

Universidade Católica de Santos

Mestrado em Direito

**Tribunal Penal Internacional: limites legais e
desafios políticos de uma corte supranacional**

Cristiano José Martins de Oliveira

Santos
2010

Universidade Católica de Santos

Mestrado em Direito

Tribunal Penal Internacional: limites legais e desafios políticos de uma corte supranacional

Cristiano José Martins de Oliveira

Dissertação apresentada a Universidade Católica de Santos - UNISANTOS, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Internacional

Linha de Pesquisa: Regimes Internacionais

Orientador: Dr. Alcindo F. Gonçalves

Santos
2010

Aos meus pais, os seres humanos que mais admiro neste mundo, a quem tudo devo nessa vida e pelo exemplo de amor, luta, perseverança, caridade, honestidade e pelo estímulo incessante na minha formação.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Especiais ao Professor Doutor Alcindo Gonçalves, por ter aceitado o desafio de orientar quem estava desorientado no início dos trabalhos.

A Gislene, minha namorada, por ser um exemplo de mulher e pelo amor que sempre me proporcionou.

A minha irmã e seu esposo, aquela por ser minha segunda mãe e este por ter sido meu companheiro e amigo desde tenra idade.

Aos meus alunos do curso de Direito das Faculdades Integradas do Vale do Ribeira em Registro – SP, pelo carinho com o qual me tratam e por me proporcionarem enorme prazer na atividade docente, me incentivando cada vez mais ao aperfeiçoamento e pesquisa.

Ao Sr. Aderbal Alfredo Calderari Bernardes, pela confiança, oportunidade, apoio e incentivo na atividade docente.

Ao Prof. Eduardo Ogawa e Prof. Venâncio Lopes, pelo exemplo de profissionais que são.

RESUMO

Neste trabalho, abordaremos a temática da conceituação dos crimes internacionais, ou seja, o estudo das ações humanas tratadas como delituosas internacionalmente pelo Direito, destacando primeiramente o surgimento histórico da responsabilidade penal internacional e dos Tribunais Penais Internacionais, para, posteriormente, abordar a estrutura e imputação dos crimes internacionais, fazendo um parâmetro com aqueles previstos no Estatuto de Roma, diploma que criou o Tribunal Penal Internacional, cuja competência é a de julgamento de indivíduos autores dos crimes constantes no seu rol, ou seja, a competência *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional, com a descrição dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, discutindo sobre a suficiência ou insuficiência de tais tipos, bem como os limites legais do Estatuto com a legislação internacional e brasileira e os conflitos de ordem política provenientes da entrada em vigor do Tribunal.

Palavras chave: Crimes Internacionais – Tribunal Penal Internacional – Estatuto de Roma.

ABSTRACT

In this article, we will discuss the theme of the concept of international crimes, namely the study of human actions treated as criminal by international law, primarily emphasizing the historical emergence of international criminal responsibility and the International Criminal Tribunals, for later address the structure and allocation of international crimes, making a switch with those stipulated in the Rome Statute, statute that created the International Criminal Court, whose jurisdiction is the trial of individual perpetrators of the crimes, the *ratione materiae* competence of the International Criminal Court, with the description of genocide, crimes against humanity, war crimes and crimes of aggression, arguing about the sufficiency or insufficiency of such types as well as the legal limits of the Statute and with international law and conflict of Brazilian political order.

Keywords: International Crimes – International Criminal Court – Rome Statute.

LISTA DE ABREVIATURAS

TPI	- Tribunal Penal Internacional
TPII	- Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia
TPIR	- Tribunal Penal Internacional de Ruanda
AIDP	- Associação Internacional de Direito Penal
EUA	- Estados Unidos da América
URSS	- União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
ONU	- Organização das Nações Unidas
CDI	- Comissão de Direito Internacional
OTAN	- Organização do Tratado do Atlântico Norte
CIJ	- Corte Internacional de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ORIGENS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA IDEIA DE CRIMES INTERNACIONAIS, DA RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL PELO COMETIMENTO DE TAIS CRIMES E DE UMA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL	13
1.1 A CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	15
1.1.1 Origens remotas do Direito Internacional Penal: a pirataria, o tribunal para Peter von Hagenbach e os ideais de Gustav Moynier.....	16
1.1.2 A Primeira Guerra Mundial e o Tribunal de Leipzig.....	22
1.1.3 O período entre guerras.....	27
1.1.4 A Segunda Guerra Mundial e o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.....	31
1.1.5 A Segunda Guerra Mundial e o Tribunal Militar Internacional de Tóquio.....	46
1.1.6 O período pós-guerra.....	49
1.1.7 O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.....	52
1.1.8 O Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	58
1.1.9 Os Tribunais Mistos.....	61
2 O ESTATUTO DE ROMA: A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE	66
2.1 OS TRABALHOS INICIAIS E A CRIAÇÃO DO TPI.....	71
2.2 MECANISMOS DE ATIVAÇÃO DO TPI: O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO.....	76
2.3 OBRIGAÇÕES DOS ESTADOS-PARTES PERANTE O ESTATUTO DE ROMA.....	86
2.4 A COMPETÊNCIA <i>RATIONE MATERIAE</i> DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: OS CRIMES NUCLEARES DO ESTATUTO DE ROMA E DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL.....	88
2.4.1 Conceito e classificação dos crimes internacionais.....	96
2.4.2 Estrutura e imputação nos crimes internacionais.....	98

2.5 OS TIPOS PENAIS INTEGRANTES DO ESTATUTO DE ROMA: A COMPETÊNCIA <i>RATIONE MATERIAE</i> DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	101
2.5.1 O crime de genocídio.....	103
2.5.2 Os crimes contra a humanidade.....	106
2.5.3 Os crimes de guerra.....	110
2.5.4 O crime de agressão.....	117
3 LIMITES E CONFLITOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	121
3.1 ALGUNS DOS PRINCIPAIS CRIMES NÃO INCLUÍDOS NO ROL DE COMPETÊNCIA <i>RATIONE MATERIAE</i> DO TPI.....	121
3.1.1 O crime de terrorismo.....	122
3.1.1.1 O conceito do crime de terrorismo.....	122
3.1.1.2 As principais convenções sobre terrorismo.....	130
3.1.1.3 A não inclusão do crime de terrorismo internacional no TPI.....	140
3.1.1.4 Os crimes de terrorismo como genocídio ou crimes contra a Humanidade.....	143
3.1.2 O tráfico internacional de drogas.....	147
3.2 OS APARENTES CONFLITOS DA APLICAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.....	153
3.2.1 A entrega de nacionais ao TPI.....	157
3.2.2 A pena de prisão perpétua.....	161
3.2.3 A ausência de individualização de penas.....	166
3.2.4 O ferimento ao princípio da coisa julgada.....	169
3.2.5 O não reconhecimento da concessão de anistia.....	171
3.2.6 As imunidades e o foro por prerrogativa de função.....	173
3.3 O DIREITO INTERNACIONAL E OS OBSTÁCULOS À IMPLANTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL PARA CRIMES INTERNACIONAIS.....	175
3.3.1 Crimes internacionais e imunidades de Direito Internacional.....	175
3.3.1.1 Crimes internacionais e imunidades funcionais.....	177
3.3.1.1.1 Os processos dos grandes criminosos: da Segunda Guerra Mundial ao TPI.....	177

3.3.1.1.2 As imunidades funcionais e as convenções em matéria de terrorismo internacional.....	179
3.3.1.1.3 As imunidades funcionais: uma exceção consolidada.....	181
3.3.1.2 Crimes internacionais e imunidades pessoais.....	182
3.3.1.2.1 As imunidades pessoais ou diplomáticas em Direito Costumeiro.....	182
3.3.1.2.2 Uma derrogação implícita: os Estatutos dos Tribunais Penais <i>ad hoc</i>	183
3.3.1.2.3 Uma derrogação explícita: o Estatuto de Roma do TPI.....	184
3.3.1.2.4 A prática internacional e o TPI: o caso Omar Hassan al-Bashir.....	185
3.3.1.3 Considerações a respeito das imunidades.....	189
3.3.2 Os crimes internacionais e a Prescrição.....	190
3.3.2.1 O Estatuto de Roma e o surgimento de regra costumeira sobre a Prescrição.....	193
3.3.3 Os crimes internacionais e a Anistia.....	194
3.3.3.1 Os instrumentos jurídicos para a repressão dos crimes internacionais e a anistia.....	194
3.3.3.2 O Estatuto de Roma e o surgimento de regra costumeira sobre a Anistia.	196
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	199
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	204

INTRODUÇÃO

Constatou-se que, no decurso dos últimos séculos, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades que chocam a consciência da humanidade, e que nessas situações, muitas vezes, as autoridades domésticas não punem os verdadeiros responsáveis pelos atos cometidos. Até mesmo quando existe vontade política por parte de um Estado, a instauração dos processos criminais é frequentemente tolhida, devido ao fato de os conflitos poderem interromper ou mesmo desintegrar o sistema judicial do Estado.

É, portanto, premente a necessidade de acabar com a cultura da impunidade para os violadores dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, bem como de prevenir conflitos. A repressão a tais crimes deve ser, portanto, efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional, sendo o Tribunal Penal Internacional (TPI) um dos principais instrumentos desta cooperação.

O TPI afigura-se como uma organização que surge dentro dos Regimes Internacionais de proteção aos Direitos Humanos. Destarte, o TPI realiza a antiga aspiração da comunidade internacional de uma justiça internacional independente, imparcial e permanente, superando as insuficiências do passado quanto à incapacidade de punir criminosos de guerra. Sua importância sobressai ainda mais em dias recentes, à luz dos crimes perpetrados em nações como a República Democrática do Congo e o Sudão, os quais ressaltam cada vez mais a imprescindibilidade de um instrumento desta natureza para o novo século.

Por outro lado, temos que o mundo está assistindo a uma grande transformação, tanto no conceito de soberania, quanto de jurisdição interna e justiça internacional, em face do surgimento e crescimento da importância de novas organizações internacionais como o TPI, que afetam a soberania estatal com seu poder de ingerência.

No primeiro capítulo, descrevemos, entre outras características, os antecedentes históricos da responsabilização penal internacional do indivíduo e a criação dos Tribunais Internacionais, em especial os Tribunais Penais Internacionais de Nuremberg e de Tóquio. Estes Tribunais sofrem a crítica de constituírem Cortes de exceção, onde vencedores julgaram vencidos, em julgamentos quase sempre parciais, desrespeitando normas fundamentais e indispensáveis ao Estado

Democrático de Direito. Foram, todavia, o embrião para o desenvolvimento da ideia de um Tribunal Penal Internacional permanente, nos moldes do que é hoje o TPI.

No segundo capítulo, apresentaremos as noções preliminares do TPI, apreciando a evolução do Direito Penal em âmbito internacional com a consequente criação e instituição do TPI. Nesta oportunidade, se apresenta a conceituação dos crimes internacionais constantes no rol de competência *ratione materiae* do TPI, considerados como mais ofensivos à humanidade e a celeuma em torno da sua inclusão no Estatuto de Roma. É conferido destaque ao crime de agressão, que ainda não se encontra definido no Estatuto devido à sua complexidade.

A seguir, são explicados os princípios gerais de direito adotados pelo TPI, como o da legalidade, da irretroatividade, da responsabilidade penal individual, da responsabilidade penal aos dezoito anos, da responsabilidade dos comandantes e superiores, da imprescritibilidade, da complementaridade - inovação do TPI que se almeja ser um compatibilizador entre o Estatuto e as Constituições nacionais -, entre outros.

Apontamos, mais objetivamente, a composição do Tribunal, os direitos garantidos aos acusados, as penalidades aplicáveis aos condenados e a execução das penas. A par das características é relatada também a polêmica gerada por alguns países, no decorrer da Conferência Diplomática de Roma, em torno de determinados aspectos do Estatuto, como: o papel do Conselho de Segurança na Corte; a cooperação dos Estados membros com o TPI mediante a entrega de nacionais; a independência do promotor e a inclusão da pena de prisão perpétua, entre as aplicáveis pelo Tribunal.

Toda esse problemática deve-se ao fato de o Estatuto de Roma congregar Estados-membros representantes das mais diversas famílias jurídicas - como países ocidentais, africanos, asiáticos, incluindo os do sistema islâmico -, que refletem profundas diferenças de valores básicos. Assim é que, apesar de o TPI realizar uma antiga aspiração da comunidade internacional de uma justiça internacional independente e imparcial, durante as negociações houve uma dissensão entre um grupo, favorável à adoção de um Estatuto mais conservador, e outro, defensor da ampliação das prerrogativas do Tribunal.

Entretanto, em que pesem as divergências existentes, os Estados participantes reunidos na Conferência de Roma tinham em comum a consciência da

sua obrigação moral e jurídica de não deixar impunes crimes atrozes que afetam a humanidade.

No terceiro e último capítulo, é feita a avaliação, propriamente dita, dos limites de aplicação do TPI, tais como a exclusão de alguns crimes de âmbito internacional, a compatibilidade entre os dispositivos do TPI e os diversos sistemas jurídicos nacionais, entre outros. Com relação à Constituição Federal brasileira, pretende-se avaliar a constitucionalidade do Estatuto de Roma, visto que, desde a sua ratificação pelo Brasil, em 20 de junho de 2002, surgiram inúmeras críticas quanto à sua compatibilidade com a norma constitucional. Os institutos mais polêmicos introduzidos pelo Tratado foram: a possibilidade de entrega de nacionais para julgamento pelo Tribunal, a impossibilidade de invocação de imunidade e do foro por prerrogativa de função - ainda que constitucionalmente previstos - perante o TPI e a previsão de aplicação de pena de caráter perpétuo para os crimes de competência do Tribunal. As discussões a respeito da constitucionalidade do TPI eram infundáveis e ensejaram até mesmo a inserção de um dispositivo a respeito na Carta Política, via Emenda Constitucional.

Diante das reflexões jurídicas e filosóficas a serem feitas, pretende-se, ao final, relatar as nuances históricas da criação do TPI, analisar a sua estrutura e delimitar alguns de seus limites de natureza legal, assim como os desafios políticos que se desvendaram à frente de sua criação como um regime internacional de proteção aos direitos humanos frente às violações mais graves no âmbito criminal.

1 ORIGENS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA IDEIA DE CRIMES INTERNACIONAIS, DA RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL PELO COMETIMENTO DE TAIS CRIMES E DE UMA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL

O estudo das questões acerca da responsabilidade internacional do indivíduo possui vinculação com a posição que a pessoa humana ocupa no direito internacional, sendo que cada vez mais o homem tem adquirido maior importância na vida internacional. Tal questão foi objeto histórico de diversas teorias e opiniões de doutrinadores.

Como é bem sabido, o Direito Internacional clássico se apoiava em uma sociedade internacional de estrutura interestatal, cuja principal função consistia em regular as relações entre os Estados e distribuir as competências entre eles. Se tratava de um Direito de Estados para os Estados. Semelhante posição determinava que somente os Estados eram sujeitos de Direito Internacional e os indivíduos eram meros objetos deste ordenamento.¹ Hoje em dia, nem o Direito Internacional é um Direito que regula, com exclusividade, as relações entre os Estados, nem os Estados são os únicos sujeitos de Direito Internacional ou muito menos os únicos protagonistas do panorama internacional, o que não é óbice para se afirmar que realizam papel preponderante no Direito Internacional contemporâneo.²

Atualmente, como consequência do processo de humanização que o Direito Internacional Contemporâneo experimentou, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, se reconhece uma certa subjetividade do indivíduo no plano internacional. Assim, mesmo que a pessoa humana não seja um sujeito normal das relações regidas pelo Direito Internacional, pode, excepcionalmente, o ser, quando as normas internacionais lhe conferirem direitos e obrigações.

Se a ordem jurídica internacional tem como pressuposto a garantia dos direitos do homem, logicamente que, se o homem não for sujeito de Direito

¹ Cf. PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2000. p. 209. apud BOLLO AROCENA, Maria Dolores. *Derecho internacional penal: estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2004. p. 38.

² Cf. BOLLO AROCENA, Maria Dolores. *Derecho internacional penal: estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2004. p. 33.

Internacional, estará se deturpando a existência de uma série de institutos da vida jurídica internacional, pois de acordo com Celso Duvivier de Albuquerque Mello:

Direito, seja ele qual for, se dirige sempre aos homens. O homem é a finalidade última do Direito. Este somente existe para regulamentar as relações entre os homens. Ele é um produto do homem. Ora, não poderia o Direito Internacional negar ao indivíduo a subjetividade internacional. Negá-la seria desumanizar o Direito Internacional e transformá-lo em um conjunto de normas ocas sem qualquer aspecto social. Seria fugir ao fenômeno da socialização, que se manifesta em todos os ramos do Direito.³

Claro é que, se trata de uma subjetividade de alcance limitado e em nada comparável a dos Estados, que são sujeitos primários e originários do direito internacional, mediante cuja vontade se criam as normas internacionais que permitem reconhecer a subjetividade do indivíduo no plano internacional. Algumas destas normas, de forma relevante, referidas a uma dimensão passiva de subjetividade, atribuem conseqüências internacionais aos atos delituosos da pessoa humana individualmente considerada, ou seja, estabelecem a responsabilidade penal do indivíduo. Desta forma, o direito internacional contemporâneo contém normas que impõem diretamente obrigações à pessoa humana, cuja violação ocasionará a aplicação do princípio da responsabilidade penal internacional do indivíduo. Neste sentido, pode se dizer que o ordenamento jurídico internacional apresenta uma vertente penal, que tem como objetivo primordial a regulação por meio de normas internacionais daquelas condutas cometidas por particulares em violação de obrigações prescritas pelo direito internacional.⁴

O princípio da responsabilidade penal internacional do indivíduo como fundamento de uma jurisdição penal internacional, se confunde com o histórico da criação dos Tribunais Penais Internacionais, que abordaremos em continuidade.

³ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 808.

⁴ Cf. DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍN MARTINEZ, Magdalena M. *La corte penal internacional: justicia versus impunidad*. Barcelona: Ariel, 2001. p. 8.

