



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Eduardo Viana Portela Neves

**Direito Penal Internacional como garantia dos Direitos Humanos**

Rio de Janeiro

2010

Eduardo Viana Portela Neves

**Direito Penal Internacional como garantia dos Direitos Humanos**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Área de concentração: Direito penal.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Rio de Janeiro

2010

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

N518d Neves, Eduardo Viana Portela.  
Direito penal internacional como garantia dos direitos humanos / Eduardo  
Viana Portela Neves. - 2010.  
221 f.

Orientador: Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Direitos humanos - Teses. 2. Tribunais internacionais - Teses. 3.  
Jurisdição internacional – Teses. 4. Direito penal (Direito romano) – Teses. I.  
Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. II. Universidade do Estado do Rio de  
Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.7

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

---

Assinatura

---

Data

Eduardo Viana Portela Neves

**Direito Penal Internacional como garantia dos Direitos Humanos**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito penal.

Aprovado em: 05 de julho de 2010

Banca examinadora:

---

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú (Orientador)

Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza

Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof. Dr. Eduardo Manuel Val

Faculdade de Direito da UFF

Rio de Janeiro

2010

## **DEDICATÓRIA**

Aos Professores do Departamento de Direito Penal  
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado  
do Rio de Janeiro

## AGRADECIMENTOS

Várias são as pessoas que contribuem, direta ou indiretamente, para a elaboração de uma dissertação, por isto é muito difícil saber por onde principiar e onde finalizar, principalmente quando deixamos o nosso estado e partimos em direção a outras terras. Felizmente, sempre existem pessoas que transmitem carinho e amor necessários para que consigamos conquistar nossos objetivos e viver nossos sonhos.

A todo meu núcleo familiar: mainha e painho; Ana Karla, Ulisses, Tatiana, meus irmãos. Minhas sobrinhas e sobrinhos: Maria Fernanda, Maria Cecília, Pedro Henrique, Ana Betatriz, Geovana e, o recém-chegado, João Vitor. Aos meus tios Fernando, Daise, Helenice e minha madrinha Glicéria. Muito obrigado por todos vocês existirem em minha vida e me ensinarem, diariamente, o significado da palavra família.

A minha namorada, Vanessa Charnet, por toda sua compreensão, amor e inestimável ajuda na tradução dos textos em língua inglesa.

Por outro lado, no âmbito acadêmico, sem dúvida, o Prof. Dr. Carlos Eduardo A. Japiassú, orientador desta dissertação, é o nome mais importante de minha carreira. Sempre presente, desde o início do curso de direito, quando ainda era um jovem baiano no Rio de Janeiro, incentivador e nunca, nunca, deixou de orientar, com os necessários e preciosos puxões de orelha, minha vida acadêmica. Minha dívida é impagável e, certamente, não é o responsável pelas imprecisões deste trabalho. Muito obrigado, Mestre!

Ainda no âmbito acadêmico, também devo agradecer às preciosas observações da Prof. Dra. Patrícia Mothé Glioche Bezé, quando de minha qualificação, e ao Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros, que sempre me incentivou no desenvolvimento da pesquisa seja fornecendo bibliografia, seja se colocando à disposição para frutíferas discussões, de fundamental importância para meu crescimento acadêmico. Muito obrigado por tudo!

Ainda em terras cariocas, não posso me esquecer da sempre solícita Sônia Leitão, secretária do Programa de Pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Obrigado pela simpatia e disponibilidade.

Aos colegas de mestrado, que, sem dúvida, contribuíram muito para que minha estada nesta maravilhosa cidade fosse menos dolorosa, especialmente Egberto Zimmermann e Felipe Caldeira, obrigado meus caríssimos, espero tê-los para sempre como grandes amigos. Preciso registrar dois outros amigos-irmãos, estes, baianos, Gutemberg Macedo Junior e Francis

Augusto Medeiros. Sem dúvida, a presença de vocês em minha vida foi de fundamental importância para a realização deste pequeno trabalho. Muito obrigado!

À CAPES pela concessão de bolsa de estudos, imprescindível para a concretização desta pesquisa.

Enfim, obrigado a todos os amigos, colegas e familiares por torcerem pela realização dos meus sonhos.

## RESUMO

NEVES, Eduardo Viana Portela. *Direito Penal Internacional como garantia dos Direitos Humanos*, Brasil, 2010, 221f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

Contrariando a clássica concepção que se estabeleceu como paradigma e, praticamente, converteu-se em obstáculo epistemológico à idéia de que era possível um Direito Penal universal, consolida-se, cada vez mais, o fenômeno da internacionalização do direito, notadamente do direito penal. Este movimento de internacionalização do Direito Penal surge de uma dinâmica bipolarizada, vale dizer, por um lado alimentada pelas sistemáticas violações aos direitos humanos e, por outro, fomentada pelo sonho de um instrumento com legitimidade internacional para punir e processar os crimes mais graves à humanidade. Porém, ao contrário do quanto se pode imaginar, este ideal de proteção internacional dos Direitos Humanos não é novo e só com a superação da clássica concepção de soberania é que se completa o conjunto de condições compatíveis com a internacionalização do direito. Neste contexto surge a necessidade de aproximação entre os Direitos Humanos e o Direito Penal, já que estas ciências sempre foram consideradas incompatíveis entre si. Esta aproximação foi concretizada através do Tribunal Penal Internacional, porquanto sua implementação com o Estatuto de Roma, enquanto instrumento para repressão das mais graves violações aos Direitos Humanos, representa esperança de garantia aos direitos mais íntimos à família humana.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Tribunal Penal Internacional. Direito Penal Internacional. Estatuto de Roma.



## ABSTRACT

The phenomenon of law internationalization, specially criminal law, is increasingly consolidating, in spite of the established classical paradigm that practically turned into an epistemological obstacle to the idea that it was possible a universal criminal law. This trend of criminal law internationalization arises from a polarized dynamic, that is, one hand, fueled by systematic human rights violations and also fostered by the dream of an instrument with international legitimacy to punish and prosecute the most serious crimes against humanity. However, contrary to what one might imagine, this ideal of international protection of Human Rights is not new and only with the overcoming of the classical conception of sovereignty is that the set of conditions consistent with international law is complete. In this context, it arises the need for rapprochement between Human Rights and Criminal Law, since these sciences have always been considered incompatible. This approach was made through the International Criminal Court as its implementation with Rome Statute, as a tool for repression of the most serious human rights violations, represents hope of guarantee to the most intimate rights to the human family.

Keywords: Human Rights. International Criminal Court. International Criminal Court.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	12
1	<b>A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	28
1.1	<b>Introdução.....</b>	28
1.2	<b>Algumas notas sobre o fundamento dos Direitos Humanos</b>	30
1.3	<b>O conceito de Direitos Humanos.....</b>	34
1.4	<b>Os primeiros passos no processo de internacionalização dos Direitos Humanos.....</b>	35
1.5	<b>Declaração Universal dos Direitos Humanos.....</b>	43
1.6	<b>O dever de proteção dos Direitos Humanos.....</b>	48
1.6.1	<b><u>É o Direito Penal Internacional um Direito Penal do Inimigo?.....</u></b>	60
1.7	<b>Conclusões preliminares.....</b>	64
2.	<b>APROXIMAÇÕES.....</b>	66
2.1	<b>Introdução.....</b>	66
2.1	<b>A concepção (clássica) de soberania.....</b>	66
2.3	<b>A proposta kantiana de ordem internacional.....</b>	69
3	<b>A NOÇÃO DE DIREITO PENAL INTERNACIONAL .....</b>	76
3.1	<b>Introdução.....</b>	76
3.2	<b>Antecedentes ao processo de legitimação de uma ordem jurídico-penal internacional permanente: o movimento de unificação até a Primeira Guerra Mundial.....</b>	77
3.2.1	<b><u>Propostas doutrinárias de Código Penal Internacional.....</u></b>	79
3.2.2	<b><u>Propostas de criação de um Tribunal Penal Internacional.....</u></b>	82
3.3	<b>A internacionalização do Direito Penal no período entre guerras.....</b>	85
3.3.1	<b><u>Movimento de criação de uma jurisdição penal internacional.....</u></b>	86
3.4	<b>Nuremberg: Tribunal Militar Internacional e o Direito Penal Internacional.....</b>	94
3.4.1	<b><u>Nuremberg: Tribunal Militar Internacional.....</u></b>	94
3.5	<b>Direito Penal Internacional.....</b>	110
3.5.1	<b><u>Origem e desenvolvimento.....</u></b>	111
3.5.2	<b><u>Precisão terminológica e conceito.....</u></b>	115
4.	<b>O ESTATUTO DE ROMA.....</b>	125

4.1	<b>Introdução</b> .....	125
4.2	<b>De Nuremberg a Haia: prelúdios de uma nova ordem penal internacional.</b>	127
4.2.1	<u>O projeto de Código de Crimes contra a paz e segurança da humanidade</u> .....	127
4.2.2	<u>Os impulsos da década de 1990</u> .....	130
4.3	<b>Significado dos Tribunais ad hoc para justiça penal internacional: antiga Iugoslávia e Ruanda</b> .....	132
4.3.1	<u>Aproximações</u> .....	132
4.3.2	<u>Tribunal para a antiga Iugoslávia</u> .....	134
4.3.3	<u>O Tribunal para Ruanda</u> .....	138
4.4	<b>Algumas considerações sobre o Estatuto de Roma</b> .....	141
4.5	<b>Leitura do princípio da legalidade penal no Direito Penal Internacional</b> ....	146
4.6	<b>A implementação do Estatuto de Roma: uma perspectiva do Direito Estrangeiro</b> .....	157
4.6.1	<u>Alemanha</u> .....	159
4.6.2	<u>Uruguai</u> .....	164
5	<b>PRESENTE E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL: ENTRE QUIMERA E REALIDADE</b> .....	169
5.1	<b>Introdução</b> .....	169
5.2	<b>Casos submetidos ao Tribunal Penal Internacional</b> .....	170
5.2.1	<u>A situação da República Democrática do Congo</u> .....	170
5.2.2	<u>A situação de Uganda</u> .....	172
5.2.3	<u>A situação em Darfur</u> .....	174
5.2.4	<u>A situação na República Centro-Africana</u> .....	177
5.3	<b>Análise do estado atual do Tribunal Penal Internacional</b> .....	178
5.3.1	<u>Qual Tribunal Penal Internacional se deseja(va)?</u> .....	181
5.4	<b>Expectativas para a Conferência de Revisão do Estatuto de Roma</b> .....	182
6	<b>CONCLUSÕES</b> .....	188
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	191
	<b>ANEXO A</b> .....	200
	<b>ANEXO B</b> .....	203
	<b>ANEXO C</b> .....	206

## INTRODUÇÃO

Tradicionalmente tem-se entendido por Direito Penal aquele conjunto de disposições jurídicas que descreve comportamentos danosos e que, por isso mesmo, merece sanção penal. Este conceito acha-se umbilicalmente ligado ao direito interno de cada país, pois, diante da impossibilidade de um conceito ontológico de crime, cada Estado pode definir quais comportamentos merecem a intervenção do Direito Penal. Em termos criminológicos, é corriqueira a afirmação de que o que é crime hoje e aqui não o é em todas as partes e em todos os tempos.

Assim estabelecido o estado da arte, obviamente que a ele viculam-se alguns outros conceitos, tais como limite e âmbito de validade de aplicação da lei penal, que exigem, por assim dizer, que a lei de cada país, salvo situações excepcionais, seja aplicável apenas no seu próprio território, respeitando-se a soberania e a autodeterminação de outro Estado.

Uma vez que sua aplicação depende da lei de cada país e, mais ainda, do que se considera delito em cada Estado e em cada tempo, esta concepção de Direito Penal se estabeleceu como paradigma e, praticamente, converteu-se em obstáculo epistemológico à ideia de que era possível um Direito Penal universal.

Esses limites relativos à extensão e ao alcance do direito de punir é ponto delicado e importante na ciência do Direito Penal, notadamente nos países de tradição continental. No entanto, na medida em que a comunidade internacional reconhece, em um estatuto normativo próprio e universal, que alguns comportamentos humanos são lesivos não só apenas no meio social onde se deu o fato, mas também a todos os membros da espécie humana, há uma intensificação do tratamento jurídico penal dessas condutas, erigindo-as à categoria de crimes

internacionais fato que, inevitavelmente, flexibiliza os obstáculos à internacionalização do Direito Penal.

No caminho para a estabilização dessa consciência internacional, a década de 90 do século passado tem especial importância, já que foi palco das maiores manifestações de desrespeito aos Direitos Humanos. Os conflitos não internacionais ocorridos na região da antiga Iugoslávia e em Ruanda demonstraram o quanto era necessário adotar um mecanismo internacional de responsabilização e proteção aos direitos mais elementares do homem. Mas, infelizmente, a história de desrespeito às garantias mínimas da dignidade humana é bem anterior a esses acontecimentos.

Em uma primeira aproximação ao tema, pode-se dizer que o Direito Penal Internacional liga-se à ideia de extraterritorialidade da lei penal. O relevante é perquirir se é desejável que um fato cometido dentro das fronteiras de um Estado, mas que desperta interesse repressivo de toda a comunidade internacional, possa ser punido por outro Estado ou, preferencialmente, por ordem jurídica internacionalmente instituída. A aceitação desta hipótese implica, necessariamente, que a base territorial onde o crime foi praticado fica em segundo plano.

Nesse contexto, o Direito Penal Internacional surge com o objetivo de reprimir os crimes que ofendam “bens jurídico-penais universais”. Havendo consenso sobre esses crimes, os Estados, cedendo parcela do exercício de sua soberania, submetem-se à ordem jurídica internacional. Porém, essa postura de relativização da soberania nem sempre foi bem recebida; questiona-se, inclusive, se o estabelecimento de uma jurisdição penal internacional seria útil. A razão assentava no absoluto e incondicional respeito ao princípio da soberania consagrado pelo Tratado de Westfália.

Embora seja possível encontrar algumas propostas para estabelecer uma jurisdição penal internacional permanente já no fim do século XIX e no fim da Primeira Guerra

Mundial, pode-se dizer que, somente após a Segunda Guerra Mundial, os esforços para a concretização de uma jurisdição penal internacional passam a ser mais objetivos. O Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, constituído para julgar os criminosos da Segunda Guerra Mundial, criticado, principalmente, por ser um tribunal *ad hoc*, de vencedores julgando vencidos, reascendeu a necessidade de estabelecer uma ordem jurídica internacional permanente. Porém, o desenvolvimento do Direito Penal Internacional no pós-Segunda Guerra foi substancialmente prejudicado pela Guerra Fria, cuja bipolarização do mundo consolidou um clima político desfavorável à implementação da jurisdição penal universal. Sómente após o fim do conflito indireto, é que a internacionalização da justiça penal passou a experimentar novo impulso.

Assim é que, no início dos anos 90, do século XX, com os crimes ocorridos nos territórios da antiga Iugoslávia, a comunidade internacional – talvez em razão dos graves problemas de imigração ocorridos na Europa – se mobilizou para levar a termo a constituição do Tribunal Penal permanente. Em 1998, em conferência realizada na cidade de Roma, dos 160 países participantes da convenção, 120 aprovaram o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. O Brasil, após debates e críticas sobre a compatibilidade do Estatuto de Roma com a Constituição Federal, internalizou-o em 2002.

Todo esse processo de concretização de justiça penal internacional evidencia a importância do reconhecimento internacional de direitos inerentes à pessoa humana e implica, necessariamente, a expansão de mecanismos regionais e internacionais destinados a garantir a proteção dos Direitos Humanos.

À luz do exposto, pode-se indagar, então, se existe uma obrigatoriedade ou dever de proteção dos Direitos Humanos e, em um segundo momento, desde que aceita a tese deste dever de proteção, apontar qual ou quais instrumentos adequados a sua concretização.

Nesse quadro situacional, o desenrolar teórico-discursivo é integrado por três questionamentos, os quais serão o fio condutor do desenvolvimento deste estudo: 1) Direitos Humanos e Direito penal são disciplinas antagônicas entre si, ou, ao revés, podem ser complementares?; 2) É o Direito Penal o instrumento adequado para a tutela dos direitos humanos?; 3) E, por fim, ultrapassadas positivamente essas duas ponderações, investigar se o Tribunal Penal Internacional, como instrumento de garantia, vem cumprindo a sua função de tutela dos Direitos Humanos. Estas três ponderações estabelecem a aparente relação de tensão entre o Direito Penal e os Direitos Humanos.

Nesta senda, pretende-se demonstrar que a criação do Tribunal Penal Internacional representa a concretização do primeiro regime de Direito Penal Internacional para a proteção dos Direitos Humanos. Diversas iniciativas, consubstanciadas em documentos internacionais significativos, já haviam censurado o uso da força nas relações internacionais, porém nenhuma obtivera efeito prático satisfatório, por isso o Tribunal Penal Internacional<sup>1</sup>, como instrumento de proteção dos Direitos Humanos permanente, pode concretizar a proteção normativa internacional a esses direitos.

Para alcançar este objetivo, o trabalho encontra-se elaborado em três grandes eixos. O primeiro enceta discussões em torno do processo de internacionalização dos direitos humanos; o segundo refere-se, como se pode intuir, ao processo de internacionalização do Direito Penal; e, por fim, o terceiro, situa, justamente, o ponto de interseção entre os dois grandes eixos temáticos, qual seja: a análise do Estatuto de Roma.

A proposta deste trabalho é entrelaçar ambas as perspectivas de internacionalização, o “sistema penal” de gestão dos conflitos e os Direitos Humanos. Diante disso e, motivado pela busca de respostas quanto à intersecção dos Direitos Humanos e do Direito Penal, é que este estudo, com cinco capítulos, seguidos de uma conclusão, foi desenvolvido.

---

<sup>1</sup> Para fazer referência ao Tribunal Penal Internacional, daqui por diante, utilizar-se-ão, indistintamente, as expressões Corte Penal Internacional, Tribunal Penal Internacional, Tribunal Penal permanente ou Corte Internacional permanente.

No primeiro capítulo, discute-se, primariamente, a teoria dos Direitos Humanos, abordando sua fundamentação e internacionalização. Tomando como premissa, na pesquisa, que o Tribunal Penal Internacional, inserindo-se em um contexto de relações internacionais não apenas entre Estados, mas também entre Estados e indivíduos, é o principal instrumento na ordem internacional para a proteção dos Direitos Humanos, imperioso considerar que a discussão sobre a universalização da proteção dos Direitos Humanos é ponto fundamental para analisar, compreender e enriquecer o debate acerca da proteção desses direitos. Neste ponto, dar-se-á ênfase à investigação sobre a existência ou não de um dever de proteção dos Direitos Humanos e, para tanto, não se prescindirá da análise da teoria do bem jurídico-penal.

O segundo capítulo procura alinhar com a necessidade de internacionalização da proteção dos Direitos Humanos. Sendo assim, é preciso principiar a análise do debate histórico e jurídico da institucionalização de um Tribunal Penal permanente, tomando como ponto de partida, ainda que de forma não aprofundada, a visão kantiana de criação de uma ordem mundial cosmopolita.

Seguindo esta ideia de institucionalização de ordem internacional, mas com o objetivo de apresentar, especificamente, o fenômeno da internacionalização do Direito Penal, será tratado, no primeiro momento do capítulo terceiro, tema relativo à origem e ao desenvolvimento de uma jurisdição internacional, destacando, principalmente, a importância do estabelecimento do Tribunal de Militar de Nuremberg para a constituição de uma ordem jurídico-penal internacional. Finalmente, já tendo fixado as premissas iniciais da internacionalização da justiça penal, serão discutidos, ainda no capítulo terceiro, conceitos básicos do Direito Penal Internacional, sua origem e desenvolvimento.

De mais a mais, como é de se antever, o Estatuto de Roma representou a concretização de uma longa evolução de ideias, mas, como também era de se esperar, em uma conferência que reunia quase a totalidade dos países do mundo, ademais, países com tradições jurídicas



diferentes, o consenso necessário para a aprovação do seu conteúdo foi o possível. Este consenso possível gerou, ao longo da doutrina nacional, um debate sobre a compatibilidade entre o Estatuto de Roma e a Constituição da República, notadamente objeções relativas à competência material do Tribunal Penal Internacional às penas aplicáveis e aos princípios gerais do Direito Penal. Nesta linha é que se desenvolve o quarto capítulo, dando especial ênfase ao processo de elaboração do Estatuto de Roma e, destacando, ao final, as experiências de sua implementação no direito estrangeiro.

Finalmente, no quinto e último capítulo, serão abordadas a situação dos países submetidos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional e as perspectivas relativas ao desenvolvimento e ao futuro do Direito Penal Internacional.

# 1 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

## 1.1 Introdução

O conceito rígido e absoluto de soberania sempre foi obstáculo ao desenvolvimento de mecanismos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Porém, com a mudança de postura dos Estados e as maciças violações aos Direitos Humanos, a comunidade internacional deparou-se com a premente necessidade de proclamar documentos internacionais que enunciassem os valores mais caros ao homem.

Nesse sentido, principalmente após as atrocidades cometidas antes e durante o desenrolar da Segunda Guerra, um carrascal de documentos internacionais foi declarado, assinado ou ratificado, originando as principais convenções internacionais sobre a proteção de Direitos Humanos. Os primeiros anos após 1945 formaram o clima internacional necessário à produção de um grande número de diplomas internacionais cujo objetivo era assegurar e proteger os direitos do homem, como a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ambas em 1948.

Não obstante, a partir daí, a problemática mudou de foco, pois não se tratava mais de garantir e prever garantias para preservação dos direitos humanos, mas sim de assegurá-los, já que os anos posteriores à celebração daqueles documentos internacionais foram pródigos em demonstrar que a simples existência de legislação não era suficiente para garanti-los nem preservá-los.

De início, torna-se necessário precisão terminológica, com a ressalva de que não se trata apenas de um jogo vernacular, mas de uma exigência científica que se reflete,

diretamente, no objeto de estudo. A maioria das doutrinas tem chamado à ordem a distinção conceitual e conteudística entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Há autores, como PEREZ LUÑO<sup>2</sup>, que, adotando o critério da concreção positiva, diferenciam essas expressões. A denominação Direitos Fundamentais seria reservada aos direitos positivados no âmbito interno, enquanto Direitos Humanos seria utilizada para denominar aqueles direitos positivados em âmbito internacional (tratados, convenções, declarações) e aqueles referentes às exigências mínimas relacionadas à dignidade, liberdade e igualdade. Outros, no entanto, preferem utilizar a expressão “direitos fundamentais do homem” sob a seguinte justificativa:

Con ella se quiere manifestar que toda persona posee unos derechos morales por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, el Derecho y el poder político sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. **Pero al mismo tiempo se quiere subrayar que esos derechos son fundamentales, es decir, que se hallan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones del desarrollo de esa Idea de dignidad.**<sup>3</sup>

Por fim, merece destaque a ponderação feita por PECES-BARBA, para quem a denominação Direitos Fundamentais, levando em consideração o conteúdo dos Direitos Humanos, seria a mais adequada, haja vista abranger tanto a dimensão ética quanto a jurídica: “Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica<sup>4</sup>.”

A abordagem será de transição dos direitos do âmbito interno para o internacional. Portanto, entendendo como adequada a distinção terminológica, parece ser a expressão Direitos Humanos a que melhor delimita o conteúdo teórico que será desenvolvido adiante.

Assim, o objetivo principal deste primeiro capítulo é recolher sistematicamente as apreciações de diversos autores sobre a teoria dos Direitos Humanos tanto em suas

<sup>2</sup> PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 44 e seguintes. No mesmo sentido SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29 e ss.

<sup>3</sup> FERNANDEZ, Eusébio. *Teoría de la justicia e derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1984, p. 78 (sem destaque no original).

<sup>4</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madri: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37.

características e princípios, como em sua fundamentação. Por outro lado, conseqüente e secundariamente, objetiva-se fornecer subsídios para a necessária compreensão de relação complementar entre o Direito Penal e os Direitos Humanos.

Para alcançar estes objetivos, far-se-á uma análise dos antecedentes históricos ao processo de internacionalização dos Direitos Humanos e dos principais documentos internacionais de proteção dos direitos do homem.

A relevância do estudo do Direito Penal Internacional e dos Direitos Humanos é motivada pelos recentes casos internacionais de violação aos direitos do gênero humano. O irrefreável e positivo movimento internacional de proteção desses direitos alinha-se com a (necessidade de) tipificação dos crimes internacionais próprios e com a postura político-criminal dos Estados em relação a esse tipo de criminalidade. As linhas que se desenvolvem neste capítulo buscam respostas para o “se” e o “como” efetivar essas aspirações de proteção internacional.

## **1.2 Algumas notas sobre o fundamento dos Direitos Humanos**

Após o colapso gerado pela Segunda Guerra Mundial, os Direitos Humanos assumem especial importância na agenda internacional. Desde então, esta temática ocupa lugar de destaque em quase todos os textos internacionais, mas a tentativa de encontrar uma fundamentação transita com especial divergência na doutrina, seja interna, seja internacional.

Várias são as teorias que tentam buscar e racionalizar um fundamento para os Direitos Humanos. O presente trabalho não analisa com profundidade cada uma delas, pois a análise é

tarefa que excede ao objeto do estudo. Assim, apenas algumas notas sobre as mais importantes serão enunciadas.

Pesquisar esta fundamentação torna-se necessário, pois, como aponta NINO, constitui ferramenta imprescindível para evitar um tipo de catástrofe que, frequentemente, ameaça a vida humana<sup>5</sup>. Daí ser possível inferir que a ideia de Direitos Humanos desenvolve-se com o escopo de combater o desrespeito dos Estados a todos os membros da família humana e somente uma fundamentação racional e completa será capaz de assegurar-lhes respeito, até porque o modo de assegurar esses direitos vai depender da fundamentação que lhes é emprestada. Assim é que o debate sobre a fundamentação dos Direitos Humanos merece ser visto com olhos atentos. Em verdade, há que se investigar a sua justificação (ética, moral e racional)<sup>6</sup>.

De início deve-se ressaltar que a história dos Direitos Humanos tem apresentado diversas matrizes de fundamentação ou justificação<sup>7</sup>. Há, sinteticamente, três essenciais: *a) matriz objetivista; b) matriz subjetivista; c) matriz histórica*.

A fundamentação objetivista afirma a existência de uma ordem de valores, regras e princípios que possui validade objetiva absoluta ou universal independentemente da experiência dos indivíduos ou de sua consciência valorativa<sup>8</sup>. Partindo da premissa de que essa ordem é anterior ao homem e, principalmente, mais forte do que regras jurídicas, a matriz objetivista atesta a supremacia da ordem sobre o direito positivo. Aliás, a existência dos valores universalmente reconhecidos prescinde do próprio direito positivo.

A fundamentação subjetivista, como o nome já indica, reivindica a autonomia humana como fonte dos valores. Ao contrário da primeira matriz, que olvida a experiência dos

---

<sup>5</sup> SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, p. 1.

<sup>6</sup> À parte disso, há autores, como BOBBIO, que defendem que o problema da fundamentação dos direitos humanos já foi resolvido com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, agora é preciso buscar um meio de protegê-los. O problema desloca-se da esfera filosófica para o plano jurídico.

<sup>7</sup> Há autores que não utilizam as expressões como sinônimas, por exemplo, Joaquim Herrera Flores.

<sup>8</sup> PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La fundamentación de los derechos humanos*. In: Revista de Estudios Políticos, n. 35 (nueva época), Septiembre-October, 1983, p. 14.

indivíduos na formação dos valores, a fundamentação subjetivista parte da premissa de que os juízos de valor derivam de quem os emite, sendo assim, indemonstráveis empiricamente. Por esta razão, os valores éticos e morais não podem ter pretensão universal, já que há uma completa dependência destes ao sujeito valorizante. Esta fundamentação, como é de se antever, possui o inconveniente de travar a possibilidade de defesa de uma concepção universal dos Direitos Humanos, pois, na medida em que é o sujeito valorizante quem imprime juízo de valor, a essência deste torna-se particular e contingencial.

Por fim, para a fundamentação histórica, os Direitos Humanos manifestam os direitos variáveis e relativos a cada contexto histórico que o homem tem e mantém de acordo com o desenvolvimento da sociedade<sup>9</sup>. Direitos Humanos, portanto, nada mais são que uma “construção histórica”, fundada nas particulares necessidades humanas de cada sociedade em seu tempo, o que significa dizer que os direitos são reconhecidos como tais apenas pelos homens de uma época particular<sup>10</sup>.

À luz das justificativas historicistas, é impossível defender uma fundamentação de Direitos Humanos que seja permanente e natural, pois, historicamente, esses direitos revelaram-se contingenciais e variáveis. Disto se infere a previsível crítica à fundamentação jusnaturalista dos Direitos Humanos, pois adstrita a um conceito de natureza humana que se mostrou historicamente não unívoco e, portanto, mutável<sup>11</sup>. A prova indubitosa desta afirmação é o mutável elenco dos direitos do homem na história da civilização. Direitos que, por exemplo, não existiam no século XVIII e são hoje proclamados como absolutos e irrenunciáveis; direitos que hoje são considerados absolutos e incontestáveis, não o foram nos séculos passados<sup>12</sup>. Do mesmo modo, pode vir a existir direitos que, na perspectiva do século

---

<sup>9</sup> FERNANDEZ, Eusébio. Op. cit., p. 100-101.

<sup>10</sup> Sobre esta fundamentação, há algumas precisões críticas, entre elas afirma-se não existir variabilidade histórica significativa no âmbito do núcleo mínimo dos direitos humanos, por exemplo, no direito à vida.

<sup>11</sup> Para uma crítica à fundamentação jusnaturalista, vide FERNANDEZ, Eusébio. Op. Cit., p. 77 e ss.

<sup>12</sup> Durante a vigência do sistema inquisitivo no processo penal, por exemplo, (séc. XIII até XVIII), a pretexto da busca da verdade real, o inquisidor podia *tudo*. A tortura era constantemente praticada, pois, quando bem

XXI, ainda não façam nenhum sentido, seja porque não se alcançou o desenvolvimento moral e ético necessário para reconhecê-los, seja porque eles, os direitos, ainda não alcançaram o estágio de desenvolvimento necessário para ser reconhecidos como tais<sup>13</sup>.

Deveras, o que permite emoldurar alguns valores como Direitos Humanos é sua afirmação político-jurídica na história das civilizações, ou seja, serem eles produto e consequência da evolução da civilização. A fundamentação historicista significa, em outros termos e parafraseando BOBBIO, *que os Direitos Humanos não nascem todos de uma só vez, mas nascem quando podem e devem nascer*.

Sendo assim, ao que parece, um dos problemas na justificação dos Direitos Humanos é a atitude, talvez ingênua, de tentar buscar seu fundamento último e absoluto. Essa atitude, além de ser pouco louvável, não é desejável, pois trava e subordina a natureza humana, limitando-a no tempo e espaço à ideologia de cada classe dos seus intérpretes<sup>14</sup>. Ademais, é preciso não olvidar que qualquer concepção que pretenda ser geral e absoluta, como o que ocorre hodiernamente com os Direitos Humanos, tende a ser relativizada e ter seu conteúdo esvaziado.

### 1.3 O conceito de Direitos Humanos

---

utilizada, poderia levar à confissão (rainha das provas). *Indo mais além, a opção pela modalidade de tortura era uma espécie de direito do acusado*. Segundo AURY, existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que se praticasse apenas um tipo de tortura por dia. Hoje, no entanto, o direito a não ser torturado é um ***direito fundamental, o único absoluto***. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, vol. I, p. 67.

<sup>13</sup> Um exemplo que parece bastante claro sobre o que aqui se refere são os *direitos dos animais*. O principal defensor deste *novo* direito é o australiano PETER SINGER.

<sup>14</sup> Segundo BOBBIO, “O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também pretexto para defender posições conservadoras”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p 22.

Por certo a ideia da existência de direitos inalienáveis e imprescritíveis decorrentes da própria natureza humana remonta ao Iluminismo e ao Jusnaturalismo<sup>15</sup>. Mas, evidentemente, as revoluções sociais e liberais experimentadas pelas nações implicam, necessariamente, a cristalização de alguns direitos e, do mesmo modo, o aparecimento de outros, agregados ao rol dos já consagrados direitos políticos e liberdades públicas.

Ao que parece, partindo-se de uma concepção mutacional de valores, o aparecimento e a modificação do conteúdo dos Direitos Humanos são inevitáveis e até desejáveis. A tendência natural é que exista um núcleo mínimo de direitos que, à primeira vista, deve permanecer intacto e com ampla vitalidade; mas este é um caráter de “imutabilidade relativa” e o é justamente por causa da flutuação dos valores sociais e mutações históricas. Desta forma, o catálogo de Direitos Humanos não é imutável ou finito.

Assim, é de inegável relevância considerar-se a influência das mutações sociais sobre o quadro fisionômico dos Direitos Humanos. Mesmo que o catálogo mínimo desses direitos tenha pretensão de ampla durabilidade, não pode ser de tal maneira perfeito e completo a ponto de engessar o aparecimento de outros elementos essenciais ao desenvolvimento pleno da autonomia humana. Defender postura diversa, salvo melhor juízo, fatalmente, criaria um defasamento de proteção, conduzindo os Direitos Humanos a um conteúdo estático, rígido e desconectado da realidade, ignorando o fato de que as relações jurídicas vinculam-se às transformações da sociedade.

Disto se infere, ainda, que o sistema de garantias e concretização dos Direitos Humanos, como criação humana, jamais pode desunir-se do objetivo de buscar respostas mais eficazes para proteção dos mais diversos interesses. Assim, liberdade, dignidade, vida e paz, por exemplo, constituem, de maneira interdependente, um núcleo de direitos inerentes a

---

<sup>15</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos do homem na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 1.



qualquer ser humano. Portanto, por Direitos Humanos pode-se dizer “catálogo mínimo de direitos necessários ao pleno desenvolvimento da autonomia humana”.

#### 1.4. Os primeiros passos no processo de internacionalização dos Direitos Humanos

Neste ponto será efetivado um pequeno relato sobre a origem dos Direitos Humanos, no entanto, restrito, apenas e tão somente, ao plano do direito positivo. Por esta razão, a origem histórica, que, segundo apontam alguns autores, deita raízes na antiga Grécia, será abandonada<sup>16</sup>.

O processo de internacionalização e universalização dos Direitos Humanos implica percorrer dois caminhos, quais sejam: a criação normativa e a institucionalização de órgãos internacionais cuja finalidade é assegurar a observância da legislação. Conforme já assentado, segundo BOBBIO, o importante nas discussões para os Direitos Humanos “não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los<sup>17</sup>”.

Na ordem internacional contemporânea, pode-se afirmar que o Tribunal Penal Internacional, dentro da terceira via de atividades implementadas por organismos internacionais, a via de “garantia”<sup>18</sup>, é o principal instrumento de que se pode lançar mão para a proteção dos Direitos Humanos, mas, antes dele, diversos outros órgãos empreenderam esforços para internacionalizar esta proteção.

---

<sup>16</sup> Para uma análise, ver SZABO, Imre. *Fondements historiques et développement des droits de l'homme*. In: VASAK, Karel (org). *Les dimensions internationales des droits de l'homme*. Paris: Snoeck-Ducaju & Fils, 1978, p. 11 e seguintes.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit., *passim*.

<sup>18</sup> Segundo BOBBIO, em matéria de tutela de direitos humanos, a atividade dos organismos internacionais pode ser considerada sob três aspectos: *promoção, controle e garantia*. No entanto, como adverte o autor, esta classificação não é “*geracional*”, ou seja, primeiro, promoção, depois controle e, por fim, garantia. Na verdade, às vezes, não se sabe onde termina a promoção e começa o controle, onde termina o controle e começa a garantia e assim por diante. Op. cit., p. 39 e ss.

Todo esse processo foi bastante lento, devendo notar-se que, até a Segunda Guerra Mundial, a proteção dos Direitos Humanos restringia-se a uma limitada ação interna dos Estados, contando apenas com alguns instrumentos protetivos, a exemplo do direito ao asilo<sup>19</sup>. Esta lentidão justifica-se, em grande parte, em razão de que a violação aos Direitos Humanos não tem como consequência a imediata afetação global.

Há uma série de documentos, em tempos distantes do nosso, que formam precedentes no que se refere à proteção interna dos Direitos Humanos. Esses instrumentos constituem, basicamente, a história dos séculos XVII e XVIII da Inglaterra. Por outro lado, instrumentos surgidos nos fins do século XVIII também proclamavam direitos e liberdades do homem, como a “Declaração da Filadélfia” (1774) e a da Virgínia e, com a Revolução Francesa, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (1789)<sup>20</sup>. No entanto, segundo LEWANDOWSKI, o “Tratado de Paz de Westphalia”, de 1648, pode ser considerado como o mais remoto documento internacional de proteção dos Direitos Humanos<sup>21</sup>.

Mas, talvez, a tentativa mais significativa de normatização de direitos para a proteção da pessoa humana no plano internacional tenha se dado com a “Convenção para a melhoria dos feridos em Tempo de Guerra”, em 1864, mais conhecida como “Primeira Convenção de Genebra”, que inaugurou o período de conscientização dos Estados para estabelecimento dos limites das práticas de guerra (*jus in bello*<sup>22</sup>). Esta Convenção estabelecia parâmetros segundo os quais as condutas de hostilidades durante o período de guerra poderiam ser empreendidas, prevendo, entre outras coisas, que os “soldados feridos, qualquer que seja sua nacionalidade,

---

<sup>19</sup> O direito de asilo encontra-se reconhecido no artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Os instrumentos que regulam o direito de asilo são: Convenção de Genebra sobre o Estatuto de Refugiados, de 1951, que nasce com o objetivo de minimizar os problemas de deslocamento de refugiados ao fim da Segunda Guerra; e o Protocolo de Nova York sobre o Estatuto de Refugiados, de 1967.

<sup>20</sup> Como pondera SZABO “*le point de départ des droits de l’homme au sens moderne du terme se trouve bien dans la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, votée pendant la Révolution française, ainsi que dans les conditions sociales qui la sous-tendent.*” Op. cit., p. 15 (sem destaque no original)

<sup>21</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Op. cit., p. 76.

<sup>22</sup> Segundo CELSO MELLO, o *jus in bello* “é a regulamentação da guerra. São as normas que regulam a conduta dos beligerantes na guerra. Ele é o direito aplicado no ‘estado’ de guerra”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 119.

têm direito a receber tratamento médico” e “aqueles incapacitados de lutar, seriam mandados de volta para o país de origem”.

No entanto, as guerras posteriores à “Primeira Convenção de Genebra” foram suficientes para demonstrar que, diante da inexistência de uma jurisdição internacional com poder para punir crimes que violassem a convenção, o simples compromisso moral dos Estados não seria suficiente para obrigá-los a respeitá-la. O respeito aos Direitos Humanos não passaria, então, de um compromisso formal inexigível.

MOYNIER, em 1870, já afirmava que a única garantia para o respeito às “Convenções de Genebra” seria a criação de uma jurisdição internacional. A validade desta afirmação pôde ser comprovada com o desenrolar da Guerra Franco-Prussiana<sup>23</sup>.

Esta preocupação dos Estados com as graves violações aos Direitos Humanos formou o caldo de cultura necessário para a teorização da chamada intervenção humanitária, constituindo o que se denominaria Direito Internacional Humanitário. Neste momento, forçosa uma pequena interrupção no desenrolar do movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, para que seja feito, em apertada análise, um pequeno esclarecimento sobre Direito Internacional Humanitário.

O embrião do Direito Internacional Humanitário liga-se à Guerra Civil norte-americana. No fim do século XIX, os Estados procuravam, por meio de códigos militares, estabelecer os limites das práticas de guerra (*jus in bello*). Os códigos estabeleciam parâmetros segundo os quais as condutas de hostilidades durante o período de guerra poderiam ser empreendidas. Entre esses, o mais notório foi o promulgado por ABRAHAM LINCOLN em 24 de abril de 1863 durante a Guerra de Secessão dos Estados Unidos (1861-

---

<sup>23</sup> Ao lado dessas referências mais longínquas, PIOVESAN aponta que o direito humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho formam os primeiros marcos da internacionalização dos Direitos Humanos. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 9.º ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 111.

1865). O “Código Liber”, assim chamado em homenagem ao seu autor<sup>24</sup>, estipulava uma série de condutas consideradas crimes de guerra.

Este código é de extrema importância no que se refere à proteção da pessoa humana, porquanto representou a primeira codificação das leis e costumes de guerra existentes à época. No entanto, ressalte-se, ao contrário das “Convenções de Genebra”, este Código, como o próprio nome sugere, não possuía validade de tratado, de modo que, a despeito de sua influência internacional, foi concebido apenas para a realidade estadunidense. Entretanto, apesar de ter aplicação interna, restrita aos soldados americanos, sua redação influenciou e serviu de modelo para diversos países<sup>25</sup>.

Segundo CELSO MELLO, o Direito Internacional Humanitário pode ser definido como “o sub-ramo do Direito Internacional Público Positivo que integra o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo por finalidade proteger a pessoa humana em conflitos armados”.<sup>26</sup> A definição tem vantagem de ser ampla, chamando a atenção para o fato de não limitar a aplicação do direito humanitário à guerra. Com efeito, o autor utiliza a expressão “conflitos armados”, ou seja, conflitos internacionais e não internacionais.

SWINARSKI<sup>27</sup>, por sua vez, assim conceitua o Direito Internacional Humanitário:

corpo de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente aplicável aos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por *razões humanitárias*, o direito das partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito.

De fato, após a Segunda Guerra Mundial, o Direito Internacional Humanitário contribuiu para dotar a guerra de certa dose de racionalidade, se é que se pode falar em guerra

---

<sup>24</sup> FRANCIS LIBER.

<sup>25</sup> “Tale codice consisteva in un manuale d’instruzioni destinato ai minitari americani in campagna e reppresenta una delle codificazioni più complete che siano state adottate in quel periodo storico; tant’è vero che Esso contribuì in modo significativo ad incrementare gli sforzi per vilcolare le forze militari di tutto il mondo a tali norme.” AMATI, Enrico; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela. *Introduzione al Diritto penal Internazionale*. Milão: Giuffré, 2006, p. 6.

<sup>26</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 137 (sem destaque no original).

<sup>27</sup> SWINARSKI, Christophe. *A norma e a guerra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 25 (sem destaque no original). Para uma crítica a esta definição, ver MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 136.

racional. A expressão parece paradoxal, mas se o Direito Internacional Humanitário não é suficiente para dotar de racionalidade a guerra, por certo, contribui para torná-la menos irracional, vez que seu conteúdo é preenchido por normas que visam coibir os excessos inerentes à irracionalidade humana.

Assim, o Direito Internacional Humanitário, com certo pessimismo hobbesiano, parte da premissa de que a conflituosidade é característica indelével das relações humanas e que, portanto, ante a impossibilidade de extingui-la, cabe dotar-lhe do mínimo racional e humano possível, reconhecendo o que afirma TORELLI “le droit humanitaire est certes un droit fragile mais c’est l’ultime rempart contre le barbarie<sup>28</sup>”. Portanto, a lógica do Direito Internacional Humanitário é assegurar, minimamente, uma proteção adequada aos indivíduos em situações de particular vulnerabilidade como aquelas verificadas nos conflitos armados.

Não por outra razão, afirma FERREIRA DE ALMEIDA que “Sendo, por conseguinte, o respeito da pessoa em tempo de conflito armado o móbil principal do direito humanitário, não se entranhará, por certo, que esteja este incindivelmente ligado ao direito internacional dos direitos do homem...<sup>29</sup>”.

Ao lado dessas observações, pode-se afirmar que as interações entre Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos são bastante evidentes, embora não seja ponto pacífico na doutrina o grau de penetração entre estes dois ramos do Direito. As linhas precedentes, no entanto, evidenciam que há zonas de potencial interação entre eles.

De saída pode-se constatar que a denominação terminológica empregada, Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos, indica que há uma diferença de conteúdo entre as disciplinas. Para esclarecer este ponto, parte-se, inicialmente, da ideia de que o Direito Internacional Humanitário estabelece um conjunto de “regras” que, em tempos de conflitos

---

<sup>28</sup> TORRELLI, Maurice. *Le droit international humanitaire*. Que sais-je? Paris: PUF, 1985, p. 123 (sem destaque no original).

<sup>29</sup> ALMEIDA, Francisco Antonio de M. L. Ferreira de. *O princípio da não ingerência e o direito internacional humanitário*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXI, 1995, p. 383.

armados, é imposto para garantir proteção aos indivíduos envolvidos, direta ou indiretamente, nas hostilidades (militares, prisioneiros de guerra, população civil etc.) e para limitar os métodos e meios das ações nos período de beligerância. Disto se infere que o Direito Internacional Humanitário se aplica quando existe um conflito armado internacional ou não internacional, ao passo que os Direitos Humanos possuem existência plena em tempos de conflitos armados ou de paz.

À luz dessa distinção básica, alinham-se três correntes sobre a relação entre Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário: a) a integracionista; b) a separatista; c) a complementarista.

Para a tese integracionista, o Direito Humanitário é apenas um “ramo” que regulamenta os direitos do homem nos conflitos armados; Direitos Humanos seriam gênero do qual o Direito Humanitário seria espécie, pois este só entraria em vigor durante a existência de um conflito armado. Conforme a tese separatista, os Direitos do Homem e o Direito Humanitário são incompatíveis, pois possuem objetos e natureza diferentes. Segundo CELSO MELLO, a diferença se dá pelo fato de que os Direitos Humanos aplicam-se a um indivíduo em relação a seu próprio Estado nacional, enquanto o Direito Internacional Humanitário se aplica entre indivíduos e um Estado estrangeiro. Por fim, a tese complementarista, conforme o próprio nome sugere, considera que, embora existam diferenças entre os dois direitos, são eles complementares<sup>30</sup>. Pode-se dizer que são as duas faces de uma mesma moeda, já que o Direito Humanitário se liga a organismos internacionais que versam sobre Direitos Humanos.

Em posição interessante, SWINARSKI adverte que não se pode esquecer que a origem, o desenvolvimento e as instituições de Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos são bem diferentes. Segundo ele, inclusive, “quando existe uma relação de

---

<sup>30</sup> Ver MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p.139.

complementaridade entre estes dois ramos do direito, e uma superposição de seus respectivos âmbitos de aplicação; não se deve, portanto, perder de vista a diferença de natureza destas duas normativas<sup>31</sup>”.

De todo modo, é preciso esclarecer que todo referencial de carga axiológica do Direito Internacional Humanitário é fornecido pelos Direitos Humanos. Parafraseando CANÇADO TRINDADE, é o Direito Humanitário um ramo do Direito fortemente impregnado do sentimento de humanidade. A carga axiológica representa o ponto de partida que fundamenta e sustenta as intervenções humanitárias para a proteção dos Direitos Humanos. Desde os primeiros mecanismos de proteção dos direitos do homem, há referência implícita à origem extrassistêmica do fundamento do Direito Humanitário<sup>32</sup>.

Sendo assim, a aproximação entre o Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos vem fortalecer e dar maior limite ao grau de proteção dos direitos fundamentais da família humana. Ademais, a convergência dos sistemas se mostra absolutamente pertinente quando se analisam os princípios dos dois sistemas, como o respeito à vida, a integridade física e moral. Desse modo, ambos podem aplicar-se de forma complementar.

Feitos os esclarecimentos, deve-se retornar ao processo de desenvolvimento da proteção internacional dos Direitos Humanos. No período pós-Primeira Guerra Mundial e com o surgimento da “Liga das Nações”, tem início um embrionário e tímido progresso em matéria de internacionalização dos Direitos Humanos com a adoção de um regime de proteção de todos os membros da família humana, sem qualquer distinção<sup>33</sup>.

Neste caminho, pode-se afirmar que a Liga das Nações também teve um importante papel para a internacionalização dos Direitos Humanos. Instituída depois da Primeira Guerra

---

<sup>31</sup> SWINARSKI, Christophe. Op. cit., p. 20.

<sup>32</sup> Uma das resoluções mais importantes no âmbito de aproximação e proteção da “pessoa humana” foi adotada na Conferência de Direitos Humanos de Teerã, em 1968 (Resolução XXIII, “Direitos humanos em conflitos armados”).

<sup>33</sup> Nesse sentido afirma SZABO “Les premiers signes précurseurs de ces changements se présentèrent dès les années vingt: dès ce moment-là, certains ont préconisé, au sein de la Société des Nations ou hors d’elle, l’idée de la protection internationale des droits de l’homme[...].” SZABO, Imre. *Fondements historiques... Op. cit.*, p. 22.

Mundial, fundada nos quatorze pontos do presidente americano WOODROW WILSON, a Liga tinha como objetivo “promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política de seus membros<sup>34</sup>”. Para alcançar essas finalidades, poderia lançar mão, entre outros instrumentos, de embargos econômicos.

A possibilidade do embargo econômico no caso de desrespeito às normas pactuadas na convenção da Liga das Nações anunciava uma releitura do princípio da soberania, pois permitia intervenções no âmbito interno dos Estados para a preservação dos direitos do homem, notadamente quando a conduta dos Estados representava desrespeito ao núcleo mínimo daqueles direitos<sup>35</sup>.

De tudo quanto exposto, pode-se inferir que se é certo que os Direitos Humanos iriam assumir, conforme será aprofundado adiante, a pauta de discussões a partir do fim da Segunda Grande Guerra e que os Estados passariam a aceitar as diversas obrigações internacionais de respeito e garantia desses direitos, não é menos verdade que, até o advento do “Estatuto de Roma (ER)”, todo o arsenal legislativo de proteção dos Direitos Humanos não passou, em grande parte, de mera carta de intenções<sup>36</sup>. Essa situação de impotência dos instrumentos internacionais, como se observa, somente assenta a importância ética, jurídica e política que o ER tem para a humanidade. Em termos mais claros, identifica-se que, sem a existência de um órgão internacional permanente e legalmente constituído para assegurar os Direitos Humanos, esses instrumentos serão, em grande medida, ineficazes, ainda que existam, no âmbito normativo, diversos diplomas que os enunciem. Esta constatação, evidentemente, foi desvelada com os anos que sucederam à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

---

<sup>34</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 112.

<sup>35</sup> A Liga das Nações foi dissolvida em 1946, sendo substituída pela Organização das Nações Unidas.

<sup>36</sup> Os conflitos nos territórios da antiga Iugoslávia, Ruanda, Camboja e Serra Leoa são apenas alguns exemplos que comprovam a afirmação.



## 1.5. Declaração Universal dos Direitos Humanos

Contando com quarenta e oito votos a favor, nenhum contra e apenas oito abstenções, foi adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III), em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Passado mais de meio século, à luz de uma perspectiva histórica, é de se comemorar, antes de tudo, que um documento com ambições internacionais tenha previsto um núcleo de direitos essenciais aos seres humanos.

Olvidando esta perspectiva, alguns argumentam que a pequena quantidade de países que participou da reunião em Paris não é suficiente para dar à Declaração uma legitimidade tão extensa quanto a que se pretende. Como chamar de declaração “universal” se a maior parte dos Estados do planeta não era membro das Nações Unidas?

De outro lado, não é menos verdade que a expressiva votação favorável à aprovação da convenção, sem nenhum voto contrário, ademais em um contexto de profunda instabilidade política mundial, foi suficiente para demonstrar a legitimidade internacional do documento. Ainda hoje ela constitui o núcleo central e intangível de axiomas, vetores e balizas mínimas para a proteção dos Direitos Humanos em todo o mundo<sup>37</sup>.

A Declaração é de ímpar relevância para a consolidação do conjunto normativo internacional que objetiva tutelar os Direitos Humanos. Por motivos óbvios, raros são os documentos internacionais que contam com *quorum* de unanimidade. Aliás, como bem pondera LOBO TORRES, é com a Declaração Universal que “o cosmopolitismo começa a sair do campo das utopias políticas para se concretizar juridicamente<sup>38</sup>”. Ou seja, começa a

---

<sup>37</sup> “Non esiste oggi governo che, almeno formalmente, prenda posizione contro i principi in essa enunciati. Nel 1948 si sono poste le basi, oggi la Dichiarazione *universale* è finalmente diventata autenticamente *mondiale*.” ARCHIBUGI, Daniele; BEETHAM, David. *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*; trad. Paola Ferreti. Milano: Feltrinelli, 1998, p. 9 (destaque no original).

<sup>38</sup> LOBO TORRES, Ricardo. *A afirmação do direito cosmopolita*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado e PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord.). *Novas Perspectivas do*

ganhar força a tese de que os homens são cidadãos do mundo, regidos por leis que não estabelecem distinção de tratamento e protegidos por uma lei universal segundo a qual existe a primazia dos Direitos Humanos.

