que la ejecución sumaria, la tortura y la detención sin debido proceso constituyen gravísimas violaciones de los derechos humanos.

Não se pode esquecer, entretanto, do papel que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha desempenhou nesse contexto, e que corresponde àquela ideia defendida por Cançado Trindade acerca das “três vertentes” do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Se, como regra geral, o Direito Internacional Humanitário foi instituído como *jus in bello*, tendente, de um lado, a limitar as ações entre os beligerantes, e d’outro lado, proteger a população civil nos conflitos armados internacionais, este ramo também permitiu a atuação do Comitê nos conflitos de caráter não-internacional, sendo que estes costumes internacionais de direito humanitário foram positivados com a promulgação do Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais que expressamente passou a determinar a aplicação das regras e princípios desse ramo nos conflitos não-internacionais.

Assim, conforme afirmado por Moreillon⁴⁹⁶, já no curso das revoluções Russa, de 1917, e da Hungria, de 1919, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha tentou, sem muito sucesso, prestar assistência às pessoas submetidas a prisões políticas, em especial estrangeiros cujos Estados, em razão dos referidos conflitos internos, não haviam logrado prestar proteção diplomática, dando origem à prática desse organismo em prestar assistência às pessoas detidas, “[...] inclusive quando não estão encarcerados como consequência de um conflito armado, mas em decorrência de uma repressão política [...]”⁴⁹⁷.

É importante destacar que por meio dessa prática o Comitê Internacional da Cruz Vermelha acabou por convergir, normativamente, os Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos, inclusive no que alude às formas mais evidentes de violações em períodos de exceção política. Conforme Cançado Trindade⁴⁹⁸,

[...] este caminho foi aberto pelas resoluções [das Conferências Internacionais do CICV] invocando o respeito dos direitos humanos adotados pela XXI Conferência [...]; a estas se seguiram, posteriormente, e.g., a resolução XIV (sobre a Tortura) [...] e a **resolução II (sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários) adotada pela XXIV Conferência de 1981** [...] a aproximação, e mesmo a convergência, entre o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem manifestado no plano normativo em relação a

496 MOREILLON, Jacques. The International Committee of the Red Cross and the protection of political detainees, *International Review of the Red Cross*, n. 164, nov 1974, Geneva: J.-G. Lossier, pp. 585-595.

497 CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos...*, p. 343.

498 CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos...*, pp. 349/ 355.

matérias como proibição de tortura e de tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante; detenção e prisão arbitrárias [...] [pois] Esta proteção humanitária se baseia igualmente nos direitos das pessoas humanas consagrados em instrumentos internacionais [...] a partir da Declaração Universal de 1948. (grifamos)

Conforme foi visto em linhas acima, que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha tenha despendido preocupação em relação ao desaparecimento forçado de pessoas não soa desarrazoado. Eis que a origem da incriminação em Nuremberg se deu, expressamente, a partir da declaração da Corte de que referida prática constituía uma ofensa aos direitos assegurados no artigo 46 da Convenção da Haia de 1907.

No sistema onusiano, a preocupação se iniciou em 1976 com a criação do Grupo de Trabalho *Ad Hoc* sobre a Situação dos Direitos Humanos no Chile, por resolução da então Comissão de Direitos Humanos⁴⁹⁹, à época presidida por Theo von Boren, que durante os anos de 1976-1978 monitorou a violação dos direitos humanos naquele Estado. Em 1978, tendo os relatórios sido apresentados à Assembleia Geral das Nações Unidas, elaborados por Felix Ermacora e Waleed M. Sadi⁵⁰⁰, esta, através da Resolução 33/176, de 20 de dezembro, reconheceu a experiência inaugural dessa forma de fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do sistema internacional dos direitos humanos, sendo que pela Resolução 33/175, de 20 de dezembro, expressamente condenou o Chile pelas graves violações reportadas nos relatório do Grupo de Trabalho, exigindo, doutro passo, a cessação da prática do desaparecimento forçado e da tortura e a assunção da responsabilidade dos órgãos do Estado⁵⁰¹. Na mesma Sessão, a Assembleia Geral aprovou a Resolução 33/173, pela qual concitou que todos os Estados tomassem as medidas necessárias para a localização das

499 Como o mandato era anual, ele foi sucessivamente renovado nos anos de 1977 e 1978. A Comissão de Direitos Humanos fora constituída através do Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, foi o organismo responsável pela fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Em 2006, a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 60/251, de 03 de abril de 2006, criou o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

500 UNITED NATIONS. CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular Las Cuestiones Relacionadas con las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias*: Informe presentado por el Sr. Manfred Novak 8 enero de 2002, pp. 10-11, disponível em http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E_CN.4_2002_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y, acessado em 20.mar. 2015.

501 “[...] 1. Express its continued indignation that violations of human rights, often of a grave nature, continue to take place in Chile, as has been convincingly established by the report of the Ad Hoc Working Grupo b the Situation of Human Rights in Chile; 2. Express also its particular concern and dismay at the refusal of the Chilean authorities to accept responsibility or account for the large number of person reported to have disappeared for political reasons, or undertake an adequate investigation of cases drawn to their attention [...]”. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 33/175: Protection on Human Rights in Chile*, 20 December 1978, disponível em http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/33/175, acessado em 20.mar. /2015.

peessoas desaparecidas bem como colaborassem com os organismos internacionais na concretização dessa obrigação.

Nesse mesmo ano, a Comissão de Direitos Humanos se manifestou pela primeira vez num caso concreto pertinente ao desaparecimento forçado, através de reclamação proposta pela esposa e filha do cidadão uruguaio Eduardo Bleier. Conforme Novak⁵⁰²,

As autoras da comunicação sustentavam que em outubro de 1975 o Sr Bleier, ex-membro do proscrito Partido Comunista, fora detido pelas autoridades uruguaias sem uma ordem judicial em Montevideu, permanecendo incomunicável em um local de detenção desconhecido. Mesmo que as autoridades não reconhecessem sua detenção, ela foi indiretamente confirmada porque o seu nome apareceu numa lista de presos que era lida uma vez por semana numa dependência militar em Montevideu, onde a sua família entregava roupa para ele e recebia as sujas. Vários detidos que estiveram reclusos com o Sr Bleier deram depoimentos independentes, mas coincidentes sobre as cruéis torturas a que fora submetido. O Comitê considerou que ocorreu violação dos artigos 7, 9 e do parágrafo primeiro do artigo 10 do Pacto e que havia “graves razões para crer que as autoridades uruguaias haviam cometido a violação extrema do artigo 6”. O Comitê exortou ao Governo do Uruguai a “adotar medida eficazes a fim de i) descobrir a sorte do que havia ocorrido com Eduardo Bleier desde outubro de 1975, castigar a toda pessoas que fosse culpado por sua morte, desaparecimento ou maltrato, e pagar indenização a Eduardo Bleier ou a sua família por todo dano de que ele tenha sido vítima, y ii) garantir de que não ocorreriam violações similares no futuro.

Esta decisão da Comissão de Direitos Humanos serviu de *leading case* para os demais casos de desaparecimento forçado que lhe foram submetidos⁵⁰³, devendo-se considerar, entretanto, que, assim como a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Velazquez Rodrigues, ela condenou os Estados com fundamentos nos direitos assegurados no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ante a ausência de uma norma internacional que tratasse especificamente do desaparecimento forçado de pessoas. Assim, referida prática violaria o direito à proteção judicial (artigo 2, 3), o direito à vida (artigo 6), a proibição de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 7), os direitos à liberdade e à segurança pessoais (artigo 9), o direito dos detidos de serem tratados com a dignidade (artigo 10), o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 16) e o direito das crianças às medidas especiais de proteção (artigo 24), do que decorreu a caracterização do desaparecimento forçado como um ilícito pluriofensivo.

Como medida necessária, portanto, para colmatar esta lacuna normativa, em 1979 a Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção das Minorias sugeriu que se criasse um grupo de experts para obter informações sobre casos de desaparecimentos forçados e

502 UNITED NATIONS. CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL. COMISIÓN DE DEREHOS HUMANOS, *Informe presentado por el Sr. Manfred Novak...*, p. 13.

503 Quinteros Almeida v. Uruguay, de 21 de julho de 1983, Sanjuán Arévalo v. Colômbia, de 3 de novembro de 1989 e Monica v. República Dominicana, de 15 de julho de 1994. Apud UN. CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL. COMISIÓN DE DEREHOS HUMANOS, *Informe presentado por el Sr. Manfred Novak...*, pp. 13-14.

manter contato com os familiares e governos, bem como sugeriu a elaboração de um projeto de recurso internacional espelhado no modelo do *habeas corpus*. Em razão dessa manifestação, a Comissão de Direitos Humanos instituiu o Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários, cuja atuação nos anos sucessivos se constituiu em importante instrumento de investigação de casos de desaparecimento forçado, bem como na formação de experts que, em face das experiências adquiridas, opinaram, por volta de meados da década de 1980, pela criação de uma convenção internacional específica para prevenir e punir a prática⁵⁰⁴.

No mesmo sentido de se criar uma convenção específica sobre o desaparecimento forçado foi adota por diversas ONG's, especificamente na América Latina, em especial a partir dos trabalhos desenvolvidos pela Federación Latinoamericana de Familiares de Detenidos Desaparecidos e o Grupo de Iniciativa, e pelo Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Aqueles dois primeiros, após a realização de várias reuniões preparatórias havidas durante os anos iniciais da década 1980, em que a Federação elaborou um projeto de convenção tendo como modelo a Convenção sobre Genocídio, convocaram um Congresso Internacional em Buenos Aires, em 1988, do qual surgiu um novo projeto de convenção, que foi apresentado à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Entretanto este órgão já havia comissionado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 1987, a elaboração do Projeto de Convenção, que em 1988 o apresentou. Já o projeto elaborado pelo Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo foi encaminhado ao Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários e à Comissão de Direitos Humanos⁵⁰⁵.

Embora referidos projetos não tenham sido aproveitados por seus destinatários, é importante verificar que a sociedade civil latino-americana buscou, de diversos modos, contribuir e influir no processo de aprovação de institutos específicos para o enfrentamento do desaparecimento forçado de pessoas no contexto regional e internacional.

O primeiro rascunho daquilo que viria a se constituir na Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado foi inicialmente discutido pela Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção das Minorias e do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários a partir do projeto elaborado por Louis Joinet, o qual, uma vez tendo sido apresentado à Assembleia Geral das Nações Unidas em 1986, não lhe deu prosseguimento, uma vez que, na inteligência desse órgão, necessitava-

504 TYLER, *Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de Convención...*, pp. 66-67.

505 TYLER, *Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de Convención...*, pp. 68-69.

se de melhores definições conceituais acerca do fenômeno, suas implicações internacionais, dentre outras exigências⁵⁰⁶.

É importante destacar que tanto a Organização dos Estados Americanos como as Nações Unidas, em razão mesmo do período histórico em que a sociedade internacional ainda se encontrava – a guerra fria somente “terminaria” em 1989 -, e sendo órgãos políticos por definição, se encontravam em estágio de letargia quanto à adoção ou de textos convencionais, e no caso das Nações Unidas, mesmo de uma declaração que condenasse, em nível programático, o desaparecimento forçado.

Nesse sentido, a Corte Interamericana contribui de forma significativa nesse processo histórico de proscrição do desaparecimento forçado de pessoas, especialmente a partir do primeiro caso contencioso julgado pela Corte, *Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Nesse *leading case*, com decisão de mérito de 29 de julho de 1988, a Corte fixou diversos parâmetros que orientariam não somente a sua posterior jurisprudência acerca do desaparecimento forçado, em particular, e das violações sistemáticas dos direitos humanos, em geral, como também se constituiu em uma decisão paradigmática para os demais organismos e Tribunais de direitos humanos, em especial o Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁵⁰⁷. Os parâmetros normativos são os seguintes⁵⁰⁸:

1) O desaparecimento forçado constitui-se numa grave violação aos direitos humanos decorrente das cláusulas de respeitar e fazer respeitar presentes no artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Respeitar pelo Estado e seus órgãos; fazer respeitar por grupos que atuem sob a ordem, instigação ou mesmo em razão de omissão do Estado. Em outros termos, estas cláusulas estabelecem aquilo que se pode denominar de eficácias vertical e horizontal (*Drittwirkung*) dos direitos humanos⁵⁰⁹;

2) Trata-se de violação pluriofensiva de direitos garantidas pela convenção, especificamente o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à inviolabilidade pessoal, o

506 TYLER, *Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de Convención...*, pp. 69.

507 PIOVESAN cita, especificamente, os seguintes casos: Kurt vs. Turkey, n. 24276/94, julgado em 25 de maio de 1998, em que a CEDH, acompanhando o argumento central da Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerou que o desaparecimento forçado, apesar de não ter, à época, um tratado internacional ou regional específico, violava a diversos dispositivos da Convenção Para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; o mesmo tendo sido repetido no caso Silih vs. Slovenia, n. 71463/01, julgado em 9 de abril de 2009 e nos casos Varnara and others vs. Turkey, n. 16064, julgado em 18 de setembro de 2009, no qual a CEDH não conhece a exceção de incompetência sob o argumento já sustentado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos de que o desaparecimento forçado é, por definição, um comportamento permanente, e nos casos Ertak vs. Turkey, n. 20764/92, julgado em 9 de maio de 200 e Cicek vs. Turkey, n. 25704/94, n. 25704/94, julgado em 27 de fevereiro de 2001. PIOVESAN, *Direitos Humanos e justiça internacional...*, pp. 66-67.

508 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras...*, passim.

509 Nesse sentido, CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos...*, pp. 371-376.

direito a não ser submetido à tortura, tratamento desumano, degradante ou cruel, direito à prestação jurisdicional e direito aos meios recursais de controle da ilegalidade⁵¹⁰;

3) Trata-se de crime permanente, cuja consumação se protraí até o momento em que se estabeleça o destino ou o paradeiro da vítima⁵¹¹.

4) É inadmissível a excludente de antijuridicidade de cumprimento de ordens superiores⁵¹²;

5) O Estado tem o dever convencional de apurar, e eventualmente, exercer a persecução penal contra todos os responsáveis por referida prática enquanto perdurar o desaparecimento da vítima⁵¹³.

A adoção dos três principais instrumentos sobre o tema – a Declaração para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 1993, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, de 2006, e a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994 -, tiveram os seguintes percursos:

A) No Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas ⁵¹⁴, como visto acima, se originou de um projeto de convenção internacional elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a partir do comissionamento feito pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 1987 através da AG/RES 890 (XVII-0/87)⁵¹⁵, cujo

510 “La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras...*, p. 32.

511 “El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras...*, p. 38.

512 “No escapa a la Corte que el ordenamiento jurídico de Honduras no autorizaba semejantes acciones y que las mismas estaban tipificadas como delitos según el derecho interno. Tampoco escapa a la Corte que no todos los niveles del poder público de Honduras estaban necesariamente al tanto de tales actuaciones ni existe constancia de que las mismas hayan obedecido a órdenes impartidas por el poder civil”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras...*, p. 38.

513 “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras...*, p. 36.

514 TYLER, *Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de Convención...*, p. 69-70.

515 “11. Solicitar aos Estados membros que apresentem à Comissão Interamericana de Direito Humanos, até 30 de junho de 1988, observações e comentário sobre sua iniciativa construtiva de preparar um projeto de convenção para prevenir e punir os desaparecimentos forçados, a fim de que a Comissão possa apresentar ao próximo período ordinário de sessões da Assembleia Geral um projeto de convenção sobre a matéria”.

resultado foi apresentado em 1988⁵¹⁶. Entretanto, a discussão desse projeto “estancou”, especialmente em razão das alterações sugeridas pelo Comitê de Assuntos Jurídicos e Políticos da Organização dos Estados Americanos, que acolhendo as contribuições dos Estados, chegou a cogitar na admissão da excludente de antijuridicidade da obediência devida a superior hierárquico. Entretanto, tendo a Assembleia Geral aprovado o texto da Declaração para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado em 1993, bem como a admissão pela Organização dos Estados Americanos da intervenção de uma coalização de ONGs de direitos humanos, estes fatos permitiram revitalizar o processo de discussão, cuja culminação se deu no 24º Período Ordinário de Sessão, ocorrido em Belém do Pará entre os dias 6 a 10 de junho de 1994 através da AG/RES 1256 (XXIV-0/94), que aprovou o texto convencional⁵¹⁷.

A partir da aprovação da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a decidir os casos sobre desaparecimento forçado tendo como parâmetro normativo o estabelecido na convenção, sendo a primeira decisão nesse sentido a tomada no caso *Goiburú e outros vs Paraguai*, de 22 de setembro de 2006⁵¹⁸:

1) O desaparecimento forçado não poderá ser considerado um crime político, estando sujeito, neste sentido, ao regime de extradição, devendo os Estados, em atenção ao princípio *aut dedere aut judicare*, exercer a persecução penal dos acusados conforme o seu ordenamento jurídico caso os mesmos se encontrem em território diverso daqueles em que o crime tenha sido praticado, ou extraditá-los para o Estado *loci delicti* ou outro que se julgue competente para fazê-lo;

2) Os acusados somente poderão ser julgados pelas instâncias jurisdicionais comuns do Estado, com exclusão de toda e qualquer jurisdição especial, em particular a militar. Os fatos constitutivos do desaparecimento forçado de pessoas não poderão ser considerados

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ASAMBLEIA GENERAL. AG/RES. 890 (XVII-0/87): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, in ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ASSEMBLEIA GERAL. Décimo Sétimo Período Ordinário de Sessões, 9-14 Novembro de 1987: Textos Autenticados das Resoluções, Vol. I, Washington: DC, 1988, p. 59.

516 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ASSEMBLEIA GERAL. AG/RES 950 (XVIII-0/88): Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, in ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ASSEMBLEIA GERAL. Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões, 14-19 de Novembro de 1988: Atas e Documentos, Vol. I, Washington: DC, 1989, p. 87.

517 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ASSEMBLEIA GERAL. AG/RES. 1256 (XXIV-0/94): Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, in ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ASSEMBLEIA GERAL. Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões, 6-10 Junho de 1984: Textos Autenticados das Declarações e Resoluções, Vol. I, Washington: DC, 1994, pp. 12-19.

518 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, Sentencia de 22 septiembre de 2006 (Fondo), *passim*.

como exercício das funções militares. São inadmissíveis privilégios, imunidades, graças ou anistias, sem prejuízo daquelas decorrentes das relações diplomáticas;

3) Os Estados têm o dever internacional de tipificar o referido comportamento em seus ordenamentos internos, segundo os standards internacionais decorrentes do Direito Internacional.

B) Já no sistema onusiano, entre os anos de 1993 e 2006 promulgou dois importantes instrumentos sobre o desaparecimento forçado, respectivamente, a Declaração para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado.

Conforme relatado por Tyler⁵¹⁹, o texto da declaração de 1993 teve como principal fator de adoção o fato de a Comissão Internacional de Juristas ter liderado uma coalização de ONGs de direitos humanos para, atuando junto à Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção das Minorias, impulsionar a adoção de um texto. Assim, a Comissão convocou um Seminário Internacional em 1991 no qual se reuniram membros da Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção das Minorias, do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários e ONGs de representantes de familiares de desaparecidos do qual resultou o projeto de declaração que foi submetido à Subcomissão por seu expert Miguel Afonso Martínez que, tendo sido aprovado, foi remetido aos demais órgãos da ONU para apreciação e aprovação. Nesse sentido, a Comissão de Direitos Humanos estabeleceu um Grupo Aberto Interseccional para aperfeiçoar o projeto já apresentado, e que, em razão da intervenção dos Estados, foi mitigado em alguns pontos importantes, o que permitiu, no entanto, a obtenção de consenso para a aprovação, pela Assembleia Geral, da Declaração para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado através da Resolução 47/133, de 12 de fevereiro de 1993⁵²⁰.

No que concerne, doutro giro, ao processo de aprovação da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado⁵²¹, este teve início em 1994 com a divulgação, pela Anistia Internacional, de um estudo comparado entre os textos da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e da Declaração para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado objetivando, nesse sentido, a apresentação de um pré-projeto a ser discutido pelas Nações Unidas, dando especial

519 TYLER, *Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de Convención...*, pp. 70-72.

520 UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. Resolution 47/133: *Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, 12 February 1993, disponível em http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/47/133, acessado em 20/02/2011, às 23:00.

521 TYLER, *Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de Convención...*, pp. 70-74.

ênfase em três pontos essenciais: a) a tipificação do desaparecimento forçado como um crime contra a humanidade, b) a tipificação do comportamento, com identificação o mais clara possível dos bens jurídicos violados pela prática, em especial a sua diferenciação em relação a outras formas de privação arbitrária da liberdade como o sequestro ou a detenção ilegal, e c) a criação de mecanismos que permitissem, de um lado, instituir critérios de prevenção, e de outro lado, de atuação direta na proteção de pessoas submetidas ao desaparecimento forçado e de fiscalização dos Estados no cumprimento das obrigações derivadas da convenção. Em 1996, 1997 e 1998 foram convocados seminários internacionais com a participação da Anistia Internacional, da Comissão Internacional de Juristas, organismos das Nações Unidas e demais ONGs internacionais, para discutir e aperfeiçoar o projeto inicialmente apresentado à Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção das Minorias por Louis Joinet, cujo resultado foi, nesse último ano, remetido à Comissão de Direitos Humanos, a qual, em 1999, remeteu-o ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas para que esta o submetesse aos Estados-partes da organização.

Um tópico importante nesse contexto foi a aprovação, na Conferência de Roma que aprovou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional em 1998, o fato de o estatuto prever, expressamente, o desaparecimento forçado de pessoas como um forma de crime contra a humanidade, dissentindo, dessa forma, do tratamento dado anteriormente pelos estatutos dos tribunais *ad hoc*⁵²², o que reforçou a necessidade de a sociedade internacional adotar um instrumento universal específico sobre o tema⁵²³, sendo que a tipificação adotada pelo Estatuto inspirou-se no conceito previsto na Declaração para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado⁵²⁴.

Contribuiu decisivamente para tanto a persistência da Comissão de Direitos Humanos que, em 2002, encontrando apoio do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, obteve a convalidação, pela Resolução 2001/221 desse órgão, da criação do Grupo de Trabalho responsável por atuar, em conjunto com a sociedade civil, Estados e demais organismos internacionais, na elaboração do projeto de convenção. Nesse mesmo ano, a Comissão nomeou a Manfred Nowak, expert independente em violações em direito humanos, para elaborar o relatório sobre a necessidade de se adotar uma convenção específica, mormente em razão da natureza declaratória e programática da Declaração para a

522 TYLER, *Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de Convención...*, p. 73; SCOVAZZI, CRITRONI, *The Struggle against enforced disappearance...*, p.p. 254-255.

523 SCOVAZZI, CRITRONI, *The Struggle against enforced disappearance...*, pp. 255-263.

524 AMBOS, *Treatise on International Criminal Law...*, p. 109.

Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, conhecido como Relatório Nowak, o qual consignou, em suas conclusões, que⁵²⁵

As insuficiências do atual marco jurídico-internacional esboçadas no presente informe apontam claramente para a necessidade de contar com “um instrumento normativo juridicamente vinculante para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados” [...]. Dito instrumento poderia revestir-se na forma de um tratado especial de direitos humanos, o projeto de convenção internacional para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados, um protocolo facultativo do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos ou um protocolo facultativo à Convenção contra a Tortura.

O Grupo de Trabalho, que iniciou o seu funcionamento em 2003 sob a presidência do diplomata francês Bernard Kessedjian, trabalhou por quase três na elaboração do projeto da convenção internacional, sendo que em 2005 foi designada a reunião final, ocorrida entre os dias 12 e 23 de setembro de 2005, em Genebra, tendo-se obtido o consenso dos Estados quanto ao projeto final de convenção apresentado por este organismo. Assim, referido projeto

[...] foi subsequentemente adotada pelo recém criado CDH/ONU em sua Resolução 1/1, de 29 de junho de 2006 e em 13 de novembro de 2006 pelo Terceiro Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas. Finalmente, em 20 de dezembro de 2006 ela foi aprovada pelo plenário da Assembleia Geral através da Resolução 61/177.

Após 25 anos de luta, as organizações de familiares de pessoas desaparecidas nomearam 2006 como “o ano da Convenção”.

Em 6 de fevereiro de 2007 a convenção foi aberta para assinatura em Paris, tendo sido assinada por 57 Estados [...].⁵²⁶

A relevância desses instrumentos internacionais foi a de criarem, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, um direito humano autônomo⁵²⁷ e inderrogável⁵²⁸, qual seja, o direito a não ser submetido ao desaparecimento forçado, posto que até então, como já visto, ele vinha sendo sancionado na forma de uma violação a diversos dispositivos dos tratados internacionais sobre a matéria, mas também a de estabelecer, sem chances para qualquer dúvida razoável, o vínculo essencial entre este ramo e o Direito Penal Internacional, na medida em que o desaparecimento forçado de pessoas é caracterizado como um crime de

525 UNITED NATIONS. CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak...*, p. 54.

526 SCOVAZZI, CITRONI, *The struggle against enforced disappearance...*, p. 262.

527 Com efeito, o artigo 1, 1 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado estabelece que “Nenhuma pessoa será submetida a desaparecimento forçado”, enquanto que o artigo 1, a, primeira parte, da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas estabelece a obrigação de os Estados “Não praticar, nem permitir, nem tolerar o desaparecimento forçado de pessoas”.

528 Conforme estabelecido no artigo 1, 2 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado “Nenhuma circunstância excepcional, seja estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, poderá ser invocada como justificativa para o desaparecimento forçado”. No mesmo sentido prescreve o artigo 1, a, segunda parte da Convenção Interamericana: “Nem mesmo em estado de emergência, exceção ou suspensão de garantias individuais”.

caráter geral, somente alcançando o *status* de crime contra a humanidade em caso de um ataque geral e sistemático à população civil no contexto de conflitos armados internacionais ou internos.

Com efeito, o preâmbulo da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas estabelece que “[...] a prática sistemática do desaparecimento forçado de pessoas constitui um *Crime de Lesa-Humanidade*” (grifo no original), importando, destacar, que a convenção regional antecedeu ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Já o preâmbulo da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado declara que a “[...] extrema gravidade do desaparecimento forçado, que constitui um crime e, em certas circunstâncias definidas pelo direito internacional, crime contra a humanidade”.

3.4 Aspectos jurídico-penais presentes nas Convenções sobre desaparecimento forçado de pessoas

Um dos tópicos centrais do presente trabalho é a comprovação de que, no contexto da internacionalização do direito penal, a intersecção entre Direito Penal Internacional, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Penal interno conforma-se num regime de complementariedade normativa através do qual, este último vê-se profundamente, se não afetado, pelo menos influenciado, devendo dar respostas normativas adequadas que se orientem pelos parâmetros decorrentes dos outros campos normativos.

Como vimos no capítulo 1 (item 1.3), a intersecção entre Direito Penal nacional e o Direito Internacional em sentido amplo se dá, no sistema jurídico nacional, majoritariamente através da uniformização e da harmonização, na medida em que, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as normas internacionais que estabelecem obrigações penais incriminatórias somente adquirirão eficácia interna mediante procedimento legiferante do Congresso Nacional.

Nesse tópico, portanto, serão discutidos os principais aspectos penais presentes nas duas Convenções, adotando-se o critério da comparação textual entre as duas convenções, bem como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

3.4.1 O conceito de desaparecimento forçado de pessoas

O artigo 2 da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas define o desaparecimento forçado da seguinte forma:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.

Já o artigo 2 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado conceitua o desaparecimento forçado da seguinte forma:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por “desaparecimento forçado” a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei.

Um dos principais problemas que se apresentaram para os organismos internacionais que buscaram a aprovação de convenções específicas sobre o fenômeno foi a de estabelecer a diferença entre o desaparecimento forçado de outras formas graves de privação da liberdade. Nesse sentido, conforme Tyler⁵²⁹, a

[...] definição foi um dos temas mais debatidos. Durante os diferentes processos de redação, autores de prestígio como o Professor Sir Nigel Rodley destacaram as dificuldades em obter uma definição que abar[casse] todos os elementos constitutivos do desaparecimento forçado e a sua distinção de outros tipos de privação de liberdade, incluindo algumas formas graves de privação arbitrária prolongada. Com efeito, uma detenção arbitrária prolongada se bem constitua uma grave violação dos direitos humanos não alcança a magnitude do desaparecimento forçado. A definição deste crime complexo, que contém uma sucessão de atos delituosos, alguns dos quais que têm por objetivo ocultar o próprio fenômeno, é escoregado.

É importante destacar, assim, que tanto a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵³⁰ como a tipificação do desaparecimento forçado de pessoas contida no

529 TYLER, *Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de Convención...*, p. 72.

530 “La caracterización pluriofensiva y continuada o permanente de la desaparición forzada se desprende no sólo de la propia definición del artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de la cual el Estado mexicano es parte desde el 9 de abril de 2002, los travaux préparatoires a ésta, su preámbulo y normativa, sino también de otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales que, asimismo, señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada. Además, la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, al igual que varias Cortes Constitucionales de los Estados americanos y altos tribunales nacionales, coinciden con la caracterización indicada”. CORTE INTERAMERICANA DE

artigo 7, 1, i c/c 7, 2, i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional permitem aferir a tipificação do comportamento segundo os elementos constitutivos a seguir expostos:

1) A privação da liberdade de um indivíduo por meio da prisão, da detenção, do sequestro ou de qualquer outra forma de privação de liberdade. A principal diferença entre o conceito presente na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado é que aquela utiliza a cláusula geral “seja de que forma for”, enquanto que esta explicita, em regime de *numerus apertus*, as principais formas de privação da liberdade, reservando a cláusula aberta como forma de permitir a interpretação analógica⁵³¹.

É importante destacar que a privação da liberdade de que cuida o desaparecimento forçado de pessoa não precisa ser, desde o início, ilegal, como se dá, *e.g.*, no caso do sequestro ou da prática ainda corrente no Brasil da “detenção para averiguação”⁵³². Conforme Ambos, “[...] a *privação da liberdade* não precisa ser, necessariamente, ilegal; basta, que a prisão legal seja seguida da recusa de [prestar] informações para tipificar o *actus reus* do delito”⁵³³.

Nesse sentido, verifica-se que a relação entre desaparecimento forçado de pessoas e sequestro é regido pelo princípio da especialidade, na medida em que aquele tipo é mais específico do que este, mormente em razão do especial fim de agir que o individualiza, conforme será demonstrado no item 4.

2) Que a privação de liberdade seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do

DIREITOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), p. 42-43, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf, acessado em 23.abr. 2012.

531 Trata-se, como afirmado por Souza e Japiassú, que, em casos tais, “[...] a vontade da lei é a de abranger os casos semelhantes à casuística veiculada. Não há, pois, lacuna, visto que a mens legis é no sentido de abranger casos concretos análogos aos que ela exemplifica”. SOUZA, JAPIASSÚ, *Curso de Direito Penal...*, p. 84.

532 “La Corte observa que, aún cuando la detención inicial fue realizada conforme a las atribuciones que tenían las fuerzas militares durante el estado de emergencia en la Provincia de Cajatambo [...], la privación de libertad del señor Osorio Rivera, por parte de agentes militares, fue un paso previo para su desaparición. Para la Corte, el traslado de Osorio Rivera privado de libertad a la Base Contrasubversiva de Cajatambo sin que se lo pusiera a disposición de la autoridad competente [...] ni que se registrara su ingreso a dicha Base, constituyó evidentemente un acto de abuso de poder que bajo ningún concepto puede ser entendido como el ejercicio de actividades militares para garantizar la seguridad nacional y mantener el orden público en el territorio nacional, toda vez que el fin no era ponerlo a disposición de un juez u otro funcionario competente y presentarlo ante éste, sino ejecutarlo o propiciar su desaparición”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, Sentencia de 23 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas), p. 61, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_274_esp.pdf, acessado em 23.nov. 2014.

533 AMBOS, *Treatise on International Criminal Law...*, p. 112.

Estado. Trata-se, no presente caso, da enunciação de um crime próprio, posto exigir “[...] uma condição ou qualidade especial ao sujeito ativo [...]”⁵³⁴, qual seja, ser agente do Estado, portanto, no exercício de função pública, ou, doutro polo, que sejam pessoas ou grupo de pessoas que agem com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, elemento do qual emerge o vínculo delituoso entre o Estado e grupos ou organizações macrocriminais para a perpetração de crimes contra a população civil. Nesse sentido, faz-se necessário a comprovação do elemento normativo do “*state policy*” contido no artigo 7, 2, “a” do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, de forma a se comprovar a existência de um programa político macrocriminal entre o Estado e referidos grupos para o cometimento do desaparecimento forçado de pessoas numa estrutura criminal em que o concurso de pessoas segue os parâmetros típicos da teoria do domínio do fato por aparato organizado de poder, isto é, a) estrutura hierárquica rígida, b) fungibilidade do autor imediato e 3) organização estabelecida fora da ordem jurídica⁵³⁵.

3) O terceiro elemento é a **recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida**. Assim, a privação da liberdade do sujeito passivo deve ser seguida da recusa em prestar informações verdadeiras sobre o seu paradeiro, à qual se segue a recusa em reconhecer ou dar informações sobre a sua situação ou sorte, bastando “[...] a mera recusa de dar informação imediata ou prestar informações falsas [...]”⁵³⁶, em manifesta ofensa ao dever normativo de o Estado e seus aparatos de poder se organizarem e atuarem segundo os standards decorrentes do tipo Estado de Direito e do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁵³⁷.

Nesse ponto, é importante deixar evidenciado o papel fundamental que assumem os direitos e garantias fundamentais de contenção do poder persecutório do Estado, em especial as garantias contidas no artigo 5º, LXII da Constituição de 1988, artigos 8 (direito às garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigos 2, 3 (direito aos recursos judiciais efetivos), 9 (direito à liberdade e a segurança pessoal) e 10 (direito do detido a ser tratado com humanidade e com o devido respeito à dignidade inerente da pessoa humana), do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de

534 SOUZA, JAPIASSÚ, *Curso de Direito Penal...*, p. 156.

535 SOUZA, JAPIASSÚ, *Curso de Direito Penal...*, pp. 294-295; AMBOS, *A parte geral...*, pp. 95-96.

536 AMBOS, *Treatise on International Criminal Law...*, p. 111.

537 “La Corte ha dicho en otros casos de desaparición forzada de personas que ésta constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención. Además, la desaparición forzada supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención [...]”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Blake vs. Nicaragua*, Sentencia de 24 enero de 1998 (Fondo), p. 26, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf, acessado em 20.jun. 2013.

que, para ficarmos na dicção constitucional, “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados **imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada**”. Trata-se, a todo rigor, de garantias fundamentais que objetivam assegurar ao indivíduo o direito de acionar o Poder Judiciário para que este, no exercício de sua função fundamental de garante da Constituição e dos Direitos Humanos, exerça o controle sobre a legalidade da persecução penal, bem como permitir que os familiares possam tomar todas as medidas cabíveis contra a violação ou ameaça de lesão a estes direitos⁵³⁸. Chouke⁵³⁹, ao comentar o dispositivo constitucional contido no artigo 5º, LXII, afirma que ele

[...] versa sobre a comunicação imediata à autoridade judiciária e familiares ou terceiros indicados da prisão e do local em que o preso se encontra [...] pode-se concluir que existem dois destinatários da norma. Um, necessariamente o juiz, mas não qualquer juiz, senão o competente que, na ausência de outra definição e estipulação legal, é o juiz natural para a causa. Isto tendo em vista a excepcionalidade do flagrante, onde ocorre uma convalidação póstuma. Nesse ponto [...] seria interessante ter o constituinte definido um prazo para a comunicação, não a deixando em aberto, ao sabor de interpretações, dada a gravidade da situação que se trata. Outro destinatário é a família do preso, ou pessoa por ele indicada, tratando-se de disposição inédita em matriz constitucional. Ainda que se trata de algo acadêmico, não é demais lembrar que o texto constitucional não faz a distinção pessoa física ou jurídica, motivo pelo qual pode-se concluir que se o preso desejar que se avise o local de sua prisão a um jornal ou sindicato, por exemplo, não se poderá negá-lo. O influxo democrático que inspirou a atual Constituição Federal procurou tornar o máximo transparente possível o ato de prisão em flagrante e, numa postura de repúdio ao período ditatorial anterior, erigiu normas que publicizassem ao máximo a medida cautelar pessoal, nesse passo inserindo a comunicação avertada.

Portanto, não resta dúvida de que a implementação no Brasil do instituto das Audiências de Custódia se constitui em um aperfeiçoamento da imprescindível garantia à assecuração, desde o primeiro momento, do controle jurisdicional sobre a legalidade da prisão e de prevenção contra abusos, em especial na prevenção da prática de desaparecimentos forçados de pessoas e a tortura, dando, assim, plena efetividade à garantia esculpida nos artigos 7, 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, 9, 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e 5º, LXII da Constituição de 1988, mormente porque colmata a

538 “La Corte ha reiterado que no basta con que se prevea la existencia de recursos, si estos no resultan efectivos para combatir la violación de los derechos protegidos por la Convención. La garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”. Esta garantía de protección de los derechos de los individuos no supone sólo el resguardo directo a la persona vulnerada sino, además, a los familiares, quienes por los acontecimientos y circunstancias particulares del caso, son quienes ejercen la reclamación en el orden interno”. CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*, Sentencia de 5 julio de 2004 (Fondo), p. 92, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf, acessado em 20.mai. 2014.

539 CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, São Paulo: RT, 1995, pp. 74-75.

lacuna normativa reprochada por Chouke, posto determinar a apresentação da pessoa detida em até 24 horas após a lavratura do termo de prisão em flagrante.

4) Por fim, o elemento essencial do desaparecimento forçado de pessoas está contido nas cláusulas finais dos dois dispositivos convencionais acima reproduzidos, quais sejam, “[...] **impedi[r] assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes [...]**” (Convenção Interamericana) ou “[...] **privando-a assim da proteção da lei**” (Convenção Internacional).

Os dois dispositivos convencionais, lidos em conjunto com o disposto no artigo 7, 1, i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, cláusula final (“**com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo**”), tipificam, na forma de elemento normativo (“proteção legal”), o especial fim de agir que diferencia o desaparecimento força de pessoas das demais formas de privação ilegal da liberdade individual.

Nessa forma de comportamento ilícito, a privação da liberdade, seguida da recusa de prestar informações sobre o destino ou paradeiro da vítima, tem por objetivo privar a vítima da proteção legal, permitindo, com isso, que ela e seus familiares sejam submetidos a uma estrutura vivencial da mais pura anomia, ensejando, em relação à vítima direta, a criação de uma situação de fato que permita, para seus captores, submetê-lo a formas diversas de tratamento desumano, degradante ou cruel, incluindo a tortura e, em situações mais trágicas, a própria morte. Ademais, é importante lembrar que desde Nuremberg, o desaparecimento forçado de pessoas é considerado, *de per se*, como uma forma de tratamento desumano.

A Corte Interamericana de Derechos Humanos, no caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*⁵⁴⁰, caracterizou este especial de fim de agir nas seguintes letras:

[...] uno de los objetivos de la desaparición forzada es impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes, cuando una persona ha sido sometida a secuestro, retención o cualquier forma de privación de la libertad con el objetivo de ocasionar su desaparición forzada, si la víctima misma no puede acceder a los recursos disponibles, resulta fundamental que los familiares u otras personas allegadas puedan acceder a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces como medio para determinar su paradero o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.

Já no caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, julgado em 2014⁵⁴¹, a Corte explicitou a diferença substancial entre o

540 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*, Sentencia de 1 septiembre de 2010 (Fondo), p. 21, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf, acessado em 20.mai. 2015.

541 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, Sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Fondo), p. 120, disponível em

desaparecimento forçado e a execução extrajudicial, já que nesta, a conduta é intencionalmente dirigida à eliminação da vida do detido, e não a privação de sua liberdade por um tempo prolongado como condição necessária à sua subtração da tutela legal:

La Corte recuerda que los elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada son [...] Según la jurisprudencia de esta Corte, una de las características de la desaparición forzada, a diferencia de la ejecución extrajudicial, es que conlleva la negativa del Estado de reconocer que la víctima está bajo su control y de proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre acerca de su paradero, vida o muerte, de provocar intimidación y supresión de derechos.

Em outros termos, o desaparecimento forçado de pessoas não se constitui, diretamente, num crime contra vida (homicídio/execução extrajudicial) ou contra a incolumidade física e psíquica do indivíduo (tortura), mas sim que, por colocar a vítima fora da proteção legal, poderá ensejar a prática de outros ilícitos penais naquilo que a Corte denomina de crimes conexos ao desaparecimento forçado:

Al respecto, en su jurisprudencia constante sobre casos de desaparición forzada de personas, la Corte ha reiterado que ésta constituye un hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Americana y coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos [...] Se trata, en suma, de un delito de lesa humanidad que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano⁵⁴².

A distinção entre desaparecimento forçado de pessoas e execução extrajudicial é afirmada de forma bastante didática por Bassiouni quando ele aduz que “[...] nem todo desaparecimento forçado é seguido da execução extrajudicial, [mas a] maior parte das execuções extrajudiciais são decorrências de desaparecimentos forçados”⁵⁴³, como restou evidenciado em muitos casos de desaparecimentos reportados pelas cortes internacionais ou órgãos de tutela dos direitos humanos. Ademais, como se verá mais a frente, o desaparecimento forçado de pessoas tutela um conjunto de direitos humanos, enquanto que a vedação das execuções extrajudiciais tutela o direito à vida. Aquele primeiro é um crime permanente, este último, um crime instantâneo de efeitos permanentes.

Nesse sentido, se no caso concreto ocorrer a prática do desaparecimento forçado de pessoas seguido, cumulativa ou alternativamente, de tortura e/ou homicídio da vítima, tais

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf, acessado em 20.mai. 2015.

542 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay...*, pp. 58-59.

543 Bassiouni cita como exemplo paradigmático dessa distinção a utilização de drones pelos Estados Unidos para a eliminação de acusados de terrorismo na “Guerra ao Terror” que ele tem levado a campo no Oriente-Médio, em especial Iraque e Afeganistão. BASSIOUNI, *Introduction to Intenational Criminal Law...*, pp. 205-206.

resultados deverão ser punidos ou de forma autônoma, a partir do concurso material de crimes, ou na forma de causas de aumento ou qualificadoras do crime de desaparecimento forçado.

3.4.2 Bens jurídicos tutelados

Se existe uma relação, como se tem sustentado no presente trabalho, entre Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos (item 1.4), essa relação deve se orientar, naquilo que é essencial àquele primeiro, por suas estruturas principiológicas e dogmáticas que não podem ser afastadas sob nenhum pretexto, seja político ou moral, sob pena de se derruir os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre os quais os princípios da liberdade, da estrita legalidade em direito penal, da segurança jurídica, da presunção de inocência etc. Em outros termos, se cabe ao Direito Penal tutelar os direitos internacionalmente garantidos, em regime de complementariedade, na forma daquilo que Stahn e Eiffler identificam pela expressão “[...] o direito penal como braço estendido para a proteção geral dos direitos humanos”⁵⁴⁴, esta tutela deve ser realizada a partir de seus próprios fundamentos e sem qualquer margem à relativização ou mitigação dos princípios fundamentais que o identificam, duma banda, como sistema normativo e institucional de tutela dos bens jurídicos mais relevantes em uma sociedade “democrática”, e d’outra assegurar, através de princípios e regras irrenunciáveis, uma esfera de indecidibilidade não somente em favor do indivíduo, mas também dos fundamentos últimos de legalidade e legitimidade do Estado de Direito⁵⁴⁵.