1.1 A CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Ao passo de dois séculos, existiram várias iniciativas para julgar os crimes cometidos durante as guerras, tanto contra os combatentes como contra os não combatentes, incluindo os prisioneiros de guerra e os civis. Tais iniciativas se registram há aproximadamente 2500 anos. Podemos encontrar processos realizados por tribunais *ad hoc* no ano 500 a. C. na Grécia, onde a maior parte deles foi realizada por tribunais *ad hoc* por um dos beligerantes, normalmente o vencedor, no lugar dos tribunais ordinários.⁵

Há quem aponte um marco inicial mais remoto, como faz Japiassú, citando Bassiouni:

Acredita-se que a primeira manifestação de Direito Penal Internacional tenha ocorrido na cláusula de extradição contida no Tratado de Paz celebrado em 1280 a. C., entre Ramsés II, do Egito, e Hatussilli, rei dos Hititas. As relações existentes entre esses dois povos antigos fizeram com que seus governantes sentissem a necessidade da cooperação internacional, para garantir a real aplicação do Direito Penal interno.⁶

Quanto à eleição de um marco originário da jurisdição internacional penal, vários episódios são apontados, e os doutrinadores não são pacíficos em suas opiniões. Para uns, o Direito Internacional Penal é um ramo novo do Direito, pois as suas origens estariam apenas no século XIX, quando os crimes de guerra eram punidos, destacando as primeiras convenções relativas ao direito da guerra como reveladoras das primeiras codificações do Direito Internacional Penal, para outros, o Direito Internacional Penal é um ramo tradicional do Direito Internacional, pois há muito tempo estaríamos assistindo ao crescimento de normas de *crimina juris gentium*⁷, com seu marco inaugural observado na pirataria, reconhecida como infração internacional secular.⁸

⁵ Cf. GRAMAJO, Juan Manuel. *El estatuto de La corte penal internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2003. p. 49.

⁶ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O estabelecimento da corte criminal internacional e a implementação do direito penal internacional*. Disponível em: <http://www.uva.br/icj/revista_direito_icj/carlos_edu_japiassu.htm>. Acesso em: 31 ago. 2009.

⁷ Fala-se *crimina juris gentium* ou *delicta juris gentium* para remeter às infrações que afetam os bens jurídicos e interesses da humanidade como um todo.

⁸ Cf. LIMA, Renata Mantovani de; COSTA, Mariana Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 20.

Verifica-se que os autores não entram em desacordo quanto à existência ou inexistência do Direito Internacional Penal, mas apenas adotam diferentes marcos de referência. Demonstra-se indiscutível que as origens do Direito Internacional Penal remontam às tentativas de se punir indivíduos pela prática de delitos cujas decorrências não se atavam às fronteiras nacionais.

Nesse contexto, abordaremos sucintamente a conceituação dos crimes de pirataria, passando pelo julgamento de Peter von Hagenbach na Alemanha, pela discussão dos ideais de Gustav Moynier, para logo em seguida analisar o Tratado de Versalhes, o período entre guerras e, por fim, após estabelecidas as origens do Direito Internacional Penal, considerar e analisar os Tribunais *ad hoc*, quais sejam: o Tribunal de Leipzig, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, o Tribunal Militar Internacional do Extremo-Oriente, o Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal para Ruanda.

1.1.1 Origens remotas do Direito Internacional Penal: a pirataria, o tribunal para Peter von Hagenbach e os ideais de Gustav Moynier

Uma prática que se difundiu durante os séculos XVII e XVIII foi a pirataria⁹, que é remotamente conceituada como violação internacional, de acordo com a Convenção sobre o Alto Mar (Genebra, 1958) e a Convenção sobre o Direito do Mar (Montego Bay, 1982). A pirataria apresentou-se à época como a única exceção ao princípio da exclusiva responsabilidade objetiva dos Estados, aplicando-se a responsabilidade penal internacional aos sujeitos individuais, já que os piratas eram considerados perpetradores de normas do Direito Internacional, ainda que tal responsabilidade não fosse expressamente prevista. A sociedade global teria o poder de procurar e processar os piratas, independentemente da nacionalidade das vítimas e de o Estado que estivesse processando ter sido ou não diretamente

⁹ O art. 101 da Convenção de 1982 que trata das Leis do Mar define o conceito de pirataria: “A Pirataria consiste em qualquer um dos seguintes atos: a) qualquer ato ilegal de violência ou detenção, ou qualquer ato de depredação, cometidos para fins privados pela tripulação ou pelos passageiros de um navio particular, ou aeronave particular, e direcionado: (i) em alto mar, contra outro navio ou aeronave, ou contra pessoas ou bens a bordo de tal navio ou aeronave (ii) contra um barco, aeronave, pessoas ou bens em lugar fora da jurisdição de qualquer Estado; b) qualquer ato de participação voluntária na operação de um navio ou aeronave com o conhecimento de fatos que façam dele um navio ou aeronave pirata; c) qualquer ato incitando ou intencionalmente facilitando um ato descrito no subparágrafo a) e b)”.

danificado pela pirataria. Os piratas eram considerados inimigos da humanidade, na medida em que dificultavam a liberdade em alto mar e violavam a propriedade privada.¹⁰

Há autores, como Cassese, que não consideram a pirataria um precedente do Direito Internacional Penal, pois “além de haver se tornado obsoleta, tal prática não apresenta os requisitos dos crimes internacionais propriamente ditos”¹¹.

No entanto, com a tipificação da pirataria como infração, as bases do Direito Internacional Penal estavam lançadas, mas não com a mesma perspectiva sobre a qual a disciplina iria desenvolver-se.

Na realidade, a pirataria foi de fato a primeira infração internacional, de origem costumeira a ser codificada, todavia, ela corresponde a uma tentativa parcial e incompleta de codificação de infrações internacionais, pois expressa o Direito Penal Internacional e não o Direito Internacional Penal, pois, segundo as palavras de Momtaz “cada Estado membro da comunidade internacional vê-se assim investido de um poder de polícia e de uma competência repressiva nacional por devolução do Direito Internacional”¹². E ainda no mesmo sentido são as palavras de Lima:

Afinal, no caso da pirataria, a punição imposta não visava à proteção de valores da sociedade internacional, mas ao interesse particular de lutar contra um perigo comum. Não se tratava de competência universal e sim de competência nacional. Portanto, a criminalização internacional da prática da pirataria precede à construção do Direito Internacional, mas seus elementos constitutivos são outros.¹³

O mais antigo tribunal penal internacional *ad hoc* parece ter sido um constituído para o julgamento de Peter von Hagenbach, em 1474, na cidade de Breisach, Alemanha. Foi provavelmente o primeiro apontamento histórico do surgimento de um tribunal desta natureza. Hagenbach havia sido anteriormente nomeado Governador da cidade de Breisach pelo Duque Charles de Borgonha,

¹⁰ Cf. LIMA, Renata Mantovani de; COSTA, Mariana Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 22.

¹¹ Cf. CASSESE, Antonio. *International criminal law*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 16.

¹² Cf. MOMTAZ, Djamchid. Chapitre 40: La piraterie em haute mer. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit international pénal*. Paris: A. Pedone, 2000. p. 505. apud LIMA, Renata Mantovani de; COSTA, Mariana Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 22.

¹³ Cf. LIMA, Renata Mantovani de; COSTA, Mariana Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 22-23.

sendo que com tal posto instituiu um reino de terror na cidade. Numa batalha contra um grupo de coalisão formado por França, Áustria e por forças do Alto Reno, o Duque de Borgonha foi derrotado e Peter von Hagenbach preso e julgado na Praça do Mercado de Breisach, por ordem do Arquiduque da Áustria, onde fora capturado. Assim, formou-se um Tribunal por 27 juizes de nacionalidades alemã, suíça e austríaca. Peter von Hagenbach, apesar de alegar que apenas cumpria as ordens de seu superior, o Duque de Borgonha, foi condenado à pena capital em razão da violação de “leis Divinas e Humanas”, por ter autorizado suas tropas a cometerem estupros, homicídios a homens civis inocentes e pilhassem propriedades, durante a ocupação militar daquela cidade, bem como dispensado tratamento desumano à população que lá vivia, em momento em que não havia hostilidade alguma.¹⁴

Muito embora seja este o primeiro precedente constantemente mencionado, em realidade não constituiu de fato uma Corte Internacional, mas sim uma corte confederada, pois todos os juizes formadores do Tribunal pertenciam ao Sacro Império Romano-Germânico. Também há que se relevar que o julgamento de Peter von Hagenbach não influenciou na criação de uma futura corte permanente. Somente em 1872 que, pela primeira vez na história, surgiu uma opinião favorável à criação de uma jurisdição internacional penal permanente.

A grande maioria dos autores imputa o nascimento da ideia da criação de um Tribunal Penal Internacional do repúdio às atrocidades cometidas durante a Primeira Guerra Mundial, no entanto, em épocas anteriores, existiram pelo menos mais de uma dezena de propostas para a constituição de um tribunal de tal natureza. Cada uma das referidas propostas enfrentou dificuldades análogas aos problemas que se fizeram tanto na Conferência Diplomática de Roma como nos diversos trabalhos do Comitê Preparatório para o atual Tribunal Penal Internacional.

Ao final do século XIX e princípio do século XX, a Convenção Internacional de Genebra (1864)¹⁵, e as Declarações de São Petersburgo (1868)¹⁶ e Bruxelas

¹⁴ Cf. BASSIOUNI, M. Cherif. *The time has come for an International Criminal Court*. In *Indiana International & Comparative Law Review*, vol. 1, n. 1, Spring 1991, p. 1; ROBINSON, Arthur N.R.. *National sovereignty and human rights in the nuclear age*, apresentado na “International experts conference on International Criminal Justice: historic and contemporary perspectives”, Siracusa, 4 a 8 de dezembro de 1994, p. 3, mimeografado; Anistia Internacional. *La corte penal internacional – la opción de las opciones correctas – parte I*, índice AI: IOR 40/01/97/s, janeiro de 1997, 3. apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 65.

¹⁵ Documento responsável por codificar a neutralidade, embora enfatize a proteção dos feridos e doentes.

¹⁶ Embora igualmente codificasse a neutralidade, restringia a utilização de certos armamentos.

(1874)¹⁷ foram as primeiras a atuar em favor da melhora das condições dos militares feridos nos campos de batalha, tendo por objetivo atenuar o mais possível as calamidades da guerra e proibir o emprego de armas contrárias às leis da Humanidade. Tais textos foram os primeiros oficiais de caráter internacional que evocaram a conciliação das necessidades da guerra com as leis da Humanidade.¹⁸

Uma das iniciativas anteriores à Primeira Guerra Mundial, baseada na Convenção de Genebra de 1864 que pode ser citada é aquela que partiu de Gustav Moynier, um dos fundadores do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, uma entidade privada com sede em Genebra, que atua como intermediária neutra tanto nos conflitos armados internacionais como internos. Inicialmente, em 1870 nos seus comentários à Convenção de Genebra de 1864 sobre o tratamento dos soldados feridos, considerou a necessidade de estabelecer um Tribunal Internacional que garantisse a sua efetiva vigência. No princípio da vigência da Convenção, primeiramente chegou a descartar esta ideia, confiando na eficácia da opinião pública internacional. Já em 1872, com o início da Guerra Franco-Prussiana, e horrorizado com as atrocidades e violações da Convenção de Genebra cometidas por ambos os lados, alimentado pela imprensa e pela opinião pública de seu país, Moynier propôs em uma Conferência da Cruz Vermelha, a constituição, por meio de um tratado, de um Tribunal Penal Internacional com competência para julgar tão só os crimes de guerra (a chamada “Convenção para criação de um órgão judicial internacional para a prevenção e punição das violações à Convenção de Genebra”)¹⁹, cuja jurisdição deveria se ativar automaticamente em caso de conflito entre as partes. O Presidente da Confederação Suíça deveria eleger três juízes neutros e os Estados beligerantes outros dois. Somente os Estados interessados teriam a faculdade de apresentar denúncias, uma vez que Moynier temia que a Corte ficasse sobrecarregada de denúncias inúteis.²⁰

Reconhecendo que as finalidades da Convenção de Genebra não eram adequadas para constituir normas que pudessem alinhar uma responsabilidade

¹⁷ Documento responsável por delimitar a distinção entre militares e civis no caso de conflitos armados.

¹⁸ Cf. CRETILLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 30.

¹⁹ Cf. KREß, Claus; WERLE, Gerhard; GEIGER, Hansjörg et al. *Tribunal penal internacional: aspectos fundamentais e o novo código penal alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. p. 17.

²⁰ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 38.

penal individual, Moynier propôs definir as violações e as penas desta Convenção em um instrumento separado.²¹

O Tribunal deveria determinar a inocência ou a culpabilidade depois da audiência, em que se ouviriam as duas partes envolvidas. No caso de sanção, a imposição da pena ficaria complementada pela determinação de uma indenização para as vítimas. Se a pessoa declarada culpada não pudesse pagar os danos e prejuízos intentados, o governo do Estado da nacionalidade do processado seria responsável por se fazer efetivar a indenização. Moynier considerava que o estrito respeito da Convenção de Genebra por parte dos próprios cidadãos era um interesse primordial do Estado. A sentença deveria ser publicada em um boletim oficial dos Estados partes.²²

A proposta de Moynier foi de forma unânime descartada pelos principais juristas internacionais da época durante as Conferências de Haia de 1899 e 1907, com a exceção do governo suíço, que defendeu sua criação. Assim, as ideias de Moynier restaram qualificadas como pouco realistas, porque segundo as palavras de Gramajo:

Uno de los puntos más débiles del proyecto era que los costos de La Corte debían ser pagados por los países beligerantes, y no por todos los Estados, sobre una base segura a largo plazo. Además, La Corte no hubiera tenido competencia sobre las violaciones al derecho consuetudinario, siquiera durante los conflictos armados internacionales o internos. Estos últimos, dicho sea de paso, comenzaban por entonces a adquirir relevancia, al conocerse los dramáticos acontecimientos de La guerra de secesión norteamericana, finalizada pocos años antes.²³

Ainda podemos citar as Convenções adotadas ao final das Conferências de Paz realizadas em Haia, respectivamente, em 1899 e 1907²⁴, onde previram, a seguir, que, mesmo durante conflitos armados “as populações e os beligerantes permanecem protegidos e sob o império dos princípios do Direito das Gentes, tal como resulta dos costumes estabelecidos entre as nações civilizadas, das leis da

²¹ Cf. GRAMAJO, Juan Manuel. *El estatuto de La corte penal internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2003. p. 50.

²² Cf. GRAMAJO, Juan Manuel. *El estatuto de La corte penal internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2003. p. 50-51.

²³ Cf. GRAMAJO, Juan Manuel. *El estatuto de La corte penal internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2003. p. 51.

²⁴ A Convenção de 1907 estabelecia em seu art. 1º: “Tendo em vista prevenir, tanto quanto possível, o recurso à força nas relações entre os Estados, as potências contratantes concordam em envidar todos os seus esforços para assegurar a resolução pacífica dos conflitos internacionais”.

Humanidade e das exigências da consciência pública”.²⁵ Estas convenções, ademais, realçam o desenvolvimento do direito da guerra, na medida em que visaram à prevenção da guerra, à disciplina da condução das hostilidades e do regime da neutralidade, proporcionando também avanços no domínio humanitário.²⁶

Tais documentos foram os primeiros esboços de um Direito Humanitário, estabelecendo obrigações às quais os Estados aceitavam sujeitar-se, com fundamento na existência de leis imanes, e que representam a antecâmara dos valores universais, cuja doutrina iria desenvolver-se mais de meio século depois, trazendo então a tipificação dos crimes internacionais.²⁷

1.1.2 A Primeira Guerra Mundial e o Tribunal de Leipzig

A principal propulsora moderna da ideia da criação de um Tribunal Penal Internacional nasceu do repúdio às atrocidades cometidas durante a Primeira Guerra Mundial.

Um primeiro aviso dos excessos cometidos durante esta guerra e as primeiras medidas internacionais a respeito da proteção de populares civis e militares feridos ou capturados foram adotadas durante o massacre dos armênios praticado pelo Império Turco-Otomano em 1915,²⁸ conhecido como o Genocídio Armênio. Em 28 de maio do mesmo ano, os governos britânicos, francês e russo, afirmaram que os responsáveis pelas 600.000 mortes de armênios na Turquia deveriam ser pessoalmente julgados e punidos. Além disso, classificaram o ato como crime contra a humanidade, demonstrando a vontade de que os membros do governo turco haveriam de responder pelos crimes juntamente com todos os seus agentes envolvidos.²⁹ Essa vontade, contudo, permaneceu sem efeito.

A reação contra as hostilidades de 1914-1918 e os horrores que foram consequência deste conflito foi expressa com o fim da conflagração, na conferência de paz de 1919 dos Estados aliados, onde se discutiu a possibilidade de constituir

²⁵ Cf. CRETILLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 30.

²⁶ Cf. PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 74. apud LIMA, Renata Mantovani de; COSTA, Mariana Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 23.

²⁷ Cf. CRETILLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 30.

²⁸ Cf. BOURDON, William. *La Cour pénale internationale*. Paris: Éditions du Seuil, 2000. p. 14.

²⁹ Cf. GIL GIL, Alicia. *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Valência: UNED, 1999. p. 33.

um tribunal internacional para julgar os crimes cometidos pelas potências centrais (Alemanha, Áustria, Hungria, Bulgária e Turquia) e suas autoridades civis e militares. Com o término da Primeira Grande Guerra, pela primeira vez se:

[...] cogitou a consciência dita universal de julgar e punir os chamados criminosos de guerra, isto é, aqueles que durante o desenrolar do conflito ultrapassaram, pelos seus verdadeiros atos de terrorismo, as normas tradicionais da guerra, geralmente sancionadas em tratados e costumes admitidos pelas potências em choque.³⁰

Para tal finalidade, se criou um organismo especial denominado “Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e da Execução das Penas pela violação das Leis e Costumes da Guerra”³¹.

Esta comissão de inquérito tinha como escopo a investigação do que ocorrera no episódio do massacre armênio e, ao final de seus trabalhos, recomendou que os militares turcos responsáveis fossem julgados e em tal recomendação aparece a noção de crimes contra a humanidade³², estabelecendo duas categorias de delitos: 1) fatos que provocaram e deram começo a Guerra Mundial, e; 2) violações às leis e costumes da guerra e das leis da humanidade.³³

Os Estados Unidos alegaram que estes crimes não existiam na ordem internacional, o que impedia que o julgamento fosse levado adiante. Desta forma, o Tratado de Sèvres, de 10 de agosto de 1920, trazia em seus artigos 226 a 228, a previsão de sanção às violações das leis e costumes da guerra e, em seu artigo 230, trazia a previsão do julgamento dos responsáveis pelos massacres cometidos durante o estado de guerra no território do Império Turco por um tribunal especial criado pela Sociedade das Nações ou pelos próprios aliados. Este tratado nunca foi ratificado, pelo contrário, foi sucedido pelo Tratado de Lausanne, de 24 de julho de 1924, que veio a substituí-lo, anistiando os pretensos responsáveis.³⁴

³⁰ Cf. TORRES, Luís Wanderley. *Crimes de guerra: o genocídio*. São Paulo: Fulgor, 1967. p. 9.