Formada por trinta artigos mais o preâmbulo, a Declaração sinaliza a preocupação da comunidade internacional<sup>39</sup> com os destinos da humanidade. Com forte carga valorativa, consagra a dignidade humana<sup>40</sup> como princípio primordial e fundamento dos Direitos Humanos, definindo direitos e liberdades cuja titularidade é de todos os homens, sem qualquer distinção. Como destaca PIOVESAN, “para a Declaração Universal, a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos”<sup>41</sup>.

Desde o preâmbulo, fica visível sua vocação de instrumento de proteção da humanidade contra barbáries que venham a ser praticadas contra a família humana, “o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum”.

Do exposto é de se antever que a Declaração constituiu-se, naquele momento, o mais completo e importante instrumento internacionalmente proclamado, ampliando, sobremaneira, os direitos havidos em outros diplomas internacionais como imprescindíveis à pessoa

---

*Direito Internacional Contemporâneo*. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 919.

<sup>39</sup> Não se ignora que alguns autores diferenciam as expressões “comunidade” e “sociedade” na sua aplicação à esfera internacional. A diferença entre uma e outra situa-se, segundo estes autores, na existência de um maior ou menor vínculo associativo entre os membros. TRUYOL Y SERRA, António. *Noções fundamentais de direito internacional público*; trad. R. Eehardt Soares. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962, p. 110-113 (Coleção Stvdvim). Por outro lado, mesmo considerando a distinção importante, POCH adverte que em uma análise superficial “[...]la distinción de Sociedad y Comunidad internacional carece de toda trascendencia. Ambos términos se aceptan, tanto en la doctrina como en la práctica internacionales, como ambivalentes y expresivos de una misma realidad, y podría por ello despertarse aquí la sospecha de que el esfuerzo diferenciador no representa sino una sutileza dialéctica exenta de valor y eficacia práctica.” POCH Y GUTIÉRREZ DE CAVIEDES, Antonio. *Comunidad internacional y sociedad internacional*. In: Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 12, 1943, p. 341. A par desta distinção, neste trabalho, as expressões são utilizadas como sinônimas.

<sup>40</sup> A Constituição Federal consagra a dignidade humana como um dos fundamentos da República (art.1º, III). Já se manifestou o Pretório Excelso quando do julgamento do HC 82.424-QO, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-03, DJ de 19-3-04).

<sup>41</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos...Op. cit.*, p. 118 (sem destaque no original).

humana. Mas, constatada esta vocação de vetor valorativo, duas perguntas se impõem: qual o valor jurídico da Declaração? Tem ela força vinculante, ou se trata apenas de mais uma carta de intenções?

De início vale ressaltar que a Declaração Universal foi aprovada sob a forma de resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, razão pela qual não possui status de convenção ou de tratado. A partir daí, duas opiniões se formaram. De um lado, aqueles que defendem a Declaração como instrumento possuidor de extremada força e significação<sup>42</sup>. Por outro lado, há quem sustente a Declaração apenas como formalização de um compromisso moral<sup>43</sup>, sem qualquer força ou valor legal enquanto seus princípios não forem incorporados ao direito interno dos Estados. De ver-se que a questão não é tão pueril.

A prova persuasiva e irrefutável da obrigatoriedade da Carta é sinalizada pela postura das Nações Unidas. Com efeito, por diversas vezes o órgão teve a oportunidade de balizar e fundamentar suas decisões à luz das normas encartadas na Declaração. Várias são as resoluções em que é mencionada a obrigatoriedade de os Estados observarem a Declaração Universal como, para citar um exemplo, a “Declaração sobre a concessão de independência dos países e povos coloniais”, de 1960, em que se afirma que todos os Estados devem observar fiel e estritamente todas as disposições da Carta e da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>44</sup>.

Embora sem admitir a força cogente da Declaração, DISCROLL observa que este documento teve grande influência nas seguintes áreas: 1) nas decisões da ONU que buscam, sempre que possível, inspiração e apoio na Declaração; 2) em inúmeros tratados e convenções sobre Direitos Humanos, que transformaram os valores proclamados na Declaração em

---

<sup>42</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 121.

<sup>43</sup> Neste sentido, REZEK “A Declaração Universal dos Direitos do Homem não é um tratado, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados na Assembléia Geral quando [...], adotou-se o respectivo texto sob a forma de uma resolução da Assembléia”. REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 226.

<sup>44</sup> Outros exemplos, Resolução 2.399 (XXIII), de 1966, e Resolução 3.219 (XXIX), de 1974. Todos os exemplos foram colhidos em LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos..Op. cit.*, p. 89.

normas internacionais cogentes; e 3) em constituições, legislações e decisões de tribunais, que trouxeram para o âmbito do direito positivo as disposições da Declaração<sup>45</sup>.

De outro lado, há ainda outro argumento que justifica a força vinculante da Declaração: o fato de seu conteúdo enunciar princípios que aos poucos foram se transformando em princípios gerais de direito internacional e em direito costumeiro internacional. De fato, certas normas insculpidas na Declaração já figuravam como direito consuetudinário<sup>46</sup>, o que, por si só, já lhe atribui um valor obrigatório.

De mais a mais, em razão das discussões sobre a falta de obrigatoriedade da Declaração, CASSIN, “pai da declaração”, destacou que “*compte tenu en particulier de l’article 56 de la Charte aux termes duquel les etats s’engagent à coopérer entre eux pour le respect des droits de l’homme, la valeur juridique de la déclaration dépasse celle d’une simple recommandation*”<sup>47</sup>.

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, inaugura-se a moderna concepção dos Direitos Humanos. Com efeito, a partir dela, os Direitos Humanos passam a ter, no cenário internacional, “pretensão de universalidade e de indivisibilidade”. Neste ponto, necessário um pequeno parêntese, já que, na dicotomia universalidade e relativismo cultural, se assenta a linha divisória da universalização dos Direitos Humanos.

O centro de gravidade das discussões sobre o universalismo dos Direitos Humanos e seu processo de internacionalização é, sem dúvida, o confronto com o multiculturalismo. A partir desta tensão entre universalismo e relativismo cultural, uma série de indagações vem à tona: é possível afirmar que os Direitos Humanos constituem uma categoria jurídica

---

<sup>45</sup> DISCROLL, Denis J. *The development of Human Rights in International Law*. In: LAQUEUR, Walter; RUBIN, Barry (orgs). *The Human Rights Reader*. New York: Meridian, 1979, p. 45-46. Referência em LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Op. cit.*, p. 89.

<sup>46</sup> A exemplo dos direitos de primeira geração: direito à vida, à liberdade, à segurança, proteção contra a prisão arbitrária e exílio.

<sup>47</sup> CASSIN, Rene. *La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme*, Recueil des cours de l’Academia de Droit International de la Haya, 1951, p. 292. Referência em SZABO, Imre. *Fondements historiques... Op. cit.*, p. 25.

universal? Ou, de outro lado, o quadro normativo dos Direitos Humanos tem sentido culturalmente diverso? E, por fim, é desejável um sentido universal de Direitos Humanos?

Sobre este debate há, basicamente, duas correntes: de um lado, os universalistas, que defendem a ideia de direitos humanos inerentes à condição humana e que, portanto, teriam um sentido universal e irrenunciável; por outro lado, os relativistas defendem uma noção de direitos humanos mais reduzida, ou seja, um fechamento ao diálogo intercultural de modo que a noção de direitos humanos reste umbilicalmente ligada ao sistema moral, social, político de cada “mundo”, isto é, cada cultura teria sua concepção hermética de tradições culturais, não havendo, desse modo, como reduzir os valores culturais a um padrão que seja universal<sup>48</sup>.

VICENTE BARRETO destaca que os autores da Declaração Universal rejeitaram a possibilidade de haver Direitos Humanos universais que fossem independentes da positivação no direito interno dos Estados. A consequência desta postura foi “reduzir o debate contemporâneo sobre o tema às indagações sobre sua eficácia [...]”<sup>49</sup>

Em relação à concepção universalista, argumenta-se sobre a impossibilidade de construir valores, ainda que mínimos, que sejam universais a todas as culturas; a prova disso é a grande diversidade de sistemas de proteção dos Direitos Humanos. Ademais, ainda que todas as culturas tentem definir seus vetores axiológicos com máxima efetividade, apenas algumas delas tenderão a transformá-los em valores universais. Portanto, o universalismo não pode ser encarado como ponto de partida para a formação dos Direitos Humanos. Basicamente, o argumento cultural rejeita a noção de Direitos Humanos inespaciais com base no fato de que esta noção reflete uma perspectiva impositivista do mundo ocidental.

Em relação à ponderação relativista, também há críticas. Por um lado, pode-se dizer que o seu hermetismo inviabiliza o diálogo e a ventilação de valores entre os sistemas

---

<sup>48</sup> Segundo Barreto, este argumento resulta “de uma constatação antropológica, isto é, a existência da humanidade de diferentes valores, hábitos e práticas sociais, que se expressam sob variadas formas culturais”. BARRETO, Vicente. *Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?* In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 284.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 281.

culturais. Como consequência direta dessa “absolutização cultural” às avessas, a perspectiva relativista pode legitimar as mais aviltantes e bárbaras violações aos direitos humanos, impossibilitando o reconhecimento da ideia de “sociedade internacional” e de família humana.

Por tudo quanto exposto, este longo percurso de reconhecimento internacional da necessidade de proteção dos Direitos Humanos encontra sua síntese na precisa ponderação de BOBBIO: “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais<sup>50</sup>”.

## **1.6 O dever de proteção dos Direitos Humanos**

Demonstrado o processo de internacionalização dos Direitos Humanos, cumpre, agora, investigar se existe obrigatoriedade ou “dever de proteção” desses direitos e, em um segundo momento, desde que aceita a primeira tese, apontar qual ou quais instrumentos adequados para a concretização desse dever, vale dizer, determinar o “como” deve ser concretizado o dever de proteção.

De alguma forma, o desenvolvimento dos Direitos Humanos traçado linhas atrás foi fundamental para transmitir, ao imaginário popular e até ao científico, sua contrariedade com o Direito Penal; em outros termos, o Direito Penal, quase sempre, é visto como instrumento de violação dos Direitos Humanos. Mas será, realmente, que esta asserção é verdadeira?

---

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. *A era...Op. cit.*, p. 30.

Especificamente o problema que se coloca é o seguinte: é desejável levar adiante a proteção dos Direitos Humanos pelo Direito Penal? A tese aqui sustentada é, justamente, a da relação de integração entre as duas ciências, embora a história de desenvolvimento científico demonstre a tensão extrassistêmica entre elas<sup>51</sup>.

Indubitavelmente a ciência do Direito Penal foi engessada por discussões puramente dogmáticas, que relegaram à política criminal um papel praticamente irrelevante no conteúdo do Direito Penal. Foi esse isolacionismo entre dogmática e política criminal que ROXIN tratou de combater. Isto porque, segundo ele, casos concretos podem levar à evidência de que pode “dogmaticamente correto o que é político-criminalmente errado, e vice-versa”, portanto, para solucionar esta antinomia, segundo o próprio ROXIN, é necessário:

[...] dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contracciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Liszt<sup>52</sup>.

Estabelecida a ideia básica de necessidade de penetração das decisões político-criminais no conteúdo do Direito Penal, paralelizam-se outras considerações.

Secundariamente, embora possa parecer óbvio, mas nem por isso torna-se desnecessário fazê-lo, tome-se como ponto de partida a afirmação de que o Direito Penal (Internacional) é um instrumento de controle social. Esta é expressão genérica que engloba todos os mecanismos idôneos a produzir no indivíduo um padrão de conduta que não contrarie o arquétipo das relações sociais. Portanto, por controle social, entendem-se os

---

<sup>51</sup> Como adverte SCHABAS, os direitos humanos desconfiam da principal arma do direito penal: o desrespeito à liberdade. Se opõe à prisão antes da condenação, reclama para o detento uma aproximação humanitária como presunção em favor da liberdade e reabilitação do delinquente. E, do mesmo modo, que os direitos humanos se opõem aos castigos corporais e à pena de morte. SCHABAS, William A. *Droit penal international et droit international des droits de l'homme: faux frères?* In: *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*. M. Henzelin et R. Roth, (eds) Paris, Bruxelles, Genève, L.G.D.J., Bruylant, Georg, 2002, p. 165.

<sup>52</sup> ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*; trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 50 (Claves de derecho penal, v. 2).

mecanismos destinados ao comando e à regulação das relações sociais, sendo um dos meios para inspirar e motivar uma convivência harmoniosa na sociedade<sup>53</sup>.

Esse ponto de partida alinha-se com a justificativa de um Direito Penal (Internacional) necessário, ou seja, “uma amarga necessidade em uma sociedade de seres imperfeitos<sup>54</sup>”, que possibilita a vida em comunidade. Obviamente estas informações já formam arcabouço fundamentador para identificar algumas finalidades político-criminais do Direito Penal. Pois bem.

Aliado a estas aporções e com elas conectado, pode-se ponderar que a exigência de garantia de Direitos Humanos é, sem dúvida, um critério político-criminal essencial. O reconhecimento desse critério responde a um modelo político-criminal orientado ao indivíduo e, principalmente, à exigência de um Estado a serviço da humanidade, como meio para possibilitar uma convivência harmoniosa e pacífica, seja interna, seja internacionalmente, entre os indivíduos. A opção por este modelo, à evidência, traz reflexos e consequências em todo o conteúdo do Direito Penal (Internacional), desde a determinação de quais comportamentos mereçam ser considerados como crime até aqueles que não o devam.

Diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, inclinam-se por modelo orientado à preservação dos Direitos Humanos. Tal opção está gravada de forma indubitável na Constituição Federal, à altura dos artigos 1.º e 4.º. Assim, o art. 1.º, III, afirma que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, e o art. 4.º, II, determina que o Brasil, em suas relações internacionais, conduza-se pelo princípio de prevalência dos direitos humanos.

Se se aceita esta base, à clarividência, é necessário reconhecer que a atividade político-criminal do Estado estará condicionada e orientada a produzir consequências sobre o

---

<sup>53</sup> Segundo HASSEMER, o controle social é “uma *condição fundamental irrenunciável da vida em sociedade*”. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos de Direito Penal*; trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 414. (grifos no original).

<sup>54</sup> Frase de HANS SCHULTZ ao fundamentar o projeto alternativo alemão de código penal (1966).



ordenamento jurídico-penal e, notadamente, no ponto que aqui merece destaque, buscar adotar mecanismos que concretizem e deem efetiva vigência aos comandos constitucionais. E, para garantir o exercício desses princípios, há a imposição de uma série de deveres ao Estado, o que supõe, em relação ao Direito Penal (Internacional) não só a descriminalização de condutas, senão, mais ainda, a necessidade de criminalização.

Claramente esse é um modelo de Estado que coloca o indivíduo como centro e fundamento de um sistema, e todas as garantias nele agrupadas orientam-se por um princípio maior, o princípio da humanidade. Para levá-lo à concretização, a atividade político-crime internacional nasce orientada à proteção e preservação dos interesses mais caros à família humana: vida, dignidade, paz e segurança, em outros termos, uma atividade político-crime que recorre ao Direito Penal (Internacional) derivado de uma fundamentação pacifista.

Mas, lado outro, se se considerar, como rotineiramente é feito, o Direito Penal como instrumento de *ultima ratio*, então, ao menos restritiva e aparentemente, há uma barreira para a mencionada proteção jurídica. Nesta hipótese, dado o caráter extremamente aflitivo que implica a incriminação de condutas, defender-se-á não haver justificação moral para o uso do Direito Penal como instrumento garantidor da eficácia dos Direitos Humanos. No entanto, salvo melhor juízo, pelas razões já expostas e por outras que se agregarão, a conclusão está em lado diametralmente oposto.

De antemão é preciso ressaltar que não se ignora o fato de que o Direito Penal (Internacional) é instrumento de *ultima ratio*, porém, em virtude disto, extrair os Direitos Humanos do conteúdo de proteção penal é orientar às avessas o princípio da *ultima ratio*. Explico.

Por intermédio da *ultima ratio*, propõe-se que a tipificação de determinada conduta só é legítima quando for o único e último meio para a proteção do bem jurídico-penal. Se outros meios de controle formal são suficientes para a tutela desse bem, deve o Estado lançar mão

deles, senão a criminalização daquela ação será inadequada e desnecessária afinal, o “derecho penal solo puede ser ultima ratio, si es que si quiere una sociedad democrática<sup>55</sup>”.

Dito desta maneira, forçoso chegar a uma primeira reflexão: não se pode, quando do uso do Direito Penal, apartar-se de valores e princípios verdadeira e materialmente relevantes talhados na Carta Constitucional. Eles devem servir de tábua axiomática para a criação de toda lei penal. Qualquer norma, seja ela penal ou não, que se afaste dos valores consagrados pela lei maior deve, inevitavelmente, ser expurgada do ordenamento jurídico, haja vista trazer consigo uma carga materialmente inconstitucional e, portanto, deslegitimada a produzir efeitos. Considerando que o conteúdo dos Direitos Humanos é preenchido por esta qualidade de valores, recusar proteção penal significa, portanto, negar a justificação do próprio princípio da *ultima ratio*, já que afasta, do âmbito de proteção da lei penal, valores não tuteláveis por outros setores do ordenamento jurídico.

Para justificar solidamente este posicionamento, é preciso seguir dois passos: primeiro demonstrar se existe um dever de proteção dos Direitos Humanos; e, depois, identificar como função do Direito Penal Internacional a proteção de bens jurídico-penais.

A ordem de indagações parte do questionamento sobre a eficiência dos sistemas até então existentes de proteção dos Direitos Humanos para assegurar sua eficácia e respeito, mais ainda, o papel do Estado em assegurar e proteger estes interesses por meio daquilo que BARATTA cognominou “política integral de proteção dos direitos<sup>56</sup>”.

Não é nenhuma novidade que o Direito Penal transporta o fardo de ter seu conteúdo preenchido pelas matérias mais relevantes à preservação do Estado de Direito, tampouco é desconhecido o fato de que os crimes previstos no Estatuto de Roma (genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade) fulminam bens essenciais ao pleno desenvolvimento da

---

<sup>55</sup> BUSTOS RAMIDEZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, p.74.

<sup>56</sup> Baratta, Alessandro. *La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 2, 1999, p. 110 (sem itálico no original).

autonomia humana e, igualmente, maculam a pedra angular inafastável do sistema de proteção penal: vida e dignidade da pessoa humana.

Esta simples constatação, de validade bastante crível e pouco questionável, é o que justifica a leitura da (de)limitação da área de tutela penal à luz do Direito Constitucional como fonte negativa à autoridade punitiva do Estado, mas, ao mesmo tempo, autoriza maior proteção do Estado para garantir a preservação do próprio Estado Democrático de Direito; ou, em outros termos, é a preservação dos valores mais caros à comunidade humana que reclama a ampliação do sistema penal como expressão da proteção desses direitos.

Nesse sentido, pontua SARLET que o princípio da proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição do excesso já que:

[...] vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados<sup>57</sup>.

Se é certo que um Estado Democrático de Direito não pode renunciar à procura de barreiras de contenção ao desenvolvimento irracional do Direito Penal, não é menos verdade que este mesmo Estado deve dirigir suas ações para a funcionalização de todos os seus poderes a serviço das garantias dos direitos fundamentais e humanos dos cidadãos. Em outros termos, tem o Estado dever de proteção para concretização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

À vista disto, tomando como referência o princípio da proibição da proteção deficiente, fixe-se que a elaboração normativa pode efetivar-se em duas vias antagônicas: a) positivamente – desautorizando a construção de normas desconectadas da realidade social; b)

---

<sup>57</sup>SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, p. 86 (sem destaque no original).

negativamente – denunciando a omissão do legislador quanto à tipificação ou endurecimento da resposta penal. Pois bem.

JASPERS foi preciso ao ponderar que a dignidade do homem reside no fato de ele ser indefinível<sup>58</sup>. O homem é como é porque reconhece essa dignidade em si mesmo e nos outros homens; a ausência desse reconhecimento o afasta da própria condição humana. Não por outra razão, o referencial humano deve, sempre, ser o valor primário, limite e última barreira de garantia da legitimidade de qualquer ordem jurídica.

Por outro lado, há, pelo menos, dois outros fundamentos que se podem invocar para concluir pela existência do dever de proteção em relação aos Direitos Humanos. O primeiro deles, sem dúvida, é a transnacionalização desses direitos; em segundo lugar, a subjetividade internacional.

Já ficara estabelecido que a Declaração Universal teve como consequência a incorporação de diversos de seus postulados a inúmeros tratados e convenções sobre Direitos Humanos, transformando os valores nela proclamados em normas cogentes internacionais ou regionais.

Esta universalização dos Direitos Humanos por meio da Declaração Universal implicou mudança de mentalidade dos Estados no que se refere ao “princípio da não intervenção”. Por força desse princípio, nenhum Estado tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, nos assuntos internos ou externos de outro Estado, proibindo-se não apenas a utilização da força armada, mas, também, qualquer outro instrumento que restrinja a autodeterminação do Estado que sofre a intervenção. Por isso mesmo, modernamente, a comunidade internacional não considera afronta à autodeterminação a utilização de mecanismos internacionais para garantia e promoção dos Direitos Humanos. Nesse sentido é

---

<sup>58</sup> JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. São Paulo: Cultrix, 1965, p. 54.

o que consagram, por exemplo, o artigo 5.º da Convenção para repressão e punição do crime de *apartheid* e o artigo 6º para a prevenção e a sanção do genocídio.

O segundo fundamento para a justificação do dever de proteção reside na subjetividade internacional. Se no plano interno não se discutia a capacidade de o indivíduo ser sujeito de direitos, o mesmo não ocorria no âmbito internacional. A tendência de considerar a pessoa como sujeito de direito internacional ensaiou os primeiros sinais no início do século XX, com as convenções de Haia. Assim, a subjetividade internacional significou o reconhecimento da capacidade que o indivíduo tem de ser sujeito de direito internacional. Este assentimento se funda na identificação da pessoa como parte integrante e indissociável da espécie humana, sem distinção de sexo, raça ou religião.

À vista disso, se a subjetividade ascende o indivíduo à capacidade de exercer direitos e contrair deveres, necessariamente, inclui-se, nesse campo, a imposição de responsabilidade por violações aos Direitos Humanos. Há, neste sentido, uma “consciência coletiva internacional” sobre a imperativa necessidade de proteção e promoção de valores. Esta harmonização da consciência internacional, que se pretende legítima e necessária, conduz à investigação se é o Direito Penal Internacional o instrumento adequado para fomentar e garantir a paz internacional.

Assim é que, do exposto preliminarmente, pode-se dizer que existe um latente dever de proteção dos Direitos Humanos. Agora, resulta fundamental tentar demonstrar se ao Direito Penal cabe esta função de proteção. Mais ainda, como realizá-la.

Como explica FERRAJOLI, em um plano jurídico garantismo significa um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Via de consequência “é garantista todo sistema que se ajusta normativamente a tal modelo e o satisfaz de maneira efetiva<sup>59</sup>”. Pois bem.

---

<sup>59</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*; trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 1995, p. 852.

Como princípio político-criminal abrangente, é discurso quase uníssono na moderna doutrina penal que as intervenções de natureza penal devem ser o mais restritas possível<sup>60</sup>. É aceitável a sua ingerência apenas quando estritamente necessário, mas a grande incógnita surge em gizar os campos concretos em que a intervenção penal se mostre necessária. E nesse momento de delimitação da intervenção, a teoria do bem jurídico-penal<sup>61</sup> não pode ser esquecida.

Desde já é preciso fixar uma premissa clara: a simples existência do bem jurídico não é suficiente para fundamentar a tutela jurídico-penal, é preciso que ele se converta em um bem jurídico-penal. Não é esse o momento adequado para traçar as bases conceituais dentro das quais o bem jurídico alcance natureza de bem jurídico-penal, mas, para que isso ocorra, vale mencionar que devem concorrer três critérios: a) dignidade constitucional (direta ou indireta); b) interesse social; c) necessidade de intervenção penal, representada pelo grau de afetação do bem jurídico-penal.

A opinião quase unânime da dogmática penal defende que o Direito Penal tem a função de proteger bens jurídicos<sup>62</sup>. Entretanto, o que são bens jurídicos e qual a sua fonte derivativa ainda são problemas de grande discussão dogmática. A questão que parece

---

<sup>60</sup> Esta afirmação já foi enfrentada em linhas superiores, quando da análise do princípio da *ultima ratio*.

<sup>61</sup> O conceito de bem jurídico pode ser firmado conforme duas perspectivas, quais sejam: a dogmática e a político-criminal. O conceito político-criminal passa larga distância da doutrina brasileira, já o dogmático a doutrina, em sua maioria, desce os olhos. Investigar conceito político-criminal é esclarecer a função extra-sistemática do bem jurídico, ou seja, objeto digno de proteção jurídico-penal; já o conceito dogmático de bem jurídico refere-se ao objeto de proteção do dispositivo legal. No Brasil é corrente nos manuais de direito penal a expressão “objeto jurídico”. Neste estudo, trabalha-se, exclusivamente, com o conceito político-criminal.

<sup>62</sup> CERESO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT; Lima, PE: ARA Editores, 2007, p. 25; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal; parte General*. Madrid: Civitas, 1978, p. 22; ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito*. 2. ed; trad. y notas, Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 51, § 2º, n.2; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte General*. 5. ed. Barcelona: Bosch, 2004, p.139; BAUMAN, Jürgen. *Derecho penal (conceptos fundamentales y sistema)*; trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1973, p.9; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Función simbólica y objeto de protección Del derecho penal*, p. 10. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (dir). *Pena y Estado. Función simbólica de La pena*. Barcelona: ConoSur, 1995; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006, p.4. Segundo o autor, esse seria o objetivo *declarado* do direito penal. Mas essa posição doutrinária não é unânime. JAKOBS, por exemplo, defende a ideia de que a missão do direito penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a consolidação da vigência da norma como modelo de referência para as relações sociais. HIRSCH e STRATENWERTH, embora se distanciando da concepção de JAKOBS, também entendem que a restrição do direito penal à proteção de bens jurídicos é impossível.

pertinente é saber quais bens jurídicos são dotados de dignidade penal<sup>63</sup>, vale dizer, o preceito punitivo deve identificar como objeto de tutela um bem jurídico merecedor de dignidade. Sem a presença desta dignidade, a lei penal carece de justificação material. Como afirma POLAINO NAVARRETE, “sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de um sentido como tal ordem de direito<sup>64</sup>”.

É a partir do pós-Segunda Guerra Mundial que a noção de bem jurídico ganha importância para a dogmática penal vez que seu valor foi o de legitimar ou dar validade às normas penais com fundamento no princípio que diz não ser possível existir lei penal sem um bem jurídico a tutelar (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos).

Seja qual for a concepção de que se parta para tentar identificar o bem jurídico, há uniformidade, entre os que aceitam a teoria do bem jurídico-penal, em afirmar que estes bens são os que possuem relevância social. Reconhecendo-se a Constituição como repositório dos valores mais relevantes para a sociedade e refletindo sobre o que há de mais essencial para o pleno desenvolvimento da autonomia humana, encontra-se o ponto de inflexão entre o Direito Constitucional e o Direito Penal, mais especificamente com a teoria do bem jurídico. Para gizar este ponto de contato, deve-se buscar responder à seguinte indagação: qual o papel da Constituição no processo de (de)limitação e legitimação da (não) intervenção penal?

Inicialmente, vale fixar uma posição já alertada segundo a qual a simples dignidade constitucional do bem jurídico não é suficiente para delimitar e pôr uma pá de cal na problemática da identificação do bem jurídico-penal; não é a Constituição, portanto, para falar com MIR PUIG, a varinha mágica que alguns creem.

A Constituição foi “recepcionada” como fonte e instrumento capaz de produzir uma limitação extrassistêmica e crítica ao direito de punir. Isso porque, sendo ela “estatuto

---

<sup>63</sup> Expressão colhida em DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. Coimbra: Editora Coimbra, t. I, 2004, p.109.

<sup>64</sup> *Apud* PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal...Op., cit.*, p. 18-19.

fundamental da ordem jurídica”, deve ser ventilada pelos valores mais caros à sociedade. E nesta senda, é que se estreita a relação com o Direito Penal, pois, neste ramo, o recorte fenomênico refere-se àqueles bens essenciais para a vida “segura” em um Estado de Direito.

Mesmo considerando não ser este o momento adequado para precisar com exatidão a extensão da expressão, vale ressaltar que a concepção de Estado de Direito, a partir da qual se destaca o pensamento expresso neste texto, não é simplesmente a formal, vale dizer, aquela que é tendencialmente inclinada a proteger liberdades e igualdades em um plano meramente normativo. A concepção a que se refere é a material, ou seja, aquela preocupada em dar concretude aos valores, exigindo que o Estado seja motor ativo da vida social.

Um Estado de Direito material baliza-se, conforme FIGUEREDO DIAS, por “considerações axiológicas de justiça na promoção e realização de todas as condições – sociais, culturais e econômicas – de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem<sup>65</sup>”. Tal modelo, no sentido que o emprega FERRAJOLI, está caracterizado não apenas em um Estado “regulado pela lei” e limitado formalmente, mas também naqueles constitucionais – especialmente os de constituição rígida como a italiana –, onde os níveis normativos incorporam limites formais e, também, substanciais ao exercício de qualquer poder; caracteriza-se pelo funcionamento de todos os seus poderes a serviço das garantias dos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos dos cidadãos.

De tudo quanto exposto, tomando emprestada a observação de SILVA SÁNCHEZ, pode-se argumentar que, como a consequência jurídica do Direito Penal é mais grave do que a dos outros setores do ordenamento jurídico, também será preciso uma danosidade social qualificada para o merecimento da reprimenda penal<sup>66</sup>. E esta danosidade qualificada deve

---

<sup>65</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal e Estado de Direito Material*. In: Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 31. p. 32; *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 33.

<sup>66</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992, p. 270.



referir-se, exclusiva ou eminentemente, a um valor constitucionalmente consagrado<sup>67</sup>. Lado outro, parece não restar dúvida de que há coincidência entre o conteúdo das normas criminalizadoras previstas no Estatuto de Roma e aquelas previstas na Constituição da República, pois os bens jurídico-penais<sup>68</sup> dos crimes lá previstos são, regra geral, “dignidade humana”, “paz” e “segurança internacionais”.

Estas duas considerações – existência de um dever de proteção e função de proteção do Direito Penal – integram-se para legitimar e justificar a intervenção do direito, especificamente do Direito Penal Internacional, no processo de concretização e proteção daqueles Direitos Humanos inseridos no conteúdo do injusto penal.

Convergindo as premissas estabelecidas nos dois passos fixados inicialmente, pode-se concluir que os Direitos Humanos exigem: intervenção penal, luta contra a impunidade, garantias de concretização dos direitos plasmados nos documentos internacionais e, principalmente, criação de mecanismos internacionais repressivos, como a Corte Penal Permanente e as Cortes Regionais de Proteção dos Direitos Humanos.

A luta contra a impunidade, consoante destaca SCHABAS, foi a palavra de ordem do movimento de proteção dos Direitos Humanos<sup>69</sup> e, de certa forma, tornou-se a principal influência para que a orientação dos Estados, no que se refere à institucionalização da justiça penal internacional, mudasse. Esta nova mentalidade, formada a partir e à custa de muitas vidas, nos lega um compromisso moral de construir para a presente e futuras gerações um sistema penal global de proteção.

Vale deixar bastante claro que a necessidade de reprimenda penal aqui defendida não se confunde com o “eficientismo extremado” inaugurado com o *Patriot Act*. Enquanto o

---

<sup>67</sup> Sobre a influência da Constituição Federal na identificação do bem jurídico-penal, pode-se encontrar um setor doutrinário que defende o processo de hierarquização constitucional do bem jurídico, partindo do pressuposto de que a Constituição traz em seu bojo os bens jurídicos mais relevantes, portanto é nela (a Constituição) que o legislador deve buscar os bens que mereçam a tutela penal. Nesse passo, recorde-se que o Estatuto de Roma, ao ser incorporado ao ordenamento jurídico interno, possui natureza de norma constitucional.

<sup>68</sup> Neste trabalho, refere-se ao conceito dogmático de bem jurídico, ou seja, ao objeto de proteção derivado do dispositivo legal.

<sup>69</sup> SCHABAS, William A. *Droit penal international...Op. cit.*, p. 166.

Estatuto de Roma, conforme se verá mais detidamente adiante, forma um sistema normativo de garantias materiais e processuais a todos os acusados, o *Patriot Act*, promulgado em razão dos fatos ocorridos após o 11 de setembro de 2001, é a antítese desse sistema. Segundo a normatização americana, é permitido capturar em qualquer parte do mundo e julgar aqueles que a lei considera inimigos dos Estados Unidos, sem que se permita a este “inimigo” qualquer daquelas garantias mínimas inerentes a um sistema acusatório e a um país democrático.

#### 1.6.1 É o Direito Penal Internacional um Direito Penal do Inimigo?<sup>70</sup>

Conforme se defende, tem o Direito Penal Internacional dever de proteção em relação aos crimes previstos no Estatuto de Roma. Esta imposição decorre de um necessário e moderado efficientismo penal, já que os bens jurídicos protegidos pelo Estatuto de Roma são universais, inespaciais e atemporais. Pois bem.

Um dia após o episódio ocorrido em 11 de setembro, FLETCHER perguntava: “Se trata de um crime que requer a intervenção da Justiça ou constitui um ataque que requer declaração de guerra?”. Não resta dúvida de que o evento, além do impacto sociopolítico que teve no mundo, também gerou sérias modificações no âmbito da ciência do Direito Penal no novo milênio. Em situações fáticas como a que ocorreu nos EUA, alguns teóricos defendem que, diante desse tipo de criminalidade, o Estado deve adotar uma reação diferenciada, ou seja, um sistema repressivo diferente, pois se trata de uma criminalidade com repercussões internacionais, que atingem as bases do sistema político e social de uma nação.

---

<sup>70</sup> Esta seção foi concebida e estruturada com base na leitura do artigo de MUÑOZ CONDE, Francisco. *¿Es el Derecho penal internacional un Derecho penal del enemigo? In: Revista Penal*. Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla, n.21, 2008, p. 93-102.

O maior expoente desse ponto de vista é, sem dúvida, JAKOBS<sup>71</sup>. Defende o autor alemão que, em casos desse tipo, há que se recorrer a um Direito Penal especial, um Direito Penal para lutar contra os inimigos do Estado, enfim, um Direito Penal do Inimigo. Este se caracterizaria, entre outras coisas: (1) por um incremento quantitativo nas penas; (2) pela abolição das garantias ao acusado; (3) pelo adiantamento da intervenção penal, com recurso aos crimes de perigo abstrato. À luz desses esclarecimentos prévios, é de se indagar: é o Direito Penal Internacional um “novo” modelo de Direito Penal do Inimigo?

Evidentemente defender, como aqui se defende, que os Estados estão obrigados a perseguir e punir os crimes de guerra, crimes contra a humanidade e o genocídio, sem nenhuma possibilidade de escusa ou leniência – e o princípio da complementaridade (ou complementaridade) aí está para garantir a higidez do julgamento – não implica nenhum Direito Penal Internacional do Inimigo, pois nos processos submetidos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional um sem-número de garantias materiais e processuais é assegurado aos acusados.

Ora, se por um lado o Estatuto de Roma assegura um elevado nível normativo de proteção ao acusado, há, no plano legislativo internacional, uma normatização que muito se assemelha ao Direito Penal do Inimigo defendido por JAKOBS. Refere-se, neste momento, mais uma vez, ao *Patriot Act*, este, sim, verdadeiramente, representa a corporificação de um Direito Penal Internacional do Inimigo.

Os EUA não ratificaram o Estatuto de Roma e, por isso mesmo, em regra, seus cidadãos não se encontram sob a jurisdição da Corte Penal Internacional<sup>72</sup>. Esta postura internacional dos EUA causa, no mínimo, alguma perplexidade, já que sempre estiveram à

---

<sup>71</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto e culpabilidade*; trad. trad. Gercélia B. de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

<sup>72</sup> O Tribunal Penal Internacional tem competência para punir os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra cometidos por qualquer nacional de um Estado Parte ou no território de um Estado Parte. Por influência dos EUA, rechaçou-se a proposta da Coreia do Sul que incluía na competência do Tribunal os casos em que a vítima do crime era nacional de um Estado Parte.

frente na criação dos tribunais penais *ad hoc* como o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tokio. Ora, a questão é intrigante porquanto favoráveis a um tribunal internacional para julgar criminosos de guerra, mas não aceitam jurisdição de um tribunal internacional na oportunidade em que algum de seus cidadãos cometa estes crimes, notadamente – e aí a questão fica ainda mais paradoxal – quando o julgamento seria realizado por um tribunal permanente, vale dizer, com todos os direitos e garantias inerentes a qualquer país que se intitule civilizado.

A não sujeição à jurisdição do Tribunal Penal Internacional não impediu os EUA de criarem seu próprio sistema de justiça penal internacional para perseguir aqueles que, segundo seus próprios critérios, são considerados inimigos, como os terroristas. Este sistema penal internacional, arquitetado após o 11 de setembro, foi estruturado com uma série de medidas do governo BUSH contra o terrorismo, mas, sem dúvida, o nome mais representativo desta teia normativa é *Patriot Act*.

O tratamento judicial previsto nesse documento vai de encontro a uma série de direitos e garantias reconhecidos na grande maioria das constituições dos países do mundo, como a cláusula do direito à informação, incorporada à própria constituição americana pela sexta emenda.

Inicialmente, um grande problema que aporta à nova normatização antiterrorista é o conceito de terrorismo. Definido em termos bastante porosos, terrorismo significa, entre outras coisas, “uma atividade que implica atos perigosos para a vida humana, viola o direito penal dos EUA ou de qualquer outro país; tem como finalidade intimidar a população, influir sobre a política do governo mediante intimidação, incidir sobre a atividade do Governo com meios de destruição massiva, seqüestros etc; é realizada principalmente dentro da jurisdição dos Estados Unidos<sup>73</sup>”.

---

<sup>73</sup> Título VIII, Sec. 802, n. 5, “(5) the term ‘domestic terrorism’ means activities that: (A) involve acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State; (B) appear to be

Além dessa conceituação criticável, a legislação permite, entre outras coisas, realização de interceptações telefônicas ou de correspondência de presumíveis terroristas sem prévia autorização judicial; suspensão das garantias constitucionais como *habeas corpus* e *habeas data*, de modo que todas as empresas que atuem nos EUA sejam obrigadas a fornecer dados de seus clientes sob pena de sofrer sanções econômicas ou, inclusive, presunção de envolvimento com os crimes previstos no *Patriot Act*<sup>74</sup>.

Pelo exposto, parece certo que, à luz desta complexa e ampla legislação antiterrorista americana, notadamente o *Patriot Act*, os EUA adotam um modelo próprio de justiça penal internacional. Eis que estendeu sobremaneira o poder norte-americano sobre pessoas e instituições, mesmo que não se encontrem em seu território, restringindo e abolindo garantias constitucionais e liberdades civis duramente conquistadas, tais como *habeas corpus*, *habeas data*, contraditório, juiz natural etc.

Esta persecução de crimes com repercussão internacional, ou seja, aquela realizada fora dos balizamentos estabelecidos pelo Estatuto de Roma revigora uma velha concepção de Direito Penal e, principalmente, amplia sobremaneira a concepção de crime internacional edificada no Estatuto de Roma na medida em que se enquadram novas figuras, tais como terrorismo, financiamento do terrorismo, narcotráfico, lavagem de capitais, conspiração para tráfico internacional de drogas etc. Isto leva a crer que, salvo melhor juízo, ao contrário do Estatuto de Roma, apenas nesta hipótese prevista na legislação dos EUA parece adequado falar em um Direito Penal Internacional do Inimigo.

## 1.7. Conclusões preliminares

---

intended: (i) to intimidate or coerce a civilian population; (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or (iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and (C) occur primarily within the territorial jurisdiction of the United States”.

<sup>74</sup> Os procedimentos de vigilância reforçada estão elencados nas sec. 201-225.

Em razão da proposta deste estudo, é possível sistematizar algumas considerações preliminares sobre as questões apresentadas:

I. lançar mão de todos os esforços internos e internacionais para garantir a preservação dos Direitos Humanos contra todo ato de violação e redução destes direitos é o ponto de inflexão inquestionável entre os Direitos Humanos e o Direito Penal (Internacional);

II. a ratificação do Estatuto de Roma por cento e onze países<sup>75</sup> aponta para o caminho da universalidade de um núcleo mínimo e irredutível de proteção dos Direitos Humanos, encerrando a fase de impunidade dos maiores violadores dos Direitos Humanos. Com efeito, um dos grandes problemas para a internacionalização dos Direitos Humanos era, sem dúvida, a inexistência de um sistema internacional que punisse os criminosos;

III. a adoção de mecanismos internacionais para repressão das mais brutais violações e transgressões aos Direitos Humanos fundamentais é a premente necessidade para a salvaguarda dos Direitos Humanos. E, nesta linha, o Tribunal Penal Internacional representa o ponto máximo de contato entre a garantia dos Direitos Humanos e sua proteção;

IV. o estrito respeito aos Direitos Humanos representa condição *sine qua non* de legitimação da intervenção penal. Ademais, um Estado que se proclama Democrático de Direito e tem como fundamento, entre outros, o princípio da dignidade humana deve, antes de tudo, promover e fomentar toda sorte de mecanismos para não apenas garantir o respeito aos Direitos Humanos, mas também para implementá-los, seja na ordem interna, seja na ordem internacional;

V. a luta contra a impunidade e, principalmente, a criação de mecanismos internacionais repressivos como o Tribunal Penal Internacional evidenciam o regime de complementaridade existente entre os Direitos Humanos e o Direito Penal.

---

<sup>75</sup> Até junho de 2010.

## **2 APROXIMAÇÕES**

### **2.1 Introdução**

Antes de passar à análise do processo de internacionalização do Direito Penal, torna-se necessário investigar, ainda que sumariamente, dois pontos fundamentais para correta compreensão do processo.

Entre os inúmeros “fenômenos” que integram a internacionalização da jurisdição penal, a soberania e a concepção kantiana de paz perpétua se destacam. O primeiro (soberania) é causa de duas consequências complementares entre si: fomentador das violações aos Direitos Humanos e inibidor da jurisdição internacional. O segundo representa uma das primeiras concepções jurídico-filosóficas para a construção de um Estado cosmopolita.

### **2.2 A concepção (clássica) de soberania**

A compreensão da internacionalização do Direito Penal e dos (sistemas de proteção dos) Direitos Humanos e dos obstáculos para sua efetivação não pode vir dissociada, em um primeiro momento, da análise do conceito clássico de soberania. Como bem assevera RADBRUCH, foi a ideia de fundamentar um Estado como potência que o levou a procurar a

sua mais adequada expressão jurídica no conhecido “dogma da soberania<sup>76</sup>”. Ou, na precisa indagação de TRUYOL Y SERRA: não é incompatível a soberania com todo vínculo que a limite?<sup>77</sup> Aquela conclusão, aliada a este questionamento, remete a uma problemática que acompanhou o desenvolvimento de estruturas internacionais para fazer valer a normatização internacional em matéria de Direitos Humanos e, por isto mesmo, converteu-se em barreira a esse desenvolvimento.

De saída, pode-se estabelecer a premissa de que o incompatível com um direito internacional propriamente dito é a soberania absoluta, mas não a existência da soberania em si. Esta, aliás, é pressuposto e condição necessária para a existência de uma ordem internacional, já que sem soberania, sem Estados soberanos, não é possível constituir uma ordem internacional.

Do ponto de vista do Direito Internacional Público, a soberania nacional, conforme bem sintetiza HILLGRUBER<sup>78</sup>, significa:

Primero el reconocimiento del derecho exclusivo y universal del Estado a promulgar en su territorio normas jurídicas que vinculan a sus nacionales (soberanía territorial y personal), es decir el reconocimiento del poder de tomar la última decisión sobre personas y cosas en su territorio y de decidir sobre el estatus de las personas físicas y jurídicas (soberanía interior). En segundo lugar, en las relaciones exteriores la no sumisión a otros Estados, pues a todos ellos les reconoce el derecho internacional igual autoridad: *par in parem non habet imperium* (la llamada soberanía exterior)

A soberania, embora conhecida desde a Idade Média, só alcança a noção de *suprema potestas superiorem non recognoscens* com o aparecimento dos grandes Estados nacionais europeus<sup>79</sup>. Os Estados soberanos são, doravante, aqueles que detêm o monopólio do uso da força em seus territórios, não podendo sofrer nenhum tipo de interferência em sua forma de governo. Desta afirmação, podem-se extrair, basicamente, duas características fundamentais

---

<sup>76</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*; trad. L Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 374.

<sup>77</sup> TRUYOL Y SERRA, António. *Noções fundamentais...Op. cit.*, p. 113.

<sup>78</sup> HILLGRUBER, Christian. *Soberanía – La defensa de un concepto jurídico*; trad. Ariadna Aguilera Rull. Barcelona: Indret1/2009, p. 8. Disponível em <http://www.indret.com/es/>. Acesso em 5 de janeiro 2010.

<sup>79</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 125.



em que se sustenta a soberania: territorialidade e exclusividade no exercício do poder. Portanto, ao declarar-se soberano, o Estado se colocava como ente “único e supremo”, não se sujeitando, por isso mesmo, à ingerência ou intervenção de outro Estado – condição que implicava, em última análise, a negação do direito internacional. À luz dos escritos de BODIN, HOBBS e outros, ser soberano é ser a primeira, última e maior fonte de autoridade em um território. A estes caracteres, adiciona MORRIS outros três: absolutismo, inalienabilidade e indivisibilidade<sup>80</sup>. Ser soberano, portanto, significa plena autonomia no âmbito de decisões internas<sup>81</sup>. Esta afirmação abre o flanco para duas graves constatações: 1) a soberania absoluta era o principal instrumento que permitia aos Estados perpetrarem as principais violações aos Direitos Humanos; 2) conseqüentemente, impossibilidade de responsabilização internacional do Estado. Segundo anota TRUYOL E SERRA<sup>82</sup>:

Esta concepção [da soberania absoluta] ascende fundamentalmente a MAQUIAVEL. Foi desenvolvida principalmente por HOBBS, ESPINOSA e ROUSSEAU; por HEGEL, (recorde-se a doutrina do “direito estadual externo”) e pelo positivismo jurídico, com a sua cocepção voluntarista do direito. Aplicada principalmente ao direito internacional por EMERIC DE VATTEL, produziu nele os maiores estragos, conduzindo a um primado absoluto do interesse nacional exclusivo.

Esta soberania clássica absoluta, ilimitada e irrestrita, mesmo após os conflitos gerados pelas duas guerras mundiais, continuou a ser largamente prestigiada pelos Estados totalitários, outra não é a razão que justificou a ineficiência das organizações internacionais em obstaculizar o surgir e desenvolver da Segunda Grande Guerra e dos diversos conflitos internacionais ocorridos ao longo do século XX. Mas, se por um lado, o início da Segunda Guerra significou o máximo esplendor da soberania externa, para usar as palavras de FERRAJOLI<sup>83</sup>, o seu fim foi o indício de que o conceito de soberania absoluta já não contaria

---

<sup>80</sup> MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o Estado moderno*; trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 259.

<sup>81</sup> Esta visão, segundo, HILLGRUBER, “[...] opera con un concepto sociológico de soberanía, aquel que equipara la soberanía a un uso ilimitado del poder estatal y que al partir de dicha premisa, en vistas de la falta de omnipotencia del Estado, se ve obligada a negarle su soberanía”. Op cit., p. 4.

<sup>82</sup> Op. cit., p. 117-118.

<sup>83</sup> Op. cit., p. 144.

com o mesmo prestígio de outrora, pois, com o estabelecimento do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, pela primeira vez, puniram-se chefes de Estado e impôs-se a autoridade das decisões de um Tribunal Internacional a um país soberano<sup>84</sup>.

À luz do exposto, pode-se concordar com CHOUKR, que, para efeito do conceito de soberania, “quando o assunto for ligado à proteção dos direitos humanos, não pode nem deve ser empregado o clássico conceito acima apontado, nada valendo *suprema potestas superiorem non recognoscem*<sup>85</sup>”.

Deveras, da análise dos fatos que acompanham a história da humanidade, a soberania serviu de obstáculo e justificativa para ausência de sindicabilidade dos interesses internos dos Estados. A consequência contra esta estreita visão de soberania veio a reboque das diversas violações ao gênero humano. Reagindo a este modelo, houve, por isso mesmo, uma redução conceitual e a construção de um modelo compatível com uma realidade internacional em que as relações humanas são, cada vez mais, estreitas e sem fronteiras.

### **2.3 A proposta kantiana de ordem internacional**

O Tribunal Penal Internacional entrou em vigor, apenas, no início do século XXI. Esta afirmação, à primeira vista metodologicamente deslocada, é invocada para alertar que, embora sua concretização seja recentíssima, suas raízes jurídico-filosóficas encontram-se nas

---

<sup>84</sup> Este não é o momento oportuno para investigar os (de)méritos do Tribunal de Nuremberg. Estas discussões são travadas quando da análise, p. 84 e ss.

<sup>85</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Temas de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 6 (itálico no original).

discussões kantianas sobre a manutenção da paz entre os povos, notadamente na obra “À paz perpétua” (1795)<sup>86</sup>.

Em aproximação que parece um tanto inadequada, é costume alinhar o escrito kantiano com o “Tratado de Basel”, firmado entre a Prússia e a França (1795). Embora situados no mesmo contexto histórico, não é possível obviar esta relação à luz de apenas um acontecimento político nos moldes do acordo franco-prussiano. Na verdade, “À paz perpétua” parece ser a síntese de um espírito pacifista que dominava o panorama ideológico em que se encontravam as ideias do século XVIII. De mais a mais, no entanto, é preciso ressaltar que aquele tratado diplomático, objetivava, apenas, um acordo para suspender as hostilidades, fato que, à luz das ponderações de KANT, não poderia, jamais, levar à paz.

O idealismo político que permeia a construção kantiana está estruturado em duas seções: artigos preliminares e artigos definitivos para a paz perpétua. As condições negativas para a paz são formuladas nos artigos preliminares, todos contaminados pela ideia de inexistência de paz armada, ou seja, quando há mera suspensão de hostilidades, mas os Estados conservam seu poder belicoso. Com estes artigos, enumeram-se seis críticas (leis proibitivas): 1) tratados de paz que não eliminam a possibilidade de guerra futura; 2) aquisição de Estados; 3) manutenção de exércitos permanentes; 4) dívidas públicas para financiamento bélico; 5) intervenção na autodeterminação de outros Estados; 6) permissividade irrestrita de hostilidades durante a guerra. Vejam-se, em apertada análise, estas críticas.

KANT afirma que a paz pode-se tornar perpétua de duas formas: primeiro, em tom eminentemente pessimista, ela seria encontrada em um cemitério, onde lá estariam enterradas todas as atrocidades e seus realizadores (1); ao lado desta metáfora, ele propõe uma série de

---

<sup>86</sup> Para uma profunda análise do pensamento kantiano, ver NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Coleção justiça e direito). Para propostas de paz perpétua anteriores à concepção kantiana, ver JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 118-120.

mecanismos objetivos e medidas de cunho político, ético e moral, cujo objetivo é retirar-nos do espiral belicoso e nos conduzir à paz perpétua (2).

Para ele um estado de paz não se identifica, necessariamente, com um estado de natureza, que é quase sempre um estado de guerra. O estado de paz deve ser formalmente instituído, pois a suspensão das hostilidades configura mero armistício, não sendo, em si, um estado de paz<sup>87</sup>.

KANT deixa claro que o estado de natureza implica uma liberdade sem limites, podendo, cada um, fazer o que lhe parecer pertinente. Ademais, no estado de natureza, impera a ausência do direito – um estado não jurídico, em que prevalece a força. Assim, para fazer valer seus direitos e pretensões só pelo emprego da força, o que implica, necessariamente, que ninguém pode estar seguro, KANT defende que os Estados, vistos em suas relações externas com outro – como selvagens sem lei –, estão naturalmente em um estado não jurídico. Este estado natural é o Estado de Guerra, no qual prevalece o direito do mais forte. Sendo assim, o estado de paz deve ser criado e, para isso, seria necessária uma Aliança de Nações, de acordo com a ideia de Contrato Social original para a proteção mútua contra ataque e agressão externa.

Neste contexto, KANT perfilha ideias de criação de mecanismos práticos para pôr fim às hostilidades entre os Estados. Objetiva, pragmaticamente, esquivar-se daqueles “tratados de paz” (como a “Paz de Basileia”) que, em realidade, não pretendem ir mais além de um simples armistício, fruto do esgotamento das partes que procuram apenas recobrar a

---

<sup>87</sup> O termo armistício refere-se às convenções celebradas entre Estados beligerantes com objetivos político-militares que contém, para além de cláusulas puramente militares, regramentos de ordem política e econômica que objetivam a suspensão das hostilidades. Portanto o armistício não põe fim à guerra, apenas suspende as atividades beligerantes.

capacidade ofensiva para reiniciar, em breve, as hostilidades. Entre esses mecanismos, destaca-se a proposta de extinção dos exércitos permanentes<sup>88</sup>.