544 Apud AMBOS, *A parte geral...*, p. 41.

545 Para Ferrajoli, a esfera do indecidível constitui-se no conjunto de normas fundamentais que estão subtraídas à vontade da maioria, e que pode ser identificada por quatro conteúdos essenciais: a) referida ao conceito de constituição rígida, ela identifica mais do que princípios reconhecidos pela filosofia política de cariz democrática, mas principalmente um componente estrutural das atuais democracias constitucionais, determinado pelos limites e pelos vínculos que, em suma, não são externos ao ordenamento jurídico, mas que lhe são intrínsecos; b) sendo os direitos e garantias fundamentais normas de abstenção como também normas mandamentais, a esfera do indecidível identifica ao conjunto das garantias aos direitos constitucionalmente estabelecidos, destinados a lhes dar efetividade; c) a esfera do indecidível identifica não somente um conjunto de normas de direitos e garantias fundamentais que objetivam conter o poder do Estado (eficácia vertical), mas também do poder privado, em especial do mercado e seus agentes econômicos (eficácia horizontal), e d) a esfera do indecidível é traço essencial, constitutivo, do Estado Democrático. FERRAJOLI, Luigi. *La Esfera del Indecidible y la División de Poderes*, trad. Miguel Carbonell, in *Estudios Constitucionales*, año 6, n. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008, pp. 337-343.

Assim, a identificação dos bens jurídicos tutelados no desaparecimento forçado de pessoas, tal como evidenciado nas convenções e na jurisprudência das cortes internacionais, deverão ser filtrados por intermédio desses princípios e normas fundamentais próprios do Direito Penal como forma de se comprovar a legitimidade constitucional da criminalização do comportamento no ordenamento jurídico brasileiro.

O maior problema, entretanto, em se buscar a identificação dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos é o fato de que as cortes desses sistemas, em particular a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o fizeram a partir de casos concretos de desaparecimentos forçados de pessoas nos quais, como regra geral, as vítimas haviam sido mortas, não sem antes terem sido torturadas por seus captores, e em julgamentos que antecederam, em tempo razoável, a edição das próprias convenções internacionais, donde geralmente haver um tratamento assistemático acerca da precisa identificação do bem jurídico.

Com efeito, segundo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵⁴⁶, o desaparecimento forçado de pessoas viola aos seguintes direitos humanos: o direito à liberdade pessoal, o direito à integridade psíquico-física, o direito à vida, o direito ao reconhecimento à personalidade jurídica, os direitos políticos, os direitos inerentes às relações familiares e dos familiares da vítima, o direito aos recursos legais como forma de se coibir a lesão ou ameaça aos direitos da vítima e dos familiares, o direito à verdade, o direito à integridade pessoal dos familiares etc. Assim, se é correto afirmar-se que a prática viola a liberdade individual, não se pode afirmar o mesmo, *v.g.*, no que concerne ao direito à vida ou à incolumidade psíquico-física, na medida em que tais comportamentos são sancionados por normas jurídico-penais autônomas, isto é, o homicídio e a tortura. Ademais, se é certo que o desaparecimento forçado objetiva subtrair o sujeito passivo da proteção da lei, não parece correto afirmar-se que ele objetive, *e.g.*, impedir, *de per se*, o direito à livre manifestação do pensamento ou o exercício dos direitos políticos.

Nesse ponto, a distinção dogmática entre bem jurídico penalmente tutelado e objeto material de um comportamento ilícito é extremamente importante. Se, como já visto, bem jurídico é o indivíduo ou o interesse valorado pelo constituinte ou pelo legislador como penalmente relevante para receber a tutela penal, nos termos dos princípios da intervenção

546 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, N. 6: Desaparición Forzada, San Jose de Costa Rica: CIDH/DANIDA, 2014, pp. 21-44.

mínima e da fragmentariedade⁵⁴⁷, o objeto material identifica “[...] a pessoa ou a coisa sobre a qual incide a conduta delituosa”⁵⁴⁸.

Assim, se poderia interpretar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que ela, ao indicar os direitos violados pela prática do desaparecimento forçado de pessoas tem se preocupado, tão somente, em indicar o objeto material violado pelo comportamento, e não, necessariamente, o bem jurídico tutelado, especialmente por que se trata de uma corte de Direitos Humanos, cuja função, diversamente de uma corte penal, é a “[...] de tratar integralmente la desaparición forzada como una forma compleja de violación de derechos humanos, [y que] llevan [el] Tribunal a analizar en forma conjunta los artículos 4, 5 y 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma [...]”⁵⁴⁹, não se podendo confundir dita jurisdição, doutro giro, “[...] con la jurisdicción penal, ya que los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal”.⁵⁵⁰

Assim, é nos textos convencionais que se devem buscar a identificação dos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal, servindo a jurisprudência das cortes de Direitos Humanos como um parâmetro sob o qual deverá incidir o filtro inerente à dogmática do Direito Penal.

Portanto, e tendo em vista o que é previsto no artigo 2 da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, artigo 2 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado e artigos 7, 1, i c/c 7, 2, i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, é possível identificar-se os seguintes bens jurídicos:

A) O **direito à liberdade pessoal**, consistente no direito de ir, vir e ficar, e que somente pode ser mitigado na ocorrência de uma prisão constitucionalmente adequada, isto é, em flagrante delito, ou por decisão judicial fundamentada emanada de um juiz competente em caráter cautelar ou por sentença penal transitada em julgado;

B) o **direito à informação**, entendido como o direito que o detido e/ou seus familiares têm à identificação dos agentes que efetuaram a prisão, as circunstâncias – legais ou ilegais – em que a mesma ocorreu, o local em que a pessoa se encontra presa e as demais informações necessárias para que se tomem as medidas processuais necessárias à tutela do direito à liberdade pessoal, direito este que é permanente violado enquanto o destino, paradeiro ou sorte do detido não for informada;

547 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*: parte geral, 5 ed., São Paulo: RT, 1999, pp. 41-43; no mesmo sentido, SOUZA, JAPIASSÚ, *Curso de Direito Penal...*, pp. 64-65.

548 SOUZA, JAPIASSÚ, *Curso de Direito Penal...*, p. 152.

549 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay...*, p. 58.

550 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana* (Fondo), Sentencia de 27 de febrero de 2012, p. 45, disponível em http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_240_esp.pdf, acessado em 25.nov. 2015.

C) o **direito aos recursos processuais** necessários à tutela do indivíduo não somente contra a prisão (i)legal, isto é, a liberdade pessoal, mas também como meio eficaz para a cessação/prevenção da lesão de outros direitos fundamentais, como a incolumidade psíquico-física ou a vida.

Referidos bens, ademais, encontram plena tipicidade não somente nos tratados internacionais de Direito Humanos, mas também, e principalmente, na Constituição de 1988, *ex vi* do artigo 5º, incisos XV (direito de ir-e-vir/liberdade pessoal), XXXV (direito/garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional), LIV (garantia ao devido processo legal), LV (direito/garantia ao contraditório e a ampla defesa), LXI, LXV e LXVI (direito/garantia à excepcionalidade das prisões cautelares e do controle jurisdicional sobre as mesmas), LXII, LXIII e LXIV (direito/garantias às informações referentes aos autores, circunstância, comunicação a terceiros etc decorrentes da prisão) e LXVIII (a garantia do *habeas corpus*).

Seriam os direitos fundamentais à informação e aos recursos legais, juntos ao direito à liberdade pessoal, bens penalmente tuteláveis, mormente quando eles são violados por um comportamento incompatível com os princípios do devido processo legal e do processo justo, isto é, manifestamente ilegal, com o qual se objetiva pôr o indivíduo fora da proteção legal? Não parece restar dúvida de que sim, seja quando se os analisa sob o prisma do conceito de esfera de indecibilidade, na medida em que eles fazem parte da própria essência do Estado Democrático de Direito, já que tais direitos são essenciais ao controle do poder estatal e à asseguaração dos direitos fundamentais à liberdade pessoal e à proteção contra o exercício arbitrário do poder, seja quando se os analisa a partir do conceito de *fair trial* derivado do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Penal Internacional.

Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Hilaire y otros vs. Trinidad y Tobago*⁵⁵¹, que tratava sobre a observância do princípio do devido processo legal, mormente por que no caso concreto os peticionantes estavam submetidos, por decisão judicial, à pena de morte, asseverou que a Corte já havia

[...] establecido en la Opinión Consultiva OC-16/99 que “para que exista ‘devido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.

En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, es preciso que en él se observen todos los requisitos que “sirv[an] para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”

551 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo), p. 54, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf, acessado em 20.jan. 2016.

De semelhante forma, no caso *Cantoral Benevides vs. Peru*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos enfrentou diversos temas especialmente relevantes no concernente, de um lado, ao poder-dever do Estado em prevenir e reprimir atos de terrorismo, e de outro lado a permanência inderrogável das garantias fundamentais do *fair trial* e dos direitos de cariz material como a liberdade pessoal, o direito a não ser torturado e a ser tratado com dignidade que “[...] rige[n] aún en las circunstancias más difíciles para el Estado, tales como las que se configuran bajo la agresión del terrorismo y el crimen organizado a gran escala”⁵⁵², tendo, nesse sentido, condenado o Peru pela violação a um conjunto de direitos humanos do paciente, com especial ênfase no aspecto processual, tais como: a incompetência absoluta da justiça militar para julgar civis, a violação à garantia da imparcialidade de referida forma de juízo, posto que, ao competir à força militar defender o Estado contra o terrorismo, não poderia esta mesma força exercer a persecução penal de um acusado de terrorismo, violação do direito ao tratamento digno, violação ao direito à assistência e defesa técnica etc. Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou nesse caso a sua jurisprudência acerca do devido processo legal, segundo o qual toda pessoa tem o direito⁵⁵³

[...] a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención [...]. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. Asimismo, la Corte ha señalado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. Lo anteriormente dicho no es sólo válido en situaciones de normalidad, sino también en circunstancias excepcionales. Dentro de las garantías judiciales indispensables que deben observarse, el hábeas corpus representa el medio idóneo “**para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**” (grifamos).

Assim, e tendo como parâmetro comparativo o que se descreveu sobre o crime de genocídio (item 2.4), segundo o qual ele não pode ser tipificado como um crime contra a pessoa, como erroneamente capitulado por Hungria no Código Penal de 1969, mas como um

552 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cantoral Benevides vs. Peru*, sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo), p. 37, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf, acessado em 20.jan. 2016.

553 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cantoral Benevides vs. Peru...*, pp. 52-53.

crime de transcendência internacional em sentido próprio, já que conforme ensinado por Fragoso ele se constitui num crime contra a humanidade, posto objetivar a proteção da pluralidade da vida humana a partir de critérios como “[...] certos grupos que de outros se destacam apenas por sua nacionalidade, raça ou religião [...]”⁵⁵⁴, o desaparecimento forçado de pessoas é “novo”, ao menos no sentido do Direito Penal brasileiro, no sentido de que, sendo ele um crime internacional próprio *par excellence*, também estende a proteção jurídico-penal adequada a determinados direitos que no ordenamento jurídico nacional somente o faz de forma tangencial como se dá no caso do crime de abuso de autoridade, *ex vi* do artigo 4º da Lei nº 4.898/65.

3.4.3 Características do crime de desaparecimento forçado de pessoas

Intenta-se nesse tópico fazer uma breve caracterização do desaparecimento forçado de pessoas no contexto das usuais classificações dos crimes segundo a dogmática jurídico-penal.

Assim, no concerne ao **sujeito ativo** do crime, extrai-se do disposto no artigo 2 da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e 2 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, que se trata de crime próprio, na medida em que o desaparecimento forçado de pessoas exige, como condição própria para a sua tipificação, que ele seja praticado por “[...] agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado [...]”. Assim, a privação ilícita da liberdade praticada por indivíduos privados da condição de agente público e/ou pertencente a um grupo de pessoas que atuem com a autorização, apoio ou consentimento do Estado, não ensejará a tipificação do crime, mas sim o de sequestro, nos termos do artigo 148 do Código Penal.

Quanto ao **comportamento**, o desaparecimento forçado de pessoas, por se tratar de **crime plurissubsistente**, uma vez que a sua consumação exige uma série complexa e cumulativa de comportamentos – privação da liberdade, seguida da omissão em prestar as informações legais sobre o destino ou paradeiro da pessoa detida, seguida da manutenção da privação da liberdade mediante omissão dos deveres de ofício em fazer cessá-la -, ele envolve, no concurso de agentes, comportamento **comissivos**, vale dizer, *o facere* consistente

554 FRAGOSO, Genocídio..., p. 32.

em cercear a liberdade do indivíduo, que se manifestará em sua concretude no momento em que ela se tornar ilegal, seguida de comportamentos ativos ou omissivos referidos, *e.g.*, ora à prestação de informações falsas sobre o paradeiro da vítima (comportamento comissivo), ora na omissão do cumprimento do dever legal de prestar as informações devidas. Nesse último caso trata-se, como se percebe, de um comportamento **omissivo próprio**, nos termos do artigo 13, §2º do Código Penal, na medida em que o agente público tem o dever funcional de informar e/ou de impedir o prosseguimento do desaparecimento forçado.

Doutra banda, no que concerne **ao(s) bem(ns) tutelado(s)**, trata-se de crime de crime pluriofensivo, posto que o comportamento viola uma pluralidade de bens jurídicos penalmente tutelados, como visto no item 3.4.2.

Quanto ao **elemento subjetivo**, constitui-se o desaparecimento forçado de pessoa em crime doloso (princípio da excepcionalidade do crime culposos), uma vez que o seu conceito exige consciência e vontade do agente ativo de praticar o tipo penal, violando, com, isso, os bens tutelados.

No que atine ao **tempo do crime/consumação do tipo penal**, trata-se, segundo expresso reconhecimento do artigo 3, segunda parte da Convenção Interamericana (“Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima”), de espécie de crime permanente⁵⁵⁵, na medida em que, enquanto durar o estado de desaparecimento do sujeito passivo, o comportamento se protrairá no tempo, isto é, até que o destino ou paradeiro da vítima seja estabelecido.

Concernente à **relação de causalidade**, cuida-se de crime material, pois exige a efetiva ofensa aos direitos tutelados, a começar pelo direito à liberdade pessoal. Nesse sentido, o desaparecimento forçado de pessoas também se constitui em espécie de **crime de dano** – efetiva violação aos bens jurídicos -, muito embora ele também objetive, no plano da política criminal, constituir-se em crime que objetiva prevenir a ocorrência daquilo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos denomina de crimes conexos – **perigo concreto** -, isto é, possíveis ilícitos penais que poderão ser praticados contra a vítima em razão de ela ser

555 A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o caso Velásquez Rodríguez, consignou o caráter permanente do desaparecimento forçado de pessoas: “La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención [...]”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras...*, p. 31. O crime, doutra banda, não pode ser categorizado como continuado, posto que referida tipificação não se adequa, dogmaticamente, aos termos do artigo 71 do Código Penal brasileiro.

posta fora da esfera de proteção da lei, em especial a tortura e/ou execução extrajudicial (homicídio). No entanto, em sua essência, trata-se de crime de dano.

No que concerne ao **concurso de agentes**, caracteriza-se, pela expressa disposição dos citados artigos 2, bem como do artigo 7, 1, i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, de crime **plurissubjetivo**, em que se exige o **concurso necessário de agentes** para a sua tipificação, consoante se pode inferir do sentido comum das expressões “agentes do Estado ou pessoas ou grupo de pessoas”.

3.4.4 O problema da (im)prescritibilidade

Quando no item 1.3 se discorreu sobre os modos pelos quais se dão as relações entre Direito Penal Internacional e Direito Penal nacional no concernente à regulação nacional das obrigações internacionais decorrentes daquele primeiro, intentou-se demonstrar que elas seguem três modos distintos: a unificação, a uniformização e a harmonização. No primeiro, o direito nacional reproduz integralmente a regulação internacional em seu ordenamento; no terceiro objetiva-se estabelecer uma relação de complementariedade em que, resguardada a autonomia legiferante do Estado, aparam-se arestas normativas e hermenêuticas de forma a se assegurar uma aplicação harmônica dos institutos internacionais. Já a uniformização é orientada, de um lado, pela obrigação de regulação interna dos preceitos internacionais, e de outro lado, pela adoção de critérios normativos que asseguram aos Estados, ao dar eficácia às obrigações internacionais, um espaço para a adaptação do instituto, conformando-o àqueles princípios fundamentais de seu ordenamento. Em outros termos, os tratados internacionais estabelecem modelos alternativos de regulação: ou o padrão vigente no Direito Internacional **ou** um padrão compatível com o direito nacional, respeitados determinados conteúdos do Direito Internacional. O já citado artigo 26 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção é exemplar nesse sentido: no parágrafo 1, a responsabilização penal da pessoa jurídica poderá ser adotada pelo direito dos Estados-partes, desde que “[...] em consonância com seus princípios jurídicos [...]”, pelo que elas poderão imputar, conforme o parágrafo 2, alternativa ou cumulativamente, “[...] responsabilidade [...] penal, civil ou administrativa [...]”. Contudo, se a imputação penal da pessoa jurídica for incompatível com um preceito de direito nacional fundamental, nos termos do parágrafo 4, os Estados deverão impor “[...]”

sanções [...] eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis [...]”.

Assim, numa interpretação sistemática, pode-se chegar às seguintes conclusões: a) em se tratando de atos tipificados como corrupção praticados por pessoa jurídica, os Estados, se assim o permitir o seu ordenamento jurídico, poderão adotar disposições de direito interno que imputem cumulativa ou alternativamente, sanções penais, civis e administrativas; b) se a imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica for vedada pelo direito nacional, as demais sanções deverão ser aplicadas, sendo que c) elas devem ser eficazes, proporcionais e dissuasórias. O *telos*, portanto, é a instituição de normas e institutos sancionatórios para a prevenção geral e especial dos atos de corrupção praticadas por intermédio de pessoas jurídicas, devendo os Estados adotarem todas as medidas que sejam compatíveis com o seu ordenamento jurídico.

No que concerne, doutro giro, ao problema da prescrição dos crimes internacionais próprios em geral, e do desaparecimento forçado de pessoas em particular, decorrente do Direito Internacional consuetudinário positivado pela Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade e o Direito Internacional convencional (artigo 29 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional), é possível afirmar-se, de forma peremptória como o fez a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, que eles devem ser, tanto em nível internacional como em nível interno, imprescritíveis, pelo que “[...] nenhuma lei ou norma de direito interno, como as disposições de anistia, as regras de prescrição e outras excludentes de responsabilidade, pode impedir que um Estado cumpra [a] obrigação [...]” de exercer a persecução penal de seus autores, posto serem “[...] inaniștiáveis e imprescritíveis”⁵⁵⁶?

Embora se vá enfrentar o problema da “revisão” da Lei de Anistia no item 4.4, *infra*, é preciso buscar respostas a este tema naquilo que as próprias convenções dispõem, tendo como ponto de ancoragem a distinção entre os critérios de implementação do Direito Penal Internacional, cindido entre a direta, isto é, a jurisdição penal internacional exercida por Tribunais Penais Internacional, e que têm por direito aplicável o Direito Internacional, e a indireta, isto é, a aplicação de normas do Direito Penal Internacional por tribunais nacionais, e que se faz “segundo os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico” através do

556 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros* (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010, p. 48, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf, acessado em 30.mar. 2011.

processo de regulamentação interna, caso isso seja necessário, como se dá no regime jurídico brasileiro.

Nessa senda, é certo que o regime de jurídico-internacional do Direito Penal Internacional é orientado pelo critério da imprescritibilidade dos crimes internacionais próprios, conforme expressamente declarado pelo artigo 29 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que segundo Schabas, parece ser mais dirigido às legislações nacionais que admitem a prescrição “[...] even the most serious [...]”⁵⁵⁷ crimes. Ademais, ele expressamente reconhece que a⁵⁵⁸

[...] oposição internacional à prescrição para os crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio tomou a forma de resoluções e tratados da Assembleia Geral tanto no sistema das Nações Unidas como do Conselho da Europa. A baixa taxa de adesão pelos os Estados [à] Convenção das Nações levou alguns acadêmicos a contestar a sugestão que seja uma norma consuetudinária. No entanto, no caso Barbie, a *Cour de Cassation* decidiu que a proibição de limitações legais para crimes contra a humanidade é agora parte do direito consuetudinário.

Assim, a imprescritibilidade dos crimes internacionais próprios se constitui numa norma de caráter costumeiro e convencional, e que é, nesse sentido, aplicada pelos tribunais internacionais, independentemente de uma expressa previsão no texto convencional que o tenha criado. Em outros termos, é da essência do regime de prevenção geral do subsistema normativo do Direito Penal Internacional a imprescritibilidade dos crimes internacionais próprios.

Contudo o mesmo não se pode afirmar no que respeita à regulação nacional de referida norma. Tanto isto é verdade, que somente as Convenção Interamericana e a Convenção Internacional, preveem, como outras convenções particulares sobre crimes internacionais próprios, mandados expressos ou implícitos de criminalização (*e.g.*, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio e a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes), tratam de forma particularizada o problema da prescrição.

Com efeito, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, em seu artigo 7º, prescreve que

A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição. **No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Membro.** (grifamos)

557 SCHABAS, *An introduction to International Criminal Court...*, p. 247.

558 SCHABAS, *An introduction to International Criminal Court...*, p. 248.

Já a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, em seu artigo 8º, 1, a e b, estabelece

Sem prejuízo do disposto no Artigo 5, 1⁵⁵⁹,

O Estado Parte que aplicar um regime de prescrição ao desaparecimento forçado tomará as medidas necessárias para assegurar que o prazo da prescrição da ação penal:

- a) Seja de longa duração e proporcional à extrema seriedade desse crime; e**
- b) Inicie no momento em que cessar o desaparecimento forçado, considerando-se a natureza contínua desse crime.** (grifamos)

O que se tem, portanto, a partir de uma interpretação gramatical e sistemática do disposto nas duas convenções é que: a) o parâmetro internacional que deveria ser seguido pelos Estados em referida matéria é o da imprescritibilidade; b) contudo, se existir expressa disposição de direito interno que proíba a sua adoção, a CISDF e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado estabelecem que ela deverá ser “[...] de longa duração [...]”, isto é, “[...] igual ao do delito mais grave na legislação interna [...]”, desde que, c) conforme a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, não se constitua em desaparecimento forçado na forma de crime contra a humanidade, isto é, praticado no contexto de um ataque geral e sistemático à população civil. Nesse caso, o Estado deverá adotar o parâmetro da imprescritibilidade.

Assim, pelas duas convenções, a imprescritibilidade deverá ser necessariamente aplicada em casos de desaparecimento forçado de pessoas na forma de crime contra a humanidade; já em sua modalidade comum, o Estado tem a liberdade para aplicar ou não a referida regra, desde que: a) se observe o prazo mais longo e b) somente inicie a sua fruição a partir da cessação do comportamento, isto é, ou quando a vítima for posta em liberdade ou se determinar o seu destino ou paradeiro, conforme, aliás, já previsto pelo artigo 111, III do Código Penal em relação aos crimes permanentes. Ademais, como a legislação brasileira adotada o critério da pena máxima em abstrato do crime em espécie, cujo prazo mais amplo é o de 20 (vinte) anos, nos termos do artigo 109, I do Código Penal, tem-se que, em caso de tipificação do crime pelo ordenamento jurídico brasileiro a pena máxima cominada deveria ser igual ou superior a 12 (doze) anos de reclusão.

559 Estabelece o artigo 5 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado: “A prática generalizada ou sistemática de desaparecimento forçado constitui crime contra a humanidade, tal como define o direito internacional aplicável, e estará sujeito às consequências previstas no direito internacional aplicável”.

A questão que remanesce é a seguinte: poderia o ordenamento jurídico brasileiro dispor sobre a imprescritibilidade de outros crimes que não aqueles expressamente previstos no artigo 5º, XLII e XLIV da Constituição de 1988?

Parece que o tema enfrenta um duplice problema: a) primeiro, compreender a extensão das hipóteses de imprescritibilidade como uma violação expressa às cláusulas de inamovibilidade presentes no artigo 60, §4º da Constituição de 1988, e b) mesmo que tal não ocorra, uma violação ao princípio da proporcionalidade.

Quanto ao primeiro problema, ligado ao tema da inconstitucionalidade material, ela somente ocorreria se, e desde que, o Direito Penal se configurasse, constitucionalmente, como uma medida excessiva e desarrazoada de tutela dos direitos fundamentais estabelecidos na própria Constituição de 1988. Mas tal não ocorre, de fato, porquanto o próprio constituinte estabeleceu hipóteses de imprescritibilidade. Ademais, nada no texto constitucional dispõe em sentido contrário à possibilidade de ampliação de tais hipóteses, competindo, nesse sentido, ao legislador, no exercício de sua discricionariedade político-constitucional de livre conformação da legislação, decidir em um sentido ou em outro, desde que respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

No que alude, doutro polo, ao princípio da proporcionalidade, a distinção entre desaparecimento forçado comum e na forma de crime contra a humanidade deve ser levado em conta, pois, caso se adotasse a regra da imprescritibilidade como o parâmetro legislativo para as duas hipóteses, ter-se-ia uma clara violação ao princípio da igualdade, pois, crimes tão ou mais graves como o desaparecimento forçado de pessoas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, estão sujeito à prescrição, como o homicídio qualificado, o latrocínio, o estupro seguido de morte e, de idênticas naturezas ao crime em questão, o genocídio e a tortura, em sua forma simples ou qualificada. Nesse sentido, tratamento diverso válido somente para o desaparecimento forçado de pessoas não se amoldaria ao princípio da proporcionalidade, vez que, do ponto de vista da racionalidade normativa, seria injustificável a distinção de tratamento para crimes de idêntica gravidade.

Doutro polo, o mesmo não ocorreria no concernente ao desaparecimento forçado de pessoas na forma de crime contra a humanidade, posto ser, internacionalmente, o modelo de tratamento cabível ao caso. Assim, como medida de política criminal pertinente a este tema, seria necessário que o legislador nacional adotasse a prática da regulação nacional autônoma dos crimes internacionais previsto no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ao modo, *e.g.*, do Código Penal Internacional Alemão, dando um tratamento uniforme e sistemático em nível interno.

De qualquer sorte, e caso seja essa a decisão do legislador pátrio, referida normatização somente poderia ter efeitos para casos futuros (princípio da irretroatividade *in malam partem*), não podendo, em hipótese alguma, abranger situações pretéritas.

3.4.5 A inadmissibilidade da causa de exclusão de antijuridicidade (*defense*) da obediência a ordem superior

Esse tópico versará sobre a inadmissibilidade a causa de exclusão de antijuridicidade especificamente prevista nas Convenção Interamericana e Convenção Internacional, a obediência a ordem superior, e que se constitui, conforme visto no item 1.2, numa das 10 características essenciais do regime de incriminação do Direito Penal Internacional.

É sabido que a dogmática penal brasileira é profundamente afetada, mesmo condicionada em sua conformação científica, pela dogmática jurídico-penal alemã, posto estar situada naquilo que Roxin denomina de “[...] círculo católico-românico [...] de influência da dogmática penal alemã”⁵⁶⁰, donde a vigência, em nível doutrinário, do conceito analítico ou, como querem Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁵⁶¹, estratificado de delito.

Com efeito, a doutrina penal brasileira majoritária sustenta que o crime se constitui em um fato típico, antijurídico e culpável⁵⁶², isto é, no conjunto de condições jurídico-normativas necessárias para a qualificação jurídica de um determinado comportamento como um ilícito penal. Conde e Puig⁵⁶³, no entanto, dois eminentes doutrinadores espanhóis, cujo sistema penal também está na área de influência do círculo católico-romano, empregam um conceito quadripartido (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade), por entenderem que esta última desempenha um papel importante para a caracterização da sanção penal e das limitações ao poder de punir, *e.g.*, no tema relativo às causas pessoais de exclusão ou suspensão da pena.

560 Conf. AMBOS, *A parte geral...*, p. 60.

561 ZAFFARONI, PIERANGELI, *Manual de Direito Penal brasileiro...*, *passim*.

562 SOUZA, JAPIASSÚ, *Curso de Direito Penal...*, p. 132; PRADO, *Curso de Direito Penal brasileiro...*, p. 55;

SANTOS, *Direito Penal...*, p. 82; ZAFFARONI, PIERANGELI, *Manual de Direito Penal...*, p. 385.

563 CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*, trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre: SAFE, 1988; PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*, trad. Cláudia V. Garcia e José C. N. P. Neto, São Paulo: RT, 2007.

Ao lado dessas duas classificações, têm-se aquelas doutrinas identificadas como dualistas. A primeira, segundo Santos, é a adotada por parte considerável da doutrina alemã e italiana que, a partir do conceito de fato impunível, afirma ser o crime um fato típico e culpável, além, é óbvio, da sempre criticada concepção brasileira de Dotti, Jesus e seus seguidores, que afirmam também uma divisão dual, mas com exclusão da culpabilidade do conceito de delito – o crime seria um fato típico e antijurídico, a culpabilidade um pressuposto da pena⁵⁶⁴.

Dogmaticamente, seja para a corrente bi, tri ou mesmo quadripartida de crime, cada um desses elementos são considerados como condições essenciais para a caracterização de uma conduta como crime: deve ser típica em atenção aos princípios da estrita legalidade em direito penal; deve ser antijurídica, com a qual se afere a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, e a culpabilidade como aferição das condições subjetivas do agente em dirigir o seu comportamento pelo comando da norma, parâmetro indispensável para a atribuição de responsabilidade penal.

Contudo, e somente para pontuar a diferença entre os sistemas, o Direito Penal Internacional tem sido, até o presente, imune às influências da dogmática penal alemã, seguindo, em sua estrutura doutrinária e jurisprudencial, o *common law*. Conforme Ambos⁵⁶⁵,

[...] [a] *common law* anglo-americano [...] tem determinado decisivamente, quase de maneira exclusiva, a evolução da jurisprudência e das codificações de direito penal internacional [...]. Por isso, para a inteligência do direito penal internacional e, especialmente do ETPI, é irrenunciável a compreensão de figuras e da terminologia jurídico-penal do *common law*.

Nesse sistema, o fato impunível é dividido em duas categorias, responsabilidade e *defenses*. A primeira trata de todas as condições normativas necessárias para se imputar a responsabilidade penal ao acusado da prática de um crime internacional. Já as *defenses* identificam as hipóteses de exclusão da responsabilidade, isto é, causas que excluem, se ficarmos nas categorias da dogmática penal, a antijuridicidade, a culpabilidade, mas também abrangendo vícios ou circunstância prejudiciais de caráter processual que impedem a imputação da responsabilidade penal⁵⁶⁶.

Entretanto, conforme Ambos⁵⁶⁷, Ferreira de Almeida⁵⁶⁸, dentre outros autores, não se constituem em *defenses* admissíveis perante o Direito Penal Internacional: a) prescrição

564 JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*: parte geral, v. 1, 32 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

565 AMBOS, *A parte geral...*, p. 50.

566 AMBOS, *A parte geral...*, pp. 80-85.

567 AMBOS, *A parte geral...*, passim.

568 FERREIRA DE ALMEIDA, *Os crimes contra a humanidade...*, pp. 462-463.

(artigo 29 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional) e b) a qualidade de oficial, tenha ela a estrutura hierárquico-normativa que for, posto incluir, inclusive, a de chefia do Estado (artigo 27 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional). Este último constitui-se num dos pontos mais importantes do Direito Penal Internacional por excluir, numa perspectiva dúplice, tanto a alegação de cumprimento de ordens superiores, haja vista que aquele que determina ou consente, mesmo em caráter omissivo, na prática do crime também será penalmente responsável, independente do nível hierárquico que ele ocupar na estrutura institucional do Estado, inclusive se chefe de Estado, e a de permitir a responsabilização do superior hierárquico por ilícitos perpetrados por seus comandados, podendo-se aplicar, em razão dessa regra, a doutrina da cegueira intencional (*willful blindness*), pela qual se atribui a responsabilidade penal internacional ao superior hierárquico na forma de comportamento omissivo quando ele, intencionalmente, deixar de exercer o “[...] controle efetivo sobre os subordinados [...] acompanhado da possibilidade de tomar contra-medidas preventivas ou, ao menos, repressivas”⁵⁶⁹.

O artigo 8, primeira parte, da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, prevê a exclusão dessa *defense* nos seguintes termos: “Não se admitirá como causa dirimente a obediência devida a ordens ou instruções superiores que disponham, autorizem ou incentivem o desaparecimento forçado. Toda pessoa que receber tais ordens tem o direito e o dever de não obedecê-las [...]”.

Já o artigo 6 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, de forma mais abrangente e analítica, assim prescreve:

Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para responsabilizar penalmente, ao menos:
a) Toda pessoa que cometa, ordene, solicite ou induza a prática de um desaparecimento forçado, tente praticá-lo, seja cúmplice ou participe do ato [...] 2. Nenhuma ordem ou instrução de uma autoridade pública, seja ela civil, militar ou de outra natureza, poderá ser invocada para justificar um crime de desaparecimento forçado.

É sabido que uma das principais defesas arguidas pelos acusados nos julgamentos de Nuremberg, tanto no *jubiley* como nos Processos, era a de que eles estavam cumprindo a ordens superiores⁵⁷⁰, defesa, no entanto, que não foi acolhida porque

⁵⁶⁹ AMBOS, *A parte geral...*, p. 97.

⁵⁷⁰ Conforme Ehrenfreund, a alegação do cumprimento de ordens superiores se constitui, ao lado das alegações de julgamento *ex post facto*/retroatividade e tu quoque nos principais argumentos da defesa dos acusados: “But the most troubling defenses came in the form of four legal, rather than factual, arguments: victors’ justice (“The court consists only of judges from the Allied powers”); superior orders (“I had to do it or I would be shot”); *Ex post facto* (“There was no law in existence declaring what we did was criminal”); and the tu quoque defense (“You did it too and therefore we should be allowed to show evidence of Allied atrocities as well”).”

The court could receive evidence of obeying superior orders offered by the defense but such evidence could be used only in mitigation of sentence; that is, to reduce the punishment. It would not be allowed on the issue of guilt or innocence [...] - principalmente porque - [w]ith regard to the evidence of atrocities and the crimes against humanity, the Nuremberg Court could hardly be faulted for refusing to allow the defense of superior orders. Such orders were blatantly illegal. Who could ever argue to a court: "I did not know the order to gas a thousand Jews was illegal"?⁵⁷¹

Em outros termos, como dito por Arendt⁵⁷²,

Todos eles concordam num ponto: ordens manifestamente criminosas não devem ser obedecidas [...] para ser desobedecida, a ordem precisa ser "manifestamente ilegal"; a ilegalidade "deve tremular acima dela "como uma bandeira negra, como um aviso dizendo 'proibido'". Em outras palavras, a ordem, para ser reconhecida [...] como "manifestamente ilegal", tem de violar, por sua excepcionalidade, os cânones do sistema legal ao qual ele está acostumado [...] Em qualquer julgamento comum de um caso assim ficaria claro imediatamente que o que foi ordenado ao soldado não foi que consultasse a voz da consciência ou um "sentido de legalidade que existe no fundo de toda consciência humana, até daqueles que não estão familiarizados com os livros de leis [...] contanto que o olho não seja cego e o coração não seja duro e corrompido". Ao contrário, o que se espera do soldado é que seja capaz de distinguir entre a regra e a notável exceção à regra.

Noutros termos, o agir em cumprimento de uma ordem para cometer o desaparecimento forçado de pessoas poderá, quando muito, e a depender das condições concretas do caso, implicar em mera atenuação da pena, mas não como causa de exclusão da antijuridicidade⁵⁷³. Portanto, constituindo-se o desaparecimento forçado de pessoas numa conduta manifestamente ilegal por sua incompatibilidade direta frente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Penal Internacional, gizado pela cláusula da inderrogabilidade em qualquer circunstância, assim como a tortura, o fato de um agente subalterno executar qualquer um dos comportamentos que o tipificam, ensejam a sua responsabilidade penal, pois ele "[...] tem o direito e o dever de não obedecê-las".

Interessante que a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, em seu artigo 8, parte final, estabelece o dever de os Estados instituírem, na formação dos órgãos responsáveis pela segurança pública e do Estado, "[...] a educação necessária sobre o delito de desaparecimento forçado de pessoas", complementando, nesse sentido, o disposto no artigo 33, primeira parte c/c artigo 68, da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, segundo o qual uma das tarefas dos Estados no cumprimento de suas

EHRENFREUND, Norbert. *The Nuremberg legacy: how the nazi war crimes trials changed the course of history*, New York: Palgrave MacMillan, 2007, p. 46.

571 EHRENFREUND, *The Nuremberg legacy*..., pp. 50-51.

572 ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, tradução de José R. Siqueira, São Paulo: Cia das Letras, 1999, pp. 93-96.

573 AMBOS, *A parte geral*..., p. 104.

obrigações internacionais em matéria de direitos humanos é a de “[...] garantir que a educação se destine a reforçar o respeito pelos Direitos Humanos e liberdades fundamentais [...]”, do que decorre a necessidade de “[...] reforço das instituições de Direitos Humanos e da democracia, a proteção jurídica dos Direitos Humanos, a formação de funcionários e outro pessoal [...] [que] deverão ser disponibilizados enquanto componentes destes programas”.

3.4.6 A cláusula *aut dedere aut judicare*: a extraditabilidade e a jurisdição penal dos Estados, inclusive universal

Ao se definir, no presente trabalho, o Direito Penal Internacional (item 1.2), consignou-se que ele objetiva tornar possível a prevenção geral de crimes internacionais, e de outro lado instituir formas concretas de obrigações e deveres internacionais de prevenção especial em relação àqueles comportamentos, bem como a cooperação penal entre os Estados, sendo que, dentre todos os institutos utilizados para este mister, a extradição é o “[...] mais antigo e mais importante mecanismo de colaboração penal internacional [...]”, podendo-se, conforme a lição de Celso Albuquerque de Mello aferir a sua origem no “[...] registro de tratado firmado entre Ramsés II e Hattisuli, rei dos Hititas, em 1291 a.C [...]”, do que se pode concluir que a “[...] essência da extradição, isto é, conduzir um indivíduo para fora de um Estado a fim de entregá-lo a outro Estado, existia na prática internacional da Antiguidade”⁵⁷⁴, afirmação com a qual concorda Bassiouni, posto que em mencionado tratado de paz, “[...] the parties solemnly promised to surrender to one another their nationals, who wanted were wanted fugitives”⁵⁷⁵. Confirma a teoria de Melo e Bassiouni a pesquisa feita por Altman, segundo a qual a extradição se constituiu na principal forma que as cidades-estados do período babilônico entre os anos de 2003 a 1595 a.C utilizaram para lograr a recaptura de diversas espécies de fugitivos⁵⁷⁶, desde políticos a devedores de obrigações civis, sendo que,

574 SOUZA, JAPIASSÚ, *Curso de Direito Penal...*, pp. 113-114.

575 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 500.

576 Nomeadamente, “[...] (1) runaway slaves; (2) captives of war escaping from their captors but unable to return to their homeland; (3) deserting soldiers who were afraid to return home; (4) dependent artisans escaping from their masters; (5) indebted peasants, who after losing all their property deserted their fields and joined bandit gangs; (6) free civilians who ran away from a blood avenger or for some other reasons; and (7) political refugees”. ALTMAN, Amnon. *Tracing the earliest recorded concepts of International Law: the ancient Near East (2500-330 BCE)*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2012, p. 81.

não raramente, o descumprimento de um tratado que estipulasse a obrigação de extraditar fosse considerado como *causa belli*⁵⁷⁷.

Contudo, a extradição, como instituto de cooperação internacional entre os Estados é válida, como regra geral, para qualquer forma de crime⁵⁷⁸, seja ele internacional ou não, sendo que no direito nacional está submetido a diversas condicionantes para a sua efetuação, dentre as quais se destaca a dupla tipicidade do fato, isto é, que o fato motivador da extradição deva constituir-se em crime tanto no ordenamento nacional como no ordenamento do Estado requerente, *ex vi* do artigo 77, I da Lei 6815/80, e o princípio da especialidade, segundo o qual, “[...] após concedida a extradição, o Estado requerente deve assumir o compromisso de não julgar o extraditado por fatos anteriores àquele que fundamentou o pedido [...]”⁵⁷⁹. Ademais, em razão de expressas disposição contidas na Constituição de 1988, bem como de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, é vedada a concessão de extradição: a) de brasileiros natos ou naturalizados. Para os primeiros, a proibição é absoluta; para os segundo, é relativizada para as seguintes hipóteses: 1) em relação a crimes cometidos antes da naturalização e 2) comprovado envolvimento no tráfico de entorpecentes, b) de crimes para os quais se preveem a pena de morte, salvo se o Estado solicitante se comprometer a comuta-la em pena de prisão, c) por construção jurisprudencial da Corte, para crimes para os quais se preveem a pena de prisão perpétua, salvo se o Estado se comprometer a comutar a pena de prisão por tempo determinado e d) para crimes políticos.

Contudo, no regime do Direito Penal Internacional, a prevenção geral e especial dos crimes internacionais, próprios ou impróprios, não se restringe somente à cooperação em sede extradicional, mas abrange um conjunto mais amplo de obrigações internacionais, conforme já indicado no item 1.2, dentre as quais se destacam de forma particularizada: a) o reconhecimento implícito de que a natureza penal desse comportamento estabelece o dever de

577 “We have already noted some concern to the runaways issue in the treaty of the 23rd century concluded between Naram-sin of Akkad and an Elamite king, and in the Old Babylonian treaty between Šadlaš and Nērebtum where both parties undertook not to enlist a runaway soldier of the other party [...]. Although these treaties do not speak explicitly about extradition, the actual meaning is to be deduced. The above-mentioned three commercial treaties from Kültepe, concluded by the city of Aššur with rulers of some Anatolian cities, are more explicit in this regard. In those treaties, the stipulated extradition is concerned not only with murderers [...], but also with the extradition of Babylonian merchants - the commercial competitors of the Assyrian merchants who happened to come to these Anatolian cities - in order to be executed [...]. An extradition stipulation occurs also in a not yet published treaty from Tell Leilan, concluded between Till-Abnu, king of Apum, and Yamši-Ḥandu, king of Kaḥat [...]; but in this case, it concerns runaway slaves. These occurrences of stipulated extradition should be viewed as only a small sample of a much greater bulk of material pertaining to the issue which was one of the most common concerns of rulers throughout the history of the Ancient Near East, when failure to assent to demand of extradition was often regarded as *casus belli* [...]”. ALTMAN, *Tracing the earliest Recorded concepts of International Law...* p. 83.

578 No Brasil, desde que a pena, conforme a legislação brasileira, em razão da dupla tipicidades, não seja igual ou inferior a 1 ano, nos termos do artigo 77, IV da Lei 6.815/80.

579 SOUZA, JAPIASSÚ, *Curso de Direito Penal...*, p. 118.

proibir, prevenir, exercer a persecução penal e punir os autores desses fatos, b) a obrigação de tipificar internamente (*criminalization*) a conduta proscria; c) a obrigação de exercer a persecução penal; d) a obrigação de sancionar a conduta proscria; e) a obrigação de extraditar, f) a obrigação de cooperar na persecução e punição (inclusive mediante cooperação judicial) e g) o estabelecimento dos fundamentos jurídico-internacionais para o exercício legítimo da jurisdição penal sobre crimes internacionais pelos Estados.

Ao se analisar as duas convenções temáticas sobre desaparecimento forçado de pessoas todas as essas características. Assim:

A) o reconhecimento implícito de que a natureza penal desse comportamento estabelece o dever de proibir, prevenir, exercer a persecução penal e punir os autores desses fatos, a obrigação de tipificar internamente (*criminalization*) a conduta e a obrigação de a obrigação de sancionar a conduta proscria, *ex vi* do artigo 1, b, c e d c/c artigos 3 da Convenção Interamericana⁵⁸⁰ e artigo 3 e 4 da Convenção Internacional⁵⁸¹;

B) a obrigação de extraditar, a obrigação de cooperar na persecução e punição e o estabelecimento dos fundamentos jurídico-internacionais para o exercício legítimo da jurisdição penal sobre crimes internacionais pelos Estados. Assim, o artigo 4 da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas⁵⁸² e o artigo 9, 1 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado⁵⁸³ estabelecem, respectivamente, a jurisdição penal territorial e a jurisdição penal extraterritorial orientada pelos critérios da personalidade passiva, vale dizer, quando a vítima do

580 “Artigo 1º Os Estados Membros nesta Convenção comprometem-se a [...] b) Punir, no âmbito de sua jurisdição, os autores, cúmplices e encobridores do delito do desaparecimento forçado de pessoas, bem como da tentativa de prática do mesmo; c) Cooperar entre si a fim de contribuir para a prevenção, punição e erradicação do desaparecimento forçado de pessoas; d) Tomar as medidas de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de qualquer outra natureza que sejam necessárias para cumprir os compromissos assumidos nesta Convenção. Artigo 3º Os Estados Membros comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima [...]”.