³¹ Commission the Responsibilities of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Costume of War.

³² Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 39.

³³ Cf. GRAMAJO, Juan Manuel. *El estatuto de La corte penal internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2003. p. 52.

³⁴ Cf. BASSIOUNI, M. Cherif. Chronology of efforts to establish an International Criminal Court. In: *Nouvelles Études Penales*, n. 10, Toulouse: Érès, 1993. p. 22. apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 67.

Além dessas discussões referidas sobre o caso turco, existiu um acordo entre todas as potências vencedoras sobre a responsabilidade do Kaiser Guilherme II, que também havia violado as leis da guerra, pela prática da ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados. O resultado deste acordo foi a adoção dos artigos 227, 228 e 229 do tratado de paz assinado pelas potências europeias que encerrou oficialmente a Primeira Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes (1919).

Neste Tratado, na parte inicial do artigo 227, se decidiu pelo processamento criminal do Kaiser como responsável de um delito supremo “contra a moral internacional e a autoridade suprema dos tratados”. Como consequência, se constituiria um tribunal especial no qual seriam respeitadas “as garantias essenciais do direito de defesa”. O referido tribunal estaria constituído por cinco juizes designados pelas quatro potências vencedoras: Estados Unidos, Grã Bretanha, França, Itália e Japão.

Art. 227. As potências aliadas e associadas acusam Guilherme II de Hohenzollern, ex-imperador da Alemanha, por ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados. Um tribunal especial será formado para julgar o acusado, assegurando-lhe garantias essenciais do direito de defesa. Ele será composto por cinco juizes, nomeados por cada uma das potências, a saber: Estados Unidos da América, Grã-Bretanha, França, Itália e Japão. O tribunal julgará com motivos inspirados nos princípios mais elevados da política entre as nações, com a preocupação de assegurar o respeito das obrigações solenes e dos engagements internacionais, assim como da moral internacional. Caberá a ele determinar a pena que estimar que deve ser aplicada. As potências aliadas e associadas encaminharão ao governo dos Países Baixos uma petição solicitando a entrega do antigo imperador em suas mãos para que seja julgado.

De acordo com o Tratado, o Tribunal estaria guiado pelos mais altos princípios de política internacional na perspectiva de defesa das obrigações solenes derivadas dos compromissos internacionais e da validade da moral internacional. Ao mesmo tempo, o tribunal teria o direito de fixar a pena que considerasse que deveria ser imposta.

No entanto, com o fim da guerra e a derrocada do Império Germânico, o Kaiser se refugiou na Holanda, coincidentemente um dia antes da assinatura do

armistício do Tratado de Versalhes, já que por esse tratado, obrigavam-se as autoridades alemãs a entregar aos aliados as pessoas por estes definidas para serem julgadas de acordo com as leis. Na parte final do artigo 227, as potências aliadas e associadas solicitaram ao governo holandês que o ex-imperador lhes fosse entregue, com a finalidade de submetê-lo a julgamento.

A petição enviada pelos Aliados em 16 de janeiro de 1920 a Holanda (Países Baixos), expõe entre os motivos:

A cínica violação da neutralidade da Bélgica e de Luxemburgo, o bárbaro e impiedoso sistema de reféns, as deportações em massa, o rapto das moças de Lille arrancadas de suas famílias e entregues sem defesa às piores promiscuidades, a responsabilidade pela morte cruel de 10 milhões de homens na flor da idade.³⁵

Os holandeses, todavia, negaram a sua extradição por entenderem que ele estava sendo acusado por um crime político, e sob o argumento de que não havia de sua parte obrigação internacional de obedecer à política dos aliados, alegando ainda, o Direito do Asilo, e, finalmente, que somente participaria de um Tribunal quando esse fosse legalmente constituído,³⁶ o que somado à falta de vontade política das potências vencedoras, fez com que o Kaiser jamais fosse julgado.

Os artigos 228 e 229 estabeleceram que houvesse a criação de um tribunal internacional para os criminosos de guerra alemães, ditando que os sujeitos culpáveis de atos delituosos contra os cidadãos de uma das potências aliadas e associadas seriam obrigadas a comparecer perante os tribunais militares da dita potência, e os sujeitos culpáveis de atos delituosos contra os cidadãos de várias potências aliadas e associadas seriam obrigadas a comparecer perante tribunais militares compostos por membros dos tribunais militares das potências interessadas.

De fato, estas disposições não tiveram êxito na sua aplicação. Tanto é que os aliados não criaram o Tribunal previsto no Tratado de Versalhes para os crimes de guerra cometidos por nacionais alemães, o que ocasionou uma lei alemã de 18 de dezembro de 1919, concedendo à Corte Suprema Alemã, o *Reichgericht* de Leipzig, competência excepcional para julgá-los.³⁷

³⁵ Cf. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004. p. 15.

³⁶ Cf. TORRES, Luís Wanderley. *Crimes de guerra: o genocídio*. São Paulo: Fulgor, 1967. p. 11-12.

³⁷ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 67.

De uma lista inicial de 21.000 pessoas acusadas, lista esta apresentada pelas potências da base aliada, que ocasionou uma onda de protestos na Alemanha, os aliados terminaram cedendo e a lista se reduziu a 895 pessoas acusadas de haver cometido crimes de guerra.³⁸ O governo alemão somente reconheceu 45, porque o Procurador-Geral alemão concluiu que era impossível julgar um número ainda tão grande de réus. Destas 45 pessoas, apenas foram julgados 21 oficiais alemães, sendo que 13 foram condenadas pelo Tribunal de Leipzig à pena máxima de 3 anos.³⁹

Segundo Maia, o maior motivo do não alcance dos objetivos do Tratado de Versalhes neste quesito se deu porque “naquele momento, a justiça foi sacrificada em favor da política. Havia uma preocupação maior em salvaguardar a paz na Europa”.⁴⁰

Apesar dos aparentes resultados pífios, o Tratado de Versalhes resultou um enorme avanço no campo internacional penal, pois além de afirmar uma concepção jurídica nova, segundo a qual os autores dos crimes de guerra deveriam responder na justiça por meio de tribunais internacionais, também criou uma universalidade de pensamento.

Trata-se, portanto, de um avanço que, embora não tenha surtido os efeitos esperados, abriria precedentes para futuras iniciativas, sendo a mais próxima situada no período entre guerras.⁴¹

É oportuno assinalar a opinião da já citada “Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e da Execução das Penas pela violação das Leis e Costumes da Guerra”, no sentido de que “é desejável que para o futuro se apliquem sanções penais para os graves ultrajes contra os princípios elementares do direito internacional”.⁴²

³⁸ Cf. ARAÚJO JR., João Marcello. *Tribunal penal internacional permanente, instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais* (processo legislativo histórico e características). Parecer apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros, indicação n. 036/98, 1999. p. 38.

³⁹ Cf. MULLINS, Claude. *The Leipzig trials: an account of the war criminals trials and a study of German mentality*. London: H.F. & G. Witherby, 1921. p. 238.

⁴⁰ Cf. MAIA, Marielle. *Tribunal penal internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47.

⁴¹ Cf. LIMA, Renata Mantovani de; COSTA, Mariana Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 26.

⁴² Cf. GRAMAJO, Juan Manuel. *El estatuto de La corte penal internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2003. p. 53.

1.1.3 O período entre guerras

A aparente derrota da não aplicação do Tratado de Versalhes aos delitos cometidos na Primeira Guerra Mundial, incentivaram os juristas a perseguirem a elaboração de um direito penal internacional específico e à implementação de uma organização jurisdicional supranacional capaz de julgar em um nível universal os prejuízos mais graves ao “direito das pessoas”.

Em 1924, animados por um pensamento universalista, confiando na norma jurídica, alguns juristas fundam, na Universidade de Paris, La Sorbonne, a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), sendo que um dos seus objetivos era o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional permanente.

Em 1926, no I Congresso Internacional de Direito Penal, organizado pela AIDP em Bruxelas, discutiu-se o tema.⁴³ Como consequência, em 1927, a AIDP propõe à Liga das Nações a criação de uma Câmara Criminal da Corte Permanente de Justiça Internacional.⁴⁴ Procurava-se, assim, o estabelecimento dos princípios de direito penal internacional e, principalmente, da responsabilidade penal do indivíduo no campo internacional.

No plano diplomático, devem ser reconhecidos alguns esforços no sentido de declarar a ilicitude da guerra de agressão. Assim foi tratado no Protocolo de Genebra de 2 de outubro de 1924, que estabeleceu o princípio da arbitragem obrigatória, além de qualificar, pela primeira vez, a guerra de agressão como crime internacional. No mesmo íterim, estabeleceu a Declaração aprovada pela Assembleia da Liga das Nações em 27 de setembro de 1927.⁴⁵

Em 1928, a mesma Liga das Nações ajustou o tratado geral de renúncia à guerra, denominado Pacto Briand-Kellog, que definiu a guerra somente como ilícita, e não como criminosa, além de estabelecer que os atos de agressão proibidos por suas disposições somente geravam responsabilidade do Estado, sem estendê-la às pessoas que a organizaram e ordenaram.

⁴³ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 41.

⁴⁴ Cf. *Revue internationale de droit penal*, v.5, 1928. apud BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004. p. 16.

⁴⁵ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 68.

Paralelamente, em 1920, a Liga das Nações criou um “Comitê Consultivo de Juristas”, com a incumbência de preparar um projeto de tribunal de justiça permanente, como prolongamento dos princípios estabelecidos em 1919. Recomendou-se que essa jurisdição fosse competente para “julgar crimes que constituem violação da ordem pública internacional da Lei Universal das Nações”, princípio invocado pela Assembleia da Liga das Nações.⁴⁶

Neste âmbito, se elaborou um projeto, por iniciativa do representante belga, Barão Deschamps, de constituir um alto Tribunal de justiça internacional, criado para processar a todos aqueles que fossem responsáveis por delitos contra a ordem pública internacional e contra a lei universal das nações. Neste projeto, o Comitê sugeriu que tal Tribunal tivesse a faculdade de definir a natureza do delito, fixar a pena e decidir os meios apropriados para a execução da sentença. Este Tribunal seria composto por um juiz para cada um dos Estados, eleitos dentro os membros dos grupos nacionais do Tribunal Permanente de Arbitragem.⁴⁷

Depois de analisar o projeto, a Terceira Comissão da Assembleia da Liga das Nações declarou que era inútil estabelecer, além do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, outro Tribunal de caráter penal. A melhor alternativa seria confiar as causas criminais aos tribunais ordinários, como vinha se desenvolvendo até então, segundo o costume e o procedimento internacional. Ao mesmo tempo, se recomendou que, no futuro, chegaria o dia em que seria necessário a constituição de uma sala penal no Tribunal Permanente de Justiça Internacional.⁴⁸

Estes trabalhos receberam forte impulso após o atentado ocorrido em Marselha em 9 de outubro de 1934, perpetrado por terroristas macedônios e croatas⁴⁹, que vitimou o estadista Jean-Louis Barthou (1862-1934), presidente do Conselho da República Francesa, e o Rei Alexandre I, da Iugoslávia, provocando a realização, entre 1º e 16.11.1937, sob os auspícios da Liga das Nações, da Conferência Internacional para a Repressão do Terrorismo, ao final da qual foi

⁴⁶ Cf. CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 32.

⁴⁷ Cf. GRAMAJO, Juan Manuel. *El estatuto de La corte penal internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2003. p. 56.

⁴⁸ Cf. GRAMAJO, Juan Manuel. *El estatuto de La corte penal internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2003. p. 56.

⁴⁹ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: UERJ (tese), 1980. p. 49. apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 53.

concluído o primeiro instrumento jurídico que considerava o terrorismo crime internacional⁵⁰, a “Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo”.

A Convenção ficou aberta à assinatura até 31.5.1938, data em que contava com 23 Altas Partes Contratantes, a saber: Albânia, Argentina, Bélgica, Índia, Bulgária, Cuba, República Dominicana, Egito, Espanha, Estônia, França, Grécia, Haiti, Iugoslávia, Mônaco, Noruega, Países-Baixos, Peru, Romênia, Tchecoslováquia, Turquia, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e Venezuela,⁵¹ que, todavia, não chegou a entrar em vigor, tendo sido ratificada apenas pela Índia.⁵²

Definia a Convenção no seu Artigo 2º os atos de terrorismo, e não o terrorismo:

1. Fatos internacionais que tenham por finalidade atingir a vida, a integridade corporal, a saúde ou a liberdade de:
 - a) chefes de Estado, pessoas que exerçam prerrogativas de chefe de Estado, de seus sucessores hereditários ou designados;
 - b) cônjuges das pessoas enumeradas acima;
 - c) pessoas encarregadas de funções públicas ou que ocupem cargos públicos quando o fato for praticado contra eles em razão das funções ou cargos que exerçam.
2. O fato intencional consiste em destruir ou causar dano a bens públicos ou destinados a finalidades públicas que pertençam a outra Alta Parte Contratante ou que estejam sujeitos à sua autoridade.
3. O fato intencional de colocar em risco vidas humanas para a criação de um perigo comum.
4. A tentativa de cometer as violações previstas nos dispositivos precedentes do presente Artigo.
5. A fabricação, obtenção, detenção ou fornecimento de armas, munições, produtos explosivos ou substâncias nocivas visando à prática, em qualquer país, das condutas previstas no presente Artigo.⁵³

O Protocolo da “Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo” incluía também uma “Convenção para o Estabelecimento de um Tribunal Penal

⁵⁰ Essa convenção internacional dispunha que atos de terrorismo são “atos criminosos dirigidos contra um Estado cujo objetivo ou natureza é a de provocar um estado de terror em determinadas personalidades, em grupos de pessoas, ou no público em geral” (Artigo 1.2).

⁵¹ Cf. CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 33.

⁵² Cf. CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 32-33.

⁵³ *Actes de La Conférence Internationale pour La Répression Du Terrorisme*, N° Officiel C.94.M.47.1938.V, de 1º.06.1938. apud CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 33-34

Internacional”, onde tal Tribunal que se pretendia criar destinava-se a julgar pessoas acusadas das condutas tipificadas como terrorismo.

Esta Convenção para a criação de um Tribunal Penal Internacional da mesma forma não chegou a entrar em vigor internacionalmente, por falta de ratificações, mas se reconhece que tal esforço apresentou um extraordinário interesse jurídico e histórico para a codificação da matéria. Já nesta época intuía-se a internacionalização dos delitos, o que se revela pela análise do Preâmbulo da Convenção que criava o Tribunal Internacional, que declarava: “[...] *of creating na International Criminal Court with a view to making progress in the struggle against offences of na international character [...]*”.⁵⁴

Percebe-se, assim, que durante o final do século XIX e início do século XX o crime de guerra foi considerado crime internacional e, neste período entre guerras, o terrorismo passou a ser considerado pela comunidade jurídica como o segundo crime internacional.

Neste quadro, nota-se que o momento histórico era mesmo impossível a criação de um Tribunal Penal Internacional, já que se alinhavavam os novos fatos históricos internacionais que ocasionariam na eclosão da Segunda Guerra Mundial e todas as suas violações aos direitos humanos.

1.1.4 A Segunda Guerra Mundial e o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

Muito provavelmente, a Segunda Guerra Mundial foi uma mera continuação da Guerra de 1914-1918. As questões que envolviam as potências europeias e acabaram levando-as ao conflito não só não foram resolvidas, como foram acirradas no período entre guerras e acabaram por gerar a grande tragédia iniciada em 1939.

Foi assim que em 1º de setembro de 1939 as tropas alemãs atravessavam a fronteira polonesa, dando início assim ao maior conflito bélico pelo qual a humanidade já presenciou. Mais de 60 milhões de mortos, outros tantos milhões de feridos, nações devastadas e desrespeito a diversos princípios do direito de guerra

⁵⁴ *Actes de La Conférence Internationale pour La Répression Du Terrorisme*, N° Officiel C.94.M.47.1938.V, de 1º.06.1938. apud CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 34.

por todos os lados em conflito. Todo esse panorama foi produzido em apenas seis anos de guerra.

No contexto da II Guerra Mundial, tem-se um conflito significativamente marcado por inovações em termos de combate. Nunca houvera antes uma guerra naqueles moldes: novas violações às garantias fundamentais da pessoa humana foram postas em prática, violências quase que inconcebíveis até então passaram a ser infligidas contra indivíduos, populações ou mesmo etnias inteiras. Sobretudo no fronte oriental da Europa e na guerra no Pacífico atrocidades eram cometidas. Esta Guerra foi marcada por novas modalidades de violência, que, de tão atroz, tornavam-se pouco previsíveis. E sob a ótica jurídica, salvo em alguns crimes de guerras específicos, as novas e drásticas violações eram tão absurdas, que não havia sequer previsão de tipificação das mesmas no sistema jurídico internacional. Por outro lado, seria inaceitável que aqueles que tivessem cometido tantas atrocidades escapassem incólumes com o fim das hostilidades. Não se poderia admitir que aquelas atrocidades se tornassem usuais em possíveis conflitos posteriores. Ainda no decorrer da guerra as partes combatentes preparavam-se para estabelecer punições aos considerados culpados por tão graves violações, após o desfecho do conflito.⁵⁵

Já nos primeiros meses de guerra surgiam protestos oriundos dos territórios invadidos, sobretudo no Leste Europeu, contra os métodos das forças de ocupação para com as partes derrotadas. No entanto, tais clamores só mereceriam consideração pelos Aliados alguns anos depois, quando Grã-Bretanha e EUA sentiam os efeitos de seu envolvimento direto no Conflito. Os protestos diziam respeito não apenas às forças do Eixo, mas também à conduta dos soviéticos nos territórios vítimas da agressão dos bolcheviques: Polônia, Letônia, Estônia, Lituânia e Finlândia. Entre estas agressões dos soviéticos, logo no início da guerra está o episódio do massacre de Katyn, quando milhares de oficiais poloneses foram sumariamente executados pelo Exército Vermelho, violando-se as mais basilares convenções de direito de guerra. Este fato foi denunciado pelos alemães ainda durante o conflito, mas as atrocidades também cometidas pelas forças de Stalin durante a Segunda Guerra Mundial não receberam atenção por parte das Potências

⁵⁵ Cf. GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 60-61

Ocidentais. Atentamos para este evento específico, porque pelo mesmo seria atribuída a culpa aos réus em Nuremberg.