KANT adverte que a corrida armamentista, marcada pelo acúmulo contínuo de material bélico por um Estado, significa grave ameaça à segurança internacional, pois os demais países se veem compelidos a, reciprocamente, fomentar seus exércitos, o que, por sua vez, pode debilitar o bem-estar e o desenvolvimento de nações desprovidas de dotações orçamentárias destinadas à manutenção dos exércitos. A Guerra Fria é o exemplo mais flagrante da lógica kantiana.

Em outro ponto relevante do escrito kantiano, já no quinto artigo preliminar, reafirma-se o discurso da não intervenção de um Estado na constituição e governo de outro, recusando a interferência das potências hegemônicas nas competências dos Estados menos fortes, já que semelhante atentado contra a soberania quebra as regras do jogo e obstaculizam a criação de um Estado federativo mundial. Contudo o pensamento anti-intervencionista não é aplicável ao caso de um Estado que se divida em duas partes em consequência de disparidades internas, representando, cada uma delas, um Estado particular com a pretensão de dominar o todo<sup>89</sup>.

Por fim, no sexto artigo preliminar para a paz perpétua entre Estados, KANT defende que, mesmo em guerra, deve haver um limite às condutas dos beligerantes (*jus in bello*): “Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir-se hostilidades tais que façam impossível a confiança mútua na paz futura<sup>90</sup>”. Enunciando esta lei, ele condena a permissividade ilimitada de determinadas condutas durante o estado de guerra. Mesmo em uma situação limite, em plena guerra – afirma –, não é admissível desrespeitar alguns direitos, sendo absolutamente condenável a prática de assassinatos, envenenamentos, quebra de acordos, indução à traição etc.

---

<sup>88</sup> “Os exércitos permanentes (*miles perpetuus*) devem desaparecer totalmente com o tempo.” KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*; trad. Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006, p. 59. (Ensaio sobre Paz e Conflitos; vol. V).

<sup>89</sup> *Idem*, p. 60.

<sup>90</sup> *Idem*, p. 61.

Na segunda seção de *À paz perpétua*, KANT propõe que a regulação dos conflitos entre os Estados depende da formação de uma constituição jurídica, baseada em três tipos de lei: o direito político, o direito das gentes e o direito cosmopolita<sup>91</sup>. “O direito político” corresponde ao primeiro artigo definitivo, que prega a adoção de uma constituição republicana por todos os Estados (política interna). “O direito das gentes” corresponde ao segundo artigo definitivo, que sugere a formação de uma federação de Estados. Por fim, “O direito cosmopolita”, que estipula o direito universal de hospitalidade (política mundial).

O primeiro deles, partindo da noção de que o cidadão livre defende racionalmente a instauração da paz generalizada, propõe que em qualquer Estado a constituição política deve ter caráter republicano já que, segundo ele, é a república (ou o Estado regido desta forma) o único governo que pode evitar a guerra ofensiva por princípio e, portanto, é a base necessária para assegurar a paz entre os povos.

Em sua óptica, portanto, uma constituição republicana seria a única que poderia conduzir à tão almejada paz perpétua, e as razões são as seguintes:

A constituição republicana, além de ter a pureza de sua origem, de ter nascido na pura fonte do conceito do Direito, tem a vista posta no resultado desejado, ou seja, na paz perpétua. Se é preciso o consentimento dos cidadãos (como não pode ser de outro modo nesta constituição) para decidir se deve haver guerra ou não, nada mais natural que se pense muito em começar um jogo tão maligno, já que eles também teriam que decidir para si mesmos todos os sofrimentos da guerra [...] em uma constituição na que o súdito não é cidadão, em uma constituição que não é, portanto, republicana, a guerra é a coisa mais simples do mundo, porque o chefe de Estado não é um membro do Estado, mas seu proprietário. A guerra não lhe faz perder os seus banquetes, a temporada de caça, os seus palácios de férias, as festas da corte, etc., e pode, portanto, decidir a guerra como uma espécie de jogo, por causas insignificantes, e encomendar indiferentemente a justificativa para ela, por mor da seriedade, ao sempre disposto corpo diplomático<sup>92</sup>.

No segundo artigo definitivo, salienta que a federação da paz (*foedus pacificum*) buscaria “terminar com todas as guerras para sempre<sup>93</sup>”. Como não há poder legislativo

---

<sup>91</sup> *Idem*, p. 66.

<sup>92</sup> *Idem*, p. 69.

<sup>93</sup> *Idem*, p. 76.

supremo que garanta o direito dos Estados, a paz entre eles só pode ser obtida por uma federação ligada ao conceito de direito das gentes. Neste ponto, é preciso abrir um parêntese.

Ao questionar a clássica dicotomia “guerra justa” e “guerra injusta”, a paz perpétua kantiana significa uma clara e forte reação ao clássico “direito das gentes”. Seguindo as ironias presentes em todo seu texto, KANT denuncia o paradoxo de que o Direito invoque-se pelos que legitimam tudo na força: “é de admirar, certamente, que a palavra ‘direito’, por pedante, ainda não tenha sido expulsa da política de guerra, e que nenhum Estado tenha se atrevido a manifestar-se publicamente a favor desta opinião<sup>94</sup>”. Mais ainda, adverte que o direito das gentes é “um direito que, na verdade, não é mais do que uma palavra sem conteúdo e que descansa em tratados que encerram já, no ato mesmo da assinatura, a reserva secreta da sua transformação<sup>95</sup>”. Da mesma forma, critica veementemente jusinternacionalistas quando afirma:

permaneço citando a Hugo Grocio, Pufendorf, Vattel e outros (ditoso consolo...) - ainda que seus códigos elaborados filosófica ou diplomaticamente não tenham a menor força legal nem possam tê-la (pois os Estados como tais não estão sob uma força exterior comum) - como *justificativa* de uma agressão bélica, mas não se conhece nenhum caso de que um Estado tenha abandonado seus propósitos por causa das argumentações de tão importantes homens<sup>96</sup>.

O ponto de inflexão com a institucionalização de um organismo internacional com jurisdição complementar está na construção kantiana do cosmopolitismo. O seu direito cosmopolita é apresentado como terceira condição para a paz perpétua, “considerando o indivíduo membro de uma sociedade de dimensão universal”. Sua proposta, portanto, tenta inserir o indivíduo nas relações internacionais, buscando atribuir-lhe uma dimensão que até então lhe era negada.

Em razão do direito cosmopolita, estabelece-se uma comunidade entre todos os povos, de modo que ninguém tem mais direito que outro; quando se viola um direito em determinado

---

<sup>94</sup> *Idem*, p. 74.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 104.

<sup>96</sup> *Idem*, p. 74-75.

lugar da terra, todos os outros membros do gênero humano são atingidos; forma-se, assim, um “direito público da humanidade”<sup>97</sup>.” É justamente nesta ideia de cosmopolitismo, que, do texto de KANT, pode-se dizer que se situa a noção fundamental para uma política universal orientada à proteção dos Direitos Humanos, uma política cujo principal ápice foi a institucionalização do Tribunal Penal Internacional.

Mais de dois séculos após sua publicação, *À paz perpétua* destaca-se por sua impressionante atualidade, notadamente se se considerarem os acontecimentos ocorridos nos territórios da antiga Iugoslávia, onde as atrocidades ali praticadas chamaram a atenção para a necessidade de mecanismos internacionais destinados a promover a aproximação da paz e a internacionalização de políticas destinadas não só à “promoção”, mas, também, à “garantia” dos Direitos Humanos. A Corte Penal Internacional é, pois, o retrato da paz kantiana, eis que, como bem pondera JAPIASSÚ, ao aderir à Corte, os Estados renunciam parcela de sua soberania em favor de um órgão internacional de jurisdição complementar<sup>98</sup>. Disto defluiu a atualidade da proposta kantiana.

---

<sup>97</sup> “[...] a idéia de um Direito Cosmopolita não é uma representação fantástica nem extravagante, mas completa o código não-escrito do Direito Político e do Direito de Gentes em um Direito Público da Humanidade, sendo um complemento da paz perpétua, ao constituir-se em condição para uma contínua aproximação a ela.” *Idem*, p. 82.

<sup>98</sup> *Op. cit.*, p. 128.



### 3 A NOÇÃO DE DIREITO PENAL INTERNACIONAL

#### 3.1 Introdução

Antes de abordar o recorte atual da Corte Penal Internacional, seja no sentido jurídico, seja no sentido político, cumpre analisar o estado de discussão acadêmica antes da eclosão da Primeira Guerra Mundial e os reflexos das propostas de criação de uma Corte Internacional para o movimento de internacionalização do Direito Penal, já que várias foram as etapas percorridas antes do seu estabelecimento. Como bem afirma SCHEERER “[...] nunca houve uma transformação social significativa na história que não tenha sido considerada irreal, estúpida ou utópica pela grande maioria dos especialistas, mesmo antes do impensável se tornar realidade [...]”<sup>99</sup>.” Com o Direito Penal Internacional, não foi diferente.

Marcar esses momentos históricos é de extrema importância para a exata compreensão da origem e do desenvolvimento da justiça penal internacional. Basicamente três são as etapas: um primeiro momento de fomento à justiça internacional caminha do fim do século XIX até o fim do segundo conflito mundial; depois, até o fim do século XX; e, por fim, o período após 1998.

A divisão entre estas etapas é apenas metodológica, pois não há possibilidade de separação estanque entre elas. Na verdade, não passam de consequências umas das outras, de modo que são dependentes e comunicantes entre si. Logo, as discussões sobre a

---

<sup>99</sup> Referência colhida em MATHIESEN. Thomas. *Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. In: PASSETTI, Edson, SILVA, Roberto B. Dias (Orgs.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim/PEPG/Ciências Sociais PUC/SP, 1997, p. 264-265.

internacionalização da justiça penal após a Segunda Guerra Mundial, além, é claro, da atmosfera internacional gerada pelo término do conflito, só alcançaram repercussão em razão dos anteriores movimentos internacionais para instalação de uma Corte Penal permanente.

O objetivo deste capítulo é traçar uma linha do processo histórico de internacionalização da ordem jurídica internacional até meados do século XX, dando especial enfoque às cortes que, de tempos em tempos, foram constituídas para a especial finalidade de (tentar) punir os crimes internacionais cometidos contra o gênero humano, a exemplo do Tribunal de Nuremberg.

### **3.2 Antecedentes ao processo de legitimação de uma ordem jurídico-penal internacional permanente: o movimento de unificação até a Primeira Guerra Mundial**

A revisão da postura política, por parte dos Estados, foi o primeiro passo para que a justiça penal internacional permanente pudesse ser instituída. A consciência da comunidade internacional da necessidade de se assegurar a paz internacional pelo Direito, especificamente, pelo Direito Penal, foi o imperativo que permitiu deflagrar o longo e lento processo de estabelecimento da Corte Penal Internacional. Postura que, embora possa reconhecer traços em alguns documentos e tratados de civilizações antigas, somente foi verdadeiramente concretizada no fim do século XX.

Ainda que existam relatos longínquos de relação entre Estados e da necessidade de criação de uma justiça universal, é no fim século XIX que começa se perfilhar a ideia de criação de um Tribunal Penal Internacional como ente permanente e capaz de reprimir as

graves violações ao direito humanitário<sup>100</sup>. A resistência a uma justiça universal fundava-se em uma concepção absoluta de soberania, ou seja, na ideia de que o Estado não deve submeter-se à ingerência de outros Estados ou de uma ordem jurídica internacional. Evidentemente, por esta perspectiva, os Estados, com o objetivo de fortalecimento de sua soberania, não aprovaram a criação de uma Corte Internacional, já que o poder de punir era inerente e exclusivo de cada um deles. A resistência justificava-se pelo próprio contexto histórico em que se inseria a discussão, ou seja, era a soberania o pilar básico para o fortalecimento dos Estados Totalitários<sup>101</sup>. Assim, parece claro que a concepção de soberania absoluta asfixiou lenta, mas inexoravelmente, a justiça penal internacional.

Já no século XX é que se intensifica a formação de movimentos orientados para a concretização de um Tribunal Penal permanente e de um código penal internacional. Os esforços da Sociedade das Nações (SDN), de sua sucessora, a Organização das Nações Unidas (ONU) e, inclusive, da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) foram essenciais para a concretização desse objetivo.

Desse modo, é possível dividir os esforços para criação de uma ordem jurídico-penal internacional em dois caminhos: propostas doutrinárias de uma codificação penal internacional e criação de um Tribunal Penal Internacional permanente.

---

<sup>100</sup> GRÓCIO, a quem se atribui a criação do princípio da justiça universal, no século XVII, afirmava que os crimes internacionais poderiam ser punidos por qualquer Estado. Segundo ele: “Desde o estabelecimento das sociedades civis, reconheceu-se como verdade que cada Estado ou aqueles que o governam seriam os únicos capazes de punir, ou de não punir, conforme julgassem adequado, as faltas de seus súditos que interessassem particularmente ao grupo a que pertencem. Mas não lhes restou um direito tão absoluto e tão particular a respeito dos crimes que afetem de alguma maneira a sociedade humana. Pois, para estes, os outros Estados, ou seus chefes, têm o direito de diligenciar pela punição, da mesma maneira que as leis de um Estado em particular dão a cada um o direito de ação em juízo para a apuração de determinados crimes. [...] os Reis, e em geral todos os soberanos, têm direito de punir não somente as injúrias cometidas contra eles ou seus súditos, mas também aquelas que não lhes dizem respeito em particular, quando contêm uma intensa violação do direito da natureza ou o das gentes, contra quem quer que seja. Eu digo *contra quem quer que seja*, e não somente contra seus súditos.” Ver CASSESE, Antonio. *Existe um conflito insuperável entre a soberania dos Estados e a justiça penal internacional?* In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*; tradução de: Silvio Antunha. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 11-12 (destaque no original).

<sup>101</sup> O princípio da complementaridade, ou seja, aquele segundo o qual o Tribunal Penal Internacional somente pode agir se o Estado não conduzir o inquérito ou procedimentos como deveria, serve para demonstrar que a tensão entre soberania e jurisdição penal internacional é muito mais aparente que real.

### 3.2.1 Propostas doutrinárias de Código Penal Internacional

Os iniciais esforços empreendidos para a construção de uma justiça penal internacional foram encetados para a elaboração de um Código Penal Internacional. Parece claro, em razão de antecedente lógico, que, realmente, seja necessário estabelecer normas de natureza material para depois passar à institucionalização da Corte.

Cumprе esclarecer logo de saída que o problema principal do pós-guerra (Primeira Guerra) era estabelecer um organismo com jurisdição internacional que fosse respeitado pelas nações. Assim, os Estados estavam muito mais de acordo com a criação de um Código Penal Internacional, ou seja, com a vontade de “uniformização” das normas internacionais de Direito Penal, do que propriamente com a criação de um Tribunal Penal Internacional.

De se destacar que a impossibilidade de julgar o Kaiser Guilherme II, conforme será analisado adiante, em razão, entre outros motivos, da possível violação ao princípio da legalidade, serviu para destacar a necessidade de elaborar um código que punisse os crimes de *lesa humanidade*.

Em que pese às afirmações em contrário, salvo melhor juízo, as propostas de um Código Penal Internacional empreendidas no período sob análise, à exceção do “Projeto Cosentini”, não passam de meros esforços individuais e pouco sistematizados, faltando-lhes, portanto, o rigor científico necessário para qualificar-lhes como códigos penais. Apesar disto, neste estudo, são considerados autênticos projetos de código.

Feita a advertência, alguns autores apontam que QUINTILIANO SALDAÑA e PELLA foram os primeiros a pugnar pela codificação do Direito Penal Internacional; outros alegam que o primeiro esforço foi de G. de GREGORY, que, em 1832, propôs o chamado

“Código Penal Universal”, que consiste de uma sistematização das normas vigentes à época em diversos países.

Costuma-se afirmar que, nesse período pós-Primeira Guerra Mundial, apresentavam-se quatro direções de propostas de codificação penal internacional: 1) “Proposta PELLA” de unificação teórica do Direito Penal com intenção de transformá-la em normas legislativas desde Varsóvia (1927), protegendo todos os bens necessários para a ordem pública universal; 2) Projeto COSENTINI (1937) de Código Penal Internacional como parte do “Digesto da legislação comparada contemporânea”; 3) Projeto SALDAÑA de caráter concreto e limitado a normas de Direito Penal Internacional<sup>102</sup> ou a contida no Projeto de Código de delitos contra a paz e segurança da humanidade; 4) Por fim, Projeto LEVI, em que se propugnava a codificação internacional com base em códigos como o francês (1810) e o espanhol (1870)<sup>103</sup>.

QUINTANO RIPOLLÉS<sup>104</sup>, comentando o Projeto SALDAÑA e o Projeto PELLA, assinalou que:

*Al contrario de los proyectos anteriores, en los de Saldaña y Pella se concibe la ley penal, el delito y la sanción, en un plano de posible realidad supraestatal, como correspondía al nuevo orden iniciado en la Sociedad de las Naciones, con dispositivos reguladores y la presunción de un organismo jurisdiccional supremo. Asimismo introduciase el doble principio de la responsabilidad estatal e individual.*

Dadas a relevância e a completude dos anteprojetos, duas das propostas mencionadas merecem destaque, quais sejam: a de PELLA e a de COSENTINI. A primeira foi discutida e adotada no Congresso da União Interparlamentar celebrado em Washington e Ottawa, em

<sup>102</sup> “Limitado a las normas de Derecho penal internacional en la forma que establecio el Congreso de Montevideo, que tuvo lugar del 28 de agosto de 1888 al 18 de febrero de 1889, el que estudio y concreto las siguientes materias: Titulo 1.º, de la jurisdiccion, arts . 1 al 14; Titulo 2.º, del asilo, arts . 15 al 18; Titulo 3.º, del regimen de la extradicion, arts . 19 al 29; Titulo 4.º, del procedimiento de la extradicion, arts . 30 al 43; Titulo 5.º, de la prison preventiva, arts . 44 al 46”. CASTEJÓN, Frederico. *Proyecto de Codigo Penal Internacional*. Anuário de Derecho penal y Ciências penales. Tomo VI, fascículo II, 1953, p. 235-236.

<sup>103</sup> Essa última direção é de CASTEJÓN que, em síntese, propõe: “la unificacindn teórica del Derecho penal internacional, en sus elementos tradicionales, de modo semejante a como actua la Oficina Internacional para la unificacín del Derecho penal, dejando toda materia nueva para ser regulada por leyes o acuerdos especiales, que, cuando logren la deseada sedimentación y lleguen a formar cuerpo de doctrina, constituyan la base de un Codigo penal internacional que reuna los deseados caracteres de generalidad y de eficacia.” Op. cit., p. 244.

<sup>104</sup> QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria, 1955, tomo I, p. 111.

outubro de 1925, quando, no seio da Comissão, o professor romeno apresentou um projeto intitulado “Princípios Fundamentais de um código repressivo das Nações”. Como o nome sugere, não se tratava, verdadeiramente, de um Código Penal, mas, sim, de uma série articulada de princípios.

Paralelamente a esta proposta, a Associação Internacional de Direito Penal, em 1929, nomeou uma comissão para elaborar um Código Penal Internacional. Com os esforços somados pela União Interparlamentar, em 1935, PELLA apresentou o projeto de “Código repressivo mundial”, que complementava seu primeiro trabalho principiológico. Estruturado em 120 artigos, o projeto não tinha uma parte especial.

Merece destaque, ainda, a proposta de COSENTINI, que, salvo melhor juízo, foi a que mais se aproximou de um Código Penal Internacional. Elaborada em 1937 sobre as bases dos recentes textos de códigos penais à época, em grande parte influenciada pela linha doutrinária italiana, a proposta estrutura-se em extensos 1.314 artigos não para abranger todas as formas de delinquência, mas, segundo o autor, para proporcionar a realização da justiça.

O código divide-se em duas partes: uma geral, que contém regras sobre aplicação da lei penal, elementos subjetivos e objetivos, penas, medidas de segurança e extinção da punibilidade; outra especial, que, baseada na codificação italiana, estabelece os crimes em espécie. Foi elaborado segundo o método “comparativo-constutivo”, ou seja, redigido com base comparativa nos diversos códigos penais e textos existentes à época, a exemplo do Código Penal Italiano, e nos artigos 80 a 96 do projeto e do Código Penal Suíço de 1937<sup>105</sup>.

Havia uma atmosfera favorável à uniformização da legislação penal, fomentada, sem dúvida alguma, pelo sem-número de congressos internacionais destinados à unificação do Direito Penal. Não por outra razão, além das propostas mencionadas, estudos doutrinários para a unificação do Direito Penal eram constantemente realizados. Apenas para citar um

---

<sup>105</sup> COSENTINI, Francesco. *Code Pénal International en 1314 articles. Dressé sur la base comparative des projets et textes récents de Codes Pénaux*. La Cibourg, Berne: Institut Americain de Droit e de Legislation Comparée & A Pedone, 1937.

exemplo, LISZT elaborou os ensaios *Le droit criminel des États européens* (1894) e *Die Reform des Strafverfahrens* (1906), em que defendia a unificação da lei penal, no entanto, em razão de sua morte, ambos ficaram inconclusos.

Mas, mesmo havendo vontade acadêmica de elaboração de um Código Penal Internacional, as propostas sempre esbarravam ora em obstáculos políticos, ora em obstáculos jurídicos, não por outras razões, nenhuma delas chegou a ser exaustivamente debatida.

### 3.2.2 Propostas de criação de um Tribunal Penal Internacional

Por outro lado, no que se refere à criação de um Tribunal Penal Internacional permanente, sem dúvida, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha teve grande importância no processo de regulamentação da proteção jurídico-penal dos direitos humanitários, especialmente no que se refere à instauração de uma Corte Penal.

A primeira sugestão de Tribunal Internacional foi dada em 1864, por GUSTAVE MOYNIER, um dos fundadores do Comitê Internacional da Cruz Vermelha<sup>106</sup>, durante a conferência diplomática em que se aprovaria a 1.ª Convenção de Genebra sobre o tratamento de militares feridos durante as campanhas militares. MOYNIER propunha a criação de um tribunal para punir violações à Convenção de Genebra de 1864, porém sua proposta não encontrou receptividade na comunidade internacional.

As guerras posteriores à primeira Convenção de Genebra foram decisivas para demonstrar que, diante da inexistência de uma jurisdição internacional com poder para punir crimes que violassem a convenção, o simples compromisso moral dos Estados não seria

---

<sup>106</sup> Outro fundador foi Henri Dunant, nobel da paz em 1901.

suficiente para obrigá-los a respeitá-la. Com efeito, já em 1870, admitia MOYNIER: “La seule garantie rationnelle devrait consister dans la création d’une juridiction internationale, armée de la force nécessaire pour se faire obéir, et, sous ce rapport, la Convention de Genève, participe à une imperfection inhérente à tous les traités internationaux<sup>107</sup>”.

Alguns meses mais tarde, conforme já mencionado, a declaração da Guerra franco-prussiana teve consequências desastrosas para o gênero humano. Em razão de os Estados beligerantes se negarem a punir os responsáveis pelos crimes ou repararem os prejuízos causados com o conflito, MOYNIER reconheceu a insuficiência de uma sanção puramente moral para pôr fim às atrocidades praticadas pelos dois lados. Em razão disto, durante uma reunião do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, em 3 de janeiro de 1872, mais uma vez, o suíço apresentou uma proposição que apontava a criação de um órgão judicial internacional<sup>108</sup> com o objetivo de sancionar as violações à Convenção de Genebra de 1864 e seus artigos adicionais.

O projeto de MOYNIER não representou, apenas, a primeira proposta de se criar uma corte internacional; significou a tentativa de criar uma verdadeira “Corte Penal Internacional”. Com efeito, em seu art. 5º, o estatuto afirmava que, após a declaração de culpado, o tribunal se pronunciaria sobre a pena a ser aplicada, conforme a previsão de uma lei penal internacional, que seria objeto de um tratado posterior ao estatuto. Diz o mencionado artigo: “Si la culpabilité est reconnue, il prononcera une peine, conformément à la loi pénale internationale qui devra faire l’objet d’un traité complémentaire de la présente Convention.” O projeto previa, ainda, que o país ao qual pertencia o criminoso seria o responsável pela execução da pena (art. 7º).

---

<sup>107</sup> Referência em HALL, Christopher Keith. *Première proposition de création d’une cour criminelle internationale permanente*. In: *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1998, n.º 145, p.64 e ss. Ver GREBING, Gerhardt. *La création d’une Cour pénale internationale: bilan et perspectives*. In: *Revue Internationale de Droit pénal (La création d’une juridiction penal international et la coopération international en matière pénale. Numéro spécial)*, n.º 3 et 4, 1974, p.436, nota 3; LOMBOIS, Claude. *Droit penal international*. Paris: Dalloz, 1971, p. 75.

<sup>108</sup> O projeto segue no Anexo A deste trabalho. Segundo HALL, a proposta de MOYNIER foi fruto de um intercâmbio de ideias com as maiores autoridades em direito internacional da época, como Francis Lieber, Achille Morin, Holtzendorff, John Westlake. Op. cit., p. 67.



De se notar que a remissão a uma lei penal internacional complementar, que estabeleceria sanções de natureza penal, reforça a ideia de que o objeto do projeto MOYNIER era criar um verdadeiro Tribunal Penal Internacional.

A proposta de estatuto de MOYNIER, que continha proposições avançadas para seu tempo, como a previsão de indenização às vítimas dos crimes (art.9.º), representou um esforço real de projeto de tribunal internacional permanente, competente para julgar as graves violações do direito humanitário. No entanto, a proposta não obteve resultados práticos, pois estava inserida em um contexto histórico de “ultranacionalismo”, em que a soberania absoluta dos Estados era um obstáculo intransponível. Sequer chegou a ser discutida pelos Estados.

Quase meio século mais tarde, em 1920, o Conselho da Sociedade das Nações (SDN), por iniciativa do presidente Decamps, incumbiu um comitê de juristas de elaborar um projeto de Corte Permanente de Justiça Internacional. Conforme GREBING, essa corte teria competência para julgar os crimes contra a ordem pública internacional e contra o direito das gentes. Esta incumbência conferia à Corte o poder discricionário de determinar as infrações, as penas, os lugares de execução e as regras processuais<sup>109</sup>. Este amplo poder, evidentemente, teve como consequência uma série de objeções: a) violação ao princípio do *nullun crimen sine lege*; b) violação à soberania dos Estados; c) inutilidade da corte permanente. Quanto a esse último obstáculo, argumentava-se que a inutilidade da Corte era inegável, pois o crime cometido na base territorial de um Estado estaria sujeito à sua jurisdição, sendo desnecessária, portanto, uma jurisdição supranacional. Nesse sentido, o relatório da comissão de juristas encarregada de elaborar o projeto contém as seguintes ponderações:

*La commission a pensé qu'il était inutile d'instituer, à côté de la Cour de justice internationale, une autre cour criminelle et qu'il serait préférable, comme il est d'usage dans notre procédure internationale, de confier aux tribunaux ordinaires la poursuite des crimes. Si des crimes de ce genre tombent un jour sus l'application de une loi penal internationale, il sera constitué de un Chambre criminelle au sein de*

---

<sup>109</sup> V. nota anterior.

*la Court de justice internationale. En tout cas, ce problème este très prématuré à l'heure actuelle*<sup>110</sup>.

DONNEDIEU DE VABRES considerava que outro grande problema para a instituição da Corte seria a determinação das suas atribuições específicas para a repressão dos crimes internacionais “est évidemment la question préalable dont dépend l’organisation et le fonctionnement d’une Cour permanente de justice internationale<sup>111</sup>”.

Essas questões anteriores descortinam uma série de problemas jurídicos e políticos, como o princípio da legalidade penal e o princípio da soberania (absoluta) dos Estados e demonstram o quão tormentosa e problemática é a criação de uma jurisdição penal internacional.

No entanto, é possível destacar que os obstáculos eram, em sua essência, muito mais políticos que jurídicos. Como bem pondera COSENTINI, conciliar os antagonismos de ordem política, agravados pelos antagonismos econômicos, aliados às divergências doutrinárias do pré e pós-Primeira Guerra, era o fundamental problema daquele período<sup>112</sup>. De certo modo, pode-se dizer que havia algum consenso sobre a necessidade de se punir, mas não sobre como concretizar este objetivo.

### **3.3 A internacionalização do Direito Penal no período entre guerras**

---

<sup>110</sup> DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *La cour permanente de justice internationale et sa vocation en matière criminelle*. Revue Internationale de Droit Pénal. Paris: Marchal et Billard, 1924, n.3-4, p. 175 (sem destaque no original).

<sup>111</sup> *Idem*, p. 178.

<sup>112</sup> COSENTINI, Francesco. *Code international de La paix et de La guerre. Essai d’une codification intégrale Du Droit des Gens*. In: Revue Générale de Droit International Public. Paris: Éditions A. Pedone, Tome XLII, 1935, p. 413.

### 3.3.1 Movimento de criação de uma jurisdição penal internacional

O fim da Primeira Guerra Mundial serviu para descortinar uma desfavorável realidade – a ausência de instrumentos jurídicos para a defesa da comunidade internacional –, mas, por outro lado, proporcionou a formação do caldo de cultura necessário ao desenvolvimento da consciência internacional de criação de uma Corte Internacional para punir os “criminosos de guerra”. Essas duas constatações levaram, inexoravelmente, à formação da Sociedade das Nações e impulsionaram o desenvolvimento de criação dos Tribunais Internacionais<sup>113</sup>.

Importa ressaltar, conforme enunciado, que a doutrina sempre empreendeu, em maior ou menor medida, esforços para a internacionalização da repressão penal, pugnando pela criação do direito substantivo penal internacional e para a criação do Tribunal Penal com competência para julgar as violações da ordem jurídica internacional<sup>114</sup>. Nesta perspectiva, ela dividia-se, seguindo um amplo debate doutrinário, em duas correntes. De um lado, se posicionaram aqueles que defendiam a criação de uma câmara criminal dentro do Tribunal Permanente de Justiça Criminal. Nessa corrente, vale citar DONNEDIEU DE VABRES para quem essa seria a melhor opção, porque era a mais simples e a mais prática. “Le moyen le plus simple et le plus pratique d’y pourvoir consiste à investir d’attributions pénales la jurisdiction internationale permanente[...]”<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> “Que a crescente interdependência dos povos e os perigos cada vez mais evidentes da falta de uma autoridade central firme no âmbito internacional, imponham moralmente a passagem para uma comunidade jurídico-internacional hierárquicamente estruturada, é um imperativo da política do direito, que não invalida, mas até pressupõe, a teoria da comunidade dos Estados como titular natural da autoridade internacional.” TRUYOL Y SERRA, António. *Noções fundamentais ...Op. cit.*, p. 110.

<sup>114</sup> Nesse sentido BRITO, Wladimir. *Tribunal Penal Internacional: uma garantia jurisdicional para a proteção dos direitos da pessoa humana*. In: Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2000, p.88, vol. LXXVI, *passim*.

<sup>115</sup> Como já citado anteriormente, ponderava que: “*La détermination des attributions précises que suppose la répression des “crimes internationaux” est évidemment la question préalable dont dépend l’organisation et le fonctionnement d’une “Chambre Criminelle” de la Cour permanente de justice internationale.*”. *Op. cit.*, p. 178 e 189.

Insistia o autor francês que a principal objeção à criação do Tribunal Penal Internacional era sua inutilidade. Segundo ele, todos os atos cometidos sobre a superfície do globo estariam sob a competência dos tribunais de um Estado determinado. Sendo assim “Il n’est pas nécessaire, pour assurer l’ubiquité de la répression et sauvegarder l’ordre social universel, d’instituer une juridiction supra-nationale. Il suffit de faire respecter l’ordre normal des compétences<sup>116</sup>”.

Outro setor da doutrina defendia a criação de um Tribunal autônomo e totalmente independente da Corte Permanente de Justiça Internacional. Nessa corrente, vale destacar, além de outros já mencionados alhures, ANTOINE SOTTILLE<sup>117</sup>.

A maioria dos autores aponta como primeira manifestação de um Tribunal Penal Internacional aquele criado para julgar Peter von Hagenbach, em 1474, em Breisach, na Alemanha, por haver autorizado as suas tropas a estuprarem, matarem civis inocentes e pilharem propriedades. AMATI, COSTI e FRONZA afirmam:

Nel **MEDIOEVO** si rinviene il primo esempio di Corte istituita allo scopo di reprimere i crimini di guerra: si tratta Del processo ‘internazioale’ che ha avuto luogo a Breisach, in Germânia, nel 1474, quando ventisette giudici del Sacro romano impero accusarono Peter Van Hagenbach di aver violato ‘le leggi di Dio e dell’uomo’ permettendo alle proprie truppe di commettere stupri, omicidi e saccheggi<sup>118</sup>.

Em posição contrária, sustenta JAPIASSÚ que o Tribunal instituído para julgar Peter von Hagenbach foi muito mais um julgamento confederado que internacional<sup>119</sup>. Deveras, assiste razão ao autor.

<sup>116</sup> *Idem*, p. 179 (sem destaque no original).

<sup>117</sup> “la création de une chambre criminelle au sein de La Cour permanente de Justice internationale nécessitait des modifications au Statut actuel de cette Cour, ce que semble guère facile à l’époque actuel. D’autre part, La compétence de La Cour pénale internationale est spéciale et très différente de celle de La Cour permanente de Justice internationale”. SOTTILLE, Antoine. *Le Terrorisme International*. In: *Récueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Paris, 1938, p.144. Referência em BRITO, Wladimir. *Op. cit.*, p. 89, nota 19.

<sup>118</sup> AMATI, Enrico; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela. *Introduzione al Diritto penal...Op. cit.*, p. 4 (negrito no original). No mesmo sentido: SCHWARZENBERGER, Greorg. *International Law as Applied by International Court and Tribunals*. London: Stevens & Sons, 1968, p.462, vol.II; BASSIOUNI, M. Cherif. *Le droit pénal international: son histoire, son objet, son contenu*. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*. Toulouse: Erès, 1981, 54. Para BASSIOUNI, o primeiro processo desencadeado em razão de uma guerra injusta foi em Nápoles, em 1268; nesse processo Conradin Von Hohenstoufen foi condenado à morte.

<sup>119</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal...Op. cit.*, p. 38.

Quando Peter von Hagenbach ocupou a cidade de Breisach, formou-se um tribunal multinacional, composto por vinte e sete juízes franceses, alemães, austríacos e suíços. O simples fato de estarem reunidos em um tribunal representantes de diversos países não é suficiente para caracterizá-lo de internacional, já que não houve uma “orientação imperativa” da comunidade internacional para seu estabelecimento. Sendo assim, essa referência histórica não deve ser mencionada, senão com algumas reservas, como precedente do que seria, apenas seis séculos depois, um Tribunal Penal Internacional.

Abandonando essa referência histórica, o surgimento dos mais importantes “tribunais internacionais” no período entre guerras pode ser assim resumido: 1) Tribunal regulado pelo art. 227 do Tratado de Versalhes para julgar os crimes e os possíveis responsáveis pela guerra; 2) Alta Corte de Justiça, instituída pela Convenção da Conferência da Sociedade das nações (16 de outubro de 1937), para repressão ao terrorismo; 3) Tribunal Militar Internacional, reconhecido pelo Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945.

Entre estes, o mais relevante e fruto da conversão de forças entre Estados soberanos para a internacionalização da justiça penal foi aquele previsto pelo Tratado de Versalhes no pós-Primeira Guerra Mundial.

Conforme é de antever, o conflito bélico da magnitude daquele desenvolvido durante a Primeira Guerra Mundial criou as condições necessárias para reavivar o movimento de internacionalização da justiça penal, expondo à comunidade internacional a necessidade de punir as infrações cometidas durante o conflito. Este movimento concebeu-se, principalmente, em razão de alguns fatos cometidos pelo exército alemão como a violação da neutralidade da Bélgica e de Luxemburgo e a violação aos princípios contidos na IV Convenção de Haia.

Encerrado o primeiro conflito mundial, foi criada a “Comissão de responsabilidades dos autores da guerra e sanções”. Entre os pontos submetidos a esta comissão, existia a previsão de recomendação para a criação de um tribunal apropriado para julgar os crimes

cometidos durante o conflito bélico. A criação desse tribunal, como era de se esperar, não foi consenso nem entre os aliados, havendo rejeição, inclusive, do próprio governo norte-americano.

A par dessa divergência interna, firmou-se o Tratado de Versalhes em 28 de junho de 1919. De especial relevo para o objeto desta pesquisa são os arts. 227 a 230 desse tratado.

Com efeito, o artigo 227 previa a criação de um tribunal especial, composto por cinco juízes das potências aliadas, que, “com base nos princípios superiores da política internacional”, seria competente para julgar o imperador alemão Guilherme II “pelas graves violações da lei moral internacional e da autoridade dos tratados<sup>120</sup>”. De ver-se que a acusação não era de haver cometido crimes de guerra. Apesar disso, Guilherme II nunca foi julgado. A Holanda, país onde ele se refugiou, não concedeu a extradição, porque, segundo seu entendimento, o Kaiser estava sendo acusado de crime político (não extraditável) e o tratado tinha caráter contratual, não podendo obrigar terceiros<sup>121</sup>.

O art. 228 obrigava o governo alemão a fazer comparecer perante os tribunais militares das potências aliadas as pessoas acusadas de haver cometido atos contrários às leis e costumes de guerra ou crimes cometidos contra os cidadãos das potências. Segundo JESCHECK, essa ordem também não se concretizou, pois, nos pedidos de extradição, encontrava-se praticamente toda a alta classe política da Alemanha<sup>122</sup>. Desse modo, ante a resistência alemã em cumprir uma obrigatoriedade que considerava humilhante (a extradição de seus nacionais), os aliados, em verdadeira delegação de competência, permitiram que os acusados fossem julgados perante o Tribunal Imperial (*Reichsgericht*)<sup>123</sup>. O governo alemão

---

<sup>120</sup> O art. 227 dispõe: “Un tribunal especial sera instituido para juzgar al acusado-Guillermo II-, assegurandole las garantias esenciales del derecho de defensa. Se compondra de cinco jueces, nombrados por cada una de las potencias siguientes : Estados Unidos de América, Gran-Bretana, Francia, Italia y Japon”.

<sup>121</sup> Conferir LAPLAZA, Francisco P. *El delito de genocídio o genticídio*. Buenos Aires: Depalma, 1953, p. 41, nota de rodapé n. 25.

<sup>122</sup> No mesmo sentido AMATI, Enrico; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela. *Introduzione al Diritto penal... Op. cit.*, p. 7

<sup>123</sup> Ver JESCHECK, Hans-Heinrich. *El Tribunal Penal Internacional*. In: *Revista Penal*. Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla, n.8, 2001, p. 54.

editou uma lei para que o *Reichsgericht* fosse competente para julgar os crimes ou delitos cometidos por um alemão na Alemanha ou no exterior no curso da guerra.

Os aliados entregaram ao Tribunal, reunido em Leipzig, uma lista, com 896 presumidos culpados pelos crimes de guerra, que foram reduzidos para 45 e, ao final, diante da ausência de provas, apenas doze pessoas foram julgadas<sup>124</sup>; das quais seis foram absolvidas e as outras seis reconhecidas responsáveis pelas violações ao direito internacional humanitário, contudo condenadas a penas leves. De ver-se, portanto, que a aplicabilidade da lei alemã não foi como esperavam os aliados<sup>125</sup>.

Conclui-se, portanto, que o tratado, em qualquer de suas cláusulas, não teve o mínimo êxito. Desse modo, o artigo que seria, talvez, a fonte da primeira expressão concreta e viva de realização da justiça penal internacional, com a criação de um tribunal com atribuição e força para punir, pela primeira vez, um chefe de Estado, não passou de mero dispositivo de intenção, sem nenhuma eficácia prática. Talvez porque, conforme entendia PELLA, se pretendia dar satisfação a um sentimento de vingança: o tratado olhava para o passado, não para o futuro.

Há autores, no entanto, que desconsideram as disposições do Tratado de Versalhes como antecedentes do Direito Penal Internacional. GIL GIL, por exemplo, afirma que o art. 229 apenas estabelecia uma norma de competência dos tribunais nacionais com base no

---

<sup>124</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. Op. cit., p. 56. Notícia JIMENEZ DE ASÚA: Según los datos publicados por Alian A. Michie, en *Reader's Digest* si número de germanos acusados sólo se elevaba a 889. A 49 se redujo esa cifra antes de ser sometidos a proceso, y menos de la mitad fueron condenados a penas leves: dos de los culpables, por el torpedeamiento sin aviso del buque-hospital "Lan- dovery Castle", lo fueron a cuatro años, pero se escaparen de la cárcel y la "nueva Alemania" los glorificó como héroes." JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal*. La ley y el delito. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT e EDITORIAL SUDAMERICANA, 1997, p. 173.

<sup>125</sup> ARAÚJO JR. traz dados semelhantes, segundo ele, os 20.000 acusados foram reduzidos para 895, porém, por ser um grande número de réus, tal número foi reduzido a 45 e, destes, somente 21 julgados e 13 condenados à pena máxima de três anos. ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo. *Tribunal penal internacional permanente, instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais (Processo legislativo histórico e características)*. Parecer apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros, n. 36/98, 1999, p. 38.

princípio da personalidade passiva; o art. 228 era um tratado de extradição; e, por último, o art. 227 apenas transferia para a Alemanha o cumprimento de obrigações internacionais<sup>126</sup>.

Ainda como consequência do primeiro conflito mundial, importa ressaltar o genocídio praticado pelo Império Otomano no início dos anos 1920. Trata-se da repressão dos turcos sobre os armênios, que ocasionou a morte de mais de um milhão de armênios<sup>127</sup>. Em 1923 os aliados celebraram o “Tratado de Sèvres”, que decidia pela criação de um Tribunal Penal Internacional que puniria as práticas turcas. É neste tratado que aparece, pela primeira vez, a expressão “Crimes contra a Humanidade”. Contudo, ele nunca vigorou, tendo sido substituído pelo “Tratado de Lausane”, que, em julho de 1924, anistiou os acusados, fato que contribuiu histórica e legalmente para o holocausto.

Assim como em Versalhes, esses tribunais também não produziram qualquer efeito jurídico concreto, e a razão é simples: ainda não havia uma conjuntura política suficiente para o êxito da justiça universal. Mais uma vez, a soberania, somada a desfavoráveis fatores econômicos, ideológicos e armamentistas, era o grande obstáculo.

Ademais, além de terem como ponto comum o fracasso, também é possível afirmar que todos eles foram “tribunais interaliados”. Isso, por certo, retira-lhes a qualificação de tribunais genuinamente internacionais.

Não por outras razões e motivadas, principalmente, pelo fracasso do Tratado de Versalhes, durante os anos 1920 e 1930, várias associações internacionais se preocuparam com a temática da jurisdição de uma Corte Penal Internacional.

Já em 1922, durante a 31ª Conferência da Associação de Direito Internacional, o inglês BELLOT se pronunciou em favor da instituição de um Tribunal Penal Internacional<sup>128</sup> e, no congresso seguinte, em Estocolmo, 1924, apresentou o projeto do Estatuto do Tribunal

---

<sup>126</sup> GIL GIL, Alicia. *Tribunales Penales Internacionales*. In: Revista de Derecho penal y criminología. 2ª Época, n.º Extraordinário 1.º (2000), Madrid: UNED, p. 36.

<sup>127</sup> KERSAW, Ian. *Dez decisões que mudaram o mundo (1940-1941)*; trad. Berilo Vargas et al. São Paulo: Companhia das letras, 2008, p. 513.

<sup>128</sup> GREBING, Gerhardt. *La création d'une Cour pénale...Op. cit*, p. 437.



Penal Internacional, caracterizado, principalmente, pelas tradições jurídicas anglo-saxãs, por isso afirmava-se que o projeto apresentava uma “tendência inglesa”.

Em Viena, 1926, o Estatuto foi aprovado durante a 34ª Conferência da International Law Association, quando se concluiu que a criação de uma corte internacional era essencial aos interesses da justiça e, ademais, que a questão era urgente, remetendo o mencionado Estatuto à Sociedade das Nações. Mas, mesmo assim, os resultados não foram, sequer, apreciados.

Na década de 30 do século passado, foram empreendidas duas outras tentativas de impulsionar a justiça penal universal, uma no plano da codificação e outra no âmbito da institucionalização. A primeira, já mencionada, após a solicitação da Associação Internacional de Direito Penal e da Associação de Direito Internacional, foi realizada por PELLA. O professor romeno elaborou um trabalho de codificação do Direito Penal Internacional, publicando o chamado “Plano de Código Repressivo Mundial”, mas, em razão das tensões pré-Segunda Guerra Mundial, o projeto não foi mais discutido pelas associações.

Por outro lado, uma convenção da Sociedade das Nações para a repressão do terrorismo<sup>129</sup>, realizada em 16 de novembro de 1937, tentou instituir uma Corte de Justiça Internacional em matéria penal<sup>130</sup>. A aprovação da convenção de repressão ao terrorismo se deu por pedido da França em decorrência do atentado ocorrido em 9 de outubro 1934, em Marselha, praticado por terroristas macedônios e croatas, que vitimou o Rei Alexandre, da Iugoslávia, e o ministro francês dos Negócios Estrangeiros, Louis Barthou. No entanto, a

---

<sup>129</sup> Segundo BRITO “Este Tribunal Penal Internacional surge como uma instituição permanente, com sede em Haia, com cinco Juízes titulares e cinco suplentes nomeados pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional, com competência para julgar pessoas singulares, autores ou cúmplices de crimes internacionais previstos na convenção para a prevenção ou repressão do terrorismo e com uma lei de processo totalmente integrada no próprio estatuto do tribunal [...]” Op. cit., p. 89.

<sup>130</sup> Conforme enuncia FRAGOSO, a Corte Penal Internacional teria competência para processar e julgar os crimes previstos na convenção sobre o terrorismo, caso não fossem julgados pela jurisdição própria. Sobre o significado e extensão da expressão “atos de terrorismo”, conferir FRAGOSO, Heleno. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 44. Conferir, também, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Financiamento do terrorismo e legislação brasileira*. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: CNPCP, vol. 1, n. 21, 2008, p. 49-69.

convenção para a criação de um tribunal internacional, embora assinada por treze Estados, jamais foi ratificada. Como é de se antever, no ano em que os países assinaram o acordo, 1937, o mundo já vivia à sombra da Segunda Grande Guerra, de modo que era pouco provável, àquela altura, o êxito de um tribunal internacional<sup>131</sup>.

É possível afirmar, portanto, que, embora a discussão sobre a criação de um tribunal penal internacional permanente já se mostrasse muito viva antes do início da Segunda Guerra<sup>132</sup>, somente com seu fim ela começa a reviver. Em termos jurídicos, todas as tentativas anteriores tiveram como desfecho a ineficácia. Esses insucessos de estabelecimento de uma Corte Penal Internacional encerram a “primeira fase” do desenvolvimento do Direito Penal Internacional.

Apenas com a instauração dos Tribunais Militares Internacionais, especialmente o Tribunal de Nuremberg por iniciativa dos Estados Unidos, França, Grã-Bretanha e da ex-União Soviética, é que se inaugura a “segunda fase” do Direito Penal Internacional: “fase da justiça de exceção”.

Essa segunda fase, iniciada com o Acordo de Londres, em 1945, é marcada pela institucionalização de Tribunais Penais *ad hoc* não permanentes, que desembocam, na década de 1990, na criação dos Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda<sup>133</sup>. Ao contrário dos seus antecessores, o marco diferencial destas Cortes foi o êxito em impor responsabilidade internacional.

---

<sup>131</sup> Vale destacar que a crise mundial que se seguiu à guerra civil espanhola, invasão da Itália na Abissínia (atual Etiópia) e as políticas militares da Alemanha contribuíram para o insucesso da convenção. A Guerra Civil espanhola (1936-39) foi o mais “*importante*” acontecimento antes da 2ª Guerra Mundial. Nela estiveram presentes todos os elementos militares e ideológicos que marcaram o século XX. A internacionalização do conflito com o envolvimento direto das potências que idealizavam dominar o mundo, Alemanha, Itália e União Soviética, demonstra que a Guerra serviu de ensaio para o segundo conflito mundial.

<sup>132</sup> Uma síntese das tendências para a criação de uma corte penal internacional nos anos 20 e 30 em GREBING, Gerhardt. *La création d'une Cour pénale internationale...* *Op. cit.*, p. 441.

<sup>133</sup> Vide Capítulo 4, n. 4.3, p. 122 e seguintes.

### 3.4 Nuremberg: Tribunal Militar Internacional e o Direito Penal Internacional

#### 3.4.1 Nuremberg: Tribunal Militar Internacional<sup>134</sup>

Antes de iniciar, propriamente, a incursão sobre o Tribunal Militar de Nuremberg, imperioso enunciar algumas linhas sobre a contextualização histórica que culminou com a criação desse tribunal. Este situar histórico não tem o objetivo de trazer erudição ao objeto da investigação, nem o espaço do trabalho o permite, mas esclarecer, e, além disso, reproduzir alguns fatos cuja lembrança é oportuno reavivar, “já que alguns têm a tendência a esquecê-los, enquanto outros têm a estúpida pretensão e a insolente audácia de negar sua existência<sup>135</sup>”.

No ano de 1918, a Alemanha saía derrotada e humilhada da Primeira Guerra Mundial. As duras imposições do Tratado de Versalhes<sup>136</sup> empurraram o país para uma crise de desemprego, fome, caos e inflação<sup>137</sup>. Nesse contexto, um jovem cabo, condecorado com a mais alta medalha de guerra (Cruz-de-Ferro de 1ª Classe), dotado de um talento incomum de oratória e propagador de um discurso ultranacionalista, é convidado, por ANTON

---

<sup>134</sup> Ao lado de Nuremberg, existiu outro Tribunal Militar Internacional, o Tribunal de Tóquio. Foi criado por uma declaração do Comando Supremo das forças aliadas do Extremo-Oriente, em 19 de janeiro de 1946 e instituído pelo general MacArthur. Julgou 28 pessoas, sete condenadas à pena de morte. Para detalhes sobre o Tribunal, ver BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *La justice pénale internationale*. Paris: PUF, 2000, p. 27; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *O Tribunal Penal Internacional...Op. cit.*, p. 60-74.

<sup>135</sup> FONTETTE, François de. *História do Anti-semitismo*; trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989, p. 105 (sem itálico no original).

<sup>136</sup> Limite de soldados no exército, proibição de artilharia aérea, entrega de oficiais alemães nominalmente designados para serem julgados pelas potências, responsabilização moral da guerra, territórios alemães foram separados do Reich, imposição de multa. Em razão dessas cláusulas previstas no tratado, alguns historiadores apontam que o Tratado de Versalhes não regulou nenhum dos problemas que foram os verdadeiros motivos do conflito de 1914; nesse sentido, vide FEST, Joachim C. *Hitler*. 2.ed. trad. Analúcia Teixeira Ribeiro *et al.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005, vol. I, p. 86.

<sup>137</sup> Segundo FEST, já no começo de 1920, o marco estava a um décimo de seu valor de antes da guerra, e em 1922, não valia mais que um centésimo de seu valor de outrora. *Op. cit.*, p. 161.

DREXLER, a se filiar a um partido<sup>138</sup> que se reunia na sala da Cervejaria Sternecker: o Partido dos Trabalhadores Alemães (*Deutschen Arbeiterpartei* – DAP), que mais tarde se chamaria Partido dos Trabalhadores Alemão Nacional-Socialista (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* – NSDAP). O sucesso e prestígio alcançados como chefe da propaganda do DAP levou-o, em 1921, a assumir sua presidência<sup>139</sup>. O jovem era Adolf Hitler.

Após o fracassado *putsch* de 1923, Hitler, nos seis meses que esteve no presídio militar de Landsberg, “escreveu<sup>140</sup>” sua obra fundamental, *Mein Kumpf*. Marcada por uma supervalorização do racismo, cujo norte foi a compilação de várias teorias racistas pseudocientíficas, que àquele tempo circundavam à sua volta<sup>141</sup>, a obra transformou-se, rapidamente, em guia e fonte para as ações antisemitas.

Em 1933, apesar de derrotado nas urnas, Hitler assumiu o posto de chanceler da Alemanha, fato que, finalmente, permitiria que ele e seus seguidores pusessem em prática todas as propostas e programas racistas, cujo alvo principal eram os judeus. Hitler e seus seguidores afirmaram suas intenções e puseram em prática o plano de criar uma “nova ordem” – com licença do pleonasma – na Alemanha. O racismo e a exploração dos valores humanos eram os *slogans* da fase hitlerista.