581 “Artigo 3 Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para investigar os atos definidos no Artigo 2, cometidos por pessoas ou grupos de pessoas que atuem sem a autorização, o apoio ou a aquiescência do Estado, e levar os responsáveis à justiça. Artigo 4 Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com o seu direito penal”.

582 “Os atos constitutivos do desaparecimento forçado de pessoas serão considerados delitos em qualquer Estado Membros. Em consequência, cada Estado Membro adotará as medidas para estabelecer sua jurisdição sobre a causa nos seguintes casos: a) quando o desaparecimento forçado de pessoas ou qualquer de seus atos constitutivos tiverem sido perpetrados no âmbito de sua jurisdição; b) quando o acusado for nacional desse Estado; c) quando a vítima for nacional desse Estado e este o considerar apropriado”.

583 “1. Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para instituir sua jurisdição sobre o crime de desaparecimento forçado: a) Quando o crime for cometido em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de um navio ou aeronave que estiver registrado no referido Estado; b) Quando o suposto autor do crime for um nacional desse Estado; e c) Quando a pessoa desaparecida for nacional desse Estado e este o considere apropriado”.

desaparecimento forçado for um nacional do Estado e da personalidade ativa, isto é, quando o autor for nacional do Estado.

Ademais, as duas convenções estabelecem a regra *aut dedere aut judicare* no artigo 4, segunda parte, fraseado primeiro da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas⁵⁸⁴ e artigos 9, 2 e 11, 1 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, que a institui em nível dúplice⁵⁸⁵, segundo a qual, o Estado-parte está internacionalmente obrigado a extraditar o acusado da prática do desaparecimento forçado de pessoas ou, não o podendo ou não o querendo, exercer a jurisdição penal, sendo que a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado estabelece a regra da jurisdição supranacional, como seja, a possibilidade de entrega do acusado para ser submetido a julgamento perante um tribunal penal internacional.

Assim, o artigo 10, 1 e 2 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado estabelecem um procedimento importante para assegurar, conforme sustentado no item 2.3.1.2, que haja uma harmonização na persecução penal a partir do princípio da jurisdição universal, particularmente na forma daquilo que a Corte Internacional de Justiça no caso *Yerodia* nos votos dos Juízes Guillaume, Rezek e Rajeva denominou de *territorial jurisdiction over persons for extraterritorial events*, na medida em que referido dispositivo determina que o Estado no qual se encontra o acusado da prática do desaparecimento forçado de pessoas deverá, a partir dessas informações, tomar as medidas necessárias ao exercício da persecução penal, inclusive, em caráter excepcional, com a determinação da prisão cautelar do acusado⁵⁸⁶, devendo comunicar aos demais Estados, em especial o da nacionalidade do acusado, a sua intenção em dar prosseguimento à persecução penal, abrindo-se, nesse sentido, a ensancha para que o Estado territorialmente competente

584 “Todo Estado Membro tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o delito descrito nesta Convenção, quando o suspeito se encontrar no seu território e o Estado não o extraditar”.

585 “Artigo 9, 2. Cada Estado Parte tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o crime de desaparecimento forçado quando o suposto autor do crime encontrar-se em território sob sua jurisdição, salvo se extraditá-lo ou entregá-lo a outro Estado, de acordo com suas obrigações internacionais, ou entregá-lo a uma corte penal internacional, cuja jurisdição o Estado Parte reconheça [...] Artigo 11, 1. O Estado Parte no território de cuja jurisdição se encontra uma pessoa suspeita de haver cometido crime de desaparecimento forçado, caso não conceda sua extradição ou a sua entrega a outro Estado, de acordo com suas obrigações internacionais, ou sua entrega a uma corte penal internacional cuja jurisdição tenha reconhecido, submeterá o caso a suas autoridades competentes para fins de ajuizamento da ação penal”.

586 “O Estado Parte em cujo território se encontrar uma pessoa suspeita de ter cometido um crime de desaparecimento forçado, se considerar, após o exame da informação disponível, que as circunstâncias assim o justificarem, procederá à detenção dessa pessoa ou adotará outras medidas legais necessárias para assegurar sua permanência. A detenção e demais medidas legais serão efetuadas em conformidade com a legislação do Estado Parte, podendo ser mantidas somente pelo tempo necessário para assegurar a permanência dessa pessoa durante processo criminal, de entrega ou de extradição”.

possa tomar as medidas necessárias para, *e.g.*, solicitar a extradição ou cooperar internacionalmente para a instrução processual penal⁵⁸⁷.

No que tange, portanto, à extraditabilidade do crime, as duas convenções são expressas em reconhecer essa obrigação internacional como uma derivação da regra *aut dedere aut judicare*, havendo ou não entre os Estados um tratado extradicional, consoante o previsto no artigo 5 da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas⁵⁸⁸ e no artigo 13 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado⁵⁸⁹.

Além disso, para afastar qualquer dúvida sobre a natureza hedionda e afrontosa ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Penal Internacional, as duas convenções expressamente reconhecem a inadmissibilidade da tipificação do crime como espécie de “crime político” (artigo 5, 1, primeira parte da Convenção Interamericana) ou, conforme o fraseado do artigo 13, 1 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado “[...] crime político, um delito conexo a um crime político, nem um crime de motivação política”.

Assim, conforme ensinam Souza e Japiassú⁵⁹⁰, existe “[...] grande dificuldade na definição do que seja crime político, particularmente quando o ato de inconformismo político

587 “2. O Estado Parte que tiver tomado as medidas a que se refere o parágrafo 1º deste artigo iniciará imediatamente um inquérito ou investigações para apurar os fatos. Notificará os Estados Partes mencionados no Artigo 9, parágrafo 1º, das medidas tomadas em conformidade com o parágrafo 1º deste artigo, inclusive a detenção e as circunstâncias que a justificaram, bem como as conclusões do inquérito ou das investigações preliminares, indicando se pretende exercer sua jurisdição.

588 “O desaparecimento forçado de pessoas não será considerado delito político para os efeitos de extradição. O desaparecimento forçado será considerado incluído entre os delitos que justificam extradição em todo tratado de extradição celebrado entre Estados Membros. Os Estados Membros comprometem-se a incluir o delito de desaparecimento forçado como passível de extradição em todo tratado de extradição que celebrarem entre si no futuro. Todo Estado Membro que sujeitar a extradição à existência de um tratado e receber de outro Estado Membro com o qual não tiver tratado uma solicitação de extradição poderá considerar esta Convenção como base jurídica necessária para a extradição referente ao delito de desaparecimento forçado. Os Estados Membros que não subordinarem a extradição à existência de um tratado reconhecerão esse delito como passível de extradição, sujeita às condições exigidas pelo direito do Estado requerido. A extradição estará sujeita às disposições previstas na Constituição e demais leis do Estado”.

589 “1. Para fins de extradição entre Estados Partes, o crime de desaparecimento forçado não será considerado crime político, um delito conexo a um crime político, nem um crime de motivação política. Em consequência, um pedido de extradição fundado em um crime desse tipo não poderá ser recusado por este único motivo. 2. O crime de desaparecimento forçado estará compreendido de pleno direito entre os crimes passíveis de extradição em qualquer tratado celebrado entre Estados Partes antes da entrada em vigor da presente Convenção. 3. Os Estados Partes comprometem-se a incluir o crime de desaparecimento forçado entre os crimes passíveis de extradição em todos os tratados de extradição que doravante vierem a firmar. 4. Se um Estado Parte que condicione a extradição à existência de um tratado receber pedido de extradição de outro Estado Parte com o qual não tenha tratado de extradição, poderá considerar a presente Convenção como a base legal necessária para extradições relativas ao crime de desaparecimento forçado. 5. Os Estados Partes que não condicionarem a extradição à existência de um tratado reconhecerão o crime de desaparecimento forçado como passível de extradição entre si”.

590 SOUZA, JAPIASSÚ, *Curso de Direito Penal...*, p. 117.

é externado por intermédio de fatos tipificados na legislação comum [...]", existindo pelo menos três critérios doutrinários para se definir o seu significado, isto é,

[...] (1) aquele que atinge um bem ou interesse jurídico de natureza político, como, por exemplo, a organização do Estado; (2) [...] aquele motivado por razões ideológicas, independentemente de estar capitulado na legislação comum; e (3) concepção mista, ou seja, o crime político é tanto aquele que atenta contra bens jurídicos da organização político-social como o motivado por razões político-ideológicas.

Ademais, conforme Mendes, Coelho e Branco⁵⁹¹, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reserva uma margem importante de discricionariedade hermenêutica ao determinar, em muitos casos, a necessidade de aferir as circunstâncias fáticas e a motivação do agente para estabelecer a presença do caráter político da infração. Conforme os autores, a definição do caráter político do ilícito

[...] pode dar ensejo a dúvidas, tendo em vista a dificuldade de identificação do chamado crime político ou de sua manifestação em associação com crimes comuns [...] assim, no que tange ao terrorismo, tem "[...] o Tribunal asseverado que os atos de terrorismo não se coadunam com tal conceito [...]" conforme "[...] decisão proferida na Extradicação n. 855 [...]"; se o crime, no entanto "[...] refere-se a ações tipicamente políticas associadas à segurança do Estado [...]" afirma-se o caráter políticos [...]", conforme decidido na Extradicação 700; "Não raras vezes, o crime por motivação política tem características de crime comum ou assemelha-se a uma ação de caráter terrorista. Daí a necessidade de sua contextualização no âmbito dos objetivos políticos e a possibilidade de se fazer uma ponderação entre o caráter comum do delito e a sua inserção em uma ação política mais ampla [...]" donde "[...] a necessidade de identificação de um critério de definição ou situação de preponderância [...]" como se deu na "[...] Extradicação n. 694 [...]". "Questão mais delicada versa sobre o caráter político de ações armadas perpetradas por determinado grupo no contexto de uma rebelião contra um estabelecimento militar. Essa foi a discussão travada no chamado "caso La Tablada" [...]", em que a corte entendeu que "[...] o perfil político do levante não permite tratar isoladamente as condutas eventualmente perpetradas e reconheceu, por isso, o caráter políticos do crime [...]".

De qualquer sorte, tendo em vista a ausência de uma uniformidade na caracterização do crime político, é importante destacar, com relação ao desaparecimento forçado de pessoas, que seja qual for o móvel do agente perpetrador, a sua conduta não poderá ser considerada como um crime político, o que obstaria, nesse sentido, a denegação do pedido extradicional a partir desse critério. Mesmo porque, em razão do conteúdo da regra *aut dedere aut judicare*⁵⁹², tendo sido indeferido o pedido de extradição, o Estado deverá, necessariamente, exercer a persecução penal, do que exsurgiria uma contradição das mais sérias: não se

591 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulos Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 4 ed., São Paulo/Brasília: Saraiva/IDP, 2009, pp. 664.

592 Conforme expressa previsão contida no artigo 6 da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas: "Quando um Estado Membro não conceder a extradição, submeterá o caso a suas autoridades competentes como se o delito tivesse sido cometido no âmbito de sua jurisdição. para fins de investigação e, quando for cabível, de ação penal, de conformidade com sua legislação nacional. A decisão que adotarem essas autoridades será comunicada ao Estado que tiver solicitado a extradição".

extradita o autor do crime por considerar o comportamento como se crime político fosse, e em razão disso, ou mesmo por causa disso, o Estado deverá exercer a persecução penal.

No que diz respeito, por fim, à jurisdição universal em sentido próprio, isto é, a assim denominada *universal criminal jurisdiction properly so called*, que, como já discutido, funda-se sobre a regra de conexão “incriminação internacional do comportamento”, no presente caso, o do desaparecimento forçado de pessoas, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado a admite de forma implícita, na medida em que, segundo o artigo 9, 3 “A presente Convenção não exclui qualquer outra jurisdição penal exercida em conformidade com o direito interno”. Já a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas é silente em relação a essa forma de exercício de jurisdição penal extraterritorial. Assim, sinteticamente, se a legislação nacional de um Estado permitir o exercício da jurisdição extraterritorial na forma da jurisdição universal em sentido próprio, ela será conforme o Direito Internacional. Contudo, seja em sua forma própria ou na *territorial jurisdiction over persons for extraterritorial events*, a Convenção Interamericana expressamente determina o respeito às imunidades internacionais, consoante o seu artigo 9, última frase: “Não serão admitidos privilégios, imunidades nem dispensas especiais nesses processos, sem prejuízo das disposições que figuram na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas”.

3.4.7 Da ação penal e o problema da justiça militar

As duas convenções, ao disporem sobre o exercício da jurisdição penal dos Estados, estabelecem a regra de que a ação penal será pública incondicionada à representação, vale dizer, nos termos do artigo 9, primeira parte, e artigo 3 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, estabelecem o dever de os Estados agirem de ofício na persecução penal para casos de desaparecimento forçados de pessoas.

Doutro giro, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, em artigo 9, primeira e segunda parte, especialmente proíbe a possibilidade de se atribuir à jurisdição penal militar dos Estados a competência para a persecução do desaparecimento forçado de pessoas, na medida em que, consoante o seu texto, os “[...] atos constitutivos do desaparecimento forçado não poderão ser considerados como cometidos no

exercício das funções militares”, seja porque os bens tutelados não são de natureza militar, seja porque as cortes militares, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, somente podem deter competência para julgar crimes militares próprios, pois “En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares”.⁵⁹³

Com efeito, conforme decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Radilla Pacheco vs México*⁵⁹⁴,

[...] esta Corte ha establecido que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial.

En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal (*supra* párrs. 272 y 273), debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.

Nesse sentido, se pode concluir que o desaparecimento forçado de pessoas deverá ser regido pela regra da ação penal pública incondicionada, cuja causa deverá, inexoravelmente, ser de competência da justiça comum, sendo vedado, pelas regras do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos a sua atribuição à justiça militar.

593 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco vs. México...*, p. 77.

594 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco vs. México...*, p. 77.

4 O DESAPARECIMENTO FORÇADO E/NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS PROBLEMAS INERENTES À SUA TIPIFICAÇÃO

4.1 A obrigação de tipificação decorrente da ratificação das convenções sobre desaparecimento forçado de pessoas

Nesse capítulo chega-se, por assim dizer, ao centro do presente trabalho, e que tem por principal problema aferir a (des)necessidade de se tipificar o desaparecimento forçado de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro ou se, em sentido contrário, bastaria o exercício da persecução penal por intermédio do crime de sequestro (artigo 148 do Código Penal).

É importante frisar, desde já, que o problema não pode ser abordado a partir de uma perspectiva utilitarista (basta a persecução penal, não importa a forma) ou pragmatista (basta a existência de uma decisão política, independentemente do meio, desde que se obtenha o resultado), mas antes pelos próprios fundamentos jurídicos que, de um lado, devem nortear o comportamento dos Estados no cumprimento de suas obrigações internacionais, e de outro lado, o dúplice filtro que os princípios fundamentais da política criminal e do Direito Penal interpõem como condição de validade e legitimidade para a criminalização de um comportamento. Em outros termos, embora não se possa afirmar que o utilitarismo e/ou o pragmatismo sejam destituídos de racionalidade, impende destacar que eles não podem submeter a racionalidade do direito, mormente porque, nesse campo, as decisões devem ser por princípios jurídicos e não por motivações morais ou políticas, uma vez que referidas racionalidades tendem a inverter o postulado fundamental da dignidade da pessoa humana, isto é, converter a pessoa humana de um fim para a ação do Estado, num meio.

4.1.1 A obrigação de tipificação desde o Direito Internacional

Da perspectiva do Direito Internacional, três são os princípios que devem guiar a dissolução do problema: a) o princípio do livre consentimento, isto é, a decisão livre e soberana do Estado em se obrigar internacionalmente por uma convenção internacional; e b)

os princípios *pacta sunt servanda* e *bona fide*, segundo os quais a convenção internacional, a rigor desde a sua ratificação e/ou entrada em vigor no plano internacional, faz lei entre os Estados, devendo ser cumprida de boa-fé.

Embora o princípio do livre consentimento, conforme informa Villiger⁵⁹⁵, derive dos princípios da independência nacional [*sovereignty*] e da igualdade entre os Estados, e não encontre expressa disposição textual na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969, salvo no preâmbulo⁵⁹⁶, constitui-se, pois, no princípio fundamental a partir do qual decorrem os demais princípios regentes do Direito Internacional dos Tratados Internacionais, em especial o da boa-fé, na medida em que, não sendo o sistema internacional dotado de um poder acima dos Estados (*tertio supra partes non datur*), a exigência de que eles cumpram as obrigações assumidas de boa-fé, isto é, voluntária e adequadamente conforme as regras pactuadas, se constitui na única garantia a assegurar as legítimas expectativas existentes entre os Estados contratantes, e nisso, pois, ganha sentido o disposto no artigo 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969, que, sendo uma derivação do princípio da boa-fé, impõe aos Estados signatários de uma convenção internacional que se abstenham de adotar comportamentos que tenham por finalidade frustrar o objetivo ou a finalidade do tratado internacional que, embora assinado, não tenha ainda sido ratificado ou entrado em vigor.

Já o princípio *pacta sunt servanda* constitui-se, por assim dizer, no coração do direito convencional, na medida em que dele decorre a cláusula de obrigatoriedade das regras convencionais em abrangência que cobre desde as “[...] formas pelas quais o tratado internacional entrará em vigor, [sua] interpretação, aplicação e extinção”, sendo que o Estado, ao firmar internacionalmente um tratado internacional, afiança o seu cumprimento por todos os seus órgãos, indistintamente⁵⁹⁷.

Essa última asserção é importante, principalmente ao se considerar que o *treaty making power* no regime constitucional brasileiro é de natureza mista e complexa⁵⁹⁸, isto é, em que tanto o poder executivo como o poder legislativo intervêm na assunção da obrigação convencional, do que decorre a própria exigência política de que os órgãos do Estado tenham um comportamento político-jurídico em dar eficácia ótima em nível interno às normas internacionais a que a República tenha aderido.

595 VILLIGER, *Comentary on the 1969 Vienna Convention...*, p. 48.

596 Conforme a alínea 3 do Preâmbulo da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969: “[...] Constatando que os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra *pacta sunt servanda* são universalmente reconhecidos [...]”.

597 VILLIGER, *Comentary on the 1969 Vienna Convention...*, p. 365.

598 SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 59-62.

Além disso, como afirmado no item 2.4, por serem as obrigações internacionais decorrentes do livre consentimento dos Estados, estes detêm, como regra geral, a possibilidade de se eximir de uma obrigação convencional a qual não desejam aderir ou, em o tendo feito, dela se desobrigar, seja através da apresentação de reserva, da não ratificação ou não adesão ao tratado internacional, da apresentação de uma declaração unilateral interpretativa ou, posteriormente à ratificação ou adesão, a apresentação de denúncia do tratado internacional. Tendo o Estado se abstraído de tomar qualquer uma dessas providências, e estando o tratado internacional em vigor, ele deverá cumpri-lo de boa-fé.

Assim, para se aferir a abrangência das obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro em relação à Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado é importante, primeiramente, que se verifique se se encontram presentes algumas dessas hipóteses de exclusão e/ou de extinção unilateral das obrigações decorrentes desses tratados internacionais:

A) Quanto à Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas:

Conforme já visto, a Convenção Interamericana foi aprovada, através da resolução AG/RES 1256 (XXIV-0/94), por ocasião do 24º Período Ordinário de Sessão, ocorrido em Belém do Pará entre os dias 6 a 10 de junho de 1994. O Brasil assinou-a em 10/06/1994, sendo que o processo de sua internalização se iniciou em 14 de dezembro de 1994 por intermédio da Exposição de Motivo nº 622/MRE, pela qual o Ministro das Relações Exteriores encaminhou o texto convencional ao Presidente da República⁵⁹⁹. Em 27/01/1995 este último remeteu referida exposição de motivo com o respectivo texto convencional, por meio da Mensagem 1204/1994, para a Câmara dos Deputados, ocasião em que se instaurou o projeto de Decreto Legislativo nº 94/1995, tendo, disso, sido remetido, respectivamente, para as Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional e de Constituição e Justiça e Redação, às quais, por seus respectivos relatores, deram parecer favorável à ratificação da convenção. Referido projeto somente foi submetido à votação plenária em 15/05/2008, tendo obtido aprovação. Em 30/05/2008 ele foi remetido ao Senado Federal, que após tramitação pelas comissões correlatas, submeteu o projeto ao plenário em 08 de abril de 2011, ocasião

599 Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2011/decretolegislativo-127-8-abril-2011-610505-exposicaodemotivos-133762-cn.html>, acessado em 20.mar. 2016.

em que foi aprovado, convertendo-se no Decreto Legislativo nº 127, de 11 de abril, cujo teor é o seguinte:

Art. 1º Fica aprovado o texto da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, concluído em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. *Parágrafo único.* Serão sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão à referida Convenção, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do inciso I do *caput* do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

A carta de ratificação foi depositada perante o Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos em 03/02/2014⁶⁰⁰. Pelo que acima se descreveu, o Brasil não apresentou nenhuma reserva ao texto convencional ou mesmo uma declaração interpretativa, do que decorre, portanto, que ele se obrigou perante a integralidade da Convenção Interamericana, em especial no concernente ao mandado de criminalização previsto no artigo 3.

O procedimento de internalização da Convenção Interamericana foi concluído em 11 de maio de 2016 com a publicação do Decreto nº 8.766, pelo qual se promulgou, internamente, o texto convencional.

B) Quanto à Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado:

O texto convencional da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado foi aprovado durante a reunião final do Grupo de Trabalho encarregado por sua redação, ocorrida entre os dias 12 e 23 de dezembro de 2005, em Genebra, com a sua adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 61/177 de 20 de dezembro de 2006, sendo que o início da assinatura se deu a partir do dia 06 de fevereiro de 2007, em Paris⁶⁰¹. O Brasil firmou-o nessa data⁶⁰², sendo que em 25 de novembro de 2009 o Presidente da República, por intermédio da Mensagem nº 400, remeteu o texto convencional à Câmara dos Deputados, ocasião em que se iniciou o projeto de Decreto Legislativo nº 2230/2009⁶⁰³. Referido projeto obteve aprovação nas comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional, Direito Humanos e Minorias, Constituição e Justiça e

600 Disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>, acessado em 21.mar. 2016.

601 SCOVAZZI, CITRONI, *The struggle against enforced disappearance...*, p. 262.

602 Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en, acessado em 20.mar. 2016.

603 Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=461512>, acessado em 20.mar. 2016.

Cidadania, tendo sido submetido à apreciação do plenário na sessão de 25/03/2010, obtendo, pois, a aprovação. O projeto, nesse sentido, foi remetido ao Senado Federal em 07/04/2010, casa na qual, após a apreciação das comissões correlatas, foi submetido à votação do plenário, com a qual foi aprovado referido projeto, convertendo-se no Decreto Legislativo 661, de 01 de setembro de 2010. O texto de referida norma tem o seguinte teor:

Art. 1º Fica aprovado o texto da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, assinada em Paris, em 6 de fevereiro de 2007.

Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

O Brasil ratificou internacionalmente a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado em 29/11/2010, mediante o depósito da carta de ratificação perante o Secretário Geral das Nações Unidas.

Entretanto, tendo o Brasil se absterido de declarar a sua aceitação do procedimento de peticionamento direto pelo indivíduo ao Comitê Contra Desaparecimentos Forçados, órgão autônomo instituído pela Convenção para efetuar a fiscalização do cumprimento das obrigações internacionais decorrentes da convenção, bem como agir, em regime de tutela internacional em caso de ocorrência de desaparecimento forçado mediante o procedimento instituído pelo artigo 30 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, denominado de “pedido de busca e localização”, o Estado brasileiro não está submetido a referido procedimento, *ex vi* do disposto no artigo 31, 1⁶⁰⁴.

O procedimento de internalização da Convenção foi concluído em 11 de maio de 2016 com a publicação do Decreto nº 8.767, pelo qual se promulgou, internamente, o texto convencional.

Assim como se deu em relação à Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, o Brasil não apresentou nenhuma reserva ou declaração unilateral interpretativa em face das disposições da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, salvo aquela acima identificada consistente na

604 “Um Estado Parte poderá declarar, quando da ratificação da presente Convenção ou em qualquer momento posterior, que reconhece a competência do Comitê para receber e considerar comunicações apresentadas por indivíduos ou em nome de indivíduos sujeitos à sua jurisdição, que alegam serem vítimas de violação pelo Estado Parte de disposições da presente Convenção. O Comitê não aceitará comunicações a respeito de um Estado Parte que não tiver feito tal declaração”.

abstenção em se submeter ao regime de peticionamento direto perante o Comitê Contra Desaparecimentos Forçados, pelo que, assim como se deu na hipótese anterior, ele se comprometeu integralmente perante as obrigações decorrentes da convenção onusianas, em especial no que concerne à obrigação de tipificar o desaparecimento forçado de pessoas no ordenamento nacional, conforme expressamente previsto no artigo 4.

Portanto, do ponto de vista do Direito Internacional, o Brasil está obrigado internacionalmente a tipificar o desaparecimento forçado de pessoas em seu ordenamento nacional, quanto mais porque a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas entrou em vigor em 28/03/1996⁶⁰⁵, e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado em 23 de dezembro de 2010⁶⁰⁶, conforme as suas próprias disposições.

4.1.2 A tipificação do desaparecimento forçado de pessoas desde a política criminal

Se da perspectiva jus-internacional é correto afirmar-se que o Brasil deve, no cumprimento de suas obrigações internacionais, tipificar o desaparecimento forçado de pessoas na forma de crime autônomo em seu ordenamento jurídico, remanesce o tema nas perspectivas da política criminal e do Direito Penal, devendo-se aferir se tal procedimento se mostra compatível com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico nacional.

Uma primeira aproximação que se poderia fazer da perspectiva político-criminal é verificar o que a Constituição de 1988 determina em sede de relações entre o ordenamento nacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional, tendo em conta que ela se constitui no primeiro e mais importante filtro de validade e legitimidade de qualquer norma penal.

Sob este ponto de vista, não parece ser desarrazoado afirmar que a CRFB, conforme se extrai de seus artigos 1º, inciso III, 4º, inciso II e artigo 5º, §§ 2º, 3º e 4º, permite a criminalização interna de comportamentos que, de conformidade com o Direito Internacional

605 “ENTRADA EN VIGOR: 03/28/96 DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO XX DE LA CONVENCION, AL TRIGESIMO DIA A PARTIR DE LA FECHA DEL DEPOSITO DEL SEGUNDO INSTRUMENTO DE RATIFICACION”, disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>, acessado em 21.mar. 2016.

606 “Entry into force: 23 December 2010, in accordance with article 39(1) which reads as follows: “This Convention shall into force on the thirtieth day after the date of deposit with the Secretary-General of the United Nations of the twentieth instrument of ratification or accession”, disponível https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtds_g_no=IV-16&chapter=4&lang=en, acessado em 20.mar. 2016.

dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional, sejam efetivamente lesíveis aos bens tutelados por estes campos do Direito Internacional.

Considerando-se, assim, o “registro de aprendizagem”⁶⁰⁷ presente no seu artigo 5, §2º, segundo o qual os “[...] direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [...]”, é possível considerar-se que, dispondo-se o Direito Penal como um instrumento subsidiário à tutela de direitos constitucionalmente valiosos, especialmente nos casos em que o comportamento caracterizar-se por sua expressiva e manifesta lesividade a estes bens, não se violaria, doutro banda, os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, principalmente em razão dessa cláusula de abertura e aprendizagem objetivar o aperfeiçoamento do sistema normativo no tema tangente à sua conformação com as obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Em outros termos, é esta cláusula de abertura que deve orientar aquele princípio hermenêutico de harmonização/concordância prática que vige em sede de relações entre o Direito Penal nacional e o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Uma segunda aproximação possível na perspectiva da política criminal é aferir se a criminalização do desaparecimento forçado de pessoas se adequaria à exigência de lesividade a um bem jurídico, princípio com o qual se pretende ilidir, conforme Roxin, que o Direito Penal seja disposto para incriminar comportamentos meramente imorais, ou que ocorra arbitrariedade pela escolha de bens penalmente irrelevantes ou que se sancionem determinados comportamentos a partir de uma orientação meramente ideológica⁶⁰⁸. Em outras palavras, se no desaparecimento forçado de pessoas tem-se aquele dois elementos que conformam, politicamente, a construção de um tipo de injusto, isto é, o desvalor da ação e o desvalor do resultado, e que deve orientar o interprete na aferição dos princípios da proporcionalidade em matéria de Direito Penal.

Conforme Tavares⁶⁰⁹,

607 Para Canotilho, “[...] o sistema jurídico do Estado de direito democrático [...] é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este ponto de partida carece de decodificação: (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, s/ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 1033.

608 ROXIN, *Derecho Penal...*, pp. 51-56.

609 TAVARES, Juarez. *Teoría del injusto penal*, Montevideo: BdeF, 2010, p. 173-174/ 289/291-292.

El tipo, tomado siempre en sentido estricto, se compone, normalmente, de un *núcleo*, representado por la acción u omisión, y su objeto, teniendo como base la lesión a un determinado bien jurídico. La reproducción del tipo como acción indica que la norma jurídica definidora del injusto es una norma de conducta [...] [que] debe estar asociada a determinada finalidad: la delimitación del poder de intervención del Estado, la cual no puede ser alcanzada sin un presupuesto material que trace los contornos de estabilidad. De ahí la necesidad de que se establezca, como base de la acción típica, la lesión de un bien jurídico [...] [sendo que] Al establecer las características de la conducta prohibida, incluyéndolas en el tipo de injusto, el legislador procede a una evaluación negativa sobre esa conducta y sobre el resultado producido por ella. Esta doble evaluación toma el nombre de *disvalor del acto* y *disvalor del resultado* [...] se integran en una unidad recíproca, de modo tal que, casi siempre, uno se manifiesta a través del otro [...] el injusto penal está vinculado no sólo a una *norma prohibitiva* o *determinativa*, que indique lo que no debe o debe ser hecho, extendiéndose tanto a los imputables cuanto a los inimputables, sino también a una *norma valorativa*, que lo tome como lesión de un bien jurídico. En la medida en que la violación de las normas prohibitivas o determinativas fundamentan el *disvalor del acto*, la norma valorativa fundamenta el *disvalor del resultado*, teniendo en vista la real ocurrencia de lesión al bien jurídico, lo que posibilita la diversidad de puciones para el delito consumado y para la tentativa, atenuándose la pena en relación a esta última. (grifos no original).

Como visto, os comportamentos que se pretendem sancionar no desaparecimento forçado de pessoas, em razão de seu caráter complexo, são três: a) a privação ilegal da liberdade praticada, em regra, por um agente do Estado, b) seguida da ocultação do destino ou paradeiro da vítima, e c) seguida da manutenção de dita privação da liberdade pela recusa ou abstenção em prestar informações corretas e verdadeiras sobre o destino ou paradeiro da vítima, privando-se, com isso, a vítima da proteção legal. Esses comportamentos, que podem ser praticados na forma comissiva e/ou omissiva própria, se caracterizam, juridicamente, como manifestamente ilegais dada a sua total incompatibilidade com os princípios da legalidade e inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais encartados na Constituição.

Pois bem: deveria o legislador desvalorar negativamente estes comportamentos? A única resposta possível, nesse tópico, é sim, haja vista, como já dito, a manifesta incompatibilidade dos mesmos com os postulados mais comezinhos do Estado de Direito e com as normas de proteção da pessoa humana em nível internacional.

No que tange, doutro giro, aos resultados que se pretendem alcançar com a prática do desaparecimento forçado de pessoas, isto é, o cerceamento da liberdade e denegação de informações sobre o destino ou o paradeiro da vítima como **meios** para se privar o indivíduo da proteção legal (especial fim de agir), comportamentos estes que, *de per se*, são considerados desumanos e cruéis, ao que se soma o fato de que ditas privações da liberdade e da proteção legal criam riscos concretos para o cometimento de crimes conexos, como a tortura, a violência sexual ou a execução extrajudicial, mereceriam do legislador uma valoração negativa a ponto de se ensejar a tipificação do comportamento e a imposição, em abstrato, de uma pena privativa de liberdade? A única resposta possível, também nesse tópico,

é a afirmativa, dado que o desaparecimento forçado de pessoas viola, de forma flagrante e consistente, a bens jurídicos constitucional e internacionalmente tutelados, não se podendo afirmar, doutro passo, que tais comportamentos sejam admissíveis em um Estado de Direito, mesmo em situações de graves crises políticas, tendo em vista as cláusulas de inderrogabilidade presentes nas duas convenções que dão suporte normativo às obrigações internacionais aqui tratadas.

Assim, na perspectiva da política criminal, a necessidade de criminalização do comportamento encontra justificativas mais do que razoáveis, seja quando de sua defrontação com os princípios constitucionais de delimitação do poder punitivo, seja na sua defrontação com os princípios que informam a racionalidade do próprio sistema penal.

4.1.3 A tipificação do desaparecimento forçado de pessoas face ao Direito Penal objetivo e o problema da adequação típica do crime de sequestro

Por fim, resta o problema da adequação típica do crime de sequestro como forma de se prevenir e sancionar, jurídico-penalmente, a prática do desaparecimento forçado de pessoas.

Inicialmente, é importante verificar que as duas Convenções não estalecem, somente, a prevenção e a cooperação internacional entre os Estados em relação a fatos que, da perspectiva do direito interno, ensejariam a persecução penal ou a cooperação penal na forma de crimes já existentes em seus ordenamentos jurídicos, como, *v.g.* no regime brasileiro, o sequestro (artigo 148 do Código Penal) ou a forma agravada de tortura em razão de ser praticada por servidor público e precedida de sequestro (artigo 1º, §4º, I e III da Lei 9.455/1997), mas através de um mandado internacional expresso de criminalização do comportamento.

Essa obrigação decorre do fato de a proscrição do desaparecimento forçado de pessoas ter adquirido o *status* de um direito humano autônomo e, assim como se deu com a tortura, as convenções internacionais passaram a estipular formas específicas de prevenção e repressão de referido comportamento.

Ademais, é importante frisar, mais uma vez, que o sequestro se constitui em um dois meios pelos quais se pode praticar o desaparecimento forçado de pessoas, na medida em que, conforme demonstrado no item 3.4.1, as convenções que tratam da matéria informam que ela

poderá ser praticada por meio da “[...] prisão, [d]a detenção, [d]o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização [...]”. No sequestro, portanto, a privação da liberdade é, *ab ovo*, ilegal; no desaparecimento forçado de pessoas a sua ilegalidade restará tipificada somente no momento em que a privação da liberdade – por forma lícita ou ilícita –, for seguida da recusa em prestar as informações sobre o destino ou paradeiro da vítima e a manutenção de referida negativa como meio de se despojar o indivíduo da proteção legal.

Um segundo caminho para se comprovar a possibilidade normativa de tipificação do comportamento é aferir, na esfera do Direito Penal Internacional, como se tem dado tratamento a dois comportamentos em que a privação física da liberdade é sancionada, isto é, o desaparecimento forçado e as demais formas de privação ilegal da liberdade, na qual se insere o crime de sequestro.

Como já foi visto, a primeira convenção internacional de Direito Penal Internacional a tipificar de forma autônoma o desaparecimento forçado de pessoas foi o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, por seu artigo 7º, que tipifica de forma específica os crimes contra a humanidade, sendo que até este passo a persecução internacional se deva por meio do tipo residual “outros atos desumanos”. Parece ser consistente, portanto, com os postulados fundamentais do Direito Penal afirmar-se que referida tipificação internacional aperfeiçoou o regime de persecução penal internacional, especialmente porque colmatou a lacuna típica do comportamento, ilidindo, pelo menos em relação ao mesmo, o uso da analogia incriminadora, subministrando ao Direito Penal nacional um paradigma que, a não ser por sua impossibilidade efetiva de repetição, deveria ser considerado como um modelo possível e necessário.

Com efeito, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, em seu artigo 7º, tipifica formas graves de privação da liberdade a partir de dois tipos autônomos, consoante se demonstra abaixo:

Artigo 7º - Crimes contra a Humanidade: 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade i) Desaparecimento forçado de pessoas; física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;

2. Para efeitos do parágrafo 1o: a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1o contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política.

O artigo 7º, 2 não traça especificidades sobre o crime i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a

autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

Já o Regulamento dos Elementos dos Crimes do Tribunal Penal Internacional, de conformidade com os artigos 9º c/c 21, 1, a, segunda parte do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, assim especifica referidos crimes:

Artigo 7. Crimes contra a humanidade: Introdução 1. Correspondendo o artigo 7 ao direito penal internacional, suas disposições, de conformidade com o artigo 22, devem ser interpretadas de forma estrita, tendo em conta que os crimes contra a humanidade, definidos no artigo 7, estão entre os crimes de transcendência mais graves para a comunidade internacional em seu conjunto, [e que] justificam e estabelecem a responsabilidade penal individual e requerem uma conduta que não seja permitida com relação ao direito internacional geralmente aplicável, conforme se reconhece nos principais sistemas jurídicos do mundo. 2. Os dois últimos elementos de cada crime contra a humanidade descrevem o contexto em que deve ter lugar a conduta. Esses elementos esclarecem a participação exigida em um ataque geral ou sistemático contra uma população civil e o conhecimento de referido ataque. Nada obstante, o último elemento não deve ser interpretado no sentido de que seja exigível [uma] prova de que o autor tivesse conhecimento de todas as características do ataque nem dos detalhes precisos do plano ou da política do Estado ou da organização. No caso de um ataque geral ou sistemático contra uma população civil que esteja começando, a cláusula de intencionalidade do último elemento indica que esse elemento existe se o autor tinha a intenção de cometer um ataque dessa índole. 3 Por “ataque contra uma população civil” no contexto desses elementos se entenderá uma linha de conduta que implique comissão múltipla dos atos a que se refere o parágrafo 1 do artigo 7 do Estatuto contra uma população civil a fim de cumprir ou promover a política de um Estado ou de uma organização de cometer esse ataque. Não é necessário que os atos constituam um ataque militar. Entende-se que a “política de cometer esse ataque” requer que o Estado ou a organização promova ou objetive ativamente um ataque dessa índole contra uma população civil.

Artigo 7 1) e) – Crime contra a humanidade Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave – Elementos: 1. Que o autor tenha encarcerado a uma ou mais pessoas ou as tenha submetido de outra maneira a uma privação grave da liberdade física. 2 Que a gravidade da conduta tenha sido tal que constitua uma infração das normas fundamentais do direito internacional. 3. Que o autor estivesse consciente das circunstâncias de fato que determinavam a gravidade da conduta. 4. Que a conduta tivesse sido cometida como parte de um ataque geral ou sistemático dirigido contra a população civil. 5. Que o autor tivesse conhecimento de que a conduta era parte de um ataque geral ou sistemático contra uma população civil ou tivesse a intenção de que conduta fosse parte de um ataque desse tipo.

Artigo 7 1) i) – Crime Contra a humanidade de desaparecimento forçada de pessoas - Elementos: 1. Que o autor: a) tenha apreendido, detido ou sequestrado a uma ou mais pessoas; ou b) tenha-se negado a reconhecer a apreensão, a detenção ou o sequestro ou a dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoas ou pessoas. 2. a) Que tal apreensão, detenção ou sequestro tenha sido seguida ou acompanhada de uma negativa em reconhecer essa privação de liberdade ou em dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessas pessoas ou pessoas; ou b) Que referida negativa tenha sido precedida ou acompanhada dessa privação de liberdade. 3. Que o autor tenha sido consciente de que: a) Referida apreensão, detenção ou sequestro se seguiria no curso normal dos acontecimentos de uma negativa em reconhecer a privação de liberdade ou em dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoas ou pessoas; ou b) Referida negativa fora precedida ou acompanhada dessa privação de liberdade. 4. Que tal apreensão, detenção ou sequestro tenha sido realizada por um Estado ou organização política ou com a sua autorização, apoio ou aquiescência. 5. Que tal negativa em reconhecer a privação de liberdade ou em dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessas pessoas ou pessoas tenha sido realizada por um Estado

ou organização política ou com sua autorização ou apoio. 6. **Que o autor tenha tido a intenção de deixar a essa pessoa ou pessoas fora do amparo da lei por um período prolongado.** 7. Que a conduta tenha sido cometida como parte de um ataque geral ou sistemático dirigido contra uma população civil. 8. Que o autor tenha tido conhecimento de que a conduta era parte de um ataque geral ou sistemático dirigido contra a população civil ou tenha tido a intenção de que a conduta fosse parte de um ataque desse tipo. (grifamos)

Ao se cotejar as duas disposições normativas é possível aferir-se que entre as mesmas se estabelece uma relação de generalidade (crime de prisão ou detenção ilegal) – especialidade (desaparecimento forçado de pessoas), na qual a primeira é considerada como um meio para a realização da outra, que ganha especificidade em razão do especial fim de agir, isto é, que “[...] o autor tenha tido a intenção de deixar a essa pessoa ou pessoas fora do amparo da lei por um período prolongado”.

Com efeito, consoante o magistério de Bassiouni, o crime previsto no artigo 7, 1, e do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que passou a ser expressamente tipificado no Direito Penal Internacional a partir do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (artigo 5, e), seguido pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artigo 3, e), tem por escopo reprimir, na forma de crime contra a humanidade, toda “[...] detenção arbitrária ou ilegal ou privação de liberdade de uma pessoa sem o devido processo legal” praticada contra a população civil no contexto de um ataque geral ou sistemático⁶¹⁰, sendo que, consoante a jurisprudência de referidos tribunais *ad hoc*⁶¹¹,

A privação da liberdade pode ser realizada por uma ação ou omissão cometida pelo agressor com a intenção de privar um civil de sua liberdade física sem o devido processo legal, ou com o conhecimento razoável de que sua ação ou omissão [é] suscetível de privar a liberdade física sem o devido processo legal. Os [TPIY e TPIR] consideraram os seguintes fatores para avaliar a legalidade da detenção inicial: se foi baseada em um mandado de prisão válido; se os detidos foram informados das razões de suas detenções; se os detidos foram formalmente acusados; se eles foram informados de [seus] direitos processuais e se a manutenção da detenção era legal. Além disso, ambos os tribunais *ad hoc* têm afirmado que, quando é invocada a legislação nacional para justificar a privação da liberdade, esta lei não pode violar o direito internacional.

Em outros termos, o crime internacional de detenção ou prisão ilegal tem por móvel a privação ilegal da liberdade de um indivíduo sem a necessária submissão aos princípios do devido processo legal decorrentes dos parâmetros normativos do Direito Internacional (dos Direitos Humanos). Já o desaparecimento forçado de pessoas se consubstancia no

610 BASSIOUNI, *Crimes against humanity...*, p. 443.

611 BASSIOUNI, *Crimes against humanity...*, p. 444.

comportamento em que a detenção ou prisão, seguida da recusa em informar o destino ou paradeiro da vítima, objetivam privar o indivíduo da proteção legal “por um período prolongado”. No primeiro caso, têm-se a tipicidade como crime internacional por ofensa aos postulados do devido processo legal; no segundo caso, em razão do especial fim de agir, embora ele também se situe – a proteção legal – como um conteúdo essencial do devido processo legal. Assim, tem-se uma clara relação de generalidade (prisão/detenção ilegal) e especialidade (desaparecimento forçado de pessoas) entre os dois crimes, na medida em que o especial fim de agir – privar o indivíduo da proteção legal – estabelece uma cláusula de especialidade em relação àquele primeiro, mormente porque a prisão, a detenção ou o sequestro são considerados como meios para a realização do crime-fim.