Já no início do conflito estava claro que quem saísse perdedor se subjugaria aos auspícios do vencedor. Dentre as primeiras declarações de princípios contra a conduta do Eixo, tem-se uma declaração conjunta feita por Roosevelt e Churchill, em 27 de outubro de 1941. Talvez em virtude de ainda não estarem os EUA oficialmente envolvidos na Guerra, os comentários do presidente Roosevelt restringiram-se a uma mera condenação moral. Entretanto, a declaração de Churchill foi mais precisa, sobretudo em suas conclusões:

O governo de Sua Majestade associa-se plenamente aos sentimentos de horror e de reprovação expressos pelo Presidente dos Estados Unidos concernentes aos massacres nazistas na França. Estas execuções de inocentes, feitas a sangue frio, recairão sobre os selvagens que lhes ordenaram e seus executores. Os massacres na França são um exemplo do que os nazistas fazem em muitos dos outros países sob seu jugo. [...] A punição para esses crimes deve estar permanentemente entre os objetivos maiores da guerra.⁵⁶

Em 17 de dezembro de 1942, os EUA, a URSS e a Grã-Bretanha fizeram uma proclamação, à qual se seguiu uma outra, dada a conhecer em 5 de janeiro de 1943, nas quais indicavam a intenção dos aliados de responsabilizar os alemães e a Alemanha pelos crimes de guerra e pelas atrocidades cometidas durante o conflito.⁵⁷

Portanto, em meio ao conflito, o princípio da repressão pelos crimes cometidos é apresentado pelos aliados. Tais declarações de castigo para os criminosos de guerra também faziam parte da conduta beligerante de ambas as partes em contenda. Do lado do Eixo, diversas vezes suas autoridades deixaram claro que, com sua vitória – do Eixo – no conflito, também os agressores aliados seriam julgados por seus crimes na Europa. Sabia-se que a sina dos vencidos em um conflito daquelas proporções seria a submissão ao arbítrio da outra parte. Independentemente de quem fosse o vitorioso, todos tinham consciência de que o vencido estaria condenado à violência e arbitrariedade do vencedor.

⁵⁶ Declaração conjunta de Roosevelt e Churchill, 27 de outubro de 1941 (tradução livre). apud GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 63-64.

⁵⁷ Cf. CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 98.

Mesmo antes do final da Guerra e da criação da Organização das Nações Unidas,⁵⁸ foi assinado, em 13 de janeiro de 1942, pelos representantes em Londres dos Estados europeus ocupados, um acordo no palácio de St. James, referente à punição dos criminosos de guerra:

Os abaixo-assinados representantes do governo da Bélgica, do governo da Tchecoslováquia, o Comitê Nacional da França Livre, o governo dos Países Baixos, o governo da Noruega, o governo da Polônia e o governo da Iugoslávia;

Visto que a Alemanha, desde o início do presente conflito provocado por sua política de agressão, instituiu nos países ocupados um regime de terror caracterizado, entre outras coisas, pelas prisões, expulsões massivas, massacres e execuções de reféns;

Visto que esses atos de violência foram igualmente cometidos pelos Aliados e Associados do Reich e, em alguns países, por cidadãos cúmplices da Potência ocupante;

Visto que a solidariedade internacional é necessária para evitar que estas violências dêem lugar a atos de vingança individual e coletiva, e com o objetivo de satisfazer ao espírito de justiça do mundo civilizado;

Lembrando que o Direito Internacional, e em particular a Convenção assinada em Haia, em 1907, referente a leis e costumes de guerra terrestre, não permitem aos beligerantes cometerem nos países ocupados atos de violência contra civis, violar as leis em vigor, ou eliminar as instituições nacionais;

1º - Afirmam que tais atos de violência nada têm em comum com o conceito do ato de guerra ou do crime político da maneira como estes são conhecidos pelas nações civilizadas;

2º - Acolhem as declarações feitas a respeito, a 27 de outubro de 1941, pelo Presidente dos Estados Unidos da América e pelo Primeiro Ministro britânico;

3º - Consideram entre os principais objetivos da guerra a punição, por meio da justiça organizada, dos culpados ou responsáveis por estes crimes, os quais tenham eles ordenado, perpetrado ou participado;

4º - 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 [...].⁵⁹

Conjuntamente com esta Declaração, foi constituído pelas potências signatárias o “Comitê Inter-aliado para a Repressão dos Crimes de Guerra”. Por

⁵⁸ A Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada em 1945, na Conferência de São Francisco.

⁵⁹ Cf. GONÇALVES, Joannis Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 65-66.

meio dessas declarações, os governos exilados passaram a influenciar os Aliados para o estabelecimento de um sistema de sanções. Tanto é que, em 6 de agosto de 1942, o governo britânico fixa os princípios da repressão, de acordo com a seguinte determinação:

O governo de Sua Majestade não chegou a conclusões definitivas referentes à política a seguir no que concerne aos criminosos de guerra, mas os princípios gerais a seguir representam sua atual opinião:

1º - A política e o procedimento referentes aos criminosos de guerra, aí compreendida a questão da jurisdição competente, devem ser estabelecidos de acordo com todos os governos aliados interessados.

2º - Para o julgamento dos criminosos de guerra, qualquer que seja o Tribunal competente, far-se-á uso das leis já em vigor, sem promulgar qualquer lei especial 'ad hoc'.

A punição dos criminosos será empreendida assim que possível após o fim das hostilidades, com o objetivo de:

- assegurar uma imediata justiça.
- prevenir medidas de vingança individual.
- assegurar uma execução rápida dos julgamentos, a fim de facilitar o retorno a um atmosfera pacífica na Europa.

3º - Seria desejável, em última instância, fixar uma data limite, após o fim das hostilidades, para a abertura dos processos.

4º - Cada governo aliado interessado poderá, a partir de agora e assim que possível, apresentar uma lista de criminosos para os quais deseja que seja feita a persecução penal, bem como preparar as provas contra os mesmos.

5º - Dispositivos devem ser incluídos nas Convenções de armistício para a captura imediata ou a entrega dos criminosos indiciados e tal medida deve permanecer em vigor até a conclusão do Tratado de Paz. De outra maneira, poderia ser impossível, como aconteceu após a última guerra, trazer a juízo os acusados.

As listas porventura inclusas nas Convenções de armistício não devem ser consideradas como restritivas e é permitido às autoridades de ocupação requerer o indiciamento de outras pessoas. Cada Tratado de paz conterà consequentemente disposições necessárias para que este plano seja posto em prática.

6º - Todas as precauções devem ser tomadas para evitar que os criminosos de guerra obtenham asilo nos países neutros.

7º - Uma distinção deve ser estabelecida entre os criminosos de guerra inimigos e os nacionais provenientes dos países aliados interessados (como os 'Quislings'). Estes últimos deverão ser julgados pelos governos dos países interessados, sob sua própria lei, e nenhuma entente interaliada será necessária nesse sentido, bem como acordos particulares que possam ser necessários para a entrega dos culpados à autoridade competente.⁶⁰

⁶⁰ Cf. GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 67-68.

O presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt e o Primeiro-Ministro britânico Winston Churchill apresentaram declarações de apoio, assim como os soviéticos, que aderiram aos princípios gerais dos aliados.

Os aliados também criaram a “*United Nations War Crimes Comission*” (UNWCC), ou “Comissão de Crimes de Guerra das Nações Unidas”⁶¹, em 20 de outubro de 1943, para investigar os possíveis crimes que estivessem sendo cometidos àquele tempo. Assim, sua finalidade era semelhante à da “*Comission the Responsibilities of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Costume of War*” de 1919. Ocorre que aquela Comissão enfrentou problemas, pois muitas das condutas as quais se pretendia castigar não estavam definidas e sancionadas pelo direito internacional àquele tempo.⁶²

Mas o verdadeiro e principal marco preparatório para a formação do Tribunal de Nuremberg foi a Declaração de Moscou, onde em 11 de fevereiro de 1943, durante a Conferência de Yalta, Roosevelt, Churchill e o Premier soviético Josef Stalin a subscreveram. Em 1º de novembro de 1943, a Declaração de Moscou, adotada por esses líderes, em nome de seus respectivos governos, tornava explícita a política dos aliados em relação aos criminosos do Eixo, que consistia em julgá-los após o encerramento das hostilidades. Esta declaração estabeleceu os princípios adotados pelas Nações Unidas para julgar os criminosos de guerra do 3º Reich:

[...] Ao acordar qualquer armistício com qualquer governo que possa ser estabelecido na Alemanha, os oficiais e praças alemães e membros do Partido Nazista que sejam responsáveis pelas atrocidades, massacres e execuções descritas acima ou nelas tomaram parte consentânea, serão reconduzidos aos países onde seus abomináveis atos foram cometidos, a fim de que possam ser julgados e punidos conforme as leis destes países libertados e dos governos livres que ali sejam estabelecidos.

[...] Que aqueles que até o momento não banharam as mãos no sangue dos inocentes resguardem-se de reunir-se ao rol dos culpados, porque podemos afirmar que as Três Potências aliadas lhes perseguirão até as mais longínquas regiões da terra e irão enviar-lhes de volta seus acusadores a fim de que seja feita a justiça.

Esta Declaração é feita sem prejuízo dos casos dos principais criminosos de guerra, cujos delitos não tenham definição geográfica

⁶¹ Apesar do nome sugerir diferentemente, foi uma comissão criada pelas potências aliadas, já que ainda não havia a Organização das Nações Unidas, que foi fundada posteriormente.

⁶² Cf. GIL GIL, Alicia. *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Valência: UNED, 1999. p. 36-37.

particular e que serão castigados por decisão comum dos governos aliados.⁶³

Desta forma, percebemos que dois modos de repressão são claramente apresentados na Declaração de Moscou.

Primeiramente, tem-se a repressão local, para os crimes individualizados, cometidos em um território específico, onde o julgamento destes criminosos seria feito pelas autoridades do lugar onde haviam praticado o delito e com base no direito comum daquela jurisdição.

Em um segundo modelo de repressão, levavam-se em consideração os chamados grandes criminosos de guerra, cujos delitos não tinham definição geográfica específica. Foi por meio deste princípio que se teve o ponto de partida para a formação do Tribunal de Nuremberg.

À medida que a guerra ia chegando ao seu fim, os princípios elencados na Declaração de Moscou eram postos em prática. As Convenções de Armistício com a Romênia (19/09/1944), Finlândia (19/09/1944), Bulgária (28/10/1944) e Hungria (30/01/1945), continham em seus textos cláusulas que obrigavam os governos dos países vencidos a colaborar com os aliados para a captura dos criminosos de Guerra.⁶⁴ Da mesma forma buscou-se também evitar que os criminosos de guerra identificados pelos aliados obtivessem asilo nos países neutros, impedindo assim a repetição do que acontecera com o desfecho da Primeira Guerra Mundial, quando o próprio Kaiser se refugiou junto à uma nação neutra.

Com o fim definitivo da Segunda Guerra com o rendimento incondicional da Alemanha nazista em 8 de maio de 1945, o acordo de Potsdam previa que os criminosos de guerra deveriam ser julgados. No entanto, nenhuma dessas declarações ou acordos estabelecia a forma precisa para levar os responsáveis pelos crimes a tribunais.

Enquanto na Europa ocorriam reuniões preparatórias, que tratavam da questão do julgamento dos criminosos de guerra, no Extremo Oriente, região em que o Japão continuava lutando, nenhuma iniciativa semelhante estava sendo

⁶³ La Déclaration de Moscou, le 1er novembre 1943, version française (tradução livre). apud GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 69-70.

⁶⁴ Cf. MERLE, Marcel. *Le Procès de Nuremberg et le châtimeut des criminels de guerre*. Paris: Pedone, 1949. p. 63. apud GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 71.

adotada, o que levou ao desenvolvimento separado de estruturas institucionais e procedimentais para tratar das perseguições penais em cada região.⁶⁵

Após muita discussão sobre a necessidade, a extensão e a forma do julgamento, em 8 de agosto de 1945, durante a conferência de Londres, as quatro potências vencedoras – os Estados Unidos, o Reino Unido, a União Soviética e a França – celebraram acordo destinado a estabelecer as regras que deveriam orientar o processo e julgamento dos grandes criminosos de guerra das potências europeias do Eixo. Este acordo, que subseqüentemente recebeu a assinatura de mais 19 Estados, ficou conhecido como a Carta de criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que acabou por ser conhecido como o “Tribunal de Nuremberg”.

Em 6 de outubro de 1945 foi aprovado o Estatuto do Tribunal de Nuremberg (*Charter of the International Military Tribunal for the Trial of the Major War Criminals*), contendo 30 artigos e estabelecendo no art. 4º que aquela seria uma corte quadripartite, à qual cada país aliado deveria enviar um juiz titular e outro suplente, com a Presidência sendo exercida de forma rotativa.

O Reino Unido indicou Geoffrey Lawrence – que também foi escolhido como presidente do Tribunal – e Noram Birkett (suplente). Já os Estados Unidos indicaram Francis Biddle e John Parker, como seu suplente. Por sua vez, a França indicou o professor Henri Donnedieu de Vabres, Professor da Universidade de Paris e um dos maiores especialistas europeus em direito internacional, e Robert Falco como seu suplente. Por fim, a União Soviética teve o Major-General Iona T. Viktchenko e, também, o Tenente-Coronel Alexander F. Volchkov.

O Ministério Público foi composto por equipes das potências, chefiadas, respectivamente, por: Robert H. Jackson (EUA), Auguste Champetier de Ribes e François de Menthon (França), Hartley Shawcross e David Maxwell-Fyfe (Reino Unido) e General Roman A. Rudenko (URSS).⁶⁶

Os advogados de defesa eram todos alemães, merecendo destaque os Drs. Hans Marx, Otto Stahmer, Fritz Sauter e Gunther Von Rohscheidt, que, em moção datada de 19 de novembro de 1945, centraram suas teses de defesa na assertiva de que a Corte Militar era um tribunal de exceção, constituído *ex post facto* com a

⁶⁵ Cf. CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 98-99.

⁶⁶ Sobre toda a composição e estrutura do Tribunal de Nuremberg, vide GONÇALVES, Joanival Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

finalidade precípua de condenar e não de julgar os acusados, verdadeiro "tribunal de vencedores contra vencidos", em frontal desrespeito à velha parêmia: "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*", de cumprimento obrigatório no Direito Penal.⁶⁷

Como se pode constatar, embora o Tribunal tivesse a denominação de militar, todos os juízes, salvo o soviético, eram civis e considerados juristas notáveis em seus países. A denominação Tribunal Militar decorreu da necessidade dos Estados Unidos contornarem o obstáculo do princípio da anterioridade da lei previsto no Direito Penal comum interno e inexistente em seu Direito Penal Militar.⁶⁸

O Tribunal poderia julgar pessoas que tivessem cometido crimes a) contra a paz; b) crimes de guerra; e c) crimes contra a Humanidade (Artigo 6), devendo a responsabilidade dos acusados ser apurada tanto como indivíduos como quanto membros de organizações (Artigo 4). A estes foram acrescentados ainda o crime de complô (*conspiracy*):

Art. 6º - O Tribunal estabelecido por acordo mencionado no art. 1º acima, para o julgamento e castigo dos grandes criminosos de guerra dos países europeus do Eixo, será competente para julgar e punir quaisquer pessoas que, agindo por conta dos países europeus do Eixo, tenham cometido, individualmente ou sob o título de membros de organizações, qualquer dos crimes seguintes.

Os seguintes atos, ou qualquer um entre eles, são crimes submetidos à jurisdição do Tribunal e elencam uma responsabilidade individual:

a) Crimes contra a paz: a saber, a direção, preparação, o desencadeamento ou a persecução [*poursuite*] de uma guerra de agressão, ou de uma guerra violadora de tratados, garantias ou acordos internacionais, ou a participação em um plano concertado [*plan concerté*] ou em um complô para a realização de qualquer um dos atos precedentes;

b) Crimes de guerra: a saber, as violações das leis e costumes de guerra. Tais violações compreendem, sem limitar-se a estes, o assassinato, os maus-tratos e a deportação para trabalhos forçados, ou com qualquer outro objetivo, das populações civis nos territórios ocupados, o assassinato e os maus-tratos dos prisioneiros de guerra ou de pessoas no mar, a execução de reféns, a pilhagem dos bens públicos ou privados, a destruição sem motivo das cidades e vilas, bem como a devastação não justificada pelas exigências militares;

c) Os crimes contra a humanidade: a saber, o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato inumano cometido contra quaisquer populações civis, antes ou durante a guerra; ou ainda as perseguições por motivos políticos,

⁶⁷ Cf. BARROS, Miguel Daladier. *Os legados jurídicos, éticos e humanísticos do Tribunal de Nuremberg*: 60 anos depois. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 set. 2008.

⁶⁸ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 72.

raciais ou religiosos, cometidos em prosseguimento a todos os crimes sob a competência do Tribunal Internacional, ou a eles vinculados, mesmo que tenham tais perseguições constituído ou não uma violação do direito interno do país onde foram perpetradas. Os dirigentes, organizadores, colaboradores ou cúmplices que tenham participado na elaboração ou execução de um *plan concerté* ou de um complô para o cometimento de qualquer um dos crimes acima definidos são responsáveis por todos os atos perfeitos realizados por qualquer pessoa na execução deste plano.⁶⁹

Apesar do Estatuto de Nuremberg não trazer o enquadramento de nenhum crime definido como "crime de organizações", mesmo assim seis entidades do nazismo foram formalmente denunciadas perante o Tribunal: O "Gabinete do Reich" (Reichsregierung), as "SA" (Sturmabteilungen der National-Socialistischen Deutschen Arbeiter-Partei), o "Corpo Diretivo do Partido Nazista" (Das Korps der Politischen Leiter der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei), as "SS" (Schutzstaffel), a "Gestapo" (Geheime Staatspolizei), e o grupo formado pelo Estado-Maior e pelo Alto Comando de Reich: o "OKH" (Oberkommando der Heeres, armada de terra), o "OKM" (Oberkommando der Marine, armada marítima) e o "OKL" (Oberkommando der Luftwaffe, força aérea). Acima deles estava o "OKW" (Oberkommando der Wehrmacht, comando superior militar) encabeçado pelo Führer (Adolf Hitler), do qual o Marechal Wilhelm Keitel fora Chefe de Estado-Maior.⁷⁰

O texto do Estatuto, portanto, atribuía as responsabilidades das mais genéricas, de modo que qualquer pessoa poderia ser indiciada, julgada e condenada com base em qualquer daqueles preceitos do artigo 6º. A caracterização de cada delito específico ficaria a cargo da Corte, de modo que a Acusação tinha grande facilidade em adequar qualquer conduta aos encargos de amplo sentido elencados no Estatuto.