Para se ter uma ideia da dimensão da política de perseguição aos judeus, vale trazer à colação uma resolução do prefeito da comuna de Köningsdorf, na Baviera, de setembro de 1935:

---

<sup>138</sup> O DAP foi fundado em 5 de janeiro de 1919.

<sup>139</sup> “Pouco depois de haver conquistado o controle do partido, em 03 de agosto de 1921, foi criada a SA, cujas iniciais significavam originalmente *Sportabteilung* ou *Schutzabteilung*. [...]. A SA foi concebida como instrumento de ataque e de conquista, tendo-se em vista que naquela época Hitler via a tomada do poder como resultado exclusivo de uma ação revolucionária violenta.” FEST, Joachim C. Op. cit., p. 155.

<sup>140</sup> O medíocre conhecimento da língua alemã obrigou HITLER a encarregar a redação do livro ao seu amigo RUDOLF HESS.

<sup>141</sup> O antisemitismo não é uma criação de HITLER. É um problema tão antigo quanto o povo judeu. Antes dele, havia um grande número de defensores das ideias antijudaicas: Wagner, que escreveu um livro antijudaíco intitulado “O judaísmo na música”, Bismarck, Fichte, Grillparzer, Hebbel, Hegel, Kant, Mommsen, Schiller, Spengler, Luddendorff. Ver BOCHA, Joaquim. *O mito dos seis milhões*.

Artigo primeiro. As vacas e novilhas que, direta ou indiretamente, forem compradas de um judeu, não têm direito de cruzar com o touro comunal.

Art. 2. As vacas e as novilhas dos estábulos onde existe gado comprado dos judeus serão postas em observação durante um ano. Durante esse período, elas não têm direito a cruzar com um touro comunal.<sup>142</sup>

Segundo FONTETTE, durante os jogos de Berlim de 1936, todos os cartazes e placas que continham os sinais exteriores do anunciado holocausto, como: *Juden unerwünscht* (judeus indesejáveis), “proibido aos judeus”, “esta cidade é estritamente proibida aos judeus”, foram cuidadosamente retirados<sup>143</sup> da cidade.

No outono de 1938 começa a ser desenhada a história que marcaria a humanidade e ligaria, para sempre, os alemães ao Direito Penal Internacional e aos Direitos Humanos. Uma “política racista eugênica”, iniciada em 1933 e acentuada a partir de 1935, começava a ser traduzida em atos. Esta política significava a eliminação, o extermínio de todos aqueles que fossem considerados perigosos ao “Terceiro Reich”.

Em 7 de novembro daquele ano, um incidente serviria de pretexto para repressão antijudaica. Um jovem judeu-polonês de 17 anos, Herschel Grynspan, matou, por engano, Ernest von Rath, adido da embaixada alemã em Paris. Dois dias depois, a noite de 9 de novembro de 1938 entraria para a história como “Noite de Cristal” (*Kristallnacht*).

Em programa cuidadosamente orquestrado por Joseph Goebbels, o chefe da propaganda *nazi*, por toda a Alemanha e nos recém-conquistados territórios da Áustria e da Tchecoslováquia, a população judaica foi vítima de atentados em suas casas, lojas, ruas e sinagogas<sup>144</sup>. Durante a operação, trinta mil judeus foram presos e levados para os campos de

<sup>142</sup> FONTETTE, François de. Op. cit., p. 91

<sup>143</sup> Op. cit. p. 91-92.

<sup>144</sup> Conforme FONTETTE, “As sinagogas foram particularmente visadas; 191 foram incendiadas e 76 completamente destruídas. Os bombeiros receberam ordens de não intervir. Além dos lugares de culto, o comércio judaico também foi alvo da operação: 7.500 lojas foram saqueadas e suas vitrinas quebradas; inumeráveis apartamentos devastados, tudo isso numa torrente de ódio e desprezo que é difícil avaliar exatamente.” *História do Anti-semitismo...Op. cit.*, p. 93.

concentração em Dachau, Buchenwald e Sachsenhausen<sup>145</sup>. O Holocausto estava sendo anunciado, embora ninguém acreditasse, nem os próprios judeus que viviam na Alemanha.

A partir da “Noite de Cristal”, o discurso do antissemitismo se solidificou. A única solução para purificar o povo alemão seria o extermínio em massa dos não arianos, especialmente, o povo judeu. Para o intento alcançar êxito, os nazistas viram-se diante da necessidade de manter os judeus no solo alemão, contrariando, portanto, a inicial política de expulsá-los.

Nessa aparente contradição, o extermínio foi a solução encontrada para purificar o povo alemão. A decisão foi tomada em 1942 em uma conferência realizada em um subúrbio de Berlim, conhecida como “Conferência de Wannsee”, em que foi adotada a “solução final” (*Endlösung*), ou seja, o extermínio sistematizado dos judeus. Segundo palavras do próprio *Führer*:

na Polônia, o Estado de coisas ficou inteiramente definido. Como os judeus não queriam trabalhar, foram mortos. Se não podiam trabalhar, deviam ser mortos. Tinham de ser tratados como bacilos de tuberculose. Nada tem isto de cruel, pois é sabido que mesmo as criaturas mansas da natureza, como as corças e os gamos, devem ser mortos para que não possam fazer estragos<sup>146</sup>.

FONSETTE, ao tratar do tema, traz um exemplo que traduz a noção exata do ideal nazista sobre o extermínio dos judeus:

[...] o célebre discurso que Himmler pronunciou diante dos *Reichsleiter* e dos *Gauleiter* em Posen, a 6 de outubro de 1943, que contém a frase: “*Foi preciso tomar a grave decisão de fazer desaparecer esse povo da terra*”; afirmou que não sentiria com “*o direito de exterminar os homens – isto é, matá-los ou mandar matá-los – e de deixar crescer os filhos, que se vingariam em nossos filhos e nossos descendentes*”[...].

A insistência no assassinato das mulheres e crianças judias e no segredo das operações parece ter sido uma das obsessões de Himmler. “*Conduzimos atualmente, 100 mil judeus da Hungria para os campos de concentração... mas nenhum deles cairá no campo de visão do povo alemão*” (24 de maio de 1944)<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> REINHARD HEYDRICH, no telex do 9.11.38, ordenava: “*Logo que o decurso dos acontecimentos desta noite permite o destacamento dos oficiais para isso, deve prender-se em todos os distritos tantos judeus - nomeadamente abastados - como é possível alojar nas prisões para isso preparadas. No início, só se deve prender Judeus saudáveis, de sexo masculino e não demasiado velhos. Depois da conclusão da prisão deve imediatamente ser estabelecido o contacto com os respectivos campos de concentração para a transferência mais rápida possível para eles.*” (sem destaque).

<sup>146</sup> HITLER, Adolph. *Minha luta*. São Paulo: Mestre Jou, 1962, p. 41.

<sup>147</sup> Op cit., p. 109 (sem destaque no original).

Ainda sobre as desumanidades do extermínio, Kurt Gerstein, cidadão engajado nos SS para testemunhar as atrocidades, relata:

As mães, que apertam seus bebês contra o peito, sobem, hesitam, entram nas câmaras da morte. Num canto, um grande SS, com forte voz pastoral, diz aos infelizes: “Nada lhes acontecerá de mal, basta respirar fundo para fortalecer os pulmões, é um meio de prevenir as doenças e as epidemias”.

Quando lhe perguntam qual seria o seu destino, responde: “Naturalmente, os homens terão que trabalhar, construir casas e ruas. As mulheres não serão obrigadas a isso; tratarão da casa e da comida”. Isso era para alguns deles uma pequena e última esperança, suficiente para fazê-los marchar sem resistência para as câmaras da morte. A maioria deles sabe o que os espera, o cheiro lhes anuncia o seu destino. Sobem uma pequena escada e vêem tudo. Mães com os bebês apertados no peito, crianças pequenas, adultos, homens, mulheres, totalmente nus; hesitam, mas entram nas câmaras da morte, empurrados pelos que estão atrás ou pelos chicotes de couro dos SS, a maioria sem dizer nada. [...] Muitos rezam. Rezo com eles. Afasto-me para um canto e suplico ao meu Deus e ao Deus deles<sup>148</sup>.

Quando a execução termina, eis o procedimento:

Do outro lado, os homens do comando de trabalhadores abrem as portas de madeira. Prometeram-lhes – e até aos próprios judeus – em troca desse serviço terrível, *a vida salva e uma pequena porcentagem sobre os valores achados*. Como colunas de basalto, os homens ainda estão de pé nas câmaras, não tendo o menor espaço para cair ou inclinar-se. Até na morte, reconhecem-se as famílias, que se apertam as mãos. Têm dificuldade em separá-los, ao esvaziarem as câmaras para o próximo carregamento. Jogam os corpos úmidos de suor e urina, com as penas cobertas de sangue periódico. Cadáveres de crianças são projetados no ar. Estão com pressa. Chicotes dos Ucrânicos se abatem sobre os homens do comando. *Dois dúzias de dentistas tratam de revistar as bocas com ganchos. Com ouro, à esquerda, sem ouro, à direita. Outros dentistas arrancam, com pinças e martelos, os dentes de ouro e as coroas*<sup>149</sup>.

O resultado foi o massacre desumano e indiscriminado de mais de seis milhões de judeus<sup>150</sup>. Campos de concentração, como o de *Auschwitz*, tinham câmaras de gás com capacidade para exterminar mais de dois mil judeus a cada meia hora. Não por outra razão, só em *Auschwitz*, foram mais de dois milhões de vítimas. Alguns relatos dão conta de que a “Solução final” tinha por meta o massacre de nada menos que 11 milhões de judeus<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> Referência em FONTETTE, François de. Op. Cit., p. 109-110.

<sup>149</sup> *Idem*, p. 110 (sem destaque no original).

<sup>150</sup> Segundo HUNGRIA “*O exercício habitual da crueldade tornava os algozes cada vez mais insensíveis. Mais discretas que os fuzilamentos inventaram-se as câmaras de gás, onde as vítimas eram metidas de cambulhada, para respirarem a morte. [...] Não havia limites à perversidade, nem trégua à fúria assassina. [...] Os cadáveres eram enterrados aos montões, ou levados para fornos de cremação, ou, devido à carência de matérias primas, eram aproveitados (inédita profanação!) para o fabrico de sabão*”. HUNGRIA, Nelson. *O crime de genocídio*. In: Comentários ao código penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. VI, p. 367-368.

<sup>151</sup> KERSAW, Ian. *Dez decisões...Op. cit.*, p. 513.

Com o intuito de denunciar e reprimir todas essas violações aos Direitos Humanos praticadas durante o desenrolar do conflito, as potências começaram a se mobilizar no intuito de condenar as ações nazistas. Entre as várias manifestações, declarações e conferências, merecem destaque a “Declaração de Saint James”, firmada em Londres, em 13 de janeiro de 1942, por representantes dos Estados europeus ocupados, que decidem velar, sob a égide da solidariedade internacional, para que “a) os culpados ou responsáveis, quaisquer que sejam suas responsabilidades, sejam identificados, postos à disposição da justiça e julgados; b) que as sentenças pronunciadas sejam executadas [...]”; a criação, em 20 de outubro de 1943, pelos aliados, da Comissão das Nações Unidas para os Crimes de Guerra; e a Declaração de Moscou, de 30 de outubro de 1943, firmada por Stalin, Roosevelt e Churchill<sup>152</sup>.

Com o fim da grande guerra, as potências vencedoras – EUA, Reino Unido, União Soviética e o governo provisório da França – durante a Conferência de Londres, em 8 de

---

<sup>152</sup> A Declaração de Moscou já apontava para a necessidade de criação do tribunal, textualmente assenta: “Le Royaume-Uni, les États-Unis d'Amérique et l'Union des Républiques socialistes soviétiques ont reçu de nombreuses sources la preuve des atrocités, des massacres et des exécutions en masse effectués de sang-froid par les forces hitlériennes dans un grand nombre de pays qu'elles ont envahis, et d'où elles sont actuellement en voie d'être systématiquement chassées. La bestialité associée à la domination nazie n'est pas chose nouvelle, et tous les peuples et territoires qui sont sous ce joug ont été les victimes de la pire forme de gouvernement par la terreur.[...]. En conséquence, les susdites trois puissances alliées, parlant au nom et dans l'intérêt des 33 Nations Unies, proclament solennellement ce qui suit, et donnent avertissement de leur proclamation: lorsqu'un armistice sera accordé à un gouvernement formé en Allemagne, quel qu'il soit, les officiers et soldats allemands et les membres du Parti nazi qui ont été responsables, ou qui ont donné leur consentement aux atrocités, massacres et exécutions dont il a été question, seront renvoyés dans les pays où ils auront perpétré leurs abominables forfaits, pour y être jugés et châtiés conformément aux lois de ces pays libérés et des gouvernements libres qui y seront formés. Des listes seront établies avec tous les détails possibles, dans chacun de ces pays, et particulièrement dans les territoires envahis de l'Union soviétique, de la Pologne, de la Tchécoslovaquie, de la Yougoslavie et de la Grèce (y compris la Crète et les autres îles), de la Norvège, du Danemark, de la Hollande, de la Belgique, du Luxembourg, de la France et de l'Italie. Ainsi les Allemands qui ont pris part aux fusillades en masse des officiers polonais, à l'exécution d'otages français, hollandais, belges, norvégiens et de paysans crétois, ou qui ont pris part aux massacres effectués en Pologne et dans les territoires de l'Union soviétique actuellement arrachés à l'ennemi, ces Allemands sauront qu'ils seront ramenés sur la scène de leurs crimes et jugés sur place par les peuples qu'ils auront martyrisés. Que ceux qui n'ont pas jusqu'à présent trempé leurs mains dans le sang innocent sachent ce qui les attend s'ils deviennent eux-mêmes des coupables. Car il est certain que les trois puissances alliées les poursuivent jusqu'au bout de la terre et les remettront aux mains de leurs accusateurs pour que justice soit faite. La déclaration ci-dessus ne préjuge pas du cas des criminels de guerre allemands dont les crimes ont été commis sans qu'il soit possible de les localiser géographiquement. ***Ceux-là seront punis par une décision commune des gouvernements alliés***”. AMATI, COSTI e FRONZA também nesse sentido: “Con la dichiarazione di Mosca del 30 ottobre 1943, le tre Potenze Alleate (Regno Unito, Stati Uniti e Russia) stabilirono che i criminali di guerra nazisti dovevano essere giudicati e puniti nei paesi ove i crimini erano stati commessi, ma anche che ‘*the major criminals, whose offenses have no particular geographical localization*’ sarebbero stati puniti ‘*by the joint decision of the Governments of the Allies.*’” AMATI, Enrico; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela. *Introduzione al Diritto penal... Op. cit.*, p. 8 (destaque no original).



agosto de 1945<sup>153</sup>, celebraram o acordo destinado à criação de um Tribunal Militar Internacional para julgar os grandes criminosos das potências europeias do eixo pela prática dos crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade. O acordo estabeleceu e regulamentou o “Tribunal Militar Internacional”, conhecido como “Tribunal de Nuremberg<sup>154</sup>”.

Segundo ARAÚJO JUNIOR, o termo militar utilizado para designar o Tribunal foi a forma que os Estados Unidos encontraram para contornar a violação ao princípio da anterioridade da lei penal previsto para o Direito Penal interno e inexistente no seu Direito Penal Militar, muito embora, registre-se, salvo o juiz soviético, nenhum outro era militar<sup>155</sup>.

Por outro lado, várias foram as razões para a escolha da cidade de Nuremberg como sede do Tribunal: 1) a cidade era um local importante para o nazismo; 2) eram lá as convenções do partido nazista; 3) lá se realizaram as principais paradas do partido *nazi*; 4) foi em Nuremberg que, em 1935, se anunciaram as leis racistas, chamadas Leis de Nuremberg<sup>156</sup> (*Rassenschutz Gesetz*). Ainda no que se refere à escolha da cidade de Nuremberg, BAZELAIRE e CRETIN apontam como prováveis razões: prédio espaçoso, com aproximadamente 22 mil m<sup>2</sup>, cerca de 530 escritórios e 80 salas de audiência que não haviam sido muito danificadas pela guerra e uma grande prisão, em bom estado, adjacente ao próprio Palácio<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> Duas semanas antes, em 26 de julho de 1945, os EUA, URSS, Reino Unido e França emitem a *Declaração Potsdam*, anunciando a intenção de processar as autoridades japonesas pelos mesmos crimes.

<sup>154</sup> Pelo governo provisório da República da França, pelos Estados Unidos, Reino Unido e União Soviética assinaram, respectivamente: ROBERT FALCO; ROBERT H. JACKSON; JOWITT; I. NIKITCHENKO. A. TRAININ. Aderiram ao acordo: Grécia, Dinamarca, Iugoslávia, Países Baixos, Tchecoslováquia, Polônia, Bélgica, Etiópia, Austrália, Honduras, Panamá, Luxemburgo, Noruega, Haiti, Nova Zelândia, Venezuela, Uruguai e Paraguai.

<sup>155</sup> ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo. *Tribunal penal internacional... Op. cit.*, p. 40.

<sup>156</sup> Estas leis foram fruto da “*Akademie für Deutsches Recht*”, instituição criada em 1933, por iniciativa de Hans Frank, cujo principal objetivo era “renovar” o ordenamento jurídico alemão adaptando-o às direções políticas e ideológicas do regime nazista. Sobre o tema, conferir MUÑOZ CONDE, Francisco. *Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944*. In: *Revista Penal*. Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla, n.11, 2003, p. 81 e ss.

<sup>157</sup> BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*; trad. Luciana Pinto Venâncio. Barueri: Manole, 2004, p. 23.

Conforme dito, o Tribunal de Nuremberg inaugura a “segunda fase” no desenvolvimento do Direito Penal Internacional, pois, embora fosse um tribunal de vencedores julgando vencidos, fato que, em termos estritos, retira-lhe a característica de órgão jurídico internacional<sup>158</sup>, significou, dentro de razoáveis critérios de avaliação, a primeira responsabilização internacional de criminosos de guerra.

O significado jurídico do Tribunal é, pois, o seguinte: por um lado favoreceu a formação do caldo de cultura necessário para impulsionar a institucionalização da justiça penal internacional permanente, já que reconheceu a responsabilidade de indivíduos perante uma jurisdição supranacional (1); paralelamente, impulsionou o processo de proteção regional e global dos direitos humanos (2); mais ainda, transformou fenômenos históricos em conceitos jurídicos que, a partir daí, ficaram impressos na realidade do direito internacional; o art. 6.º do estatuto, anexo ao acordo, por exemplo, define os crimes de paz, os de guerra e, especialmente, os crimes contra a humanidade<sup>159</sup> (art. 6.º, “c”) (3).

Além disso, como aponta CASSESE, a criação do Tribunal de Nuremberg significou, entre outras coisas, a quebra do monopólio da jurisdição penal em relação a crimes internacionais como crimes de guerra, até então mantido firmemente pelos Estados<sup>160</sup>.

Apesar desses benefícios, o funcionamento do Tribunal fez a comunidade jurídica desfechar uma série de críticas sobre sua legalidade e legitimidade<sup>161</sup>. A mais recorrente é,

---

<sup>158</sup> Conforme JESCHECK “El Tribunal de Nuremberg fue más bien un tribunal de las fuerzas aliadas de ocupación, ya que el Tratado de Londres se concluyó sin la participación de Alemania, y por lo tanto no podía tener efecto vinculante para ella.” JESCHECK, Hans-Heinrich. *El Tribunal Penal Internacional. Revista Penal*. Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla, n.8, 2001, p. 54; no mesmo sentido CAVALLI, Vincenzo. *Diritto Penale*. Parte Generale. 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1962, p. 473, vol. I.

<sup>159</sup> Conforme versão original do Estatuto, crimes contra a humanidade são: “l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.”

<sup>160</sup> CASSESE, Antonio. *De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional*. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *O Direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 8.

sem dúvida, a violação ao princípio da legalidade penal. Para a correta compressão da violação ao princípio da legalidade penal, é preciso fracionar a análise em três partes: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Em relação aos crimes contra a paz, previstos no art. 6º, “a”, do estatuto, HUET e KOERING-JOILIN lembram que já haviam sido considerados ilícitos pelo Pacto da Sociedade das Nações e pelo Pacto *Briant-Kellog*<sup>162</sup> (pacto de não agressão), de 27 de agosto de 1928, embora esses textos não regulamentassem qualquer sanção penal<sup>163</sup>. Pelo último pacto, por exemplo, as potências apenas renunciariam ao uso da guerra como instrumento de política nacional. Pode-se mencionar, ainda, a Convenção de Genebra de 1927, que, mesmo sem ser ratificada, era considerada direito consuetudinário<sup>164</sup>.

Quanto aos crimes de guerra, art. 6º, “b”, estes também já haviam sido previstos em instrumentos internacionais: “Direito de Haia” (Convenções de 1899 e 1907), cujo fim era “humanizar a guerra” e limitar as atividades bélicas mais agressivas<sup>165</sup>; “Convenções de Genebra” de 1864; “Declaração de São Petersburgo” de 1868. Importante destacar que o Tribunal de Nuremberg fundou-se em diversas disposições da Convenção de Haia de 1907 (arts. 46 a 56) e da Convenção de Genebra de 1929 (arts. 2, 3, 4, 46 e 51).

Nos crimes contra a humanidade, porém, o questionamento sobre a violação ao princípio da legalidade penal é mais sólido. Embora a Inglaterra, a Rússia e a França já tivessem utilizado a expressão quando do “Tratado de Sèvres”, até aquele momento o crime

---

<sup>161</sup> MACHADO, por exemplo, embora reconheça os avanços na responsabilização penal internacional proporcionados pelo Tribunal de Nuremberg, afirma: “[...] os tribunais de Nuremberg e Tóquio representam uma mácula na história do direito internacional.” MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da penal*. São Paulo: Ed. 34/Edesp, 2004, p.97.

<sup>162</sup> Para análise da origem do Pacto, ver VANDY, Francois. *Le pacte Kellog*. In: *Revue Générale de Droit International Public*. Paris: Éditions A. Pedone, 3ª série, Tome IV, 1930, n. 1-2, p. 6 e ss.

<sup>163</sup> HUET, Andre; KOERING-JOULIN, Renée. *Droit pénal international*. 3.ed. PUF: Paris, 2005, p. 36.

<sup>164</sup> Alguns autores do pós-guerra, como FINCH, afirmam que protocolos não ratificados não podem ser citados como prova de que suas decisões haviam sido aceitas. FINCH, G. E. *The Nuremberg Trial and International Law*. *American Journal of International Law*. Vol. 41, n.1, 1947, p. 26. Referência em: BLANC ALTEMIR, Antonio. *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 18.

<sup>165</sup> *Idem*, p. 36 (sem destaque).

não se encontrava catalogado em nenhum documento internacional, tampouco estava gravado no costume internacional da época. Tratava-se, portanto, em análise superficial, de tipificação inédita no direito internacional.

Os crimes contra a humanidade foram expressamente previstos no art. 6º, “c”<sup>166</sup>. Na definição estatuída na “Carta do Tribunal”, podem-se distinguir duas modalidades de crime: a primeira consiste na prática de homicídio, extermínio, redução à escravidão, deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra a população civil antes e durante a guerra; a segunda consiste na perseguição por motivação política, racial ou religiosa cometida como consequência de qualquer crime de competência do tribunal.

Essa análise fracionada é importante para observar que, ainda que não positivados sob a rubrica “Crimes contra a humanidade”, diversos crimes previstos na alínea “c” do artigo 6º, já encontravam assento em outros diplomas internacionais ou no costume internacional, como homicídio, extermínio, deportações ou perseguições. Não se pode perder de vista que, no âmbito internacional, costume não significa outra coisa senão uma prática geral aceita pelo direito e, por isso mesmo, dotada de eficácia e exigibilidade.

Ainda no que se refere aos crimes contra a humanidade, BASSIOUNI, por exemplo, esclarece que a persecução dessa modalidade de delito foi uma novidade no Direito Penal Internacional e, portanto, uma incriminação *ex post facto*<sup>167</sup>, concluindo que, do ponto de vista jurídico-penal, os argumentos de violação à irretroatividade da lei penal e *nulla poena sine lege* são impecáveis.

Sendo assim, à luz do exposto, em relação aos crimes de guerra e contra a paz, o questionamento sobre a violação à anterioridade da lei é, portanto, insustentável, uma vez que,

---

<sup>166</sup> Os crimes Contra a Humanidade: “c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime [...]”.

<sup>167</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Le droit pénal international...* Op. cit., p. 59.

conforme visto, diversos instrumentos internacionais já haviam tratado, de alguma forma, do tema. Não houve, ao menos em sentido estrito, inovação por parte do “Acordo de Londres”. Mas, mesmo em relação a estes delitos, não há sintonia na doutrina.

HUET e KOERING-JOILIN, por exemplo, se situam entre aqueles que consideram que o princípio da não retroatividade foi desprezado pelo Tribunal, embora isso não signifique, do ponto de vista moral, ético e de consciência universal, exigir sua exclusão. Afirmam os autores que, embora seja inegável que o direito internacional anterior já havia proibido os crimes de guerra e que as múltiplas declarações por parte dos aliados durante a Segunda Guerra já haviam denunciado as atrocidades praticadas pelos alemães e o interesse em puni-las (especialmente no “Acordo de Moscou”), nem um nem outro haviam previsto qualquer sanção penal<sup>168</sup>.

No mesmo sentido, BASSIOUNI aponta que crimes julgados pelo Tribunal tiveram uma existência histórica limitada e não constituíam prova suficiente para demonstrar uma prática consuetudinária internacional. Além disso, nunca haviam sido fixadas penas para as violações. Nesse sentido, as penas impostas violaram o princípio *nulla poena sine lege*<sup>169</sup>.

A doutrina nacional se alinha aos que consideram ter havido violação ao princípio da irretroatividade da lei penal. A paz alicerçada pelo Tribunal de Nuremberg levou HUNGRIA a afirmar que:

O Tribunal de Nuremberg há de ficar como uma nódoa da civilização contemporânea: fêz *tabula rasa do nullum crimen nulla poena sine lege* (com um improvisado *Plano de julgamento*, de efeito retroativo, incriminou fatos pretéritos e impôs aos seus autores o “enforcamento” e penas puramente arbitrárias); desatendeu ao “princípio da territorialidade da lei penal”; estabeleceu a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações, ainda que alheios aos fatos a eles imputados, funcionou em nome dos vencedores, que haviam os mesmíssimos fatos atribuídos aos réus; suas sentenças eram inapeláveis, ainda quando decretavam a pena de morte<sup>170</sup>.

<sup>168</sup> Op. cit. p., 40. Ver AMATI, Enrico; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela. Op. Cit., p. 9.

<sup>169</sup> Op. cit., p. 59.

<sup>170</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p.29, t. I, vol. I (destaque no original). Defende que houve a violação ao princípio da irretroatividade JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional...Op. cit.*, p. 57.

Em que pese às posições mencionadas, não parece adequado sustentar ter havido violação ao princípio da legalidade. Vários são os motivos.

GIL GIL menciona que diversas foram as justificativas evocadas pelo Tribunal para fundamentar a punição, por exemplo: o Tribunal não criava o direito, apenas aplicava um direito existente; declarou não aplicável o princípio da legalidade sob o argumento de que a máxima expressa um princípio de justiça e seria mais injusto se as infrações resultassem sem punição<sup>171</sup>.

De outro lado, deve ser observado que a aplicação do costume internacional amolda-se perfeitamente à ordem constitucional da Alemanha vigente naquele período. Com efeito, a Constituição de Weimar, em vigor desde 1919, à altura do art. 4º, era clara ao afirmar que “as regras de Direito Internacional, universalmente reconhecidas, eram parte integrante e obrigatória do direito alemão”. Esse dispositivo é suficiente para tornar insustentável qualquer posição que sustente a violação ao princípio da legalidade.

Além disso, vale trazer à baila outro dispositivo, agora do Código Penal. Na Alemanha nazista, o princípio da legalidade não existiu. O Código Penal da Alemanha, modificado em 1935, sustentava que eram delitos não só as condutas previstas expressamente, mas, também, aquelas que feriam a sã consciência do povo. Logo, como reclamar a aplicação de um princípio não previsto na ordem interna do país, para legitimar a prática das atrocidades cometidas nesse mesmo país?

Assim, seja pela legislação e costume internacionais, seja pela legislação constitucional e infraconstitucional alemã, a alegação de violação ao princípio da legalidade não merece êxito. Mais ainda, o tribunal propiciou aos acusados a utilização de todos os meios de defesa e de prova admitidos<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 69-70.

<sup>172</sup> Narra ARAÚJO JR. o caso do almirante alemão ERICH RAEDER “A requerimento das defesas foram distribuídos questionários aos principais comandantes aliados, para que informassem de seus comportamentos durante a guerra, de modo que fossem comparados aos dos comandantes alemães. O Almirante americano

O Tribunal de Nuremberg funcionou de 20 de novembro de 1945 a 1º de outubro de 1946. Foram julgadas vinte e duas pessoas: três sentenças foram absolutórias, doze condenações à pena de morte e sete sentenciados a prisão, desses, três foram condenados à prisão perpétua<sup>173</sup>.

Interessante ressaltar que as corporações também foram responsabilizadas pelo Tribunal de Nuremberg. Consoante disposto no art. 9.º do Estatuto, era permitido que o Tribunal declarasse que a organização ou o grupo fosse criminoso. E assim o foi. Quatro organizações foram consideradas criminosas: Gestapo (*Geheime Staatspolizei*), SS (*Schutzstaffeln der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei*), SD (*Sicherheitsdienst des Reichsführers – SS*) e o corpo dos chefes políticos do partido nazista<sup>174</sup>.

Nuremberg não foi o único tribunal instaurado para julgar os crimes cometidos durante o segundo conflito beligerante mundial. Durante décadas, em diversos países, foram instaurados tribunais para o processo e julgamento dos criminosos. Entre estes, o processo mais importante dos grandes criminosos de guerra, realizado fora de Nuremberg, foi o de Eichmann.

O alemão residia na Argentina quando foi capturado por soldados israelenses em um subúrbio de Buenos Aires. O curioso é que não houve qualquer comunicação da operação ou solicitação de extradição ao governo argentino. Foi, portanto, um flagrante desrespeito à soberania do Estado argentino.

---

Nimitz, [...], confessou práticas semelhantes às de seu colega alemão. Tal revelação evitou aplicação da pena de morte ao Almirante Raeder.” Reconhece, no entanto, que o maior defeito do tribunal foi processual, pois instrução e julgamento se deram perante o mesmo órgão jurisdicional. ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo. *Tribunal penal internacional...* Op. cit., p. 46.

<sup>173</sup> Sobre as sentenças, conferir JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano. Op. cit., p. 52; RAMELLA, Pablo A. *Crimes contra a humanidade*; trad. Fernando Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 8; ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo. Op. cit., p. 41-42.

<sup>174</sup> Ver *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International Nuremberg*. 14 novembre 1945-1er octobre 1946. Nuremberg et Allemagne: AAARGH, 1947, p. 157-176.

Fundado no princípio da competência universal para os crimes internacionais, o caso Eichmann foi julgado em Israel no ano de 1960, e sua sentença foi pena de morte<sup>175</sup>.

O legado deixado pelo Tribunal de Nuremberg permitiu, definitivamente, o desenvolvimento do Direito Penal Internacional e a internacionalização da proteção e repressão às violações dos Direitos Humanos. Em que pese às críticas sobre o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, elas não são suficientes para apagar ou diminuir a importância desse Tribunal para a história da humanidade.

Aliás, foi com base nas críticas formuladas ao Tribunal que os Estados começaram a se mobilizar para criar uma jurisdição penal internacional permanente (a); foi em Nuremberg que a comunidade internacional<sup>176</sup> demonstrou que as violações aos direitos básicos inerentes aos seres humanos – com um claro retorno ao *jus naturalismo*<sup>177</sup> – não seriam mais toleradas<sup>178</sup> (b); também em Nuremberg, conceitos e crimes jurídicos foram crimes contra a humanidade (c); em Nuremberg, houve um impulso de internacionalização dos Direitos Humanos<sup>179</sup> e do Direito Penal (d); pela primeira vez, houve a verdadeira possibilidade de punição de um chefe de Estado e julgamento e condenação do alto escalão de um governo (e); o indivíduo passou a ser encarado como sujeito de direito internacional (f); e houve, por fim, uma releitura do princípio da soberania dos Estados (g).

---

<sup>175</sup> EICHMANN era responsável pelo transporte dos judeus para os campos de concentração. Para detalhes sobre o desenvolvimento do processo, ver ARENDTH, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

<sup>176</sup> A atuação do Tribunal de Nuremberg foi reconhecida pela opinião pública internacional em uma votação unânime da Assembleia Geral das Nações Unidas em 11 de dezembro de 1946 (Resolução n. 95).

<sup>177</sup> Conforme KAUFMANN, “muitos creram, obviamente, que na hora zero a seguir à segunda guerra mundial, se devia regressar ao direito natural.” KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*, p.125. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à Teoria do direito Contemporâneas*; trad. Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

<sup>178</sup> Como bem constata JAPIASSÚ, “Nuremberg não criou a atmosfera de injustiça que surgiu com o Tratado de Versalhes [...]. Foram punidos indivíduos específicos, e não um Estado inteiro.” JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional...Op. cit.*, p. 59 (sem destaque no original).

<sup>179</sup> Segundo PIOVESAN, o significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de internacionalização dos direitos humanos é duplo: “não apenas consolida a idéia de necessária limitação da soberania nacional como reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 9.º ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.124.



Assim, ainda que a punição dos crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial tenha sido levada a cabo por um tribunal *ad hoc*<sup>180</sup> e que, talvez, esse não seja o ideal de justiça pretendido ou, além disso, que o resultado obtido foi menos que satisfatório, deve-se refletir sobre a indagação: teria sido melhor sem Nuremberg? A resposta negativa se impõe. Se não tivesse ocorrido a condenação da Alemanha nazista, os povos jamais iriam acreditar na justiça, por isso o resultado do Tribunal foi, se não absolutamente justo, ao menos não injusto.

Neste passo, não é adequado olvidar que o fenômeno de ruptura implementado pelo totalitarismo alemão é o exemplo indelével das consequências de se impingir à pessoa humana o atributo da descartabilidade. Conforme dito, o referencial humano deve, sempre, ser o valor primário e a garantia da legitimidade da ordem jurídica interna ou internacional, e o Tribunal de Nuremberg foi o símbolo maior dessa nova era. Ele contribuiu para o restabelecimento da paz internacional e foi o ponto de inflexão sobre a punibilidade dos crimes internacionais. A partir daquele momento, quaisquer ações violadoras dos Direitos Humanos não seriam mais toleradas, preponderando, nesta temática, normas metajurídicas, princípios morais e de consciência universal sobre normas positivas. Como bem adverte CELSO LAFER, “A concepção de um Direito Internacional Penal que Nüremberg ensejou parte do pressuposto de que existem certas exigências fundamentais de vida na sociedade [sic] internacional.<sup>181</sup>”

Além disso, o Tribunal constituiu-se no primeiro caso de imposição de responsabilidade internacional de indivíduos frente à violação dos Direitos Humanos. A aplicação de seus princípios e jurisprudência foi de grande influência para as posteriores normatizações internacionais e para os Tribunais da antiga Iugoslávia e Ruanda. Nesse

---

<sup>180</sup> LAFER pondera que “Se é certa a afirmação de que as potências vitoriosas criaram um Direito Internacional Penal *ad-hoc* através do estatuto do Tribunal, é igualmente válido dizer-se que elas o fizeram sem desvio de poder, pois não incidiram na tentação das represálias e das violências incontroladas.” LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos* – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.169.

<sup>181</sup> *Id.*, *ibidem*.

contexto, nasceram as principais convenções internacionais sobre proteção de Direitos Humanos e que representam, fundamentalmente, a base do “moderno” Direito Penal Internacional. Conforme já assinalado, a atmosfera dos primeiros anos pós-1945 e décadas posteriores favoreceu a produção de um grande número de diplomas internacionais cujo objetivo era assegurar e proteger os direitos do homem, tais como: a “Convenção para a prevenção e repressão do genocídio” e a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, ambas em 1948; as quatro “Convenções de Genebra” de 1949 e o “Protocolo Adicional” de 1977; a “Constituição da República Federal da Alemanha” em 1948; a “Convenção Européia sobre os Direitos do Homem” em 1950; a “Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade” em 1968; a “Convenção contra a discriminação racial” em 1975 e, por fim, a “Convenção contra a Tortura” em 1984.

No entanto, uma leitura desavisada poderia levar à conclusão de que as violações aos Direitos Humanos, a partir daquele momento, foram duramente combatidas. No plano da faticidade, entretanto, as garantias formais foram insuficientes para assegurar os direitos garantidos nos instrumentos internacionais.

Apesar do extenso número de instituições, órgãos e teia normativa formada pelos tratados para proteção dos Direitos Humanos, os anos posteriores a Nuremberg evidenciaram a necessidade de um órgão internacional permanente e legalmente constituído para assegurar esses direitos. Desse modo, até o advento do Estatuto de Roma, todo o arsenal legislativo de proteção dos Direitos Humanos não passou, em grande parte, de mera carta de intenções<sup>182</sup>.

Essa situação de impotência dos instrumentos internacionais só assenta a importância ética, jurídica e política que o Estatuto de Roma tem para a humanidade. Conforme BASSIOUNI, “Pour éviter les écueils d’une justice ad hoc, la justice pénale internationale a donc besoin de normes clairement établies qui soient appliquées sans exception par une Cour

---

<sup>182</sup> Os conflitos nos territórios da antiga Iugoslávia, Ruanda, Camboja e Serra Leoa são apenas alguns exemplos que comprovam a afirmação.

pénale internationale permanente.<sup>183</sup>” O passo paradigmático foi dado com o Estatuto de Roma, que inaugurou a “terceira fase” do Direito Penal Internacional: “a fase de institucionalização da justiça penal internacional permanente”.

### 3.5 Direito Penal Internacional

Para os antigos teóricos internacionalistas, o Direito Internacional continha algumas normas de Direito Penal, não havendo, portanto, um autônomo Direito Penal Internacional. Com o fim da Primeira Guerra, alguns autores começaram a desenhar o que seria o Direito Penal Internacional (SALDAÑA; PELLA; DONNEDIEU DE VABRES; COSENTINI; CALOYANNI). No entanto, só a partir de 1945, ocorreu o sensível retorno ao debate doutrinário sobre o conteúdo do Direito Penal Internacional.

Mas, até o advento dessas duas etapas, o ramo que mais tarde seria chamado Direito Penal Internacional passou por um longo processo de desenvolvimento em que apareceram desde questões terminológicas até questionamentos sobre a sua existência.

Este capítulo trata da origem, desenvolvimento e conceito do Direito Penal Internacional e traz à baila a discussão sobre o jogo de palavras: Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal.

---

<sup>183</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Note explicative sur le Statut de la Cour Pénale Internationale (CPI)*. In: *Revue International de Droit pénal*. Toulouse: Erès, 2000, p. 4.

### 3.5.1 Origem e desenvolvimento

As primeiras manifestações internacionais do Direito Penal ligam-se à cooperação jurídica entre os Estados. Objetivando a aplicação da lei penal nacional a crimes cometidos fora do seu território, os Estados se depararam com a necessidade de estabelecer institutos de cooperação que viabilizassem a punição dos criminosos.

Situações excepcionais necessitavam de colaboração entre os Estados, logo, era um problema mais procedimental que material. Entre esses institutos viabilizadores de cooperação,<sup>184</sup> há consenso de que a extradição foi o primeiro e principal instrumento de cooperação internacional. Por essa razão, destacar seu surgimento histórico é de extrema importância.

Abordando o tratamento jurídico emprestado à extradição, MOMMSEN ensina que, na Roma antiga, era possível o Estado solicitar a extradição ou entrega (*deditio*) do presumido culpado de ter cometido um ato criminoso segundo a lei romana ao governo do país onde ele se encontrava. Mas esse pedido não tinha caráter judicial, somente político<sup>185</sup>.

PASQUALÉ FIORE destaca que os juristas costumam relacionar as manifestações da extradição desde épocas muito antigas. Cita, por exemplo, a ameaça de Atenas em romper sua aliança com Esparta, porque esta havia se omitido em entregar um cidadão espartano que havia transportado armas contra os atenienses<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Sobre o tema ver SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; BASSIOUNI, M. Cherif. *Le droit pénal international...Op., cit.*, p. 44; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional...Op. cit.*, p. 14.

<sup>185</sup> “La demanda de extradición no la formulaban las autoridades o magistrados penales como tales, sino que este asunto era exclusivamente propio del gobierno, es decir, en los tiempos de la República, especialmente de los cónsules y del Senado”. MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 76.

<sup>186</sup> FIORE, Pasquale. *Traité de droit pénal international et de l'extradition*; traduit, annoté et mis au courant du droit français par Charles Antoine. 2.ed. Paris: A. Durand & Pedone-Lauriel, 1880, p. 286, vol. I.

O primeiro Tratado de Extradicação ocorreu no século XII a.C., na Batalha de *Kadesh*, palco de uma das maiores batalhas da Antiguidade. De um lado, estava o império hitita, do outro, o império egípcio, sob o comando do faraó Ramsés II. Egípcios e hititas travaram uma batalha pela disputa da cidade de *Kadesh*, e o documento que celebrou o fim do conflito foi, justamente, o tratado de paz celebrado entre as duas nações.

Por esta razão, BASSIOUNI aponta o tratado celebrado entre o rei Ramsés II, dos egípcios, e o rei Hattisuli, dos hititas (ano 1280 a.C.), como a primeira manifestação da extradicação<sup>187</sup>. No mesmo sentido, em importante nota, o tradutor da obra de PASQUALE FIORE, CHARLES ANTONIE informa a descoberta, nos hieróglifos egípcios, do mencionado Tratado de Extradicação<sup>188</sup>.

Ao lado dessas referências históricas, pode-se dizer que a extradicação teve, pelo menos, duas causas fomentadoras de seu desenvolvimento: de um lado, em virtude do princípio da territorialidade, a não execução de sentenças penais estrangeiras; de outro, pela facilidade de deslocamento entre os territórios, a impunidade, pois, com o avanço dos meios de transporte, o criminoso facilmente se furtaria à jurisdição do local do crime<sup>189</sup>.

A generalização do instituto ocorreu a partir do início do século XIX, precisamente após o Tratado de Paz de Amiens<sup>190</sup> (25 de março de 1802)<sup>191</sup>. A partir daí, a extradicação,

<sup>187</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. Op. cit., p. 44.

<sup>188</sup> Nesse tratado, havia uma cláusula específica sobre extradicação de fugitivos que, não obstante dificuldade na atualização da tradução, merece ser registrada: “Si quelques gens s’enuient, qu’ils soient un, deux ou trois ..., et qu’ils viennent...(vers) le prince de Cheta... il les fera ramener au Soleil seigneur de justica. Quant (à l’homme) que sera ramené à Ramsés-Miamoun, que son crime ne s’élève pas contre lui; que l’on ne fasse (aucun dommage à) [...] sa maison, ses femmes, ses enfants (qu’on ne tue pas sa mère, de même qu’on ne lè prive pas de ses yeux), de sa bouche, de ses jambes (et qu’aucun crime ne s’élève contre lui). Qu’on agisse de même si des gens s’enuient du pays de Cheta, qu’ils soient un, qu’ils soient deux, qu’ils soient trois et qu’ils viennent trouver le seigneur Soleil de Justice, le grand roi d’Egypte, que Ramsés-Miamoun, le grand roi, s’en empare et qu’il les fasse reconduire au grand prince de Cheta. (Quant à l’homme qui serait ramené au grand prince de Cheta), que son crime ne soit pas élevé contre lui, qu’on ne détruise pas sa maison, ses femmes, ses enfants; que de même on ne tue pas sa mère; que de même on ne le prive pas de ses yeux, de sa bouche, de ses jambes; que de même on n’élève aucun crime contre lui”. Os parênteses indicam reconstruções feitas ao texto. FIORE, Pasquale. Op. cit., p. 286-287, nota 3 *bis*.

<sup>189</sup> Ver JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios...Op. cit.*, p. 176.

<sup>190</sup> Também chamado Tratado de paz definitivo, trata-se de um acordo de paz celebrado na cidade francesa de Amiens, que pôs fim ao conflito existente entre França e Grã-Bretanha.

<sup>191</sup> CERESO MIR, José. *Derecho penal...Op. cit.*, p. 334.

anteriormente ligada a uma cortesia entre Estados, passou a desenhar-se como principal instrumento de Direito Penal Internacional em matéria de cooperação internacional. Desde então, conservando sua natureza de ato político bilateral de cooperação judicial internacional<sup>192</sup>, o instituto está incorporado à quase totalidade dos ordenamentos jurídicos do mundo.

Com o surgimento do Código Penal Francês e do Código Penal Alemão, ambos no século XIX, aparece, ao lado do até então único instrumento de cooperação internacional, uma série de normas relativas à extensão e ao alcance das leis penais aos crimes praticados fora do âmbito jurisdicional dos Estados<sup>193</sup>.

Assim, com o desenvolvimento do Estado moderno, o incremento dos meios de comunicação e o estreitamento dos laços de comunicabilidade entre as nações, surgiram outros instrumentos de “assistência judicial penal” internacional. Evidente que esta nova instrumentalização foi incentivada pela necessidade lógica de um contexto político, social e econômico que se desenhava<sup>194</sup>.

Modernamente, principalmente em decorrência do fenômeno da globalização, as formas de cooperação internacional vêm extrapolando a barreira da mera colaboração judicial. A cooperação policial é um exemplo claro<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> Sobre a natureza jurídica da extradição, RODRÍGUEZ MOURULLO defende que não seria possível atribuir à extradição a natureza de contrato porque “*Hay casos en los que, en ausencia de un Tratado, la extradición no aparece como cumplimiento de una obligación contractual, sino exclusivamente como ejercicio de una facultad conferida por la ley interna.*” Trata-se, pois, de um “ato jurídico bilateral de Derecho internacional público, independientemente de la existencia de un Tratado de extradición o de una declaración de reciprocidad[...]”. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1977, p. 169 (sem destaque no original).

<sup>193</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. Op. cit., p. 45.

<sup>194</sup> A transferência internacional de processos, a transferência de pessoas condenadas, a execução de sentenças penais estrangeiras são alguns dos exemplos mais evidentes dessas novas formas de cooperação internacional. Sobre o tema conferir pioneira obra de SOUZA, Artur de Brito Gueiros de. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>195</sup> Ainda no sentido de diversificação das formas de cooperação internacional, ultimamente vem ganhando relevância o chamado mandado de prisão europeu, que, desde janeiro de 2004, permite aos membros da União Europeia, executar a prisão e transferir o acusado independentemente do pedido de extradição.

Em que pese à desformalização da cooperação internacional, anunciada pelo mandado de prisão europeu, ainda existe uma necessária formalidade, porém excessiva, nos instrumentos de cooperação.

Em relação à extradição, para citar um exemplo, o Supremo Tribunal Federal, em 19 de maio de 2008, decidiu, em face de um pedido de prisão cautelar para fins extradicionais formulado pela INTERPOL, que apenas os Estados têm legitimidade para ajuizar, perante a Corte Suprema, pedidos de extradição passiva. O acórdão deixou claro que a extradição é um ato, necessariamente, intergovernamental, o que afasta a possibilidade de terceiros, desvestidos de estabilidade, formularem pleitos de natureza extradicional<sup>196</sup>.

Resta saber, no entanto, até que ponto o (*não*) formalismo das novas modalidades de cooperação internacional é razoável a ponto de (*não*) impedir a efetividade no combate ao crime internacional (*próprio* ou *impróprio*).

Por outro lado, o desenvolvimento da mentalidade jurídica internacional dos Estados, à custa dos graves atos violadores dos Direitos Humanos, da comunicação entre os Estados e do sensível fortalecimento da “consciência coletiva” sobre a existência de interesses e objetivos internacionais comuns, refletiu sobre o Direito Penal, incrementando, nesse ramo do Direito, diversas normas de natureza internacional.

### 3.5.2 Precisão terminológica e conceito

---

<sup>196</sup> “[...] o pedido de prisão cautelar, para fins extradicionais, também deverá ser deduzido por Estado estrangeiro, e não por organismos policiais, ainda que de atuação internacional, como sucede com a INTERPOL. O exame do pedido de prisão preventiva ora formulado, e não obstante o que dispõe o Artigo 13, parágrafo 2, do Tratado de Extradicação Brasil/Itália, evidencia que esse pleito, encaminhado pela INTERPOL/Roma – que não pode assumir compromissos internacionais, junto ao Governo brasileiro, em nome do Estado italiano –, sequer foi chancelado pela Missão Diplomática da República Italiana acreditada em nosso País. Tal circunstância bastaria, por si só, para tornar incognoscível o pedido em questão”. Rel.: Min. Celso de Mello, PPE607/Itália.

Na medida em que os Estados foram se desenvolvendo e as atividades criminosas foram superando as fronteiras, o Direito Penal “tradicional”, aplicável no âmbito interno dos Estados, mostrou-se insuficiente para reprimir os novos empreendimentos criminosos. Então, conforme já enunciado, uma série de elementos internacionais foi agregada ao Direito Penal interno, com o objetivo de reprimir as novas modalidades de crime.

Em uma primeira aproximação, é preciso salientar que o Direito Penal Internacional é um direito híbrido, vale dizer: de um lado, é formado pelo Direito Penal e, de outro, pelo Direito Internacional. Sendo assim, a premissa básica deriva do fato de que não é possível atrelar o Direito Penal Internacional às categorias jurídicas próprias do Direito Penal interno.

Ao pai do utilitarismo inglês, BENTHAM, é atribuída a paternidade do termo “direito internacional penal<sup>197</sup>”, que seria, segundo ele, o conjunto de regras de direito interno relativas aos limites de aplicação das leis no espaço. Mas a precisão terminológica e sua definição iriam provocar alguma controvérsia doutrinária, notadamente com a distinção feita por RIPOLLÉS entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal<sup>198</sup>.

De início, destaca-se que a existência de um Direito Penal Internacional autônomo era duramente questionada. FERRI, por exemplo, alinhado com ANZILOTTI, sustentava não haver um Direito Penal Internacional, pois era o direito interno que tornava obrigatória a convenção internacional. O Direito Penal Internacional, escreveu FERRI, só existirá quando se organizar uma justiça penal comum a todos os Estados<sup>199</sup>. No mesmo sentido, LEVI

---

<sup>197</sup> “Parece ser que el nombre le fué dado por Bentham y hoy tiene como contenido el conjunto de reglas del Derecho nacional sobre la aplicación de la ley en el espacio y las normas de auxilio para asegurar la justicia punitiva que deben prestarse entre sí los Estados”. JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios...Op. cit.*, p. 160. No mesmo sentido BUENO ARÚS, F; MIGUEL ZARAGOZA, J. de. *Manual de derecho penal internacional*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2003, p. 23.

<sup>198</sup> QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Tratado de Derecho Penal...Op. cit.*, p. 12 e ss.

<sup>199</sup> FERRI, Enrico. *Principios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*; trad. Paolo Capitanio. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 162, nota de rodapé n.º 2. Porém FERRI não negava a formação de uma justiça penal internacional no futuro. Afirmava ele textualmente que “Assim como, porém, a criminalizada se internacionaliza e cada vez mais se organiza internacionalmente, **é evidente que a necessidade de uma defesa**



asseverava que o Direito Penal Internacional é um ramo do direito interno em matéria internacional<sup>200</sup>.

CAVALLO também frisou que “Un diritto Internazionale penale vero e proprio, perciò, non esiste ancora, perchè mancano le fonti positive, che configurino le fattispecie dei delitti e stabiliscono le pene relative, e anche gli organi superstatali imparziali che possono applicarle<sup>201</sup>”. Em sentido semelhante, MANZINI afirmava não haver um Direito Penal Internacional, por não existirem delitos nem penas internacionais.

Do mesmo modo, porém baseado na supremacia do ordenamento normativo nacional – primado do direito nacional –, LAPLAZA<sup>202</sup> negava a existência do Direito Penal Internacional:

ora considerando que este último sólo adquiere validez mediante normas de derecho interno, ora desconociendo la posibilidad de delitos contra los bienes jurídicos de la comunidad internacional – que no sería un sujeto de derecho e [...], por fim, en que no es dable concebir que los individuos cometan actos contrarios a las normas internacionales ya que ellas conciernen y obligan nada más que a los estados.