Interessante notar que a generalidade dos autores consultados não interpõem qualquer senão à tipificação autônoma do desaparecimento forçado de pessoas pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional, bem como à relação de especialidade-generalidade que este tipo tem em relação ao de privação ilegal da liberdade, à exceção de Ferreira de Almeida, para quem⁶¹²

Na verdade, permitimo-nos questionar até que ponto se justificaria a inclusão, no art. 7º do Estatuto de Roma do TPI, desta sub-categoria dos crimes contra a humanidade, quando, não obstante a sua aparente especialidade, se apresentava, julgamos, como plausível a respectiva subsunção nas alíneas e) (prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave), f) (tortura) ou k) (outros actos desumanos) do nº 1. A suposta vantagem decorrente de um mais fiel espelhamento do direito internacional costumeiro, não compensa, segundo estamos em crer, aquilo que poderíamos designar como uma certa sobressaturação do preceito em análise.

Embora seja interessante a análise feita pelo autor, não deixa de causar estranheza que aquilo que se tem considerado como um aperfeiçoamento do sistema normativo do Direito Penal Internacional, como seja, a especificação e detalhamento típico de um crime internacional em razão de sua diferença substancial quando se o coteja com os outros crimes citados - tortura (!) e a prisão ou outra forma de privação da liberdade -, a redução das hipóteses de aplicação da analogia incriminadora, o reconhecimento autônomo do direito a não ser submetido ao desaparecimento forçado de pessoas etc, seja, doutro passo, entendido como uma “suposta vantagem” em razão de causar “uma certa sobressaturação” das hipóteses de crimes contra a humanidade.

Semelhante raciocínio, portanto, poderia ser estendido, por exemplo, aos crimes de agressão sexual da alínea g do artigo 7, 1, pois, em linhas gerais, também poderiam ser considerados como formas de tortura ou outros atos desumanos. Entretanto, basta ter claro

612 FERREIRA DE ALMEIDA, *Os crimes contra a humanidade...*, p 443.

que ainda hoje o estupro⁶¹³, o sequestro de mulheres para prostituição forçada, reduzidas, pois, à condição de escravas sexuais⁶¹⁴, se tem constituído num dos principais crimes perpetrados contra a população civil em diversos conflitos armados em andamento. Com efeito, basta lembrar que recentemente veio a lume que no recém-criado Sudão do Sul, que está a passar por uma guerra civil, tanto o governo como as forças rebeldes têm permitido o estupro sistemático de mulheres como parte do pagamento de soldos dos soldados⁶¹⁵, para se perceber que a tipificação de referidos comportamentos na forma de crimes autônomos se constitui em um efetivo ganho em termos de proteção legal do gênero feminino, bem como um aperfeiçoamento em relação ao Direito Penal Internacional pretérito ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia.

Assim, não parece que a alegada “sobressaturação” seja, de fato, um problema, mas uma solução adequada à necessária colmatação das lacunas típicas no Direito Penal Internacional, mormente ao se considerar a expressa enunciação do artigo 23 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Por fim, resta, pois, realizar-se o cotejo entre os tipos de sequestro e de desaparecimento forçado de pessoas para se aferir se referida generalidade-especialidade também ocorre no ordenamento jurídico brasileiro.

O crime de sequestro é previsto, como tipo autônomo, no artigo 148 do Código Penal, segundo o qual:

Sequestro e cárcere privado

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos;

II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III - se a privação da liberdade dura mais de quinze dias.

IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;

V – se o crime é praticado com fins libidinosos.

§ 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

613 EL MUNDO. “La violación, última “arma de guerra” en Siria”, disponível em <http://www.elmundo.es/internacional/2013/12/09/52a59d22684341eb638b458b.html>, acessado em 09.dez. 2013.

614 Uma, dentre as várias acusações de atrocidades praticas pelo Estado Islâmico, é a de reduzir à condição de escravas sexuais a centenas, senão milhares, de mulheres da minoria yazid. EL MUNDO. “La ONU denuncia la existencia de mercados de esclavas sexuales organizados por el Estado Islámico”, disponível em <http://www.elmundo.es/internacional/2015/05/08/554bed4122601da4678b456f.html>, acessado em 08.mai. 2015.

615 EL MUNDO. “Violar mujeres, el salario de un miliciano de Sudán del Sur”, disponível em <http://www.elmundo.es/internacional/2016/03/11/56e2aa0fca474187588b458b.html>, acessado em 11.mar. 2016.

No que tange a esse crime, trata-se, conforme a alocação feita pelo próprio legislador (Título I da Parte Especial), de espécie de crime contra a pessoa, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade de locomoção, isto é, o direito de ir, vir e ficar, consistindo as expressões empregadas – sequestro e cárcere privado – como conceitos sinônimos a identificar a privação ilícita da liberdade individual. Para Bitencourt, entretanto, seria correto afirmar-se que “[...] no *cárcere privado* há *confinamento* ou *clausura*, enquanto que no *sequestro*, a supressão da liberdade não precisa ser confinada em limites tão estreitos [...]”⁶¹⁶.

Trata-se, pois, como regra geral, de crime comum, salvo a hipótese de sequestro qualificado prevista nos incisos I, primeira parte (ser a vítima ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente), que exige a condição específica de relações familiares ou de conjugalidade entre os agentes ativo/passivo. Doutro giro, o tipo penal somente exige um especial fim de agir na perpetração do sequestro/cárcere privado na hipótese qualificada prevista no §1º, inciso V (sequestro praticado para fins libidinosos), sendo, no mais, um crime doloso, isto é, em que se exige a vontade livre e consciente do agente em cercear a liberdade de ir-e-vir do sujeito passivo, constituindo-se, portanto, em um crime material, de caráter permanente – que se protraí no tempo enquanto perdurar o cerceamento da liberdade -, e que pode ser praticado na forma comissiva e omissiva. Trata-se, ademais, de crime que admite tentativa⁶¹⁷. No que tange, por fim, ao concurso de agentes, o crime de sequestro/cárcere privado é qualificado como crime monossujeito. Havendo concurso eventual de agentes, deve ser aplicada a regra do artigo 29 do Código Penal.

O artigo 148, §1º, II e III prevê dentre as outras formas qualificadas de sequestro já vistas acima, o fato de ele durar mais de 15 (quinze) dias ou se ele for praticado mediante a internação da vítima em casa de saúde ou hospital. Já o §2º prevê a forma qualificada decorrente de, em havendo maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral.

Assim, cotejando o crime de sequestro com o tipo-padrão previsto no artigo 3 da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, tem-se que:

Sequestro/Cárcere Privado
 Bem jurídico tutelado: liberdade de ir, vir e ficar.
 Sujeito ativo: crime comum, salvo as hipóteses de qualificação presentes no §1º, I
 Sujeito passivo: qualquer pessoa em suas manifestações simples e qualificada, salvo as

Desaparecimento Forçado de Pessoas
 Bens jurídicos tutelados: liberdade de ir, vir e ficar, direito à informação e direito à proteção legal
 Sujeito ativo: crime próprio, uma vez que exige-se a condição de agente público ou de membro de grupo privado submetido ao mando do poder público
 Sujeito passivo: qualquer pessoa

616 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal anotado*, 2 ed., São Paulo: RT, 1999, p. 529.

617 BITENCOURT, *Código Penal anotado*..., p. 529.

hipóteses do §1º, incisos I e IV

Especial fim de agir: somente na figura qualificada do §1º, inciso V, isto é, quando praticado para fins libidinosos

Tentativa: admite

Idem

No que tange à consumação, trata-se de crime permanente

Idem

Concurso de agentes: admite. Trata-se de crime monossujeivo

Concurso de agente: exige, na medida em que os tipos-padrões exigem o concurso necessário, conforme denota a expressão “agentes do Estado ou pessoas ou grupo de pessoas”. Trata-se, portanto, de crime plurissujeivo.

Verifica-se, pois, que, assim como se dá nos tipos de crimes contra a humanidade previstos no artigo 7, 1, e e i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, entre o tipo de sequestro/cárcere privado e o desaparecimento forçados de pessoas também existe a relação de generalidade-especialidade, na medida em que aquele primeiro é um dos meios pelos quais se é possível cometer este último, conforme expressamente previsto nas Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado. Com efeito, o crime de sequestro é, por definição, um tipo subsidiário, isto é, caso ele seja praticado como meio “[...] para a prática de outro crime, será absorvido pelo delito-fim”⁶¹⁸.

Na mesma linha sustenta Alflen da Silva, quando afirma as seguintes teses⁶¹⁹:

El tipo objetivo del delito de secuestro presenta como conducta punible la privación de libertad por medio de secuestro o cárcel privada [...] la privación de libertad en el secuestro radica en la imposibilidad de la víctima de irse o apartarse libremente; además no es necesaria la absoluta imposibilidad de la víctima de apartarse del lugar en el cual fue puesta o retirada por el autor del hecho; es suficiente con que no pueda hacerlo sin grave riesgo personal, independientemente del medio escogido. En cuanto al modus operandi, hay dos hipótesis: el secuestrar o el encarcelar. La ley no diferencia entre ambos comportamientos, por lo que la propia doctrina y la jurisprudencia procuran hacerlo: la cárcel privada radica en encierro o encarcelación, mientras que en el secuestro la privación de libertad no comprende límites tan estrechos. Además, la ley no exige ninguna calidad o condición particular, de modo que cualquier persona puede ser autora del delito. Dicho delito tampoco exige un número determinado de individuos, por tanto es suficiente un solo individuo para cometerlo.

En lo que respecta al aspecto subjetivo, el tipo no exige elemento subjetivo especial del injusto, ni un fin especial. En definitiva debe observarse, como señaló AMBOS, “que existiría precisamente una diferencia entre una mera aprehensión y una aprehensión con el fin de hacer desaparecer a una persona”, lo que, por tanto, es suficiente para aclarar la diferencia entre el tipo penal de secuestro en Brasil y el delito de desaparición forzada de personas, conforme la definición-modelo de la Convención.

Sin duda, como se dijo más arriba, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas, en los artículos III y IV, exige a los Estados parte adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas. De eso resulta que dicho deber solo se impone después del depósito de la ratificación del instrumento legal.

618 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte especial*, Vol 2, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 443. No mesmo sentido, BITENCOURT, *Código Penal anotado...*, p. 529; DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*, 5 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 294.

619 ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Informes Nacional: Brasil*, in AMBOS, *Desaparición forzada de personas...*, pp. 48-49.

Ambos, ao enfrentar este tema, aporta uma especificidade do desaparecimento forçado de pessoas em relação ao crime de sequestro que não pode ser desconsiderado, qual seja, o fato de que aquele primeiro exige, como condição necessária para a sua tipicidade, que os agentes ativos do delito se abstenham, comissiva ou omissivamente, de informar o destino ou paradeiro da vítima, abstenção esta que se qualifica como uma violação dos deveres funcionais, exigência esta que não está nem poderia estar presente no crime de sequestro/cárcere privado, pois, do contrário, ocorreria ofensa ao direito ao *meno tenetur se ipsum accusare*. Com efeito⁶²⁰,

[...] la desaparición forzada —a diferencia del secuestro— requiere dos actos, a saber: la privación de la libertad (que puede ser legal ab initio, a diferencia del secuestro) y la negativa a reconocer dicha privación o de dar noticia al respecto (elemento que no está presente en modo alguno en el secuestro, ya que la obligación de informar sobre el secuestro implicaría una flagrante violación al derecho de no inculparse *nemo tenetur se ipsum accusare* - [...])

No que toca ao carácter subsidiário do crime de sequestro, conforme acima indicado, tal afirmativa resta evidenciada em duas outras hipóteses particularmente interessantes. O primeiro é o crime da extorsão mediante sequestro, conforme o tipo previsto no artigo 159 do Código Penal, e o segundo o crime de tortura agravada por ter sido praticada mediante sequestro, previsto no artigo 1º, §4º, inciso III, da Lei 9.455/1997. A redação do artigo 159 tem o seguinte conteúdo:

Extorsão mediante sequestro

Art. 159 - Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

§ 1º - Se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha.

Pena - reclusão, de doze a vinte anos.

§ 2º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.

§ 3º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.

§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

Já a redação do artigo 1º, §4º, inciso III da Lei de Tortura tem o seguinte conteúdo:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

620 AMBOS, *La desaparición forzada de personas...*, pp. 203-204.

- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
 c) em razão de discriminação racial ou religiosa;
 II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
 Pena - reclusão, de dois a oito anos.
 [...]

 § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:
 [...]

 III - se o crime é cometido mediante sequestro.

Verifica-se nos dois tipos penais acima indicados que o sequestro se constitui ou em crime meio para a prática de extorsão ou para o crime de tortura, sejam estes comportamentos praticados ou não por servidor público. Nos casos em apreço, portanto, o sequestro é absorvido – princípio da concussão – pelos crimes-fim, assim como se daria com o desaparecimento forçado de pessoas, caso ele venha a ser tipificado no ordenamento jurídico nacional. Com efeito, nada obsta que um servidor público, no exercício ou em razão do exercício de sua função pública, pratique qualquer um desses crimes indicados como, de resto, tem indicado de forma bastante consistente a jurisprudência nacional:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES MILITARES DE ROUBO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO RECORRENTE. MODUS OPERANDI. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

II - **In casu, consta que o ora recorrente (1º Tenente da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro), em tese, comandou intento criminoso de roubo e extorsão mediante sequestro, envolvendo outros policiais militares, utilizando, para tanto, a autoridade de seu cargo para extorquir traficantes da facção criminosa TCP (Terceiro Comando Puro) no Morro do Dendê na cidade do Rio de Janeiro/RJ.**

III - Dessa forma, dados concretos extraídos dos autos evidenciam que a liberdade do recorrente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a sua periculosidade, evidenciada na forma pela qual os delitos teriam sido praticados (modus operandi).

IV - Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, in casu, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

V - Recurso ordinário desprovido⁶²¹. (grifamos)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA ARMADA. TORTURA. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, ROUBO CIRCUNSTANCIADO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE. AMEAÇA A TESTEMUNHAS, AOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AOS SEUS FAMILIARES. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INAPLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

621 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Habeas Corpus 59.933/RJ*, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015.

2. Na espécie, é válida a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, de modo a evitar a prática de novos crimes, ante a periculosidade concreta do recorrente, manifestada na forma de execução do crime. Foi destacado no decreto prisional que ele seria integrante de organização criminosa composta por policiais civis e, utilizando-se das prerrogativas funcionais, supostamente praticou crimes gravíssimos, entre eles tortura, extorsão mediante sequestro e roubo, com o escopo de auferir quantia indevida de traficantes integrantes do bando denominado Primeiro Comando da Capital.

3. O risco à instrução criminal também foi evidenciado no édito prisional, pois o magistrado se reportou às "sérias e gravíssimas" ameaças apresentadas contra parentes de corrêus e contra os próprios membros do Ministério Público, até mesmo com fotos e ligação efetuada para a genitora de um dos Promotores de Justiça.

4. Os elementos destacados evidenciam a impossibilidade de se estabelecerem medidas cautelares diversas da prisão, inadequadas e insuficientes para atender, com o mesmo grau de eficácia, às exigências cautelares do caso.

5. Recurso ordinário não provido.⁶²² (grifamos)

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. REEXAME DE PROVA. VIA INADEQUADA. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE EVIDENCIADA NO MODUS OPERANDI DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AMEAÇAS A TESTEMUNHAS E MEMBROS DO PARQUET. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INAPLICABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Na espécie, a gravidade concreta do delito é fundamento válido para amparar a custódia cautelar, com o fim de assegurar a ordem pública, haja vista a periculosidade do paciente, manifestada na forma da execução do delito, pois, segundo consta, na condição de policial civil, em um esquema de corrupção envolvendo vários outros agentes estatais e delegados do DENARC e da 10ª DP de Campinas, ele é acusado de participar do crime de extorsão mediante sequestro praticado contra membros do PCC (Primeiro Comando da Capital), tendo como preço do resgate o valor de R\$ 200.000,00, a fim de se evitar prisões em flagrantes forçadas.

5. As "diversas, sérias e gravíssimas ameaças apresentadas contra parentes de corrêus e contra os próprios membros do Ministério Público, até mesmo com fotos e ligação efetuada para a genitora de um dos Promotores de Justiça", recomendam a restrição antecipada da liberdade dos recorrentes, para assegurar a conveniência da instrução criminal.

6. A substituição da prisão por qualquer outra medida alternativa (art. 319 do CPP) mostra-se inadequada e insuficiente para atender, com o mesmo grau de eficácia, às exigências cautelares da singularidade do caso.

7. Habeas corpus não conhecido.⁶²³ (grifamos)

Dessa forma, e pelo que acima se descreveu, resta mais do que evidenciada a necessidade de o desaparecimento forçado de pessoas ser tipificado como um crime autônomo no ordenamento jurídico nacional, pois: a) o Brasil ratificou a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, que expressamente estabelecem esta obrigação; b) no pertinente aos princípios da política criminal, não existe óbice constitucional ou mesmo principiológico, principalmente ao se aferir a possibilidade de que o legislador

622 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Habeas Corpus 46.933/SP*, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 18/12/2014.

623 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus 287.414/SP*, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014.

desvalore a conduta e o resultado do fenômeno, tendo como ponto de ancoragem a rica contribuição que o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos subministram e que deve(ria) ser acolhida pelo Direito Penal brasileiro; e c) por se ter comprovado a insuficiência do crime de sequestro para se prevenir e sancionar o comportamento, seja porque o tipo penal não abarca todas as especificidades do desaparecimento forçado de pessoas, seja porque, conforme restou comprovado, ele é, por definição, um tipo subsidiário, e que somente poderá ser utilizado ante a permanência do vácuo normativo ainda presente no ordenamento jurídico brasileiro decorrente do descumprimento claro e manifesto de suas obrigações internacionais.

Esta última hipótese da subsidiariedade fica muito bem comprovada quando se analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede extradicional, conforme será visto no item 4.3, *infra*.

Contudo, remanesce um problema: quando se aduz à necessidade de se tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro faz-se alusão a qual de suas formas? Este problema é importante em razão de, pelo menos, dois temas que se tangenciam.

O primeiro diz respeito ao fato de que a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado preverem a obrigação de tipificação enquanto um crime comum a ser previsto nos ordenamentos nacionais, mas também na forma de um crime contra a humanidade. No primeiro caso, a tipificação não exigiria a previsão daquele elemento contextual de um ataque geral ou sistemático à população civil de que cuida o artigo 7, *caput* do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, mas, assim como nos demais casos de crimes internacionais que já foram tipificados no ordenamento nacional – *e.g.*, o genocídio e a tortura -, um tipo geral, de aplicação ordinária, com a qual se pretenderia prevenir e sancionar a prática do desaparecimento forçado de pessoas.

Já o segundo atine ao fato de que, ao se tipificar o desaparecimento forçado de pessoas também na forma de um crime contra a humanidade, ele deveria sê-lo a partir de um projeto de lei que tenha por finalidade a regulamentação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que não somente este crime, como os demais sejam reunidos num documento que siga a própria sistemática normativa subjacente a este campo do Direito Penal Internacional e seus princípios informadores, tese que é reforçada pela circunstância de o Brasil haver ratificado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional em

20/02/2002⁶²⁴, e muito embora, como já visto, esta convenção não seja dotada de um mandado internacional de tipificação expresso, faz-se necessário a sua regulamentação em nível interno, de forma a tornar possível não somente a persecução nacional dos crimes nele previstos, mas também a cooperação internacional entre os Estados, mas, principalmente, com o próprio Tribunal Penal Internacional.

Nesse sentido, faz-se útil aferir como os demais Estados têm enfrentado referido problema.

4.2 O desaparecimento forçado de pessoas na legislação estrangeira

O presente tópico não tem a pretensão de fazer um levantamento sobre as legislações de mais diversos Estados no que tange à tipificação do desaparecimento forçado de pessoas, seja na forma de crime ordinário e/ou como crime contra a humanidade, pois, além de ser uma meta de difícil concreção, seria também inútil, mormente se referido levantamento não fosse procedido por uma análise comparatística em que, tendo em conta as especificidades de cada direito, lograsse apontar as semelhanças e dessemelhanças entre os modelos de criminalização do comportamento para disso extrair o *tertio comparationis* que sobredetermina o fazer direito comparado⁶²⁵.

Portanto, reconhecendo o caráter muito mais modesto da abordagem, é verdade, se explicitará o modo pelo qual os ordenamentos nacionais escolhidos procederam à tipificação do desaparecimento forçado de pessoas, tendo como ponto de interesse o problema do tratamento distinto entre crime comum/crime contra a humanidade que giza esse comportamento. No último subtópico se enfrentará o tema no contexto do direito penal argentino, posto que ele suscitou no sistema brasileiro dois temas bastante interessantes, a saber, a manifestação do Supremo Tribunal Federal em sede de extradição envolvendo a prática de sequestro qualificado *qua* desaparecimento forçado de pessoas, bem como, para os que defendem a derrogação da Lei de Anistia, um modelo a ser repetido internamente.

Assim, é preciso referir o fato de que, em sede de Direito Penal Internacional, a “[...] persecução nacional [*domestic*] dos crimes internacionais é vital para a emergência do sistema

624 Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en, acessado em 20.mar. 2016.

625 ZWEIGERT, Korand, KÖTZ, Hein. *Introduzione al diritto comparato*, 2 v. V. I: principi fondamentali, trad. Barbara Pozzo, Milano: Giuffrè Editore, 1998, pp. 36-55.

penal internacional de justiça. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional explicitamente reconhece [ess]a ideia de uma administração descentralizada da justiça [...]", uma vez que que no artigo 1 do Estatuto se expressa o princípio de que o Tribunal Penal Internacional "[...] será complementar às jurisdições criminais nacionais"⁶²⁶. No que tange, doutro polo, o tema dos crimes internacionais próprios previstos em convenções internacionais específicas, como é o caso do desaparecimento forçado de pessoas, da tortura e do genocídio e, em muitos casos, nos crimes transnacionais, a regulamentação e a persecução penal nacional desses crimes é medida imprescindível para a ocorrência da cooperação penal internacional entre os Estados. Sem a regulamentação interna, este princípio fundamental do sistema penal internacional fica manietado em sua eficácia ótima.

Dito isto, por quais modos se tem feito, segundo os mais diversos regimes nacionais, a implementação nacional dos tratados internacionais em matéria penal? Segundo Werle, são os seguintes⁶²⁷:

1. Incorporação integral: trata-se, nas palavras de Werle, da forma mais "amigável" pela qual os direitos nacionais incorporam as normas do Direito Penal Internacional, e que pode ser praticadas dos seguintes modos:

1.1 Aplicação direta: As normas dos Direito Penal Internacional, convencionais ou consuetudinárias, são diretamente aplicadas pelo direito nacional. Contudo, se esse procedimento tem sido adotado desde a ratificação do tratado internacional, mesmo nos Estados da *common law* se tem, a rigor, e em prestígio ao princípio *nullum crimen sine lege scripta*, adotado procedimentos formais para a implementação do Direito Penal Internacional costumeiro. O autor cita como exemplo desse modo de proceder a África do Sul.

1.2 Remessa [reference]: A lei nacional, ao incorporar as normas de Direito Penal Internacional, fá-lo na forma de remessa às provisões contidas nos tratados internacionais sobre a matéria, de forma que estas normas passam a ser aplicadas em conjunção com as normas nacionais. Cita-se como exemplo a *International Crimes and International Criminal Court Act* de 2000, da Nova Zelândia.

1.3 Reprodução integral [copying]: trata-se da hipótese em que a legislação nacional reproduz, integralmente, os preceitos convencionais na lei nacional. É a hipótese adotada pelo Código Penal de Malta.

2. Não Incorporação – Aplicação da Legislação Ordinária: é a hipótese nomeada por Werle como "*zero solution*", isto é, em que o Estado tão somente assume a responsabilidade internacional de exercer a persecução penal de conformidade com as disposições penais já existentes em seu ordenamento jurídico. Assim, mesmo nas hipóteses de homicídio, estupro, detenção ilegal, desaparecimento forçado de pessoas etc que venham a ser praticados no contexto de um ataque geral ou sistemático contra a população civil na execução de uma política de Estado ou de um grupo ou movimento político, tais crimes, subsumíveis no conceito de crime contra a humanidade, somente sofrerão persecução de conformidade com os preceitos jurídico-penais já existentes no ordenamento nacional.

3. Adequação ao Direito Nacional [Modified Incorporation]: nessa terceira hipótese, a incorporação das normas do Direito Penal Internacional se faz pela adequação aos princípios e

626 WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, p. 117.

627 WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, pp. 119-121.

cultura constitucional dos Estados, com o qual se busca, como regra geral, seja a uniformização ou a harmonização. Assim, *e.g.*, no Direito Penal brasileiro as discussões acerca da pena de prisão perpétua e da imprescritibilidade, que são normas plenamente aceitas pelo Direito Penal Internacional e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, se constituem em verdadeiras pedras de tropeço, mormente a primeira hipótese quando se discute a entrega de acusados ao ETPI em regime de cooperação internacional, na medida em que a jurisprudência do STF é firme no sentido de não se admitir a extradição sem que o Estado assuma o compromisso formal de comutar o ergástulo em pena de prisão por tempo não superior a 30 (trinta) anos.

4. **Combinação:** é a hipótese em que os Estados tendem a harmonizar os provimentos de Direito Penal Internacional com o Direito Penal nacional, determinando ora a aplicação de normas daquele ramo em nível interno (*e.g.*, os princípios gerais do Direito Penal Internacional e os conteúdos essenciais dos crimes de guerra), ora disposições já existentes no direito nacional.

No que tange, doutro passo, às formas de incorporação, Werle⁶²⁸ aponta duas possibilidades: a) **pela reforma de leis já existentes**, na qual o Estado, alterando preceitos de Direito Penal nacional já em vigor, reforma-os para internalizar as normas decorrentes do Direito Penal Internacional, e b) **pela adoção de uma lei específica** [*self-contained codification*], que é a hipótese em que o Estado nacionaliza a matéria em um norma penal especial. Dito isto, passa-se a apontar nas linhas abaixo alguns exemplos de internalização do desaparecimento forçado de pessoas.

O primeiro exemplo que se gostaria de individuar como modelo de tipificação do desaparecimento forçado de pessoas, e que rendeu, como um seu efeito prático, as primeiras condenações da prática *qua* desaparecimento forçado de pessoas que se tem notícia⁶²⁹, e não, alternativamente, como sequestro ou “outros atos desumanos”, ocorreu na Bósnia e Herzegovina, um dos Estados que se tornaram independentes em 1992 em decorrência dos conflitos étnico-políticos ocorridos nas Guerras dos Balcãs. No que tange, assim, aos principais tratados internacionais aplicáveis ao caso, a Bósnia e Herzegovina ratificou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional em 11/04/2002⁶³⁰, e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado em 30/03/2012⁶³¹. Em 1993 este Estado promulgou o Código Criminal da Federação da Bósnia e Herzegovina⁶³², que em seu artigo 12, 1 c estabelece a punibilidade dos crimes decorrentes dos tratados

628 WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, pp. 121-122.

629 FINUCANE, *Enforced disappearances as a crime under International Law...*, p. 190.

630 Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en, acessado em 20.mar. 2016.

631 Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en, acessado em 20.mar. 2016.

632 Criminal Code Of Bosnia and Herzegovina, disponível em <http://www.iccnw.org/documents/criminal-code-of-bih.pdf>, acessado em 20.jan. 2016.

internacionais por ele ratificados⁶³³, sendo que em seu Capítulo XXVII – Crimes contra a Humanidade e aos Valores Protegidos pelo Direito Internacional - foram tipificados diversos crimes internacionais, próprios e impróprios, sendo que os tipos penais previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional compreendem aos crimes previstos entre os artigos 171 a 184 (respectivamente, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o de organização criminosa para a perpetração desses crimes). O desaparecimento forçado de pessoas está previsto no artigo 172, 1 i c/c 2, h, cuja redação é a seguinte:

Crimes against Humanity - Article 172

(1) Whoever, as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of such an attack perpetrates any of the following acts:

[...]

i) Enforced disappearance of persons;

[...]

shall be punished by imprisonment for a term not less than ten years or long-term imprisonment.

(2) For the purpose of paragraph 1 of this Article the following terms shall have the following meanings:

a) *Attack directed against any civilian population* means a course of conduct involving the multiple perpetrations of acts referred to in paragraph 1 of this Article against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organisational policy to commit such attack.

[...]

h) *Enforced disappearance of persons* means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorisation, support or acquiescence of, a State or a political organisation, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of those persons, with an aim of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time.

Em síntese, o Código Criminal da Federação da Bósnia e Herzegovina reproduziu o texto do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, estabelecendo, como pena para os crimes contra a humanidade o mínimo de 10 anos à prisão perpétua, dentre os quais está o desaparecimento forçado de pessoas. Doutro giro, não sanciona-o na forma de um crime comum.

Pois bem, a região da Bósnia e Herzegovina, no curso dos conflitos ocorridos entre 1992 (com a declaração de sua independência) até 1995 (a cessação das hostilidades), padeceu o desaparecimento de cerca de 27.000 pessoas, sendo que a maior parte dos desaparecidos pertencia ao grupo étnico muçulmano, e que fora o alvo da prática de limpeza étnica praticada pelas forças e grupos paramilitares sérvios. Terminado o conflito, foi-se dado busca, pelo Governo e por ONGs de direitos humanos e de familiares de desaparecidos,

⁶³³ “Applicability of the Criminal Legislation of Bosnia and Herzegovina to Offences Perpetrated outside the Territory of Bosnia and Herzegovina Article 12 (1) The criminal legislation of Bosnia and Herzegovina shall apply to anyone who, outside of its territory, perpetrates [...] c) A criminal offence which Bosnia and Herzegovina is bound to punish according to the provisions of international law and international treaties or intergovernmental agreements”.

dessas pessoas, das quais 10.000 não foram encontradas, tendo-se concluído que uma parte considerável havia sido submetida à prática do desaparecimento forçado de pessoas⁶³⁴.

Um dado importante a ser considerado, ademais, é que com a organização do Estado bósnio, o Poder Judiciário foi dotado da Câmara de Crimes de Guerra da Bósnia e Herzegovina, com sede em Sarajevo, com competência para exercer a persecução penal em face dos autores de crimes internacionais ocorridos no curso do conflito bélico, tendo por direito aplicável o Código Criminal da Federação da Bósnia e Herzegovina e o direito processual nacional, numa aplicação bastante instigante de tribunal penal internacional misto. Por fim, como última consideração de contextualização, em razão da adoção do princípio da primazia adotado pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, a corte, por decisão própria, pode transferir casos sob seu julgamento para Câmara de Crimes de Guerra da Bósnia e Herzegovina, como se deu no primeiro caso envolvendo o acusado Gojko Satnkovic, que durante o conflito ocupava a posição de subcomandante da polícia e membro de grupo paramilitar, na cidade de Foca, a quem se imputava perante o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia a prática de crimes contra a humanidade na forma de tortura e estupro. O caso foi transferido para a Câmara de Crimes de Guerra da Bósnia e Herzegovina em 08 de dezembro de 2005, advindo a sua condenação, por esta última, em 19 de novembro de 2007 à pena de 34 anos de prisão⁶³⁵.

O primeiro caso envolvendo a prática de desaparecimento forçado de pessoas julgado pela Câmara de Crimes de Guerra da Bósnia e Herzegovina foi o *Prosecutor vs. v. Rašević and Todović*, julgado em 28 de fevereiro de 2008, cujo fundamento fático foi o seguinte, conforme o relato de Finucane⁶³⁶:

The facts underlying *Prosecutor v. Rašević and Todović* are representative of many of the disappearances committed in eastern Bosnia and Herzegovina during the ethnic cleansing of the region. The case illustrates that conduct very different from the paradigmatic political disappearances of Latin America satisfies the elements of the offense. Mitar Rašević and Savo Todović were the head guard and deputy warden, respectively, of the KP Dom prison in Foča municipality between 1992 and 1994. Foča lies in territory controlled by the Republika Srpska and the KP Dom served as an internment camp for Bosnian Muslim civilians being ethnically cleansed from the region. Between 1992 and 1994, at least two hundred of the detainees were removed from the camp for the ostensible purposes of a prisoner exchange and fruit picking. The trial panel concluded that the detainees were instead transferred by the camp's guards to the control of the Bosnian Serb military and military police. Thereafter, the prisoners are never seen alive again. The remains of many of these individuals were subsequently recovered from mass graves in the Foča region. Despite inquiries by the families of the missing prisoners over

634 FINUCANE, *Enforced disappearances as a crime under International Law...*, p. 188.

635 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Case Information Sheet: The Prosecutor v. Gojko Janković & Radovan Stanković - "FOCA"* (IT-96-23/2), disponível em http://www.icty.org/x/cases/stankovic/cis/en/cis_jankovic_stankovic_en.pdf, acessado em 20.mar. 2016.

636 FINUCANE, *Enforced disappearances as a crime under International Law...*, pp. 209-210.

the course of a decade and half, the defendants and other Bosnian Serb authorities failed to provide any information regarding their fates or whereabouts.

No julgamento do caso, a Corte considerou que os acusados haviam perpetrado o crime de desaparecimento forçado de pessoas, adotando como fundamento para a imputação de responsabilidade penal individual na forma de coautoria através do instituto da empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*), uma vez que considerou estar presente o elemento subjetivo (*mens rea*) consistente no conhecimento individual da organização criminal para a perpetração de crimes contra a humanidade, bem como a intenção de cometer os ilícitos que lhes foram atribuídos. O tema realmente interessante nesse julgado foi que a Corte subsumiu os fatos ao tipo penal presente no Código Criminal da Federação da Bósnia e Herzegovina, artigo 172, 1, i, isto é, no crime de desaparecimento forçado de pessoas, uma vez que a transferência dos prisioneiros para os campos de controle militar objetivavam privar as vítimas da proteção legal de forma permanente, tendo havido, como forma de manter a privação da liberdade e da proteção legal, não somente a recusa em prestar informações sobre o destino ou paradeiro das vítimas, mas também a prestação de informações falsas⁶³⁷. A esse caso se seguiram outros, em que a Câmara de Crimes de Guerra da Bósnia e Herzegovina adotou idêntico tratamento normativo, vale dizer, atribuiu aos acusados a prática do crime de desaparecimento forçado de pessoas, tendo realizado interessante (re)construção histórica do processo de incriminação internacional, reportando-se, não somente à luta internacional contra o desaparecimento forçado de pessoas no contexto latino-americano, com expressão remissão ao caso Velázquez-Rodríguez da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas ao próprio *jubiley* de Nuremberg, em que, como se viu, Keitel restou condenado, dentre outros crimes, pela execução do Decreto “Noite e Névoa”, a gênese internacional da incriminação desse comportamento. Essa (re)construção objetivou, em grau de apelo, afastar a alegação da defesa de que a imputação de responsabilidade penal pela prática do desaparecimento forçado de pessoas violava ao princípio da irretroatividade da lei penal, uma vez que a corte considerou que referida incriminação derivava, de forma clara, das normas do Direito Penal Internacional costumeiro a que se submetera não somente a Bósnia e Herzegovina, mas o Estado anterior, isto é, a Iugoslávia⁶³⁸.

Os dois próximos exemplos abrangerão os regimes francês e alemão.

637 FINUCANE, *Enforced disappearances as a crime under International Law...*, p. 189-190.

638 FINUCANE, *Enforced disappearances as a crime under International Law...*, pp. 192-194.

Pois bem, a França ratificou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional em 09/06/2000⁶³⁹, e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado em 23/09/2008⁶⁴⁰, sendo que pela Lei 930, de 09 de agosto 2010, ela procedeu à adaptação do Código Penal francês aos crimes previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, mediante a prática da incorporação⁶⁴¹. Trata-se, como se percebe, da adoção da forma da adequação do direito nacional mediante a reforma de direito preexistente. Com efeito, no que tange aos crimes do Estatuto, o Código Penal francês⁶⁴² alocou-os no Livro II (Dos Crimes e Delitos Contra as Pessoas), Título 1º (Dos Crimes Contra a Humanidade e Contra a Espécie Humana), Subtítulo 1º (Dos Crimes Contra a Humanidade), que abrange, respectivamente, o genocídio (Capítulo 1º do Subtítulo 1º, artigos 211-1 e 2) e outros crimes contra humanidade (Capítulo 2º do Subtítulo 1º, artigos 212-1 a 213-5). Já os crimes de guerra foram alocados em Livro próprio, o 4º bis (artigos 461-1 a 462-11). No que concerne ao desaparecimento forçado de pessoa na forma de crime contra a humanidade ele está assim definido:

Chapitre II : Des autres crimes contre l'humanité

Article 212-1

Constitue également un crime contre l'humanité et est puni de la réclusion criminelle à perpétuité l'un des actes ci-après commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique:

[...]

9º La disparition forcée;

[...]

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux crimes prévus par le présent article.

Article 212-2

Lorsqu'ils sont commis en temps de guerre en exécution d'un plan concerté contre ceux qui combattent le système idéologique au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'humanité, les actes visés à l'article 212-1 sont punis de la réclusion criminelle à perpétuité.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux crimes prévus par le présent article. (grifamos)

De conformidade com o disposto no artigo 131-1 a pena imputada em abstrato é a de reclusão, podendo chegar à pena de caráter perpétuo.

No que tange, doutro polo, ao desaparecimento forçado de pessoas em sua forma comum, o crime foi tipificado no Código Penal francês através da Lei 711, de 05 de 2013,

639 Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en, acessado em 20.mar. 2016.

640 Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en, acessado em 20.mar. 2016.

641 COALITION FRANÇAISE POUR LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE. La Loi D'Apatation, disponível em <http://www.cfcpi.fr/spip.php?rubrique4>, acessado em 20.mar. 2016.

642 CODE PÉNALE FRANÇAIS. Version Consolidée au 22 avril 2016, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>, acessado em 25.abr. 2016.

cujo conteúdo geral foi a de internalizar no Direito Penal francês diversos crimes e disposições de caráter criminal decorrentes de tratados internacionais ratificados pelo Estado, ou decorrentes do sistema da UE⁶⁴³, e que determinou, por seu artigo 15, a inclusão no Título II (Dos Atentados Contra a Pessoa Humana), o Capítulo 1º bis, intitulado “Dos Atentados à Pessoa na Forma do Desaparecimento Forçado”⁶⁴⁴, que tem a seguinte redação:

Article 221-12

Constitue une disparition forcée l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté d'une personne, dans des conditions la soustrayant à la protection de la loi, par un ou plusieurs agents de l'Etat ou par une personne ou un groupe de personnes agissant avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement des autorités de l'Etat, lorsque ces agissements sont suivis de sa disparition et accompagnés soit du déni de la reconnaissance de la privation de liberté, soit de la dissimulation du sort qui lui a été réservé ou de l'endroit où elle se trouve.

La disparition forcée est punie de la réclusion criminelle à perpétuité.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23, relatifs à la période de sûreté, sont applicables au crime prévu par le présent article.

Article 221-13

Sans préjudice de l'application de l'article 121-7, est considéré comme complice d'un crime de disparition forcée mentionné à l'article 221-12 commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs le supérieur qui savait, ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui indiquaient clairement que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre un crime de disparition forcée et qui n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites, alors que ce crime était lié à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs.

[...]

Article 221-18 En savoir plus sur cet article...

Créé par LOI n°2013-711 du 5 août 2013 - art. 15

L'action publique à l'égard du crime défini à l'article 221-12 ainsi que les peines prononcées se prescrivent par trente ans.

O desaparecimento forçado de pessoas, portanto, em sua forma comum, será sancionado com pena de reclusão ou, até mesmo, de caráter perpétuo, estando a ação penal sujeita à prescrição no prazo de 30 anos. Já na forma de crime contra a humanidade, por expressa disposição do artigo 213-5⁶⁴⁵, será imprescritível, regime este aplicável a todos os crimes tipificados sob essa rubrica.

643 A ementa dessa lei é a seguinte: “LOI n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France”, disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=3BD0ECF1A77D00899D5A110D34134401.tpdila16v_1?cidTexte=JORFTEXT000027805521&dateTexte=20130806, acessado em 25.abr. 2016.

644 Conforme expressamente declarado pela Lei 711, “Chapitre X : Dispositions portant adaptation du droit pénal et de la procédure pénale à la convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée à New York le 20 décembre 2006”.

645 “Article 213-5 - L'action publique relative aux crimes prévus par le présent sous-titre, ainsi que les peines prononcées, sont imprescriptibles”.

No regime francês, portanto, o desaparecimento forçado de pessoas é sancionado tanto na forma comum como na forma de crime contra a humanidade, com penas em abstrato idênticas, divergindo somente no concernente à prescrição.

No que tange à Alemanha, ela ratificou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional em 11/12/2000⁶⁴⁶, e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado em 24/09/2009⁶⁴⁷. Como já visto supra, em 26 de junho de 2002 o parlamento alemão aprovou o projeto do Código Penal Internacional, norma que tem por objetivo regulamentar, em uma norma própria, os crimes previstos no Estatuto. Trata-se, portanto, do modelo de incorporação do *self-contained codification*, sendo que, por expressa disposição do §⁶⁴⁸1, essa “[...] lei vale para todos os fatos puníveis contra o Direito Internacional nela descritos [...] inclusive quando o fato foi cometido no estrangeiro e não apresenta nenhuma relação com o âmbito interno do país”⁶⁴⁹. Já nos termos do §5, adotou-se a regra da imprescritibilidade.

Os crimes contra a humanidade estão previstos no §7, no qual, por sua alínea 7, tipifica o desaparecimento forçado de pessoas da seguinte forma:

§7 Crimes Contra a Humanidade:

- (1) Quem, no marco de um ataque sistemático ou generalizado contra uma população civil [...] 7. Mantém desaparecida, pelo uso da força, uma pessoa, com a intenção de privá-la por um longo período da proteção da lei,
- a) sequestrando-a por ordem ou autorização de um Estado ou de uma organização política ou privando-a gravemente da liberdade física, sem que posteriormente, face ao questionamento a respeito, seja prestada imediatamente informação verdadeira sobre o seu destino ou paradeiro, ou
- b) negando-se, por ordem do Estado ou de uma organização política ou em contrariedade a um dever jurídico, a prestar imediatamente informação sobre o destino ou o paradeiro de pessoa que foi privada de sua liberdade física sob os pressupostos da letra a, prestando informação falsa a esse respeito.
- [...]
- Será punido [...] nos casos dos números 3 a 7 com pena privativa de liberdade não inferior a cinco anos [...].
- (2) Nos casos de menor gravidade [...] números 3 a 7 será privativa de liberdade não inferior a dois anos [...]
- (3) Se o autor causar a morte de uma pessoa por meio de um dos fatos descritos [...] alínea 3 a 7 será de prisão perpétua ou privativa de liberdade não inferior a dez anos [...]

646 Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en, acessado em 20.mar. 2016.

647 Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en, acessado em 20.mar. 2016.

648 Conforme informa Virgílio Afonso da Silva na introdução que ele faz à sua tradução do livro de Alexy: “Alerto também que, em alguns textos legais alemães, o sinal “§” é utilizado para designar algo que, no Brasil, seria um artigo. Os exemplos mais importantes são os do Código Civil e do Código Penal”. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 12.

649 Código Penal Internacional Alemão, in KREß, *Tribunal Penal Internacional...*, tradução de Pablo R. Alflen da Silva, p. 123.

A redação do tipo penal constante no Código Penal Internacional Alemão é bastante elucidativa, primeiramente, acerca da relação de generalidade-especialidade existente entre o crime de sequestro e o de desaparecimento forçado de pessoas. Ademais, o item (3), também delimita muito bem a relação entre o desaparecimento forçado de pessoas e a consequente privação da vida da vítima, disposto na forma de um crime qualificado pelo resultado, pela qual se impõe a pena mínima de dez anos de reclusão, podendo-se chegar à pena de prisão perpétua.