Assim, em 20 de novembro de 1945, no Palácio da Justiça da cidade bávara de Nuremberg, sob a presidência de Geoffrey Lawrence, juiz da representação britânica, foram iniciadas as 403 sessões públicas do julgamento de vinte e quatro líderes nazistas capturados pelas forças aliadas, dentre os quais vinte médicos considerados criminosos de guerra, devido aos brutais experimentos realizados em seres humanos.

⁶⁹ Cf. GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 100-102.

⁷⁰ Cf. BARROS, Miguel Daladier. *Os legados jurídicos, éticos e humanísticos do Tribunal de Nuremberg: 60 anos depois*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 set. 2008.

A cidade de Nuremberg foi escolhida porque além de representar o ponto de concentração da zona de ocupação norte-americana, foi o centro irradiador do nazismo, bem como ex-palco das mais gigantescas manifestações do partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães, nome oficial do Partido Nazista.⁷¹

Ao longo de 218 dias de audiência, em 1º de outubro de 1946, o Tribunal divulgou as sentenças absolvendo três réus, condenando nove à pena de prisão perpétua ou temporária, e, o restante deles (doze) à pena de morte por enforcamento e condenando quatro organizações criminosas.

Os sumários do Tribunal de Nuremberg totalizaram, no final, 4 bilhões de palavras e ocuparam 16 mil páginas. O libelo tinha 25 mil páginas e só a sua leitura consumiu todo o primeiro dia de julgamento. Foram ouvidas 360 testemunhas e anotou-se 200 mil declarações sob juramento.⁷²

Foram os 218 dias mais longos da história, onde ao final deram origem aos chamados “Princípios de Nuremberg”, em número de sete, que constituem os fundamentos principais do moderno Direito Internacional Penal, e também ao “Código de Nuremberg”, documento este que se traduziu num conjunto de diretrizes que orientaram as experiências médico-científicas em seres humanos, consolidado com base no resultado dos julgamentos do tribunal, em resposta às experiências desumanas realizadas pelos nazistas durante a guerra, por médicos como Josef Mengele. Este documento pode ser considerado como um marco na história, pois pela primeira vez foi estabelecida uma recomendação de repercussão internacional sobre os aspectos éticos e humanitários envolvendo pesquisas em seres humanos.

Em 16 de outubro de 1946, os condenados à morte são enforcados no ginásio da prisão de Nuremberg, onde posteriormente seus corpos foram secretamente incinerados em um crematório de Munique e suas cinzas jogadas em um afluente do rio Isar, para que se evitassem futuras glorificações. Em 18 de julho de 1947, os condenados à prisão são transferidos para a penitenciária dos Aliados no complexo de Spandau, em Berlim, reservada exclusivamente aos criminosos de guerra e sob controle das quatro potências vencedoras da Guerra.

⁷¹ O art. 22 da Carta estabeleceu Berlim como sede permanente do Tribunal, e Nuremberg, o lugar dos processos. Nuremberg foi escolhida também por se ter levado em consideração as diversas vantagens do Palácio de Justiça de Nuremberg, pois o prédio era espaçoso, contando com aproximadamente 22 mil m², cerca de 530 escritórios e 80 salas de audiência; não foi muito danificado pela guerra; possuía uma grande prisão, em bom estado, adjacente ao próprio Palácio.

⁷² Cf. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004. p. 24.

O Tribunal de Nuremberg já nasceu polêmico em razão de ter sido criado para o julgamento de fatos pretéritos (*ex post facto*). Mesmo assim para muitos foi um progresso do Direito Internacional, para outros um tribunal improvisado e arbitrário, onde foram negados os mais elementares postulados do direito penal tradicional, tais como: os "princípios da legalidade"⁷³ e da "irretroatividade da lei penal"⁷⁴, sendo conhecido como o "julgamento de vencedores contra vencidos". A fim de concretizar seu "Plano de Julgamento" o Tribunal Militar Internacional mesclou as regras do Direito Civil europeu com o anglo-americano, evitando usar as palavras "lei" ou "código", tudo num esforço de lidar pela primeira vez na história com um julgamento a ser realizado *ex post facto*, fundamentando esta decisão no plano do Direito Internacional, no fato de que as quatro "potências vencedoras" eram o governo do território alemão. Várias outras críticas foram opostas ao Tribunal, tais como: impossibilidade de o direito penal atuar em relação aos chamados "Atos de Estado"; impossibilidade de reconhecimento da responsabilidade penal dos entes coletivos; impossibilidade de atuação do direito penal internacional contra os indivíduos e a questão da obediência hierárquica.

Com relação a essas questões, os julgadores do Tribunal de Nuremberg entenderam não haver violação do princípio da *nullum crimen nulla poena sine lege* quanto aos crimes de guerra, pois o próprio Estatuto declarou o que fora definido na Convenção de Haia de 1907. Quanto aos crimes contra a paz, decidiu-se que o princípio da reserva legal não limitaria a soberania dos Estados, pois seria justo punir aqueles que, em desacordo com tratados solenes, agredem, sem prévio aviso, a um outro Estado. Ficou realçado em Nuremberg que os acusados conheciam os tratados assinados pela Alemanha, tratados estes que proibiam a guerra como solução de eventuais diferenças. Significava, pois, que sabiam que a guerra de agressão era proibida pela lei pela maioria dos Estados, inclusive pela Alemanha.

⁷³ Também conhecido como princípio da estrita legalidade ou da reserva legal. Sua definição em latim é "*nullum crimen nulla poena sine lege*", ou seja, não há crime e pena sem previsão legal. Com isso, os crimes contra a paz, contra a humanidade e de complô só poderiam servir de base para o julgamento em Nuremberg se já se encontrassem tipificados à época que foram cometidos. Em outras palavras, não se poderia condenar pessoas por condutas criminosas não previstas pela legislação ou não existentes à época que, porventura, as tivessem realizado.

⁷⁴ O princípio da irretroatividade da lei penal dita que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Esta disposição veda a alteração das normas penais em detrimento da situação jurídica preexistente. Ou seja, uma lei nova não poderá agravar a situação de um agente em face de um ilícito já cometido. Contudo, inversamente, poderá funcionar para beneficiá-lo. Desta forma, se alguma conduta típica atual vier a ser descriminalizada, os condenados pela sua prática poderão ter suas condenações revertidas e deixar de cumprir as penas que ainda estejam sujeitos.

O princípio da irretroatividade da lei penal, no entanto, foi flagrantemente violada em Nuremberg. O Direito internacional penal, embora seja uma disciplina autônoma, não pode abrir mão das garantias fundamentais asseguradas pelo direito penal. A justificativa da violação a tal princípio residiu apenas no ponto de vista moral, da equidade e da consciência universal, onde se imaginaria inconcebível não haver uma exigência de punição pelos fatos cometidos pelos acusados.

Como já explanado, o direito internacional penal anterior ao Estatuto de Nuremberg já proibia as guerras de agressão e os crimes de guerra. Mais que isso, os aliados por diversas vezes durante a guerra denunciaram as atrocidades praticadas pelos alemães e afirmaram a intenção de punir os responsáveis. Contudo, nenhum documento internacional havia previsto os crimes contra a humanidade como tipo penal e muito menos cominara qualquer tipo de sanção penal. Esta foi, sem dúvida, uma inovação prevista pelo Estatuto e que significou uma das maiores violações da reserva legal, pois os acusados foram processados e julgados muito mais do que leis posteriores, mas sim por um Direito acima do Direito positivo e acima dos Estados.

O Tribunal de Nuremberg foi, ainda é e sempre será alvo de inúmeras críticas, dentre elas temos a de Nelson Hungria, que chegou a admoestar severamente os julgamentos de Nuremberg, afirmando:

O Tribunal de Nuremberg há de ficar como uma nódoa da civilização contemporânea: fez 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 ele 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. Como diz Montero Schmidt (Ver. de Ciencias Penales, tomo IX, nº 4, 1946): 'jamais había podido concebir la mente de jurista alguno um derumbe más grande de los principios de Derecho, que se iluminó, al postre, com una escerna grotesca: el ahorcamiento del cadáver del Mariscal Goering, después que este se había suicidado!'⁷⁵

⁷⁵ Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. t. I. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 31.

Todavía, contrariamente a esta opinión, em relação ao Tribunal de Nuremberg, Quintano Ripollés expressou que:

[...] constituída la Comisión y firmada la declaración y Proyecto de Estatuto por los solos representantes de las cuatro grandes potencias [...], no hay que olvidar que diecinueve países le prestaron expresa e incondicional adhesión [...]. De outra parte, la coetánea Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada em Chapultepec (México) el 6 de marzo de 1941, supuso la coincidencia del continente americano casi íntegro em los principios de la Declaración Tripartita de Moscú de 1943, en el sentido de que los culpables, responsables y cómplices de los crímenes de guerra fuesen juzgados y condenados, negando refugio y concediendo la extradición de los acusados por tales hechos. Es gratuito, en consecuencia, el afirmar la unilateralidad de la justicia criminal proyectada, que si bien se hizo, como no podía ser por menos, por los vencedores, llevó al asentimiento de la mayor parte de la comunidad internacional, pocas veces tan manifiestamente expresada.⁷⁶

Claramente temos que admitir que Nuremberg transporeceu um Tribunal de vencedores julgando os vencidos. No entanto, apesar de tal pecha e da maciça opinião pública mundial ter desenvolvido imensa repulsa pelos atos praticados pelos representantes do Estado nazista, o Tribunal de Nuremberg tentou, na medida do possível, fazer um julgamento e não um ato de vingança internacional, visto que três absolvições foram pronunciadas. Uma pura justiça de vencedor não teria certamente chegado a isso. Nuremberg foi, sem dúvida alguma, um passo largo na construção do direito internacional penal. Lá, a despeito de não existir norma escrita específica, foi concretizado o conceito de crime contra a humanidade e reconhecido o conceito de crime de guerra de agressão. Outro ponto não menos importante, já abordado anteriormente, foi a introdução definitiva da figura do indivíduo nas questões internacionais penais.

Abstraindo todas as críticas, resta claro que o maior mérito de Nuremberg foi, sobretudo, o de ter formulado pela primeira vez tipos penais internacionais, tipificando assim os crimes mais graves contra o direito internacional, de modo que todas as codificações internacionais posteriores se basearam nestas definições.

⁷⁶ Cf. QUINTANO RIPOLLÉS, A. Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal. t. I. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas del Instituto Francisco de Vitoria, 1995. p. 405-406. apud ANELLO, Carolina Susana. *Corte Penal Internacional: creada por el estatuto de Roma (17/7/98)*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2003. p. 21-22.

Com isso, ante a experiência de Nuremberg, subsistiu a exigência por um Tribunal Penal Internacional permanente.

1.1.5 A Segunda Guerra Mundial e o Tribunal Militar Internacional de Tóquio

Os fundamentos para a criação do Tribunal de Tóquio encontram-se na Declaração do Cairo, datado de 1º de dezembro de 1943, em que participaram e assinaram representantes dos Estados Unidos da América, da Grã-Bretanha e da China, no qual demonstraram a intenção de por termo a agressão japonesa e levar a julgamento os criminosos de guerra japoneses. Tais objetivos são reiterados e anunciados durante a Conferência de Potsdam, em julho de 1945, quando os três mesmos aliados fazem saber que uma estrita justiça deve sancionar todos os criminosos de guerra e especialmente aqueles que tiveram cometido crueldades contra os prisioneiros.

O Japão só se rendeu em 2 de setembro de 1945 e, no ato de rendição, se definiu precisamente como se dariam os procedimentos relativos às condições de tratamento a serem empregados aos suspeitos de terem cometido crimes de guerra. Ao mesmo tempo, a Comissão de Crimes da Organização das Nações Unidas aprovou uma recomendação para o estabelecimento de um tribunal militar internacional para julgar os crimes praticados pelos japoneses. Nessas bases, o Departamento de Estado dos EUA adota um instrumento visando à prisão e à sanção dos criminosos de guerra no Extremo Oriente pelo qual notifica o Comando Supremo das Forças Aliadas e as oito nações (Austrália, Canadá, China, França, Grã-Bretanha, Nova Zelândia, Países Baixos e União Soviética) de criar o tribunal militar.⁷⁷

A Conferência de Moscou entre os Ministros das Relações Exteriores de Estados Unidos, Grã-Bretanha, União Soviética e China, concordaram que o tribunal fosse sediado em Tóquio. Em janeiro de 1946, o general Douglas Mac Arthur aprovou a Carta do Tribunal, que tinha competência para julgar os acusados de crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a Humanidade.

⁷⁷ Cf. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004. p. 28.

O tribunal era composto de juizes provenientes de 11 nações aliadas: Austrália (William F. Webb, presidente do Tribunal), Canadá (E. Stuart McDougall), China (Ju-ao Mei), Estados Unidos (John P. Higgins), França (Henri Bernard), Grã-Bretanha (Lorde Patrick), Índia (Tadhabinod M. Pal), Países Baixos (Bernard Victor A. Roling), Nova Zelândia (Erima Harvey Northcroft), Filipinas (Delfin Jaranilla) e União Soviética (I. M. Zaryanov).

O procurador-chefe estava a cargo do norte-americano Joseph Keenan e cada país aliado designava um procurador-adjunto.

A Carta do Tribunal Militar Internacional par ao Extremo Oriente contava com 17 artigos, contra 30 do Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Contudo, a substância e a forma eram muito parecidas, senão quase idênticas.

Os julgamentos se realizaram no prédio onde funcionava o Ministério da Guerra japonês, tendo início em maio de 1946, durando dois anos e meio, até novembro de 1948. Dos 80 suspeitos de terem cometido crimes de guerra, capturados e detidos na prisão de Sugamo, em Tóquio, só são levados a julgamento 28 deles, dos quais 9 civis e 19 militares de carreira.

A acusação os censurou por terem elaborado e executado um plano de conquista baseado na realização de um programa de assassinatos, terem subjugado prisioneiros de guerra e submetido civis a experiências médicas, trabalhos forçados em condições desumanas, pilhagem de bens públicos e privados, destruições de cidades e vilarejos sem necessidades militares, e de uma forma geral assassinatos, estupros e crueldades em massa em todos os territórios invadidos. Dos réus, dois morreram de causas naturais durante o julgamento, enquanto outro teve um colapso nervoso, sendo levado a um hospital psiquiátrico, de onde foi libertado em 1948. Os 25 restantes foram considerados culpados, diversos deles por mais de um crime. Sete foram condenados à morte por enforcamento, 16 à prisão perpétua e dois a penas menores.⁷⁸

O processo de Tóquio foi manifestamente submetido a razões de Estado e a justiça que foi feita se prestou a várias críticas, mais ainda que as do Tribunal de Nuremberg. As críticas se fundaram na razão de que foi uma justiça de vencedor submetida de forma muito estreita à tutela norte-americana e ao seu representante,

⁷⁸ Para maiores detalhes dos condenados, confira: BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004. p. 31-36.

o general Mac Arthur, que tinha não apenas o poder de escolher os juízes componentes do Tribunal, mas também de reduzir as penas pronunciadas, sem entretanto poder aumentá-las. Além disso, os Estados Unidos foram os principais provedores de fundos do tribunal. Enquanto o Tribunal de Nuremberg era composto por quatro juízes, contando cada um com um substituto, em Tóquio os onze juízes não tinham substitutos. Em Nuremberg, as nações aliadas contavam cada uma com um procurador com igualdade de direitos, enquanto em Tóquio os procuradores das potências aliadas eram apenas os assistentes do procurador dos Estados Unidos.

As críticas ao Tribunal de Tóquio não foram poucas, podendo ser adicionadas aquelas lembradas por Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin, na análise entre o Tribunal de Nuremberg e Tóquio:

Os dois tribunais diferem também no que diz respeito às infrações e às pessoas julgadas. Apenas os crimes contra a paz com contornos incertos e violações caracterizadas das leis de guerra são retidos em Tóquio, enquanto em Nuremberg, outras categorias de crimes são visadas pela acusação. Enfim, em Tóquio são julgadas apenas pessoas físicas, enquanto em Nuremberg organizações como a Gestapo são acusadas. Entretanto, no Japão não faltam organizações patrióticas que preconizam a política expansionista.⁷⁹

Ainda podemos ressaltar as críticas no que corresponde aos desacordos expressos pelos juízes do Tribunal de Tóquio no final dos processos. Alguns juízes criticaram duramente as penas aos acusados, outros entenderam que algumas autoridades japonesas, como o próprio imperador japonês Hiroito que não foi julgado, deveriam fazer parte do rol dos acusados, já o juiz Radhabinod Pal da Índia entendia que todos os acusados deveriam ser absolvidos.

Enfim, os resultados dos processos de Tóquio podem ser considerados como insatisfatórios em larga medida. Todavia, também foi mérito do Tribunal Militar do Extremo Oriente, assim como do Tribunal de Nuremberg, a partir da tipificação dos crimes referenciados, instigar o nascimento da obrigação das Nações em respeitar os princípios do Direito Internacional e mais ainda, a criação do embrião do Direito

⁷⁹ Cf. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004. p. 38.

Internacional Penal, que tem como “pressuposto de que existem certas exigências fundamentais de vida em sociedade internacional”⁸⁰.

Os Tribunais Militares Internacionais alimentaram a esperança de que, no futuro, os crimes contra os direitos humanos seriam julgados em um tribunal penal permanente das Nações Unidas, livre de pressões políticas, dotado de uma jurisdição definida e com base em uma legislação abarcando os crimes contra a humanidade.