Esta postura negacionista também era forte entre os autores nacionais. LYRA não reconhecia o Direito Internacional Penal, pois, segundo ele, seus organismos e atividades ainda não haviam adquirido grandeza, eficácia e continuidade<sup>203</sup>. COSTA JR., na década de 1980, também afirmava que, como a ONU não tinha condições de ditar leis e impor sanções às nações, o “direito penal internacional está fadado a vagar no espaço da fantasia<sup>204</sup>”. No mesmo sentido, LEAL afirmava: “É claro que um sistema jurídico-penal universal depende da

---

**penal comum – entre os Estados de civilização quase igual – acabará por se impor”. *Idem*, p. 165 (sem destaque no original).**

<sup>200</sup> LEVI, Nino. *Diritto Penale Internazionale*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 1. Referência em LAPLAZA, Francesco. *El delicto... Op. cit.*, p. 45-46, nota de rodapé n.º 28.

<sup>201</sup> CAVALLO, Vincenzo. *Diritto Penale*. Parte Generale. 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1962, vol. I, p.477. Ainda segundo CAVALLO, dois são os principais obstáculos para a criação de um direito internacional penal: o primeiro refere-se à qualidade dos sujeitos do direito internacional penal, pois se tais sujeitos são os estados, estes não podem cometer fatos ilícitos; o segundo é a ausência de um “*superstato*” que possa fazer valer o direito internacional penal e aplicar as sanções no conflito entre os Estados, por isso, a criação de uma Corte internacional de justiça encontra a resistência dos Estados. *Ibidem*, p.462-463.

<sup>202</sup> Op. cit., p. 45.

<sup>203</sup> LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Kofino, 1977, p. 12.

<sup>204</sup> COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código penal: parte geral*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987, vol. I, p. 14.

aprovação de um Código Penal Internacional e da constituição de uma Corte de Justiça Penal Internacional, fatos que estão longe de acontecer, diante da concepção profundamente nacionalista do Estado moderno [...]”<sup>205</sup>”.

Além de ter sua existência e autonomia negadas, alguns autores, por isso mesmo, diferenciam as expressões Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal<sup>206</sup>. Em nota, BASSIOUNI esclarece que, em alguns idiomas, como os derivados do latim, a denominação da disciplina gera o eterno dilema se ela deve chamar-se Direito Penal Internacional ou Direito Internacional Penal<sup>207</sup>.

No Brasil, LYRA tentava delimitar os contornos diferenciadores entre as duas expressões. Segundo ele, após a Segunda Grande Guerra, surgiu um Direito Internacional Penal determinador e sancionador, ao lado do velho Direito Penal Internacional, de BENTHAM, este limitado aos crimes formalmente internacionais e à extraterritorialidade<sup>208</sup>.

<sup>205</sup> LEAL, João José. *Curso de direito penal*. Porto Alegre: SAFE & Editora da FURB, 1991, p.110.

<sup>206</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el Estado de Derecho*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 91-92; BACIGALUPO “Las reglas del derecho penal del Estado que establecen el ámbito en el que las propias leyes penales son aplicables con exclusión de las de otros Estados son propiamente reglas del derecho interno del Estado. Sin embargo han sido designadas con frecuencia como "derecho penal internacional". BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 175, n. 342; JIMENEZ DE ASÚA: *Derecho penal internacional*. Parece ser que el nombre le fué dado por Bentham y hoy tiene como contenido el conjunto de reglas del Derecho nacional sobre la aplicación de la ley en el espacio y las normas de auxilio para asegurar la justicia punitiva que deben prestarse entre sí los Estados” JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios...Op. cit.*, p.160; MEZGER: Al llamado derecho penal internacional [...], mediante el cual se reglamentan las relaciones del derecho penal alemán con respecto al territorio nacional y al extranjero, [...]. A pesar del nombre que puede inducir a error, no se trata de derecho internacional propiamente dicho, sino de derecho nacional y, precisamente, del derecho de aplicación del derecho penal.” MEZGER, Edmund. *Derecho penal. Libro de Estudio: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 70, n. III.

<sup>207</sup> CUESTA ARZAMEDI, tradutor da obra de BASSIOUNI, esclarece que: “Dadas las dificultades afrontadas en orden al empleo correcto, y en su sentido estricto, de las expresiones «Derecho Penal Internacional» y Derecho Internacional Penal» en la presente traducción, y creyendo interpretar correctamente la voluntad del autor, que opta por la construcción del Derecho Penal Internacional como disciplina autónoma y bajo una única denominación, hemos preferido la utilización de la expresión Derecho Penal Internacional- en un sentido amplio, comprensivo tanto de los aspectos internacionales del Derecho Penal interno de los Estados como los aspectos penales del Derecho Internacional (Derecho Internacional Penal, en sentido estricto).” BASSIOUNI, M. Cherif. *El derecho penal internacional: historia, objeto y contenido*; trad. Jose L. de la Cuesta Arzamendi. In: Anuário de Derecho penal y ciencias penales. Tomo XXXV, fascículo I, 1982, p.6, nota de rodapé n.º 3 e 3 bis.

<sup>208</sup> Op. cit., p. 12. No mesmo sentido: LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*; trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899, p. 155, t. I; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 92 e ss.

Nesta construção, o “novo” Direito Internacional Penal não podia confundir-se com as típicas categorias de incriminação tradicionais do Direito Penal Internacional. Assim, as novas tipicidades exigiam a administração de uma justiça penal internacional.

Sintetizando, poder-se-ia dizer que, para LYRA, por Direito Penal Internacional compreender-se-iam as manifestações internacionais do Direito Penal (a exemplo da extraterritorialidade); enquanto o Direito Internacional Penal abarcaria as manifestações penais do direito internacional.

Na mesma linha, LEAL destaca que, diante da ocorrência cada vez maior de uma delinquência internacional, cuja repressão interessa a mais de um Estado, surgiram normas de Direito Penal interno. Essas normas, que pertencem ao direito público interno, constituem o Direito Penal Internacional. Ao lado desse, vai se constituindo paulatinamente o Direito Internacional Penal. Este, define o autor, “é o conjunto de regras jurídicas, reconhecidas nas relações internacionais, que tem por objetivo a proteção da ordem social internacional<sup>209</sup>”.

Ainda hoje, existem autores que insistem naquela dicotomia mencionada por LYRA. DOTTI define Direito Penal Internacional como “conjunto de disposições penais de interesse de dois ou mais países em seus respectivos territórios” (art. 7º e 9º do Código Penal e a extradição); e Direito Internacional Penal como “complexo de normas penais visando à repressão das infrações que constituem violações do Direito Internacional” (narcotráfico, terrorismo, lavagem de dinheiro etc.)<sup>210</sup>. OLIVEIRA afirma que, no “direito penal internacional, predomina a característica nacional do Direito Interno”. Por sua vez, o Direito Internacional Penal “diz respeito às relações entre os países para que, em cooperação, [...]

---

<sup>209</sup> Op. cit., p. 110.

<sup>210</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 109 (sem destaque no original).

sejam reprimidas infrações que tenham caráter internacional, como o tráfico de drogas, o tráfico de moeda falsa [...]”<sup>211</sup>”.

A diferença também se apresenta em alguns autores não nacionais. CAVALLO, seguindo a mesma linha dos autores nacionais, afirma que o Direito Penal Internacional é constituído do conjunto de normas de Direito Penal interno que “stabiliscono le pene per tali reati commessi all’estero o che offendono interessi internazionali”<sup>212</sup>”. Já o Direito Penal Internacional é “il complesso delle norme giuridiche che stabiliscono delle pene per i reati offensivi di interessi internazionali, Le quali possono venire applicate mediante coazione da parte di un organo superstatale”<sup>213</sup>”.

HORMAZABÉ MALARRÉ e BUSTOS RAMIRES afirmam que, ao lado Direito Penal Internacional, formado por normas de direito interno destinadas a resolver os “conflictos que se pueden dar en la aplicación espacial de las leyes penales cuando una persona respecto de la cual un Estado reclama responsabilidades penales se encuentra en el territorio de otro Estado[...]”<sup>214</sup>”, existe o Direito Penal Internacional, este, aplicável aos Estados. No mesmo sentido, BETTIOL, com base em QUADRI, ligava o Direito Penal Internacional à eficácia da lei penal no espaço<sup>215</sup>.

ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR mencionam que, até as últimas décadas do século XX, era possível sintetizar a interdisciplinaridade do Direito Penal com o direito internacional público, seguindo a orientação de SÁNCHEZ DE BUSTAMENTE, na distinção entre Direito Penal Internacional e Direito Penal Internacional. O primeiro, ligado ao direito internacional público, teria por objeto a tipificação dos delitos internacionais, e o Direito

<sup>211</sup> OLIVIEIRA, Edmundo. *Comentários ao código penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 207 (destaque no original).

<sup>212</sup> CAVALLO, Vincenzo. Op. cit., p. 460 (sem destaque no original).

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 462 (destaque no original).

<sup>214</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZABAL MALAREÉ, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 115-116, vol. I (sem destaque no original); Ver CREUS, Carlos. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 107-108.

<sup>215</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*; trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1966, p. 159, vol. I.

Penal Internacional, ligado ao direito internacional privado, resolveria a competência legislativa e jurisdicional a respeito dos delitos e dos autores<sup>216</sup> (validade da lei penal no espaço).

Segundo CEREZO MIR, essa diferenciação é imprópria, já que o conteúdo do Direito Penal Internacional trata, em realidade, de preceitos de direito interno. Sendo assim, o nome Direito Penal Internacional deve reservar-se para a legislação penal de caráter internacional, emanada “de la comunidad internacional y a la que están sometidos directamente los ciudadanos de todas las naciones<sup>217</sup>”.

Entre os autores que pesquisam a temática da criminalidade internacional, quase unanimidade prefere unificar, sob a nomenclatura Direito Penal Internacional, as manifestações internacionais do Direito Penal e as matérias penais do Direito Internacional<sup>218</sup>. Conforme BASSIOUNI, o “direito penal internacional é o resultado da convergência de manifestações internacionais do direito penal interno dos Estados e manifestações penais do direito internacional<sup>219</sup>”.

Preferível, junto com a doutrina mais abalizada, a expressão Direito Penal Internacional a Direito Internacional Penal. De mais a mais, é preciso ressaltar que a preferência terminológica justifica-se, inclusive, pela própria denominação da Corte Internacional, chamamos: Tribunal Penal Internacional, e não Tribunal Internacional Penal.

---

<sup>216</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 195. Porém, os autores não se limitam a essa dicotomia. Destacam que, com o particular desenvolvimento do direito internacional público, é necessário distinguir ao menos quatro áreas temáticas entre o direito internacional e o direito penal: (a) o direito internacional penal, (b) o direito internacional dos direitos humanos, (c) o direito internacional humanitário e (d) o direito penal internacional. *Ibidem*, p. 195.

<sup>217</sup> CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT; Lima: ARA Editores, 2007, p. 311. No mesmo sentido GIL GIL, Alicia. *Derecho penal...Op. cit.*, p.23.

<sup>218</sup> Segundo BASSIOUNI, a distinção entre direito penal internacional e direito internacional penal, sendo historicamente válida, assume cada vez mais um caráter puramente metodológico. BASSIOUNI, M. Cherif. *Le droit pénal international...In: Revue Internationale de Droit Pénal*. Toulouse: Erès, 1981, 43. No mesmo sentido JAPIASSÚ afirma: “sob a denominação direito penal internacional é estudado tudo aquilo que, outrora, pertenceu ao objeto daquelas duas disciplinas anteriormente mencionadas.” *Op. cit.*, p. 23 (sem destaque).

<sup>219</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *El derecho penal...*, p. 26.

Em razão dessa divergência, compreensível em línguas como a nossa, têm sido propostas outras denominações para a disciplina, entre elas: “direito penal interestatal”<sup>220</sup>; “direito penal universal”; “direito penal internacional público”; “Direito das infrações Internacionais”<sup>221</sup>.

Outro grande ponto de discussão ligado diretamente ao objeto, isto é, ao conteúdo do Direito Penal Internacional, é sua conceituação: esse ramo do Direito tem sido entendido como o conjunto das normas jurídicas internacionais que impõe consequências jurídicas de caráter penal.

De acordo com TRIFFTERER, o Direito Penal Internacional em sentido formal é o conjunto de normas jurídicas internacionais de natureza penal que a uma determinada conduta – o delito internacional – vincula determinadas consequências jurídicas reservadas caracteristicamente ao Direito Penal e que são aplicadas como tal diretamente<sup>222</sup>.

Já DONNEDIEU DE VABRES<sup>223</sup>, embora prefira a expressão Direito Penal Interestatal, define o Direito Penal Internacional como:

*science qui détermine la compétence des juridictions pénales de l'Etat vis-à-vis des juridictions étrangères, l'application de ses lois criminelles – lois de fond et lois de forme – par rapport aux lieux et aux personnes qu'elles régissent, l'autorité, sur son territoire, des jugements répressifs étrangers.*

PLAWSKI, por sua vez, partindo do pressuposto de que o Direito Penal Internacional sanciona lesões ao Direito Internacional, define-o como o conjunto de regras jurídicas

<sup>220</sup> Denominação preferida de PELLA e DONNEDIEU DE VABRES. “[...]le terme de ‘droit pénal interétatique’, que M. Pella propose à titre subsidiaire, nous paraît mieux approprié à l’objet de cette science, parce qu’il fait plus exactement connaître quels en sont véritablement les sujets[...]”.DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *Les principes modernes du droit pénal international*. Paris: Recueil Sirey, 1928, p. 4.

<sup>221</sup> Conferir GIL GIL, Alicia. Op. cit., p. 26.

<sup>222</sup> TRIFFTERER, OTTO. *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Volkerstrafrechts seit Nürnberg*. Freiburg: Br.Albert 1966, p. 34. Citação referida por AMBOS, Kai. *La internacionalización del Derecho penal y América Latina*. In: GIUSSEPE LOSANO, Mario; MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo: “cedant arma togae”*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 46.

<sup>223</sup> DONNEDIEU DE VABRES, Henri. Op. cit., p. 3 (itálico no original).

concernentes à repressão das infrações internacionais que constituem as violações do direito internacional<sup>224</sup>.

Esta concepção, segundo alguns autores, é por demais estrita. Por isso, na doutrina brasileira, JAPIASSÚ, por exemplo, entende por Direito Penal Internacional o ramo do direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas<sup>225</sup>. Optando por uma definição ampla e analítica, afirma que o Direito Penal Internacional estabelece, também, regras atinentes à aplicação extraterritorial do Direito Penal interno; à imunidade das pessoas internacionalmente protegidas; à cooperação penal internacional em todos os seus níveis; às transferências internacionais de processos e de pessoas presas ou condenadas; 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<sup>226</sup>.

No mesmo sentido, HUET e KOERING-JOILIN, pressupondo que o termo “direito penal” engloba não apenas o Direito Penal substancial, que descreve infrações puníveis, determina os responsáveis e fixa as penas, mas também o Direito Penal procedimental, que determina a competência dos tribunais e os efeitos dos seus julgamentos, afirmam que, sob a denominação “Direito Penal Internacional”, compreende-se um Direito Penal Internacional substancial e um Direito Penal Internacional procedimental<sup>227</sup>.

LA ROSA<sup>228</sup>, seguindo a mesma linha dos autores citados, entende por Direito Penal Internacional o direito substantivo

*[...] qui décrit les infractions, identifie les personnes responsables et fixe les peines encourues, mais aussi la procédure pénale, ou droit pénal procédural, qui détermine*

<sup>224</sup> PLAWSKI, Stanislaw. *La notion du droit international pénal*. In: *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris: Sirey, 1978, págs. 791.

<sup>225</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *O Tribunal Penal Internacional...Op. cit.*, p. 16.

<sup>226</sup> *Idem*, p. 16-17.

<sup>227</sup> HUET, André; KOERING-JOULIN, Renée. *Droit pénal...Op. cit.*, p. 1-2.

<sup>228</sup> LA ROSA, Anne-Marie. *Dictionnaire de Droit International Pénal*. Paris: PUF, 1998, p. 37 (sem destaque no original).

*entre autres la compétence des tribunaux répressifs, régit le procès, attribue des effets aux jugements et fixe les règles relatives à l'assistance et à la coopération internationales en matière de répression pénale.*

Em posição contrária, GIL GIL adverte não ser possível que assuntos pertencentes à competência jurisdicional, aplicação da lei penal no espaço, cooperação judicial e reconhecimento de sentença estrangeira integrem o conteúdo do Direito Penal Internacional, já que são temas de natureza processual e de direito interno. Sendo assim, a expressão Direito Penal Internacional conduziria a uma incongruência entre título e conteúdo. Para aqueles temas, diz a autora, seria apropriada outra denominação<sup>229</sup>. Por isso, segundo a autora, o Direito Penal Internacional seria “el sector del ordenamiento internacional cuya función es proteger, de los bienes vitales que constituyen el orden jurídico internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves<sup>230</sup>”.

À luz dos conceitos e precisões aduzidas, pode-se dizer que o Direito Penal Internacional é um ramo do direito internacional público que, visando proteger bens jurídico-penais universais, inespaciais e atemporais, regula a punição dos crimes internacionais próprios e fixa o procedimento para impor, subsidiariamente, responsabilidade penal na esfera internacional.

---

<sup>229</sup> GIL GIL, Alicia. *Derecho penal...* Op. cit., p. 27 (sem destaque no original).

<sup>230</sup> Op. cit., p. 2.



## 4 O ESTATUTO DE ROMA

### 4.1. Introdução

Após a eclosão de quase 250 conflitos armados nacionais e internacionais, desde o fim da Segunda Guerra Mundial<sup>231</sup>, causando a morte de 70 a 170 milhões de pessoas<sup>232</sup>, enfim um mecanismo de responsabilização penal internacional permanente foi criado, mas seu processo de institucionalização, como já enunciado, foi longo, por um motivo que parece muito claro: ausência de clima e de vontade política favorável. Portanto, pode-se concordar com o Secretário-Geral das Nações Unidas, KOFI ANNAN, quando qualificou o Estatuto de Roma<sup>233</sup> como “um acontecimento histórico e um presente de esperança para futuras gerações”.

Depois da Primeira Guerra Mundial, os Estados começaram a se mobilizar para a criação de uma justiça internacional, mas, conforme já assentado, somente com o término da Segunda Guerra Mundial é que essa mobilização foi coordenada e revitalizada para concretizar uma jurisdição genuinamente internacional.

Os Estados reconheceram a importância de existirem mecanismos supranacionais, com legitimidade para impor responsabilidades penais, como forma de manter a segurança e a paz

---

<sup>231</sup> “Entre las doctrinas pesimistas están los apologistas de la guerra [sic] que predicen con satisfacción, que las guerras no sólo no desaparecerán sino que no deben ni pueden desaparecer, puesto que ellas son un instrumento de lucha (desde la biológica darwiniana por la vida y eliminación de los inadaptados) individual y colectivo, en la que se forjan las grandes virtudes (Steinmetz, Ysoulet, Nietzsche, Sorel, Gumplowicz).” SERRANO VILLAFANE, Emilio. *Polemologia o guerra*. In: Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 176-177, 1971, p. 151.

<sup>232</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Note explicative sur le Statut de la Cour Pénale Internationale (CPI)*. In: Revue International de Droit pénal. Toulouse: Erès, 2000, p.1.

<sup>233</sup> No site oficial do Tribunal Penal Internacional, consta a cronologia da construção de uma corte penal internacional permanente até o Estatuto de Roma. Ver: <http://www.icc-cpi.int/about/ataglance/chronology.html>

internacionais seriamente abaladas em delicados momentos de conflito armado. Ademais, tal instituição, legitimada pelos próprios estados signatários, evitaria a impunidade dos chefes de Estado.

Entre as iniciativas particulares de elaboração de um projeto de Código Penal Internacional, no pós-Segunda Guerra, vale ressaltar o projeto de BASSIOUNI, encarregado de elaborá-lo pela Associação Internacional de Direito Penal. O seu “Projeto de Código Penal Internacional” foi concluído em julho de 1979 e previa duas hipóteses de aplicação: “1) Su aplicación como un Código integral por un Tribunal Penal Internacional (sistema de aplicación directo), y 2) su utilización como código sustantivo de crímenes y delitos internacionales incorporado a un convenio internacional[...]”<sup>234</sup>. Contudo, por motivos de ordem política, o projeto não foi levado adiante.

As iniciativas oficiais já se mostravam presentes desde os primeiros anos após o término da Segunda Guerra – duas resoluções aprovadas pela Assembleia Geral da ONU, em 1946, demonstraram a mobilização da comunidade internacional para a construção de uma *justiça internacional*: a Resolução nº 3 (1), de 13 de fevereiro, que reconhecia a definição dos crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade estatuída no Estatuto de Nuremberg; e a Resolução nº 95, de 11 de dezembro, que confirmava os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Tribunal de Nuremberg.

Dois anos mais tarde, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovaria dois importantes instrumentos de proteção dos direitos do homem: a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio aprovada pela Resolução nº 260 A (III), em 9 de dezembro, que prevê, em seu artigo 6º, a criação de um Tribunal Penal Internacional; e a Declaração dos Direitos do Homem, aprovada pela Resolução nº 217 A (III), em 10 de dezembro.

---

<sup>234</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Derecho Penal Internacional*. Proyecto de Código Penal Internacional; trad. José L. de la Cuesta Arzamendi. Madrid: Tecnos, 1984, p. 87.

No entanto, o impulso de concretização da justiça internacional esbarrava nas circunstâncias políticas surgidas com o fim da Segunda Guerra. Somente depois de meio século desde a primeira proposta de Código Internacional e dos conflitos étnicos ocorridos nos territórios da antiga Iugoslávia e Ruanda, é que foi possível concretizar o Estatuto de Roma. Estes aspectos serão, doravante, analisados.

## **4.2 De Nuremberg a Haia: prelúdios de uma nova ordem penal internacional**

### 4.2.1 O projeto de Código de Crimes contra a paz e segurança da humanidade

Após as observações já descritas sobre o Tribunal de Nuremberg, importa voltar, neste momento, à análise dos principais passos no processo de constituição de um Tribunal Penal Internacional permanente pós-segundo conflito mundial.

Com a Resolução nº 177 (III), de 21 de novembro de 1947, a Assembleia Geral das Nações Unidas incumbiu a Comissão de Direito Internacional, além de outras tarefas, de elaborar um projeto de Código Penal, chamado “Draft Code of Offences against the Peace and Security of the Mankind” e também apresentar um estatuto de Tribunal Penal Internacional<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> Foi nomeado como Relator JEAN SPIROPOULOS. A comissão tinha um membro brasileiro: Gilberto Amaro. A primeira versão continha quatro extensos artigos. Sobre o desenvolvimento desse projeto, consultar: BLANC ALTEMIR, Antonio. *La violación de los derechos humanos...Op. cit.*, p. 31 e ss.

Depois de reiterados adiamentos, o projeto final foi apresentado no ano de 1954 pela Comissão Internacional de Direito<sup>236</sup>. Contendo quatro artigos, o projeto de Código silenciava sobre as penalidades; por essa razão, HUET e KOERING-JOULIN afirmam que não foi, verdadeiramente, um projeto de Código Penal<sup>237</sup>.

Costuma-se justificar o insucesso com a afirmação de que a Assembleia Geral, em 4 de dezembro de 1954, por meio da Resolução 897, (IX), adiará sua aprovação, sob o pretexto de que o conceito de agressão<sup>238</sup>, não contido no projeto, era questão a ser decidida antes da aprovação do projeto de Código<sup>239</sup>.

Embora essa explicação seja ordinariamente aduzida, não parece a mais adequada ou, ao menos, a mais convincente; conforme já assentado, a não institucionalização de um Tribunal Penal permanente tem relação direta com o cenário geopolítico e o clima de instabilidade internacional que imperava à época. Por esta razão, a justificativa mais coerente para o fracasso do projeto se alinha com o momento político vivido no pós-guerra, em que se iniciava a política global bipolar, de modo que o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional não era encarado com bons olhos. A solução para justificar essa divergência política, ideológica e econômica foi, mais uma vez, jurídica.

Após sucessivos e injustificados adiamentos de discussões sobre a definição de agressão, fato que reforça a tese de que o problema da institucionalização do tribunal penal

---

<sup>236</sup> O texto do projeto encontra-se no Anexo B. Para análise dos comentários e proposições sobre o projeto, ver *Yearbook of the international Law Commission*, 1954. New York: United Nations, 1960, vol. II, p. 112 e ss.

<sup>237</sup> HUET, Andre; KOERING-JOULIN, Renée. *Droit pénal...Op. cit.*, p. 44.

<sup>238</sup> Conforme já informado, a ideia de considerar crime a agressão vem desde o Pacto Briant-Kellog, que era, justamente, um pacto de não agressão.

<sup>239</sup> Resolution 897 (IX) Draft Code of Offences against the Peace and Security of the Mankind. The General Assembly, *Considering* that the draft Code of offences against the Peace and Security of the Mankind, as formulated in chapter III of the report of the International Criminal Law Commission on the work of its sixth sessions, raised problems closely related to that of the definition of aggression, *Considering* that by its Resolution 895 (IX) of 4 December 1954, the General Assembly decided to entrust to a Special Committee of a nineteen Member States the task of preparing and submitting to the General Assembly at its eleventh session a detailed report on the question of defining aggression and a draft definition of aggression, *Decides* to postpone further consideration of the draft Code of Offences against the Peace and Security of the Mankind until the special committee on the question of defining aggression has submitted its report”.

era político, e não dogmático, em 14 de dezembro de 1974, vinte anos depois da apresentação do projeto de código, a definição foi aprovada pela Resolução nº 3314 (XXXIX)<sup>240</sup>.

Esses longos anos de espera tiveram como consequência o enfraquecimento do processo de criação de um Tribunal Penal Internacional. Some-se, a isto, o desfavorável e fragmentado clima político internacional gerado pelo fim da Segunda Guerra. Efetivamente, a bipolarização do mundo impedia o avanço de qualquer discussão – favorável ou não – para o estabelecimento de um Tribunal com competência superestatal<sup>241</sup>. Não é demais recordar que, diante, mais uma vez, da não criação de uma Corte Penal Internacional, um grande número de crimes violou todos os preceitos de respeito aos membros da família humana. Como bem esclarece GUEIROS,

Durante este período, ocorreram tantos outros crimes contra a humanidade, como, v.g., a morte de milhões de pessoas nos conflitos do Camboja, do Vietnã e países vizinhos; os expurgos da China comunista; os ataques contra populações civis por ocasião da libertação das ex-colônias africanas; o uso de armas químicas na guerra entre Irã e o Iraque; o terrorismo no Oriente Médio; as perseguições, mortes e desaparecimento de milhares de indivíduos pelas ditaduras latino-americanas; a política do apartheid dos governantes da África do Sul; tudo à revelia de um efetivo julgamento de seus principais responsáveis, que, o mais das vezes, sofriam condenações simbólicas por tribunais “fantoques” ou os dissabores de um exílio impune após a saída do poder, como ocorreu, p. ex., com Jean Bedel Bokassa e Idi Amim Dada<sup>242</sup>.

#### 4.2.2 Os impulsos da década de 1990

<sup>240</sup> A definição vem no anexo da resolução: Article I. *Aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in this Definition.*

Explanatory note: In this Definition the term "State": (a) Is used without prejudice to questions of recognition or to whether a State is a Member of the United Nations; (b) Includes the concept of a "group of States" where appropriate.

<sup>241</sup> Segundo BASSIOUNI “el advenimiento de la guerra fría y el sentimiento de desconfianza que provenía de la gran divergencia entre las ideologías dominantes en los países más importantes del mundo hizo que estos intentos fueran abandonados.” Op. cit., p. 15. No mesmo sentido AMATI, COSTI e FRONZA destacam “Sucessivamente, il clima politico Internazionale prevalente negli anni '60, '70 e '80 rese difficile compiere dei progressi in tale direzione.” *Introduzione al Diritto penal...* Op.cit., p. 19.

<sup>242</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *O Tribunal Penal Internacional e a proteção aos direitos humanos : Uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do Direito Internacional da Pessoa Humana.* In: Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, Ano III, n.12, jul./set., 2004.

Apenas no fim dos anos 80 e início da década de 90, do século XX, é que as discussões sobre o estabelecimento de uma justiça universal alcançariam uma repentina e inesperada aceleração. Após anos de inação, a convergência de dois fatores, quais sejam o clima político favorável e os graves crimes praticados nos territórios da antiga Iugoslávia e em Ruanda, permitiram o surgimento de numerosas manifestações internacionais dirigidas ao estabelecimento de uma Corte Penal Internacional permanente.

No ano de 1989, durante discussão na Assembleia Geral da ONU sobre o tráfico internacional de drogas e outras atividades criminosas internacionais, o governo de Trinidad e Tobago propôs a criação de mecanismos internacionais para combater tais crimes<sup>243</sup>. Então, a Assembleia Geral da ONU incumbiu a Comissão de Direito Internacional de estudar a questão da criação de uma Corte de Justiça Penal Internacional ou algum outro mecanismo jurisdicional penal de caráter internacional com competência para processar as pessoas acusadas de terem cometido infrações eventualmente previstas em um código e as pessoas acusadas de tráfico internacional de drogas.

A Assembleia Geral, em 1991, pela Resolução 46/54, destacando a necessidade do desenvolvimento progressivo do direito internacional e de sua codificação, expressou sua avaliação sobre os trabalhos do Comitê Internacional, determinando que a comissão prosseguisse com os trabalhos sobre a criação de um código de crimes contra a paz e segurança da humanidade.

Em 1992, por meio da Resolução 37/43, a Assembleia pediu aos governos que apresentassem observações e comentários sobre o projeto da Comissão de Direito Internacional. Insatisfeita, a Assembleia, pela Resolução 48/31 de 1993, solicitou que a Comissão continuasse seu trabalho na elaboração do Código e que os Estados, no mais tardar

---

<sup>243</sup> Resolução A.G 44/89

até o dia 15 de fevereiro de 1994, apresentassem suas observações a respeito do projeto de estatuto de Tribunal Penal Internacional.

Por meio da Resolução nº 50/46, a Assembleia Geral das Nações Unidas resolveu criar um grupo de trabalho, aberto aos Estados membros das Nações Unidas, intitulado “Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court”. A ideia era que esse comitê de trabalho pudesse preparar um texto consolidado para a criação de um Tribunal Penal Internacional a ser submetido aos Estados em uma conferência de plenipotenciários.

Em 1996, a Comissão de Direito Internacional aprovou<sup>244</sup> o texto definitivo do projeto, que continha vinte artigos distribuídos duas partes: a primeira com as regras gerais (arts. 1-15)<sup>245</sup> e a segunda, que previa os crimes contra a paz e contra a humanidade (arts. 16-20)<sup>246</sup>. O projeto, no entanto, não fixava nenhum tipo de pena, contentando-se com a previsão, no art. 3º, de que a punição seria proporcional às características e aos danos causados pelo crime.

A comissão declarou que caberia à Assembleia Geral decidir pela melhor forma de aprovação do projeto, a que garantisse sua mais ampla aceitação, e, entre essas formas, estava a convenção plenipotenciária. Assim, com o objetivo de ultimar as discussões para o estabelecimento de uma justiça universal e aprovar o estatuto para o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, a Assembleia Geral da ONU, pela Resolução nº 51/207 de 17 de

---

<sup>244</sup> O projeto foi aprovado pela Comissão com a seguinte observação: “with a view to reaching consensus, the Commission has considerably reduced the scope of the Code. On first reading in 1991, the draft Code comprised a list of 12 categories of crimes. Some members have expressed their regrets at the reduced scope of coverage of the Code. The Commission acted in response to the interest of adoption of the Code and of obtaining support by Governments. It is understood that the inclusion of certain crimes in the Code does not affect the status of other crimes under international law, and that the adoption of the Code does not in any way preclude the further development of this important area of law.”

<sup>245</sup> Continha as seguintes disposições: Scope and application of the Code (article 1), individual responsibility (article 2), punishment (article 3), responsibility of States (article 4), order of a Government or a superior (article 5), responsibility of the superior (article 6), official position and responsibility (article 7), establishment of jurisdiction (article 8), obligation to extradite or prosecute (article 9), extradition of alleged offenders (article 10), judicial guarantees (article 11), non bis in idem (article 12), non-retroactivity (article 13), defences (article 14), and extenuating circumstances (article 15)

<sup>246</sup> Previa o rol dos seguintes crimes: Aggression (article 16), genocide (article 17), crimes against humanity (article 18), crimes against United Nations and associated personnel (article 19), and war crimes (article 20).

dezembro 1996, decidiu determinar a conferência diplomática de plenipotenciários para 1998. Na mesma resolução, ficou estabelecido que o Comitê Preparatório se encontraria em 1997 e 1998 para delinear o texto que seria submetido à conferência.

O Comitê Preparatório se reuniu, pela última vez, entre 16 de março e 3 abril de 1998, quando completou a preparação do projeto de estatuto do Tribunal Penal Internacional que, mais tarde, em 17 de julho de 1998, em Roma, finalmente, seria submetido à conferência.

Para a precisa compreensão do moroso processo histórico de *institucionalização* da justiça penal universal permanente, é preciso interromper, neste ponto, esse desenvolvimento, para que se trata, resumidamente, o surgimento de dois tribunais *ad hoc* fundamentais e de inegável influência para a internacionalização da jurisdição penal: o tribunal para a antiga Iugoslávia e o tribunal para Ruanda.

### **4.3 Significado dos Tribunais *ad hoc* para justiça penal internacional: antiga Iugoslávia e Ruanda**

#### 4.3.1 Aproximações

A década de 90 do século passado foi testemunha de acontecimentos paradigmáticos no contexto da segurança internacional, uma “era dos extremos”, como sugere HOBBSAWM. As intervenções de dois tribunais *ad hoc*, primeiro para a antiga Iugoslávia e depois para Ruanda, como consequência de sistemáticas violações aos Direitos Humanos, comoveram a



opinião pública internacional e foram, portanto, imprescindíveis para se compreender a necessidade de um Tribunal Penal permanente.

Embora tenha havido alguma resistência da comunidade internacional, a criação desse tribunal encontrou legitimidade no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Além de ser o único órgão da ONU capaz de impor obrigações aos Estados, a Carta atribui ao Conselho de Segurança a responsabilidade pela manutenção da paz e da segurança internacionais. De acordo com o art. 39 o Conselho de Segurança

[...] determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais<sup>247</sup>.

O Secretário Geral à época, BOUTRUS GHALI, assinalou que esse tipo de Tribunal deveria ser criado por tratado. No entanto, essa exigência, traria duas desvantagens: *a)* lentidão no processo de celebração do tratado; *b)* ineficácia, pois não poderia obrigar os Estados a ratificá-lo. Assim, diante da urgência da situação, a criação de um tribunal como órgão subsidiário do Conselho de Segurança foi a melhor solução<sup>248</sup>. Ao lado destas justificativas, é preciso pôr acento nisso: não há na Carta das Nações Unidas nenhuma disposição expressa que autorize a criação de um órgão com atribuições de natureza judicial, de modo que a sua criação baseou-se em um contorno jurídico favorecido, em grande medida, pela amplitude e porosidade dos termos jurídicos previstos no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

---

<sup>247</sup> Ao lado do uso da força, também existe a possibilidade de imposição de “embargos” econômicos e políticos. Conferir arts. 39 e seguintes.

<sup>248</sup> “Diferentemente, a via convencional impõe um largo período de negociações que, uma vez concluídas, dão passo a um novo e longo processo de ratificações, do qual depende a entrada em vigor do instrumento”. MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização...Op. cit.*, p. 101-102.

#### 4.3.2 Tribunal para a antiga Iugoslávia

Os problemas étnicos no território da antiga Iugoslávia foram acirrados durante a Segunda Guerra Mundial, quando nazistas e croatas se uniram para executar sérvios.

A antiga Iugoslávia surgiu, ao fim da Segunda Guerra Mundial, como um Estado baseado no princípio democrático e federal, formada pela união dos territórios da Eslovênia, Croácia, Bósnia-Herzegovina, Montenegro, Sérvia, Macedônia e pelas províncias de Kosovo e Voivodina.

Após a morte do general Tito em 1980, artífice da união daqueles territórios e principal responsável pela manutenção da paz entre eles, antigas divergências étnicas ressurgiram, desencadeando uma série de conflitos<sup>249</sup>, fomentados, também, pelo cenário geopolítico do final da década de 1980, o término da Guerra Fria, a queda do muro de Berlim e a dissolução do Pacto de Varsóvia. Ainda no fim dessa década, houve um período de crise política e econômica na ex-Iugoslávia, e as repúblicas da Eslovênia e da Croácia começaram a iniciar o movimento de independência do resto do país, fato que impediu o processo de reestruturação e unificação da antiga Iugoslávia.

Em 1991 a Croácia e a Eslovênia se declararam independentes, e isto teve como consequência o desencadeamento de uma série de conflitos internos motivados pela oposição dos sérvios que residiam na Croácia. A situação fica potencializada quando, em março de 1992, a Bósnia-Herzegovina também declara sua autonomia. A independência desses três países foi consolidada em 1992, quando eles se tornaram membros das Nações Unidas.

---

<sup>249</sup> Para uma cronologia da guerra nos territórios da ex-Iugoslávia, ver ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo. *Tribunal penal internacional... Op. cit.*, p. 54 e ss.

Então, a partir de 1992, a ONU recebeu notícias de que estaria ocorrendo “*depuração étnica*”<sup>250</sup> no território da antiga Iugoslávia, notadamente por parte das forças sérvias na Bósnia. Consequência: 2,2 milhões de pessoas se deslocando para países da Europa. Foi considerada a maior crise de refugiados desde a Segunda Guerra Mundial.

Nesse crítico contexto de conflito interno, mas de efeitos internacionais, a ONU, através do Conselho de Segurança, por meio da Resolução nº 780, enviou uma comissão para avaliar as informações sobre violação às Convenções de Genebra e outras infrações ao Direito Internacional Humanitário. A comissão emitiu o relatório em fevereiro de 1993, concluindo, entre outras coisas, que havia indícios de diversos crimes: depuração étnica, matança em massa, tortura, destruição de bens culturais e religiosos, recomendando, inclusive, a instalação de um tribunal *ad hoc*.

Paralelamente a essa comissão da ONU, um comitê de juristas, formado pelo governo francês, igualmente, recomendou ao Conselho de Segurança da ONU a criação de um Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia.

Finalmente, pela Resolução nº 808/93 e Resolução nº 827/93, sob a afirmação de que o conflito na ex-Iugoslávia representava uma ameaça para a paz e segurança internacional, foi criado o tribunal *ad hoc*, com sede em Haia, para julgar os crimes cometidos naquele território<sup>251</sup>. Estabelecia-se, assim, um “Tribunal Internacional tendo por única função acusar as pessoas responsáveis por violações graves das leis humanitárias internacionais cometidas no território da ex-Iugoslávia.”<sup>252</sup> Em incríveis cinco meses, a partir da decisão de criação tomada por BOUTROS GHALI, nasceu o tribunal para a antiga Iugoslávia, algo que até aquele momento parecia pouco provável, principalmente em se tratando de justiça penal internacional.

---

<sup>250</sup> Eliminação de um grupo étnico por membros de outro grupo étnico que controlam um determinado território.

<sup>251</sup> Ver HUET, Andre; KOERING-JOULIN, Renée. *Droit pénal international*. 3.ed. PUF: Paris, 2005, p. 28-31 e 41-43; AMATI, Enrico; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela. *Introduzion...Op. cit.*, p. 12-16; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *O Tribunal Penal...Op. cit.*, p. 86-103.

<sup>252</sup> Art. 2º da resolução nº 827.

#### 4.3.2.1 O julgamento de Goran Jesilic

Alguns casos julgados pelo Tribunal foram de extrema relevância para o desenvolvimento da dogmática do Direito Penal Internacional e para a elaboração do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Entre esses, merece destaque o caso de Goran Jesilic.

Nascido em 7 de junho de 1968 em Bijeljina, onde trabalhou como mecânico de maquinário agrícola até o dia 1º de maio de 1992, Goran Jesilic assumiu o cargo de comandante do campo de concentração Luka, em Brcko, cidade localizada na República da Bósnia-Herzegovina e, à época, habitada por sérvios, bósnios e croatas, alguns dos quais professavam a religião islâmica. Esta cidade espelhava, pois, toda a antiga Iugoslávia, por reunir diversas etnias sob um mesmo governo.

Em 30 de abril de 1992, um dia antes da chegada de Goran Jesilic à cidade, forças sérvias entraram em conflito com os croatas e muçulmanos. Com a destruição de duas pontes, a cidade ficou dividida em três setores, um dos quais era exclusivo dos sérvios. Soldados sérvios queimaram diversas casas e separaram os croatas e muçulmanos, transportando-os para campos de concentração.

Ao chegar à cidade, Jesilic assumiu o cargo de comandante do campo de concentração de Luka e dizia abertamente que sua missão era “matar muçulmanos” e se autointitulava o “Adolfo” sérvio, em clara alusão a Adolf Hitler. Até julho de 1992, aproximadamente, Goran Jesilic efetivamente participou de diversos homicídios e torturas contra muçulmanos e croatas, vindo mais tarde a ser acusado por diversos crimes contra a humanidade e crime de genocídio.

Na acusação movida em face de Jesilic, consta no item 1 (“*count 1*”) que, em maio de 1992, ele, com a intenção de destruir uma parte substancial e significativa de muçulmanos

bósnios como um grupo nacional, étnico e religioso, matou sistematicamente diversos detentos muçulmanos na Laser Bus Co., na delegacia de Brcko e no campo de Luka.

Como era de se esperar, uma das objeções alegadas durante o julgamento foi a suposta violação ao princípio da legalidade. Os julgadores, num primeiro momento, se depararam com uma dificuldade quanto à definição típica do crime de genocídio e à ausência de anterioridade desta definição aos atos em julgamento, o que, segundo as normas gerais do Direito Penal, violariam o princípio do *nullum crimen sine lege*.

Mas, conforme já se antecipou, esta questão não era nova, pois já no Tribunal de Nuremberg foi levantada pelos acusados nazistas, oportunidade em que os então juízes afirmaram que o princípio da legalidade não era um mero limite à soberania estatal, consoante os ensinamentos clássicos, mas um princípio maior de justiça, razão pela qual não poderia ser invocado pelos acusados para se livrarem da condenação pelas atrocidades que haviam cometido.

Para solucionar a questão, os juízes de Goran Jesilic tiveram que recorrer ao histórico do crime de genocídio e ao tratamento a ele dispensado. Os juízes dispunham da definição legal do estatuto que criou o Tribunal, que preconizava, no artigo 4º, que deveria se considerar genocídio quando houvesse, aliado à intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, a prática de determinadas ações, como homicídio de membros do grupo, causação de sérios danos físicos ou mentais a membros do grupo e outros ali estabelecidos.

Mas o simples fato de o estatuto prever a definição de genocídio, isto, por si só, não solucionava o problema do *nullum crimen sine lege*, apesar de os julgadores verificarem que o estatuto havia copiado a redação da Convenção de 1948.

Para contornar o problema, os julgadores lançaram mão da Convenção de Viena, de 1969, que delineava como se deveriam interpretar os tratados internacionais, afirmando que

eles teriam que ser entendidos no contexto e que se deveria atentar para os fins por eles pretendidos. Assim, consideraram que as disposições da Convenção de 1948 formavam um direito costumeiro internacional. Além disso, buscaram apoio em uma decisão da Corte Internacional de Justiça de 1951, entendendo que tais normas gozavam de imperatividade no ordenamento internacional, alçadas à condição de *jus cogens*, tendo em vista que o genocídio envolvia a negação da existência de determinados grupos e que chocava a consciência de humanidade, contrariando, pois, o espírito e os objetivos da ONU.

Na esteira deste entendimento, qual seja, de que o princípio da legalidade adquiria certa peculiaridade no âmbito do Direito Penal Internacional, cabendo o recurso aos costumes internacionais, o Tribunal ainda buscou outras fontes a fim de demonstrar o costume internacional quanto à matéria. Assim, além da Convenção de 1948, é citado na decisão o julgamento de Eichmann. Desse modo foi possível superar as aparentes limitações impostas pelo princípio da legalidade.

#### 4.3.3 O Tribunal para Ruanda

O quarto tribunal *ad hoc* criado, após Nuremberg e Tóquio e de vital importância para a consolidação de uma jurisdição penal internacional permanente, foi o *Tribunal para Ruanda*.

Não há dúvida de que o continente africano possui uma grande diversidade de identidade, manifestada pelas vertentes éticas e religiosas. O problema agrava-se, especialmente, em virtude de fatores étnicos cristalizados por vínculos de sangue, raça, língua, religião, costumes etc. Estes fatores entram em tensão quando há uma crise de “governabilidade”, situação que ocorreu efetivamente em Ruanda.

O país obteve sua independência em 1962, com população formada basicamente por duas etnias: os hutus, que constituíam oitenta por cento da população, e os tutsis, que alcançavam dezesseis por cento.

Em 1990 se instalaram conflitos internos entre as Forças do Governo Ruandês (hutu) e a Frente Patriótica Ruandesa (*FPR*), comandada pelos tutsis. Ao contrário do quanto se possa imaginar, a relação conflitual entre as duas etnias e a disputa pelo poder político na região são bem antigas. Segundo notícia a literatura, os *hutus* ocupam a região desde 500 a.C, ao passo que os *tutsis* lá chegaram por volta do ano 1400.

Apesar das tentativas de acordos de paz, em 1994, o avião do presidente de Ruanda, Juvenal Habyamirana – no poder desde 1973 –, foi abatido quando voltava de uma jornada de conversa sobre acordos de paz. Embora as circunstâncias e a autoria desse ato sejam desconhecidas, ele desencadeou uma série de hostilidades tribais, estendendo-se por todo o território ruandense, assumindo proporção de genocídio e com graves dimensões políticas e étnicas. Pelas estimativas, a população ruandesa reduziu-se de 7,9 milhões para 5 milhões, das quais quase um milhão de vítimas fatais e o restante se refugiando em países vizinhos, em sua maioria membros da minoria *tutsi*.

Frente a esse fato, o Conselho de Segurança da ONU, sob o mesmo fundamento da criação do tribunal para a antiga Iugoslávia, interpretou que os acontecimentos em Ruanda, além de constituírem crimes internacionais, representavam ameaça à paz e à segurança internacionais. Assim, em 1994, tomando como base uma série de informes e testemunhos, em particular o informe de *experts* da Comissão de Direitos Humanos da ONU, o Conselho de Segurança adotou a Resolução 955, mediante a qual se estabeleceu o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, com sede em Arshua, na Tanzânia, cujo objetivo era contribuir para o processo de reconciliação nacional e para a manutenção da paz na região<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> HUET, Andre; KOERING-JOULIN, Renée. Op. cit., p. 31-32 e 41-43; AMATI, Enrico; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela. Op. cit., p. 12-16; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. Op. cit., p. 104-108.

O tribunal *ad hoc* tinha competência para conhecer e julgar os casos de pessoas presumivelmente responsáveis por graves violações ao Direito Internacional Humanitário, cometidas no território de Ruanda, entre 1.º de janeiro e 31 de dezembro de 1994 (art. 1.º do Estatuto).

Ponto interessante, que diferencia esse tribunal daquele estabelecido para a antiga Iugoslávia, é o fato de o próprio governo ruandês ter requisitado sua instalação. Há quem considere que essa mobilização se deu porque, como o grupo responsável pelo genocídio fora derrotado, o governo quis provocar o isolamento político de seus predecessores. Ao que parece, o vitimizado se transformou em “vitimizador”<sup>254</sup>.

A par desta discussão, pela primeira vez após a Segunda Guerra Mundial, um Tribunal Penal Internacional pronunciou uma sentença condenatória por genocídio. Jean-Paul Akayesu, entre outros, foi considerado culpado por atos de violação sexual, tortura e uma série de assassinatos qualificados como genocídio e crimes contra a humanidade. Com apelação rejeitada em 1º de junho de 2001, foi mantida a condenação de prisão perpétua<sup>255</sup>.

O genocídio em Ruanda e nos territórios da antiga Iugoslávia reforçaram a consciência dos chefes de Estado de que as violações sistemáticas aos Direitos Humanos, ainda que cometidas dentro da base territorial de um Estado, constituem condutas que se convertem em causa de quebra da paz e segurança internacionais<sup>256</sup>.

Assim é que os reflexos de esperança em um futuro de respeito aos direitos mais inerentes à família humana se unem ao legado do recente passado desses tribunais. Não por outra razão, embora limitados no tempo e espaço, o surgimento dessas duas Cortes *ad hoc* e a

---

<sup>254</sup> Termo utilizado por ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo. *O Estrangeiro: um menos tolerado*. (Controle e reação social no Brasil). In: Eguzkilore. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminologia. San Sebastian, n. 7 extraordinário, 1994, p. 98.

<sup>255</sup> Jean-Paul Akayesu foi condenado em 02 de outubro de 1998, alguns meses após a aprovação do Estatuto de Roma (Caso n.º: ICTR - 96 - 4 - T).

<sup>256</sup> Há mais de um século ALBERDI já defendia esta “*ingerência humanitária*”: “Así, cuando uno o muchos individuos de un Estado son atropellados en sus derechos internacionales, es decir, de miembros de la sociedad de la humanidad, aunque sea por el gobierno de su país, ellos pueden, invocando el derecho internacional, pedir al mundo que lo haga respetar en sus personas, aunque sea contra el gobierno de su país.” BAUTISTA ALBERDI, Juan. *El crimen de La guerra, [s.d]*, Capítulo X, item I.



convergência dos esforços da comunidade internacional promoveram uma acentuada aceleração para a criação da jurisdição penal internacional, culminando, finalmente, em 17 de julho de 1998, na cidade de Roma, com a aprovação do estatuto que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

#### 4.4 Algumas considerações sobre o Estatuto de Roma

Sem dúvida, a aprovação do Estatuto de Roma representou a concretização da internacionalização do Direito Penal, inaugurando a *terceira fase* do Direito Penal Internacional. A existência de um órgão internacional permanente, legitimado e legalmente instituído, representou, consoante já assentado, “a fase de transição da justiça de exceção para a institucionalização da justiça penal internacional permanente”.

A importância histórica evidencia-se não apenas pela ampliação dos instrumentos de proteção dos Direitos Humanos, senão também – e principalmente – pela sua *legitimidade internacional*. Participaram da convenção 160 países, observadores de 31 instituições e órgãos internacionais e 133 Organizações Internacionais Não Governamentais (ONGs). Votaram a favor do Estatuto cento e vinte países – a pedido dos Estados Unidos, por voto secreto –, vinte e uma abstenções, e apenas sete contra, entre eles China e Estados Unidos<sup>257</sup>. Curiosamente, o fato de esses dois países não incorporarem o Estatuto ao seu ordenamento interno deixa mais da metade da população do mundo fora da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

---

<sup>257</sup> Também votaram contra: Vietnã, Israel, Índia, Catar e Bahrein. Vale ressaltar que não basta a mera aprovação do Estatuto para que ele possa produzir seus efeitos, é necessário o depósito do instrumento de ratificação. Os Estados Unidos assinaram o tratado no último dia do governo CLINTON. Mas o governo BUSH não o ratificou.

A inequívoca legitimidade internacional do Estatuto demonstra que a comunidade internacional não está disposta a tolerar as graves ofensas do direito internacional, por isso pode-se dizer que o principal objetivo do Tribunal Penal Internacional é a repressão e punição dos responsáveis pela prática dos crimes que ofendem os direitos mais fundamentais à preservação da família humana.

Essa preocupação com a não tolerância aos crimes mais graves e a importância de um tribunal permanente independente vem estampada no preâmbulo do 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 pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes, [...]  
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,<sup>258</sup>

Pode-se dizer que o Estatuto de Roma é analítico, ou seja, seu texto traz enunciados normativos atinentes a diversas matérias; tem, pois, conteúdo material, processual e administrativo. Relativamente extenso, o texto encontra-se estruturado em 13 capítulos e 128 artigos, que, entre outras disposições, atribuem ao Tribunal competência para processar e julgar, “complementarmente”, quatro crimes: genocídio (art. 5º, n. 1, “a”); crimes contra a humanidade (art. 5º, n. 1, “b”), crimes de guerra (art. 5º, n. 1, “c”) e agressão (art. 5º, n. 1,

---

<sup>258</sup>Destacados alguns trechos do preâmbulo. Para consultar o texto integral em português: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). O Brasil assinou o Estatuto em 07 de fevereiro de 2000; foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 112, de 06 de junho de 2002, depositou seu instrumento de ratificação em 20 de junho de 2002 e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

“d”). Porém, em virtude da dificuldade de definição e consenso, o crime de agressão não foi regulamentado<sup>259</sup>.