Contudo, embora o desaparecimento forçado de pessoas seja tipificado, como visto, na forma de um crime contra a humanidade, regido, pois, por um lei específica aplicável somente nas hipóteses de crimes internacionais de competência do Tribunal Penal Internacional – conflitos armados internacionais ou não-internacionais -, e muito embora a Alemanha tenha, como já indicado supra, ratificado a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, até hoje o Estado não tipificou o crime na forma de um crime comum em seu ordenamento jurídico. Em 30 de agosto 2014, por ocasião do Dia Internacional das Vítimas de Desaparecimentos Forçados, a Anistia Internacional⁶⁵⁰ divulgou uma nota pública conclamando a que o Estado alemão, no cumprimento de suas obrigações internacionais, tipificasse o crime de forma autônoma em seu ordenamento jurídico, o que, no entanto, não ocorreu até o presente momento. Na obstante isso, segundo o informe da AI, existiam na Alemanha dois procedimentos de persecução penal para apurar a prática de desaparecimento forçado de pessoas. O primeiro, aberto pelo promotor público de Munique, que emitiu mandados de prisão para os agentes da CIA que em 2003 sequestraram e mantiveram por vários meses detido o alemão Khalid El-Masri no marco daquilo que se denominou de “Guerra ao Terror”; o outro atine ao procedimento aberto pelo promotor de Krefeld contra o alemão Hartmund Hopp, acusado como um dos principais membros da Colônia Dignidade, no Chile, a quem se atribui a suspeita da prática de desaparecimento e torturas contra presos políticos em cooperação com a repressão política daquele Estado.

Do que acima se vislumbrou, os três ordenamentos indicados adotaram procedimentos diversos para a tipificação do desaparecimento forçado de pessoas. A Bósnia e Herzegovina, com a aprovação de seu Código Penal, procedeu à incorporação dos crimes internacionais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional em capítulo próprio, mas, embora seja parte da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento

650 AMNESTY INTERNATIONAL. “AMNESTY FORDERT VON DEUTSCHLAND “VERSCHWINDENLASSEN” INS STRAFGESETZBUCH AUFZUNEHMEN”, Disponível em <https://www.amnesty.de/presse/2014/8/29/amnesty-verschwindenlassen-ist-ein-weltweit-verbreitetes-verbrechen>, acessado em 20.mar. 2016.

Forçado, não tipificou-o na forma de crime comum. Já a Alemanha, adotou, em relação ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o procedimento do *self-contained condification*, punindo, internamente, o desaparecimento forçado de pessoas somente *qua* crimes contra a humanidade, não o tendo tipificado até o presente momento como um crime comum, nada obstante ser parte da convenção onusiana sobre a matéria. Por fim, a França incorporou em seu Código Penal, via o procedimento de reforma legislativa, a punibilidade do desaparecimento forçado em suas duas modalidades, a saber, na forma de crime contra a humanidade e na forma de crime comum. Embora os três Estados tenham adotado procedimentos e modos distintos de incorporação das normas penais internacionais, e tomando como linha de análise o que dispõe a própria Convenção acerca de referida obrigação internacional, pode-se concluir que somente a França deu pleno cumprimento as suas obrigações quanto à tipificação do desaparecimento forçado de pessoas.

Agora se verá como se deu a reação no contexto sul-americano ao fenômeno do desaparecimento forçado de pessoas, restrita, no entanto, a dois modelos, seja no que diz respeito à persecução penal e à sua tipificação. Essa dualidade – persecução/tipificação – é extremamente instigante, mormente no que alude à implementação de procedimento da justiça de transição na região, na medida em que, a rigor, a persecução penal dos autores dos crimes de desaparecimento forçado, tortura e execução extrajudicial precedeu, em alguns casos, à própria assunção de obrigações internacionais específicas sobre a punibilidade dessa forma de conduta. Isto se deu porque a maioria dos Estados, por seus judiciários, seguiu, após a redemocratização, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange, de um lado, à qualificação desse crime como uma ofensa inderrogável à Convenção Americana de Direitos Humanos, qualificado, em razão das circunstâncias em que praticados, como um crime de lesa humanidade, do que derivava, portanto, a imprescritibilidade. E para proceder à persecução penal, os tribunais nacionais, primeiramente, consideraram inválidas as leis de anistia⁶⁵¹, e de outro lado acolheram a tipificação de referido comportamento no tipo de sequestro já previsto em seus ordenamentos nacionais.

Com efeito, segundo Japiassú e Miguens⁶⁵², a justiça de transição pode ser entendida

651 É o caso, por exemplo, do que ocorreu na Argentina (MALARINO, *Informes Nacionales: Argentina*, in AMBOS, *Desapariciones forzadas...*, pp. 6-7), no Chile (GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Informes Nacionales: Chile*, in AMBOS, *Desapariciones forzadas...*, pp. 58-61) e no Uruguai (GALAIN PALERMO, Pablo, *Informes Nacionales: Uruguai*, in AMBOS, *Desapariciones forzadas...*, pp. 139-141), três dos Estados que, junto ao Brasil e o Paraguai, instituíram o regime internacional para a persecução de dissidentes políticos na Operação Condor, tendo como principal método o desaparecimento forçado de pessoas.

652 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira, *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 1, vol. 1, junho

[...] como a realização de justiça, restauração e manutenção da paz em determinado território onde tenham ocorrido graves violações aos direitos humanos. Esta espécie de justiça se apresenta sob a nomenclatura de justiça de transição ou justiça pós-conflito, representando a transição, mudança de um contexto nacional de conflito armado ou de presença de regimes autoritários para um governo democrático calcado na existência de um Estado de Direito.

Contudo, conforme também foi afirmado pelos autores,

Uma das dificuldades perenes na chamada justiça de transição é a avaliação das medidas que devem ser tomadas pelos Estados em períodos posteriores às graves violações aos direitos humanos. Neste contexto, M. Cherif Bassiouni concebeu os Princípios de Chicago, que consistem em diretrizes básicas que buscam determinar de forma eficiente quais as estratégias e políticas mais eficazes para lidar com necessidades específicas de cada local, considerando seus aspectos sociais, políticos, culturais e econômicos. São princípios ordinariamente reconhecidos pelo Direito Penal Internacional, mas carentes de uma consolidação e tradução para termos gerais, onde seja possível estabelecer-se uma linguagem comum, garantindo sua aplicação em contextos locais dos mais diversos [...] [principalmente porque] apresenta múltiplos desafios, tais como: a necessidade de emersão da verdade em relação aos crimes cometidos, a respectiva punição dos culpados e o encorajamento de medidas de interação entre diferentes comunidades, que visem à construção de uma relação de confiança entre as mesmas.

Esta dificuldade exposta por Japiassú e Miguens pode ser sintetizada na afirmação feita pelo ministro Cezar Peluso em seu voto na ADPF 153, segundo o qual “[...] cada povo acerta contas com o passado de acordo com a sua cultura, com os seus sentimentos, com a sua índole e com a sua história [...]”⁶⁵³, fato, ademais, que é plenamente compreensível ante a circunstância de que as fontes usualmente utilizadas para a afirmação da justiça de transição – os Princípios de Chicago, a doutrina e a jurisprudência das cortes de Direitos Humanos –, serem, por definição, não-convencionais.

De qualquer sorte, especialmente no tocante ao direito brasileiro, o tema será abordado infra, devendo-se considerar, doutro banda, que o tema da nulidade das leis de anistia toca fundo à própria cultura ocidental, especialmente ao se considerar a sua origem remota na democracia ateniense. Segundo Agamben⁶⁵⁴:

Este nexos essencial entre *stasis* e política é confirmado por outra instituição grega, que Loraux não menciona no artigo, mas à qual dedica um capítulo importante (o sexto) em *La cité divisée*: a anistia. Em 403, após a guerra civil em Atenas que se conclui com a derrota da oligarquia dos Trinta, os democratas vitoriosos, guiados por Arquino, se comprometeram solenemente a “não recordar em nenhum caso os eventos passados” (*ton de paralelythoton medeni pros medena mnesikakein*: *Ath. Const.*, XXXIX, 6), isto é, a não punir em juízo os crimes cometidos durante a guerra civil. Comentando esta decisão – que coincide com a invenção da anistia – Aristóteles

de 2013, p. 23/24, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7141>, acessado em 20.mar. 2014.

653 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 153*, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010, p. 214.

654 AGAMBEN, Giorgio. *Stasis*, tradução de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier, DANNER, Leno Francisco. *Filosofia do Direito e Contemporaneidade*, Porto Alegre: Fi, 2015, pp. 31-32.

escreve que, deste modo, os democratas “agiram de modo mais político [*politikotata... chresasthai*] em relação aos desastres passados” (*ibid*, XL, 2). A anistia em relação à guerra civil é, então, o comportamento mais conforme a política. Do ponto de vista do direito, a *stasis* é, assim, definida por dois interditos perfeitamente coerentes entre si: de uma parte, [dela] não participar é politicamente culpável, e de outra, esquecê-la, uma vez terminada, é um dever político.

A fórmula *me mnesikakein* do juramento de anistia é geralmente traduzida como “não recordar” ou então “não ter ressentimento, não ter más recordações” (Loraux traduz: *je ne rappellerai pas les malheures*: Loraux 2, p. 147). O adjetivo *mnesikakos* significa, assim, “rancoroso, ressentido” e se aplica ao homem que nutre más recordações. Não é correto, portanto, que o mesmo possa valer para o verbo *mnesikakein*. No criptotipo que regula a formação dos compostos verbais deste tipo em grego, o segundo termo é, em geral, ativo. *Mnesikakein* não significa tanto “ter más recordações”, mas algo como “machucar com a memória, fazer um mau uso das recordações”. Trata-se, no caso, de um termo legal que se refere ao fato de perseguir judicialmente a qualquer um pelos crimes cometidos durante a *stasis*. A *amnestia* ateniense não é simplesmente um esquecimento ou um apagar do passado: é um convite a não fazer um mau uso da memória. Enquanto constitui-se em um paradigma político coessencial à cidade, que marca o tornar-se político do impolítico (da *oikos*) e o tornar-se impolítico do político (da *polis*), a *stasis* não é algo que possa mais ser esquecido ou removido: ela é o inesquecível que deve restar sempre possível na cidade e que, entretanto, não deve ser recordada através dos processos e dos ressentimentos. Exatamente o oposto, então, daquilo que a guerra civil parece ser para os modernos: algo que se deva a todo custo evitar e que deve ser sempre recordado por meio de processos e perseguições legais.

Pois bem. Retomando àquela diferença essencial entre culturas jurídicas nacionais, mesmo se pertencentes a uma família jurídica comum, como é o caso do direito na América Latina, cumpre perceber que os Estados da região agiram de formas bem distintas no que atine à proscricção do desaparecimento forçado de pessoas, destacando-se como um exemplo *sui generis* o fato de a Colômbia ter expressamente inserido o direito a não ser submetido ao desaparecimento forçado entre os direitos fundamentais em sua Constituição. De fato, no Título II da Constituição de 1991 desse Estado, e que define os direitos fundamentais, prescreve, por seu artigo 12, que “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [...]”⁶⁵⁵, modelo de proscricção que não foi seguido por nenhum outro Estado, o que não deixa de surpreender ao se considerar a grave crise política que a Colômbia ainda sofre em razão da guerra civil que já dura mais de cinquenta anos, em que as mais diversificadas formas de atrocidades têm sido praticadas de lado-a-lado da refrega, situação que ainda é agravada pela existência de cartérios de tráfico internacional de drogas, encontrando-se, no momento presente, tentando construir um processo de pacificação nacional entre o governo e as guerrilhas FARC e o ELN.

Em razão tanto do contexto político, como da proscricção constitucional do desaparecimento forçado, é que este Estado procedeu a um modelo efetivamente interessante, principalmente se se considerar que a tipificação precedeu à própria ratificação dos principais

655 COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*, disponível em http://www.cna.gov.co/1741/articles-186370_constitucion_politica.pdf, acessado em 20.jan. 2002.

tratados internacionais sobre a matéria. Com efeito, a Colômbia ratificou a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas em 04/12/2005⁶⁵⁶, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado em 11/07/2002⁶⁵⁷ e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional em 05/08/2002⁶⁵⁸, tendo, no entanto, tipificado este crime através da Lei 589, de 06 de julho de 2000, que inseriu o artigo 165 no Código Penal colombiano, pertencente ao Título III, que trata “Dos Delitos Contra a Liberdade Pessoal e Outras Garantias”, assim redigido⁶⁵⁹:

Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad [,] cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años. A la misma pena quedará sometido el servidor público o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

A excessiva abertura do tipo penal a partir da expressão “**pertencendo a um grupo armado à margem da lei**”, que junto à expressão que dá início à norma – “**el particular**” –, torna-o, a contrapelo do paradigma de incriminação internacional, em um crime comum, o que faz com que ele destoe significativamente do parâmetro internacional, já que ele prescreve que o desaparecimento forçado, para assim se constituir, deva ser praticado por agentes do Estado ou por membros de grupos que atuem sob a autorização ou aquiescência do poder público, à exceção, por obviedade do disposto no artigo 7, 2, i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que amplia o tipo para abranger a possibilidade de cometimento do crime para “organizações políticas”, mas não macrocriminais.

Em razão desse problema, o tipo penal foi submetido a controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional colombiana, que pela Sentença C-137, de 02 de maio de 2002, declarou-o, em parte, inconstitucional, determinando, igualmente, que ela deveria ser interpretada do seguinte modo, conforme descrição feita por López Díaz⁶⁶⁰:

656 Disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>, acessado em 21.mar. 2016.

657 Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en, 20.mar. 2016.

658 Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en, acessado em 20.mar. 2016.

659 LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Informes Nacionales: Colombia, in AMBOS, Desapariciones forzadas...*, pp. 78-79.

660 LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Informes Nacionales: Colombia, in AMBOS, Desapariciones forzadas...*, pp. 80-82. A rigor, pela descrição feita pela autora, houve a aplicação da técnica da declaração de inconstitucionalidade pela interpretação conforme a constituição em que, embora não se tenha excluído o texto, fê-lo outorgando interpretações que levariam à inconstitucionalidade da norma, determinando, ademais, o sentido a ser seguido pelos órgãos de aplicação do Estado.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-317 de 2 de mayo de 2002, declaró la inconstitucionalidad de la expresión demandada, porque reducía significativamente el sentido de la protección general contenida en el artículo 12 de la Carta Política e hizo precisión sobre los siguientes puntos:

- 1) Los miembros de la fuerza pública, así como cualquier otro funcionario o empleado de las distintas ramas del poder público, de los órganos de control y vigilancia y de otras entidades, pueden ser sujetos activos del delito de desaparición forzada en forma directa o indirecta, de conformidad con el inciso 2° del artículo 165 del Código Penal, pues ostentan la calidad de servidores públicos.
- 2) Se declara inconstitucional la expresión demandada porque el siguiente grupo de personas se excluye como sujetos activos del delito: a) el particular que no pertenezca a ningún grupo, es decir, a quien realiza la conducta punible individualmente *o motu proprio*; b) el particular que pertenezca a un grupo no armado; y, c) el particular que pertenezca a un grupo armado que no esté al margen de la ley.
- 3) El artículo 12 de la Constitución Política recoge la realidad de nuestro país, donde no siempre el sujeto activo o partícipe de la desaparición forzada es un servidor público o un particular que actúa bajo su protección o tolerancia, pues también existen grupos de personas que pueden cometer el delito, como por ejemplo los grupos de limpieza social, la delincuencia común, los grupos de autodefensa o paramilitares, los narcotraficantes, la guerrilla, etcétera. La desaparición forzada entonces puede ser cometida por cualquier particular sin ninguna cualificación, o por cualquier servidor público de manera directa o indirecta. Así las cosas, la consagración constitucional colombiana es más garantista que la legislación internacional, porque no solo puede cometer la desaparición forzada un agente estatal, una organización política o un particular con la tolerancia o aquiescencia de aquél.
- 4) Se condicionó la *exequibilidad* del inciso 1° del artículo 165, bajo el entendido de que si bien el punible se comete cuando un particular somete a otra persona a la privación de la libertad, *seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo de la ley*, debe entenderse que la conjunción “y” no exige que para cometer el delito el particular deba ser requerido, sino que basta solamente la falta de información o la negativa a reconocer la privación de la libertad, porque según el artículo 33 superior, los particulares no están obligados a autoincriminarse. (grifos no original)

Interessante a perspectiva assumida pela Corte Constitucional colombiana: entendeu, de conformidade com o seu ordenamento constitucional e a sua “própria” realidade social, que a abrangência dada pelo legislador para abarcar a todos indivíduos pertencente a um grupo à margem da lei como sujeitos passíveis de cometimento do desaparecimento forçado de pessoas seria “[...] *más garantista que la legislación internacional* [...]”, e diversamente do que acontece em outros ordenamentos, nesse Estado o desaparecimento forçado é um crime comum, e que se consuma sempre que qualquer pessoa, seja agente público ou um particular pertencente a um grupo criminoso que atua à margem da lei, subtraia a liberdade de um indivíduo, por qualquer meio, objetivando privá-lo da proteção legal. Nesse sentido, a relação de generalidade-especialidade entre o crime de sequestro, previsto no artigo 168 do Código Penal colombiano⁶⁶¹ e o crime de desaparecimento forçado de pessoas ganha um contorno

661 “Artículo 168. Secuestro simple. El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente, arrebathe, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y en multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. *Código Penal Colombiano*, disponível em http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf, acessado em 20.mar. 2016.

diverso, pois a diferença substancial decorrerá somente do especial fim de agir, isto é, subtrair a vítima da proteção legal, e não da diferença entre crime comum e crime próprio.

O segundo exemplo latino-americano que se irá expor é o argentino, que ratificou a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas em 31/10/1995⁶⁶², o Estatuto do Tribunal Penal Internacional em 14/12/2007⁶⁶³ e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado em 08/02/2001⁶⁶⁴, regulamentando referidos tratados internacionais em nível interno pelas, respectivamente, Ley 24.556, de 07 de setembro de 1995, Ley 26.200, de 09 de janeiro de 2007 e Ley 24.820, de 20 de dezembro de 2006.

Embora a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas tenha sido a primeira convenção a ser internalizada, a tipificação interna do desaparecimento forçado de pessoas, na forma de crime contra a humanidade, somente se deu com a Ley 26.200, que basicamente repete o teor do artigo 7 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, prevendo para todas as hipóteses dessa forma de macrocriminalidade a pena de 3 a 25 anos de reclusão; contudo, se ocorrer o resultado morte, a pena de prisão perpétua.

Já em sua forma comum, o desaparecimento forçado de pessoas foi tipificado através da Ley 26.679, de 13 de abril de 2011, que incluiu no Código Penal argentino o artigo 142ter, com o seguinte teor:

Art. 142 ter: Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre. La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.

Em síntese, o sistema jurídico-penal argentino tipificou o desaparecimento forçado de pessoas em suas duas formas.

662Disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>, acessado em 21.mar. 2016.

663 Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en, 20.mar. 2016.

664 Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en, acessado em 20.mar. 2016.

Contudo, estes processos de tipificação ocorridos em 2007 e 2011 foram precedidos, em muitos anos, pela perseguição penal dos desaparecimentos forçados ocorridos durante a ditadura militar. De fato, conforme se afirmou supra, o número de vítimas que foram submetidas a esta prática se constitui, ainda hoje, numa incógnita, mormente porque, conforme afirmado por Malarino⁶⁶⁵,

La desaparición de personas fue la principal metodología de lucha contra la oposición política e ideológica utilizada por el gobierno militar que ocupó de facto el poder en la República de Argentina entre los años 1976 y 1983. Esta particular metodología consistía, por un lado, en el secuestro de la persona y su traslado a un centro clandestino de detención —en donde era alojada en condiciones inhumanas y sometida a toda clase de torturas— y, por el otro, en la falta total de información a los familiares sobre su destino y suerte.

Assim, uma das primeiras reações do novo governo civil, premido pelo enorme peso histórico e social que tais fatos suscitaram foi, logo na primeira semana de governo, criar⁶⁶⁶

[...] la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep), que tenía el objeto específico de esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas en la Argentina (decr. 187-83, B.O. 19-12-83). En su informe final, publicado en septiembre de 1984 con el nombre Nunca Más, la Conadep estimó que el número de personas que continuaban en situación de desaparición forzada ascendía a 8960. La Comisión indicó que dicho número no podía considerarse definitivo, dado que muchos casos de desapariciones no habían sido denunciados.

O relatório final da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas/Argentina constituiu-se num dos mais importantes documentos a revelar os inúmeros e horrendos crimes praticados pela ditadura militar argentina, bem como um paradigma internacional no contexto da justiça de transição.

Ademais, é preciso lembrar, conforme informam Japiassú e Miguens⁶⁶⁷, que o governo militar, antes de deixar o poder, fez promulgar uma lei de auto anistia, que

[...] determinou que fossem anistiados todos os delitos cometidos com motivação ou finalidade terrorista ou subversiva ocorridos entre 25 de maio de 1973 e 17 de junho de 1982. Os verdadeiros beneficiados pela lei, entretanto, foram os agentes estatais. Isto porque, além do fato de o próprio governo ter declarado que aniquilou toda a atividade subversiva, seu conteúdo é notadamente tendencioso. Em seu artigo 1º, estendeu o benefício àqueles que tivessem realizado ações no sentido de prevenir, combater ou eliminar as atividades subversivas, ao mesmo tempo em que, no artigo 2º, vedou a aplicação aos que foram integrantes das “associações ilícitas terroristas ou subversivas” e não estavam residindo no país. A anistia também não alcançou quem ainda manifestasse a intenção ou propósito de continuar vinculado a estas associações. Com esta restrição presente no artigo 2º, considerando-se o conceito amplo que o governo militar havia assumido para definir as atividades subversivas ou terroristas, houve muito poucos casos

665 MALARINO, *Informes Nacionales: Argentina*, in AMBOS, *Desapariciones forzadas...*, p. 5.

666 MALARINO, *Informes Nacionales: Argentina*, in AMBOS, *Desapariciones forzadas...*, p. 6.

667 JAPIASSÚ, MIGUENS, *Justiça de transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira...*, p. 28.

de pessoas, que já não tivessem sido mortas ou desaparecidas, que pudessem se beneficiar da anistia.

Nesse sentido, como Alfonsín, já no período da campanha eleitoral, se opusera de forma clara e objetiva contra a “Ley de Pacificación Nacional”, ao assumir o governo

[...] iniciou um processo de punição dos feitos ocorridos durante a ditadura, no qual definiu três princípios que serviriam como orientação sobre o modo pelo qual ela ocorreria. Tanto os atos de repressão praticados pelo Estado quanto os crimes praticados pelos agentes considerados como subversivos seriam punidos. Haveria limites temporais para que essa punição se exercesse. E, finalmente, a responsabilização dos indivíduos seria dividida em três espécies: os que haviam dado as ordens, os que as haviam cumprido mediante coação e aqueles que haviam se excedido no cumprimento delas.

[...]

Entretanto, algumas medidas específicas no seu plano de ação (como a já mencionada classificação dos agentes que praticaram ilícito em três tipos) demonstravam que, em que pese a apuração dos feitos, a forma de sancioná-los seria limitada. Uma das questões que se destacou neste contexto foi o tratamento dispensado aos militares envolvidos. Se, por um lado, era iniciada a punição de alguns deles, por outro, grande parte ficaria isenta de responsabilização penal, baseando-se na obediência devida [...] Com a edição do Decreto nº 158, ordenou-se o início de procedimentos judiciais contra os líderes das três juntas militares: Videla, Viola e Galtieri pelo Exército; Massera, Lambruschini e Anaya pela Marinha e Agosti, Graffigna e Lami Dozo pelas Forças Aéreas.

Para conter a quantidade de julgamentos deflagrada com o início do processo punitivo foram editadas as Leis do Ponto Final e da Obediência Devida. A Lei do Ponto Final (23.492/86) estabelecia que ao fim do prazo de sessenta dias a partir de sua promulgação aqueles crimes praticados durante o regime anterior e que se buscara antes a punição estariam prescritos, se não ocorrida ainda a citação dos réus. A lei, apesar de não o fazer de maneira expressa, era a concessão de uma anistia, sem, entretanto, atender ao seu caráter de generalidade, uma vez que não se alterou a condenação dos comandantes das juntas e dos oficiais de alta patente. Desta maneira, eram mantidos os símbolos dos julgamentos e Alfonsín conseguia colocar-se minimamente fiel aos preceitos de sua campanha, que pregavam a luta contra a impunidade.

A Lei da Obediência Devida (23.521/87) criava a presunção irrefutável de que os oficiais de média e baixa hierarquia, sem poder decisório, haviam atuado em razão de obediência devida. Recorrendo-se à doutrina pátria, o que se entende genericamente por obediência devida é “a conduta do subordinado que obedece a mandato procedente de superior hierárquico, quando este ordena no círculo de suas atribuições e na forma requerida pelas disposições legais”. No caso da mencionada lei, com uma extensão do conceito, os delitos cometidos por militares de média ou baixa patente se tornaram impuníveis, direcionando o foco apenas aos poucos que haviam comandado o sistema estatal repressor. Assim, caracterizou-se a justiça aplicada após o regime militar argentino – que teve seu fim em 1983 – por uma responsabilização com uma forte carga simbólica de seus líderes, e o afastamento da punição dos subordinados. A Argentina, somente após quinze anos após a edição das mencionadas leis de anistia colocou em discussão pela Corte Suprema de Justiça da nação a constitucionalidade e aplicabilidade das mesmas – período em que coincide com a terceira fase da justiça de transição, que nos é contemporânea e assume diferentes contornos.

Conforme descrito por Japiassú e Miguens, a Suprema Corte argentina, no caso *Simón*, de 14 de junho de 2005⁶⁶⁸, declarou a inconstitucionalidade das leis de anistia, mormente porque incompatíveis com as normas do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. É importante considerar-se, entretanto, que somente com a reforma constitucional de 1994 este

668 MALARINO, *Informes Nacionales: Argentina, in AMBOS, Desapariciones forzadas...*, pp. 8-18.

Estado incorporou os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados anteriormente à reforma com o *status* de norma constitucional, *ex vi* da redação dada ao artigo 75, 22 da Constituição, e que, por assim valerem, complementam os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição⁶⁶⁹.

Entretanto, em razão de o sistema de controle de constitucionalidade argentino ser, em sua essência, difuso⁶⁷⁰, a decisão acima indicada já fora precedida por outras decisões em primeiro e segundo grau que haviam declarado as leis indicadas inconstitucionais, como, por exemplo, no caso *Acosta*, proferida pela Câmara Federal, Sala I, de 09 de setembro de 1999, em que a corte, numa interpretação que se orientou pela prevalência do direito internacional em sua relação com o direito nacional argentino, afastou não somente a validade das leis de anistia, como também qualificou, na forma de crimes contra a humanidade, os crimes praticados durante a ditadura militar, do se seguiria, em razão do *status* de norma de *jus cogens* desse regime de incriminação, a inderrogabilidade da obrigação de persecução penal

[...] de acuerdo con el derecho internacional público, los hechos imputados, además de ostentar per se el carácter de permanentes hasta tanto la suerte y el paradero de la persona desaparecida se ignoren, resultan imprescriptibles por tratarse de delitos contra la humanidad, cualquiera sea la fecha de su comisión. [...].

Resulta útil recordar en esta oportunidad, lo señalado por el Tribunal de Núremberg cuando afirmó que «el derecho internacional no es el producto de una ley. Su contenido no es estático.

La ausencia en el mundo de un cuerpo gubernamental autorizado para erigir reglas sustantivas de derecho internacional no ha impedido el desarrollo progresivo de ese derecho... » [...].

Sobre la base del análisis de esas múltiples fuentes debe arribarse a la indisputable conclusión de que la desaparición forzada de personas, en cuyo concepto se inscriben los hechos aquí investigados, constituye un crimen contra la humanidad, como tal imprescriptible, y que esa característica se impone por sobre las normas internas que puedan contener disposiciones contrarias, independientemente de la fecha de su comisión. [...]

Los crímenes de lesa humanidad y las normas que los regulan forman parte del *ius cogens* (derecho de gentes). Como tales, son normas imperativas del derecho internacional general

669 “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. *Constitución de la Nación Argentina*, disponible em <http://bibliotecadigital.csn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>, acessado em 20.mai. 2016.

670 BENITEZ, Gisela Maria Bester. O Controle de constitucionalidade jurisdicional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso à justiça constitucional. Análise comparativa no âmbito do direito processual constitucional, *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2003*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, p. 261.

que, tal como lo reconoce el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden ser modificadas por tratados o leyes nacionales. [...]

La aplicación del derecho de gentes viene impuesta, por otro lado, desde 1853, merced a la específica referencia que contiene el artículo 118 —ex 102—, que se orientó a asegurar el compromiso de los tribunales nacionales en la persecución de los crímenes internacionales [...]. Sobre la trascendencia y aplicabilidad de lo normado en el citado artículo 118 se ha manifestado tanto la jurisprudencia de este país (en especial el profundo e ilustrado voto del Dr. Schiffrin, fallo dictado por la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata en el caso Schwammburger., J. F. L. E. D., t. 135, pág. 323; J. A., t. 1989-IV, pág. 614) como la doctrina, que sostiene que debe interpretarse al artículo 118 en forma amplia de modo tal que a través de este artículo ingrese en nuestra Constitución el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; GERMÁN BIDART CAMPOS dice que ese artículo de la Constitución hace remisión a delitos contra el «derecho de gentes», en cuyo ámbito se deben tener por compendiadas las normas y principios universales de tales delitos contra la humanidad (conf. el autor citado, en su Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1995, págs. 632 y ss.).

La supremacía del derecho de gentes y la inoponibilidad de las normas de derecho interno imponen declarar que la acción penal se halla expedita en las presentes actuaciones so riesgo de generar la responsabilidad internacional del Estado argentino por la inobservancia de las normas internacionales apuntadas supra.

No existen obstáculos, por tanto, derivados del principio de legalidad, que maguer la extensión acordada por la jurisprudencia interna a los supuestos de prescripción de la acción penal — desde el precedente de fallos, t. 287, pág. 76— es de nula trascendencia en el derecho internacional para los crímenes de la índole que se atribuyen en autos. Ello, toda vez que el derecho internacional general no prohíbe la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva, lo que adquiere trascendencia particularmente frente a la creación de nuevos delitos internacionales (conf. H. KELSEN, Principios de derecho internacional público, Buenos Aires, El Ateneo, 1965, pág. 117).

Sobre esta cuestión se ha señalado que «incluso si ciertas disposiciones de la Carta del Tribunal de Núremberg hubiesen constituido legislación retroactiva, no existe ninguna regla general de derecho internacional que se oponga a tal legislación retroactiva» (conf. M. AKEHURST, Introducción al derecho internacional, Madrid, Alianza Universidad, 1979, pág. 336) [...].

El mismo GUSTAV RADBRUCH descalificó las objeciones a los célebres juicios de Núremberg sobre la base del principio *nullum poena sine lege*, circunscribiéndolo a los marcos de una codificación del derecho penal, pero rechazando su validez en los casos en que el derecho penal se halla en proceso de formación, con el carácter de derecho judicial, tal como acontece en el derecho penal internacional, pese a los crecientes esfuerzos en ese sentido en que se halla embarcada la comunidad internacional. Este vio que el derecho internacional, más que ninguna otra rama del derecho, se caracteriza por la tendencia a desarrollarse no tanto por medio de normas jurídicas nuevas como mediante la formación gradual del derecho de un caso en otro. (ver Introducción a la filosofía del derecho, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pág. 177) [...].

No se advierte, por otra parte, afectación alguna a la supremacía constitucional, a la luz de su propia normatividad [sic] que acoge expresamente el derecho de gentes, y en consecuencia todas sus implicancias, entre las que se halla la asunción de *ius cogens* como un derecho imperativo vinculante con efecto erga omnes, que solo puede ser modificado por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, y al que no le es oponible el derecho interno de los Estados, ni siquiera de naturaleza constitucional [...].”

Vê-se, pela reprodução acima, que o próprio poder judiciário argentino, opondo-se à decisão governamental de anistiar os autores dos crimes praticados no curso da ditadura militar, acolheu as acusações de que os seus agentes haviam praticado o crime de desaparecimento forçado de pessoas, dentre outros, impondo, quer aos líderes do regime quer aos agentes subalternos, penas severíssimas, e que em muitos casos chegou à de prisão perpétua.

Agora, um dado importante que não para de se insinuar é o seguinte: de que forma e a partir de qual procedimento hermenêutico se considerou que tais comportamentos constituíam-se em desaparecimento forçado de pessoas, uma vez que a Argentina somente tipificou-o como um crime autônomo com a Lei 26.200, de 2007, pela qual este Estado internalizou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional em seu ordenamento nacional⁶⁷¹? Segundo informa Malarino,

En numerosas oportunidades los tribunales argentinos calificaron hechos de secuestro de opositores políticos y de sustracción y retención de menores realizados por agentes estatales durante la dictadura militar que ocupó el poder entre 1976 y 1983 como crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, a pesar de que dicho delito no existía en la época de los hechos en el ordenamiento jurídico argentino. En ningún caso, sin embargo, utilizaron el derecho internacional —consuetudinario o contractual— para el encuadre típico de los hechos, ni para la determinación de la clase y escala de sanción. Más bien, siempre efectuaron una articulación normativa entre las disposiciones del derecho penal local y aquellas del derecho internacional. Las normas del derecho interno juegan en el nivel de la tipicidad y en el sancionatorio, y las del derecho internacional sirven para convertir esos hechos en crímenes internacionales y atribuirles las consecuencias especiales que dicho derecho establece para esa categoría de crímenes (por ejemplo, imprescriptibilidad, etc.). La combinación entre derecho interno y derecho internacional se da de tal manera que el segundo se aplica en aquellos aspectos en los cuales la utilización del primero conduciría a frenar la persecución. Esta doble subsunción de los hechos se integra entonces con una subsunción primaria de tipificación y sanción por las leyes locales y una subsunción secundaria de cualificación por las normas internacionales.

Assim, a tipificação primária abrangia o ato de subsumir o comportamento do autor ou no tipo de sequestro qualificado (artigo 144 do Código Penal), se a vítima fosse maior de 10 anos de idade, ou no tipo de subtração de menor de 10 anos (artigo 146 do Código Penal) ou, nos terríveis casos de crianças recém-nascidas, no crime de supressão do estado civil (artigo 138 do Código Penal), posto ter havido, nesse último caso, a falsificação do assentamento civil do infante como forma de privar, a ele e a seus familiares, de seu destino e identidade familiar. Já a subsunção secundária foi utilizada para qualificar tais comportamentos como um crime contra a humanidade, do que exsurtiu, como sua consequência, a imprescritibilidade e a nulidade das leis de anistia.

Esta forma de tipificação primária – tipo penal nacional – e secundária – qualificadora como crime contra a humanidade -, foi acolhida pela Suprema Corte argentina no já citado caso *Simón*, conforme os trechos abaixo transcritos⁶⁷²:

Voto do Juiz Maqueda: Que al momento de la sanción de las mencionadas leyes [leyes de Obediencia Debida y Punto Final] existía un doble orden de prohibiciones de alto contenido institucional que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales. Por un lado, un sistema internacional imperativo que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido,

671 MALARINO, *Informes Nacionales*: Argentina, in AMBOS, *Desapariciones forzadas...*, pp. 6-7.

672 MALARINO, *Informes Nacionales*: Argentina, in AMBOS, *Desapariciones forzadas...*, pp. 8 e ss.

en el caso, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada el 1° de marzo de 1984 por ley 23054 poco tiempo antes de la sanción de las leyes cuestionadas) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esas dos fuentes consideraban inequívocamente que el delito de desaparición forzada de personas cometido por funcionarios de un Estado quedaba incluido en la categoría de los delitos de lesa humanidad y que las convenciones vigentes al momento de la sanción de las leyes impugnadas impedían que el Estado argentino dispusiera medidas que impidieran la persecución penal tendiente a averiguar la existencia del delito, la tipificación de la conducta examinada y, eventualmente, el castigo de los responsables de los crímenes aberrantes ocurridos durante el período citado.

[...]

83) Que lo hasta aquí expresado en modo alguno implica desconocer el *principio nullum crimen sine lege* por cuanto la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, no solo estaba prevista en el derecho internacional incorporada mediante el artículo 118 de la Constitución Nacional, sino que también constituía un delito para el Código Penal argentino. Cabe tener presente que la persecución de crímenes contra el derecho de gentes sobre la base de la ley interna de cada Estado no es un criterio nuevo, dado que fue adoptado en la mayoría de los procesos seguidos ante cortes de diversos países que juzgaron crímenes de esa naturaleza. Así se ha procedido en los Estados Unidos en el caso *United States v. Calley* (22 U.S.C.M.A. 534, December 21, 1973). En Israel en el caso *Eichmann* y en Grecia en el juicio seguido a la junta militar que gobernó ese país hasta el año 1974 (Ratner, Steven R. y Abrams, Jason *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, pág. 168). Por otra parte el encuadramiento de aquellas conductas investigadas en los tipos penales locales en modo alguno implica eliminar el carácter de crímenes contra la humanidad ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes.

84) Que, por lo expuesto, las conductas investigadas no solo eran crímenes para la ley internacional y para tratados suscriptos por la República Argentina (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos) sino que nuestro código preveía una clara descripción de la conducta así como su respectiva sanción, lo que implica preservar debidamente el principio de legalidad cuyo fin es que cualquiera que vaya a cometer un acto ilegal esté claramente advertido con anterioridad por la norma que esa conducta constituye un delito y su realización conlleva una pena [...].

85) Que en cuanto a la objeción del recurrente de que sería contrario al principio de legalidad material, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, tomar en consideración una figura delictiva no tipificada en la legislación interna, como la desaparición forzada de personas. Frente a ello cabe afirmar que el delito de desaparición forzada de personas se encontraba tipificado en distintos artículos del Código Penal argentino, pues no cabe duda de que el delito de privación ilegítima de la libertad previsto en dicho código contenía una descripción lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados «desaparición forzada de personas» (arts. 141 y, particularmente, 142 y 144 bis).

86) Que, por otra parte, el crimen de la desaparición forzada de personas fue tenido en cuenta para la creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución 20 (XXXVI) del 29 de febrero de 1980, constituyó una actitud concreta de censura y repudio generalizados, por una práctica que ya había sido objeto de atención en el ámbito universal por la Asamblea General (res. 33/173 del 20 de diciembre de 1978), por el Consejo Económico y Social (res. 1979/38 del 10 de mayo de 1979) y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías [res. 5 B (XXXII) del 5 de septiembre de 1979]. También las resoluciones de la asamblea general n° 3450 (XXX/9/12/75); la 32-128 (16/12/77); y 33/173 del 20 de diciembre de 1978.

[...]

En conclusión, ya en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas internacionales que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Ello significa que aquellos tipos penales, en cuyas descripciones pudiera subsumirse la privación de la libertad que acompaña a toda desaparición forzada de personas, adquirieron, en esa medida, un atributo adicional la condición de lesa humanidad, con las consecuencias que ello implica en virtud de una normativa internacional que las complementó. En este contexto la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país solo ha significado una

manifestación más del proceso de codificación del preexistente derecho internacional no contractual.

89) Que, en síntesis, el reproche internacional respecto de tales delitos, así como el carácter de *ius cogens* de los principios que obligaban a investigarlos, con vigencia anterior a los hechos imputados, conllevan desestimar el planteo de supuesta violación al principio de irretroactividad y de legalidad.

No mesmo sentido se direccionou os votos dos demais juízes, à exceção do decano da corte, o juiz Fayt⁶⁷³, como se pode verificar em trecho do voto de juiz Zaffaroni⁶⁷⁴:

[...] 14) Que conforme al criterio de aplicación obligada sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Barrios Altos» [...] las mencionadas leyes no pueden producir ningún efecto según el derecho internacional regional americano, pero además esas leyes también resultan violatorias del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, lo que importa que no solo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino incluso las de carácter mundial, por lo cual se impone restarle todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de estas pudiera surgir para la investigación y avance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio de la nación argentina.

[...] el derecho internacional también impone la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, consagrada primeramente por el derecho internacional consuetudinario y codificada en convenciones con posterioridad, conforme al criterio sostenido en la causa A.533.XXXVIII. «Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s-homicidio calificado y asociación ilícita y otros causa núm. 259C». No existe problema alguno de tipicidad, pues se trata de casos de privación ilegal de libertad o esta en concurso con torturas y con homicidios alevosos, es decir, de delitos que siempre merecieron las penalidades más graves de nuestras leyes positivas, y en cuanto a su calificación como crímenes de lesa humanidad, tampoco es discutible, desde que los más graves crímenes cometidos en la segunda guerra mundial y juzgados conforme al Estatuto de Núremberg fueron precisamente masivas privaciones ilegales de libertad seguidas de torturas y de homicidios alevosos [...].

26) [...] es claro que las leyes que se pretenden anular chocan frontalmente con la ley internacional. Pueden citarse varios textos incorporados a nuestra Constitución en función del inc. 22 del art. 75, pero basta recordar la mencionada jurisprudencia de la Corte Interamericana e Derechos Humanos en su sentencia del 14 de marzo de 2001, en el caso «Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)» serie C núm. 75: «Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos» [...].

Esta jurisprudencia es —sin duda— aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25779 y, conforme a ella, es claro que la eficacia de estas sería considerada un ilícito internacional. Cualquiera sea la opinión que se sostenga respecto de las leyes de marras, la eficacia de las leyes 23492 y 23521 haría incurrir a la República Argentina en un injusto internacional que sería sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...].

Como visto acima, coube ao poder judiciário argentino, a partir de uma interpretação conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, prover as condições jurídicas necessárias para que os crimes praticados pelos agentes da ditadura militar argentina fossem punidos *qua* crimes contra humanidade, mediante uma interpretação integradora com o direito nacional.

673 DIÁRIO JUDICIAL. Fayt, *Voto a Voto*, disponível em <http://www.diariojudicial.com/nota/72506>, acessado em 20.mar. 2016.

674 MALARINO, *Informes Nacionales: Argentina*, in AMBOS, *Desapariciones forzadas...*, pp. 15-16.

Como já foi dito em várias ocasiões no presente trabalho, este modo de proceder do Estado argentino suscitou, no plano jurisprudencial brasileiro em matéria de extradicional, inúmeros precedentes pelos quais foram deferidas extradições de indivíduos acusados da prática do desaparecimento forçado de pessoas mediante a tipificação *qua* sequestro, e que será objeto de análise no próximo tópico.

Doutro giro, é possível concluir-se, através dos exemplos apreendidos pela legislação dos Estados que acima se descreveram, que é correto afirmar-se que o Brasil, no cumprimento de suas obrigações internacionais, deverá tipificar em nível interno o desaparecimento forçado de pessoas em suas duas formas, isto é, como crime comum e como crime contra a humanidade. Nessa última forma, parece ser acertada que se reproduza a experiência alemã de regulamentação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional através de *self-contained codification*, de modo que referida lei sistematize, em todas as suas especificidades, não somente os crimes internacionais próprios, mas também os meios pelos quais o Brasil cooperará internacionalmente com o Tribunal Penal Internacional.

No que tange à sua tipificação na forma de crime comum, o procedimento mais condizente seria a de sua inclusão em um artigo no Código Penal, como feito, por exemplo, pela França, a Argentina e a Colômbia.

4.3 O desaparecimento forçado de pessoas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria extradicional

Conforme discutido no item 4.1, o Estado brasileiro assumiu os compromissos internacionais de internalizar os procedimentos administrativos, legislativos e jurisdicionais de efetuação da cooperação internacional para a prevenção e repressão do desaparecimento forçado de pessoas. Além disso, conforme também já fora visto no item 3.4.6, um dos principais institutos da cooperação penal internacional em geral, e do desaparecimento forçado de pessoas em particular, é a extraditabilidade de pessoas acusadas de o terem praticado, guiado pelo instituto *aut dedere aut judicare*, isto é, extraditar ou julgar.

Nesse tópico, portanto, se procurará demonstrar como o Supremo Tribunal Federal, a partir de três casos de extradição⁶⁷⁵, tem interpretado o fenômeno do desaparecimento forçado

675 Embora sejam quatro os julgamentos extradicionais sobre a temática, a Extradição 1.079, solicitada pelo Governo do Uruguai em face de Manuel Juan Cordeiro Piacentini foi julgada prejudicada. “EMENTA:

de pessoas, bem como tem orientado a sua jurisprudência no sentido de se conceder a entrega dos acusados aos Estados solicitantes.