1.1.6 O período pós-guerra

Após os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, os Aliados criaram Tribunais Internacionais para crimes de guerra em suas respectivas zonas de ocupação na Alemanha. A República Federal da Alemanha, após a II Guerra, processou (entre 1947 e 1990) cerca de 60.000 pessoas acusadas de genocídio e crimes de guerra, das quais 960 foram condenadas à morte. Na França, registram-se os julgamentos de Paul Touvier, Klaus Barbie e René Bousquet por crimes praticados durante a II Guerra Mundial⁸¹. A Itália processou Erich Priebke (condenado a 15 anos de prisão) e Karl Hass (condenado a 10 anos e 6 meses de prisão). O Canadá julgou Inre Finta e a ex-Iugoslávia julgou e executou Artukovik.

Além desses, de todos os julgamentos posteriores à Segunda Guerra Mundial, o que se tornou mais célebre foi o de Adolf Eichman em 1961 perante o Estado de Israel. Eichman foi seqüestrado em 11 de maio de 1960 pelo serviço secreto israelense na cidade de Buenos Aires, Argentina, e foi levado para ser julgado pelo Tribunal Distrital de Jerusalém. Lá, Eichman, que fora subsecretário do Estado nazista, que se tornara, segundo ele próprio afirmara, um perito na questão judaica e que atuou ativamente, embora sem ter sido diretamente responsável pela morte de uma única pessoa, no extermínio de milhões de pessoas durante o conflito mundial. Tal julgamento criou um grande paradoxo para a humanidade, pois Eichman não se revelou um monstro assassino, mas apenas um funcionário

⁸⁰ Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 167.

⁸¹ Sobre o tema, vide: BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004. p. 45-51.

burocrático que cumpria ordens e agia conforme determinação de seus superiores. Eichman foi condenado à morte por enforcamento.

Hannah Arendt traduziu uma das questões que ficaram expostas com o julgamento de Eichman, com relação à esses eventos relativos as duas guerras mundiais:

Resta, porém, um problema fundamental, que está implicitamente presente em todos esses julgamentos pós-guerra e que tem de ser mencionado aqui porque toda uma das grandes questões morais de todos os tempos, especificamente a natureza e a função do juízo humano. O que exigimos nesses julgamentos, em que os réus cometeram crimes 'legais' é que os seres humanos sejam capazes de diferenciar o certo do errado mesmo quando tudo que têm para guiá-los seja apenas seu próprio juízo, que, além do mais, pode estar inteiramente em conflito com o que eles devem considerar como opinião unânime de todos a sua volta. E essa questão é ainda mais séria quando sabemos que os poucos que foram suficientemente 'arrogantes' para confiar em seu próprio julgamento não eram, de maneira nenhuma, os mesmos que continuavam a se nortear pelos valores, ou que se nortearam por crenças religiosas.⁸²

Apesar desses julgamentos levados à cabo pelas jurisdições nacionais, a necessidade do estabelecimento de um Tribunal Internacional Penal foi discutida na Organização das Nações Unidas, em 1948. Na Resolução 260, de 9 de dezembro, a Assembleia Geral reconheceu que em todos os períodos da história o crime de genocídio havia amealhado grandes perdas para a humanidade, sendo que deveria haver uma cooperação internacional a partir de então.

Nesta mesma Resolução, a Assembleia Geral das Nações Unidas requisitaria à Comissão de Direito Internacional (CDI) um estudo sobre a possibilidade do estabelecimento de um órgão judicial internacional para julgar as pessoas que cometessem crimes de genocídio, iniciando assim uma elaboração de um Estatuto para uma corte penal internacional.

Desta forma, a CDI concluiu em seus estudos que uma corte internacional para julgar crimes de genocídio e outros crimes de gravidade similar era tanto possível como desejável. Então, a Assembleia Geral nomeou um comitê para preparar uma proposta de Estatuto para a almejada corte. O comitê preparou o

⁸² Cf. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 318.

primeiro anteprojeto em 1951 e um outro, revisado em 1953. Entretanto, o cenário internacional, marcado pela Guerra Fria, impediu avanços neste sentido, o que só seria retomado em 1989, quando retornaram com força as discussões na ONU para a negociação de uma convenção internacional acerca do tema.

No ano de 1989, em resposta a um requerimento de Trinidad e Tobago, a Assembleia Geral solicitou à CDI um resumo dos trabalhos sobre uma corte internacional penal em cuja jurisdição se incluísse o tráfico de drogas. O fato ensejou levantar, novamente, a necessidade de se pensar a criação de um sistema penal permanente.⁸³

No próprio ano de 1989, através de uma resolução da Assembleia Geral, a CDI deu início novamente a estudos para viabilizar o estabelecimento de um órgão judiciário com competência para o processamento de crimes semelhantes àqueles julgados pelos tribunais militares internacionais. No entanto, os trabalhos não avançaram, novamente, por efeito das divergências ideológicas proporcionadas por um mundo que, ainda naquele período, estava marcado pelo equilíbrio de poder entre EUA e União Soviética.⁸⁴

Durante a Guerra Fria os crimes de guerra, contra a humanidade e genocídio receberam menor atenção do que as prementes questões que se desenrolavam no cenário internacional, eis que os fatos que preocupavam a paz e a segurança internacional eram tais como as invasões da Hungria (1956) e Tchecoslováquia (1968) por tropas da URSS, a crise dos mísseis em Cuba (1961), a construção do muro de Berlim (1961), a corrida armamentista, entre outros. Mas com a derrocada dos regimes comunistas do Leste Europeu no início da década de 90, representada pela queda do Muro de Berlim, houve a reativação pelo interesse pela matéria, já que as tensões Leste-Oeste foram reduzidas.

⁸³ Cf. PEIXOTO, A. K. A erosão da soberania e a teoria das relações internacionais. Brasília: IPR/UnB, 1997. p. 175. apud MAIA, Marielle. *Tribunal penal internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 52.

⁸⁴ Cf. MAIA, Marielle. *Tribunal penal internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 52.

1.1.7 O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

Com a queda do Muro de Berlim e o fim da Guerra Fria, a ordem internacional criada com o fim da Segunda Guerra Mundial caiu por terra, e a última década do século XX é marcada pelo surgimento de uma nova ordem internacional.

No mundo pós Guerra Fria o equilíbrio entre as superpotências desaparece, revelando, com o fim dos regimes socialistas, conflitos regionais e localizados, motivados por fatores étnicos e religiosos.

Gustavo Sampaio T. Ferreira sintetiza o que ocorreu nesse período da seguinte maneira:

Com o advento da Guerra Fria, os países socialistas, sob o patrocínio da União Soviética e edificados sob as bases do totalitarismo, impunham por vezes a união de povos diversos em torno da bandeira de um só Estado Nacional, gerando uma falsa unidade que, em momentos de tensão, certamente não resistiriam a propostas separatistas. Foi o que aconteceu, por exemplo, com a Ex-República Socialista Federal da Iugoslávia. Com o fim da bipolaridade ideológica e com a conseqüente abertura política dos países do Leste, vários foram os pontos de insurgência de movimentos étnicos com vistas a obter independência. O caso que mais repercutiu foi sem dúvida o da Iugoslávia, onde as múltiplas etnias geraram, com o romper do governo forte, as sangrentas disputas pela imprensa internacional e deflagradoras de uma expressa violação dos direitos do homem.⁸⁵

Nos conflitos regionais que se desenvolveram, volta-se a testemunhar crimes de genocídio, limpeza étnica, agressões direcionadas contra populações civis não-combatentes e conflitos armados significativos. Após a Segunda Guerra Mundial, foi a primeira vez que a Europa presenciava muitas das atrocidades elencadas em Nuremberg.

Para se dar uma clara ideia do que aconteceu, deve-se ler alguns trechos constantes do documento S/25274, de 9 de fevereiro de 1993, que consubstanciou o primeiro relatório da Comissão nomeada pelo Secretário Geral da ONU, em atenção ao determinado pela Resolução 780 (1992) do Conselho de Segurança:

⁸⁵ Cf. GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 232. apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 85.

A expressão 'depuração étnica' é relativamente nova. No contexto dos conflitos na ex-República Socialista Federal da Iugoslávia a prática da 'depuração étnica' consistiu em dar homogeneidade étnica a uma zona, utilizando a força ou a intimidação para expulsar pessoas ou determinados grupos em dita zona. A 'depuração étnica' violou o Direito Internacional.

A julgar pelo grande número de informações nas quais foram descritas as políticas e práticas aplicadas na ex-Iugoslávia, a 'depuração étnica' se produz mediante homicídios, torturas, encarceramentos arbitrários, execuções sem processo judicial, estupros e outras agressões sexuais, confinamento de populações civis em guetos, expulsões pela força, deslocamento e deportação de populações civis, ataques deliberados ou ameaças de ataques contra civis e zonas civis, destruição injustificada de bens. Estas práticas constituem crimes de 'lesa-humanidade' e podem ser assemelhadas a crimes de guerra concretos. Esses atos também poderão ser considerados como compreendidos na Convenção de Prevenção e Repressão do Delito de Genocídio.⁸⁶

Ainda sobre os crimes cometidos na ex-Iugoslávia, acrescenta João Marcello de Araújo Júnior:

A vinculação entre as agressões sexuais e a política de depuração étnica ficou provada de forma manifesta, pois muitos estupros foram praticados em praça pública como fim de desmoralização pessoal e coletiva e, além disso, os estupradores afirmavam que queriam tornar suas vítimas grávidas e, quando efetivamente engravidavam eram mantidas presas pelo tempo necessário a tornar inviável o aborto. Ficou conhecido o caso de uma mulher muçulmana, que permaneceu detida por um vizinho, durante seis meses, em uma casa perto de sua aldeia. Foi estuprada reiteradas vezes por três ou quatro soldados, que lhe diziam que daria à luz um menino chetnik, que ao crescer mataria muitos muçulmanos.

[...] Grande parte dos atentados aconteceram no contexto dos esforços efetuados para o deslocamento de grupos étnicos de um lugar para outro. Além disso, alguns dos supostos autores alegaram haver recebido ordens para a prática de estupros.⁸⁷

Assim, devido a este panorama, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) é criado em 25 de maio de 1993, pela Resolução 827 do Conselho

⁸⁶ Parágrafos 55, 56 e 57 do documento S/25374 ONU.

⁸⁷ Cf. ARAÚJO JR., João Marcello. *Tribunal penal internacional permanente, instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais* (processo legislativo histórico e características). Parecer apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros, indicação n. 036/98, 1999. p. 62.

de Segurança, com caráter *ad hoc*, ou seja, não permanente, com sede na cidade de Haia, Holanda.

O Estatuto desse tribunal permitiu responsabilizar criminalmente indivíduos que tivessem cometido crimes contra a humanidade no território da antiga Iugoslávia, cujas definições são bastante similares às do art. 6º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg.

As competências do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, que é órgão da ONU, são:

- a) *ratione temporis*: o período de tempo abrangido tem início em 1º de janeiro de 1991, primeiro dia do ano calendário de 1991, conforme estipulado no art. 1º;
- b) *ratione materiae*: os crimes são definidos no art. 3º (crimes de guerra), no art. 4º (genocídio) e no art. 5º (crimes contra a humanidade), além das condutas especificadas no art. 2º, de forma genérica, como graves violações às Convenções de Genebra de 1949, em especial uma série de condutas enumeradas nesse dispositivo (contra pessoas ou propriedades protegidas pelos dispositivos da correspondente Convenção de Genebra);
- c) *ratione loci*: o território da antiga Iugoslávia;
- d) *ratione personae*: delimitado como as pessoas responsáveis por graves violações ao Direito Internacional Humanitário (art. 1º), tanto aquelas que cometeram quanto as que deram ordens para que fossem cometidos esses crimes (art. 2º, *caput*, 1ª parte).

A competência do TPII é concorrente com a de tribunais nacionais para processar os acusados. Contudo, pode solicitar preferência em relação a estes tribunais nacionais, assumindo assim as investigações e procedimentos locais em qualquer fase, se isso se mostrar de interesse da justiça internacional (art. 9º).

O grande marco na estrutura do Tribunal é a regra contida no art. 7º, que prevê a responsabilidade penal individual, quando dispõe que, além dos sérvio-bósnios, também os ocupantes de cargos oficiais, como chefes de Estados ou de Governo serão submetidos à jurisdição criminal do Tribunal. Além disso, prevê-se a

possibilidade de recurso (art. 25), que não havia nos Tribunais Militares de Nuremberg e Tóquio.

Desde a primeira audiência, sobre o caso Tadic, em 8 de novembro de 1994, até outubro de 2009, o Tribunal havia acusado formalmente cerca 160 pessoas, das quais apenas 2 estavam foragidas; 181 processos haviam sido concluídos, dos quais 151 foram declarados procedentes (dos quais 6 ainda estão pendentes de julgamento de recurso) e 30 casos foram declarados não procedentes (dos quais 3 ainda estão pendentes de apreciação de recurso). Retiraram-se as acusações contra 25 acusados e 6 morreram, destes últimos, três na prisão e três em liberdade condicional. Quatro casos foram enviados a tribunais nacionais para serem localmente julgados. Os processos continuam em relação a 25 acusados.⁸⁸

Entre os indiciados encontram-se desde soldados rasos até generais e comandantes políticos. O indiciado mais notório em âmbito internacional é o de Slobodan Milosevic, ex-presidente da República Federal da Iugoslávia, preso em Belgrado em 1º de abril de 2001, e cujo julgamento se iniciara em 12 de fevereiro de 2002. Milosevic fora acusado de crimes contra a humanidade, de infrações graves às Convenções de Genebra de 1949 e de violações a leis e costumes de guerra. Foi processado tanto com base em sua responsabilidade individual (art. 7.1 do Estatuto deste Tribunal) quanto em virtude de sua condição de superior hierárquico (art. 7.3 do Estatuto deste Tribunal) daqueles que cometeram atrocidades na Bósnia-Herzegovina, na Croácia e no Kosovo. Durante o julgamento, no entanto, foi encontrado morto em sua cela, na prisão das Nações Unidas em 11 de março de 2006.

Logicamente que diversas críticas são dirigidas contra o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, destacando-se as seguintes:

- 1) Foi criado pelo Conselho de Segurança da ONU, e não pela Assembleia Geral. A questão foi levantada por Milosevic e por Tadic, em seus respectivos julgamentos, argumentando que, por esse fato, não teria legitimidade internacional, uma vez que o Conselho de Segurança não representaria uma base ampla de Estados-membros. A Carta da ONU estipulou, no Artigo 42, que o Conselho de Segurança poderá 'adotar a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais', e é muito discutido se a criação de um tribunal poderia ser considerada uma medida para a manutenção ou restabelecimento da paz;

⁸⁸ Fonte: <<http://www.icty.org/action/cases/4>>. Acesso em: 28 out. 2009.

2) Um número desproporcional de sérvios foi acusado, enquanto relativamente poucos indivíduos foram indiciados por crimes cometidos contra os sérvios (muitos croatas indiciados foram acusados de terem cometido crimes contra muçulmanos de origem bósnia). Os defensores do Tribunal argumentam, dizendo que os sérvios controlavam a maior parte da estrutura de comando e dos armamentos, o que facilitava a ocorrência de crimes em uma escala mais ampla e organizada. Além disso, pelo nível de organização militar, consegue-se mais facilmente identificar os comandantes responsáveis pelos crimes de guerra;

[...]

4) O Tribunal pode fazer acusações secretas, e isso seria incerteza entre pessoas que entendem poder ser acusadas, o que faz surgirem tensões injustificadas, que as impediam de levar uma vida normal, tanto a curto quanto a longo prazo;

5) O Tribunal não diferencia os idiomas bósnio, croata e sérvio, redigindo documentos em uma língua que identifica como 'B/C/S', sem diferenciar os três. Isso é justificado pelo fato de que as três línguas são perfeita e mutuamente inteligíveis (e, oficialmente, eram consideradas *língua única* antes do desmantelamento da antiga Iugoslávia), o que dispensaria traduções. Apesar, no entanto, de a maioria dos acusados serem sérvios, o Tribunal emprega, exclusivamente, tradutores que falam apenas os idiomas bósnio e croata. Alguns dos acusados apresentaram reclamações por não entenderem plenamente as traduções oficiais feitas;

6) O Tribunal não processou cidadãos dos países da OTAN, como resultado do envolvimento dessa organização no Kosovo;

7) A atuação do Tribunal, na visão de seus críticos, exacerbou as tensões, em lugar de promover a reconciliação, conforme alegado por seus defensores. Pesquisas de opinião mostram uma reação geralmente negativa entre a população sérvia e croata. A maioria dos membros dessas etnias duvida da integridade desses tribunais, enquanto os albaneses do Kosovo e os muçulmanos bósnios têm visão opostas;

8) O alto custo do Tribunal, que chegou a US\$ 277 milhões par ao biênio 2006-2007, arcado por todos os Estados-membros da ONU;

9) A duração excessiva dos julgamentos é outro ponto levantado pelos críticos, mas os defensores alegam que muitos dos réus são acusados de diversos crimes, com muitas vítimas, o que exige provas conclusivas e demanda muito tempo. Também a tradução simultânea retarda os julgamentos;

10) Alguns analistas políticos comentam que decisões judiciais não obtêm êxito em escrever a História. Constataram os historiadores que julgamentos como os de Nuremberg e Tóquio não afetaram as populações da Alemanha e do Japão, respectivamente, na forma desejada. Essas populações passaram a adotar uma postura defensiva, desconfiada, que encarava esses processos como julgamento-exibição (*show trials*) ou mesmo como armas de vingança usadas pelas forças de ocupação. Apenas mais de duas décadas depois do fim da guerra, e com a prosperidade econômica, é que a opinião pública, em geral, passou a concordar com diversos pontos (mas não com todos) levantados em Nuremberg.⁸⁹

⁸⁹ Cf. CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 187-189.