Apenas no que se refere à competência material do Tribunal Penal Internacional, imprescindível um parêntese. O motivo pelo qual se delimitou quais crimes deveriam integrar o Estatuto de Roma e quais ficariam fora de sua competência não se relaciona com a natureza do crime, mas, sim, com o consenso internacional. Explico.

O Estatuto de Roma não é uma codificação substantiva de crimes a exemplo do Código Penal. Não objetiva definir crimes, mas apenas determinar quais estão sob competência da Corte. Assim, se um crime não está previsto no rol do art. 5.º do Estatuto de Roma, isto não quer dizer que ele não seja um crime internacional, apenas que não está sob jurisdição do Tribunal. O Estatuto de Roma, portanto, apenas cristalizou um núcleo mínimo de crimes internacionais próprios (*core crimes*), ou seja, crimes de repetição obrigatória nas leis de implementação dos Estados Partes. Outros crimes internacionais podem ser qualificados como tais, no entanto estarão sujeitos à jurisdição interna do país que tipificou a conduta, mas não ao Tribunal Penal Internacional. O próprio Estatuto de Roma, no capítulo referente aos princípios gerais de Direito Penal, estabelece “O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto” (art. 22, n.º 3).

De mais a mais, o motivo pelo qual apenas crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão se incluíram na competência do Tribunal está muito relacionado com a participação dos EUA na elaboração do Estatuto. É indubitosa a sua importância no processo de elaboração, seja pela sua força diplomática seja pela intenção dos outros Estados para que eles se submetessem à jurisdição da Corte.

---

<sup>259</sup> A tipificação foi objeto de discussão na conferência de revisão realizada em Kampala, Uganda, entre os dias 31 de maio e 11 de junho de 2010.

Pelo que se relata, a preocupação norte-americana centrava-se na determinação de conteúdo referente aos crimes de guerra. Queria-se muita precisão quanto a esse tipo de crime para que não se processassem militares americanos, a menos que os próprios Estados Unidos considerassem o ato como crime de guerra. Outros crimes restaram excluídos do Estatuto a pedido dos EUA, porquanto eles não queriam compartilhar informações de inteligência com outros países como, por exemplo, nos crimes de tráfico internacional de drogas e terrorismo.

Após este breve esclarecimento, voltemos à análise descritiva do conteúdo do Estatuto de Roma. O Capítulo III traz a previsão dos princípios gerais de Direito Penal: *Nullum crimen sine lege* (art.22); *Nulla poena sine lege* (art.23); Não retroatividade *ratione personae* (art. 24); Responsabilidade Criminal Individual (art. 25); Exclusão da Jurisdição Relativamente a Menores de 18 anos (art. 26); Irrelevância da Qualidade Oficial (art. 27); Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos (art. 28); Imprescritibilidade (art. 29); Elementos Psicológicos (art. 30); Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal (art. 31); Erro de Fato ou Erro de Direito (art. 32); Decisão Hierárquica e Disposições Legais (art. 33).

O Capítulo IV trata da composição e da organização do tribunal com normas referentes, essencialmente, aos órgãos do Tribunal: presidência; seção de recursos; procuradoria e secretaria.

O inquérito e o procedimento criminal vêm previstos no Capítulo V: Abertura do Inquérito (art.53); Funções e Poderes do Procurador em Matéria de Inquérito (art. 54); Direitos das Pessoas no Decurso do Inquérito (art. 55); Intervenção do Juízo de Instrução em Caso de Oportunidade Única de Proceder a um Inquérito (art. 56); Funções e Poderes do Juízo de Instrução (art. 57); Mandado de Detenção e Notificação para Comparecimento do Juízo de Instrução (art. 58); Procedimento de Detenção no Estado da Detenção (art. 59); Início da Fase Instrutória (art. 60); Apreciação da Acusação Antes do Julgamento (art. 61).

As normas atinentes ao julgamento, tais como: local do julgamento; procedimento em caso de confissão; direitos do acusado; proteção às vítimas; prova, vêm previstas no Capítulo VI.

Os Capítulos VII e VIII tratam, respectivamente, das penas e do fundo em favor das vítimas e do recurso e da revisão. Em linhas gerais, em relação às penas, estabelece o Estatuto a pena de prisão por no máximo trinta anos, prisão perpétua, pena e multa e perda de produtos, bens obtidos, direta ou indiretamente, com proveito do crime. Quanto à prisão perpétua, existe a possibilidade de revisão da pena após o decurso de vinte e cinco anos.

O Capítulo IX trata da cooperação penal internacional. A execução penal vem prevista a partir do Capítulo X. No último Capítulo, XIII, vem a determinação da Conferência de Revisão ao fim de sete anos da entrada em vigor do Estatuto (art. 123, n.1).

Essas são, em linhas gerais e apenas a título descritivo, as principais normas previstas no Estatuto. A simples leitura de algumas delas, como a previsão de prisão perpétua, já é suficiente para perceber o porquê das acirradas discussões, em âmbito nacional, sobre a compatibilidade do Estatuto de Roma com a Constituição Federal. No âmbito do direito interno, uma das principais críticas feitas ao Estatuto de Roma é sua “incompatibilidade” com o princípio da legalidade penal.

Ao que parece, muitas dessas críticas são fruto da leitura equivocada da natureza do Direito Penal Internacional; resistência infundada, pois vinculada a princípios do Direito Penal liberal que se não são suficientes, por si sós, para inviabilizar a efetividade da Corte Internacional. Evidentemente, em razão de o Direito Penal Internacional ser um direito híbrido, estes princípios não podem ser-lhes aplicados sem as devidas correções dogmáticas. Por esta razão, adiante, será analisado, à luz do Direito Penal Internacional, o princípio da legalidade.

#### 4.5 Leitura do princípio da legalidade penal no Direito Penal Internacional<sup>260</sup>

A maior crítica feita aos tribunais *ad hoc* de Nuremberg e de Tóquio é em relação ao desrespeito ao princípio da reserva legal<sup>261</sup>. Registre-se, novamente, que a doutrina se divide entre aqueles que negam a violação desse princípio e aqueles que, admitindo, justificam-na<sup>262</sup>. Estas mesmas críticas são, agora, direcionadas ao Estatuto de Roma.

Vários são os obstáculos que se levantam contra a implementação do Estatuto de Roma no ordenamento interno, tais como imprescritibilidade dos crimes e previsão da pena de prisão perpétua. Como não há espaço para discutir cada um deles, só se fará referência aos

<sup>260</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira*. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 199-222; BAHIA, Saulo José Casali. *Problemas Constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: o caso brasileiro*. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 281-292; Para uma síntese das dificuldades para implementação do Estatuto de Roma no Brasil, ver MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (*et al.*); *Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma*. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan. (org.) *Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional: contribuições da América Latina e Alemanha*. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 82-109; GIL GIL, Alicia. *Derecho penal...Op. cit.*, p. 66-82.

<sup>261</sup> Sobre essa crítica, vale trazer a ponderação de GRAVEN: “Pero es erroneo el querer aplicar el principio a los dominion en que el derecho no este fijado, bien porque se encuentre en plena formacion, como en el Derecho internacional ; bien porque tenga una base consuetudinaria y judicial, como en la practica anglosajona; es decir, alli donde no exista *Codigo* de los delitos y de las penas, previsto con criterio limitativo. A causa de no haber tenido esto en cuenta, es por to que el proceso de Nuremberg há sido criticado tan vivamente por to que respecta a la persecucion del «crimen contra la paz» y especialmente por la ausencia de una regla represiva anterior que to previese y que amenazase con una sancion. Nosotros to hemos indicado desde 1946, en una discusión en la «Hora Universitaria» en la radio de Ginebra : «La aplicación automatica y sin discriminacion del principio de la legalidad en materia internacional vuelve a cambiar totalmente su sentido. No tiene ya como fin el de asegurar el reinado del Derecho y la proteccion de los inocentes contra a las condenas injustificadas. – que es a lo que tiende la regla – , sino el de poner el Derecho en evidencia y el de sustraer a los culpables a las condenas justificadas». Este es igualmente el parecer del profesor Pella en su autorizada obra sobre (La guerre-crime et les criminels de guerre), y el del profesor Donnedieu de Vabres en su curso de 1948 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya 2º: (La maxima nulla poena sine lege no es mas que el coronamiento de una legislacion desarrollada, codificada y llegada a su estado de fijeza, ya que el Derecho penal interestatal es todavia un Derecho consuetudinario, no escrito, en via de formacion y al que se trata de definir y de codificar.” GRAVEN, Jean. *Los principios de la legalidad, de la analogia y de la interpretacion y su aplicacion en el Derecho penal suizo*; trad. Joaquin de Aguilera y Gamoeda. Anuário de Derecho penal y Ciências penales. Tomo III, fascículo I, 1950, p. 16-17.

<sup>262</sup> GIL GIL, Alicia. *Derecho penal...Op. cit.*, p. 66 e ss.

fundamentos do princípio da legalidade, já que só é possível estabelecer a justeza das críticas após conhecer o seu fundamento.

A doutrina deriva do princípio da legalidade quatro mandados: *lex certa*, *lex praevia*, *lex scripta e lex stricta*<sup>263</sup>. O primeiro postulado, dirigido ao legislador, determina que se devem redigir os tipos penais de modo claro e preciso transmitindo ao destinatário, da melhor forma possível, a mensagem do comando normativo. O mandato da lei prévia exige que apenas se pode aplicar uma pena se já houver uma cominação anterior. Por sua vez, a lei escrita exige que apenas a lei formal possa ser a fonte jurídica para fundamentar e aplicar a pena, excluindo a possibilidade de socorro ao direito consuetudinário. Por fim, a lei estrita se traduz na proibição da analogia. Pois bem.

Evidentemente todos esses quatro postulados foram forjados em um contexto histórico e político completamente distante do atual. A descrição do princípio da legalidade nos termos acima coincide com uma concepção de Direito Penal – denominada de clássica –, que exige, de forma intransigente, que a ingerência do Estado tenha lugar mediante uma lei prévia, certa, estrita e escrita. Esta concepção de limitação do poder punitivo foi se consolidando ao longo dos tempos (a partir do século XVIII) de tal modo que hoje domina as posições doutrinárias e jurisprudenciais nos países de tradição jurídica romanista.

No entanto, ao que parece, autores pouco familiarizados com questões internacionais interpretam o princípio da legalidade de forma acrítica, especialmente no que se refere ao seu significado e extensão para o Direito Penal Internacional. O desvio mais significativo consiste em interpretá-lo fora da contextualização histórica, o que é um inegável equívoco, porquanto não se pode perder de vista que a análise de qualquer princípio ou texto deve, necessariamente, iniciar pela apreciação dos motivos que impulsinoram sua formulação e, a partir daí, receber as devidas correções históricas para que, comparando com as condições

---

<sup>263</sup> Para todos, ver BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Himmurabi, 1999, p. 44-45.

naturais em que se desenvolveu a sua concepção, possa atribuir-lhe um significado atualizado. Somente assim será possível adaptar a legalidade penal às novas condições sociais.

De início, cumpre ressaltar, mais uma vez, que o Estatuto de Roma traz previsão específica de três das quatro vertentes do princípio: *Nullum crimen sine lege* (art.22); *Nulla poena sine lege* (art.23) e não retroatividade *ratione personae* (art. 24). Quanto à pena, o Estatuto não traz o preceito secundário de cada crime, apenas faz uma previsão genérica no artigo 77<sup>264</sup>. Pois bem.

LYRA já indicava que as maiores dificuldades do que ele chamava Direito Internacional Penal seriam, entre outras, a legalidade e a anterioridade da norma<sup>265</sup>, mas, em que pese à inexistência de previsão do preceito secundário em cada um dos crimes previstos no artigo 5º do Estatuto, isto, por si só, não é suficiente para que se reconheça qualquer incompatibilidade com a Constituição da República.

A origem do princípio da legalidade é controvertida, havendo quem sustente a existência de antecedentes no Direito Romano, na Grécia Antiga e no Direito Canônico<sup>266</sup>. Abandonando essas referências mais longínquas, merecem destaque dois importantes documentos: a Magna Carta (1215) e a Constitutio Criminalis Carolina de Carlos V (1532).

Embora a Magna Carta<sup>267</sup> de 1215 seja, recorrentemente, mencionada como principal instrumento formal de reconhecimento da noção genérica do princípio da legalidade<sup>268</sup>, a afirmação merece algumas ponderações.

---

<sup>264</sup> “Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas: a) **pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos [...]**.”

<sup>265</sup> LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Kofino, 1977, p. 13.

<sup>266</sup> Sobre o surgimento histórico, ver HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p.25 e ss, t. I, vol. I; YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2002, p. 232 e ss; CERESO MIR, José. *Derecho penal...Op. cit.*, p. 241 e ss.

<sup>267</sup> Sobre o sistema do *common Law*: FÉRNANDEZ ALBOR, Agustín. *Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos*. In: Anuário de Derecho penal y Ciencias penales. Tomo XIX, fascículo I, 1966, p. 51 e ss.

<sup>268</sup> Entre outros: SOLER afirma: “La enunciación moderna del dogma *nullum crimen nulla poena sine lege*. si bien en contacto con las fuentes romanas, a través de los estatutos, proviene de la Carta Magna (1215) y de Farinaccio[...]” SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. 10.º reimp. Buenos Aires: tea, 1992, p. 135-135;



Deveras, em seu art. 39, a Magna Carta consagrava, especificamente, que nenhum homem poderia ser preso, salvo em decorrência de um julgamento justo ou pelas leis da terra. No entanto, o significado político-histórico dado ao princípio naquele momento era outro. Com precisão, YACOBUCCI observa que o objetivo político-jurídico da noção de legalidade na Magna Carta “refiere primordialmente a una cuestión de orden procesal, encuanto requiere la existencia de una actividad jurisdiccional previa -legal- como fuente de la medida restrictiva de los derechos individuales”<sup>269</sup>.

No mesmo sentido, ZAFFARONI esclarece que o princípio da legalidade não poderia estar contido na Carta Magna, pois ele era incompatível com o sistema da *common law*<sup>270</sup>. Essa afirmação também merece ser recebida com certa reserva.

Em que pese à possibilidade de os tribunais “criarem” delitos, esse *poder* não é ilimitado. O juiz está estritamente ligado aos *casos* anteriores, de forma que, mesmo sem legalidade penal expressa, a segurança jurídica é garantida pelos precedentes<sup>271</sup>, como bem destaca GRAVEN:

---

FONTAN BALESTRA: Este principio haila su origen en las concesiones hechas por el rey JUAN SIN TIERRA a los nobles de Inglaterra en la Carta Magna de 1215, según la cual ningún hombre libre podía ser constituido en prisión, desterrado, exterminado o de alguna manera destruido, sino por el legal juicio de sus pares según la ley de la tierra.” FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal. Introducción y parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 104; BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal...Op. cit.*, p. 111.

<sup>269</sup> Op. cit., p. 251. No mesmo sentido MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Julio Cesar Faria Editor, 2003, p. 126. Contra, VASSALLI afirma que deve ser reconhecida a disposição do art. 39 da Magna Carta, um alcance maior que o de “simple significado processual, no sentido de que ninguém pode ser julgado senão pelo juízo natural de seus pares, porque é imanente nela a exigência de que os poderes do rei em matéria penal sejam claramente circunscritos a fim de que a lei e não o arbítrio soberano possa ser respeitada como decisiva”. Citado por BETTIOL, Giuseppe. Op. cit., p. 111-112.

<sup>270</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. *Tratado de Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Eida, 1998, p. 132-133, t. I.

<sup>271</sup> Conforme GRAVEN “En el sistema anglosajon el juez no dispone en ningun caso de un poder arbitrario. Esta ligado, y estrictamente ligado, por los precedentes judiciales, los «casos», «obligatorios para cada elemento de la infraccion», como ensena Stephen, si no estuviese ya ligado por un principio restrictivo general. Pero puede interpretar libremente los estatutos criminales, como lo ha demostrado Marc Ancel en un estudio muy citado sobre (La regle nulla poena sine lege dans les legislations modernes). Un cierto numero de delitos son incluso creacion jurisprudencial. El juez penal conserva, por to tanto, un cierto poder autonomo de represion, el derecho esta en cierto modo creado por él (*Judge made*), dentro del cuadro general y de los limites indicados.” GRAVEN, Jean. Op. cit., p. 14 (destaque no original). Em sentido próximo FÉRNANDEZ ALBOR esclarece que “La ausencia de Codigos en el Derecho ingles, asi comp la falta de una norms express, nos situan ante el problems del principio de legalidad, las penis y el arbitria judicial en este sistenia . Su técnica legislative y la practice judicial va hemos visto que se diferencian de la de los sistemas romanistas. Con frecuencia la ley se limita a decir que un hecho constituye felony o misdemeanor y son los jueces, em quienes se deposita una enorme confianza, quienes hen de decidir con tiny discrecionalidad grande cuando no existe el precedente. Esta

En el Derecho anglosajón, que es ante todo de formación consuetudinaria (*common law*), la *letra* de la ley, el texto legislativo, como en Derecho civil, constituye solo en parte la base de la sentencia del juez; las normas no escritas y los principios de la «justicia natural», de la «equidad» le guían a menudo. «El Derecho escrito es simplemente declarativo de un Derecho no escrito mucho más amplio», Derecho consuetudinario y Derecho natural, fundado sobre las nociones universales de justicia, sobre los principios Morales comunes a todas las naciones respetuosas con la ley moral<sup>272</sup>.

Tampoco parece correto citar a *Constitutio Criminalis Carolina*, de Carlos V (1532), como instrumento consagrador del principio de legalidad. Como afirma WELZEL, el ordenamiento penal de Carlos V vinculó al juez a la ley, pero permitió, con cierta cautela, la “punição extralegal” (analogía)<sup>273</sup>. Segundo WELZEL, el diploma alemán establece que, habiendo lagunas en las leyes “se debe resolver por analogía con el derecho imperial; sin embargo, el juez debe consultar la corte superior o la autoridad y cuando es la autoridad quien demanda, la facultad de derecho más cercana (arts. 104, 105 y 2 19)<sup>274</sup>”.

Por esto, para ROXIN, la legalidad fue prevista por primera vez en 1776, en algunas constituciones de los estados americanos de Virginia y Maryland<sup>275</sup>. Después, en el Código Penal Austríaco de José II (1787)<sup>276</sup>, en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y de

confianza en el juez ha llevado a algunos autores a negar al sistema penal inglés su pertenencia al principio de legalidad, si bien, a juicio de otros, esta libertad de imputación de los jueces es más aparente que efectiva y en la práctica el *case system*. es más estricto que el sistema romanista, opinión en la que se basa Ancel para asegurar que este sistema se mantiene en la línea del principio de legalidad sin seguir el sistema clásico adoptado por el sistema romanista.” Op. cit., p. 54 (sin destaque).

<sup>272</sup> GRAVEN, Jean. Op. cit., p.13 (destaque no original).

<sup>273</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal*; trad, Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 27. No mesmo sentido ROXIN: “La *Constitutio Criminalis Carolina*, o *Peinliche Gerichtsordnung* (Ordenanza de los Tribunales Penales) del emperador Carlos V, de 1532, que regía el Derecho penal común alemán, si bien remite en sus arts. 104 y 105 fundamentalmente al Derecho positivo, encomienda la clase y medida de las penas a la “buena costumbre” y al juez y permite también la aplicación analógica del Derecho positivo a “casos penales innominados”; además reconoce otras múltiples fuentes del Derecho, por todo lo cual no ofrecía ninguna garantía frente a los castigos extralegales”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...Op. cit.*, p. 141, nº 12; HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 29.

<sup>274</sup> Op. cit., p. 16. No mesmo sentido MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 126. JIMENÉZ DE ASUA aponta que o princípio foi consagrado na Declaração dos direitos do homem da Filadélfia, em 1774. Op. cit., p. 98.

<sup>275</sup> Em posição contrária STEFANI, LEVASSEUR e BOULOC para quem o princípio foi declarado pela primeira vez no art. 5º da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão de 1789. STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BOULOC, Bernard. *Droit pénal général*. 13.ed. Paris: Dalloz, 1987, p.159, n. 116. CERZO MIR adverte que o princípio aparece na Declaração da Filadélfia de 1774. Op. cit., p. 243.

<sup>276</sup> Para HUNGRIA, na Ordenança penal austríaca de José II, por influência de BECCARIA, houve a primeira formulação, em termos nítidos, do princípio de legalidade no direito penal. Op. cit., p. 33.

Cidadão (1789)<sup>277</sup> e, pouco depois, no “Preußisches Allgemeines Landrecht” (Direito geral do território prussiano) de 1794<sup>278</sup>. A partir daí, o princípio se distribuiu em diversas legislações, encontrando no Código Bávaro de 1813 sua fórmula mais conhecida.

A fórmula prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão teve especial influência no Código Penal Francês de 1810<sup>279</sup>. Recolhendo a previsão da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, o artigo 4º do código, que serviu de modelo para diversos códigos daquele século, previa que nenhuma contravenção, delito ou crime poderiam ser punidos com pena se não tiverem sido previstos pela lei antes de seu cometimento<sup>280</sup>.

Estes antecedentes históricos de vinculação do juiz à lei adquiriram, com o movimento iluminista no século XVIII, um especial impulso. Até aquele momento, o Direito Penal, marcado pelo *ancien régime*, era caracterizado pelo arbítrio das penas, delito-pecado, concentração de poder, arbítrio judicial, desigualdade na lei e, principalmente, pela *insegurança jurídica*. O movimento iluminista criou o ambiente necessário para inaugurar a ruptura das particularidades do antigo regime, produzindo uma mudança substancial no sistema penal, a qual permanece até os dias atuais.

O sistema penal da ilustração, entre outras características, foi marcado pela secularização do Direito Penal, humanização da pena, clareza, caráter escrito da lei penal e, notadamente, limitação de poder punitivo mediante a legalidade penal. As investigações do

---

<sup>277</sup> “Art. 8.º La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.” Conforme BETTIOL, “em todos os códigos penais europeus, originados da fermentação de idéias que levaram à revolução de 1789, foi estatuído o princípio da legalidade.” Op. cit., p. 112. No mesmo sentido, ver CEREZO MIR, José. Op. cit., p. 243.

<sup>278</sup> Op. cit., p. 142, n.14.

<sup>279</sup> “La influencia política de la Revolución francesa en Europa tiene repercusión en el Derecho penal. Holanda, el Reino de Nápoles, Suiza, etc., siguen el sistema penal francés. También, por razones políticas, permanecen al margen de la influencia francesa otros países. Austria sustituyó el Código de 1787, de José I, por el de 1803”. FÉRNANDEZ ALBOR, Agustín. *Aportación al estudio...* Op. cit., p. 46.

<sup>280</sup> “Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis”. STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BOULOC, Bernard. Op. cit., p. 160.

século XVIII, sob a influência do naturalismo e do humanitarismo racional, com a atuação de MONTESQUIEU, VOLTAIRE E BECCARIA, foram imprescindíveis para o desenvolvimento e consolidação deste modelo de sistema penal. MONTESQUIEU defendia um Direito Penal fundado na legalidade, responsabilidade e retribuição; BECCARIA, de forma genérica, reclamava uma reforma nas instituições penais.

Assim, o princípio da legalidade só assume o significado de limite ao poder punitivo nos documentos posteriores à ilustração. Com a obra *Dos delitos e das penas*, em 1764, BECCARIA já enunciava a dimensão política do princípio, mas, apenas com os aportes de FEUERBACH, o princípio da legalidade penal assume um cariz científico (ou fundamentação jurídico-penal), aparecendo a fórmula latina que persiste até os dias atuais: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Sem dúvida, um importante ponto de partida para a correta compreensão do princípio da legalidade é a sua conexão com a teoria da coação psicológica de FEUERBACH. Com efeito, para o autor alemão, para que a pena produza o efeito de coagir psicologicamente, de ameaça, faz-se necessário que ela (a pena) e o delito estejam claramente previstos, pois, para que o cidadão possa se sentir ameaçado, ele deve saber o que está cominado e como será punido. É preciso a previsão legal para que o destinatário da ameaça compreenda o comando normativo, assim “I) *El objetivo de la comminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas [...]*<sup>281</sup>”. Logo, é fácil concluir que a legalidade fundamenta a teoria da coação psicológica; sem ela (legalidade), a teoria da prevenção de FEUERBACH seria estéril.

Portanto, no contexto histórico em que nasceu a formulação do princípio da legalidade, ele não servia como obstáculo à punição, mas, sim, conforme defende NAUCKE,

---

<sup>281</sup> FEUERBACH, P. J. Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*; traducción al castellano de la 14ª ed. alemana por Egugênio Raul Zaffaroni y Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 54, § 16, p. 53 (sem destaque).

como reforço de uma política criminal preventivo-geral<sup>282</sup>. Por esta razão, salvo melhor juízo, a legalidade, em sua dimensão jurídica, nasce ligada à ideia de contramotivação, e não, senão secundariamente, uma garantia do delinquente.

Dessa forma, questionar a constitucionalidade do Estatuto de Roma, a pretexto de um retorno às bases liberais do Direito Penal e do princípio da legalidade penal, é equivocado e ucrônico. É preciso frisar: FEUERBACH preocupou-se com segurança jurídica. Isso não significa que sua formulação não tenha um conteúdo de garantia, mas apenas que esse conteúdo não é primordial, quando muito, como já dito, poderá ser considerado secundário.

Questionar a legalidade no Estatuto de Roma representa uma ingênua postura de atribuir ao princípio uma extensão e rigor que escapam à dimensão jurídica original. Se se levar ao pé da letra a concepção clássica, tal como interpretada por um setor doutrinário, os crimes culposos, os tipos com elementos normativos, as normas penais em branco, os tipos abertos e os tipos mal redigidos devem ser retirados do ordenamento. Ainda nesse ponto, vale lembrar, por exemplo, que, em diversos crimes previstos na legislação eleitoral, não há previsão de limite mínimo de pena e, mesmo assim, a doutrina não questiona a violação da legalidade<sup>283</sup>.

Defender postura diversa é adotar uma concepção isolacionista do direito, esquecendo-se que, na conferência de plenipotenciários, como o nome sugere, houve a participação de cento e sessenta países, com envolvimento de diversos sistemas e tradições jurídicas: romanistas, *common law*, germanistas. Em razão dessa grande diversidade de

---

<sup>282</sup> Referência em SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992, p. 252.

<sup>283</sup> Art. 289. Inscrever-se fraudulentamente eleitor: *Pena - Reclusão até cinco anos* e pagamento de cinco a 15 dias-multa; Art. 298. Prender ou deter eleitor, membro de mesa receptora, fiscal, delegado de partido ou candidato, com violação do disposto no Art. 236: *Pena - Reclusão até quatro anos*; Art. 307. Fornecer ao eleitor cédula oficial já assinalada ou por qualquer forma marcada: *Pena - reclusão até cinco anos*.

sistemas, inevitável o desenlaçamento de transigências recíprocas e a adoção de um *consenso possível e funcional*<sup>284</sup>.

Por isso mesmo, tradições jurídicas diferentes não significam impossibilidade de adaptação ou intransigência normativa e principiológica, ao revés, há possibilidade de influências recíprocas que ajudem a sistematizar um modelo de justiça compatível com todos os sistemas jurídicos e que atuem em favor de uma proposta político-criminal internacional orientada à preservação dos Direitos Humanos. Como bem pontua ESCARAMEIA<sup>285</sup>:

Se considerarmos que, mesmo em nível nacional, constitui uma empresa assinalável elaborar um Código Penal, um Código de Processo Penal e uma lei Orgânica de um tribunal superior[...], pode vislumbrar-se um pouco a energia e intensidade de trabalho que foi colocada no Estatuto de Roma.

Desse modo, em que pese ao princípio da legalidade penal ser uma garantia irrenunciável no Estado de Direito (dimensão política), não parece ser juridicamente correto transplantar para a realidade penal internacional, sem qualquer *correção*, sua formulação tradicional. A globalização, como fenômeno social, político, cultural e jurídico impõe a releitura de alguns princípios que, muitas vezes, são tratados como dogmas. Por certo a realidade dos séculos XVIII e XIX é bem diferente da realidade atual, e a atitude de dar a mesma interpretação ao princípio da legalidade penal em momentos históricos distintos é tão ingênua quanto equivocada.

Por outro lado, não se pode perder de vista que o Direito Penal Internacional é uma disciplina híbrida, ou seja, formada pelo amálgama do Direito Penal e do Direito Internacional. Isso implica, necessariamente, que se respeitem as categorias jurídicas próprias da disciplina, pois, do contrário, estar-se-ia inviabilizando o pleno desenvolvimento de seus institutos.

---

<sup>284</sup> Segundo ESCARAMEIA, os pontos fundamentais e mais difíceis de negociar foram: *a)* O da escolha e definição dos crimes sobre os quais o Tribunal tem competência; *b)* Mecanismos pelos quais uma ação pode ser intentada perante o Tribunal; *c)* A questão da complementaridade; *d)* O papel do procurador; *e)* O papel do conselho de segurança da ONU. ESCARAMEIA, Paula. *Prelúdios de uma nova ordem mundial: o Tribunal Penal Internacional*, p. 100-101. In: *Direito Penal Internacional para a proteção dos direitos humanos*. Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Goethe-Institut de Lisboa. Lisboa: Fim do Século, 2003.

<sup>285</sup> *Idem*, p. 108 (sem grifos no original).

Não bastassem esses argumentos, o próprio Estatuto de Roma, como já antecipado, consagra o princípio da legalidade dos delitos e das penas. A descrição prevista no Estatuto tem importante papel de garantia político-criminal, na medida em que é expresso em relação àqueles princípios. É o que se depreende à altura do art. 22.1: “Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do tribunal”.

De outro lado, também consagra o princípio da legalidade das penas internacionais, estabelecendo, no art. 23: “Qualquer pessoa condenada pelo tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente estatuto.” Não bastassem estas garantias, o Estatuto ainda prevê, no art. 80, a não interferência no regime de aplicação de pena do direito interno de cada país. Destaca esse dispositivo: “Nada no presente capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas neste capítulo.”

O Estatuto prevê, ainda, a garantia da taxatividade, ou seja, proíbe a analogia *in malam partem*: “A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada (art. 22.2).”

Consagra, de outro lado, os princípios da irretroatividade da lei penal e da retroatividade da lei mais benéfica, respectivamente: “Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente estatuto” (art. 24.1); “Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada”. (art. 24.2)<sup>286</sup>.

---

<sup>286</sup> Por fim, ainda no sentido de garantir ao máximo a extensão da legalidade, o Estatuto traz no artigo 21 o direito aplicável pelo Tribunal.

Finalmente, fica evidente que, ao elencar e definir os crimes de sua competência material – genocídio (art. 6º); crimes contra a humanidade (art. 7º); e crimes de guerra (art. 8º) –, o Estatuto deu uma demonstração inequívoca de respeito ao princípio da taxatividade em matéria de crimes internacionais.

Uma vez que o Direito Penal Internacional não pode nem deve ser compreendido em desarmonia com os fins que persegue, parece evidente que a interpretação do princípio da legalidade também deva adequar-se aos seus fundamentos. Desse modo, a aparente inconciliabilidade entre legalidade e Direito Penal Internacional só se justifica se o interpretarmos em termos estritamente clássicos, por isso mesmo faz-se plausível e aconselhável priorizar uma fundamentação que não conduza aos extremismos tão caros ao classicismo penal, evitando-se os inconvenientes que apresentam uma tradicional leitura do princípio. Disto se infere não haver vulneração ao princípio quando o núcleo do injusto se encontra delimitado pelo tipo penal e quando a determinação da pena permite uma margem de apreciação. Salvo melhor juízo, esta é a (re)leitura da legalidade penal no âmbito do Direito Penal Internacional, máxime quando os crimes previstos no Estatuto de Roma vulneram bens jurídico-penais reconhecidos internacionalmente.

Portanto, a objeção de que o Estatuto de Roma violaria o princípio da legalidade é, no mínimo, insustentável, seja do ponto de vista jurídico, político-criminal seja histórico. O que importa, em verdade, não é a consagração do princípio em uma absolutidade intransigente, mas que a atmosfera de sua aplicação seja dirigida à inadmissibilidade de imprecisões e incertezas. O Estatuto de Roma é, justamente, a antítese da incerteza, pois, pela primeira vez, reúne, em um documento reconhecido internacionalmente, enunciados e penas para os crimes de consenso internacional.



#### 4.6 A implementação do Estatuto de Roma: uma perspectiva do Direito Estrangeiro

Tema tão relevante quanto a ratificação do Estatuto de Roma é o processo de sua implementação nos ordenamentos internos. Embora o estatuto do tribunal tenha sido ratificado por mais de cem países, vários deles ainda não adequaram seu ordenamento interno às disposições nele contidas.

A ratificação do Estatuto implica, sem dúvida, uma assunção de responsabilidade do Estado na esfera internacional e demonstra o compromisso internacional para com o modelo de política criminal de persecução contra os crimes mais graves ao gênero humano. O fato é que, no entanto, o Estatuto não prevê em nenhum de seus dispositivos obrigatoriedade de adaptação ao direito interno dos Estados signatários tampouco qualquer consequência para a impontualidade nesse processo adaptação. Apesar disso, em razão de alguns dispositivos previstos encartados, como a obrigação de cooperação (art. 86 e ss) e princípio da complementaridade (art. 17), alguns autores defendem a existência de uma obrigação fática ou necessidade político-criminal de adaptação<sup>287</sup>.

Como pondera AMBOS, não é possível cooperar com o Tribunal Penal Internacional sem contar com normas adequadas e, por outro lado, o princípio da complementaridade supõe que o Estado onde se comete um crime internacional tenha vontade e capacidade para puni-lo criminalmente, o que também exige uma normatividade suficiente para alcançar este fim<sup>288</sup>.

De exigências fáticas e, em certa medida, à luz de exigências jurídicas, no que se refere à implementação, segundo AMBOS, os Estados têm a opção entre *implementação*

---

<sup>287</sup> SATZGER, Helmut. *Das neue Völkerstrafgesetzbuch - Eine kritische Würdigung*, Neue Zeitschrift für Strafrecht 22 (2002), p.127. Referência em ALDONEY RAMÍREZ, Rodrigo. *Alemania*. In: La Corte penal Internacional. Revista Penal. Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla, n.14, 2004, p. 209.

<sup>288</sup> AMBOS, Kai. *La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania*, p. 25. In: AMBOS Kai e MALARINO Ezequiel (dir.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales em América Latina y España*, Konrad-Adenauer- Stiftung A.C., Montevideo, 2003.

*restrita* ou *implementação completa*<sup>289</sup>. Aquela é efetivada por medidas destinadas, por exemplo, à introdução de normas procedimentais necessárias à cooperação, e esta remete-se à totalidade do Estatuto e codifica determinadas partes no direito nacional (*modelo de codificação*).

Por essas razões, é conveniente abordar, ainda que brevemente, dois modelos de implementação: o da Alemanha e o do Uruguai.

#### 4.6.1 Alemanha

A Alemanha foi um dos países que participaram ativa e decisivamente das discussões e elaboração do Estatuto de Roma, por isso não surpreende o fato de ter adotado o modelo de implementação total com codificação, ajustando o seu ordenamento interno ao Código Penal Internacional<sup>290</sup>. Chama a atenção o fato de o “Völkerstrafgesetzbuch” (*VStGB*) ter entrado em vigor um dia antes do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Segundo exposição de motivos, o Código tem, entre outros, os objetivos de “favorecer a través de estandarizaciones en una regulación unificada la claridad jurídica y la manejabilidad en la práctica” e “favorecer el Derecho internacional humanitario y contribuir a su expansión mediante la elaboración de una regulación nacional oportuna<sup>291</sup>”.

A Alemanha adotou o modelo de codificação, o que significa que houve, também, alteração na legislação interna do país. Conforme anota ALDONEY, o processo de reforma na

---

<sup>289</sup> AMBOS, Kai. *La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania*. In: AMBOS Kai; MALARINO Ezequiel e WOISCHNIK, Jan (dir.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*: contribuciones de America Latina y Alemania, Konrad-Adenauer- Stiftung A.C., Montevideo, 2005, p. 19.

<sup>290</sup> Na elaboração do projeto participaram: Kai Ambos, Horst Fischer, Claus Kreß; Thomas Weidend, Andreas Zimmermann e Gerhard Werle.

<sup>291</sup> Versão da exposição de motivos publicada em AMBOS Kai; MALARINO Ezequiel e WOISCHNIK, Jan (dir.). Op. cit., p. 527 e ss.

Alemanha se dividiu em três passos: uma etapa constitucional, que modifica o artigo 16, 2, 1 da Constituição alemã (*Grundgesetz* – GG), excepcionando-o, porquanto este dispositivo constitucional proíbe extradição de cidadão alemão; por outro na lei de introdução ao Código Penal e, finalmente na lei de execução do Estatuto de Roma<sup>292</sup>.

O VStGB está dividido em duas partes. Na primeira, encontram-se as regras gerais, tais como: âmbito de aplicação, aplicabilidade do Código Penal, responsabilidade dos oficiais militares e imprescritibilidade. Na segunda parte, artigos 5º a 8º, encontram-se codificados crime de genocídio (§6º), crime contra a humanidade (§7º) e crime de guerra (§8º-12). Por fim, na terceira seção, tem-se a previsão de outros fatos puníveis (violação do dever de vigilância e omissão de notificação de fato punível – §13).

No que se refere à análise da primeira parte do VStGB, o §1º adapta a jurisdição penal alemã no caso de delitos internacionais a um sistema internacional de justiça criminal, priorizando, inicialmente, a competência dos países onde se produziu o fato (princípio da territorialidade); do autor ou vítima do crime (personalidade ativa e passiva); em seguida, a competência do Tribunal e, em último caso, outros tribunais internacionais; e, em terceiro lugar, a competência de terceiros países com base no princípio da jurisdição universal<sup>293</sup>.

Neste ponto, à luz do artigo mencionado, há que se fazer uma precisão conceitual no que se refere à classificação das infrações penais. De início, pode-se fixar a premissa de que as infrações penais são classificadas segundo critérios de política criminal. Em outros termos, leva em consideração dois fatores: a gravidade das condutas praticadas e o bem jurídico-penal violado. Isso conduz à afirmação de que não há distinção ontológica entre crime, delito e contravenção, mas apenas sistematização por motivos de política criminal.

Ao contrário de outros sistemas jurídicos, a exemplo daquele regulado no Código Penal Francês de 1810, o Brasil, tal como acontece na Itália e em Portugal, optou, quanto à

---

<sup>292</sup> ALDONEY RAMÍREZ, Rodrigo. *Alemania. In: La Corte penal Internacional*. Revista Penal. Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla, n.14, 2004, p.211-212, nota. 5.

<sup>293</sup> AMBOS, KAI. Op. cit., p. 22.

classificação das infrações, pelo critério dicotômico ou bipartido, ou seja, não faz distinção entre crime e delito. Por outro lado, há países que adotam a divisão tripartida<sup>294</sup>, diferenciando a categorização de determinado fato como crime, delito e contravenção, dependendo do grau de ofensividade ao bem jurídico.

O Direito Penal alemão faz distinção entre crime e delito. Crime (*Verbrechen*), segundo §12 do StGB, são atos ameaçados com pena mínima não inferior a um ano. Para o genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra (§6-12), adotou-se, inequivocamente, o princípio da jurisdição universal, ou seja, há competência da justiça alemã mesmo que o ato tenha sido cometido no exterior e não possua nenhuma relação com o âmbito interno do país<sup>295</sup>; para os delitos (*Vergehen*), vale dizer, aqueles cuja pena é inferior a um ano (§13 e 14), a jurisdição penal alemã se deduz do §3º-7º do StGB.

Ainda na parte geral, aparece como regra básica a aplicabilidade do Direito Penal geral, salvo as hipóteses de atuação sobre ordem, responsabilidade de chefes militares e outros superiores e imprescritibilidade. Disto se infere que há um espaço muito amplo de matérias que permanecem sob a regulamentação do Direito Penal interno. Esse espaço de interferência do direito interno pode gerar alguma perplexidade, notadamente porquanto basear-se-á sua aplicação em uma dogmática bastante diferente daquela existente no âmbito internacional. Não se ignore o fato de que as matrizes jurídicas são absolutamente diferentes e, ademais, o Direito Penal Internacional desponta como um direito embrionário, porém com amplo conteúdo.

Já o §3º estabelece uma causa de exclusão da culpabilidade bastante semelhante àquela prevista no artigo 22 do Código Penal, qual seja: obediência hierárquica à ordem não manifestadamente ilegal. Com efeito, determina o VStGB, há a eximente quando a pessoa cometa qualquer dos crimes previstos no §8º-14 em cumprimento de uma ordem militar ou

---

<sup>294</sup> França, Estados Unidos e Rússia

<sup>295</sup> Em razão disso, não necessitam estes crimes que exista um *ponto de conexão nacional*. Expressão colhida em AMBOS, Kai. Op. cit., 23.

uma disposição de efeito vinculante objetivamente comparável, contanto que o autor não perceba que a ordem ou disposição é antijurídica e esta não seja também não seja manifesta. Mas observe-se que, em virtude de ser evidente a antijuridicidade das ordens de cometer genocídio ou crimes contra humanidade, a teor do quanto prevê o art. 33, “2”, do Estatuto de Roma, tal causa de exclusão aplicar-se-á tão somente aos crimes de guerra.

Em seguida o §4º estabelece o chefe militar ou superior civil<sup>296</sup> como fontes garantidoras da integridade dos bens jurídico-penais protegidos pelo Código. Assim é que o chefe militar ou civil responde como autor do fato praticado pelo subordinado, quando ele sabia do cometimento de um crime descrito pelo Código e não o impediu. Evidentemente que tal imputação só pode existir se o oficial militar ou superior civil tiver consciência de que o fato seria praticado e nada fez para impedir, pois, do contrário, haveria incompatibilidade com o princípio da culpabilidade. Nesta hipótese, o oficial militar ou superior civil pode ser responsabilizado por: 1) Violação do dever de vigilância (§13 do VStGB); 2) Omissão de comunicação de fato punível (§14 VStGB). Atente-se para o fato de que o oficial ou superior não responde pelos crimes praticados por seus subordinados, mas sim por quaisquer destes tipos penais autônomos.

Por outro lado o §5º menciona a imprescritibilidade dos crimes previstos no VStGB. À luz da distinção entre *Verbrechen* e *Vergehen*, se excluem da incidência desse dispositivo os crimes de infração do dever de vigilância e a omissão de comunicação do delito previsto na lei, cometido por um subordinado (§§13 e 14, respectivamente). São imprescritíveis, portanto, crimes contra a humanidade, genocídio e crime de guerra.

---

<sup>296</sup> O inciso 2 equipara a chefe militar ou superior civil aquele que exerça poder de autoridade e controle sobre um grupo armado ou uma organização civil ou empresa.

No que se refere à parte especial, o VStGB incorporou ao direito interno os artigos 6º a 8º do Estatuto de Roma. Neste sentido, a diferença primordial, segundo destaca GEIGER<sup>297</sup>, é a punição como crimes de guerra<sup>298</sup> de determinados modos de atuação, como conflitos armados não internacionais. Vê-se, assim, uma superação da dicotomia conflitos armados internacionais e conflitos não internacionais, de modo que o Código Penal Internacional flexibilizou, corretamente, a ultrapassada interpretação rígida do princípio da soberania. “Como para o direito consuetudinário internacional é reconhecida a punibilidade dos atos nos conflitos armados não-internacionais, o Código Penal Internacional o seguiu. Isto vale principalmente para a punibilidade do uso de métodos e meios de combate proibidos<sup>299</sup>”. Nesta linha, pondera AMBOS que unicamente o §8º, alínea 3, §9º, alínea 2, e §11, alínea 3, preveem tipos penais limitados a conflitos armados internacionais<sup>300</sup>.

Quanto ao crime de genocídio, há, praticamente, uma reprodução da normativa já contida no §220a do StGB, sendo, agora, suficiente para a caracterização do tipo penal *um ataque a uma vítima individual*, superando a antiga discussão sobre a temática, qual seja: se era ou não necessário mais de uma vítima para a consumação do crime<sup>301</sup>. Com efeito, o Código Penal Internacional alemão utiliza as expressões “membro” e “criança”, no singular, razão pela qual *já* existe genocídio mesmo que a ação se dirija unicamente a uma pessoa.

A tipificação dos crimes contra a humanidade é novidade no direito interno alemão. O novo tipo penal baseia-se no artigo 7º do Estatuto de Roma. A ação delituosa consiste na realização de qualquer das condutas previstas no §7º, 1, 1-10, no marco de um ataque sistemático e generalizado à população civil. Por outro lado, há uma regulamentação distinta

---

<sup>297</sup> GEIGER, Hansjörg. *Tribunal Penal Internacional e os aspectos do novo código penal internacional alemão*. In: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da (Org.). *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão*. Porto Alegre: safE, 2004, p. 84.

<sup>298</sup> Conferir WERLE, Gerhard; NERLICH, Volker. *A punibilidade dos crimes de guerra de acordo com o direito alemão*. In: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da (Org.). *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão*. Porto Alegre: safE, 2004, p. 107-120.

<sup>299</sup> *Idem*, p. 99.

<sup>300</sup> *Op. cit.*, p. 32.

<sup>301</sup> Ver FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Genocídio*. *Revista de Direito Penal*, n.9/10, jan/jun 1973, nota 15.

do Estatuto de Roma, eis que não faz diferença entre conflitos armados internacionais e conflitos não internacionais – tendência já apontada pela jurisprudência dos tribunais para a antiga Iugoslávia e Ruanda – e, além disso, tipifica os crimes conforme a natureza do bem jurídico violado (direito de Genebra, §8º; propriedade e outros direitos<sup>302</sup>, §9º; operações humanitárias e emblemas, §10; direito de Haia, §11; meios de condução de guerra §12). De importante significação para esta codificação, foram os Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda e a jurisprudência de cada um deles.

Quanto aos marcos penais (*preceitos secundários*), já ficou assentado que o Estatuto de Roma não fez previsão expressa para cada tipo penal; limitou-se a admitir pena privativa de liberdade até o máximo de trinta anos, perpétua, multa e perda de bens. Já o VStGB, em razão de uma exigência da Lei Fundamental, artigo 103, “2”, comina pena a todos os tipos penais.

#### 4.6.2 Uruguai

O Uruguai cumpriu suas obrigações internacionais quando da assinatura do Estatuto de Roma, eis que concretizou o processo de ratificação e implementação do Estatuto. A ratificação se deu por intermédio da Lei 17.510, 27 de junho de 2002, onde, à altura do seu artigo 3º, ficava estabelecido um prazo de seis meses para a aprovação de uma lei de

---

<sup>302</sup> Atentou-se, neste caso, ao II Protocolo, de 1999, da Convenção para a proteção de bens culturais em caso do conflito armado de 1954.

implementação com o objetivo de estabelecer os procedimentos para assegurar a aplicação do Estatuto<sup>303</sup>.

Em que pese à determinação inicialmente fixada, a implementação se deu mais de quatro anos depois, mediante a aprovação da Lei 18.026, publicada em 4 de outubro de 2006, denominada: “Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad<sup>304</sup>”.

Diferentemente do projeto inicial, menos abrangente, a lei de implementação aprovada se divide em três partes: a primeira estabelece os *princípios gerais*<sup>305</sup> (arts. 1º a 15); a segunda, de natureza material, institui a tipificação dos crimes internacionais (arts. 16 a 30); e a última, de cariz processual, prevê as formas de cooperação e relação com o Tribunal Penal Internacional (arts. 31 a 77).

Como se pode presumir, trata-se de uma legislação, a exemplo do nosso projeto de implementação, analítica, vale dizer, contém aspectos substantivos e processuais, sistematizando em um único texto legal toda a temática. Percebe-se que o Uruguai optou por regulamentar, em uma única lei especial, toda a matéria, ao contrário de outros países, a exemplo do já estudado modelo alemão (codificação parcial), que optou por introduzir modificações no ordenamento jurídico interno, ou, ao revés, como fez a Grã-Bretanha, uma cláusula geral de remissão ao Estatuto de Roma.

A exemplo da implementação alemã, o modelo uruguaio concretiza um positivo avanço em matéria de tipificação de delitos internacionais, já que nos crimes contra a humanidade também tipifica aqueles cometidos como “atos isolados<sup>306</sup>”. Assim, enquanto alguns crimes internacionais apenas podem ser cometidos como parte de um ataque

---

<sup>303</sup> Sobre o processo de implementação, conferir GALAIN PALERMO, Pablo. *Uruguay. In: La Corte penal Internacional. Revista Penal. Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla*, n.14, 2004, p. 247 e ss.

<sup>304</sup> Ver a íntegra em: <http://200.40.229.134/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18026&Anchor>. Acesso em 12 de fevereiro de 2010.

<sup>305</sup> Denominação criticável, pois o capítulo disciplina matérias que não são princípios gerais, tais como âmbito de aplicação da lei e atuação da jurisdição nacional.

<sup>306</sup> Com efeito, o Capítulo 2, Título II é denominado: “Crímenes de Lesa Humanidad – actos aislados”.



sistematizado ou generalizado à população, outros comportamentos, apesar de fatos individuais, podem ser considerados crimes contra a humanidade. Este é o caso, por exemplo, dos delitos de tortura (art. 22) e agressão sexual contra pessoa privada de liberdade (art.24).

Outra alteração digna de nota é aquela introduzida já no artigo 1º da lei de implementação, que modifica o artigo 2º do Código Penal Uruguaio, introduzindo uma nova categoria ao direito interno e classificando as infrações penais em “crimes, delitos e faltas”. À clássica distinção entre delitos e faltas, se agrega a categoria crime, seguindo, conforme anteriormente defendido, um critério de gravidade. Assim, o artigo 1.º estabelece que crimes são ilícitos da competência do TPI e “todos los que por su extrema gravedad se rijan por leyes especiales, por este Código y las normas de derecho internacional en cuanto les sean aplicables”.

Por outro lado, o princípio da complementaridade tem uma derivação indireta, eis que não explícita na lei de implementação. Apesar disso, tem-se defendido que tal princípio encontra-se implícito no artigo 2º, que determina ao governo uruguaio o direito e dever de julgar os atos tipificados segundo o direito internacional.

Outro ponto de bastante relevo é a inexistência de eximentes de responsabilidade. Ao contrário do Estatuto de Roma e do VStGB, a lei uruguaia, à luz de padrões político-criminais mais rígidos, não previu a excludente de culpabilidade de ordem hierárquica superior nem qualquer outra circunstância eximente. O artigo 9º dispara: “No podrá invocarse la orden de un superior, ni la existencia de circunstancias excepcionales (como, por ejemplo, amenaza o estado de guerra, inestabilidad política o cualquier otra emergencia pública real o presunta) como justificación de los crímenes tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de la presente ley”.

Portanto, nem atuar sob obediência hierárquica tampouco em situações excepcionais excluirá a responsabilidade penal do autor de qualquer dos crimes ou delitos previstos na lei.

Sem dúvida, trata-se de uma ruptura com o atual sistema de eximentes consagrada tanto para o direito internacional como para o Direito Penal interno. Isto demonstra, no mínimo, uma postura político-criminal de intolerância para com os autores de *core crimes*, que, do ponto de vista de preservação da humanidade, é louvável.

De se destacar que, sob este aspecto, à luz da técnica jurídica, não há qualquer incompatibilidade do Estatuto de Roma com a lei de implementação do Uruguai. Com efeito, o Estatuto deixou evidente que os Estados têm uma *margem de adaptabilidade* de seu ordenamento interno às normas nele contidas. Isso significa que os Estados podem mover-se dentro dos padrões gerais estabelecidos no Estatuto de Roma, ou seja, criou-se um regramento normativo mínimo de observância obrigatória por parte dos Estados Partes. O que eles não podem dispensar aos crimes internacionais em suas legislações internas é uma *proteção deficiente*, um tratamento jurídico abaixo daqueles padrões previstos no Estatuto de Roma como ampliar as hipóteses de eximentes previstas no Estatuto. Isto significaria um retrocesso em matéria de proteção de Direitos Humanos, algo que é intolerável<sup>307</sup>.

Por fim, no tocante à tipificação, o aspecto mais relevante foi a criação de um direito substancial para os crimes de genocídio, contra a humanidade e crime de guerra, até então inexistente no ordenamento interno uruguaio.