Pois bem. A primeira extradição em que o Supremo Tribunal Federal enfrentou o problema da extraditabilidade do desaparecimento forçado de pessoas foi a Extradição 974⁶⁷⁶, tendo como Estado solicitante a Argentina, e como sujeito passivo Manoel Cordeiro Piacentini. O extraditado foi, durante o período da ditadura civil-militar, oficial do exército uruguaio com patente de Major, tendo atuado como agente ativo na Operação Condor, constando no pedido extradicional o fato de ele haver praticado o sequestro/desaparecimento forçado de 11 adultos de nacionalidades uruguaia e argentina, executados na cidade de Buenos Aires entre os meses de junho e setembro de 1976, condutas que foram tipificadas no artigo 144, alínea 1 do Código Penal Argentino, bem como o subtração de menor de 10 anos/desaparecimento forçado, conforme o artigo 146 do Código Penal Argentino, do infante Simon Riquelo, que à época do fato tinha 20 dias de nascido, ocorrido em 13 de julho de 1976, também na cidade de Buenos Aires. Além disso, também se lhe imputava o crime tipificado no artigo 210, bis, do Código Penal Argentino que tipifica o crime de associação criminosa. A extradição foi requerida com fundamento no Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul⁶⁷⁷, razão pela qual o tribunal considerou prejudicada a Extradição 1079 proposta pelo Governo do Uruguai, uma vez que os ilícitos haviam sido praticados no território argentino, *ex vi* do artigo 25, 2, a da convenção.

É importante destacar, doutro giro, que os crimes imputados ao extraditando eram considerados pela justiça argentina como desaparecimento forçado de pessoas, dado que, conforme visto no item supra, o poder judiciário argentino adotara o modelo da dupla tipificação para os comportamentos que se adequavam a este tipo de crime: o primeiro na forma da tipificação primária conforme a lei penal nacional, isto é, na forma dos crimes de sequestro, subtração de menor de 10 anos e/ou falsificação de certidão de nascimento, conforme os desaparecidos fossem adultos ou infantes recém-nascidos, aplicando-se aos acusados os preceitos secundários de referidos tipos penais, e o segundo na forma de

EXTRADIÇÃO. REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI. EXTRADIÇÃO DEFERIDA EM OUTRO PROCESSO. PREJUDICIALIDADE DE PEDIDO. I - Com o deferimento do pedido do Governo da República Argentina, resta prejudicada esta extradição". BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradição 1079*, Relator p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009.

676 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradição 974*, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009.

677 Ratificado no Brasil através do Decreto Legislativo n. 605, de 11 de setembro de 2003 e pelo Decreto 4.975, de 20 de janeiro de 2004.

qualificação pela incidência da proscrição internacional do desaparecimento forçado de pessoas como um crime de lesa humanidade, donde a incidência de suas consequências internacionais, em especial, a imprescritibilidade e a nulidade das leis de anistia.

É importante frisar, entretanto, um aspecto bastante relevante quando do julgamento de referida extradição, e que se situa na celeuma política e midiática decorrente da proximidade do julgamento da ADPF 153, com a qual se questionava a validade da Lei de Anistia de 1979, donde, conforme se pode abstrair dos votos proferidos por alguns ministros, se buscou, à exceção do relator, não adiantar uma compreensão acerca do objeto dessa ação ou mesmo formular uma tese que pudesse influir no julgamento da outra demanda, com “fundamentações” um tanto quanto inusuais para uma decisão em sede de extradição, *v.g.*⁶⁷⁸:

No voto do relator, o Min. Marco Aurélio: “Em última análise, o Supremo está a enfrentar, neste caso, na via indireta, é certo, a problemática alusiva a tema que, há pouco, esteve em voga – o alcance da anistia. Se deferida esta extradição, assentar-se-á a viabilidade de persecução criminal, de responsabilidade administrativa e civil, no tocante a fatos cobertos pela anistia e, então, esvaziada na essência será esta última, não mais implicando a suplantação de quadra indesejada [...]. Isso não interessa à sociedade presentes valores maiores. Isso resultará em retrocesso dos mais nefastos [...]. Eis o que se faz em jogo neste julgamento. Deferida a extradição, abertas estarão, por coerência, as portas às mais diversas controvérsias quanto ao salutar instituto da anistia. Grassará o conflito sem limites”.

No voto da Min. Carmen Lúcia: “[...] acompanho também com a ressalva quanto a essa parte relativa à anistia com a qual não me comprometo [...]”.

Voto do Min. Eros Grau “[...] esse é um assunto sobre o qual eu, se pudesse escolher, não me manifestaria [...] vou acompanhar o voto do Relator”.

Pois bem. Quando de seu julgamento, o relator do processo, Min. Marco Aurélio, manifestou-se, inicialmente, pela regularidade formal do pedido extradicional de conformidade com o marco jurídico em que requerido, isto é, a Constituição de 1988, o Estatuto do Estrangeiro e o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul. Contudo, no mérito do pedido, após considerar que um dos delitos imputados pela Argentina já havia prescrito de conformidade com o Direito Penal brasileiro e argentino, qual seja, o de associação criminosa do artigo 210, *bis* do Código Penal Argentino, cuja tipicidade encontrava equivalência no artigo 288, parágrafo único do Código Penal (quadrilha ou bando), o relator, contrariando o próprio regime de extradição adotado pelo sistema brasileiro, vale dizer, de cognição mitigada, também denominado de sistema belga ou de mera delibação, segundo o qual “[...] o Judiciário, embora participe do processo de produção do ato de extraditar, procede ao chamado juízo de delibação ou de controle de legalidade extrínseca do pedido [...]” sendo “[...] defeso à Justiça penetrar no mérito da causa estrangeira; tão pouco

678 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradição 974...*, pp. 11-12/19 e 22.

revolver a prova produzida ou aceitar teses como a de negativa de autoria⁶⁷⁹, ele decidiu que, considerando o fato de o ordenamento jurídico brasileiro à época não ter incorporado nenhuma das convenções internacionais que tratam do desaparecimento forçado de pessoas, os comportamentos imputados ao extraditando deveriam ser considerados, *prima facie*, como sequestro qualificado. No entanto, e aqui se encontra a anormalidade da decisão, como os fatos haviam ocorrido há 32 anos, não seria correto manter essa tipificação, mas que a corte deveria alterá-la para o homicídio, utilizando-se, para tanto, do instituto do direito civil da morte presumida, com previsão equivalente tanto no direito nacional como no argentino, posto que “[...] a narração dos fatos não permite que se conclua pela simetria considerado o crime do artigo 148 do Código Penal [...]. Está-se diante de situação concreta diversa na qual a prática delituosa alcançou a própria vida da vítima⁶⁸⁰. Ademais, o relator considerou que a própria disposição da Lei de Anistia brasileira alcançaria o extraditando, e caso a extradição fosse indeferida, o judiciário brasileiro teria o dever de exercer a persecução penal, nada obstante constasse nos autos certidão emanada da corte superior do Uruguai que declarara o decreto de anistia concedido pelo Estado uruguaio nulo. Nesse sentido, o relator votou pela improcedência do pedido de extradição, tendo sido seguido, em seu voto, pelos ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia e Eros Grau.

A dissidência foi aberta pelo ministro Lewandowski. Segundo o ministro, por constar nos próprios autos a certidão de declaração de inconstitucionalidade do decreto que anistiará ao extraditando, este fato não poderia ser considerado como impeditivo à concessão da extradição, pois, do contrário, a corte estaria a fazer um juízo de validade sobre decisão

679 SOUZA, JAPIASSÚ, *Curso de Direito Penal...*, p. 115. Nesse sentido, é uníssona jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “Ementa: Direito Internacional Público. Extradição. República Federal da Alemanha. Código Bustamante – derrogação. “Fraude”. Crime tipificado no Brasil como estelionato (art. 171 do Código Penal). Dupla tipicidade. Ausência de prescrição em ambos os ordenamentos jurídicos. Promessa de reciprocidade. Eficácia. Presunção *iuris tantum*. Insuficiência documental. Inocorrência. Detração do tempo de cumprimento de prisão preventiva no Brasil. Crime sem conotação política. Extradição Deferida. 1. O art. 365, I, da Convenção de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos, de 20/02/1928 – Código Bustamante –, que prevê cognição ampla dos elementos probatórios relacionados ao crime e justificadores do pedido de extradição, restou derogado pela Lei n. 6.815/80 – Estatuto do Estrangeiro (EXT 662/PERU, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 30/05/2997), à luz do princípio da especialidade e do critério cronológico *lex posteriori derogat priori*, descabendo, por isso, invocá-lo como aplicável à espécie. Descabida, *pour cause*, a exigência de apresentação de provas documentais dos fatos supostamente ilícitos imputados ao extraditando, porquanto não compete a esta Corte examiná-las para concluir por sua inocência; vale dizer, em matéria de extradição, o Supremo Tribunal Federal não deve imiscuir-se no mérito do que decidido por uma Corte estrangeira, que é projeção da soberania estatal, um dos fundamentos do Estado democrático de direito, pelo qual a República Federal da Alemanha também é caracterizada. 2. O processo de extradição, tal como delineado no Estatuto do Estrangeiro, é norteado pela contenciosidade limitada [...] 3. A cognição plena dos elementos de prova em sede de extradição resta impossibilitada, devendo ser consideradas aquelas aferidas pelo juízo alienígena quanto a este tópico específico [...] 12. Pedido de extradição deferido”. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradição 1293*, Relator Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, julgado em 11/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 12-08-2013 PUBLIC 13-08-2013.

680 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradição 974...*, p. 9.

emanada de corte de outro Estado. Reconheceu, em seguida, ter havido a prescrição do crime de associação criminosa tanto de conformidade com o direito nacional como com o direito argentino, indeferindo, nesse ponto, o pedido extradicional. No que tange, por fim, aos crimes de sequestro, considerou que, mesmo tendo-se passado 32 anos desde o acontecimento, até o momento do julgamento nem as vítimas haviam aparecido, nem os acusados ou os governos argentino e uruguaio haviam dado informações sobre o destino ou paradeiro dos mesmos. Assim, sendo o crime de sequestro permanente, aduziu o ministro que eles ainda estavam em consumação, abrindo, nesse ponto, a dissidência, para deferir, nessa parte, a extradição. Esse voto, ao depois, foi acompanhado pelos ministros Cesar Peluso – que em voto muito bem fundamentado, apontou os equívocos referentes à alteração da qualificação do crime, de sequestro para homicídio, tendo em vista o caráter mitigado do sistema extradicional nacional, bem como o ter-se arguido o instituto da morte presumida, ante a ausência de uma sentença judicial declarando tal fato, bem como o caráter permanente dos crimes de sequestro -, no que, após, foi acompanhado pelos demais ministros, sendo que a ministra Carmen Lúcia e o ministro Eros Grau reconsideraram os votos denegatórios para acompanhar a dissidência. Em outros termos, somente os ministros Marco Aurélio e Menezes Direito votaram pelo indeferimento, pelo que o acórdão foi redigido pelo ministro Lewandowski nos seguintes termos⁶⁸¹:

EMENTA: EXTRADIÇÃO. ARGENTINA. TRATADO BILATERAL. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS FORMAIS. ADITAMENTO QUANTO AO CRIME DE SEQUESTRO DE MENOR. DUPLA TIPICIDADE. CONFIGURAÇÃO PARCIAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PEDIDO EXTRADICIAL PARCIALMENTE DEFERIDO. I - O Decreto 1.003/89, expedido pelo Governo da Argentina, foi declarado inconstitucional pela Corte Suprema de Justicia de La Nación, em 25/7/2006, razão pela qual não se presta a afastar o exame das condutas supostamente cometidas pelo extraditando. **II - Crime de sequestro de menor que, em tese, subsiste.** III - **Delito que encontra correspondência no ordenamento jurídico pátrio.** IV - Extradicação deferida em parte. (grifamos)

Raciocínio idêntico foi seguido na Extradicação 1150⁶⁸², em que figurou no polo ativo a Argentina, e no polo passivo Norberto Raul Tozzo, a quem se imputava, nos termos do relatório da ministra Carmen Lúcia, a prática dos crimes de “[...] homicídio por ale[i]vosia e pelo número de participante e desaparecimento forçado de pessoas em concurso real, previstos e sancionados pelo[s] artigo[s] 80, incisos 2º e 6º, 141, 142, inciso 5º [e] 55, todos do Código Penal argentino”, na medida em que o extraditando, na qualidade de capitão do exército argentino, participou ativamente do chamado “Massacre Margarita Belém”, ocorrido

681 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradicação 974*...

682 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradicação 1150*, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011.

em 1978, evento no qual quatro indivíduos, que haviam sido detidos pelas forças públicas, desapareceram, situação que ainda perdurava quando do pedido extraditacional, e outras 11 pessoas foram mortas na forma de execução extrajudicial. Assim como na Extradução 974, o pedido fundou-se no Acordo de Extradução entre os Estados Partes do Mercosul.

A relatora⁶⁸³, em análise sucinta, considerou o pedido regular no que tangia à sua regularidade formal. Na análise de mérito cindiu a análise do pedido a partir dos dois tipos penais que se imputavam ao extraditando: com relação ao crime de homicídio por aleivosia, tipo penal do Direito Penal argentino equivalente ao homicídio qualificado pela traição, emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne possível a defesa do ofendido (artigo 121, §2º, V), a relatora considerou-o prescrito, nos termos do artigo 109, I do Código Penal brasileiro, tendo em vista que, sendo crime instantâneo de efeito permanente, o lapso prescricional frui desde a consumação do delito; quanto ao crime de sequestro qualificado/desaparecimento forçado, a relatora considerou que não ocorreria “[...] a prescrição da pena referente ao crime de *“desaparecimento forçado de pessoas”* ou de *“sequestro qualificado”*, sob a análise da legislação de ambos os Estado [...]”, pois “[...] a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o crime de sequestro qualificado tem natureza permanente e, por isso, o prazo prescricional começa a fruir a partir da cessação da permanência, não da data do início do sequestro [...]”, tendo reconhecido, indiretamente, a própria qualificação de crime de lesa-humanidade atribuída pelo judiciário argentino, pois, “[...] pelo que se tem na legislação argentina, o crime previsto nos arts. 141 e 142, inc. 5º [...] tem natureza dos delitos de *“lesa-humanidade”*, que *“por constituírem graves violações aos direitos humanos, revestem o caráter de imprescritíveis”* (grifos no original). Ademais, considerou, em conformidade com a sua jurisprudência, que os crimes imputados ao extraditando não poderiam ser considerados como crimes políticos ou militares, tendo, por fim, afastado a alegação apresentada pela defesa de que os crimes haviam sido anistiados, haja vista o fato de a Suprema Corte argentina haver declarado as leis de anistia nulas. O voto da relatora foi acompanhado pelos demais ministros do Pleno presentes à seção, exceto pelo Ministro Marco Aurélio que, reportando-se ao voto proferido na Extradução 974, indeferiu o pedido. A ementa do julgado é a seguinte:

EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ARGENTINA. TRATADO ESPECÍFICO: REQUISITOS ATENDIDOS. EXTRADITANDO INVESTIGADO PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA TRAIÇÃO (“HOMICÍDIO AGRAVADO POR ALEIVOSIA E POR EL NUMERO DE PARTICIPES”) E SEQUESTRO QUALIFICADO (“DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS”): DUPLA

683 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradução 1150...*, pp. 32-44.

TIPICIDADE ATENDIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE HOMICÍDIO PELA PRESCRIÇÃO: PROCEDÊNCIA. CRIME PERMANENTE DE SEQÜESTRO QUALIFICADO: INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO, CRIME MILITAR OU POLÍTICO, TRIBUNAL DE EXCEÇÃO E EVENTUAL INDULTO: IMPROCEDÊNCIA. EXTRADIÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. O pedido formulado pela República da Argentina atende aos pressupostos necessários ao seu deferimento parcial, nos termos da Lei n. 6.815/80 e do Tratado de Extradicação específico. 2. Ressalvada a categórica prescrição dos crimes de homicídio descritos no presente pedido de extradicação, o Estado Requerente dispõe de competência jurisdicional para processar e julgar os demais crimes imputados ao Extraditando, que teria sido autor de atos que supostamente configuram o tipo penal de “desaparecimento forçado de pessoas”, estando o caso em perfeita consonância com o disposto no art. 78, inc. I, da Lei n. 6.815/80 e com o princípio de direito penal internacional da territorialidade da lei penal. 3. Inexistência de irregularidades formais. **4. Requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei n. 6.815/1980 satisfeito: fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, no Brasil, ao crime de seqüestro qualificado, previsto no art. 148, § 1º, inc. III, do Código Penal.** 5. Art. 77, inc. VI, da Lei n. 6.815/80: ocorrência de prescrição da pena referente aos crimes de homicídio qualificado, sob a análise da legislação brasileira. **6. Crime de seqüestro qualificado: de natureza permanente, prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do seqüestro.** Precedentes. 7. Extraditando processado por fatos que não constituem crimes políticos e militares, mas comuns. 8. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente assinalado que, na ação de extradicação, não se confere ao Supremo Tribunal competência para indagar sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional apóia-se. Precedentes. 9. Extraditando que não será julgado por tribunal de exceção, notadamente porque o objetivo do presente pedido extradicional é o processamento e julgamento do Extraditando pelo Poder Judiciário argentino, plenamente capaz de assegurar aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo e regular. 10. Extraditando não indultado. **11. Extradicação parcialmente deferida pelos crimes de “desaparecimento forçado de pessoas”, considerada a dupla tipicidade do crime de “seqüestro qualificado”, ressalvado que, na eventual hipótese de condenação do Extraditando pelo desaparecimento ou seqüestro de FERNANDO GABRIEL PIEROLA, JULIO ANDRES PEREIRA, ROBERTO HORACIO YEDRO e REYNALDO AMALIO ZAPATA SOÑEZ, não concorrerá para a pena o eventual fim ou motivo político dos crimes; devendo ser efetuada a detração do tempo de prisão, ao qual foi submetido no Brasil, em razão desse pedido, nem podendo lhe ser aplicada a pena de prisão perpétua.** (grifamos)

Por fim, o último caso de extradicação julgado pelo Supremo Tribunal Federal até o momento a versar sobre o desaparecimento forçado de pessoas é a Extradicação 1.278⁶⁸⁴, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, tendo como parte ativa a Argentina, e no polo passivo Claudio Vallejos, a quem se atribuiu o fato de, na qualidade de oficial do exército argentino, ter atuado no curso da repressão às dissidências políticas ocorridas entre os anos de 1976 e 1983 naquele Estado, especificamente na Escola de Mecânica da Armada (ESMA), o principal centro clandestino de desaparecimento forçado, tortura e execução extrajudicial do período. Assim, imputava-se ao extraditando a prática dos crimes de tortura, homicídio, seqüestro qualificado e desaparecimento forçado de pessoas⁶⁸⁵. Após achar o processo em

684 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradicação 1278*, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012.

685 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradicação 1278*..., pp. 3-4.

consonância com os requisitos de sua regularidade formal, o relator passou a analisar o problema da dupla tipicidade dos crimes praticados, em que consignou o seguinte⁶⁸⁶:

Os fatos descritos encontram correspondência no Direito Penal brasileiro, com exceção do chamado crime de desaparecimento forçado de pessoas. Segundo o entendimento adotado na EXT n. 974/Argentina, a [CISDFP] ainda não foi ratificado pelo Estado brasileiro; significa dizer que suas normas portanto não foram incorporadas ao ordenamento interno e, em consequência, não foi criado o tipo penal correspondente ao desaparecimento forçado de pessoas. Considerou-se, entretanto, a possibilidade da dupla tipicidade com base no delito de sequestro. Entendimento que adoto também. Com relação à ocorrência da prescrição [...] [e]mbora o Brasil não tenha ratificado as convenções que tratam da imprescritibilidade dos crimes dessa espécie, conforme assentado na EXT n. 974 [...], dada a natureza permanente do crime de sequestro, o prazo de prescrição somente começa a fluir a partir da cessação da permanência. Daí, concluir-se pela não-ocorrência da prescrição [...]. Mas estão preteritos, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, os crimes de tortura e homicídio, pois transcorridos mais de vinte anos desde a data dos fatos (entre 1976 e 1983).

Nesse sentido, o pedido de extradição foi parcialmente deferido, tendo-se consignado a exigência de comutação da pena de prisão perpétua em pena restritiva de liberdade, na medida em que o voto do relator obteve a unanimidade dos votos da Turma, conforme se abstrai da ementa do julgado:

Extradição instrutória. 2. Crimes de tortura, homicídio, sequestro qualificado e desaparecimento forçado de pessoas. 3. Atendimento dos requisitos formais. 4. **Dupla tipicidade. Desaparecimento forçado de pessoas. Análise da dupla tipicidade com base no delito de sequestro. Entendimento adotado na EXT 974/Argentina.** 5. Prescrição dos crimes de tortura e homicídio, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. 6. Pedido de extradição deferido sob a condição de que o Estado requerente assumia, em caráter formal, o compromisso de comutar eventual pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade, com o prazo máximo de 30 anos. 7. Extraditando que responde a processo penal no Brasil por crime diverso daquele que versa o pedido de extradição. 8. Discricionariedade do Chefe do Poder Executivo para ordenar a extradição ainda que haja processo penal instaurado ou mesmo condenação no Brasil (art. 89 da Lei 6.815/1980). 9. **Pedido de extradição deferido parcialmente (somente em relação aos crimes de sequestro).** (grifamos)

Em conclusão, se pode inferir que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal envolvendo o desaparecimento forçado de pessoas tem se dirigido pelo deferimento dos pedidos extradicionais, nada obstante referido crime não ter (ainda) sido tipificado como um crime autônomo no Direito Penal brasileiro. Segundo essa jurisprudência, referido crime encontra tipicidade na forma do tipo subsidiário do sequestro qualificado, uma vez constituir-se num dos meios pelos quais se exerce aquele primeiro, o que habilita o direito nacional ao deferimento das extradições, mormente porquanto preenchidos os requisitos da dupla tipicidade e o da inoccorrência da prescrição em razão do caráter permanente desse crime.

⁶⁸⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradição 1278*..., pp. 6-8

Disso não se segue, entretanto, que a corte reconheça a imprescritibilidade dos ilícitos de transcendência internacional, seja o desaparecimento forçado, sejam a tortura, o homicídio ou o crime de quadrilha ou bando/organização criminosa, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro restringiu referida qualidade somente para aquelas hipóteses expressamente previstas pela Constituição de 1988, mormente porque referida consequência somente ganhou recepção constitucional com a ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, em 2002, e das Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, em 2010, e da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, em 2011, devendo-se considerar, ademais, que somente em maio de 2016 a Presidência da República editou os decretos de execução interna dessas duas últimas convenções, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ser firme no sentido de se não conhecer eficácia quer aos costumes internacionais quer às convenções internacionais em matéria penal que não tenham passado pelo processo de internalização formal.

Assim, enquanto não ocorrer, de fato, a regulamentação de referidas convenções – Estatuto do Tribunal Penal Internacional, Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado e Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas -, seja em matéria geral – crimes internacionais próprios, salvo, por obviedade, aqueles que já foram internamente tipificados, como o genocídio e a tortura -, seja especificamente em relação ao crime de desaparecimento forçado de pessoas, o direito brasileiro somente poderá cooperar na prevenção aos crimes internacionais próprios não *qua* crimes internacionais, mas na forma de tipos subsidiários já previstos em seu ordenamento jurídico, sem que dos mesmos se possa abstrair todas as consequências jurídico-penais deles decorrentes.

4.4 Desaparecimento forçado de pessoas no Brasil e a (im)possibilidade de derrogação da lei de anistia

No presente tópico intentar-se-á dilucidar o problema decorrente da condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Dieitos no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, no qual a corte, julgando os fatos ocorridos no início da década de 1970 no contexto

identificado como Guerrilha do Araguaia, em que houve o enfrentamento entre o exército brasileiro e os membros do Partido Comunista do Brasil que haviam se instalado na região para promover o início de um processo revolucionário de cariz comunista. Desse confronto, tendo as forças armadas logrado debelar e capturar os guerrilheiros e camponeses que lhes davam suporte material e moral, salvo exceções, foram capturados, torturados e executados, seguido da ocultação dos corpos.

A corte, ao apreciar a demanda, considerou que o Estado brasileiro, por intermédio de seus agentes, havia praticado desaparecimento forçado de pessoas. Em razão disso, condenou o Estado a cumprir suas obrigações convencionais decorrente da Convenção Americana de Direitos Humanos, determinando, dentre outros pontos, a derrogação da Lei de Anistia de 1979 e o exercício da persecução penal em face dos agentes que, no curso da ditadura civil-militar, haviam praticado o desaparecimento forçado de pessoas, na medida em que, segundo a jurisprudência da corte, tais crimes seriam inaniistiáveis e imprescritíveis.

Nesse tópico, portanto, será discutido a (im)possibilidade de cumprimento dessa decisão, tendo como pontos de ancoragem os princípios da irretroatividade, da estrita legalidade em direito penal, dado o caráter costumeiro de que se revestem as características da inastiniabilidade e a imprescritibilidade, bem como a chamada cláusula *pro homines*, prevista no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A linha que será seguida na discussão é aquela já indicada no item 3.4.2: se cabe ao Direito Penal tutelar os direitos humanos, ele deve fazê-lo a partir de seus próprios fundamentos principiológicos, mormente porque as garantias materiais e procedimentais que lhe dão estrutura democrática constituem-se em direitos humanos expressamente assegurados pelas convenções internacionais, e que, numa interpretação orientada pela concordância prática através da cláusula *pro homines*, deve privilegiar a eficácia jurídica mais protetiva ao indivíduo.

4.4.1. A lei de anistia brasileira e a Emenda Constitucional nº 25/86

Para se apreender o significado político da Lei de Anistia é preciso, antes de qualquer coisa, identificar o modelo constitucional do qual emergiu a Constituição de 1988, pois esta última se caracteriza como a culminância do processo político de transição da ditadura civil-militar para o regime democrático inaugurado em 05 de outubro de 1988, com a promulgação,

pela Assembleia Nacional Constituinte, da Constituição. Nesse sentido, parece correto afirmar-se que, dentre os modelos de dação da Constituição⁶⁸⁷ existentes, esse processo de constitucionalização seguiu o do chamado constitucionalismo de transição.

Se tradicionalmente a doutrina constitucional tradicional dividiu o exercício do poder constituinte originário em dois modelos⁶⁸⁸, o revolucionário e o autocrático, o primeiro de cariz democrático e o segundo autoritário, conforme ele seja exercido, respectivamente, *ex parte populi* ou *ex parte principis*, do qual deriva a distinção entre constituições promulgadas – democráticas – e constituições outorgadas – autocráticas –, a partir da segunda metade do século XX, e mais especificamente na América Latina a partir das décadas de 1980 e 1990, no bojo daquilo que se tem denominado de “novo constitucionalismo latino-americano”, se pode afirmar o surgimento de novos modelos de dação da Constituição⁶⁸⁹, no qual se insere o caso brasileiro. O termo central desse modelo é conformado pelo verbo transitar, que denota uma ação que se alonga no tempo e ao final do qual se realiza um determinado resultado. Esta imagem de uma ação que tem seus termos *a quo* e *ad quem*, e ao final do qual se tem uma nova ordem constitucional é estranha à doutrina constitucional tradicional, pois nas hipóteses por ela contemplada tem-se um ato que põe fim à ordem constitucional anterior, e não um processo. Contudo, aquilo que se denomina de poder constituinte originário foi realizado de muitas e variadas formas ao longo dos tempos⁶⁹⁰, sendo o modelo transicional aqui indicado um dos possíveis para o surgimento de uma nova ordem constitucional.

Assim, para demarcar o problema em seu fundamento doutrinário, é interessante notar que Ferreira Filho afirma que o processo constituinte de 1987/1988 não se originou do exercício do poder constituinte originário, mas de um processo de reforma integral da constituição de 1969, uma vez que a Assembleia Nacional Constituinte foi convocada pela Emenda Constitucional n. 26/1985, não tendo havido, com isso, uma ruptura com a ordem constitucional anterior. Em razão disso, concretamente, o ordenamento nacional brasileiro

687 É a expressão utilizada por Müller [Verfassungsgebend: literalmente “o que dá a Constituição”), conf. Peter Neumann. MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo*, tradução de Peter Neumann, São Paulo: RT, 2004.

688 Para ficarmos em três destacados constitucionalistas brasileiros, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 40-42; TEIXEIRA, H. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Forense Universitária, 1991, pp. 215-222; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 31 ed., São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 24-28.

689 MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, Pluralismo e Transição Democrática na América Latina, *Revista Política e Justiça de Transição*, v. 4, jul-dez/2010, pp. 144-145.

690 É o que André Ramos Tavares, analisando historicamente o fenômeno da constitucionalização das sociedades em suas diversas épocas (antiga, medieval, moderna etc) denomina de “movimento”. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 2 ed., São Paulo: Saraiva: 2002, p. 2.

ainda estaria sob a autoridade normativa daquela Constituição⁶⁹¹. O interessante dessa análise é que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1969 com Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17.10.1969 não previa a possibilidade da sua reforma integral, mas só a de emendas⁶⁹², e o mesmo Ferreira Filho que faz tal afirmativa, em outro passo de seu livro indica a ilegitimidade constitucional de qualquer procedimento reformador sem que o texto constitucional o autorize⁶⁹³. Se não havia tal autorização, como se interpretar a EC 26/1985? Como expressão de um poder revolucionário, no sentido que é dado por Guastini⁶⁹⁴, para quem

A noção de poder constituinte – quando oportunamente depurada de incrustações ideológicas – se define, simplesmente, por oposição ao de poder constituído. [...] Chama-se, ao contrário, “constituinte”, ao poder de instaurar uma “primeira” Constituição. Chamo “primeira Constituição” a toda Constituição que não encontra seu fundamento de legitimidade numa Constituição precedente. Uma primeira Constituição é, em suma, uma Constituição emanada *extra ordinem* – fruto de uma revolução – e, portanto, privada de fundamento de validade em normas (as eventuais normas sobre a produção constitucional) próprias do ordenamento constitucional precedente. [...] Pode-se convencionar que o poder de reforma constitucional é um poder constituído (constituído pela Constituição existente), e que o poder de instauração constitucional seja, ao contrário, o poder constituinte. Pois bem: que distingue a reforma constitucional, isto é, o poder de modificação da Constituição existente da instauração constitucional, isto é, da emanção de uma nova Constituição? [...] Toda modificação constitucional realizada de forma legal – por mais que possa incidir profundamente sobre a Constituição existente – é mera reforma. Toda modificação realizada de forma ilegal – por mais marginal que possa ser essa mudança – é instauração de uma nova Constituição. Em suma, a modificação legal da Constituição é exercício do poder constituído, enquanto que sua modificação ilegal é exercício do poder constituinte.

Em outros termos, ou se admite o modelo aqui indicado como constitucionalismo de transição, o qual parece corresponder à realidade histórica da qual emergiu a Constituição de 1988, e com isso se conclui que ela foi fruto de um longo, árduo e complicadíssimo processo político de transição do regime civil-militar instaurado em 1964⁶⁹⁵, ou se conclui que a Emenda Constitucional nº 26/85 seria a instauração de um processo de reforma total da Constituição Federal de 1969; mas como ela não previa tal processo, a Constituição de 1988 se caracteriza como resultado de um poder *extra ordinem*, isto é, revolucionário. Em ambos os casos, a consequência lógica e inafastável é a de que, concretamente, ocorreu o exercício do poder constituinte originário e a Constituição de 1988 é inaugural⁶⁹⁶, fruto de um processo de

691 FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 31-32.

692 Artigos 49, I e artigos 50-53 da Constituição de 1969.

693 FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 28-29.

694 GUASTINI, Riccardo. *Estudos de teoria constitucional*, tradução de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, Porto Alegre: Fi, 2015 (no prelo).

695 PINHEIRO, Milton (org.). *Ditadura: o que resta da transição*, São Paulo: Boitempo, 2014, em especial a contribuição de MACIEL, David. *A aliança Democrática e a Transição Política no Brasil*, pp. 223-249.

696 Esse tema já foi enfrentado no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da *ADPF 153*, mormente nos votos dos ministros Eros Grau (Relator) e Carmen Lúcia.

escolha popular parcial⁶⁹⁷ nas eleições 1986, conforme previsto pelo artigo 1º da Emenda Constitucional nº 26/85⁶⁹⁸.

É importante também notar que o constitucionalismo de transição manifesta-se em meio a circunstâncias políticas – e não somente jurídicas - que o condiciona de forma bastante destacada, a saber:

A) Sendo decorrência de um processo político em que o governo autoritário e a oposição pactuam o “como” da transição, detendo aquele os poderes políticos e institucionais de fato, e a oposição democrática a legitimidade política fundada no projeto de restauração do regime democrático, é bastante óbvio que não se há de falar em igualdade entre os atores políticos, uma vez que o tempo, o modo e o conteúdo do processo são regidos por aqueles que estão a exercer o poder⁶⁹⁹, cabendo à oposição, de acordo com as suas possibilidades e formas de atuação, conquistar, passo a passo, o acolhimento de seu projeto. Em síntese, faz-se transição segundo as possibilidades concretas que o embate entre desiguais condiciona⁷⁰⁰.

B) A segunda característica é a possibilidade de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Para ficarmos no âmbito regional, o Brasil e outros Estados se

697 Parcial porquanto a Assembleia Nacional Constituinte também foi composta pelo denominados “senadores biônicos”, isto é, os senadores eleitos indiretamente por colégios eleitorais em cada Estado da Federação para um mandato de oito anos, decorrente do chamado Pacote de Abril 1977 (Emenda Constitucional nº 8 de 1977). A participação dos 23 senadores que não haviam sido eleitos pelo voto popular para atuarem na Assembleia Nacional Constituinte foi objeto, logo em sua instalação, de questão de ordem levantada pelos constituintes Plínio de Arruda Sampaio e Roberto Freire, e que foi rejeitada pelo Plenário.

698 Com efeito, o artigo 1º da Emenda Constitucional nº 26/85 tem a seguinte redação: “Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional” (sic).

699 Nesse sentido, é importante lembrar como o próprio Supremo Tribunal Federal se comportou: “À margem do debate constituinte, definia-se a mobilização corporativa dos juízes, liderada pelos dirigentes dos tribunais e que ultrapassava a direção institucional do STF na formulação de proposta para o Judiciário. No início dos anos de 1980, eles viam com reservas mudanças constitucionais mais profundas, mas a Constituinte apareceu como uma oportunidade para promoverem o fortalecimento do Judiciário, na qual reivindicavam voz e voto para os magistrados. Essa perspectiva se diferenciou, pois os dirigentes dos tribunais limitaram-se às questões corporativas, enquanto as associações de juízes ligaram-se às de outras profissões jurídicas e associações populares, e incorporaram demandas de centro-esquerda pela ampliação dos direitos e garantias. Os ministros do STF adotavam posições de centro às de direita ao encarar com reservas a Constituinte. Visavam preservar o STF de mudanças mais profundas e retomar a liderança que eles tinham perante os demais juízes ao promover as próprias demandas. Em fevereiro de 1985, falavam em “possíveis reformas constitucionais”, com as quais os juízes deveriam colaborar junto às autoridades políticas, num “momento de reencontro do país com a plenitude do direito e com as aspirações democráticas”. O novo presidente do STF, Moreira Alves, considerava o momento “delicado”, pois o país ingressava em “nova fase política”, na qual se apresentavam todo tipo de dificuldades, aspirações, expectativas. Ressaltava a excelência do STF e reafirmava a agenda das últimas décadas: o problema era a crise do STF causada pelo número excessivo de processos, contra o qual as reformas adotadas teriam resultado positivo. O STF tinha a visão integral do Judiciário, cujos problemas “não se enfrentam com diletantismos, muito menos com experimentações, jamais com os olhos postos no aplauso imediato””. KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. *O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo*. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

700 “Os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem segundo a sua livre vontade; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos”. MARX, Karl. *O 18 de Brumário de Louis Bonaparte*, tradução de Nélio Schneider, São Paulo: Boitempo, 2015, p. 15.

caracterizam por regimes constitucionais em que a transição se fez mediante a promulgação de novas constituições, diversamente do que ocorreu na Argentina, cuja Constituição data de 1853, embora submetida a um processo de reforma constitucional em 1994, e que foi um dos fundamentos utilizados pelos tribunais daquele país para efetuar a persecução penal dos agentes que atuaram durante a ditadura civil militar, em especial com relação ao desaparecimento forçado de pessoas. Já no contexto europeu, a Espanha passou por idêntico modelo ao brasileiro entre 1977/1978, inclusive com a aprovação de uma lei de anistia de 1977⁷⁰¹, enquanto que em outros países se optou pela reforma integral da Constituição⁷⁰².

C) Uma terceira característica que qualifica o constitucionalismo de transição quando comparado aos outros é o fato de que neste modelo existe a possibilidade de que a nova ordem constitucional tenha que conviver com muitos dos agentes e práticas autoritárias do regime anterior como, *v.g.*, a preservação temporal dos mandatos políticos, a permanência dos membros do Poder Judiciário⁷⁰³ e do Ministério Público nomeados pelo regime anterior, a dificuldade concreta em se enfrentar a continuidade das práticas autoritárias na administração e segurança públicas⁷⁰⁴ etc. O problema das leis de anistia se insere nessa circunstância.

Assim, é importante lembrar que as leis de anistia nacionais desempenharam um papel importante para a consolidação do processo de transição. Leis de anistia, e não a lei,

701 Trata-se da Ley 46, de 17 de outubro de 1977, pela qual o regime franquista, já em vias de sua substituição pela democracia, e que anistiou os crimes praticados quer durante a guerra civil quer durante a ditadura de Franco. Disponível em <https://www.boe.es/boe/dias/1977/10/17/pdfs/A22765-22766.pdf>, acessado em 20.jan.2011.

702 É o caso da constituição húngara, que na transição do regime comunista para o demoliberal, foi integralmente reformada, à exceção do artigo que fixava Budapeste como capital do país. ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*, tradução de Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003, p. 20.

703 Esse problema se manifestou de forma bastante interessante quando Rosenfeld veio ao Brasil. Perguntado sobre o caso Ellwanger (Habeas Corpus 82424), cujo relator originário no Supremo Tribunal Federal tinha sido o Min. Moreira Alves, e que fora nomeado pelo regime militar, e que havia concedido a ordem, ele respondeu: “Por último, mas não menos importante, há esse debate sobre o habeas-corpus no contexto da Suprema Corte brasileira. Isso levanta uma série de questões que eu não posso tratar, mas posso apontar algumas. Uma delas é: o juiz indicado pelo governo militar é um juiz constitucional legítimo? Bom, enfim, nós podemos ter um debate sobre esse assunto, porque ele levanta algumas questões de legitimidade muito interessantes em termos das indicações. Não sei qual é a visão desse juiz ou se esse juiz é alguém que desejaria que a ditadura militar estivesse ainda hoje em funcionamento e está fazendo o melhor que pode para interpretar a Constituição de maneira consistente com aquela visão, e, nesse caso, eu diria que, se fosse minha a democracia, eu tentaria livrar-me dele. Ou, apesar de ter sido indicado pelo governo militar, com o fato da lei ter mudado, da constituição ter mudado, ele é, hoje, um juiz constitucional perfeitamente aceitável? Eu não sei.” ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito*, *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, jan/jun 2004, pp. 60-61.

704 A persistência e a prática generalizada da tortura no sistema de segurança pública, bem como sua a militarização, são problemas que ainda persistem no Brasil conforme PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Continuidade autoritária e construção da democracia*: relatório final, São Paulo: NEV/USP, 1999; PIOVESAN, Flávia, SALLA, Fernando. Tortura no Brasil: pesadelo sem fim? *Ciência Hoje*, outubro 2001, pp. 30-34.

porquanto essa forma de extinção do crime⁷⁰⁵ foi prevista no ordenamento jurídico brasileiro em duas ocasiões durante a transição constitucional: em 1979, com a Lei 6.683 de 28 de agosto, e pela Emenda Constitucional nº 26/85, em artigo 4º.

Parece não haver qualquer controvérsia quanto aos efeitos da anistia em favor daqueles que foram vítimas do subsistema penal DOPS-DOI/CODI, muitos deles submetidos às mais atrozes formas de tortura, perseguições políticas e perdas de direitos civis e políticos⁷⁰⁶, o que possibilitou, para muitos, o retorno do exílio e a retomada de suas vidas e carreiras profissionais. O “problema” se estabeleceu, desde cedo, na interpretação extensiva dada à expressão “crimes conexos”, previstas, respectivamente, no artigo 1º, caput e §1º da Lei 6.683/79 e artigo 4º, §1º da Emenda Constitucional nº 26/85. Pela interpretação dada, os autores pertencentes aos órgãos do Estado praticados entre 09/02/1961 e 15/08/1979 teriam sido anistiados, impedindo-se, com isso, o exercício da perseguição penal. Desde cedo porque, mal a Lei de Anistia fora promulgada, vários atores sociais se contrapuseram a referida interpretação⁷⁰⁷, destacando-se, nesse sentido, Batista⁷⁰⁸ em artigo publicado na Revista de Direito Penal,

Por último, apresentarei a conclusão que me parece mais importante [...] Nós, juristas, costumamos dizer que a lei é mais sábia do que o legislador; algumas vezes, é muito mais sábia [...] Porque, se a análise, que aqui se encerra, da lei 6.683, de 28/ago/79, não estiver muito equivocada; se o legislador quis anistiar delitos políticos, conexos aos políticos e eleitorais; se, entre os conexos, restringiu a aplicação, excetuando as quatro classes já vistas; se delito conexo aos políticos é aquilo que aqui se estudou; se a anistia e o instituto de que se tratou nas linhas acima, não estão abrangidos por ela os torturadores e homicidas de presos políticos. A tortura e o homicídio de um preso não são crimes políticos, nem são crimes conexos a crimes políticos, objetiva ou subjetivamente. São crimes comuns, são repugnantes crimes comuns, que estão a merecer – até quando? - processo e julgamento.

705 É a lição de Batista, que se reportando as lições de Aníbal Bruno, sustenta uma concepção formal de anistia em detrimento da concepção material, que predica pela extinção da punibilidade: “Da perspectiva técnico-jurídica, a anistia intervém sobre a norma secundária, tornando-a inaplicável [...] Se a anistia torna ineficaz a sanção subsistindo, evidentemente, o preceito - e se é a especificidade da sanção que distingue formalmente o crime, a conclusão é no sentido de que a anistia extingue (formalmente) o crime. Para além, portanto, da significação material anotada por Jescheck, de “renúncia ao direito de execução da pena” (“Verzicht auf das Strafvollstreckungsrecht”), consideramos que ao desconectar a pena do tipo o ato de graça extingue o caráter criminal do acontecimento. Reflexos disto no jus persecuendi e no direito de executar a pena são... reflexos.” BATISTA, Nilo. Aspectos Jurídico-Penais da Anistia, *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 26, jul/dez 1979, pp. 33.

706 Após o Ato Institucional nº 5, momento de maior recrudescimento do regime civil-militar, instituiu-se no Brasil as penas de banimento (Ato Institucional nº 13/69) e morte (Ato Institucional nº 14/69), atribuindo-se à justiça militar a competência para a perseguição penal; ademais, pelos AI 5 e AI 6, ambo de 1969, já se impedira a revisão judicial pela justiça comum e a concessão de habeas corpus.

707 SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert. *Punição para os crimes da ditadura: contornos do debate*, in DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio, SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*, São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 23-33.

708 BATISTA, Aspectos Jurídico-Penais da Anistia..., pp. 41-42.

Conforme o autor, portanto, não havia conexão entre os crimes políticos praticados pelos dissidentes políticos e os crimes cometidos pelos agentes da repressão, porquanto estes crimes, à época, eram comuns. Contudo, a interpretação da conectividade prevaleceu sobre aquela dogmaticamente mais adequada, ilidindo a persecução penal dos agentes do regime militar acusados da prática desses crimes.