Ainda no que tange às críticas quanto aos trabalhos deste Tribunal, temos a opinião de Thales Tácito Pontes Luz de Pádua:

O Tribunal de Milosevic é uma réplica do de Nuremberg, enfim, uma 'trapalhada' internacional, quebrando o juiz natural em nome do salvamento da humanidade, esquecendo-se de que o exemplo é sempre seguido pelas futuras gerações (leis casuísticas). A grande questão é: os fins justificam os meios ou os meios deveriam justificar os fins?. Com a palavra, as 'grandes potências' que inexplicavelmente se opõem à consolidação e efetividade de um Direito Internacional justo, ético e humanitário que tenha como foco a dignidade da pessoa humana e a participação igualitária das nações pobres e ricas.⁹⁰

No entanto, devem-se realçar as virtudes deste Tribunal, dando créditos aos trabalhos apuratórios levados a efeito para o julgamento dos crimes contra a humanidade cometidos no território da antiga Iugoslávia, o desenvolvimento dos princípios e dos mecanismos de apuração dos crimes de genocídio, de Guerra e contra a humanidade, bem como a responsabilidade penal do indivíduo, inclusive quando pratica atos na qualidade de governante, ou desempenha funções de preposto do Estado ou agindo em seu nome.⁹¹

1.1.8 O Tribunal Penal Internacional para Ruanda

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) foi criado pouco tempo depois do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, também com embasamento no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, quando o Conselho de Segurança, em 08 de novembro de 1994, aprovou a Resolução 955. Esta resolução criou o referido Tribunal, ratificando sua sede na cidade de Arusha, capital da Tanzânia.

A mencionada Resolução foi uma resposta ao genocídio e outras sistemáticas, freqüentes e flagrantes violações de leis humanitárias internacionais que haviam sido deflagradas em Ruanda, principalmente após o chamado "Genocídio de Ruanda", onde houve o massacre de um número de pessoas até hoje

⁹⁰ Cf. PÁDUA, Thales Tácito Pontes Luz de. Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. *Prática Jurídica*, Brasília, n.º 56, p. 46-48, 30 novembro 2006.

⁹¹ Cf. TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Tribunal penal internacional & a emenda constitucional 45/04 (sistema normativo brasileiro)*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 89.

não estimado precisamente. Calcula-se entre 500 mil e um milhão de membros mortos da tribo Tutsi e da tribo dos Hutus moderados. Tais atos foram perpetrados mormente por duas milícias extremistas Hutus chamadas *Interahamwe* e *Impuzamugambi*, num período de apenas 3 meses, que vai de abril a julho 1994.

Em 1962, Ruanda, país pertencente à África Oriental, teve sua independência declarada. A população ruandense - que era à época do massacre composta por aproximadamente 8 milhões de habitantes - é composta essencialmente pelos Hutus, que correspondem a 80%, e pelos Tutsis, correspondente a um pouco menos de 20%. Os hutus ocuparam a região entre 500 a.C e o fim do primeiro milênio, já os Tutsis chegaram posteriormente, entre 1400 e 1700 d.C. Assim, as relações entre os membros das duas etnias nunca foram plenamente pacíficas, sempre marcadas pela disputa do poder econômico e político.⁹²

No ano de 1994, o país entrou em uma sangrenta guerra entre as etnias, em decorrência dos graves problemas políticos e ganhando maiores proporções após o atentado contra o Presidente de Ruanda, Juvenal Habyarimana, em 6 de abril de 1994, quando o avião que o transportava juntamente com o Presidente do Burundi, foi abatido quando aterrissava em Kigali, a capital de Ruanda. As circunstâncias exatas não foram esclarecidas e os autores desse ato não são conhecidos até hoje. No entanto, tomando esse atentado como pretexto, a guarda presidencial e as milícias extremistas Hutus (*Interahamwe* e *Impuzamugambi*), instalam imediatamente barricadas nas ruas da capital e começam a responsabilizar, prender e matar os Tutsis e a minoria Hutu moderada. Nos dias que seguem, a perseguição a estas tribos e o massacre percorre o país inteiro, fato que fez com que a Frente Patriótica Ruandense (FPR), movimento armado de oposição Tutsi, reagisse.

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda possui a competência para julgar qualquer pessoa considerada responsável por atos de genocídio, crimes contra a humanidade e outras violações graves do direito internacional humanitário (art. 2º, 3º e 4º de seu Estatuto) cometidos no território de Ruanda, e os cidadãos ruandanes considerados responsáveis pelos mesmos atos e violações cometidos no território de Estados vizinhos, no período que compreende entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994 (art. 7º de seu Estatuto). As competências deste Tribunal Penal Internacional é extremamente restringida no tempo, no espaço e até mesmo na

⁹² Cf. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004. p. 57.

nacionalidade, como relata Bazelaire, “o TPIR é ainda mais *ad hoc* que o da ex-Iugoslávia”.⁹³

Cabe notar que a jurisdição do Tribunal Internacional concorre com as jurisdições nacionais, sendo que tem primazia sobre as jurisdições de todos os Estados, o que implica poder solicitar oficialmente, em qualquer fase do processo que as jurisdições nacionais renunciem à respectiva competência a seu favor, em conformidade com o presente Estatuto e com o Regulamento Processual.⁹⁴

Inclui também o Estatuto do TPIR apenas o julgamento de pessoas singulares, segundo seu art. 5º, ressaltando que a responsabilidade penal alcança, ao lado de quem executa o crime, aquele que tiver planejado, ordenado, instigado, cometido ou, por qualquer outra forma, tiver ajudado e encorajado a planejar, preparar ou executar um dos crimes referidos nos arts. 2º a 4º do Estatuto. São alcançados pelo TPIR os chefes de Estado ou de Governo ou de um alto funcionário, inclusive nas condutas omissivas, conforme o art. 6º do mencionado diploma. Observe-se que, também como os antigos Tribunais Penais Internacionais, as ordens de superior hierárquico manifestamente ilegais, não isentam de pena o executor da ordem, que poderá ter, segundo os julgadores, uma redução de pena. De resto, o Estatuto do TPIR é muito próximo do Estatuto do TPII, sendo que, quanto aos demais aspectos, aqui se aplicam os comentários feitos sobre o TPII, já que os Tribunais têm uma estrutura organizacional muito assemelhada.

O TPIR sofreu críticas semelhantes às aquelas formuladas contra o TPII. Entretanto, a contribuição jurídica do TPIR se manifestou claramente no julgamento de Jean Kambanda, em que foram tratados com originalidade pontos fundamentais acerca do conceito de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e obediência hierárquica.⁹⁵

Até outubro de 2009, 46 casos já estavam encerrados, sendo 40 casos julgados culpados (sendo 10 casos ainda pendentes de apreciação de recurso), e 6 casos julgados absolvidos; 26 casos ainda estão em andamento e 3 estão

⁹³ Cf. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004. p. 59.

⁹⁴ Cf. LLORET, Jaume Ferrer. *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 73.

⁹⁵ Fonte: <<http://www.ictj.org/ENGLISH/cases/Kambanda/judgement/kambanda>>. Acesso em: 28 out. 2009.

aguardando o seu devido processamento; 2 casos foram remetidos para julgamento perante a jurisdição nacional da França.⁹⁶

1.1.9 Os Tribunais Mistos

Após a criação dos Tribunais *ad hoc*, surgiram vários pedidos de estabelecimento de novas cortes internacionais pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Por exemplo, um grupo de três *experts* sugeriu ao Secretário Geral da ONU, em 1999, que o Conselho de Segurança criasse um Tribunal para processar e julgar os crimes cometidos pelo Khmer Vermelho entre 1975 e 1979.

Por sua vez, uma Comissão Internacional de Inquérito para o Timor Leste, estabelecida pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, encontrou fortes indícios de que graves violações dos direitos humanos e do direito humanitário teriam ocorrido e, por essa razão, dever-se-ia criar um Tribunal Internacional.

O Governo de Serra Leoa requereu que a ONU participasse de um Tribunal Internacional para lidar com a guerra civil que ocorrera no país.⁹⁷

Assim, no final da década de 1990, quando já funcionavam os dois Tribunais *ad hoc*, surgiu outro instrumento de persecução dos crimes internacionais, os chamados Tribunais Mistos, isto é, a Corte Especial de Camboja e a Corte Especial de Serra Leoa.⁹⁸

A Corte Especial do Camboja surgiu para julgar os criminosos participantes do Khmer Vermelho. O Khmer Vermelho foi um movimento anti-intelectual com linhas stalinistas/maoístas, liderado por Saloth Sar, mais conhecido como Pol Pot. Eles tomaram o poder em 1975 e proclamaram a República Democrática de Kampuchea. O Khmer Vermelho levou a elite das cidades para trabalhar nos campos em fazendas coletivas. O regime também perseguiu oponentes políticos, minorias étnicas e monges budistas. Pelo menos 1,7 milhão de pessoas morreram e foram enterradas no que ficou conhecido como 'killing fields' (campos da morte) do Camboja.

⁹⁶ Fonte: <<http://www.ictj.org/ENGLISH/cases/index.htm>>. Acesso em: 28 out. 2009.

⁹⁷ Cf. SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge, 2006. p. 4-5.

⁹⁸ Cf. AMATI, Enrico; CACCAMO, Valentina; COSTI, Mateo; FRONZA, Emanuela; VALINI, Antonio. *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 16-18.

O exército vietnamita expulsou o Khmer Vermelho de Phnom Penh em 7 de janeiro de 1979. Eles se retiraram para a fronteira com a Tailândia e se mantiveram até os anos 1990 como um movimento de resistência, matando dezenas de milhares de pessoas. Até 1998, o Camboja estava em plena guerra civil. O Khmer Vermelho ainda estava ativo e prender suspeitos para pô-los em julgamento era praticamente impossível. Após o colapso do Khmer Vermelho, o Camboja disse que não tinha recursos nem capacidade para organizar seu próprio tribunal. O país iniciou então negociações com a ONU, mas estas negociações foram demoradas e os últimos detalhes só foram definidos em 2003.

O Tribunal do Camboja é chamado oficialmente de Câmara Extraordinária nas Cortes do Camboja e é parte do sistema de justiça do país. Entretanto, é um tribunal híbrido, uma vez que conta com forte envolvimento internacional.

Os julgamentos devem estar de acordo com os padrões internacionais e cambojanos. Há juízes, promotores e advogados de defesa cambojanos e estrangeiros. Os fundos para o tribunal não vêm da ONU, mas do Camboja e de outros 35 países. Quando o último julgamento terminar, o tribunal será desativado. A jurisdição do tribunal é restrita a crimes cometidos durante os quatro anos de regime do Khmer Vermelho. Não pode julgar crimes cometidos no período em que o Khmer Vermelho esteve na resistência. Esta é considerada função das cortes regulares do Camboja. Os réus são: Kaing Guek Eav, conhecido como 'Duch', era responsável pela prisão S-21. Khieu Samphan era chefe de estado da República Democrática de Kampuchea. Nuon Chea, conhecido como 'Irmão Número Dois', era presidente da Assembléia Nacional da República Democrática de Kampuchea. Ieng Sary era o ministro do Exterior do regime. Sob a lei do Camboja, eles são acusados de assassinato, tortura e perseguição religiosa. Sob as leis internacionais, são acusados de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e destruição da herança cultural. A pena máxima, se eles forem considerados culpados, é de prisão perpétua. A pena mínima é de cinco anos. Não há pena de morte. O governo do Camboja declarou que não irá pedir perdão ou anistia para nenhum dos réus.

A Corte Especial do Camboja, teve como histórico inicial a corrupção dentro do governo de Serra Leoa e os problemas administrativos nas minas de diamantes, que foram as principais razões para o início da guerra civil no início da década de 1990. Com a deterioração da estrutura do estado e a opressão a oposição civil,

Serra Leoa virou um local propício para o tráfico de armas, munição e drogas. Além da destruição interna, a brutalidade da guerra civil que ocorria na vizinha Libéria foi um fator que trouxe mais instabilidade a Serra Leoa. Charles Taylor, líder da Frente Nacional Patriota da Libéria ajudou Foday Sankoh, um ex-comandante do exército de Serra Leoa, a criar a RUF (Frente Unida Revolucionária). O primeiro ataque da RUF ocorreu em 23 de março de 1991, no vilarejo de Kailahun, uma província ao leste, rica em diamantes. O governo de Serra Leoa, que passava por sérios problemas econômicos e de corrupção, foi incapaz de oferecer uma resistência significativa. Como um mês de guerra civil, a RUF controlava grande parte das províncias ricas em diamantes ao leste. Desde o início o recrutamento de meninos-soldados foi uma das estratégias dos rebeldes. Em 29 de abril de 1992, um grupo de jovens oficiais liderados pelo capitão Valentine Strasser, aparentemente frustrados pela incapacidade do governo de combater os rebeldes, expulsaram o presidente do país e criaram um conselho nacional provisório de regulamentação. A população foi às ruas dar saldar a nova administração. Imediatamente, declarou-se estado de emergência, limitou-se a liberdade de imprensa e de discurso. As forças armadas e a polícia ganharam poderes ilimitados para deter pessoas.

A fim de reverter essa situação, diversos mercenários foram contratados e os rebeldes foram forçados a se retirarem das proximidades da capital. Em Janeiro de 1996, depois de 4 anos no poder, Strasser foi substituído pelo deputado Julius Maada Bio, que convocou novas eleições e revogou o estado de emergência. A eleição foi vencida por Ahmad Tejan Kabbah, do Partido do Povo de Serra Leoa, que conseguiu a maioria dos assentos no parlamento. Ainda em 1996, o Major-General Johnny Paul Koroma foi acusado de tentar derrubar Kabbah e foi preso. A prisão de Koroma deixou diversos oficiais de alta patente descontentes. Esses oficiais criaram o Conselho Revolucionário das Forças Armadas (AFRC), que em 25 de maio de 1997, derrubou o presidente, retirou Koroma da prisão e nomeou-o líder e comandante do Estado. Koroma suspendeu a constituição, limitou as liberdades individuais fechou todas as rádios privadas e convidou a RUF para se juntar ao governo.

Depois de 10 meses, o presidente (eleito democraticamente) Kabbah foi reconduzido ao seu cargo. Milhares de civis que foram acusados de colaborar com o governo da AFRC foram ilegalmente detidos. A corte marcial julgou e considerou

culpados 24 soldados que pertenceram a AFRC. Todos foram executados, sem direito a apelação. No dia 6 de Janeiro de 1999, a AFRC tenta um novo golpe contra o governo, que resultou em perda de diversas vidas e destruição de propriedades em Freetown. Em 18 de janeiro de 2002, o presidente Kabbah declarou a guerra civil oficialmente encerrada. Estima-se que aproximadamente 50.000 pessoas foram mortas, existam mais de 500.000 refugiados em nações vizinhas e diversas pessoas tiveram seus braços ou pernas decepadas. No mesmo ano, a ONU e o governo de Serra Leoa instalaram uma corte de crime de guerra em Freetown.

Estes Tribunais têm como características serem formados por pessoal internacional e pessoal nacional, além de terem sido constituídos a partir de acordos bilaterais entre os Estados e as Nações Unidas. São diversos dos Tribunais *ad hoc*, que são organismos no seio da Organização das Nações Unidas.⁹⁹

A ideia motora desses Tribunais é a de que incluindo instituições e pessoas dos Estados Nacionais, isto serviria para criar uma proximidade das cortes com a sociedade em questão, bem como gerar uma maior responsabilidade das instituições locais, em regimes democráticos embrionários. A ideia é de que os Tribunais mistos seriam mais eficazes para a pacificação e a transição de um contexto de opressão e de guerra civil.¹⁰⁰

Ao mesmo tempo, há alguns problemas práticos para o bom funcionamento dos tribunais mistos. O primeiro deles seria a dificuldade de membros nacionais e internacionais trabalharem juntos, de maneira construtiva e em constante acordo. O segundo seria a dificuldade de cooperação, decorrente de diferenças de mentalidade, de linguagem, de experiência e de filosofia. Por fim, há com frequência, dificuldades para o financiamento dos Tribunais, bem como de segurança para aqueles que neles trabalham, decorrentes dos antagonismos que originaram a criação.¹⁰¹

⁹⁹ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Adriano. *Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 98.

¹⁰⁰ Cf. AMATI, Enrico; CACCAMO, Valentina; COSTI, Mateo; FRONZA, Emanuela; VALINI, Antonio. *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 17.

¹⁰¹ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Adriano. *Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 99.

2 O ESTATUTO DE ROMA: A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

No decorrer do século XX, os desafios de se intitular crimes internacionais no âmbito da jurisdição interna das organizações levaram as tentativas da criação de um Tribunal Penal Internacional.

Durante a Conferência de Haia¹⁰² sobre a Paz, em 1899 e 1907, diplomatas reuniram esforços para codificar as normas internacionais. Contudo, não conseguiram estabelecer uma instituição jurídica que fizesse cumprir tais normas. Na última conferência foi proposto um tribunal internacional em resposta a uma sugestão britânica e o projeto do seu Estatuto foi assinado por 39 países. Tal corte era concebida enquanto corte de apelação que buscaria revisar as decisões das cortes nacionais acerca do tamanho dos navios e do peso de cargas em tempos de guerra. Não obstante, a impossibilidade de se codificar a lei específica sob a qual a

¹⁰² As Convenções da Haia de 1899 e 1907 estão, juntamente as Convenções de Genebra, entre os primeiros tratados internacionais sobre leis e crimes de guerra. Foram estabelecidas na Primeira e na Segunda Conferências de Paz, na Haia, Países Baixos. Oficialmente são chamadas: Convenção sobre a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais (1899); Convenção sobre a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais (1907). A condição de país neutro de que gozam países baixos fizeram da cidade de Haia um importante centro para conferências e encontros internacionais. Com o tempo, foi cunhada a expressão Convenção da Haia ou Conferência da Haia para designar uma série de acordos multilaterais entre diversas nações do mundo. A Convenção de Haia dispôs, entre outras resoluções, sobre a Convenção Internacional das crianças e sobre a cooperação em matéria de adoção internacional concluída em 29 de maio de 1993. E as Convenções em matéria de Direito Civil (legalização de documentos públicos estrangeiros, disposições testamentárias, proteção de menores), concluídas em 5 de outubro de 1961.

Corte seria regida durante as Conferências Navais de Londres¹⁰³ em 1907 e 1909, acarretou na recusa de todos os signatários em ratificar o Tratado.¹⁰⁴

A ideia de se criar um Tribunal Penal Internacional surgiu, a princípio, a partir do repúdio aos graves crimes cometidos durante a primeira guerra mundial. Ao final desse conflito internacional, em 1919, os Estados se aliaram e criaram a comissão de responsabilização dos autores de guerra e o estabelecimento das penas às violações das leis e costumes de guerra, a fim de investigar o massacre armênio, praticado pelo Império Turco-Otomano em 1915.

O posterior conhecimento ou talvez a tomada de consciência por parte da opinião pública com relação aos crimes cometidos pelos nazistas durante a segunda guerra mundial, também acabaram por legitimar a ideia de se criar tribunais internacionais que se pautassem pela punição dos considerados culpados por essas violações de direito humanos.