Como se tem mostrado comum nas legislações de implementação, a lei do Uruguai ampliou os elementos dos tipos penais. Com efeito, no que se refere ao crime de genocídio, por exemplo, enquanto o Estatuto de Roma entende por genocídio a prática de atos com

---

<sup>307</sup> Ponderando sobre isto, CAMAÑO VIEIRA obtempera: “Sin embargo, si tomamos en cuenta las garantías del justiciable, el ER establece una protección superior en relación a la ley nacional, pues es evidente que en el ámbito local se impide ejercer una defensa válida (según el ER) que puede desembocar en una exención de responsabilidad (y por tanto, de pena). [...] Dicho de otra manera: si el derecho internacional confiere una protección superior a los derechos de la persona, la legislación interna jamás puede establecer un estándar inferior. Planteadas así las cosas, ningún interés en la efectividad de la persecución penal podría prevalecer sobre los derechos del justiciable (mucho menos cuando el derecho penal contiene un tratamiento más benigno para el imputado). En esta línea de razonamiento, una persona sometida a enjuiciamiento en el Uruguay podría alegar la primacía del ER frente a la ley nacional e invocar válidamente el cumplimiento de órdenes superiores, en aquellos casos en que jurídicamente es posible esgrimir esta defensa.” Para todos os aspectos de implementação no Uruguai, ver CAMAÑO VIERA, Diego. *La implementación del Estatuto de Roma en Uruguay*. AA.VV., Revista de Derecho Penal, n.17, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

intenção de destruir, no todo ou em parte, “um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, o artigo 16 da lei uruguaia acrescenta “razões de gênero, orientação sexual, culturais, sociais, idade, incapacidade ou saúde<sup>308</sup>”.

De mais a mais, a exemplo do Código Penal Internacional alemão, há previsão das consequências jurídicas em cada um dos tipos.

Embora se evidenciem todos estes avanços, por ser uma lei demasiadamente longa e minuciosa, pode haver alguns problemas de aplicabilidade. É o que pode ocorrer quando da aplicação e interpretação dos extensos artigos 4º e 5º, que contêm uma complexa regulamentação sobre a competência para julgamento.

Após esta breve análise, é de se observar que a lei de implementação no Uruguai, a par de todos os problemas que uma legislação tão extensa e minuciosa pode gerar, é louvável. Este predicado se justifica porquanto amplia o âmbito de proteção da norma penal, alcançando condutas que, à luz do Estatuto de Roma, estariam à margem do conteúdo dos tipos penais.

Assim, tanto o Uruguai como a Alemanha cumpriram com os compromissos internacionais assumidos e põem em vigor uma lei que maximiza o âmbito de proteção dos bens jurídico-penais ali consagrados conforme aqui defendido.

---

<sup>308</sup> Este não é o espaço adequado para discutir as implicações práticas que a ampliação do tipo envolve, razão pela qual alheamos esta discussão, remetendo a bibliografia específica sobre genocídio: LAPLAZA, Francisco P. *El delito de genocidio...Op. cit.*, p. 80 e ss; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Genocídio...Op. cit.*, p. 27 e ss.

## **5 PRESENTE E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL: ENTRE QUIMERA E REALIDADE**

### **5.1 Introdução**

O Tribunal Penal Internacional (TPI), atualmente, está exercendo jurisdição sobre quatro países, alguns encaminhados pelos Estados Partes em relação a fatos cometidos por seus nacionais ou ocorridos em seus territórios e um pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas: a República Democrática do Congo, Uganda, África Central e Darfur (Sudão).

Este capítulo objetiva, inicialmente, analisar estas quatro situações submetidas à jurisdição do Tribunal para, à luz desses casos, fazer um breve exame do atual estágio de desenvolvimento e atuação da Corte. Realizados esses cortes temporais, far-se-á breve incursão sobre a efetividade do Tribunal Penal Internacional e sua pretensão de universalidade para, ao final, considerando todas as etapas e informações lançadas no decorrer do texto, refletir sobre as perspectivas concretas e possíveis no que tange à atuação da Corte.

## 5.2 Casos submetidos ao Tribunal Penal Internacional<sup>309</sup>

### 5.2.1 A situação da República Democrática do Congo

O caso congolês foi submetido à jurisdição do Tribunal pelo próprio Estado em 19 de abril de 2004. O promotor abriu investigação em junho de 2004, mas apenas em março de 2006 é que se efetivou a primeira prisão, a de Thomas Lubanga Dyilo. Posteriormente, em 18 de outubro de 2007 e 7 de fevereiro de 2008, foram presos Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui, respectivamente.

Segundo informe da Corte, a decisão relativa ao momento da prisão de Lubanga teve como critério determinante a sua possível colocação em liberdade. Ele encontrava-se preso desde 2005, graças à colaboração dos Estados Partes e das Nações Unidas, em razão da morte de alguns membros da força de manutenção da paz que atuavam no país.

Lubanga é nacional congolês, provável fundador da União Patriótica Congolesa e braço armado das Forças Patrióticas para a Libertação do Congo (FPLC). Segundo relata a acusação inicial, ele teria sido responsável, na condição de chefe da FPLC, pelo recrutamento de crianças menores de quinze anos para participar ativamente de hostilidades, conduta que se ajusta ao artigo 8, 2, “b”, XXVI do ER. Inicialmente, o promotor levou adiante questões relacionadas à preparação da confirmação das acusações, divulgação de provas e participação das vítimas no processo de instrução.

Em que pese às acusações, em 13 de junho de 2008, a I Sala de Primeira Instância determinou a suspensão das atuações porquanto, em clara observância ao contraditório e à

---

<sup>309</sup> As informações contidas nesta seção foram descritas, essencialmente, com base nos informes emitidos pelo Tribunal Penal Internacional, quais sejam: ICC-ASP/5/15; A/63/323 e A/64/356.

ampla defesa, considerou não haver possibilidade de um juízo justo, já que a promotoria não houvera informado à defesa sobre um grande volume de provas produzidas pela acusação.

Em razão dessa suspensão das atividades, a Sala ordenou a liberação de Lubanga, mas houve apelação por parte da promotoria, que conseguiu, na Sala de Apelações, a suspensão dos efeitos da decisão que concedia liberdade a Lubanga. Esta discussão sobre o sigilo das provas produzidas persistiu até outubro de 2008, quando a Sala de Apelações considerou que a Corte não poderia determinar a divulgação das informações obtidas pela promotoria sem o consentimento da parte que as forneceu. Após meses de consulta às vítimas e divulgação lenta das provas produzidas, em novembro de 2008, decidiu-se dar prosseguimento às acusações.

Uma das principais preocupações no caso Lubanga foi a proteção das testemunhas: dezenove delas foram incluídas no sistema de proteção da Corte; entre estas, oito prestaram declarações com medidas protetivas: distorção da voz e expressão facial, pseudônimos e audiências privadas.

O que se pode extrair da atuação do TPI neste caso, basicamente, são dois problemas: um de ordem material ou substancial e outro de natureza processual. No atinente à questão substancial, “o caso dos meninos soldados<sup>310</sup>” mostra que há um problema de tipicidade em relação aos crimes previstos no Estatuto de Roma, que adotara um sistema bipartido, vale dizer, é de extrema relevância identificar se o fato imputado insere-se no âmbito de um conflito armado de natureza internacional ou de natureza não internacional. A câmara de questões preliminares decidiu que se tratava de crimes de dupla natureza<sup>311</sup>.

No âmbito processual, merece destaque a demora entre a prisão e a abertura de processo – quase três anos –, vez que o processo iniciou-se apenas em 26 de fevereiro de

---

<sup>310</sup> Como ficou conhecida a imputação a Lubanga.

<sup>311</sup> Thomas Lubanga Dyilo, acusado, como coautor, das seguintes imputações: 1) Le fait de procéder à l'enrôlement et la conscription d'enfants de moins de quinze ans dans les Forces patriotiques pour la libération du Congo (FPLC), et de les faire participer activement à des hostilités, dans le cadre d'un conflit armé international de début septembre 2002 au 2 juin 2003 (sanctionnés par l'article 8-2-b-xxvi du Statut de Rome); 2) Le fait de procéder à l'enrôlement et la conscription d'enfants de moins de quinze ans dans les FPLC, et de les faire participer activement à des hostilités, dans le cadre d'un conflit armé ne présentant pas un caractère international du 2 juin 2003 au 13 août 2003 (sanctionnés par l'article 8-2-e-vii du Statut de Rome).

2009. Esta dilação entre a prisão e o início do processo é absolutamente compreensível se se levarem em consideração dois fatores: 1) a complexidade na apuração dos fatos em crimes desta natureza (produção de provas); 2) suspensão do processo por parte da Sala de Questões Preliminares.

### 5.2.2. A situação de Uganda

O caso Uganda chegou ao Tribunal Penal Internacional em 2004. Em julho desse mesmo ano, foi aberto o processo de investigação. Inicialmente foram identificadas e emitidas cinco ordens de prisão contra possíveis membros do “Exército de Resistência do Senhor” (Lord's Resistance Army - LRA) por crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Em razão do falecimento de Raska Lukwiya, a ordem de sua prisão foi revogada e o processo arquivado, em 11 de julho de 2007, pela II Sala Preliminar<sup>312</sup>.

Mesmo com as acusações perante a Corte Internacional, a situação em Uganda agravou-se desde 2008. Segundo informações colhidas pelo gabinete da Promotoria, o Exército de Resistência do Senhor vem atuando com liberdade em uma ampla zona de Uganda, levando adiante o plano de sequestro de civis, notadamente crianças. Segundo dados fornecidos pela Corte, no período de dezembro de 2008 a janeiro de 2009, foram intensificadas as ações hostis empreendidas pelo LRA, podendo o número de mortos chegar a mais de 1.000, sequestrados 1.500 e mais de 200.000 mil vítimas de deslocamentos internos.

Embora tenha havido diversas solicitações de colaboração dos Estados Partes e organizações internacionais para a extrema necessidade de colaboração para a detenção dos

---

<sup>312</sup> ICC-02/04-01/05-248.

acusados, ainda não se obteve êxito. Talvez esta omissão do governo ugandês tenha motivado a II Sala de Questões Preliminares a optar pela admissibilidade da causa para julgamento perante a Corte. Isto porque, segundo o Estatuto de Roma, uma causa é inadmissível perante o TPI “quando o caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou não tenha capacidade para fazê-lo”. O advogado dativo nomeado para atuar nesse procedimento apresentou apelação contra a decisão de admissibilidade, que ainda não havia sido julgada até o momento de finalização deste trabalho.

Ao que parece, a decisão de admissibilidade vem ubilicalmente relacionada com o princípio da complementaridade (complementaridade) previsto no Estatuto. Com efeito, a aplicação do artigo 17 apenas autoriza a intervenção da Corte quando as iniciativas judiciais tomadas pelo Estado competente revelam o propósito de subtrair os presumidos culpados. No caso em exame, talvez o fato que tenha justificado a decisão da Sala foi a demora inexplicável em cumprir as ordens de prisão emitidas contra os membros do LRA.

Vale destacar que nenhuma delas foi cumprida, em que pese à emissão das ordens desde 2005. Isto, efetivamente, impede o prosseguimento e abertura dos processos, de modo que a atividade da promotoria está bastante limitada, reduzindo-se ao recolhimento de provas e informações com relação aos crimes imputados aos quatro acusados.

### 5.2.3 A situação em Darfur



Darfur compreende uma região no extremo oeste do Sudão. A situação conflituosa foi remetida ao Conselho de Segurança com base na Res. 1593, de 31 de março de 2005, abrindo-se a investigação em 6 de junho de 2005.

A peculiaridade deste caso é a iniciativa em remetê-lo ao Tribunal Penal Internacional com base no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas e artigo 13, “b” do Estatuto de Roma. Trata-se, evidentemente, de um exitoso exemplo de cooperação das Nações Unidas para levar à justiça os responsáveis pelas violações do Direito Internacional Humanitário e Normas de Direitos Humanos. Antes de continuar a analisar a atuação do Conselho de Segurança, imprescindível um pequeno relato situacional para que se possa compreender o porquê desta postura.

Ainda que existam históricos sobre desavenças anteriores na região de Darfur, a situação conflitual eclodiu em fevereiro de 2003, quando grupos armados rebelaram-se contra o governo de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, que, supostamente, apoiava os *janjaweds*, milícias árabes cuja missão era realizar limpeza étnica em Darfur.

Com a argumentação de que a situação vivida em Darfur naquele período não ia além de um conflito de ordem econômica entre etnias e que, além disso, a denominação de genocídio pelos governos estrangeiros não passava de um exagero para justificar uma intervenção, o governo sudanês permitiu, inicialmente, apenas a existência de observadores internacionais e tropas de proteção aos observadores, mas não a presença das “forças de paz”.

À evidência que o quadro situacional pintado pelo governo sudanês não correspondia à realidade, o conflito na região de Darfur teve como consequência a morte de 200.000 a 400.000 mil pessoas, além do deslocamento, na região, de mais de dois milhões de pessoas, fato que gerou, sem dúvida, uma grave crise na região. Disto se infere, sem espaço para dúvida, a extensa crise humanitária que lá existe.

No entanto, há que se ter em conta um fator: o governo sudanês sempre foi resistente em aceitar a operação de paz da ONU, talvez com receio de que as maiores autoridades do país fossem levadas ao Tribunal Penal Internacional por haverem cometido crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Não para surpresa, foi o que aconteceu. O presidente Omar Hassan teve contra si decretada, em março de 2009, ordem de prisão, sendo, por enquanto, cinco acusações de crimes contra a humanidade (artigo 7, 1, “a”, “b”, “d”, “f”, “g”) e duas acusações de crimes de guerra (art. 8, 2, “e”, “i” e “v”)<sup>313</sup>.

Como se registra na literatura internacional, as Nações Unidas têm tido pouco êxito em diminuir a catástrofe humanitária gerada com este tipo de conflito, mas, no caso Darfur, embora tardiamente, o Conselho de Segurança adotou algumas medidas. A primeira Resolução em relação à situação em Darfur foi a de n. 1547/2004, que indica o seguinte:

Hace suyas las conclusiones del secretario general sobre la situación imperante en el Sudán, en particular en Darfur y en el alto Nilo, que se enuncian en el párrafo 22 de su informe, insta a las partes a utilizar su influencia para detener de inmediato los enfrentamientos en la región de Darfur, en el alto Nilo y en otros lugares, exhorta a las partes en el Acuerdo de Cesación del Fuego de Ndjamena, de 8 de abril de 2004, a concertar sin demora un acuerdo político.

Posteriormente o Conselho de Segurança emitiu a Res. 1.556/2005 assinalando que a situação do Sudão constituía uma ameaça à paz e segurança internacionais, exigindo do governo sudanês o compromisso de desarmar milícias *janjaweed* e prender e processar seus líderes e participantes que houvessem celebrado planos de levar adiante violações dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e outros crimes. Decidiu-se, igualmente, impor embargo à venda de armas a todas as entidades não governamentais e aos particulares que realizassem atividades em Darfur.

Em razão de nenhuma das partes envolvidas no conflito estarem cumprindo os compromissos internacionais assumidos nas resoluções anteriores, o Conselho de Segurança,

---

<sup>313</sup> Pendente o julgamento de uma apelação para incluir entre as acusações o crime de genocídio.

por meio da Res. 1.591/2005, criou um Comitê para, entre outras coisas, verificar a aplicação das medidas previstas na Res. 1.556/2005.

Finalmente, baseando-se no informe da Comissão Internacional de Investigação sobre transgressões de Direito Internacional Humanitário e Normas de Direitos Humanos, remeteu-se a situação de Darfur ao Tribunal Penal Internacional.

No que se refere a Bahar Idriss Abu Garda, pesa sobre ele, com base no artigo 25, 3, “a” do ER, três acusações de crime de guerra. Não houve, neste caso, decretação da prisão; a Corte considerou que apenas a ordem de comparecimento seria suficiente para fazê-lo comparecer perante o TPI. O comparecimento inicial ocorreu em maio de 2009 e a audiência de confirmação das acusações entre 19 a 29 de outubro de 2009.

O conflito em Darfur representa um indesejável marco da violação aos Direitos Humanos neste novo século. Com proporções extremas, o caso Darfur constitui uma peça chave para a consolidação do Tribunal Penal Internacional, mas, lamentavelmente, o presidente Omar Hassan e Ali Kushayb e Ahmad Harun ainda se encontram foragidos. Em conformidade com a Res. 1593/2005 do CS, o Sudão, na qualidade de Estado Parte, estaria juridicamente obrigado e capacitado para executar as ordens da Corte, no entanto o governo sudanês se recusa a executá-las. Esta situação, mais uma vez, põe sob suspeita a possibilidade de operacionalização e efetividade da Corte, já que, por inexistir força policial própria, depende muito da cooperação dos Estados, Nações Unidas e organizações regionais e internacionais.

#### 5.2.4 A situação na República Centro-Africana

A situação na República Centro-Africana, situada na região da África Central, foi remetida por este próprio Estado em 22 de dezembro de 2004, e a investigação foi aberta em 22 de maio de 2007.

O presidente e chefe do Movimento de Libertação do Congo (MLC), Jean-Pierre Bemba Gombo, teve sua prisão decretada em maio de 2008 e solicitou à Corte que autoridades belgas o custodiassem provisoriamente. A ordem de prisão foi emitida pela III Sala de Questões Preliminares, à vista de existirem motivos razoáveis para acreditar que, no contexto do prolongado conflito armado da África Central – de outubro de 2002 a março de 2003 –, as forças do MLC, lideradas por Bemba Gombo, perpetrariam ataque generalizado contra população civil, incluindo torturas, saques e atos desumanos. Segundo manifestou-se a Sala, Bemba era responsável por estes crimes vez que possuía autoridade para adotar todas as decisões políticas e militares sobre as forças do MLC.

A ordem de prisão, complementada em junho de 2008, continha duas acusações de crimes contra a humanidade (artigo 7, 1, “a” e “g”) e quatro acusações por crime de guerra (artigo 8, 2, c, “i”; artigo 8, 2, e, “v” e “vi”). Com base em uma solicitação de prisão provisória, Bemba foi definitivamente preso em maio de 2008. Em 10 de junho de 2008, a III Sala de Questões Preliminares apresentou, perante o Reino da Bélgica, nova ordem de prisão, mas agora com solicitação de entrega. Bemba foi entregue à Corte em 3 de julho do mesmo ano.

Em 12 de janeiro de 2009, iniciou-se, ante a III Sala de Questões Preliminares, a audiência para confirmar as oito acusações contra Bemba Gombo. Em 3 de março, a audiência foi suspensa, e a Sala solicitou à promotoria que analisasse a possibilidade de alteração das acusações, já que, pelo transcorrer das provas produzidas, os fatos poderiam estar relacionados a outro tipo de responsabilidade que não a imputada inicialmente. Com

efeito, a Sala fez expressa referência à possibilidade de as imputações estarem relacionadas a “comando”.

Em 15 de junho de 2009, a Sala II confirmou três acusações de crimes de guerra (homicídio, “violação” e saques) e duas acusações de crimes contra a humanidade (assassinato e violação) contra Bemba, na qualidade de chefe militar, não na qualidade de coautor, conforme inicialmente imputado<sup>314</sup>, incidindo, por isso, a responsabilidade prevista no artigo 28, “a” do Estatuto de Roma.

Por outro lado, a Sala recusou a acusação dos crimes de tortura como crime de guerra, sob a alegação de falta de precisão na acusação. Do mesmo modo, rejeitou as acusações do crime de tortura como crime contra a humanidade e dos atentados contra a dignidade pessoal como crime de guerra, por considerar que consistia em um verdadeiro *bis in idem*, já que estavam compreendidos no crime de “violação” (art. 8º, 2, “e”, “vi”)<sup>315</sup>.

### **5.3 Análise do estado atual do Tribunal Penal Internacional**

Neste breve espaço, serão pontuadas algumas considerações sobre o desenvolvimento do Tribunal Penal Internacional após sua vigência. O objetivo é, à luz do quanto enunciado no item anterior, avaliar os avanços e obstáculos à sua consolidação.

Como se sabe, o Estatuto de Roma só entrou em vigor no ano de 2002, pois era necessária, no mínimo, a ratificação por parte de sessenta países. Embora possa parecer haver decorrido muito tempo desde a conferência de Roma até a vigência do Estatuto, não é bem assim; em termos internacionais, trata-se de um decurso temporal relativamente pequeno,

---

<sup>314</sup> ICC 01/05 01/08, p. 169 e ss.

<sup>315</sup> *Idem*, p. 195 e ss.

notadamente se levar em consideração, coerente com o já exposto, a natureza e envergadura do compromisso.

Como se sabe, o Tribunal Penal Internacional apenas tem competência para processar e julgar fatos ocorridos após sua entrada em vigor. Mesmo cômico de que a limitação de competência *ratione tempore* sacou do Tribunal a possibilidade de apurar graves fatos internacionais, a exemplo dos acontecimentos em Camboja e Serra Leoa, isto em nada diminui a sua importância para a comunidade internacional.

Desde a ratificação até o momento, a Corte atingiu uma preciosa desvinculação e independência do Conselho de Segurança. Dessa forma, dois fatos específicos têm demonstrado a sua vitalidade e o amplo desenvolvimento do seu processo de independência: *a)* o relatório emitido por Philip Alston, afirmando que os fatos ocorridos no Quênia deveriam ser levados a Haia. Atualmente as acusações encontram-se em fase de apreciação por parte da promotoria; *b)* a decretação, em março de 2009, da prisão do presidente em exercício do Sudão, Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Pela primeira vez um chefe de Estado em exercício tem sua prisão decretada e é acusado de crimes internacionais. Esta decisão envia uma mensagem bastante clara e cheia de significados, qual seja: qualquer um pode ser submetido à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Não por outras razões, nos últimos anos, a Corte tem alcançado avanços que denotam o seu estado de desenvolvimento, especialmente se considerar o número de ratificações – cento e onze –, que deve aumentar sensivelmente após a precisão quanto ao crime de agressão. Um dos princípios que permitiram esta grande adesão dos Estados foi, sem dúvida, o princípio da *suplementaridade* (ou, conforme a doutrina, complementaridade).

Mas, por outro lado, a harmonização do ER com o direito interno de cada país, ao que parece, não tem sido preocupação dos Estados que o ratificaram, já que apenas uma pequena

parte das nações implementou o Estatuto<sup>316</sup>. O Brasil, por exemplo, tem, esquecido em algum lugar, um projeto, faltando-lhe vontade política para levá-lo adiante<sup>317</sup>. Sobre este aspecto, a Assembleia das Nações tem trabalhado com a finalidade de que os Estados encetem maior impulso à implementação e, para isso, conta com a valorosa colaboração daqueles que já o fizeram.

Seguindo esta linha de obstáculos enfrentados pelo TPI, um deles parece ser bastante relevante. Como não poderia ser diferente, à luz de uma breve análise dos dispositivos contidos no Estatuto de Roma, percebe-se a complexidade dos crimes submetidos à sua competência. Pois bem, é evidente que esclarecer e provar esses fatos dependem de investigações precisas e bem dirigidas, mas acontece que a Corte não conta com polícia própria. Isto significa, em últimos termos, que ela depende muito da cooperação dos Estados e das Organizações Internacionais o que, à clareza, compromete, inclusive, a própria imparcialidade da Corte, vez que o mesmo órgão que realiza a investigação será o competente para julgá-lo.

Ao lado desse comprometimento de ordem processual, mas a ele ligado, aparece o problema da operacionalização e efetividade das decisões. Como não conta com polícia própria, a Corte também precisa contar com a colaboração, vontade e clima político favoráveis dos Estados e organizações internacionais, principalmente no que se refere ao cumprimento das ordens de prisão, já que cabe a eles prender e entregar à Corte as pessoas responsáveis pelos crimes internacionais. Este obstáculo prático é de extrema relevância, pois, sem cooperação suficiente para as prisões e entrega, não pode haver julgamentos. Há, hoje, oito mandados de prisão aguardando cumprimento: quatro em Uganda<sup>318</sup>, três em Darfur e

---

<sup>316</sup> Segundo alguns dados, apenas 40% dos Estados partes o implementaram.

<sup>317</sup> V. Anexo C.

<sup>318</sup> Este, talvez, seja o caso mais grave. Foram emitidas cinco ordens de prisão e nenhuma cumprida: Joseph Kony; Vincent Otti; Okot Odhiambo; Dominic Ongwen e Raska Lukwiya. Este faleceu em 2006, os outros quatro encontram-se foragidos.

um na República Democrática do Congo. Em verdade, até hoje, o único Estado que cumpriu a obrigação de entregar um acusado foi o Congo.

### 5.3.1 Qual Tribunal Penal Internacional se deseja(va)?

Consoante se assentou aqui, após uma longa discussão, a Corte foi instituída e funciona desde 2002. No entanto, como já demonstrado, até o presente momento, apenas passou a investigar quatro casos – Congo, Uganda, África Central e Sudão – e estuda a situação do Quênia, todos, coincidência ou não, países localizados no continente africano.

Esta atuação tão restrita tem despertado algumas argumentações contrárias ao Tribunal Penal Internacional, como sua seletividade, porquanto uma Nação de forte influência diplomática, praticamente, torna-se imune à jurisdição da corte. Daí porque, segundo se sustenta, não haveria razão para a manutenção de um Tribunal absolutamente seletivo, que cumpre papel diverso daquele que lhe deu origem e fundamentou sua criação.

O inequívoco exemplo, rotineiramente mencionado como confirmador dessas ponderações, é o britânico, em que o então primeiro-ministro Tony Blair, segundo relato do procurador-geral, deveria ter sido denunciado perante o TPI por haver cometido crime de guerra durante a invasão dos EUA ao Iraque.

Esta crítica se mostra relativamente sólida se se analisar a atuação da Corte até o presente momento, mas, por outro lado, em termos de Direito Internacional, o lapso temporal de existência do Tribunal e, aliado a isto, o fato de que a Corte não nasceu pronta e acabada, ou seja, está em constante processo de desenvolvimento, operacionalização e autonomia, a crítica se mostra sem solidez e situacional.



Todas essas ponderações devem ser legitimamente consideradas e, por isso mesmo, merecem uma reflexão profunda. É preciso ressaltar que o simples fato de a Corte estar em funcionamento já é motivo de júbilo, pois não é tarefa simples concretizar um sonho que acompanhou grande parte da humanidade.

Considerando que as críticas possuem veracidade bastante crível, até o presente momento pode-se dizer que o Tribunal Penal Internacional mostra-se com uma “universalidade ineficaz<sup>319</sup>”. Pretende(u)-se que a Corte tenha eficácia universal e não concentre sua atuação apenas em países africanos, pois só assim estaria a se concretizar a cultura da humanidade em todos os países que o subscreveram. Não se trata, ao contrário do que se pode injustamente inferir, de uma Corte africana. O que acontece é que as situações que se ajustam à competência da Corte e, à vista disso, ao conteúdo do Estatuto de Roma, apresentam-se inequívocas em alguns países desse continente.

Assim sendo, ao que parece evidente, o Tribunal Penal Internacional, mesmo diante de todas estas limitações e sujeições que podem sugerir seu funcionamento, é a melhor alternativa para aplicação do Direito Penal Internacional, eis que evita, como ocorrera outrora, críticas, incertezas e atmosfera de impunidade dos tribunais de exceção.

#### **5.4 Expectativas para a Conferência de Revisão do Estatuto de Roma**

O Estatuto de Roma previu, à altura do artigo 123, que o secretário-geral da Organização das Nações Unidas convocaria uma Conferência de Revisão. Tal conferência será realizada em Kampala, Uganda, entre os dias 31 de maio e 11 de junho de 2010.

---

<sup>319</sup> Expressão utilizada por Anabela Miranda Rodrigues, muito embora em contexto que não o aqui referido. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 250.

Antes de indicar as propostas de emenda ao Estatuto e analisá-las, deve-se esclarecer, consoante artigo 121, item 3, que há duas modalidades de reforma: consensual (1) e, caso não seja possível a adoção das emendas por consenso, estas poderão ser adotadas mediante aprovação por dois terços dos Estados Partes, numa reunião da Assembleia dos Estados Partes ou numa Conferência de Revisão (2). Pelo que se extrai da leitura dos dispositivos, percebe-se que não é nada fácil emendar o Estatuto, fato que, por via de consequência, leva a crer que muito pouco se avançará em Kampala<sup>320</sup>.

Além dessa natural dificuldade de emenda, dois outros parágrafos do artigo 121 são de especial relevância:

4. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 5, qualquer alteração entrará em vigor, para todos os Estados Partes, um ano depois que sete oitavos de entre eles tenham depositado os respectivos instrumentos de ratificação ou de aceitação junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas;

5. Qualquer alteração ao artigo 5.º, 6.º, 7.º e 8.º do presente Estatuto entrará em vigor, para todos os Estados Partes que a tenham aceitado, um ano após o depósito dos seus instrumentos de ratificação ou de aceitação. O Tribunal não exercerá a sua competência relativamente a um crime abrangido pela alteração sempre que este tiver sido cometido por nacionais de um Estado Parte que não tenha aceitado a alteração, ou no território desse Estado Parte.

O procedimento de emenda, conforme já esclarecido, depende de um consenso ou aprovação de dois terços dos Estados Partes. Mas, especialmente no que toca à competência material, que será o principal ponto de discussão na Conferência de Revisão, para que a alteração entre em vigor há duas limitações: uma temporal e outra procedimental. A emenda, portanto, só vigorará depois de um ano e após sete oitavos dos Estados Partes terem depositado os instrumentos de ratificação ou aceitação.

O objeto de revisão será bastante limitado se se considerarem os diversos aspectos que deveriam ser tratados na conferência. O informe do grupo de trabalho contempla três aspectos: a) possibilidade de supressão do artigo 124 do Estatuto, que prevê que o Estado que se torne parte poderá declarar, durante um período de sete anos a contar da data da entrada em vigor do Estatuto no seu território, que não aceita a competência do Tribunal relativamente à

---

<sup>320</sup> Há autores – como SCHABAS –, asseverando que pouco ou quase nada irá acontecer em Kampala.

categoria de crimes referidos no artigo 8º quando existirem indícios de que um crime tenha sido praticado por nacionais seus ou no seu território; *b*) definição do crime de agressão; *c*) alterações ao artigo 8º, que dispõe sobre os crimes de guerra de caráter não internacional, para acrescentar ao parágrafo 2, alínea “e” as seguintes disposições: *XIII*) emprego de veneno ou armas químicas; *XIX*) emprego de gases asfixiantes, produtos tóxicos ou outro e todos os líquidos, matérias ou dispositivos análogos; *XV*) emprego de balas “expansivas”<sup>321</sup>.

À vista disso, outras questões de especial relevância restaram excluídas nesta primeira conferência, tais como temas referentes ao funcionamento da Corte, instrumentos para otimizar a operacionalização de suas decisões ou, ainda, meios de tornar mais eficientes os procedimentos ante a Corte. Nada obstante, entre aqueles três temas sobre os quais se desenvolveram as discussões, parece que o debate se concentrará em torno do crime de agressão. Neste momento, a título de esclarecimento, tornam-se necessárias algumas informações.

O termo agressão está definido desde 1974 (Resolução 3314)<sup>322</sup>. Acontece que esta Resolução não foi elaborada com fins penais, senão como princípio fundamental que serviria de diretriz às Nações Unidas no trabalho de delimitação dos atos de agressão e aplicação de medidas para suprimi-lo. No entanto, agora, a repercussão terá consequências jurídico-penais.

A dificuldade em incluí-lo no Estatuto de Roma é facilmente justificada: a resistência à agressão foi patrocinada pelos Estados mais poderosos, pois, não raramente, são estes quem praticam atos de agressão contra Estados menos representativos internacionalmente. Como narra HEAPY, na Conferência de Roma (1998), os Estados Unidos apresentaram

---

<sup>321</sup> Para uma análise das propostas de alteração, conferir CLARK, Roger S. *Effecting amendments to the Rome Statute that may be decided upon at the first review conference in 2010*. In: *Revue Internationale de Droit pénal*. Toulouse: Erès, 2010, n. 81 (1-2), p. 65 e ss.

<sup>322</sup> Ver nota 222.

posicionamento firme para que a agressão não devesse ser um dos crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional, apesar do legado de Nuremberg<sup>323</sup>.

Segundo esclarece CLARK, há uma ambiguidade sobre como a emenda do crime de agressão deve ser efetivada. Essencialmente, os esboços de alteração envolvem duas propostas de artigos: 8bis e 15bis. O artigo 8ºbis contém a definição provisória, e o artigo 15bis, as condições para o exercício da jurisdição.

A proposta do grupo de trabalho para a definição do crime de agressão é a seguinte:

A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, esa persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

Percebe-se, portanto, que, quanto à definição do ato de agressão e aos atos que configurarão agressão, permanece o que já estava previsto na antiga resolução de 1974. Decompondo e alinhando esta definição à proposta do grupo de trabalho, pode-se dizer que a agressão estará caracterizada com a concorrência dos seguintes elementos: 1) apenas Estado pode ser o meio para a prática do crime. Afastam-se, portanto, grupos terroristas; 2) agressão deve ser perpetrada contra outro Estado; 3) crime cometido por uma pessoa com poder para controlar ou dirigir uma ação política ou militar de um Estado, não necessariamente Chefe de Estado; 4) uso de força armada – exclui-se, por exemplo, o uso de força econômica; 5) fim especial de agir, pois a força tem que ser utilizada contra: a) soberania; b) integridade territorial; c) independência política; d) qualquer forma incompatível com a Carta da ONU; 6) o uso de força que, por suas características, tenha especial gravidade e escala (critério quantitativo); 7) em consequência deve o ato se concretizar em uma violação manifesta à Carta das Nações Unidas (critério qualitativo).

---

<sup>323</sup> HEAPHY, Matthew. *The United States and this interests in the 2010 review conference of the Rome Statute of the ICC*. In: *Revue Internationale de Droit pénal*. Toulouse: Erès, 2010, n. 81 (1-2), p. 83.

Caso a proposta seja aprovada, este último elemento poderá trazer algumas complicações de ordem prática, haja vista tratar-se de critério de ordem subjetiva, sem que exista qualquer elemento que sirva como guia para se determinar o que é ou não “violação manifesta”. Assim, por exemplo, fatos semelhantes, um praticado por Estado Parte europeu e outro praticado por Estado africano, podem ser interpretados de forma que um se subsuma ao crime de agressão e o outro não. Isto, sem dúvida, macula a integridade da aplicação do Estatuto de Roma, favorecendo a possibilidade de tratamento desigual<sup>324</sup>.

Por outro lado, percebe-se, na proposta de incorporação do crime de agressão, um ponto extremamente importante, qual seja, a enumeração não exaustiva dos atos que se qualificam como tais. Parece adequado defender, a exemplo do quanto estabelecido no artigo 4º da Res. 3.314, que o rol dos atos de agressão seja meramente exemplificativo, de forma a que se possa incluir qualquer outra forma de agressão que ainda não é possível perceber. Sobre este aspecto, no entanto, é de se lamentar a não inserção dos atos cibernéticos entre as agressões. Como se sabe, a criminalidade praticada por meio da rede mundial de computadores é uma realidade cada vez mais crescente e, por isso mesmo, é perfeitamente concebível que possa comprometer, por exemplo, todo um sistema de segurança de um Estado.

Sem dúvida, existe uma grande expectativa quanto ao posicionamento dos Estados Unidos no processo de discussões de revisão, seja pela sua importância e influência diplomática, seja pela alteração do seu comando executivo.

Mesmo não sendo Estado Parte, os Estados Unidos foram convidados a participar da Conferência de Revisão com os mesmos direitos dos outros participantes, exceto o de apresentar propostas e votar. Sem dúvida, é uma oportunidade para que os americanos

---

<sup>324</sup> Para as dificuldades no exercício da jurisdição e interpretação da definição de agressão, conferir CLARK, Roger S. Op. cit., p. 68-72.

manifestem suas ideias e preocupações com a justiça penal internacional, notadamente no que toca às negociações acerca da jurisdição da Corte para o crime de agressão<sup>325</sup>.

Os Estados Unidos constituem uma das nações que promoveram e estabeleceram mecanismos de justiça após a Segunda Guerra Mundial, tendo aprovado a inclusão de crimes contra a paz na Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, mas, paradoxalmente, e talvez isto se explique pelo comando executivo do país e pela situação em que a nação americana se encontrava pós segundo conflito mundial, os país vem oferecendo especial resistência à jurisdição penal internacional.

Agora, a comunidade internacional espera que a participação dos Estados Unidos na Conferência de Revisão seja êxitosa, pois, do contrário, será mais uma oportunidade para que o país se afaste da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Daí porque o momento da Conferência de Revisão é único, especialmente para a comunidade internacional, pois representa a oportunidade que os Estados Unidos têm para contribuir construtivamente com a revisão do Estatuto, notadamente na discussão sobre a definição e exercício da jurisdição do crime de agressão<sup>326</sup>.

Finalmente, esse processo de participação dos Estados Unidos na Conferência de Revisão, segundo HEAPHY<sup>327</sup>, levanta uma questão mais ampla e que, por isso mesmo, merece registro:

US involvement generally in the Review Conference negotiations also raises a broader issue: the most likely acceptable outcome for the US at the conference – no amendment on the crime of aggression – would be viewed as a failure of the conference, while the adoption of an aggression amendment, especially one that does not meet the objectives of the US, will be felt as a defeat for the US and could leave it disenchanted about the ICC.

---

<sup>325</sup> HEAPHY, Matthew. Op. cit., p. 77.

<sup>326</sup> Para HEAPHY, a conferência de revisão é, também, uma oportunidade única e valiosa para que os Estados Unidos participem de outras discussões. “Stocktaking is an especially unique and valuable chance for the US to contribute constructively to the Review Conference outside of the amendments process. Given that much of the ten days of the conference will deal with the amendment proposal on the crime of aggression, a process in which the US has a strategic interest and will have strong views, it would be beneficial for the US to be active in other areas which will be less divisive and offer opportunities for the US to work together with other countries. Stocktaking would permit the US to share its views about the Court and make suggestions about improving it, while also making comments and commitments about the stocktaking topics”. Op. cit., p. 95.

<sup>327</sup> Op. cit., p. 90.

## CONCLUSÕES

Evidentemente o aparecimento do Tribunal Penal Internacional e o consequente reconhecimento e positivação de crimes internacionais modificam os esquemas tradicionais de estudo do Direito Penal, pois, doravante, se inicia uma nova e mais ampliada etapa de sua compreensão científica, deixando de lado os limites inerentes a este ramo oitocentista para passar a admitir a existência de um Direito Penal Universal, atemporal e inespacial.

O longo e irrefreável processo de desenvolvimento do Direito Penal Internacional e, conseqüentemente, da justiça penal internacional permanente demonstra que a comunidade internacional alcançou as condições necessárias para o estabelecimento, em definitivo, de um Tribunal Penal Internacional permanente e, finalmente, para concretizar uma aspiração da humanidade.

A experiência ao longo dos anos deixa evidente que a garantia formal dos Direitos Humanos não implica, necessariamente, sua proteção. Não por outra razão, o Brasil, apesar de ser signatário de quase todos os tratados internacionais que versam sobre a proteção dos Direitos Humanos, já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mas, sua adesão ao Estatuto de Roma, demonstra o quanto é importante a existência de um órgão internacional legítimo como garantia irrenunciável da paz internacional e proteção dos Direitos Humanos.

Além disso, em que pese aos argumentos de reserva à implementação do Estatuto de Roma ao ordenamento interno, não há óbice intransponível para sua admissibilidade, vez que o próprio Estatuto foi claro ao determinar que cada Estado faça um exercício de adequação ao direito interno. Recusar eficácia ao Estatuto é ignorar a própria natureza do Direito Internacional: a universalidade.

É certo que, se os artigos que tratam da competência material do Tribunal Penal Internacional ainda não são de extensão desejável, a sua aprovação representa o começo de novos tempos. A perspectiva, com a mudança dos chefes de Estado, principalmente nos Estados Unidos, é de que outros crimes internacionais, tais como agressão e terrorismo, sejam incorporados ao atual artigo 5º do Estatuto.

Assim é que o Tribunal Penal Internacional significa muito mais que a *simples* institucionalização da justiça universal; representa o anúncio de uma nova era, uma era marcada por mudança de mentalidade nos compromissos internacionais e concretização de um instrumento internacional de proteção dos Direitos Humanos, já que um olhar para a história da humanidade basta para perceber que o compromisso moral de proteção dos direitos do homem não é suficiente para garanti-lo. O Tribunal Penal Internacional representa, portanto, modificação da estrutura da sociedade internacional na medida em que é órgão com força para fazer cumprir o Direito Penal Internacional, ultrapassando a barreira do pacifismo retórico que, por tanto tempo, acompanha a humanidade.

Não por outro motivo, a concretização da justiça penal supranacional permanente deve ser encarada como uma exigência ética, uma necessidade jurídica e um imperativo político irrenunciável da sociedade cosmopolita. Há uma mudança de paradigma: de direito dos Estados passa-se ao Direito da Humanidade.

No labirinto das impunidades internacionais, é-se resgatado pela esperança inaugurada pelo Estatuto de Roma. Nesta linha, a comunidade internacional deve muito às vítimas dos crimes internacionais. Justamente por isto, não se pode dar o luxo de abrir mão do uso do Direito Penal, para que atrocidades que desafiam a imaginação humana não se renovem.

O fenômeno de ruptura implementado pelos Estados que incluíram em sua agenda o desrespeito aos Direitos Humanos é o exemplo indelével das consequências de se impingir à pessoa humana o atributo da descartabilidade. O referencial humano deve, sempre, ser o valor



primário, limite e última barreira de garantia da legitimidade de qualquer ordem jurídica e fonte de justificação material da intervenção penal.

O caminho a percorrer para a concretização e maximização do campo de proteção dos Direitos Humanos é longo e está em constante processo de desenvolvimento. Ademais, é preciso reconhecer que esse horizonte depende muito da atuação interna e internacional dos Estados, pois são eles os principais responsáveis e encarregados de cumprir e fazer cumprir as obrigações contraídas com a assinatura do Estatuto de Roma. Significa, portanto, não apenas uma responsabilidade jurídica ou político-individual, mas, também, e principalmente, um compromisso moral internacional.

Desse modo, o pleno funcionamento da Corte e o grau de eficácia na proteção dos Direitos Humanos derivam do nível de comprometimento internacional e da participação das Nações, cujo objetivo deverá atender aspirações humanitárias de solidariedade internacional. Disto dependerá o futuro do Direito Penal Internacional e do Tribunal Penal Internacional, notadamente para que a realidade não se transforme em quimera.

## REFERÊNCIAS

ALDONEY RAMÍREZ, Rodrigo. **Alemania**. In: La Corte penal Internacional. Revista Penal. Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla, n.14, 2004, p. 209-212.

ALMEIDA, Francisco Antonio de M. L. Ferreira de. **O princípio da não ingerência e o direito internacional humanitário**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXI, 1995, p. 373-401.

AMATI, Enrico; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela. **Introduzione al Diritto penale Internazionale**. Milão: Giuffrè, 2006.

AMBOS, Kai. **La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania** In: AMBOS Kai; MALARINO Ezequiel e WOISCHNIK, Jan (dir.), Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: contribuciones de America Latina y Alemania, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., Montevideo, 2005.

\_\_\_\_\_. **La internacionalización del Derecho penal y América Latina**. In: GIUSSEPE LOSANO, Mario; MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). El derecho ante la globalización y el terrorismo: “cedant arma togae”. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 31-56.

ARCHIBUGI, Daniele; BEETHAM, David. **Diritti umani e democrazia cosmopolitica**; trad. Paola Ferreti. Milano: Feltrinelli, 1998.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo. **Tribunal penal internacional permanente, instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais** (*Processo legislativo histórico e características*). Parecer apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros, n. 36/98, 1999, p. 33-82.

ARENDTH, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal y el Estado de Derecho**. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

\_\_\_\_\_. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARRETO, Vicente. **Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?** *In:* BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 279-308.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Note explicative sur le Statut de la Cour Pénale Internationale (CPI)**. *In:* *Revue Internationale de Droit pénal*. Toulouse: Erès, 2000.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Derecho Penal Internacional**. Proyecto de Código Penal Internacional; trad. al español de José L. de la Cuesta Arzamendi. Madrid: Tecnos, 1984.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Le droit pénal international: son histoire, son objet, son contenu**. *In:* *Revue Internationale de Droit Pénal*. Toulouse: Erès, 1981, p. 41-82.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **El derecho penal internacional: historia, objeto y contenido**; trad. Jose L. de la Cuesta Arzamendi. *In:* *Anuário de Derecho penal y ciências penales*. Tomo XXXV, fascículo I, 1982, p. 5-42.

BAUTISTA ALBERDI, Juan. *El crimen de La guerra, [s.d.]*.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia**; trad. Luciana Pinto Venâncio. Barueri: Manole, 2004.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**; trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1966, vol. I.

BLANC ALTEMIR, Antonio. **La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional**. Barcelona: Bosch, 1990.

BRITO, Wladimir. **Tribunal Penal Internacional: uma garantia jurisdiccional para a proteção dos direitos da pessoa humana**. *In:* *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra*, 2000, vol. LXXVI, p. 81-128.

BUENO ARÚS, F; MIGUEL ZARAGOZA, J. de. **Manual de derecho penal internacional**. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2003.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZABAL MALAREÉ, Hernán. **Lecciones de Derecho Penal**. Parte General. Madrid: Editorial Trotta, 1997, vol. I.

CAMAÑO VIERA, Diego. *La implementación del Estatuto de Roma en Uruguay*. AA.VV., *Revista de Derecho Penal*, n.17, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008. (Disponível em [www.observatoriodpi.org](http://www.observatoriodpi.org)).

CASSESE, Antonio. **Existe um conflito insuperável entre a soberania dos Estados e a justiça penal internacional?** *In:* CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*; tradução de: Silvio Antunha. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 3-24.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional**. *In:* AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *O Direito*

penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3-20.

CASTEJÓN, Frederico. **Proyecto de Código Penal Internacional**. Anuário de Derecho penal y Ciências penales. Tomo VI, fascículo II, 1953, p. 231-251.

CAVALLO, Vincenzo. **Diritto Penale**. Parte Generale. 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1962, vol. I.

CEREZO MIR, José. **Derecho penal**: parte general. São Paulo: RT; Lima: ARA Editores, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Temas de direito e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLARK, Roger S. **Effecting amendments to the Rome Statute that may be decided upon at the first review conference in 2010**. *In*: Revue Internationale de Droit pénal. Toulouse: Erès, 2010, n. 81 (1-2), p. 65-75.

COSENTINI, Francesco. **Code Pénal International en 1314 articles. Dressé sur la base comparative des projets et textes récents de Codes Pénaux**. La Cibourg, Berne: Institut Americain de Droit e de Legislation Comparée & A Pedone, 1937.

\_\_\_\_\_. **Code international de La paix et de La guerre. Essai d'une codification intégrale Du Droit des Gens**. *In*: Revue Générale de Droit International Public. Paris: Éditions A. Pedone, Tome XLII, 1935, p. 411-516.

COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código penal**: parte geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

CREUS, Carlos. **Derecho penal: parte general**. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 1999.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri. **Les principes modernes du droit pénal international**. Paris: Recueil Sirey, 1928.

\_\_\_\_\_. **La cour permanente de justice internationale et sa vocation em matière criminelle**. Revue Internationale de Droit Pénal. Paris: Marchal et Billard, 1924, n.3-4, p.175-201.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ESCARAMEIA, Paula. **Prelúdios de uma nova ordem mundial: o Tribunal Penal Internacional**, p. 101. *In*: Direito Penal Internacional para a proteção dos direitos humanos. Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Goethe-Institut de Lisboa. Lisboa: Fim do Século, 2003, p. 97-125.

FERNANDEZ, Eusébio. **Teoria de la justicia e derechos humanos**. Madrid: Editorial Debate, 1984.

FÉRNANDEZ ALBOR, Agustín. **Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos**. Anuário de Derecho penal y Ciências penales. Tomo XIX, fascículo I, 1966, p. 39-65.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**; trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 1995.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**; trad. Paolo Capitanio. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FEST, Joachim C. **Hitler**. 2.ed. trad. Analúcia Teixeira Ribeiro [*et all.*]. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005, vol. I.

FEUERBACH, P. J. Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**; traducción al castellano de la 14ª ed. alemana por Egugênio Raul Zaffaroni y Irmã Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FINCH, G. E. **The Nuremberg Trial and International Law**. American Journal of International Law. Vol. 41, n.1, 1947.

FIGLIORE, Pasquale. **Traité de droit pénal international et de l'extradition**; traduit, annoté et mis au courant du droit français par Charles Antoine. 2.ed. Paris: A. Durand & Pedone-Lauriel, 1880, p. 286, vol. I.

FONTAN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal**. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

FONTETTE, François de. **História do Anti-semitismo**; trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.

FRAGOSO, Heleno. **Terrorismo e criminalidade política**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GALAIN PALERMO, Pablo. **Uruguay**. In: La Corte penal Internacional. Revista Penal. Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla, n.14, 2004, p. 247-250.

GEIGER, Hansjörg. **Tribunal Penal Internacional e os aspectos do novo código penal internacional alemão**. In: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da (Org.). Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão. Porto Alegre: safE, 2004, p. 61-87.

GIL GIL, Alicia. **Derecho penal internacional**. Madrid: Tecnos, 1999.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Tribunales Penales Internacionales**. In: Revista de Derecho penal y criminología. 2ª Época, n.º Extraordinário 1.º (2000), Madrid: UNED, p. 35-58.

GRAVEN, Jean. **Los principios de la legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal suizo**; trad. Joaquín de Aguilera y Gamoeda. Anuário de Derecho penal y Ciências penales. Tomo III, fascículo I, 1950, p. 9-43.

GREBING, Gerhardt. **La création d'une Cour pénale internationale: bilan et perspectives**. In: *Revue Internationale de Droit pénal* (La création d'une juridiction pénale internationale et la coopération internationale en matière pénale. Numéro spécial, n° 3 et 4, 1974, p. 435-452.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2° ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HALL, Christopher Keith. **Première proposition de création d'une cour criminelle internationale permanente**. In: *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1998, n.º 829, p.63-82.

HEAPHY, Matthew. **The United States and this interests in the 2010 review conference of the Rome Statute of the ICC**. In: *Revue Internationale de Droit pénal*. Toulouse: Erès, 2010, n. 81 (1-2), p. 77-97.

HILLGRUBER, Christian. **Soberanía – La defensa de un concepto jurídico**; trad. Ariadna Aguilera Rull. Barcelona: Indret1/2009. (Disponível em <http://www.indret.com/es/>). Acesso em 5 de janeiro 2010.

HUET, Andre; KOERING-JOULIN, Renée. **Droit pénal international**. 3.ed. PUF: Paris, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **O crime de genocídio**. In: *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. VI.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p.29, t. I, vol. I.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O direito penal internacional**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1.

\_\_\_\_\_. **O Tribunal Penal Internacional**. A internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Le Comité Juridique Interaméricain et la promotion de la Cour Pénale Internationale**. *Révue Internationale de Droit Penal*, v. 78 1/2, p. 225-231, 2008.

\_\_\_\_\_. **Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira**. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 199-222.

\_\_\_\_\_. **A necessidade de discutir o conceito de crime internacional**. *Carta Forense*, v. 70, p. 22-22, 2009.

\_\_\_\_\_. (Org.) . **Direito penal internacional, estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. [et all]. **Dificuldades Jurídicas e Políticas para a Ratificação ou Implementação do Estatuto de Roma**. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p.82-109.

\_\_\_\_\_. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Financiamento do terrorismo e legislação brasileira**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: CNPCP, vol. 1, n. 21, 2008, p. 49-69.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **El Tribunal Penal Internacional**. *Revista Penal*. Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla, n.8, 2001, p. 53-59.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de derecho penal**. La ley y el delito. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT e EDITORIAL SUDAMERICANA, 1997.

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**; trad. Bárbara Kristensen. Rianxo : Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. (Ensaio sobre Paz e Conflitos; Vol. V).

KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à Teoria do direito Contemporâneas*; trad. Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 57-208.

KARÉKLAS, Stéphanos Emm. **Paul Johann Anselm Von Feuerbach (1775 – 1833)**. Vida e Obra (1ª PARTE). In: Direito e Cidadania. Cabo Verde. Ano V – Nº 16/17 – Setembro de 2002/Abril de 2003, p. 33-48.

KERSAW, Ian. **Dez decisões que mudaram o mundo (1940-1941)**; trad. Berilo Vargas et al. São Paulo: Companhia das letras, 2008.

LA ROSA, Anne-Marie. **Dictionnaire de Droit International Pénal**. Paris: PUF, 1998.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAPLAZA, Francisco P. **El delito de genocídio o genticídio**. Buenos Aires: Depalma, 1953.

LEAL, João José. **Curso de direito penal**. Porto Alegre: SAFE & Editora da FURB, 1991.

LEVI, Nino. **Diritto Penale Internazionale**. Milano: Giuffrè, 1949.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos Direitos do homem na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**; trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899.

LLORENS BORRÁS, José A. **Crimenes de guerra**. Barcelona: Ediciones Acrevo, 1958.