4.4.2 A lei de anistia: entre a ADPF 153 e o Caso *Gomes Lund*

Se desde o início a interpretação da conectividade fora rechaçada por grupos sociais, como e quando ela se manifestou em ato? Como afirmado supra, existem dois traços inerentes ao regime de transição, em especial o brasileiro, que influenciaram de forma decisiva na tardia discussão sobre a “revisão” (*rectius*, derrogação) da Lei de Anistia, isto é, de um lado a permanência de atores e práticas autoritárias no direito brasileiro, e de outro, a constitucionalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que gerou, na *praxis* do direito, um verdadeiro paradoxo: uma Constituição democrática que se submete aos padrões internacionais do Direito Internacional dos Direitos Humanos e um Poder Judiciário engessado pela interpretação que não concede a estes a devida eficácia interna, como se verificou de forma bastante evidente no problema da recepção das normas de tratados internacionais sobre essa matéria pelo ordenamento jurídico brasileiro, cuja solução somente ocorreu em 2009, com o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343.

Nada obstante, diversos atores sociais parecem ter-se abeberado da fonte daquilo que se identificou como “mudanças políticas no liberalismo jurídico” (“*change politics of liberal legalism*”), que no plano nacional desencadeou uma *praxis* pela efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente aqueles que têm por função coibir e punir a violação sistemática desses direitos (tortura, desaparecimento forçado de pessoa, regras mínimas da execução penal, formas de racismo, violência policial etc).

Esta concepção parte do pressuposto de que referidas violações constituem-se em crimes contra a humanidade, sendo, nesse sentido, imprescritíveis; além disso, por se constituírem em formas de incriminação universal, manifestam normas de *jus cogens*, sendo inválidas quaisquer normas ou práticas nacionais que impeçam o exercício da persecução

penal, não se podendo, ademais, falar-se em retroatividade *in malam partem*, já que, por força de costume internacional, o que se teria é uma persecução penal retrospectiva⁷⁰⁹.

Uma característica destacada dessa concepção, portanto, é uma leitura interdisciplinar entre direitos humanos e Direito Penal, e que predica, conforme afirmado por Silva Sánchez, ora apelando à luta contra a impunidade em relação aos crimes contra a humanidade, ora como um direito das vítimas a obterem um provimento condenatório dos acusados como forma de purgar uma expectativa de condenação dos autores, que a “[...] la evitación de la impunidad se ha convertido em el más “moderno” de los fines del derecho penal y, desde luego, en uno de los factores más relevantes de la modificación – durante la última década – del alcance de principios político-criminales clásicos”⁷¹⁰, donde, *inter alia*, a relativização de muitas garantias materiais e processual penais, como a vedação da irretroatividade da lei penal, da taxatividade, da proibição do *bis in idem*, da prescritibilidade, às vezes da própria estrita legalidade em direito penal.

De qualquer sorte, é fato que a objeção à anistia dos agentes do regime civil-militar demorou muito a ser contestada juridicamente, o que ensejou sérios – quiçá intransponíveis – problemas ao acolhimento da tese de derrogação da Lei de Anistia.

Internamente, a única tentativa de revisão da Lei de Anistia digna de nota se deu com a propositura da ADPF 153 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, protocolada no Supremo Tribunal Federal em 21/10/2008, isto é, quase 30 anos após a aprovação da lei, e julgada pelo Pleno em 29/04/2010, e da qual participaram na condição de *amici curiae* diversas associações que intervieram pró e contra a ação.

Sinteticamente, o pedido inicial consistiu na “[...] declaração de não recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no §1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979.”⁷¹¹ Após fundamentar o pedido ao asseverar a existência de controvérsia constitucional sobre os efeitos da lei de anistia, sustentou

709 É nessa linha que M. Cherif Bassiouni, objetivando afastar a acusação de que os julgamentos por crimes contra a humanidade – especialmente Regina vs. Finta - ofenderam ao princípio da irretroatividade da lei penal, afirma que, na verdade, se tratavam de julgamentos retrospectivos, e não retroativo -, na medida em que ele identifica no por conceber o relatório final da Comissão on the Responsibilities of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Customs of War/1919 o status de norma internacional consuetudinária, pois “The binding character of customary international law is not only based on state practice, but also evidenced by states’ intentions to be bound by certain practices, opinio juris”. BASSIOUNI, *Crimes against humanity...*, pp. xi/xxvii-xix.

710 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. ¿Nullum Crimen Sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, ns. 86-87, 2008, pp. 150-152.

711 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153..., p. 1.

“[...] não ser possível, consoante o texto da Constituição do Brasil, considerar válida e interpretação segundo o qual a Lei n. 6.683 anistiará vários agentes públicos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade [...] essa interpretação violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais” e que a “[...] eventual declaração [...] do recebimento [...] implicaria, segundo o arguente, desrespeito [i] ao dever do Poder Público, de não ocultar a verdade; [ii] aos princípios democráticos e republicano; [iii] princípio da dignidade da pessoa humana [...]” portanto requereu que o STF “[...] dando interpretação conforme à Constituição, declar[asse] que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estend[esse] aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar”.⁷¹²

Em outros termos, o que se pretendia com a ADPF 153 era: a) que Lei de Anistia de 1979 fosse interpretada conforme a Constituição de 1988 para o fim de excluir a interpretação da conectividade entre crimes políticos e crimes comuns, e com isso tornar possível a persecução penal dos agentes públicos que haviam cometido crimes contra os opositores durante o regime militar; b) que este passo seria necessário, de um lado, para ensejar a atribuição de responsabilidade penal, e de outro, permitir o acesso à verdade histórica, como seja, dar-se conhecimento e publicidade das atrocidades praticadas nos porões da ditadura e o destino de muitos dos mortos e desaparecidos políticos.

Após as manifestações do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República, dentre outros órgãos, que sustentaram a legitimidade da Lei 6.683/79, e a intervenção de diversos órgãos na qualidade de *amici curiae*, o processo foi a Plenário, tendo a Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais sido julgada improcedente pelo voto de 7 (sete) de seus Ministros, tendo 2 (dois) votado a favor do acolhimento do pedido inicial, conforme consta em sua ementa:

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.

1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos

712 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 153*..., pp. 2-3.

normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.

2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera.

3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.

6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.

7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.

8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato

originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicação do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988.

10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.

É importante destacar alguns dos fundamentos pelos quais o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADPF 153:

A) A anistia, por ser uma decisão política em sentido estrito, impede que o poder judiciário exerça o *judicial review*. Em outros termos, o que compete ao poder judiciário nesse tema é aplicar a Lei de Anistia, e que segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve sempre ser “[...] ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos político-jurídicos” (STF, RE 165.438, Carlos Velloso). Ademais, situando-se a lei arguida no contexto histórico da transição, é naquele contexto – e não o da época em que a Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais fora proposta -, que se poderia aferir a exata extensão da cláusula da conectividade, e que emergia de forma muito evidente das fontes históricas do período, interpretação com a qual se negou a tese de que se tratava de autoanistia.

B) A pretensão de se legitimar a necessidade da revisão da Lei de Anistia a partir do binômio enfrentamento da impunidade-direito à verdade seria falso: não cabe ao processo penal “revelar” a verdade histórica daquela época, mas impor, àqueles que forem considerados culpados, a sanção penal.

C) Os dois fundamentos acima indicados exalam, pois, duas consequências jurídicas: 1) mesmo que a Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais fosse julgada procedente, os crimes praticados nos porões da ditadura já teriam prescrito. Com efeito, o prazo máximo para a prescrição penal no Brasil é de 20 anos (art. 109, I do Código Penal); b) outorgar uma interpretação diversa implicaria em violação ao princípio da irretroatividade; e

D) Um fundamento que se destaca com muita ênfase no voto do Min. Celso de Mello é o fato de a regra da imprescritibilidade de crimes de lesa humanidade não ter ingressado no ordenamento jurídico brasileiro se não quando da ratificação, em 2002, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, não se podendo conceder ao costume internacional funções penais por conta do princípio da estrita legalidade no Direito Penal. Em outros termos, o voto parece se fundamentar no instituto do objeto persistente, segundo o qual, quando da formação de um costume internacional geral, ao Estado que a ele não quiser se submeter (*rectius*: reconhecer a obrigatoriedade do comportamento aceito como direito (artigo 38, 1, b do Estatuto da Corte Internacional de Justiça)), deverá objetar a sua submissão à norma.⁷¹³

Assim, pela decisão do Supremo Tribunal Federal, as principais teses que predicavam pela derrogação da Lei de Anistia foram rechaçadas.

Contudo, no mesmo ano de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, cujo resultado foi em tudo diferente.

O caso foi submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 07 de agosto de 1995 mediante petição apresentada pelas ONGs Centro de Justiça e o Direito Internacional e Human Rights Watch/Americas em favor dos familiares dos mortos e desaparecidos na Guerrilha do Araguaia, tendo sido objeto de juízo de admissibilidade no ano de 2001, a partir do qual aquele órgão buscou efetuar junto ao governo brasileiro medidas preventivas ao contencioso interamericano para que houvesse, em relação a estes fatos, o cumprimento das obrigações internacionais, em especial, a identificação do paradeiro dos desaparecidos, indenização às famílias, o exercício da persecução penal contra os autores das mortes e desaparecimentos forçados, abertura dos arquivos oficiais para franquear o acesso às informações etc. Somente em 2008, frustrada em parte o cumprimento das obrigações internacionais, ela submeteu o caso à Corte por intermédio do Relatório de Mérito 91/08. Nessa fase ingressaram no processo, na condição de *amici curiae*, diversos grupos e movimentos sociais em favor da condenação internacional do Estado.

Em seu julgamento de mérito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de conformidade com a sua jurisprudência, acolheu integralmente o pedido de condenação do Brasil pelos fatos ocorridos durante a Guerrilha do Araguaia. Destacam-se alguns pontos chaves:

713 WEIL, *Le Droit International en quête...*, pp. 189-193.

A) Os fatos que se imputaram ao Brasil se adequavam ao tipo desaparecimento forçados de pessoas, modalidade gravíssima de violação múltipla ou pluriofensiva aos direitos humanos e que, por isso mesmo, em especial a circunstância em que fora praticado, se constituía em espécie de crime contra a humanidade. Essa forma de violação aos direitos humanos é um ilícito de caráter permanente, e que tem seu início com a privação da liberdade, seguida da recusa de prestar informações sobre o paradeiro da vítima, bem como o seu destino, cuja comissão é imputada a agentes públicos ou com a sua aquiescência, se praticada por particulares. Por ser permanente, enquanto a vítima não for posta em liberdade ou se der conhecimento oficial de seu destino, o ato ilícito permanece em execução, razão pela qual foi afastada a preliminar de irretroatividade arguida em relação à submissão do Estado brasileiro à jurisdição da Corte a partir de 10 de dezembro de 1998, conforme estabelecido no Decreto 4463, de 08 de novembro de 2002⁷¹⁴;

B) A Corte também considerou ser o Estado brasileiro responsável por não assegurar em seu ordenamento jurídico disposições concretas de caráter administrativos e judiciais que tornassem efetivas: a) a identificação do paradeiro das vítimas, b) o acesso à verdade e c) o exercício da persecução penal dos autores dos desaparecimentos forçados, especialmente em razão, de um lado, dos sigilos interpostos pela legislação aos bancos de dados do período, e de outro em razão da vigência da Lei de Anistia⁷¹⁵;

C) Especificamente sobre a Lei de Anistia, a Corte considerou-a incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, seguindo jurisprudência própria, de outros organismos regionais e universais, bem como de outros Estados, segundo a qual é incompatível com o Direito Internacional dos Direitos Humanos qualquer provisão legislativa interna que impeça ou crie obstáculos ao exercício da persecução penal contra graves violações aos direitos humanos⁷¹⁶, tendo, portanto, em juízo de convencionalidade, declarado a nulidade da lei⁷¹⁷.

Assim, em resumo, tem-se duas decisões judiciais, uma convalidando a anistia outorgada em 1979 e ratificada em 1985 pela EC 26/85, e outra julgando-a inválida internacionalmente, determinando, ademais, o exercício efetivo da investigação e persecução penais dos agentes públicos que praticaram durante o regime militar (nos termos da própria

714 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil...*, p. 10.

715 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil...*, pp. 127 e ss.

716 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil...*, pp. 55 e ss.

717 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil...*, pp. 66-69.

decisão, uma obrigação de meio, e não de fim), atos considerados como graves violações aos direitos humanos. Com efeito, para a jurisprudência da Corte é irrelevante aferir se se tratou de anistia, autoanistia ou acordo político⁷¹⁸: basta que a norma nacional crie obstáculos à realização daquela obrigação de meio para que ela seja considerada inválida perante o Direito Internacional.

Vê-se que em razão dessas duas decisões judiciais, uma emanada da mais alta corte nacional e a outra de corte internacional à qual o Estado brasileiro, livre e soberanamente, se submeteu e reconheceu a sua jurisprudência, existe uma antinomia real, no sentido dado por Bobbio, isto é, um conflito não aparente entre normas pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico⁷¹⁹. É possível resolvê-la?

4.4.3 A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e a vedação de irretroatividade

Se existe, conforme indicado no final do item anterior, uma antinomia real entre duas normas igualmente válidas no ordenamento jurídico – uma emanada da mais alta corte nacional, que convalidou a Lei de Anistia, e outra emanada da corte internacional de direitos humanos a que o Estado brasileiro se submeteu, assumindo o compromisso internacional de cumprir as suas decisões, e que, nesse caso específico, se incompatibiliza totalmente com a decisão do Supremo Tribunal Federal -, o único critério apontado pela doutrina é a adoção daquilo que Bobbio denomina de “dever de coerência”, segundo o qual,

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplica-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza [...] e a exigência da justiça. Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.⁷²⁰

Nesse sentido, parece que no caso em discussão se deve apelar, ante a ausência de um critério de prevalência, à distinção entre *lex favorabilis* e *lex odiosa*, entendendo-se essa distinção da seguinte forma: “[...] *lex favorabilis* [é] aquela que concede uma liberdade [...] e

718 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil...*, p. 66.

719 BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, pp. 105-110.

720 BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, p. 113.

por *lex odiosa* aquela que impõe uma obrigação (seguida por uma sanção) [...]”, devendo prevalecer, a partir do critério do dever de coerência, a norma que privilegia o interesse jurídico que é mais justo proteger⁷²¹.

É neste contexto, portanto, que se deve discutir a possibilidade de o Brasil derrogar a anistia concedida aos agentes do regime civil-militar para os crimes cometidos durante o período do regime civil-militar. Na ótica que privilegia a perseguição, nada obstante terem se passado mais de 35 anos desde a concessão da anistia, é necessário iniciar-se o(s) processo(s) de investigação e perseguição penal, porquanto tais crimes seriam imprescritíveis, sendo, ademais, nula a anistia para fatos considerados como violação sistemática dos direitos humanos, bem como por ser indispensável para o acesso à verdade e combater a impunidade⁷²²; para a vertente que aqui identificaremos como “garantista”, esta obrigação internacional é politicamente desnecessária e juridicamente impossível, porquanto se violariam direitos materiais de contenção do poder punitivo do Estado que também se constituem em direitos humanos internacionalmente assegurados.

Pois bem. A ninguém é dado descurar que, de fato, após os “desbloqueios das vias” de que falava Bobbio, o Direito Internacional em geral, e o Direito Internacional dos Direitos Humanos em particular, passou por profundas e significativas mudanças em sua capacidade de conformar, mesmo sobredeterminar, a atuação dos Estados em matéria de proteção aos direitos humanos. Contudo, não há também como se afastar que em muitos casos a tentativa de se conferir eficácia aos direitos assegurados internacionalmente se faz a partir do excesso. Aquilo, portanto, que é visto como um remédio tende a transforma-se em veneno... Faz-se esta afirmação a partir do étimo da expressão grega fármaco (*pharmakón* (φάρμακον)), que tanto significa remédio, veneno como cosmético⁷²³. Seria o uso moderado ou excessivo de determinada substância que implicaria na sua eficácia curativa ou maléfica, tendo por resultado ou a cura ou a morte do paciente. Talvez o argumento mais forte no sentido do uso “cosmético” é que a pretensão de derrogação da Lei de Anistia funda-se, muito mais, em argumentos morais, dado o constante apelo à debelação da impunidade e do direito das

721 BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, pp. 98-99.

722 “[...] a Comissão decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte, considerando que representava “uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos””. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil...*, p. 4; “A eventual declaração, por esta Corte, do recebimento do §1º do artigo 1º da Lei 6.683 implicaria, segundo o arguente, desrespeito [i] ao dever, do Poder Público, de não ocultar a verdade; [...]”. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *ADPF 153...*, p. 2.

723 Vocabulo φάρμακον, in PABÓN, José M. (org). *Diccionario manual griego: griego clásico-español*, Madri: Vox, 1967, p. 617.

vítimas, como se coubesse, de fato, ao Direito Penal, atender às perspectivas de punibilidade da vítima e/ou de seus familiares, e não, consoante o princípio do *fair trial*, impor ao acusado a pena cabível por seu comportamento. Conforme Silva Sánchez⁷²⁴,

Las razones para la lucha contra la impunidad de los delitos contra la humanidad muestran, de entrada, un cierto formalismo. Así, de entrada, los tribunales constitucionales nacionales afirman que los estados han de combatir la impunidad para cumplir con sus deberes internacionales. Sin embargo, ello debe remitir necesariamente a una fundamentación ulterior: la de por qué las situaciones de impunidad (no persecución de hechos punibles; promulgación de leyes de exoneración; o, en particular, no anulación de estas últimas) vulneran los convenios internacionales de derechos humanos. Es en este punto donde aparecen las razones materiales. así, la Corte interamericana de Derechos Humanos alude a un “*derecho de las víctimas a la justicia*”, que se asocia a su derecho “a que se investigue, se identifique y se juzgue a los individuos responsables”; a un “*derecho a la verdad*”, que se encuentra subsumido en el “derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”. Es por este motivo por el que se considera que las disposiciones exoneratorias darían lugar a una “indefensión de la víctima”.

[...]

Difícilmente puede negarse la existencia de un derecho de las víctimas y de sus familiares al conocimiento de la verdad. Lo problemático es sostener que dicho derecho puede (y debe) satisfacerse mediante el proceso penal. En realidad, la reconstrucción procesal del hecho histórico no pretende declarar la verdad de lo acontecido, sino sencillamente sentar las bases para una atribución de responsabilidad. Por eso, tienen razón quienes afirman que la verdad que resulta de la atribución de reproche es más bien limitada.

Assim, é importante frisar que uma tese que negue a possibilidade de derrogação da Lei de Anistia não pretende, primeiramente, sustentar, que não se deva dar eficácia ótima aos direitos humanos e fundamentais. Referido argumento seria, para dizer o mínimo, inconsistente. Segundamente, e como consequência da primeira ideia, consiste em perceber que uma pretensão política que busque a implementação de um determinado projeto de direitos humanos, mesmo que ao atropelo de outros, não pode nem deve ser admitido. Ou os direitos humanos valem para todos – universalidade -, e em todas as circunstâncias – inoponibilidade de períodos de exceção para se legitimar a violação a direitos humanos (artigos 4º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos) -, ou não se tem um programa de direitos humanos, mas de poder. Em síntese: parece ser inadmissível o violar-se para se proteger, isto é, um Direito Penal excepcional para fazer frente a fatos praticados durante período de excepcionalidade política⁷²⁵, mesmo que revestido por argumentos morais consistentes, quanto mais no âmbito do Direito Penal em que a estrita legalidade se manifesta como o remédio mais adequado contra o abuso do poder.

724 SILVA SÁNCHEZ, ¿Nullum Crimen Sine Poena?..., pp. 159-160.

725 SILVA SÁNCHEZ, ¿Nullum Crimen Sine Poena?..., p. 162.

Posto isto, não existe a menor dúvida que o princípio da irretroatividade da lei penal constitui-se em um direito assegurado constitucional e internacionalmente, cujo significado pode ser subdividido em duas vertentes, formal e material.

A irretroatividade da lei penal sob o aspecto formal implica na exigência da existência prévia de uma lei penal ao comportamento que se pretenda sancionar. Em outros termos, um comportamento, comissivo ou omissivo, que não encontra adequação típica em um tipo penal pré-existente é, por definição, atípico, isto é, penalmente irrelevante, não podendo ser objeto de persecução e sanção penal. Assim descrito, o princípio aparenta voltar-se somente para o passado, no sentido de não permitir a persecução penal de fatos atípicos, o que, de fato, não ocorre, já que ele se projeta, inclusive, para o futuro, na forma da *abolitio criminis*, da retroatividade *in melius* e da ultratividade. Por estas três garantias penais: a) havendo a descriminalização do comportamento (*abolitio criminis*), o sujeito ativo do fato típico, mesmo se com condenação passada em julgado, será favorecido, devendo, nesse sentido, extinguirem-se os processos de persecução ou de execução da sanção penal. Trata-se, *ex vi* do artigo 107, III do Código Penal, em causa extintiva de punibilidade; b) se não houver descriminalização, mas modificação da lei penal de forma que haja, em relação ao provimento legal anterior, qualquer circunstância que favoreça o acusado, mais uma vez, mesmo que com sentença penal transitada em julgado, a nova lei penal retroage para beneficia-lo (retroatividade *in melius*); c) por fim, tendo sido realizado o comportamento típico e sobrevindo modificação mais gravosa da lei penal, aplica-se ao acusado a lei penal do tempo em que o comportamento foi praticado (*tempus regit actum*), ganhando a lei penal anterior ultratividade: será aplicada mesmo após a sua revogação pela nova lei penal mais gravosa.

Já sob o aspecto material, o princípio da irretroatividade se projeta não sobre as fontes de produção das normas penais, mas sobre o modo como essas normas são interpretadas pelo poder judiciário. Sinteticamente, “Os tribunais não são fontes de produção da legislação penal nem a jurisprudência é fonte de seu conhecimento”⁷²⁶. Em outros termos, se é fato que não existe, como entende a hermenêutica jurídica contemporânea, identidade entre texto e norma, sendo esta última o produto da interpretação/aplicação daquele ao caso concreto⁷²⁷, cabe aos tribunais aplicar o direito pré-existente, e não cria-lo, quanto mais em Direito Penal, regido que é pelo princípio da estrita legalidade. Assim, tendo se consolidado uma determinada interpretação *favor reu* (v.g., declarando a atipicidade do comportamento, a não ocorrência de

726 ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, *Direito Penal brasileiro...*, p. 223.

727 Por todos, ÁVILA, Humerto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 22-23.

uma hipótese de incriminação ou de qualificação, a aplicação de uma hipótese de extinção de crime etc), não será admitido, caso haja uma mudança na jurisprudência, que ela retroaja para alcançar situações já passadas em julgado ou atingidas pela prescrição, pois, nada “[...] obstante, as mudanças de critério jurisprudencial, em particular quando atingem certa generalidade, não podem deixar de compartilhar as razões que fundamentam o princípio da legalidade e a proibição da retroatividade detrimetosa [...]”⁷²⁸. Em síntese, o princípio da irretroatividade tem por função primordial assegurar ao indivíduo uma verdade cláusula de contensão do poder punitivo do Estado, sendo, pois, uma decorrência do princípio da segurança jurídica.

No que concerne, doutro giro, ao reconhecimento de que graves violações de direitos humanos se constituem em crimes contra a humanidade sendo, portanto, imprescritíveis, é preciso debruçar-se sobre dois temas que se intersectam de forma bastante evidente: o primeiro diz respeito ao problema da relação entre Direito Nacional e Direito Internacional; o segundo sobre a possibilidade de um costume (internacional) em matéria penal ter eficácia direta no ordenamento nacional, apesar do princípio da estrita legalidade em Direito Penal.

Sobre o primeiro tópico, é importante lembrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após o julgamento do RE 80004/SE, mudou drasticamente a sua posição em relação à eficácia do Direito Internacional em nível interno. Se antes ela aplicava, em linhas gerais, o princípio da primazia do direito internacional, a partir do mencionado julgado o Direito Internacional adquiriu o nível de norma ordinária, submetendo-se, pois, à autoridade normativa da Constituição e, em relação às normas de mesmo nível hierárquico, aos critérios de solução de antinomias, em especial o cronológico e o da especialidade. Somente após a EC 45/04 e com o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 é que houve uma significativa alteração na jurisprudência da Corte: os tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45 adquiriram o nível de norma supralegal – abaixo da Constituição, mas em nível superior à legislação ordinária –, e somente aqueles tratados sobre a matéria ratificados após a emenda, e desde que respeitado o mesmo procedimento de emenda constitucional, adquiriram idêntico nível hierárquico, vale dizer, são materialmente constitucionais (no sentido que estão no mesmo nível hierárquico), mas formalmente submetidos à Constituição, posto não terem a aptidão de ab-rogar preceitos salvaguardados pelas cláusulas de inamovibilidade.

728 ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, *Direito Penal brasileiro...*, pp. 223-224.

O grande problema, no entanto, é que, conforme já visto, toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se dirige às relações entre Direito Nacional e Direito Internacional a partir da normas convencionais, havendo, para se usar uma expressão corrente, um silêncio “nada eloquente” acerca das normas internacionais consuetudinárias, quanto mais em matéria de direitos humanos. Ademais, embora sejam fatos incontestáveis no plano internacional a vigência da Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, precedida da Resolução 2338 (XXII) da Assembleia Geral de dezembro de 1967⁷²⁹, a partir das quais se formou o costume internacional da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, o Brasil, ao contrário do que afirmado pelo Juiz *ad hoc* brasileiro quando do julgamento do caso *Gomes Lund*, não assinou nem ratificou a Convenção de 1968⁷³⁰, sendo mais do que indubitado que somente em meados da década de 90 do século passado é que ele passou a se engajar, de forma ampla e significativa, nos diversos regimes internacionais de proteção aos direitos humanos e Direito Penal Internacional. Isto fica mais evidente ainda quando se apercebe, no tópico relativo a um tema correlato, que não antes de 2009 o Brasil passou a se posicionar favoravelmente à consolidação da jurisdição universal para a persecução dos crimes internacionais⁷³¹. Em síntese, o Brasil não se submeteu ao costume internacional da imprescritibilidade até a ratificação, em 2002, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, consistindo, pois, essa sua recusa pretérita no instituto do objeto persistente, segundo o qual,

[...] Il ne faut pas oublier que même pour ses partisans l'objection persistente ne fait pas obstacle au développement du processus coutumière, mais a pour seul et unique effet de rendre ces règles inopposables au persistant objector [...] Le persistant objector n'entravera pas l'évolution du droit. La règle nouvelle régira la majorité, mais la majorité n'imposera pas sa domination à la minorité qui objecte [...].⁷³²

Isto implica, doutra sorte, que caso se interpretasse no caso em análise a regra da imprescritibilidade, duas normas de direitos fundamentais seriam violadas: a) a primeira, como já visto, o princípio da irretroatividade da norma penal em sentido material; b) a

729 Uma referência importante para se dilucidar o problema do surgimento do costume internacional a partir desses instrumentos é que a resolução da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, quando da aprovação e submissão dos Princípios de Nuremberg, em 1950, não arrolou a imprescritibilidade como um dos princípios derivados de Nuremberg.

730 Ex vi United Nations Treaty Collections disponível em <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgid=IV-6&chapter=4&lang=en>, acessado em 14.ago. 2015.

731 FASANO, Renata Rossina. *A Competência Repressiva Universal no Direito Internacional Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2011, pp. 161-165.

732 WEIL, *Le Droit International en quête...*, pp. 196-198.

segunda, o princípio da estrita legalidade em direito penal, segundo a qual o costume – nacional ou internacional – não tem eficácia incriminadora⁷³³.

4.4.4 Conflito entre normas internacionais de direitos humanos e a cláusula *pro homine*

Conforme, pois, exposto nas linhas acima, existiria, pois uma antinomia entre as decisões do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 e da Convenção Americana de Direitos Humanos no Caso *Gomes Lund*, e no plano dogmático um conflito entre normas de direitos humanos, devendo-se, portanto, buscar a solução desse conflito nesse contexto. E de fato esse critério existe: a cláusula *pro homine*, também denominada *pro personae*, prevista no artigo 29, b da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Este critério de solução de antinomias no plano da interpretação/aplicação dirige todo o contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, através do qual: a) quando se tratar de uma interpretação que favoreça a pessoa humana, a interpretação deverá ser a mais extensiva possível, de forma a se dar eficácia ótima a uma determinada disposição de direito humano, e b) quando se tratar da aplicação de uma norma de restrição – *e.g.*, restrições permanentes a determinados direitos ou a suspensão extraordinária em razão do estado de necessidade -, a interpretação deverá ser restritiva, de forma a se preservar o núcleo essencial de referido direito. Em outros termos, o fundamento de referida cláusula geral de interpretação é a preservação do princípio fundamental que orienta os sistemas internacionais e nacionais de direitos humanos: estar sempre a favor da pessoa humana, ou seja, a velha máxima “*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”⁷³⁴.

Ao se analisar, portanto, o problema posto entre imprescritibilidade dos crimes praticados durante a ditadura militar por seus agentes – tipificado muito após o seu cometimento como crimes contra a humanidade -, e o direito a irretroatividade da lei penal em sentido formal e material, não parece desarrazoado afirmar a prevalência desse último sobre aquele, mormente em razão de militar junto à irretroatividade o princípio da estrita legalidade em direito penal, segundo o qual se constitui em um direito fundamental no ordenamento

⁷³³ Por todos, FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2 ed., tradução de Juarez Tavares et al., São Paulo: RT, 2006, pp. 92-95.

⁷³⁴ REZENDE E SILVA, Arthur Vieira de. *Phrases e curiosidades latinas*, 4 ed., Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1954, p. 531.

jurídico brasileiro a vedação de qualquer forma de incriminação derivada de costume, seja nacional ou internacional.

No presente trabalho, entretanto, trata-se de sustentar a impossibilidade jurídica de se exercer a persecução penal retroativa sobre fatos já perdoados e prescritos conforme a Constituição e leis infraconstitucionais brasileiras, mormente se se considerar, sobre outros aspectos, que o Estado brasileiro foi um objetor persistente em relação ao costume internacional da imprescritibilidade, e de outro lado, que as leis de anistia, diversamente do que sustentam diversos estudiosos, são, sim, compatíveis com o Direito Internacional, nos termos do artigo 6º, 5 do Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais, isto é, uma norma de Direito Humanitário explicitamente prevista para aplicação em conflito internos, conforme, aliás, expressamente reconhecido por Ambos, um autor que não deixa de manifestar a sua preferência pela imprescritibilidade e inaniabilidade de crimes internacionais próprios⁷³⁵.

Em outros termos, a cláusula *pro homine* milita em favor do princípio da irretroatividade, na medida em que muitos dos fundamentos apresentados para a revisão da Lei de Anistia de 1979 não se sustentam juridicamente como critérios relevantes à mitigação desses direitos, pois, pela argumentação trazida por muitos de seus defensores, como o acesso à verdade, a reparação das vítimas ou seus familiares etc, não prestam qualquer relevância para justificar o exercício da persecução penal, pois, como já visto, não cabe ao processo penal revelar a verdade histórica, mas permitir ao Estado que, no exercício do *jus puniendi*, imponha, segundo o devido processo legal, a sanção jurídica mais grave no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, a pena restritiva de liberdade⁷³⁶; doutro giro, a reparação da memória e/ou econômica das vítimas e/ou de seus familiares prescinde totalmente do direito penal, podendo ser exercida, como de fato já se o fez, por outras medidas, como a Lei de Mortos e Desaparecidos Políticos, a Comissão Nacional da Verdade etc.

É importante insistir nesse tópico: que existam bons argumentos morais em prol de uma causa não significa, necessariamente, que elas encontram respaldo e devam, apesar do

735 AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São a. 12, v. 49, São Paulo: RT, jul/ago 2004, p. 76.

736 Sobre o tema, DIMOULIS, Dimitri. *Justiça de transição e função anistiantes no Brasil*. Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização, in DIMOULIS, MARTINS, SWENSSON JÚNIOR, *Justiça de transição no Brasil...*, pp. 91-127; Arendt, por sua vez, demoliu em poucas palavras o argumento da acusação contra Eichmann, de que o julgamento se prestaria não só a impor a responsabilidade penal, mas também “revelar a verdade” do genocídio: “O objetivo de um julgamento é fazer justiça, e nada mais; mesmo o mais nobre dos objetivos ulteriores [...] só pode deturpar a finalidade principal da lei: pesar as acusações contra o réu, julgar e determinar o castigo devido”. ARENDT, *Eichmann em Jerusalém...*, p. 275.

direito, prevalecer. O Min. Cesar Peluso, ao proferir o seu voto na ADPF 153⁷³⁷, sintetizou de forma muito clara o tema:

Acho absolutamente desnecessário, escusado, dizer que nenhum Ministro dessa Corte tem dúvida sobre a profunda aversão, que sentimos, por todos os crimes que foram praticados [...] não apenas pelos nossos regimes de exceção, mas, ainda, pelos regimes de exceção de todos os lugares e de todos os tempos. Mas este processo não é o lugar de formulação de juízo, a cujo respeito estamos todos de acordo, sobre a reprovabilidade ética dessas práticas. A nossa tarefa é relativamente mais simples, porque está em saber se o disposto no §1º do art. 1º da Lei nº 6.883/79 é, ou não, compatível com a ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1988.

No mesmo sentido segue a lição de Silva Sánchez⁷³⁸, para quem os mesmos argumentos que se revezam na sustentação da legitimidade da derrogação da Lei de Anistia como forma de se combater a impunidade ou satisfazer o interesse da vítima na justiça penal, poderiam ser utilizados em relação a qualquer forma de crime grave, pois seria

[...] erróneo afirmar que las *doctrinas contra la impunidad* patrocinan sólo un derecho penal de excepción para afrontar una criminalidad excepcional. Su alcance acaba siendo muy superior, comprendiendo también delitos distintos de los propios de la criminalidad estatal o paraestatal. En particular, el terrorismo y, en general, los delitos contra la vida: de hecho, no hay ninguna razón especial para pensar que el concepto –y sus implicaciones– no acaben siendo aplicables a otros delitos graves en los ordenamientos internos. Cuando se rechazan las leyes de amnistía con los argumentos de que constituyen una legislación “*ad hoc*”, así como que implican una “perpetuación de la impunidad”, se está por un lado, realizando, afirmaciones válidas para toda amnistía y, por otro lado, incurriendo en una tautología. Cuando se afirma que las leyes de amnistía o análogas conducen a la “indefensión de las víctimas y sus familiares”, que se verían privadas de su derecho a obtener justicia mediante recursos efectivos, se vuelve a utilizar un argumento que resulta perfectamente generalizable y que, por lo tanto, valdría del mismo modo para una amnistía que favoreciera a los miembros de una banda terrorista, para la prescripción de los delitos de un asesino en serie o para el indulto de cualquier delito común grave. Expresado de otro modo, con base en ellas puede sostenerse de modo general la imprescriptibilidad, la inindultabilidad y la inamnestiabilidad al menos de los delitos violentos graves. Las dificultades que aparecen cuando se trata de defender la prescripción para el asesinato y la imprescriptibilidad del genocidio son reflejo de ello. Sin embargo, ni la prescripción, ni el indulto, ni siquiera la amnistía, conllevan necesariamente una segunda victimización que los haga inaceptables desde la perspectiva de la dignidad de las víctimas.

[...]

En realidad, esta línea argumental lo único que fundamenta convincentemente es la necesidad de que al delito –a cualquier delito– le siga una reacción penal; esto es, una comunicación penal que tenga lugar “a costa del autor”. Pero no precisamente que ésta haya de consistir en infligir al autor el daño derivado la ejecución de la pena. Por eso, en mi opinión, de la explicación de la pena como confirmación de la norma no se puede deducir sin más que “*la falta de punición de una infracción a los derechos humanos es de por sí un ataque a los derechos humanos*”, pues lo mismo valdría para cualquier otro delito grave y, sin embargo, no parece que pueda declararse de modo general la ilicitud de cualquier disposición exoneratoria de responsabilidad del autor de un injusto culpable. Por los mismos motivos, tampoco puede pretenderse concluir, sin introducir premisas adicionales, que “*ante cierta clase de hechos, el orden social no se puede permitir el perdón*”, pues, efectivamente, habría que concluir lo mismo para otros delitos graves. La necesidad del “dolor penal” no se vincula, pues, a las exigencias de una confirmación ideal de la vigencia de la norma, sino a las de proporcionar

737 BRASL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153.... pp. 204-205.

738 SILVA SÁNCHEZ, ¿Nullum Crimen Sine Poena?.... pp. 162-165.

seguridad cognitiva a víctimas reales y potenciales. Sería en este punto –y no en lo anterior– en lo que habría que profundizar.

Nesse sentido, e tendo como guia aquilo que foi indicado por Bobbio como “dever de coerência”, não parece desarrazoado afirma-se a impossibilidade jurídica da derrogação da Lei de Anistia. Que reste evidenciado o ponto nodal do argumento: impossibilidade jurídica, nem política ou moral, pois, como já afirmado, a internalização das obrigações internacionais em matéria penal devem ser filtradas pelos princípios e fundamentos que o Direito Penal que o Estado Democrático de Direito interpõe como cláusulas de contenção de um poder que, não fossem essas normas, seria, em tudo, incontrolável.

CONCLUSÃO

No presente trabalho buscou-se comprovar, a partir de uma interpretação dos diversos fundamentos políticos e jurídicos subjacentes ao tema que, de fato, existe para o Estado brasileiro uma obrigação de tipificar o desaparecimento forçado de pessoas na forma de um crime autônomo, seja na forma comum, seja na forma de um crime contra a humanidade.

Referida conclusão justifica-se a partir dos seguintes fundamentos:

A) O Brasil ratificou integralmente os principais instrumentos internacionais – o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado – que, direta – as convenções específicas sobre a matéria – e indiretamente – o Estatuto -, estabelecem a obrigação de tipificar o desaparecimento forçado de pessoas. Assim, em razão dos princípios *pacta sunt servanda* e *bona fide*, impõe-se, juridicamente, a obrigação de exatidão de referidas obrigações.

Como demonstrado, a principal diferença entre as fontes convencionais é que as convenções sobre o desaparecimento forçado determinam a tipificação desse crime em caráter ordinário e *qua* crime contra a humanidade, considerando-se que somente na hipótese de um ataque geral ou sistemático à população civil atrairia referida qualificação, consoante o disposto no Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Nesse sentido, seria salutar, em sede de política criminal e legislativa, que as duas formas nas quais se manifesta o desaparecimento forçado de pessoas fossem regulados por leis específicas, especialmente em razão de a regulação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional não abranger, somente, a tipificação interna dos crimes internacionais, mas também o regime de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e os demais Estados, bem como, e principalmente, com o Tribunal Penal Internacional.

No que tange, entretanto, ao desaparecimento forçado na forma de crime ordinário, tal medida poderia ser alcançada pela sua inclusão em tipo autônomo no Código Penal. Esta asseveração – a reforma da legislação nacional -, teria, no entanto, um efeito negativo decorrente, dentre outros fatores, do isolamento do tipo penal em relação a outros crimes internacionais próprios já tipificados no ordenamento pátrio – o genocídio e a tortura -, do que poderia decorrer, de um lado, num tratamento assistemático de referidos crimes, e doutro lado na ausência de uniformidade sobre a matéria, com perda de racionalidade jurídica e a

possibilidade de ofensa ao princípio da isonomia no tratamento de crimes que, à luz do Direito Penal Internacional, são qualificados como especialmente graves e sobre os quais incide idêntico juízo de reprovabilidade, muito embora, em abstrato, possam ser cominadas penas distintas.

Assim, acolhendo a tese central da análise feita por Fragoso em suas críticas ao projeto Hungria com relação à alocação do genocídio como um crime contra pessoa no Código Penal de 1969, seria realmente importante a reforma do Código Penal brasileiro para, em título próprio, tipificar os crimes de transcedência internacional previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

B) Referida medida, a tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas, também encontra justificativa no âmbito da política criminal, seja a partir de uma análise dos princípios constitucionais incidentes sobre a matéria, em especial o registro de aprendizagem contido no artigo 5º, §2º da Constituição de 1988, seja que no alude, doutro polo, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade em matéria penal na tutela de bens jurídicos. Nesse sentido, considerando-se a reconhecida lesividade do comportamento, que viola, de forma grave, a direitos individuais com assento constitucional e internacional, particularmente em razão do especial fim de agir que identifica o desaparecimento forçado de pessoas, isto é, privar a pessoa da proteção legal mediante condutas, comissivas ou omissivas, absolutamente incompatíveis com os postulados fundamentais do Estado de Direito, têm-se presente aqueles dois elementos que justificam a incriminação do comportamento, vale dizer, o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, principalmente se se considerar que o desaparecimento forçado de pessoas também é meio para se tornar possível a prática de outras formas de criminalidade política tão ou mais graves quanto ele, a saber, a tortura, a execução extrajudicial e outras formas de abuso.

C) Como uma decorrência dessa fundamentação derivada da política criminal, resta também caracterizada a insuficiência do crime de sequestro – em sua forma simples ou qualificada –, para a persecução do comportamento:

a) a uma, em razão do sequestro ser um tipo penal que tutela tão somente a liberdade pessoal, enquanto que o desaparecimento forçado de pessoas tutela aos direitos à liberdade pessoal, o direito de informação e o direito à tutela jurídica da liberdade;

b) a duas porque o sequestro se constitui em um crime comum, enquanto o desaparecimento forçado de pessoas é, por sua própria definição internacional, próprio;

c) a três, em razão de o desaparecimento forçado de pessoas não exigir, desde o início da detenção, a sua ilegalidade, o que se dá, portanto, com o sequestro;

d) a quatro, em razão de o sequestro constituir-se, por definição, num dos meios para a prática do desaparecimento forçado de pessoas, que deste último se distingue em razão do especial fim de agir; e

e) a cinco, porque no desaparecimento forçado de pessoas, o agente público será sancionado não somente pela privação da liberdade, mas também pela recusa em prestar informações verdadeiras acerca do destino ou paradeiro da vítima, tenha ele participado ou não da ação de detenção. Em outros termos, o sujeito passivo no desaparecimento forçado de pessoas é punido por omitir ou prestar informações sobre o destino ou paradeiro da vítima em razão de ser um dever de ofício, enquanto que no sequestro essa exigência não pode constar no tipo penal, principalmente porque, com isso, se violaria o princípio que veda a autoincriminação.

D) No que toca ao tema da derrogação da lei de anistia de 1979, principalmente no que concerne ao crime de sequestro *qua* desaparecimento forçado de pessoas, conforme defendido por seus apoiadores bem como decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros v. Brasil*, entende-se que referida medida é incompatível com diversos princípios fundamentais do sistema jurídico-penal brasileiro e internacional, em especial os da irretroatividade da lei, da legalidade penal em sentido estrito, que veda a eficácia incriminadora dos costumes e da segurança jurídica. Em outros termos, existindo uma antinomia real entre as decisões do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, que denegou o pedido de derrogação da lei de anistia em relação aos agentes do sistema persecutório nacional que haviam praticado crimes de transcendência internacional, e a da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que declarou, a partir de um controle de convencionalidade, a nulidade da norma, o único critério razoável para se solver a antinomia é o “dever de coerência”, no caso em apreço, aplicado a partir da cláusula *pro homine* em sua máxima “*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”.

É preciso considerar, ademais, que a não derogabilidade da lei de anistia não implicará, de fato, em causa de cerceamento do direito à verdade ou de compensação histórica e econômica das vítimas e/ou seus familiares, na medida em que referidos institutos prescindem, absolutamente, do processo penal.

Se a essência do Direito Penal Internacional, nomeadamente em sede de crimes internacionais próprios, como é o caso do desaparecimento forçado de pessoas, é que os Estados, no exercício de suas jurisdições nacionais, cooperem na prevenção de referidos ilícitos, pois, sendo a persecução nacional [*domestic*] dos crimes internacionais vital para a

emergência do sistema penal internacional de justiça, é porque, somente com a efetiva participação dos mesmos se permitirá que, de um lado, tais crimes sejam adequadamente sancionados, e de outro lado, que o ruído decorrente da persecução penal internacional através dos tribunais internacionais seja o menor possível, especialmente o Tribunal Penal Internacional, dado o seu caráter subsidiário. Em outros termos, o ruído somente aumentará se e quando os Estados, descumprindo com seus deveres e obrigações internacionais, permitirem que os autores dos crimes mais graves contra a sociedade internacional gozem de um regime de impunidade decorrente de suas (in)ações contrárias aos valores comuns da humanidade.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*, 3 v. V. 2, 3 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *Stasis*, tradução de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier, DANNER, Leno Francisco. *Filosofia do Direito e Contemporaneidade*, Porto Alegre: Fi, 2015, pp. 17-34.