LOBO TORRES, Ricardo. **A afirmação do direito cosmopolita**. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado e PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LOMBOIS, Claude. **Droit penal international**. Paris: Dalloz, 1971.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003.

LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Kofino, 1977.

MACHADO, Máira Rocha. **Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da penal**. São Paulo: Ed. 34/Edesp, 2004.

MATHIESEN, Thomas. **A caminho so século XXI – Abolição, um sonho impossível?** In: PASSETTI, Edson, SILVA, Roberto B. Dias (Orgs.) *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim/PEPG/Ciências Sociais PUC/SP, 1997, p. 263-287.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Libro de Estudio: parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases Del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Julio Cesar Faria Editor, 2003.

MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (*et. all*); **Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma**. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan. (org.) *Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional: contribuições da América Latina e Alemanha*. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 82-109.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **¿Es el Derecho penal internacional un Derecho penal del enemigo?**. In: *Revista Penal*. Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla, n.21, p. 93-102.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Coleção justiça e direito).

OLIVIEIRA, Edmundo. **Comentários ao código penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1993.



\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **La fundamentacion de los derechos humanos.** *In:* Revista de Estudios Políticos, n. 35 (nueva época), Septiembre-Octubre, 1983, p. 7-72.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional.** 9.º ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PLAWSKI, Stanislaw. **La notion du droit international pénal.** *In:* Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Paris: Sirey, 1978, págs. 789-809.

POCH Y GUTIÉRREZ DE CAVIEDES, Antonio. **Comunidad internacional y sociedad internacional.** *In:* Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 12, 1943, p. 341-400.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. **Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal.** Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria, 1955, tomo I.

RAMELLA, Pablo A. **Crimes contra a humanidade;** trad. Fernando Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal:** parte general. Madrid: Civitas, 1977.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito. 2. ed; traducción y notas, Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.** *In:* Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003.

SERRANO VILLAFANE, Emilio. **Polemologia o guerra.** *In:* Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 176-177, 1971, p. 147-162.

SCHABAS, William A. **Droit penal international et droit international des droits de l'homme: faux frères?.** *In:* *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation.* M. Henzelin et R. Roth, (eds) Paris, Bruxelles, Genève, L.G.D.J., Bruylant, Georg, 2002, p. 165-181.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.** Barcelona: J. M. Bosch, 1992.

SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino.** 10.º reimp. Buenos Aires: tea, 1992.

SOTTILLE, Antoine. **Le Terrorisme International.** *In:* *Récueil des Cours de l'Académie de Droit International,* Paris, 1938.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **As novas tendências do direito extradicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **O Tribunal Penal Internacional e a proteção aos direitos humanos : Uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do Direito Internacional da Pessoa Humana.** *In:* Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPTU, Ano III, n.12, jul./set., 2004, p.9-31.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Reservas ao Estatuto de Roma.** Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 12, p. 131-160, 2003

SATZGER, Helmut. **Das neue Völkerstrafgesetzbuch.** Eine kritische Würdigung, Neue Zeitschrift für Strafrecht 22 (2002).

STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BOULOC, Bernard. **Droit pénal général.** 13. ed. Paris: Dalloz, 1987.

SWINARSKI, Christophe. **A norma e a guerra.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

SZABO, Imre. **Fondements historiques et développement des droits de l'homme.** *In:* VASAK, Karel (org). Les dimensions internationales des droits de l'homme. Paris: Snoeck-Ducaju & Fils, 1978, p 11-44.

TORRELLI, Maurice. **Le droit international humanitaire.** Que sais-je? Paris: PUF, 1985.

TRIFFTERER, OTTO. **Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg.** Freiburg: Br.Albert, 1966.

TRUYOL Y SERRA, António. **Noções fundamentais de direito internacinal público;** trad. R. Ehehardt Soares. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. (Colecção Stvdvim).

VANDY, Francois. **Le pacte Kellog.** *In:* Revue Générale de Droit International Public. Paris: Éditions A. Pedone, 3<sup>a</sup> série, Tome IV, 1930, n. 1-2, p. 5-18.

VELÁZQUEZ ELIZARARÁS, Juan Carlos. **El Derecho Internacional Penal y la Justicia Penal Internacional en el Tercer Milenio.** *In:* Anuário Mexicano de Derecho Internacional, vol. 1, 2001.

WELZEL, Hans. **Derecho penal;** trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WERLE, Gerhard; NERLICH, Volker. **A punibilidade dos crimes de guerra de acordo com o direito alemão.** *In:* SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da (Org.). Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão. Porto Alegre: safe, 2004, p. 89-121.

YACOBUCCI, Guillermo. **El sentido de los principios penales.** Su naturelaza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2002.

**Yearbook of the international Law Commission**, 1954. New York: United Nations, 1960, vol. II.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Tratado de Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1998, t. I.

\_\_\_\_\_. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

**ANEXO A****Projet de convention pour la création d'une institution judiciaire internationale propre  
à prévenir et à  
réprimer les infractions à la Convention de Genève****par Gustave Moynier, Genève, 1872**

## Article 1er

Pour assurer l'exécution de la Convention de Genève du 22 août 1864 et de ses articles additionnels, il sera, en cas de guerre entre deux ou plusieurs puissances contractantes, constitué un tribunal international auquel pourront être adressées les plaintes concernant des infractions à la- dite Convention.

## Article 2

Ce tribunal sera formé de la manière suivante :

Dès que la guerre aura été déclarée, le Président de la Confédération suisse désignera, par le sort, trois des puissances signataires de la Convention, à l'exclusion des belligérants.

Les gouvernements de ces trois puissances seront, ainsi que ceux des États belligérants, invités à nommer chacun un arbitre, et les cinq arbitres choisis s'assembleront, le plus promptement possible, au lieu qui leur sera provisoirement indiqué par le Président de la Confédération suisse.

Si la lutte s'engage entre plus de deux États souverains, ceux qui feront cause commune se concerteront pour le choix d'un arbitre commun.

Si, pendant le cours de la guerre, l'un des États neutres qui ont fourni des arbitres devient belligérant, un nouveau tirage au sort aura lieu pour remplacer l'arbitre nommé par lui.

## Article 3

Les arbitres s'entendront entre eux sur le choix définitif du lieu où ils siégeront.

Les détails d'organisation du tribunal et la procédure à suivre seront laissés à leur appréciation.

Ils fixeront aussi eux-mêmes le moment où ils estimeront pouvoir cesser de siéger.

#### Article 4

Le tribunal ne s'occupera que des infractions au sujet desquelles des plaintes lui auront été adressées par les gouvernements intéressés.

Ceux-ci devront lui déférer toutes les affaires auxquelles ils désireront donner suite, et dans lesquelles des étrangers se trouveront impliqués.

Le tribunal soumettra les faits incriminés à une enquête contradictoire, pour laquelle toutes facilités devront lui être octroyées par les gouvernements signataires de la Convention, et spécialement par les belligérants.

#### Article 5

Le tribunal formulera son opinion, pour chaque cas particulier, dans un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité.

Si la culpabilité est reconnue, il prononcera une peine, conformément à la loi pénale internationale qui devra faire l'objet d'un traité complémentaire de la présente Convention.

#### Article 6

Les jugements du tribunal seront notifiés par lui aux gouvernements intéressés, et ceux-ci seront tenus d'infliger aux coupables les peines prononcées contre eux.

#### Article 7

Lorsqu'une plainte sera accompagnée d'une demande en dommages et intérêts, le tribunal aura qualité pour statuer sur cette prétention et pour fixer le montant de l'indemnité.

Le gouvernement du délinquant sera responsable de l'exécution de la sentence.

#### Article 8

Les jugements du tribunal seront communiqués à tous les gouvernements signataires de la Convention, traduits par eux, s'il y a lieu, dans la langue de leur pays, et publiés à bref délai dans leur feuille officielle.

Il en sera de même des avis auxquels les arbitres croiront nécessaire de donner de la publicité, dans l'intérêt de leurs travaux, notamment en ce qui concerne l'application de la pénalité et le paiement des dommages et intérêts.

#### Article 9

Les frais du tribunal, y compris le traitement des arbitres et leurs indemnités de déplacement, seront supportés par égales proportions par les États belligérants, qui devront, au fur et à mesure de ses besoins, lui fournir les fonds qui lui seront nécessaires.

La comptabilité du tribunal fera l'objet d'un rapport final, qui recevra la même publicité que ses décisions.

#### Article 10

Les archives du tribunal seront réunies, à Berne, à celles de la Confédération suisse.



**ANEXO B****Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (1954)**

## Article 1

Offences against the peace and security of mankind, as defined in this Code, are crimes under international law, for which the responsible individuals shall be punished.

## Article 2

The following acts are offences against the peace and security of mankind:

(1) Any act of aggression, including the employment by the authorities of a State of armed force against another State for any purpose other than national or collective self-defence or in pursuance of a decision or recommendation of a competent organ of the United Nations.

(2) Any threat by the authorities of a State to resort to an act of aggression against another State.

(3) The preparation by the authorities of a State of the employment of armed force against another State for any purpose other than national or collective self-defence or in pursuance of a decision or recommendation of a competent organ of the United Nations.

(4) The organization, or the encouragement of the organization, by the authorities of a State, of armed bands within its territory or any other territory for incursions into the territory of another State, or the toleration of the organization of such bands in its own territory, or the toleration of the use by such armed bands of its territory as a base of operations or as a point of departure for incursions into the



territory of another State, as well as direct participation in or support of such incursions.

(5) The undertaking or encouragement by the authorities of a State of activities calculated to foment civil strife in another State, or the toleration by the authorities of a State of organized activities calculated to foment civil strife in another State.

(6) The undertaking or encouragement by the authorities of a State of terrorist activities in another State, or the toleration by the authorities of a State of organized activities calculated to carry out terrorist acts in another State.

(7) Acts by the authorities of a State in violation of its obligations under a treaty which is designed to ensure international peace and security by means of restrictions or limitations on armaments, or on military training, or on fortifications, or of other restrictions of the same character.

(8) The annexation by the authorities of a State of territory belonging to another State, by means of acts contrary to international law.

(9) The intervention by the authorities of a State in the internal or external affairs of another State, by means of coercive measures of an economic or political character in order to force its will and thereby obtain advantages of any kind.

(10) Acts by the authorities of a State or by private individuals committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group as such, including:

(i) Killing members of the group;

(ii) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;

(iii) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;

(iv) Imposing measures intended to prevent births within the group;

(v) Forcibly transferring children of the group to another group.

(11) Inhuman acts such as murder, extermination, enslavement, deportation or persecutions, committed against any civilian population on social, political, racial, religious or cultural grounds by the authorities of a State or by private individuals acting at the instigation or with the toleration of such authorities.

(12) Acts in violation of the laws or customs of war.

(13) Acts which constitute:

(i) Conspiracy to commit any of the offences defined in the preceding paragraphs of this article; or

(ii) Direct incitement to commit any of the offences defined in the preceding paragraphs of this article; or

(iii) Complicity in the commission of any of the offences defined in the preceding paragraphs of this article; or

(iv) Attempts to commit any of the offences defined in the preceding paragraphs of this article.

### Article 3

The fact that a person acted as Head of State or as responsible government official does not relieve him of responsibility for committing any of the offences defined in this Code.

### Article 4

The fact that a person charged with an offence defined in this Code acted pursuant to an order of his Government or of a superior does not relieve him of responsibility in international law if, in the circumstances at the time, it was possible for him not to comply with that order.

## ANEXO C

### **Anteprojeto: Anteprojeto de Lei que institui o Estatuto de Roma, definindo crimes da competência do Tribunal Penal Internacional, bem como sua administração.**

Art. 1o. Esta lei define o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, previstos no Estatuto de Roma e em outros tratados ratificados pelo Brasil, dispõe sobre a cooperação judiciária com o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL e dá outras providências.

#### **Título I : DOS PRINCÍPIOS GERAIS**

Art. 2o. Os princípios gerais deste Título aplicam-se ao crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, previstos nesta Lei.

Art. 3o. Os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra são imprescritíveis, inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, graça ou indulto.

Parágrafo único. Extingue-se a punibilidade apenas pela morte do agente e pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso.

Art. 4o. Aplica-se esta lei aos crimes cometidos em território nacional ou, embora cometidos no estrangeiro, o agente seja brasileiro ou, sendo de outra nacionalidade ou apátrida, ingresse em território sob jurisdição brasileira.

§1º. Se o agente for estrangeiro e o crime tiver sido cometido fora do território nacional, a opção pela extradição dependerá de efetiva disposição de julgamento pelo Estado requerente.

§2º. Ressalvam-se as hipóteses de pedidos concorrentes e de entrega ao TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, nos termos do seu Estatuto.

§3º. Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Art. 5º. Os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra serão punidos com pena privativa de liberdade e multa. Art. 6º. O cumprimento da pena privativa de liberdade será integralmente em regime fechado, permitido o livramento condicional desde que o condenado:

- I. tenha cumprido mais de dois terços do total das penas impostas;
- II. tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração ; e
- III. tenha comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena e apresente condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir.

Art. 7º. Diz-se o crime:

- I. consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;
- II. tentado, quando, iniciada a sua execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços, podendo o juiz, em caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado.

Art. 8º. Não se aplica aos crimes previstos nesta lei o disposto no art. 16 do Código Penal.

Art. 9º. O exercício de cargo ou função oficial, civil ou militar, não eximirá o agente da responsabilidade penal, nem poderá, per se, constituir motivo para redução da pena.

Art. 10. Além de outros fatores determinantes de responsabilidade penal, responde ainda pelos crimes previstos nesta lei:

I. quem, por força de ofício, cargo ou função, oficial ou não, devia e podia evitar sua prática e omitiu-se deliberadamente quando lhe era possível impedi-lo ou fazê-lo cessar a tempo de evitar as ameaças ou danos.

II. o comandante militar ou a pessoa que atue efetivamente como comandante militar, pelos crimes cometidos por agentes sob o seu comando e controle efetivo, ou sua autoridade e controle efetivo, dependendo do caso, por não ter exercido apropriadamente o controle sobre esses agentes quando: sabia ou, em razão das circunstâncias do momento, deveria saber que os agentes estavam cometendo ou pretendiam cometer tais crimes; e não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua prática ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução;

III. No que se refere às relações entre superior e subordinado não descritas no inciso II, o superior pelos crimes que tiverem sido cometidos por subordinados sob sua autoridade e controle efetivo, em razão de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

a) teve conhecimento ou, deliberadamente, não levou em consideração a informação que indicava que os subordinados estavam cometendo tais crimes ou se preparavam a cometê-los;

b) os crimes estavam relacionados com atividades sob sua responsabilidade ou controle efetivos; e

c) não adotou todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua prática ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução.

Art. 11. Somente será considerada irresistível a coação decorrente de ameaça de morte ou de ofensa grave à integridade física ou à saúde exercida contra o agente ou contra terceiros, desde que o agente:

a) atue de forma razoável e necessária para evitar a coação; e

b) não tenha dado causa à situação da coação.

Art. 12. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

§1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

§2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

§3º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Art. 13. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta da pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Art. 14. A obediência a ordens de superior hierárquico, civil ou militar, não constitui causa excludente, exceto nos crimes de guerra quando:

- a) estiver o agente obrigado por lei a obedecer a ordens emanadas de autoridade ou do superior hierárquico;
- b) não tiver conhecimento de que a ordem era ilegal; e
- c) a ordem não for manifestamente ilegal.

Art. 15. Aplica-se o Código Penal Brasileiro aos civis e o Código Penal Militar aos militares, no que não contrariarem esta lei.

Art. 16. Os crimes previstos nesta lei atentam contra interesses da União, sendo da competência da Justiça Federal ou da Justiça Militar da União.

Art 17. Os crimes de que trata esta lei não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição.

## **Título II: DO CRIME DE GENOCÍDIO**

### **Genocídio**

Art. 18. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

a) matar membro do grupo;

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membro do grupo;

Pena – reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos.

c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos.

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos.

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos.

### **Associação para a prática de genocídio**

Art. 19. Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior:

Pena: Metade da cominada ao crime para o qual se associaram.

### **Incitação ao genocídio**

Art. 20. Incitar, direta e publicamente alguém a cometer genocídio

Pena: Metade das penas do crime incitado.

§ 1º A pena pelo crime de incitação será a mesma de crime incitado, se este se consumar.

§ 2º A pena será aumentada de um terço, quando a incitação for cometida por meio da imprensa.

### **Aumento de pena**

Art. 21. A pena é aumentada de um a dois terços, quando: a) o crime for cometido por autoridade ou agente público; b) o crime for cometido mediante concurso de pessoas; c) a vítima for menor de 14 (catorze) anos, maior de 65 (sessenta e cinco) anos, gestante, portador de necessidades especiais, ou tiver diminuída por qualquer causa a capacidade de resistência;

## **Título III : DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE**

### **Capítulo I - Disposições Gerais**

Art. 22. Consideram-se crimes contra a humanidade as condutas praticadas no contexto de ações generalizadas ou sistemáticas dirigidas contra população civil, em conformidade com a



política de um Estado ou de uma organização, oficial ou não, de praticar ou promover essas ações.

Art. 23. Para os efeitos desse título, aumenta-se a pena de um a dois terços, quando:

- a) o crime for cometido por autoridade ou agente público;
- b) o crime for cometido mediante concurso de pessoas;
- c) a vítima for menor de 14 (catorze) anos, maior de 65 (sessenta e cinco) anos, gestante, portador de necessidades especiais, ou tiver diminuída por qualquer causa a capacidade de resistência;

## **Capítulo II : Dos crimes contra a humanidade**

### **Crime contra a humanidade de homicídio**

Art. 24. Matar alguém. Pena: reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

### **Crime contra a humanidade de extermínio**

Art. 25. Matar alguém, num contexto de extermínio em massa, com o fim de causar a destruição no todo ou em parte de população civil, inclusive mediante privação de meios necessários à sua subsistência ou imposição de condições de vida adversas.

Pena: reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

### **Crime contra a humanidade de escravidão**

Art. 26. Exercer sobre alguém quaisquer atos próprios do direito de propriedade, tais como comprar, vender, emprestar ou dar em troca, ou quaisquer outros atos que as reduzam à condição análoga à de escravo.

Pena: reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos.

### **Crime contra a humanidade de deportação ou deslocamento forçado**

Art. 27. Promover, sem qualquer motivo reconhecido pelo direito internacional, mediante violência, ameaça ou qualquer outra forma de coação, a deportação ou o deslocamento de pessoas, do local em que se encontram legalmente.

Pena: reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos.

### **Crime contra a humanidade de prisão ou restrição de liberdade**

Art. 28. Prender, ou submeter alguém a grave restrição da liberdade física, infringindo normas do direito internacional.

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos.

### **Crime contra a humanidade de tortura e tratamentos degradantes, cruéis ou desumanos**

Art. 29. Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental.

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§1º. Não constitui tortura a dor ou sofrimento inerentes à execução de sanções legítimas.

§2º. A pena aumenta-se de um a dois terços se da conduta resultar incapacidade permanente para o trabalho, deformidade permanente, enfermidade incurável, ou debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

§3º. A pena será duplicada se resultar morte.

### **Crime contra a humanidade de violência sexual**

Art. 30. Constranger alguém, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§1º. A pena aumenta-se de um a dois terços se da conduta resultar incapacidade permanente para o trabalho, deformidade permanente, enfermidade incurável, ou debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

§2º. A pena será duplicada se resultar morte.

### **Crime contra a humanidade de agressão sexual**

Art. 31. Constranger alguém, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique atos obscenos. Pena: reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos.

### **Crime contra a humanidade de presença forçada em violência ou agressão sexual**

Art. 32. Constranger alguém a presenciar a prática de violência ou de agressão sexual.

Pena: reclusão, de 5 (cinco) a 10 (dez) anos.

**Crime contra a humanidade de escravidão sexual**

Art. 33. Exercer sobre alguém quaisquer atos próprios do direito de propriedade, tais como comprar, vender, emprestar ou dar em troca, ou quaisquer outros atos que o reduza à condição análoga à de escravo, praticando ou permitindo que com ele se pratique ato de natureza sexual.

Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

**Crime contra a humanidade de prostituição forçada**

Art. 34. Constranger alguém, mediante violência, ameaça, coação ou intimidação, a qualquer forma de prostituição, com o fim de obter qualquer tipo de vantagem. Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

**Crime contra a humanidade de gravidez forçada**

Art. 35. Engravidar ou promover a gravidez, mediante violência, grave ameaça, ou qualquer outra forma de coação, contra a vítima ou terceira pessoa, com o fim de modificar ou comprometer a unidade étnica de um grupo ou de cometer outras violações graves do direito internacional.

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

**Crime contra a humanidade de esterilização forçada**

Art. 36. Esterilizar alguém sem o seu consentimento válido.

Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

### **Crime contra a humanidade de privação de direitos**

Art. 37. Privar alguém, sem justa causa, de seus direitos fundamentais, por pertencer a grupo político, racial, étnico, religioso, cultural ou de gênero.

Pena: reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

### **Crime contra a humanidade de desaparecimento forçado de pessoas**

Art. 38. Apreender, deter ou seqüestrar alguém, em nome de um Estado ou organização política ou com a autorização, apoio ou aquiescência destes, ocultando a privação da liberdade ou negando informação sobre a sua sorte ou paradeiro, deixando-a fora do amparo legal por um período prolongado de tempo.

Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos

§ 1º. Para os fins deste artigo, considera-se praticado o delito ainda que a privação de liberdade decorra de ordem legal, mas tenha sido efetivada com o objetivo de impedir a vítima ou seus familiares e afins de se valerem dos recursos legais para sua localização ou soltura.

§ 2º. São responsáveis pela prática do delito os agentes que, de qualquer forma, participem ou contribuam para a apreensão, detenção ou seqüestro, a ocultação da vítima ou a omissão de informações, ainda que não tenham agido em conluio ou com o conhecimento prévio de todas as condutas praticadas e de seus autores.

### **Crime contra a humanidade de segregação racial**

Art. 39. Praticar qualquer crime previsto neste título, no contexto de um regime institucionalizado ou tolerado de opressão e dominação sistemáticas de um grupo racial ou étnico sobre outro, com o fim de manter este regime.

Pena: reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

### **Crime contra a humanidade de atos desumanos**

Art. 40. Ofender a integridade física ou saúde física ou mental. Pena: reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, se a conduta não constituir crime mais grave.

§1º. A pena aumenta-se de um a dois terços, se da conduta resultar incapacidade permanente para o trabalho, deformidade permanente, enfermidade incurável, ou debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

§2º. A pena será duplicada se resultar morte.

## **Título IV: DOS CRIMES DE GUERRA**

### **Capítulo I - Disposições gerais**

Art. 41. Consideram-se crimes de guerra os praticados em tempo de conflito armado ou, após cessadas as hostilidades, enquanto a vítima continuar sob o domínio da parte beligerante.

Art. 42. A necessidade militar não exclui a responsabilidade penal.

Art. 43. Considera-se conflito armado internacional os casos:

I. de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que possa surgir entre dois ou mais Estados, ainda que o estado de guerra não seja reconhecido por um deles;

II. de ocupação total ou parcial do território de um Estado, mesmo que essa ocupação não encontre qualquer resistência militar;

III. em que os povos lutam contra a dominação colonial, a ocupação estrangeira e contra os regimes de segregação, no exercício do direito dos povos à autodeterminação, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração relativa aos princípios do direito internacional no que diz respeito às relações amigáveis e à cooperação entre os Estados.

Art. 44. Considera-se conflito armado não-internacional todos os conflitos armados que não estejam cobertos pelo artigo precedente e que se desenrolem em território de um Estado, entre suas forças armadas e as forças armadas dissidentes, ou grupos armados organizados que, sob chefia de um comandante responsável, exerçam sobre uma parte de seu território um controle tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e concertadas.

§1o. Também considera-se conflito armado não-internacional outras graves perturbações da ordem interna em que haja emprego duradouro de forças militares.

§2o. Para efeito do caput e do §1º do presente artigo, o conflito armado pode ser levado a cabo por grupos armados organizados entre si.

§3o. O presente artigo não se aplica às situações de tensão e perturbações internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos, que não são considerados conflitos armados.

Art. 45. Consideram-se pessoas protegidas para efeito deste título: I. Em conflitos armados internacionais:

- a) os feridos, enfermos e náufragos e o pessoal sanitário ou religioso, protegidos pelas Convenções I e II de Genebra de 12 de agosto de 1949 ou pelo seu Protocolo Adicional I de 8 de junho de 1977;
- b) os prisioneiros de guerra protegidos pela Convenção III de Genebra de 12 de agosto de 1949 ou pelo seu Protocolo Adicional I de 8 de junho de 1977;
- c) a população civil e os civis protegidos pela Convenção III de Genebra de 12 de agosto de 1949 ou pelo seu Protocolo Adicional I de 8 de junho de 1977;

d) as pessoas fora de combate e o pessoal da potência protetora e de seu substituto, protegidos pelas Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 ou pelo seu Protocolo Adicional I de 8 de junho de 1977;

e) os parlamentários e as pessoas que os acompanhem, protegidos pela Convenção II da Haia de 29 de julho de 1899.

II. Em conflitos não-internacionais, as pessoas que não participem diretamente das hostilidades ou que não mais delas participem, incluídos os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas colocadas fora de combate por enfermidade, ferimento, detenção, ou por qualquer outra causa, protegidas pelo Art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 ou pelo seu Protocolo Adicional II de 8 de junho de 1977.

III. No marco dos conflitos armados internacionais ou não, a depender do caso, as pessoas definidas em um tratado do qual a República Federativa do Brasil seja parte e que sejam tuteladas de maneira similar às normas previstas nesse artigo.

Art. 46. Considera-se pessoa fora de combate toda aquela que se abstenha de atos de hostilidade e não tente se evadir e:

I. estiver em poder de uma parte adversária; ou

II. exprimir claramente a intenção de se render; ou

III. tiver perdido os sentidos ou se encontrar por qualquer outra forma em estado de incapacidade devido a ferimentos ou enfermidade e, conseqüentemente, for incapaz de se defender.

Art. 47. No que diz respeito aos bens, os objetivos militares limitam-se àqueles que por sua natureza, localização, finalidade ou utilização contribuam eficazmente à ação militar e cuja destruição total ou parcial, captura ou neutralização ofereça, nas circunstâncias do caso, uma vantagem militar concreta.

Parágrafo único. Mesmo pertencendo às forças armadas, os bens e locais sanitários ou religiosos não são considerados objetivos militares quando utilizados para sua atividade fim.



Art. 48. Considera-se bem protegido todo bem que não seja considerado objetivo militar.

Parágrafo único. São bens especialmente protegidos os identificados por emblemas distintivos reconhecidos pelo direito internacional.

Art. 49. Aumenta-se a pena de um terço se o agente é mercenário, conforme definição nos tratados internacionais.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um a dois terços, quando:

- a) o crime for cometido mediante concurso de pessoas;
- b) a vítima for menor de 14 (catorze) anos, maior de 65 (sessenta e cinco) anos, gestante, portador de necessidades especiais, ou tiver diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

## **Capítulo II - Conflitos Armados de Caráter Internacional**

### **Crime de guerra de homicídio**

Art. 50. Matar pessoa protegida.

Pena – reclusão, de 15 (quinze) a 30 (trinta) anos.

### **Crime de guerra de tortura**

Art. 51. Causar dor ou sofrimento físico ou mental intensos a pessoa protegida. Pena-reclusão, 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1o. A pena aumenta-se de um terço se o crime é praticado com o fim de obter informação ou confissão, castigar, intimidar ou coagir.

§2º. A pena aumenta-se de um a dois terços, se da conduta resultar incapacidade permanente para o trabalho, deformidade permanente, enfermidade incurável, ou debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

§3º. A pena será duplicada se resultar morte.

### **Crime de guerra de tratamento desumano**

Art. 52. Ofender a integridade física ou saúde física ou mental de pessoa protegida.

Pena: reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, se a conduta não constituir crime mais grave.

§1º. A pena aumenta-se de um a dois terços, se da conduta resultar incapacidade permanente para o trabalho, deformidade permanente, enfermidade incurável, ou debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

§2º. A pena será duplicada se resultar morte.

### **Crime de guerra de submissão à experiência biológica, médica ou científica**

Art. 53. Submeter pessoa protegida a experiência biológica, médica ou científica de qualquer tipo, que não seja justificada por tratamento médico, odontológico ou hospitalar, nem realizada no interesse dela, expondo sua integridade física ou saúde física ou mental à grave perigo.

Pena – reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

§1º. A pena aumenta-se de um terço a dois terços se da conduta resultar incapacidade permanente para o trabalho, deformidade permanente, enfermidade incurável, ou debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

§2º. A pena será duplicada se resultar morte.

**Crime de guerra de destruição ou apropriação de bens protegidos**

Art. 54. Destruir, inutilizar no todo ou em parte, subtrair bens protegidos em grande escala ou apropriar-se deles, sem imperiosa necessidade militar.

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem destruir, inutilizar no todo ou em parte, subtrair ou apropriar-se de bem especialmente protegido.

**Crime de guerra de constrangimento a prestar serviço em força inimiga**

Art. 55. Constranger pessoa protegida, mediante violência ou ameaça, a participar de operação bélica contra seu país ou suas forças armadas ou a prestar serviço nas forças armadas de país inimigo.

Pena – reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

**Crime de guerra de denegação de justiça**

Art. 56. Privar pessoa protegida de julgamento justo e imparcial, negando-lhe as garantias judiciais definidas nas Convenções de Genebra de 1949, nos seus Protocolos Adicionais de 1977 ou na Constituição Federal.

Pena – reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

**Crime de guerra de deportação ou transferência indevida**

Art. 57. Deportar ou transferir para outro Estado ou lugar, indevidamente, pessoa protegida.

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos.

**Crime de guerra de confinamento ilegal**

Art. 58. Confinar indevidamente pessoa protegida.

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos.

**Crime de guerra de tomada de reféns**

Art. 59. Capturar, deter ou manter como refém pessoa protegida para obrigar um Estado, uma organização internacional, pessoa jurídica ou pessoa física a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos.

**Crime de guerra de ataque contra a população civil ou civis**

Art. 60. Atacar população civil ou civis que não participem diretamente das hostilidades.

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§1º. Na mesma pena incorre quem ataca participante de missão de manutenção de paz ou de assistência humanitária, assim definida na Carta das Nações Unidas, que esteja na condição equivalente à de civil.

§2º. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se a vítima estiver identificada pelos emblemas distintivos de proteção internacional.

**Crime de guerra de ataque contra bens civis**

Art. 61. Atacar bens civis que não sejam objetivos militares. Pena – reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, se o fato não constituir crime mais grave.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem ataca instalação, material, unidade ou veículo participante de missão de manutenção de paz ou de assistência humanitária, assim definida na Carta das Nações Unidas, que esteja na condição equivalente à de bem civil.

### **Crime de guerra de ataque excessivo e desproporcional**

Art. 62. Lançar ataque sabendo que poderia causar perdas acidentais de vidas humanas, lesões a civis ou danos a bens de caráter civil ou danos extensos, duradouros e graves ao meio ambiente que seriam manifestamente excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta que se previa.

Pena – reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se de um a dois terços se da conduta resultar danos, e duplica-se se resultar mortes ou lesões a civis.

### **Crime de guerra de ataque a local não defendido**

Art. 63. Atacar por qualquer meio cidades, aldeias, povoados ou edificações que não estejam defendidos, zonas desmilitarizadas e que não sejam objetivos militares.

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos.

### **Crime de guerra de perfídia**

Art. 64. Capturar adversário mediante perfídia.

Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 10 (dez) anos.

§1º. A pena aumenta-se de um a dois terços se da conduta resultar incapacidade permanente para o trabalho, deformidade permanente, enfermidade incurável, ou debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

§2º. A pena será duplicada se da conduta resultar morte.

§3º. Constitui perfídia valer-se da boa-fé de adversário, fazendo-o crer que tem o direito de receber ou a obrigação de assegurar a proteção prevista pelas regras de direito internacional aplicáveis a conflitos armados, tais como simular:

I. intenção de negociar mediante o uso de bandeira parlamentar ou simular a rendição;

II. incapacidade causada por ferimento ou enfermidade;

III. condição de civil ou de não-combatente;

IV. condição de protegido mediante o uso de sinal ou emblema internacionalmente reconhecidos, ou uniforme, bandeira ou insígnia das Nações Unidas, de Estado neutro, de outro Estado não-Parte do conflito ou da parte adversária. Crime de guerra de transferência de população civil pela Potência Ocupante

Art. 65. Transferir, direta ou indiretamente, parte de sua própria população civil para o território ocupado ou transferir a totalidade ou parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território.

Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

### **Crime de guerra de atacar bem protegido**

Art. 66. Atacar edificação destinada ao culto religioso, à instrução, às artes, às ciências ou à beneficência, monumento histórico, hospital ou lugar onde se agrupam doentes e feridos, sempre que não sejam objetivos militares.

Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

### **Crime de guerra de ataque a bem identificado com emblema de proteção**

Art. 67. Atacar edificação, unidade ou veículo sanitário, ou outro bem que utilize emblema distintivo ou qualquer outro método que o identifique como protegido pelo direito internacional.

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos.

### **Crime de guerra de mutilação**

Art. 68. Mutilar pessoa protegida, extirpando-lhe membro, órgão ou parte do corpo.

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

Parágrafo único. A pena será duplicada se resultar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

### **Crime de guerra de não dar quartel**

Art. 69. Ordenar ou declarar que não deve haver sobreviventes, ameaçar o adversário de tal fato ou conduzir as hostilidades em função dessa decisão.

Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

### **Crime de guerra de destruição ou apreensão dos bens do inimigo**

Art. 70. Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que uma vantagem militar precisa o torne imperativo.

Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

### **Crime de guerra de saque**

Art. 71. Praticar o saque.

Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos.

**Crime de guerra de uso de veneno ou armas envenenadas, gases asfixiantes ou tóxicos, ou material análogo**

Art. 72. Utilizar veneno ou arma envenenada, gás asfixiante, tóxico ou similar, ou líquido, material ou dispositivo análogo, capazes de causar a morte ou grave dano à saúde de outrem.

Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos.

**Crime de guerra de uso de projéteis proibidos**

Art. 73. Utilizar projétil que se expande ou se alastre facilmente no corpo humano, tal como bala de capa dura que não cubra totalmente a parte interior ou que tenha incisões e outros projéteis proibidos por tratados dos quais a República Federativa do Brasil seja parte.

Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

**Crime de guerra de uso de armas, projéteis, materiais e métodos de guerra proibidos**

Art. 74. Utilizar arma, projétil, material ou método de guerra que, por sua própria natureza, cause dano supérfluo ou sofrimento desnecessário ou produza efeito indiscriminado, em violação a tratado do qual a República Federativa do Brasil seja parte.

Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos.

**Crime de guerra de tratamentos ultrajantes**



Art. 75. Submeter alguém a tratamento humilhante ou degradante ou que, de qualquer outra forma, atente contra sua dignidade.

Pena – reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

### **Crime de guerra de violência sexual**

Art. 76. Constranger alguém, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§1º. A pena aumenta-se de um a dois terços se da conduta resultar incapacidade permanente para o trabalho, deformidade permanente, enfermidade incurável, ou debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

§2º. A pena será duplicada se resultar morte.

### **Crime de guerra de agressão sexual**

Art. 77. Constranger alguém, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique atos obscenos.

Pena: reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos.

### **Crime de guerra de presença forçada em violência ou agressão sexual**

Art. 78. Constranger alguém a presenciar a prática de violência ou agressão sexual. Pena: reclusão, de 5 (cinco) a 10 (dez) anos.

**Crime de guerra de escravidão sexual**

Art. 79. Exercer sobre alguém quaisquer atos próprios do direito de propriedade, tais como comprar, vender, emprestar ou dar em troca, ou quaisquer outros atos que a reduza à condição análoga à de escravo, praticando ou permitindo que se pratique qualquer ato de natureza sexual.

Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

**Crime de guerra de prostituição forçada**

Art. 80. Constranger alguém, mediante violência, ameaça, coação ou intimidação, a qualquer forma de prostituição, com o fim de obter qualquer tipo de vantagem.

Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

**Crime de guerra de gravidez forçada**

Art. 81. Engravidar ou promover a gravidez, mediante violência, grave ameaça, ou qualquer outra forma de coação, contra a vítima ou terceira pessoa, com o fim de modificar ou comprometer a unidade étnica de um grupo ou de cometer outras violações graves do direito internacional.

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

**Crime de guerra de esterilização forçada**

Art. 82. Esterilizar alguém sem o seu consentimento válido.

Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

**Crime de guerra de escudo humano**

Art. 83. Utilizar a presença de civis ou outras pessoas protegidas como escudo de proteção de objetivo militar ou para favorecer, dificultar ou impedir operações militares.

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

**Crime de guerra de inanição de civis**

Art. 84. Utilizar a inanição de civis como método de guerra, privando-os de meios necessários à sua sobrevivência, inclusive por meio da obstrução da chegada de suprimentos de socorro.

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze).

§1º. A pena aumenta-se de um a dois terços se da conduta resultar incapacidade permanente para o trabalho, deformidade permanente, enfermidade incurável, ou debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

§2º. A pena será duplicada se da conduta resultar morte. Crime de guerra de recrutamento ou alistamento de menor

Art. 85. Recrutar ou alistar menor de 18 anos nas forças armadas nacionais ou em grupo armado organizado.

Pena – reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito).

Parágrafo único. A pena aumenta-se de um sexto a um terço se o menor participar das hostilidades.

**Crime de guerra de não repatriamento**

Art. 86. Opor-se injustificadamente ao repatriamento de civil ou de prisioneiro de guerra.

Pena – reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

### **Capítulo III - Conflitos Armados de Caráter Não-Internacional**

Art. 87. As condutas previstas no Capítulo II deste Título, salvo aquelas descritas nos artigos 55, 65 e 86, também serão consideradas crimes quando praticadas em conflitos armados de caráter não-internacional, estando sujeitas às mesmas penas.

## **Título V: DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

### **Capítulo I - Disposição geral**

Art. 88. Compete à justiça brasileira processar e julgar os crimes previstos neste título, quando não processados pelo TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

### **Capítulo II - Dos crimes contra a administração da justiça do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

#### **Falso testemunho ou falsa perícia**

Art. 89. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Pena – reclusão, de 1(um) a 3 (três) anos.

#### **Uso de prova falsa**

Art. 90. Apresentar provas perante o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL sabendo que são falsas, material ou ideologicamente.

Pena – reclusão, de 1(um) a 3 (três) anos.

### **Corrupção ativa**

Art. 91. Dar, oferecer, prometer dinheiro, recompensa ou qualquer outra vantagem à testemunha, perito, tradutor ou intérprete para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade perante o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

### **Obstrução processual**

Art. 92. Impedir ou dificultar o comparecimento de testemunha, perito, tradutor ou intérprete no TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL ou interferir no seu depoimento ou manifestação.

Pena – reclusão, de 1(um) a 3 (três) anos.

### **Retorsão**

Art. 93. Usar de violência ou grave ameaça como represália contra testemunha, perito, tradutor ou intérprete em virtude de depoimento ou manifestação prestados perante o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

### **Dano processual**

Art. 94. Destruir, suprimir, subtrair, falsificar no todo ou em parte, ou alterar provas, retardar ou interferir em prejuízo da coleta de provas em procedimento do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Pena – reclusão, de 1(um) a 3 (três) anos.

### **Corrupção ativa de funcionário**

Art. 95. Dar, oferecer, prometer dinheiro, recompensa ou qualquer outra vantagem a funcionário do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL ou colocar entraves em seu trabalho para constrangê-lo ou induzi-lo a não cumprir suas funções ou exercê-las de maneira indevida.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

### **Retorsão contra funcionário**

Art. 96. Usar de violência ou grave ameaça como represália contra funcionário do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL em razão de função desempenhada por ele ou por outro funcionário ou ameaçar com objetivo de constrangê-lo a não cumprir suas funções ou exercê-las de maneira indevida.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

### **Corrupção passiva**

Art. 97. Solicitar, exigir, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão da qualidade de funcionário do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

## **Título VI : DA COOPERAÇÃO COM O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

### **Capítulo I - Disposições gerais**

Art. 98. Para os fins dessa lei, a cooperação da República Federativa do Brasil com o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL envolverá:

I. prisão e entrega de pessoas;

II. prisão preventiva e outras formas de limitação de liberdade;

III. outras formas de cooperação, tais como:

a) identificação e localização de pessoas ou coisas;

b) tomada de depoimentos e realização de perícias, exames e inspeções;

c) interrogatórios;

d) requisição de documentos;

e) facilitação do comparecimento voluntário perante o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL de pessoas que deponham na qualidade de testemunha ou de perito;

f) transferência provisória de pessoas detidas;

g) busca e apreensão;

h) proteção de vítimas e testemunhas, bem como preservação de provas;

i) transmissão de documentos;

- j) identificação, rastreamento e apreensão dos instrumentos e do produto do crime e o seqüestro ou arresto dos bens adquiridos com o produto do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé;
- k) qualquer outro tipo de assistência lícita e destinada a facilitar a investigação e persecução de crimes sob a jurisdição do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL; e
- l) execução de penas aplicadas pelo TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Art. 99. Os pedidos de cooperação serão recebidos pela via diplomática e encaminhados pelo Ministério das Relações Exteriores ao Ministério da Justiça, designado autoridade nacional de cooperação com o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, que os encaminhará no prazo máximo de 5 dias à autoridade competente para sua execução.

§1º. O Ministério da Justiça encaminhará ao Presidente do Supremo Tribunal Federal os pedidos de entrega, prisão preventiva ou prisão para entrega de pessoas ao TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, bem como outras medidas que dependam de providências judiciais.

§2º. Se o ato de cooperação depender de providência administrativa compreendida nas atribuições de órgão da administração pública federal caberá ao próprio Ministério da Justiça determinar as medidas cabíveis.

§3º. Os pedidos de cooperação serão encaminhados ao Procurador Geral da República quando se referirem a investigações a serem promovidas pelo Procurador do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL no território nacional.

Art. 100. As autoridades incumbidas de prestar a cooperação preservarão o sigilo na sua execução, quando necessário, bem como garantirão a segurança e a integridade física e psicológica dos investigados, das vítimas, das possíveis testemunhas e seus familiares.

Art. 101. Se a execução do ato de cooperação for proibida por violar princípio fundamental de direito, a autoridade competente celebrará consultas com o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL a fim de resolver a questão.



Parágrafo único. A cooperação não poderá ser negada sob o único fundamento de inexistência de procedimentos internos que regulamentem a execução da medida solicitada.

Art. 102. Se a cooperação consistir na apresentação de documentos, informações ou divulgação de provas que ponham em risco a segurança nacional, a autoridade competente por sua execução celebrará consultas com o Tribunal a fim de estabelecer condições para o cumprimento da medida. Em caso de absoluta impossibilidade de cumpri-la a autoridade competente comunicará ao Tribunal, sem demora, os motivos da recusa.

## **Capítulo II - Prisão e entrega**

Art. 103. O Supremo Tribunal Federal, verificando que o pedido de prisão e entrega atende aos requisitos do art. 91 do Estatuto de Roma e seu Regulamento Processual, expedirá o mandado de prisão.

Art. 104. A autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão, realizará audiência, na qual:

- a) informará o preso sobre os motivos de sua prisão, fornecendo-lhe cópia do pedido de entrega;
- b) facultará ao preso a nomeação de defensor de sua confiança ou, se não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor dativo;
- c) indagará ao preso se está de acordo com a entrega;
- d) designará nova audiência, a ser realizada no prazo de 10 dias, para que o preso e seu defensor manifestem-se quanto ao pedido de entrega.

Art. 105. Havendo concordância do preso e de seu defensor quanto ao pedido, a autoridade judiciária imediatamente ordenará a entrega e colocará o preso à disposição do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Art. 106. Se o preso contestar o pedido de entrega, alegando a ocorrência de coisa julgada, a autoridade judiciária imediatamente consultará o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, para que esse informe se houve decisão sobre a admissibilidade da causa.

§1º. Se a causa foi admitida, a autoridade judiciária dará seguimento ao pedido de prisão e entrega. Se estiver pendente a decisão sobre a admissibilidade, a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão do pedido de entrega, até a manifestação do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

§2º. Em nenhuma hipótese a prisão será mantida por mais de sessenta dias, sem prejuízo da adoção de medidas adequadas para impedir a fuga e assegurar a efetivação da entrega.

Art. 107. Havendo requerimento de liberdade provisória, a autoridade judiciária comunicará ao TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, para que expeça as recomendações necessárias.

Art. 108. Ao apreciar o requerimento de liberdade provisória a autoridade judiciária terá que considerar as recomendações do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Art. 109. A liberdade provisória será concedida se presentes circunstâncias que a justifiquem, e haja garantias suficientes para a efetivação da entrega.

Parágrafo único. A autoridade judiciária, ao conceder a liberdade provisória, fixará as medidas adequadas para impedir a fuga e assegurar a efetivação da entrega.

Art. 110. Não havendo requerimento de liberdade provisória, ou sendo este indeferido, a autoridade judiciária ordenará a entrega e colocará o preso à disposição do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

### **Capítulo III - Prisão preventiva e outras formas de limitação de liberdade**

Art. 111. O Supremo Tribunal Federal, verificando que o pedido de prisão preventiva atende aos requisitos do art. 92 do Estatuto de Roma e seu Regulamento Processual, expedirá o mandado de prisão.

Art. 112. O preso poderá ser colocado em liberdade se o Supremo Tribunal Federal não tiver recebido o pedido de entrega e os documentos que o instruem no prazo de sessenta dias, a contar da data da prisão.

Art. 113. O preso poderá consentir na sua entrega antes de decorrido tal prazo, sempre que o permita o direito brasileiro. Neste caso, a República Federativa do Brasil procederá à entrega do preso ao TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL o mais rapidamente possível.

Parágrafo único. Entregue o preso, o Estado brasileiro poderá requerer ao Tribunal que cumpra sua obrigação de remeter-lhe os documentos indicados no art. 91 do Estatuto de Roma, de acordo com seu Regulamento Processual.

Art. 114. O fato de a pessoa procurada ter sido posta em liberdade, em conformidade com o § 3º do art. 92 do Estatuto de Roma, não impedirá que venha a ser novamente presa, se o pedido de entrega e os documentos que o instruem forem recebidos em data posterior.

#### **Capítulo IV - Outras formas de cooperação**

Art. 115. Recebido o pedido de notificação para comparecimento voluntário do acusado perante o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, a autoridade administrativa procederá diligências necessárias para notificá-lo.

Parágrafo único. Após cumprida a diligência ou certificada a impossibilidade de seu cumprimento, a autoridade devolverá o pedido ao Tribunal pela via diplomática.

Art. 116. Se o pedido de notificação para comparecimento do acusado estiver acompanhado de qualquer outra medida limitativa de liberdade distinta da prisão, será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal que poderá delegar seu cumprimento à autoridade judiciária federal comum ou militar.

Art. 117. Recebido o pedido de cooperação, o Supremo Tribunal Federal determinará sua atuação e, na forma da lei, ordenará, diretamente ou por delegação, a realização das seguintes diligências:

- a) identificação e localização de pessoas ou coisas;
- b) tomada de depoimentos e realização de perícias, exames e inspeções;
- c) interrogatórios;
- d) requisição de documentos;
- e) facilitação do comparecimento voluntário perante o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL de pessoas que deponham na qualidade de testemunha ou de perito;
- f) transferência provisória de pessoas detidas;
- g) busca e apreensão;
- h) proteção de vítimas e testemunhas, bem como preservação de provas;
- i) transmissão de documentos;
- j) identificação, rastreamento e apreensão dos instrumentos e do produto do crime e o seqüestro ou arresto dos bens adquiridos com o produto do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé; e
- k) qualquer outro tipo de assistência lícita e destinada a facilitar a investigação e persecução de crimes sob a jurisdição do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Parágrafo único. No caso da medida prevista na alínea f, a transferência provisória de pessoas detidas dependerá do consentimento do detido, e será executada pelas autoridades nacionais em coordenação com o Secretário do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Art. 118. Havendo concorrência entre o pedido de entrega de pessoa pelo TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL e pedido de extradição feito por outro Estado, a autoridade competente comunicará o fato a ambos os requerentes.

Parágrafo único. Havendo pedido de extradição já em tramitação, este ficará suspenso até a decisão sobre o pedido de entrega.

Art. 119. O pedido de entrega prevalecerá sobre o de extradição nos termos do Art. 90 do Estatuto de Roma.

Art. 120. Havendo concorrência de outros pedidos, que não sejam de entrega ou de extradição, a autoridade competente estabelecerá consultas com o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL e o Estado requerente com vistas ao atendimento destes.

Art. 121. O pedido do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL que suscitar dificuldades de execução dará ensejo a consultas para solucioná-las, nos seguintes casos: se a informação for insuficiente para a execução do pedido; de impossibilidade de localização da pessoa procurada, no pedido de entrega; se houver prova de que a pessoa que se encontra sob custódia não é a indicada no pedido; ou se a execução do pedido, na forma como foi apresentado, estiver em aparente conflito com obrigação assumida pela República Federativa do Brasil com outro Estado, por meio de tratado.

Art. 122. O Procurador do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL poderá ser autorizado pelo Supremo Tribunal Federal a dar cumprimento direto no território nacional, de acordo com as condições constitucionais e legais vigentes, aos pedidos de cooperação apresentados com fundamento nos artigos 93 a 96 do Estatuto de Roma, quando houver indício de que o crime foi cometido no território nacional, e o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL houver decidido que a causa é admissível.

§1º. Em outros casos de cooperação, o Procurador poderá executar o pedido diretamente após consultas com a autoridade central brasileira sujeitando-se a condições que lhe forem impostas.

§2º. Se forem alegadas condições ou preocupações razoáveis, a autoridade central brasileira poderá previamente estabelecer consultas com o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL para resolver a questão.

§3º. Em caso de delegação judicial, o Supremo Tribunal Federal indicará a autoridade judiciária perante a qual o Procurador do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL irá formular os pedidos de cooperação.

Art. 123. Aplicam-se aos pedidos de cooperação as restrições previstas para impedir a divulgação de informações confidenciais relacionadas com a defesa ou a segurança nacional.

Art. 124. Correrão à conta do Tesouro Nacional as despesas ordinárias decorrentes da execução dos pedidos de cooperação feitos pelo TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, com exceção das despesas mencionadas no art. 100 do Estatuto de Roma.

## **Capítulo V - Execução das penas impostas pelo TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

Art. 125. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I. receber e encaminhar o condenado para cumprimento da pena, designando o estabelecimento prisional;

II. determinar a autuação dos documentos referentes à condenação e à inclusão do nome do condenado no rol dos culpados;

III. proceder à execução de pena de multa e de perda de bens.

Art. 126. A execução em território nacional de pena privativa de liberdade, proferida pelo TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, dependerá de celebração de acordo com a República Federativa do Brasil, e será cumprida em estabelecimento prisional federal.

Art. 127. A pena, quando houver de ser executada pelo Estado brasileiro, não poderá ser modificada internamente.

Parágrafo único. Os pedidos de revisão, unificação de penas, progressão de regimes, livramento condicional, transferência para a prisão de outro país e outros incidentes de

execução, bem como os recursos, serão de competência exclusiva do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Parágrafo único: Os pedidos serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal que, após instrução, deverá remetê-los ao TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Art. 128. As autoridades brasileiras deverão permitir a livre e confidencial comunicação do condenado com o TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Art. 129. As execuções de penas de multa e de perda de bens serão processadas nos termos da legislação processual nacional.

Parágrafo único. Os valores arrecadados serão imediatamente colocados à disposição do TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

## **Título VII : DAS NORMAS PROCESSUAIS**

Art. 130. Aos crimes da competência da Justiça Federal brasileira aplica-se o procedimento ordinário do juiz singular.

Art. 131. Aos crimes da competência da Justiça Militar da União aplica-se o procedimento ordinário previsto para os crimes militares em tempo de paz.

Art. 132. Não se aplicam as normas processuais referentes à limitação do número de testemunhas e aos prazos processuais.

§1º. Caberá ao juiz, de acordo com as peculiaridades do caso, fixar os prazos processuais de cada etapa do processo.

§2º. Estando o réu preso, a instrução deverá ser concluída no prazo máximo de dois anos.

§3º. Excedido o prazo previsto no parágrafo anterior, o acusado será colocado em liberdade, podendo o juiz adotar medidas assecuratórias da permanência do acusado no domicílio da culpa, tais como recolhimento domiciliar, retenção de passaporte, liberdade vigiada, apresentação periódica ao Juízo.

## **DISPOSIÇÕES FINAIS**

Art. 133. Revogam-se a Lei nº 2.889, de 1o de outubro de 1956 e os artigos 208, 395, 401, 402 e 406 do Decreto-Lei no 1.001 de 21 de outubro de 1.969.