AGO, Roberto. *Le délit international*, RCADI, vol. 39, 1939, pp. 415-554.

AKERURST, Michael, MALANCZUK, Peter (Org.). *Akehurt's modern introduction to international law*, 17 ed. New York: Routledge, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTMAN, Amnon. *Tracing the earliest recorded concepts of International Law: the ancient Near East (2500-330 BCE)*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.

AMBOS, Kai *et al.* (Orgs). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*, Bogotá: Temis, 2009.

_____. KARAYAN, Monica. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2 ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

_____. *A parte geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*, tradução de Carlos E. A. Japiassú e Daniel Andrés Raizman, São Paulo: RT, 2008.

_____. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional, tradução de Alexandra Rosado, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 12, n. 49, São Paulo: RT, 2004, pp. 48-88.

_____. *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa*, in AMBOS, Kai *et al.* (Orgs). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*, Bogotá: Temis, 2009, pp. 198-255.

_____. *Processando crimes internacionais em nível nacional e internacional: justiça x Realpolitik*, in JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano (Org). *Direito penal internacional estrangeiro e comparado*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 86-88.

_____. *Treatise on International Criminal Law*, 2 v. V. 2: The Crimes and Sentencing, Oxford: Onxford University Press, 2014.

APPLEBAUM, Anne. *Gulag: a history of the soviet concentration camp*, New York: Knoph Doubleday, 2003.

Comentado [R-11]: Trata-se de capítulo de livro, conforme indicado.

ARENDR, Hannah. *As origens do totalitarismo*, tradução de Roberto Raposo, São Paulo: Cia das Letras, 1989.

_____. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, tradução de José R. Siqueira, São Paulo: Cia das Letras, 1999.

_____. *Responsabilidade coletiva*, in ARENDR, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*, tradução de Rosaura Eichenberg, São Paulo: Cia das Letras, 2004.

ÁVILA, Humerto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003.

BANTEKAS, Ilias, NASH, Susan. *International Criminal Law*, 3th ed., London: Routledge Cavendish, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARBOZA, Julio. *International Criminal Law*, RCADI, vol. 287, 1999, pp. 13-199.

BASSIOUNI, M. Cherf. *Expert legal opinion on the relationship between extradition and domestic prosecution: aut dedere aut judicare*. Extradition request by the Government of Kazakhstan in re: Rakhata Aliyev et al. Disponível em <http://tagdyr.net/wp-content/uploads/2011/01/Expert-Legal-Opinion-on-the-Relationship-between-Extradition-and-Domestic-Prosecution-Aut-Dedere-aut-Judicare-2.pdf>, acesso em: 20 set. 2014.

_____. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law* 42, n. 81, fall 2001.

_____. *Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

_____. Crimes against humanity: the case for a specialized convention. *Washington University Global Studies Law Review* vol. 9, n. 4, 2010, pp. 575-593.

_____. International crimes: *jus cogens* and obligation *erga omnes*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n. 4, 1996, pp. 63-74.

_____. *Introduction to International Criminal Law*: second revised edition, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

_____. *The perennial conflict between international criminal justice and realpolitik*, 38th Henry J. Miller Distinguished Lecture, Georgia State University College of Law, disponível em http://law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf, acesso em: 15 mai. 2012.

BATISTA, Nilo. Aspectos jurídico-penais da anistia, *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 26, jul/dez 1979, pp. 33-37.

_____. *Nota introdutória*, in DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio, SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*, São Paulo: Saraiva, 2010.

BAZELAIRE, Jean-Paul, CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*, tradução de Luciana Pinto Venâncio, Barueri: Manole, 2004.

BBC BRASIL. “Acusado por 40 mil mortes, ‘Pinochet da África’ vai a julgamento”, disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150720_africa_pinochet_ebc, acesso em: 20 jul. 2015.

BECCARIA, Cesare. *Opere*, 2 v. V. 1, Firenze: Sansoni, 1958.

BENITEZ, Gisela Maria Bester. O controle de constitucionalidade jurisdicional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso à justiça constitucional. Análise comparativa no âmbito do direito processual constitucional, *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2003*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, pp. 255-281.

BIANCHI, Andrea. *Enforcing international law norms against terrorism*, Portland: Hart Publishing, 2004.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*, 4 v. V. 2, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Código Penal Anotado*, 2 ed., São Paulo: RT, 1999.

_____. *Manual de Direito Penal: parte geral*, 5 ed., São Paulo: RT, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *O problema da guerra e as vias da paz*, tradução de Álvaro Lorencini, São Paulo: UNESP, 2003.

_____. *O terceiro ausentes: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*, tradução de Daniela B. Versani, Barueri: Manole, 2009.

_____. *Presente e futuro dos direitos do homem*, in BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 45-65.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*, tradução de Maria C. C. L. dos Santos, 10 ed., Brasília: Ed. UNB, 1997.

BONAFE, Beatrice I. *The relationship between State and individual responsibility for international crimes*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

BRASIL. COMISSÃO ESPECIAL SOBRE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS. *Direito à memória e à verdade*: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, Brasília: SEDH/PR, 2007.

_____. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Relatório*, 4 v. V. 3: Mortos e Desaparecidos Políticos, Brasília: CNV, 2014.

BROOK, Timothy. *O chapéu de Vermeer: o século XII e o começo do mundo globalizado*, tradução de Maria B. de Medina, Rio de Janeiro: Record, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto *et al.* (Orgs.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*, San José, C.R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

_____. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*, 2 v. V. I, 2 ed., Porto Alegre: SAFE, 2003, pp. 340-443.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, s/ed., Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPS, Patrick, EVANS, Malcolm, KONSTADINIDIS, Stratos (Org.). *Asserting jurisdiction: International and european legal approaches*, Oxford: Hart Publishing, 2003.

CASSESE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*, tradução de Silvio Antunha, Barueri: Manole, 2004.

_____. *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?*, in CASSESE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*, tradução de Silvio Antunha, Barueri: Manole, 2004.

_____. *International Law*, 2th ed., Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale*, 2 v. V I, Bologna: Il Mulino, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHILE. Programa de Derechos Humanos. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *Informe de la Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura*, disponível em <http://www.ddhh.gov.cl/filesapp/informecomisionfase2.pdf>, acesso em: 20 mar. 2015.

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, São Paulo: RT, 1995.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, N. 6: Desaparición Forzada, San Jose de Costa Rica: CIDH/DANIDA, 2014.

CLARIN. “Una duda histórica: no se sabe cuántos son los desaparecidos”, disponível em <http://edant.clarin.com/diario/2003/10/06/p-00801.htm>, acesso em: 20 mar. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*, http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf, disponível em acesso em: 20 dez. 2015.

COELHO, Lauro Machado. *Anna, a voz da Rússia: vida e obra de Anna Akhmátova*, São Paulo: Algor, 2008.

COMELLAS AGUIRREZÁBAL, Maria Teresa. La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009: racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad?. *Anuário Español de Derecho Internacional* vol 26, 2010, pp. 61-110.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*, tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre: SAFE, 1988.

CONDÉ, H. Victor. *A handbook of international human rights terminology*, 2th ed., Lincoln: University of Nebraska Press, 2004.

COSTI, Alberto. Hybrid tribunals as a valid alternative to international tribunals for the prosecution of international crimes, *Human Rights Research Review* vol 3, 2005, pp. 1-26, disponível em <http://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcpl/publications/human-rights-research-journal/publications/vol-3/Costi.pdf>, acesso em: 20 mar. 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O estado e a obrigação de indenizar*, São Paulo: Saraiva, 1980.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

CRYER, Robert *et al.* *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

_____. International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round? *The European Journal of International Law* v. 16, n. 5, 2006.

ALFLEN DA SILVA, Pablo R. *O Tribunal Penal Internacional: antecedentes históricos e o novo código penal internacional alemão*, in KREß, Claus *et al.* *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo código penal internacional alemão*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

DANNER, Allison Marsten, SIMMONS, Beth. *Sovereignty costs, credible commitments, and the International Criminal Court*. Disponível em www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/DannerSimmons07.pdf, acesso em: 10 jun. 2013.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. *Direito penal internacional, estado constitucional e o problema da mitigação da soberania na persecução dos crimes internacionais próprios*, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Temas escolhidos sobre a internacionalização do Direito Penal*, Porto Alegre: Fi, 2015, pp. 19-88.

_____. *Da inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal por violação ao princípio ne bis in idem*, Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-31.

_____. *A internacionalização do direito penal: uma aproximação a partir do crime de lavagem de capitais*, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Temas escolhidos sobre a internacionalização do Direito Penal*, Porto Alegre: Fi, 2015, pp. 130-163.

_____. *A internacionalização do direito da execução penal: em que(quais) sentido(s)?*, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Temas escolhidos sobre a internacionalização do Direito Penal*, Porto Alegre: Fi, 2014, pp. 274-306.

_____. *Guerra ao terror: da biopolítica à bioguerra*, Porto Alegre: Fi, 2014.

- DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*, 5 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*, tradução de Maria Ermantina de A. P. Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DIÁRIO JUDICIAL. Fayt, voto a voto, disponível em <http://www.diariojudicial.com/nota/72506>, acesso em: 20 mai. 2016.
- DIETER, Maurício Stegemann. “O excesso punitivo e mais um erro legislativo”, in GAZETA DO POVO, Caderno Opinião, disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/o-excesso-punitivo-e-mais-um-erro-legislativo-39mztmjaiplxfl594c7lzje28>, acesso em: 16 jan. 2016.
- DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio, SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*, São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*, 3ª ed., tradução de Mauro R. de Mello, Barueri: Monele, 2004.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*, 6 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *L'action publique et l'action civile dans les rapports de Droit Pénal International*, RCADI, v. 26, 1929, pp. 207-310.
- DOTTI, René Ariel. Os caminhos da reforma e o direito a constituir, *Revista de Informação Legislativa*, a. 15, n. 59, jul/set, Brasília, 1978, pp. 37-52.
- EHRENFREUND, Norbert. *The Nuremberg legacy: how the nazi war crimes trials changed the course of history*, New York: Palgrave MacMillan, 2007.
- EL MUNDO. “La violación, última “arma de guerra” en Síria”, disponível em <http://www.elmundo.es/internacional/2013/12/09/52a59d22684341eb638b458b.html>, acesso em: 09.dez. 2013.
- _____. “Violar mujeres, el salario de un miliciano de Sudán del Sur”, disponível em <http://www.elmundo.es/internacional/2016/03/11/56e2aa0fca474187588b458b.html>, acesso em: 11 mar. 2016.
- EL PAÍS. “Un informe médico exige a Ríos Montt de ir a un segundo juicio”, disponível em http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/08/actualidad/1436374484_749667.html, acesso em: 08 jul. 2015.
- ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. *Guia de estudos: Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo e Lavagem de Dinheiro*. Disponível em <http://www.ri.pucminas.br/minionu/Guia-UNODC.pdf>, acesso em 20 jul. 2012.
- EURONEWS. “União Africana acusa TPI de “caça racial” aos líderes africanos”, disponível em <http://pt.euronews.com/2013/05/28/uniao-africana-acusa-tpi-de-caca-racial-aos-lideres-africanos/>, acesso em: 28 mai. 2013.

FALL, Mbacké. *The Extraordinary African Chamber: the case of Hissène Habré*, in WERLE, Gerhard, FERNANDEZ, Lovell, VORMBAUN, Moritz. *Africa and the International Criminal Court*, Hague: T. M. C. Asser Press, 2014, pp. 117-131.

FASANO, Renata Rossina. *A competência repressiva universal no Direito Internacional Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

FELLMETT, Aaron X., HORWITZ, Maurice. *Guide to latin in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2 ed., tradução de Juarez Tavares *et al.*, São Paulo: RT, 2006.

_____. La esfera del indecible y la división de poderes, tradução de Miguel Carbonell, *Estudios Constitucionales*, año 6, n. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008, pp. 337-343.

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L.. *Os crimes contra a humanidade no actual Direito Internacional Penal*, Coimbra: Almedina, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 31 ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, André da Rocha *et al.* *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, UFRGS Model United Nations Journal, v. 1, 2013, pp. 202-221, <http://www.ufrgs.br/ufrgsmun/2013/wp-content/uploads/2013/10/The-obligation-to-extradite-or-prosecute-aut-dedere-aut-judicare.pdf>, acesso em: 20 set. 2014.

FINUCANE, Brian. *Enforced disappearances as a crime under International Law: a neglected origin in the laws of war*, Yale Journal of International Law, vol 35, n. 1, 2009, pp. 171-197.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *A reforma da legislação III*, disponível em http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo48.pdf, acesso em: 20 mai. 2013.

_____. Genocídio, *Revista de Direito Penal* 09/10, Rio de Janeiro/São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, pp. 27-36.

_____. Subsídios para a história do novo Código Penal, *Revista de Direito Penal* n. 3, Rio de Janeiro: Borsoi, jul/set 1971, pp. 7-12.

GADDIS, John Lewis. *The cold war: a new history*, New York: The Penguin Press, 2005.

GALAIN PALERMO, Pablo, *Informes Nacionales: Uruguay*, in AMBOS, Kai *et al* (Orgs). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*, Bogotá: Temis, 2009, pp. 135-179.

GALATELLY, Robert, KIERNAN, Ben (Orgs). *The specter of genocide: mass murder in the historical perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GEIGER, Hansjörg. *O Tribunal Penal Internacional e os aspectos do novo código penal internacional alemão*, tradução de Pablo A. Silva in KREß, Claus *et al.* *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo código penal internacional alemão*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRAVEN, Jean. *Le crimes contre l'humanité*, RCADI, v. 76, 1950, pp. 427-605.

GRUCHMANN, Lothar. "Nacht-und-Nebel" Justiz. Die mitwirkung deutscher strafgerichte an der bekämpfung des Widerstandes in den Besetzten Westeuropäischen Ländern 1942-1944, *Jahrgang* 29, 1981, Heft 3, pp. 342-396, disponível em http://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1981_3_2_gruchmann.pdf, acesso em: 20 jan. 2012.

GUASTINI, Riccardo. *Estudos de teoria constitucional*, tradução de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, Porto Alegre: Fi, 2015 (no prelo).

GUGGENHEIM, Paul. *Contribution a l'histoire des sources du Droit des Gens*, RCADI, vol. 94, 1958.

_____. *Les principes de droit international*, RCADI, v. 80, 1952.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. *Informes Nacionales: Chile*, in AMBOS, Kai *et al* (Orgs). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*, Bogotá: Temis, 2009, pp. 55-75.

HÄBERLE, Peter, KOTZER, Markus. *De la soberanía al Derecho Constitucional Común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, tradução de Héctor Fix-Fierro, Ciudad de Mexico: UNAM, 2003.

_____. *El Estado Constitucional*, tradução de Héctor Fix-Fierro, Ciudad de Mexico: UNAM, 2003.

_____. *O Estado Constitucional Cooperativo*, tradução de Marcos A. Maliska e Elisete Antoniuk, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HAGAN, John. *Justice in the Balkans: prosecuting war crimes in the Hague tribunal*, Chicago: The University Chicago Press, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: SAFE, 1998.

HODGKINSON, Peter, SCHABAS, William A (Eds.). *Capital Punishment: strategies for abolition*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL NUREMBERG. *Trial of the major war criminals before the International Military Tribunal*, 20 v. V. I: Official Documents, Nuremberg: IMTN, 1947.

JACKSON, Richard, MURPHY, Eamon, POYNTING, Scott (Orgs.). *Contemporary State Terrorism: theory and practice*, London: Routledge, 2010.

JACKSON, Richard, MURPHY, Eamon, POYNTING, Scott. *Terrorism, the state and the study of political terror*, in JACKSON, Richard, MURPHY, Eamon, POYNTING, Scott (Orgs.). *Contemporary State Terrorism: theory and practice*, London: Routledge, 2010, pp. 1-6.

JANKOV, Fernanda F. F. *Direito Internacional Penal: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2009.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano, ADRIANO, Alexandra Rosa. *O Tribunal Penal Internacional: dificuldades para sua implementação no Brasil*, Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes, vol. 10, Rio de Janeiro, 2005, pp. 107-128.

_____. MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira, *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 1, vol. 1, junho de 2013, p. 23, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7141>, acesso em: 20 mar. 2014.

_____. O princípio ne bis in idem no Direito Penal Internacional, *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, n. 4, 2003, pp. 91-122.

_____. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich. O objeto do Direito Penal Internacional e sua mais recente evolução, tradução de Nilo Batista, *Revista de Penal* n. 6, Rio de Janeiro: Borsoi, abril/junho de 1972, pp. 7-20.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal: parte geral*, 4 v. V. I, 32 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

JORDA, Claude. *Valores comuns da humanidade: o ponto de vista jurídico*, in CASSESSE, Antonio. DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*, tradução de Silvio Antunha, Barueri: Manole, 2004, pp 73-84.

JOSÉ BREMER, Juan. *De Westfalia a post-Westfalia: hacia un nuevo orden internacional*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

KADELBACH, Stefan. *Jus cogens, obligations erga omnes and other rules – The identification of fundamental norms*, in TOMUSCHAT, Christian, THOUVENIN, Jean-Marc (Eds). *The fundamental rules of the international legal order*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 21-39.

KELMAN, Herbert C. *The policy context of international crimes*, in NOLLKAEMPER, André, DER WILT, Harmen van. *System criminality in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 26-41.

KELSEN, H. *Les rapports des Systèmes entre droit interne et Droit International Public*, RCADI, v. 14, 1926.

_____. *Théorie du Droit International Public*, RCADI, v. 84, 1953.

_____. Will the Judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in International Law? *International Law Quarterly*, v. 1, n. 2, summer 1947, pp. 153-171.

KENEZ, Peter. *A history of the Soviet Union from the beginning to the end*, 2th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KLEINEN, Thomas. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht: einer idealistischen Völkerrechtslehre*, Heildeberg: Springer, 2012.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo, *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, 2013, p. 141-184.

KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and the expansion of International Law - Report of the Study Group of the International Law Commission*. UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006.

KOTZUR, Markus. A soberania hoje: palavras-chave para um diálogo europeu-latino-americano sobre um atributo do Estado Constitucional moderno, tradução de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira e Gabriel Gualano de Godoy, *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-19.

LANDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG RHEINLAND-PFALS. *Die Gedenkstätte SS-Sonderlager/KZ Hinzert*, disponível em <http://politische-bildung-rlp.de/fileadmin/download/Hinzert-d.pdf>, acesso em: 20 jan. 2014.

LEROUX-MARTIN, Phillipe. Lições sobre a negociação da Bósnia, ESTADÃO, Caderno Internacional, disponível em <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,licoes-da-negociacao-sobre-a-bosnia,1121639>, acesso em: 20 fev. 2015.

LIJIANG, Zhu. *The principle of complementarity in Rome Statute and universal jurisdiction of States*, Dissertação de Mestrado (University of Lund/Faculty of Law/Master Degree in International Human Rights Law), 2005, 76 pp.

LIMA, João André. *A harmonização do Direito Privado*, Brasília: FUNAG, 2008.

LOCK, Grahame. *Ringing the changes: mutations in the idea of political change*, in KERSBERGEN, Kees van *et al* (Orgs.). *Expansion and fragmentation: internationalization, political change and the transformation of the Nation State*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 1999, pp. 23-42.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Informes Nacionales: Colombia*, in AMBOS, Kai *et al* (Orgs.). *Desaparición forzada de personas: análisis comparativo e internacional*, Bogotá: Temis, 2009, pp. 77-97.

MACEDO, Paulo Emílio Borges de, COSTA PINTO, Paulo Edvandro. Monismo e dualismo além dos tratados: a internalização das Resoluções do Conselho de Segurança, *Revista Quaestio Iuris*, 2012, pp. 1-14.

_____, PONTES, Jean Rodrigo Ribeiro de. *Hans Kelsen e a prevalência do Direito Internacional: um lugar para a Grundnorm*, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier,

DANNER, Leno Fernando (Orgs). *Filosofia do Direito e contemporaneidade*, Porto Alegre: FI, 2015, pp. 57-76.

MACIEL, David. *A aliança democrática e a transição política no Brasil*, in PINHEIRO, Milton (org.). *Ditadura: o que resta da transição*, São Paulo: Boitempo, 2014, pp. 223-249.

MARX, Karl. *O 18 de Brumário de Louis Bonaparte*, tradução de Nélio Schneider, São Paulo: Boitempo, 2015.

MAY, Larry. *Crimes against humanity: a normative account*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 2 v. V. I, 13 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Direito Penal e Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América Latina, *Revista Política e Justiça de Transição*, v. 4, jul-dez/2010, pp. 140-155.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulos Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 4 ed., São Paulo/Brasília: Saraiva/IDP, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. *La desaparición forzada de personas em América Latina*, in CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto *et al* (Orgs.). *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*, San José, C.R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 65-129.

MOREILLON, Jacques. The International Committee of the Red Cross and the Protection of Political Detainees, *International Review of the Red Cross*, n. 164, nov 1974, Geneva: J.-G. Lossier, pp. 585-595.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo*, tradução de Peter Neumann, São Paulo: RT, 2004.

_____. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*, tradução de Peter Neumann, São Paulo: Max Limonad, 1998.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. “Julgamento do ex-líder do Chade é ‘um marco para a justiça na África’, afirma ONU”, disponível em <http://nacoesunidas.org/julgamento-do-ex-lider-do-chade-e-um-marco-para-a-justica-na-africa-afirma-onu/>, acesso em: 21 jul. 2015.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: the classical International Law on State responsibility and the traditional primacy of a bilateral conception of inter-state relations, *European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, 2002, pp. 1308-1908.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas:*

introdução e recomendações, San José da Costa Rica: OEA, 2014, p. 4, disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>, acesso em: 20 dez. 2015.

PABÓN, José M. (org). *Diccionario Manual Griego: griego clásico-español*, Madri: Vox, 1967.

PÁGINA 12. “Luto en el infierno: murió Saint Jean, el que quería matar a todos”, disponível em <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-205033-2012-10-06.html>, acesso em: 06 out. 2012.

PALMA, Alessandra. *Il diritto Internazionale Penale e la giuridizione internazionale*, disponível em http://www.diritto.it/osservatori/diritti_umani/palma.html, acesso em: 20 jan. 2014.

PASTOR RIDRUEJO, Jose Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 14 ed., Madri: Tecnos, 2014.

PELLET, Alain. Can a State commit a crime? Definitely, yes! *European Journal of International Law*, vol. 10, n. 2, 1999, 425-434.

PEREIRA, Vany Leston Pessyone. Os direitos humanos na Corte Interamericana: o despertar de uma consciência jurídica universal, *Revista Liberdades*, n. 2, São Paulo: IBCCRIM, setembro-dezembro/2009, pp. 25-39.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito Internacional Penal: imunidades e anistias*, São Paulo: Manole, 2012.

PESSOA, Mário. *O direito da Segurança Nacional*, Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército/São Paulo: RT, 1971.

PINHEIRO, Milton (org.). *Ditadura: o que resta da transição*, São Paulo: Boitempo, 2014.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Continuidade autoritária e construção da democracia: relatório final*, São Paulo: NEV/USP, 1999.

PIOVESAN, Flávia, SALLA, Fernando. *Tortura no Brasil: pesadelo sem fim?* *Ciência Hoje*, outubro 2001, pp. 30-34.

_____. *Direitos Humanos e justiça internacional*, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

POLIAN, Pavel. *Against their will: the history and geography of forced migrations in the URSS*, tradução de Anna Yastrzhembska, Budapest: Central European University Press, 2004.

PORTO, Hermínio A. Marques. Direito Penal Internacional e o Julgamento de Nuremberg, *Revista Justitia*, 57/57, 1967, pp. 57-75.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, 4 v. V. I, 11 ed., São Paulo: RT, 2012.

PRINCETON UNIVERSITY. *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, disponível em https://lpa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf, acesso em: 20 jan. 2011.

PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*, tradução de Cláudia V. Garcia e José C. N. P. Neto, São Paulo: RT, 2007.

RAMOS, André Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, jan/dez 2009, pp. 241-286.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

RAÓ, Vicente. *O direito e a vida do direito*, 5 ed., São Paulo: RT, 1999.

RELLER-ROAZEN, Daniel. *The enemy of all: piracy and the law of the nations*, New York: Zone Books, 2009.

REPÚBLICA ARGENTINA. *Nunca más!* Informe CONADEP, Septiembre de 1984, disponível em <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/articulo/nuncamas/nmas2a01.htm>, acesso em: 20 set. 2011.

REPÚBLICA DE PORTUGAL. PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. *Direitos Humanos: A Carta Internacional de Direitos Humanos*, Ficha Informativa n. 02, Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001, 92 pp.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*, tradução de Sandra Regina M. Vial, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

REZENDE E SILVA, Arthur Vieira de. *Phrases e curiosidades latinas*, 4 ed., Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1954.

RONZITTI, Natalino. *The legality of covert operations against terrorism in foreign States*, in BIANCHI, Andrea. *Enforcing international law norms against terrorism*, Portland: Hart Publishing, 2004.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito, *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, jan/jun 2004.

_____. *A identidade do sujeito constitucional*, tradução de Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, 2 v. V. 1, tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Madri: Civitas, 1997.

_____. *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, 2ª ed., tradução de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

RUBIN, Alfred P. *Actio popularis, jus cogens, and offenses erga omnes*. *New England Law Review*, vol. 35, n. 2, 2001, pp. 265-280.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*, Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2011.

SANTOS, Marcelo. *O poder norte-americano e a América Latina no pós-guerra fria*, São Paulo: Annablume-FAPESP, 2007.

SCHABAS, William A. *An introduction to International Criminal Court*, 4th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

_____. *Genocide in International Law: the crime of crimes*, 2th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

_____. *International law and the death penalty: reflecting or promoting change?*, in HODGKINSON, Peter, SCHABAS, William A (Eds.). *Capital Punishment: strategies for abolition*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 36-62.

SCHLÜTTER, Birgit. *Developments in customary International Law: theory and the practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.

SCHWELB, Egon. The actio popularis and International Law, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 2, 1972, pp. 46-56.

SCOVAZZI, Tullio, CITRONI, Gabriella. *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.

SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. SECRETARIA NACIONAL DE JUVENTUDE. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*, Brasília: Presidência da República, 2015, disponível em http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf, acesso em: 20 dez. 2015.

SEOANE, Maria, MULEIRO, Vicente. *El dictador: la historia secreta y pública de Jorge Rafael Videla*, Buenos Aires: Sudamerica, 2001.

SHAW, Malcolm. *International Law*, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, 2^a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, ns. 86-87, 2008, pp. 149-171.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público: parte geral*, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2004.

SOLZHENITSYN, Aleksandr. *Archipiélago Gulag (1918-1956)*, tradução de Josep M. Güel y Enrique F. Vermet, Barcelona: Tusquets Editores, 1998.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: parte geral*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

STERN, Brigitte. *A propos de la compétence universelle...*, in YAKPO, Emile, TAHAR, Boumedra. *Liber amicorum Judge Mohammed Badjaoui*, Hague: Kluwer Law, 1999, pp. 735-754.

STESSENS, Guy. *Money laundering: a new International Law enforcement model*, 2th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SUMMERS, Sarah J. *Fair trails: the european criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2007.

SURLAN, Tijana. *Ne bis in idem in conjunction with the Principle of Complementarity in the Rome Statute*. Disponível em http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Surlan_800.pdf, acesso em 01 jul. 2012.

SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert. *Punição para os crimes da ditadura: contornos do debate*, in DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio, SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*, São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 2 ed., São Paulo: Saraiva: 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoría del injusto penal*, Montevideo: BdeF, 2010.

TAVERNIER, Paul. *L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?*, in TOMUSCHAT, Christian, THOUVENIN, Jean-Marc (Eds). *The fundamental rules of the international legal order*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 1-20.

TEIXEIRA, H. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1991.

TOMUSCHAT, Christian, THOUVENIN, Jean-Marc (Eds). *The fundamental rules of the international legal order*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

_____. *Obligations arising for States without or against their will*, RCAD, vol. 241, 1993.

_____. The legacy of Nuremberg, *Journal of International Criminal Justice*, n. 4, 2006, pp. 830-844.

TRIEPEL, H. *Le rapports entre le droit interne et le Droit International*, RCADI, v. 1, 1923.

TYLER, Wilder. Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, *Revista Por el Imperio del Derecho*, vols. 62-63 (Impunidad, Crimen de Lesa Humanidad, Desaparición Forzada), Lima: Louise Doswald-Beck, julio 2001, n. 62-63, pp. 65-69.

UNITED NATIONS. ASSEMBLEA GENERAL. COMISSIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria: misión Brasil*, Consejo de Derechos Humanos, 27º Período de Sesiones, 25 junio de 2014, disponível em <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/01/Brasil-Detenci%C3%B3n-Arbitraria.pdf>, acesso em : 20 dez. 2015.

UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, with commentaries, 2001, disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, acesso em: 20 out. 2007.

_____. *First report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur*, disponível em http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_490.pdf&lang=EFSX, acesso em: 20 jul 2015.

_____. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada em su 28º período de sesiones*, disponível em http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_31_10.pdf&lang=EFS, acesso em: 20 jul. 2015.

_____. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001*, Disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf, acesso em: 20 set. 2002.

_____. *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, Final Report of the International Law Commission 2014, disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf, acesso em: 20 set. 2014.

_____. *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, Preliminary report, by Mr. Zdzislaw Galicki, Special Rapporteur, disponível em http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_571.pdf, acesso em: 20 set. 2014.

_____. *Yearbook of the International Law Commission, vol II, 1950*, pp. 374-378, disponível em http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf, acesso em: 20 fev. 2012.

UNITED NATIONS. *United Nations War Crimes Commission: Law Reports of Trial War Crimes*, 20 v. V. 6, London: The United Nations War Crimes Commission, 1948.

UNITED NATIONS. *United Nations War Crimes Commission: Law Reports of Trials of War Crimes*, 20 v. V. 12: The German High Command Trial, London: The United Nations War Crimes Commission, 1949.

UNITED STATES OF AMERICA. NUREMBERG MILITARY TRIBUNALS. *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10*, 8 v. V. III: The Justice Case, Washington: Government Printing Office, 1951.

VALADÃO, Haroldo. *Material de classe de Direito Internacional Privado*, 11 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VAN SCHAACK, Beth, SLYE, Ronald C. *Internacional Criminal Law: Essentials*, New York: Aspen Publishers, 2009.

VARELLA, Marcelo D., de Oliveira, Vitor Eduardo Tavares. Da unidade à fragmentação do direito internacional: o caso Mox Plant, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, jan/jun 2009, pp. 119-140.

VÁSQUEZ, Rodolfo. *Entre la libertad y la igualdad*. Introducción a la Filosofía del Derecho, Madri: Trotta, 2006.

VILLIGER, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

VITKAUSKAITE-MEURICE, Dalia, ŽILINSKAS, Justinas. The concept of enforced disappearances in International Law, *Jurisprudencija*, v. 2, 2010, Mykolo Romerio Universitetas, pp. 197-214.

WEIL, Prosper. *Le Droit International en quête de son identité*, RCADI, v. 237, 1992.

WERLE, Gerhard, NERLICH, Volker. *A punibilidade dos crimes de guerra de acordo com o direito alemão*, in KREß, Claus et al. *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo código penal internacional alemão*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

WERLE, Gerhardt. *Principles of International Criminal Law*, Hague: T.M.C. Asser Press, 2009.

WERTH, Nicolas. *The mechanism of a mass crime: the Great Terror in the Soviet Union, 1937-1938*, in GALATELLY, Robert, KIERNAN, Ben (Orgs). *The specter of genocide: mass murder in the historical perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 215-240.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*, 2 ed, Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*, 2 ed., RT: São Paulo, 2002.

ZWEIGERT, Korand, KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*, 2. v. V. I: principi fondamentali, trad. Barbara Pozzo, Milano: Giuffrè Editore, 1998.

Decisões Judiciais

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus 287.414/SP*, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014.

_____. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 46.933/SP*, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 18/12/2014.

_____. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 933/RJ*, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 5240*, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

_____. *ADPF 153*, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010.

_____. *Extradição 1079*, Relator p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009.

_____. *Extradição 1103*, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008.

_____. *Extradição 1150*, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011.

_____. *Extradição 1278*, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012.

_____. *Extradição 1293*, Relator Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, julgado em 11/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 12-08-2013 PUBLIC 13-08-2013.

_____. *Extradição 1300*, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 26-06-2013 PUBLIC 27-06-2013.

_____. *Extradição 1349*, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 02-03-2015 PUBLIC 03-03-2015.

_____. *Extradição 974*, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009.

_____. *Habeas Corpus 104410*, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.

_____. *Habeas Corpus 96007*, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013.

_____. *Habeas Corpus 96905*, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-146 DIVULG 29-07-2011 PUBLIC 01-08-2011.

_____. *Recurso Extraordinário 351487*, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2006, DJ 10-11-2006 PP-00050.

_____. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121835*, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 20-11-2015 PUBLIC 23-11-2015.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª Região. *Apelação Criminal 0040339-02.2001.4.01.0000/AM*, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, 3ª Turma, DJ p. 06 de 10/12/2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf, acesso em: 23 abr. 2012.

_____. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgement July 29, 1988 (Merits), disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf, acesso em: 20 jul.2004.

_____. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*, Sentencia de 5 julio de 2004 (Fondo), disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf, acesso em: 20 mai. 2014.

_____. *Caso Blake vs. Nicarágua*, Sentença de 24 enero de 1998 (Fondo), p. 26, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf, acesso em: 20 jun. 2013.

_____. *Caso Cantoral Benevides vs. Peru*, sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo), p. 37, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf, acesso em: 20 jan. 2016.

_____. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, Sentencia de 22 septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf, acesso em: 20 out. 2008.

_____. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, Sentença de 24 de novembro de 2010, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf, acesso em: 30 mar. 2011.

_____. *Caso Gómez Palomino v. Peru*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo), disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_esp.pdf, acesso em: 20 out. 2008.

_____. *Caso González Medina y familiares vs. Republica Dominicana*, Sentencia de 27 de febrero de 2012, p. 45, disponível em http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_240_esp.pdf, acesso em: 25 nov. 2015.

_____. *Caso Gordínez Cruz v. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo), disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf, acesso em: 20 jul. 2004.

_____. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo), disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf, acesso em: 20 jan. 2016.

_____. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*, Sentencia de 1 septiembre de 2010 (Fondo), disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf, acesso em: 20 fev. 2015.

_____. *Caso Molina Theissen v. Guatemala*, Sentencia de 4 mayo de 2004 (Fondo), disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_106_esp.pdf, acesso em: 20 out. 2008.

_____. *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, Sentencia de 23 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas) disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_274_esp.pdf, acesso em: 23 nov. 2014.

_____. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, Sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Fondo), disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf, acesso em: 20 mai. 2015.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>, acesso em: 25 jul. 2012.

_____. *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Separate Opinion of President Guillaume, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8128.pdf>, acesso em: 25 jul. 2012.

_____. *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), judgement of 26 February of 2007, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>, acesso em: 20 jan. 2012.

_____. *Case concerning military and paraimilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), Merits, Judgment of 27 JUNE 1986, p. 114, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>, acesso em: 20 jan. 2006.

_____. *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* (Belgium vs. Senegal), 20 July 2012. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>, acesso em: 30 dez. 2013.

_____. *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* (Belgium vs. Senegal), Separate Opinion of Judge Cañado Trindade, 20 July 2012. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17072.pdf>, acesso em: 30 dez. 2013.

_____. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Advisory Opinion of May 28 1951, p. 7, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>, acesso em: 31 jul 2007.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *The case of S. S. Lotus*, Série A, n. 10, de September 7th, 1927, disponível em http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf, acesso em: 30 jan. 2009.

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sala Segunda. *Sentencia 237/2005*, de 26 de septiembre. Recursos de amparo 1744-2003,1755-2003 y 1773-2003 (acumulados). *Promovidos por doña Rigoberta Menchú Tumm y otros frente a la Sentencia y Auto de las*

Salas de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, en causa por delitos de genocidio, terrorismo y torturas en Guatemala. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia penal): jurisdicción universal de los Tribunales españoles en materia penal. BOE n. 258 – Suplemento, Viernes 25/10/2005.

INTERNACIONAL CRIMINAL COURT. Pre-Trial Chamber I. *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, The Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, 16 July 2015, disponível em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc2015869.pdf>, acesso em: 19 jul. 2015.

_____. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, The Appeals Chamber, 14 December 2006, disponível em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc243774.PDF>, acesso em: 20 jan. 2015.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Apell Chamber. *Case Prosecutor vs Ratko Mladic*, disponível em <http://www.icty.org/x/cases/mladic/tjug/en/140415-summary.pdf>, acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Apell Chamber. *Case Prosecutor vs Radovan Karadzic*, disponível em http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/en/130711_judgement_rule98bis.pdf, acesso em: 10 de jan. 2012.

_____. *Carta do Secretário Geral da ONU ao Presidente do Conselho de Segurança das Nações Unidas de 24 de maio de 1994, contendo, anexo, o Relatório Final da Comissão de Expertos Estabelecida pela Resolução 780 (1992) do Conselho de Segurança.* Disponível em http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf, acesso em: 20 jan. 2010.

_____. *Case Information Sheet: The Prosecutor v. Gojko Janković & Radovan Stanković - “FOCA”* (IT-96-23/2), disponível em http://www.icty.org/x/cases/stankovic/cis/en/cis_jankovic_stankovic_en.pdf, acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Trial Chamber II. *Case Prosecutor vs POPOVIC, Vujadin et al (Srebrenica Case)*, disponível em <http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/en/100610judgement.pdf>, acesso em: 10 jan. 2012.

_____. Trial Chamber. *Prosecutor vs. Zoran Krupeski et al (Lasva Valley)*, disponível em <http://www.icty.org/x/cases/kupeski/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>, acesso em: 10 jan. 2016.

RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. Appeals Chamber. *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 26 September 2013, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/1389/SCSL-03-01-A-1389.pdf>, acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Trial Chamber II. *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 30 May 2012, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/1285/SCSL-03-01-T-1285.pdf>, acesso em: 20 jun. 2013.

UNITED KINGDOM. HOUSE OF LORDS. *Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*. Disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino01.htm>, acesso em: 10 jan. 2009.

Legislação, Resoluções e Tratados Internacionais

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956*, dossiê consolidado

http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87E7D75264E663555EFF402F4E365D1A.proposicoesWeb2?codteor=1221406&filename=Dossie+-PL+249/1951, acesso em: 01 nov. 2015.

_____. *Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992* – Atos internacionais. Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm, acesso em: 6 out. 2001.

_____. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002* – Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm, acesso em: 30 set. 2002.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 213*, de 15 de dezembro de 2015, disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>, acess em: 20 dez. 2015.

AFRICAN UNION. *Agreement between the Government of the Republic of Senegal and the African Union on the Establishment of Extraordinary African Chambers within the senegalese judicial system*, disponível em http://legal.au.int/en/sites/default/files/Agreement%20AU-Senegal%20establishing%20AEC-english_0.pdf, acesso em: 21 jul. 2015.

BOSNIA E HERZEGOVINA. *Criminal Code Of Bosnia and Herzegovina*, disponível em <http://www.iccnw.org/documents/criminal-code-of-bih.pdf>, acesso em: 20 jan. 2016.

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS NAS CORTES DO CAMBOJA. *Estatuto das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja*, disponível em http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf, acesso em: 20 abr. 2012.

YALE UNIVERSITY. *CONTROL COUNCIL LAW N. 10*, disponível em Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>, acesso em 20 jan. 2012.

_____. *Night and Fog Decree [Nacht und Nebel Erlass]*, disponível em Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/1-90.asp>, acesso em 20 jan. 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ASAMBLEA GENERAL. *AG/RES. 742 (XIV-0/84): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, in OAS. ASAMBLEIA GENERAL. Decimocuarto Período Ordinario de Sesiones, 12-17 Noviembre de 1984: Actas y Documentos, Vol. I, Washington: DC, 1985.

_____. *AG/RES. 890 (XVII-0/87): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, in OAS. ASAMBLEIA GENERAL. Décimo Sétimo Período Ordinário de Sessões, 9-14 Novembro de 1987: Textos Autenticados das Resoluções, Vol. I, Washington: DC, 1988, p. 59.

_____. *AG/RES. 1256 (XXIV-0/94): Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas*, in OAS. ASSEMBLEIA GERAL. Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões, 6-10 Junho de 1984: Textos Autenticados das Declarações e Resoluções, Vol. I, Washington: DC, 1994, pp. 12-19.

_____. COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. *Informe anual de Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977*, Parte II: CAMPOS EN LOS CUALES HAN DE TOMARSE MEDIDAS APRA DAR MAYOR VIGENCIA LOS DERECHOS HUMANOS, CONFORME LO PRESCRIBE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, disponível em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/77sp/sec.2b.htm>, acesso em: 20 mar. 2014.

_____. GENERAL ASSEMBLY. *AG/RES. 666 (XIII-0/83)*, adopted at the seventh plenary session held on November 18, 1983, in OAS. GENERAL ASSEMBLY. Thirteenth Regular Session, November 14-18, 1983: Proceedings, Vol. I, Washington: DC, 1983.

REPUBLICA ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*, disponível em <http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>, acesso em: 20 mai. 2016.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Código Penal Colombiano*, disponível em http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf, acesso em: 20 mar 2016.

_____. *Constitución Política de Colombia*, disponível em http://www.cna.gov.co/1741/articles-186370_constitucion_politica.pdf, acesso em: 20 jan. 2002.

REPÚBLIQUE FRANÇAIS. *Códe Penale Français: version Consolidée au 22 avril 2016*, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>, acesso em: 25 abr. 2016.

REPUBLIQUE FRANÇAIS. *LOI n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France*, disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=3BD0ECF1A77D00899D5A110D34134401.tpdila16v_1?cidTexte=JORFTEXT000027805521&dateTexte=20130806, acesso em: 25 abr. 2016.

RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Residual Special Court of Sierra Leone*, disponível em <http://www.rscsl.org/Documents/RSCSL%20Agreement%20and%20Statute.pdf>, acesso em: 20 mai. 2015.

UNITED NATIONS. CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular Las Cuestiones Relacionadas con las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias*: Informe presentado por el Sr. Manfred Novak 8 enero de 2002, disponível em http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/238736/E_CN.4_2002_71-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y, acesso em: 20 mar. 2015.

_____. *Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity*, New York, 26 November 1968, disponível em <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-6.en.pdf>, acesso em: 20 fev. 2012.

_____. *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: the Secretariat and Ad Hoc Committee Drafts. Secretariat Draft First Draft of the Genocide Convention, Prepared by the UN Secretariat*, [May] 1947 [UN Doc. E/447], disponível em <http://www.preventgenocide.org/law/convention/drafts/>, acesso em: 20 jan. 2015.

_____. GENERAL ASSEMBLY. *Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels*, 30 November 2012, disponível em http://www.unrol.org/article.aspx?article_id=192, acesso em: 20 fev. 2014.

_____. GENERAL ASSEMBLY. *Formulation of the principles recognized in the Charter Of the Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal*, 21 NOV 1947. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/84/IMG/NR003884.pdf?OpenElement>, acesso em: 20 fev. 2012.

_____. GENERAL ASSEMBLY. *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 11 DEC 1946*. Disponível em <http://www.un-documents.net/a1r95.htm>, acesso em: 20 fev. 2012.

_____. GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 33/175: Protection on Human Rights in Chile*, 20 December 1978, disponível em http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/33/175, acesso em 20 mar.2015.

_____. GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 47/133: Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, 12 February 1993, disponível em http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/47/133, acesso em: 20 fev. 2011.

_____. *Resolução n. 11/2000, da Administração Transitória das Nações Unidas no Timor Leste*, disponível em <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg11.pdf>, acesso em: 20 abr.2012.

UNITED NATIONS. CONSEJO DE SEGURIDAD. *Resolución 1966 (2010)*, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6463ª sesión, celebrada el 22 de diciembre de 2010, disponível em [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1966%20\(2010\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1966%20(2010)), acesso em: 20 jan.2015.