Em 1945, com final da 2ª Guerra Mundial¹⁰⁵, os aliados assinaram o acordo de Londres através do qual adotaram a Carta do Tribunal Militar Internacional¹⁰⁶.

¹⁰³ A primeira conferência foi uma continuação dos debates da 2ª Conferência de Haia, com o Reino Unido esperando para a formação de um Prêmio Internacional de Justiça. Dez nações enviaram representantes, as principais potências navais da Europa e dos Estados Unidos e Japão. A conferência reuniu em 4 de dezembro de 1908 à 26 de fevereiro de 1909. Os acordos foram emitidos como a Declaração de Londres contendo setenta e um artigos, atualizados quanto a legislação marítima internacional. Os governos signatários não ratificaram a Declaração de todos e nunca entrou em vigor durante a Primeira Guerra Mundial os Estados Unidos da América- EUA empurrou para os antagonistas principais a respeitar o Tratado, esperando que a boa proteção na Declaração de navios neutros seriam aplicadas. A segunda conferência ocorreu em 21 de janeiro a 22 de abril de 1930 e preocupou-se com os acordos alcançados em Washington, em 1922, que resultou no Tratado Naval de Washington. O Reino Unido, o EUA, França, Itália e Japão participaram. A principal mudança foi em tonelagem encouraçado, alterando a relação entre a Grã-Bretanha, os EUA e Japão a partir de 5:5:3 para 10:10:7. Todos os cinco países concordaram em suspender por cinco anos a construção de navios de guerra e aceitaram os controles mais rigorosos sobre a guerra submarina e foi assinada a continuação dos limites para porta-aviões. A terceira conferência ocorreu em dezembro de 1935, esta conferência marcou o colapso da eficácia dos controles, como o Japão se retirou do acordo após seu pedido de paridade do poder naval com os dois grandes foram rejeitadas. Na época, todas as cinco potências estavam construindo navios violando os acordos de 1938. Cf. Global Security org. 2000. p. 01.

¹⁰⁴ Cf. SCHABAS, William A.. SCHABAS, William A. e LATTANZI. *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*. vol. I. Fagnano Alto: Sirente II, 1999. p. 66.

¹⁰⁵ Alguns esforços foram feitos nos anos seguintes à celebração do acordo de paz para a criação de uma corte criminal internacional, mas esbarraram na resistência da comunidade diplomática, ainda aferrada à ideia da irresponsabilidade dos agentes estatais. Esse apego a uma doutrina ultrapassada pela realidade dos fatos custou muito caro à humanidade. Com efeito, as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial ultrapassaram os limites da barbárie, bastando assinalar que nela pereceram mais de 55 milhões de pessoas. Cf. WILLIAM, Woodruff. *A concise history of the modern world: 1500 to the present*. Houndmills: Macmillan, 1992. p. 141. Nesse contexto de horror, os vencedores empreenderam o primeiro passo concreto no sentido de punir aquilo que se passou a considerar *crime contra a humanidade*, conceito amplo que compreendia o assassinato em massa, a escravidão, o genocídio e outros delitos correlatos, bem como o *crime contra a paz*, identificado com a *guerra de agressão*, considerados contrários ao direito internacional. Cf. HENKIN, Louis.

Este tribunal seria competente para julgar indivíduos que, enquanto cidadãos ou enquanto membros de organizações cometessem crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.¹⁰⁷

Há uma tendência de comparar o TPI com o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMI), criado após a 2ª Guerra Mundial para julgar os crimes cometidos pelos nazistas. Existem pontos comuns entre eles, mas as diferenças também são grandes. O TPI é uma corte internacional civil, estabelecida pela ONU, enquanto o TMI, instalado em Nuremberg, era uma corte militar, criada pelos quatro países vencedores da guerra como parte de um acordo militar. Na época de Nuremberg, havia um vencido e alguns vencedores, o que não ocorreu na ex-Iugoslávia. Quando Nuremberg foi criado, os aliados controlavam inteiramente a situação, o que facilitou a reunião das provas, a audiência das testemunhas e a detenção dos acusados. Quando o tribunal foi instalado, a maior parte dos acusados já estava presa, o que não ocorreu com o TPI, que até agora só conseguiu prender 10 dos 77

International law: cases and materials. St. Paul: West Publishing, 1980. p. 906-7. Para tanto, foram instituídos os tribunais de Nuremberg e de Tóquio para julgar dirigentes políticos e militares das potências derrotadas, que rejeitaram as escusas levantadas pelos acusados para escapar à punição, como o cumprimento.

¹⁰⁶ Em Agosto de 1945, os Britânicos, Franceses, Americanos e Soviéticos se encontraram in Londres e assinaram um acordo que criou o Tribunal de Nuremberg, oficialmente o Tribunal Militar Internacional, e acertaram as regras para o julgamento. A Carta de Londres do Tribunal Militar Internacional tem uma característica salutar: evitado usar palavras como "lei" ou "código", num esforço para lidar com uma questão delicada como um julgamento a ser realizado *ex post facto*. A Carta de Londres definiu as regras dos processos de julgamento e definiu os crimes a serem tratados. Eles não foram definidos com o termo "crime de organizações", embora seis organizações foram indicadas na Carta. Essa Carta definiu os crimes contra a humanidade como "assassinio, exterminação, escravização, deportação, e outros atos inumanos cometidos contra alguma população de civis antes ou durante a guerra, ou perseguição política, racial, ou religiosa a grupos em execução ou em conexão com alguns crimes da jurisdição do Tribunal Militar Internacional com ou sem violação da lei doméstica do país onde perpetrarem." Os réus desse julgamento foram acusados não só de terem exterminados milhões de pessoas, mas também por terem planejado e espalhado a guerra na Europa. O Tribunal Militar Internacional combinou elementos do direito Anglo-Americano e das leis civis do continente europeu. O Tribunal de Nuremberg, em 9 de dezembro de 1946, julgou vinte e três pessoas, vinte das quais médicos, que foram consideradas como criminosos de guerra, devido aos brutais experimentos realizados em seres humanos. O Tribunal demorou oito meses para julgá-los. Cf. COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. Tribunal de Nuremberg. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 28, fev. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1639>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

¹⁰⁷ Até o término da Segunda Guerra Mundial, muito pouco se fez, no plano internacional, por absoluta falta de meios legais e institucionais, para coibir genocídios, massacres, assassinatos, torturas, mutilações e outras ofensas graves aos direitos humanos praticados em grande escala, sobretudo porque prevalecia o entendimento de que os governantes, no exercício da soberania estatal, eram juridicamente irresponsáveis por seus atos. A idéia da inimizabilidade dos governantes, embora profundamente arraigada na cultura política desde a mais remota antiguidade, somente tomou forma doutrinária com Maquiavel, em 1513, segundo o qual "um príncipe, e especialmente um príncipe novo, não pode observar todas as coisas a que são obrigados os homens considerados bons, sendo freqüentemente forçado, para manter o governo, a agir contra a caridade, a fé, a humanidade e a religião". Cf. MAQUIAVEL, Nicolo. *O príncipe*. São Paulo: Martins Claret, 2004. p. 120.

indiciados, sendo que um deles se apresentou por vontade própria, Tihomir Blaskic, cujo processo está em pleno andamento. Além disso, o TPI só pode julgar os crimes cometidos no território da ex-Iugoslávia. Em Nuremberg, o TMI podia julgar todos os crimes cometidos, sem limite geográfico. No Tribunal de Nuremberg foram julgados indivíduos e organizações criminosas, enquanto o TPI só julga indivíduos. Como a palavra genocídio não havia ainda aparecido, o TMI de Nuremberg julgou crimes contra a lei de guerra, contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Outra diferença entre os dois tribunais é a tipificação do estupro, que não era considerado crime pelo Tribunal de Nuremberg, além da tortura e da detenção da população civil. Já no TPI de Haia esses atos se enquadram inteiramente nos crimes contra a humanidade quando são cometidos em tempos de guerra, como foi o caso na ex-Iugoslávia.¹⁰⁸

Mesmo com o número expressivo e assustador de mais de 55 milhões de mortos na segunda guerra mundial, criminosos de guerra continuaram a agir ainda na segunda metade do século XX. A situação de impunidade uniu a comunidade internacional em prol de coibir esses crimes. Assim, a comunidade internacional interveio na ex-Iugoslávia, onde um confronto sangrento lançou sérvios contra croatas e outra etnias. Outra intervenção foi em Ruanda onde extremistas hutus massacraram os rivais da nação tutsi. Foram então criados dois tribunais *ad hoc* para aquelas áreas, em 1993 e 1994, respectivamente, para fazer cessar e punir os gravíssimos abusos cometidos em ambas as contendidas. A atuação dessas cortes acabou produzindo um bônus adicional, sob a forma de um importante precedente, qual seja, o julgamento de pessoas que praticaram delitos em conflitos considerados de caráter interno, que até então não se enquadravam na legislação penal internacional.¹⁰⁹

O Tratado de Roma¹¹⁰ foi um passo essencial para o estabelecimento de um tribunal para julgar crimes internacionais. O Tratado tentou combinar as ideias

¹⁰⁸ Cf. COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. Tribunal de Nuremberg . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 28, fev. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1639>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

¹⁰⁹ Cf. SEIDERMEN, Ian. *Hierarchy in international law: the human rights dimension*. Antuérpia: Intersentia, 2001. p. 23-5.

¹¹⁰ O Tratado de Roma foi o tratado fundador da Comunidade Econômica Européia (CEE) que mais tarde se tornou a União Européia (UE). Também conhecido como Tratado da Comunidade Européia (TCE), todos os tratados europeus posteriores construíram em cima ou alteraram Estatuto de Roma e

federalistas e intergovernamentais. A ideia dos Estados Unidos da Europa tinham sido colocados por Sir Winston Churchill em 1946 e foi impulsionada por Jean Monnet, durante a década de 1950. No entanto, o Tratado de Roma, que instituiu o Conselho Intergovernamental, parou longe de criar a visão de Jean Monnet de uma Europa federal. Até que o Tratado fosse alterado em 1980, era fundamentalmente uma instituição econômica. Entretanto, o modelo supranacional da integração europeia foi criado com a fundação para o desenvolvimento da União Europeia em 1990.¹¹¹

As discussões sobre a criação de um tribunal penal internacional permanente traz à tona a discussão sobre quem são os sujeitos das normas do direito internacional. A possibilidade de um tribunal internacional julgar e punir quaisquer indivíduos, inclusive chefes políticos de um determinado Estado desafia o monopólio do uso legítimo da força física dos Estados Soberanos, na medida em que quebra esse monopólio do uso legítimo da força física destes Estados, restringindo a sua jurisdição nacional. Até o final do século XIX, os indivíduos que cometiam crimes em nome dos Estados podiam evocar imunidade em virtude da soberania das nações.

No decorrer do século XX, os desafios para processar os crimes intitulados como internacionais no âmbito de jurisdição interna dos Estados levou organizações intergovernamentais, organizações não-governamentais e os próprios Estados a criarem de tempos em tempos, tribunais penais internacionais que pudessem julgar tais crimes.

Apesar de algumas tentativas de se criar um tribunal penal internacional permanente que cumprisse tal determinação, desde meados da década de 1940, ele só veio surgir enquanto proposta efetiva no final dos anos 90, com a criação do Estatuto de Roma em 1998, pois até então os tribunais internacionais criados ao longo do século XX foram instituídos para casos específicos.

Em 1989, Trinidad e Tobago sugerem, perante a Assembleia Geral das Nações Unidas, a retomada dos afazeres de redação do estatuto de criação do

as suas disposições ainda formam a maioria da legislação do Tratado da UE. O tratado predominantemente é centrado na cooperação econômica, mas também estabelece uma visão política mais ampla de uma união cada vez maior para eliminar as barreiras que dividem a Europa. Cf. LEE, Roy S.; FRIMAN, Hakan, *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. New York: Transnational Publishers, 2000. p. 82.

¹¹¹ Cf. SCHABAS, Willian A. SCHABAS, Willian A. e LATTANZI. *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*. vol. I. Fagnano Alto: Sirente II, 1999. p. 67.

tribunal, entretanto, seria somente para julgar narcotraficantes. Por isso, a Assembleia solicitou à Comissão de Direito Internacional que avaliasse o assunto, e, em 1992, a Comissão pediu e ganhou da Assembleia um mandato para preparar um projeto de Estatuto.¹¹²

2.1 OS TRABALHOS INICIAIS E A CRIAÇÃO DO TPI

Em 1994 houve discussões em relação à criação de um Tribunal Penal Internacional¹¹³ de caráter permanente no mesmo ano da criação do tribunal *ad hoc* para Ruanda, a Comissão de Direito Internacional encaminhou à Assembleia Geral o projeto de estatuto para um futuro Tribunal Penal Internacional. Esse projeto foi seguido pela Resolução 49/53 da Assembleia Geral que determinou a criação de um comitê *ad hoc* objetivando encaminhar questões substantivas e administrativas que pudessem vir à tona a partir da análise do projeto de estatuto.¹¹⁴

Em seqüência a essa resolução, em 1995, o Comitê se reuniu em duas sessões, onde apareceram muitas controvérsias que propiciaram a divisão de vários países em grupos de interesses. Após o fim do período de mandato do Comitê *ad hoc*, a Assembleia convocou um novo comitê, desta vez nomeado Comitê Preparatório para o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, cujo objetivo era a discussão de temas como a lista e a definição dos crimes que seriam de competência do Tribunal; princípios gerais de direito criminal; complementaridade e *trigger mechanisms*; procedimentos, cooperação internacional e assistência jurídica; penalidades, composição e administração do Tribunal; além do

¹¹² Cf. KIRSCH, Phillippe; OOSTERVELD, Valerie. *Negotiating an Institution for the Twenty-First Century: Multilateral Diplomacy and the International Criminal Court*. In: *McGill Law Journal*, v. 46, 2001. p. 1145-1146.

¹¹³ O Tribunal Penal Internacional é um organismo internacional permanente, com competência para processar indivíduos (diferentemente da CIJ, cujo foco são Estados e organismos internacionais) acusados de praticarem graves crimes, como o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão. A jurisdição do TPI limita-se a crimes cometidos após 1 de julho de 2002, data em que entrou em vigor o Estatuto de Roma (que criou o Tribunal). Atuando de forma complementar aos sistemas jurídicos nacionais, o TPI só poderá intervir quando o Estado com jurisdição sobre o caso não estiver em condições de processar o acusado ou não revelar disposição de fazê-lo. A juíza brasileira Sylvia Helena de Figueiredo Steiner faz parte do primeiro grupo de 18 juízes eleitos para o TPI, em 2003, para um mandato de 9 anos. O Estatuto de Roma, assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000 e ratificado em 20 de junho de 2002, integra formalmente a legislação brasileira. Informação obtida em: <http://www.brazilianembassy.nl/emb_22.htm>. Acesso em: 20 jan. 2010.

¹¹⁴ Cf. MAIA, Marielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 111.

estabelecimento do Tribunal Penal Internacional e seu relacionamento com as Nações Unidas.¹¹⁵

Após isso, houve a conferência diplomática de plenipotenciários, onde Maia ensina que:

Em 1996, para a concretização das discussões do Comitê Preparatório para o estabelecimento do TPI, houve duas reuniões para que fosse tracejado o projeto que seria apresentado na Conferência dos Plenipotenciários, como previsto na Resolução 49/53 da Assembleia Geral. Neste mesmo ano, com a Resolução 51/207 da Assembleia Geral, foi decidido que a realização da Conferência dos Plenipotenciários para a criação do Tribunal Penal internacional seria realizada em 1998, ano do aniversário de 50 anos de dois instrumentos importantes das Nações Unidas: a Convenção de Prevenção e Punição para os Crimes de Genocídio e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Na seqüência, ainda nos preparativos para a Conferência dos Plenipotenciários, o Comitê Preparatório se reuniu mais três vezes em 1997 e, assim, estabeleceu os objetivos do Tribunal Penal Internacional. Finalmente, em 1998, aconteceu a última sessão do Comitê Preparatório, que foi destinada a cuidar dos últimos preparativos e estabelecer a agenda para a Conferência dos Plenipotenciários. Existe uma grande variedade de fontes utilizadas para a elaboração do anteprojeto final, dentre elas o projeto da CDI, e enfatiza o importante papel do Projeto Siracusa, elaborado pelo Comitê de Peritos do Instituto Internacional de Altos Estudos em Ciências Criminais, que, segundo a autora, “apresentou sugestões ao projeto da CDI que ampliavam em vários aspectos o escopo do TPI, ao eliminar a cláusula de jurisdição facultativa, prever a possibilidade de iniciativa autônoma do promotor para iniciar as investigações e atribuir maior independência em relação ao Conselho de Segurança.”¹¹⁶

Assim, somente em 17 de julho de 1998, cerca de 160 países, 17 organizações internacionais governamentais, 14 agências especializadas; e fundos das Nações Unidas e 124 organizações não-governamentais, reuniram-se na cidade de Roma, capital italiana, com o objetivo de estabelecer as bases para a instituição de um Tribunal Penal Internacional Permanente. O Estatuto de Roma foi aprovado por 120 votos a favor e 7 contra (Estados Unidos da América, China, Israel, Iraque,

¹¹⁵ Cf. MAIA, Marielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 58.

¹¹⁶ Cf. MAIA, Marielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 59.

Quátar, Iêmen e Líbia) e 21 abstenções. O Estatuto passou a ter vigência em 1º de julho de 2002, após ter alcançado o número mínimo de ratificações necessárias (mínimo de 60 Estados) para a sua entrada em vigor em 11 de abril de 2002.¹¹⁷

Atualmente, de acordo com as Nações Unidas, 110 países são Estados-partes do Estatuto de Roma. Destes, 30 são países Africanos, 14 são países Asiáticos, 17 são países da Europa Oriental, 24 são países da América Latina e do Caribe, e 25 são países da Europa Ocidental e outros países. Segue a relação nominal dos Estados-partes com as respectivas datas de ratificação ao Estatuto de Roma:

African States

1. Burkina Faso, 30 November 1998
2. Senegal, 2 February 1999
3. Ghana, 20 December 1999
4. Mali, 16 August 2000
5. Lesotho, 6 September 2000
6. Botswana, 8 September 2000
7. Sierra Leone, 15 September 2000
8. Gabon, 20 September 2000
9. South Africa, 27 November 2000
10. Nigeria, 27 September 2001
11. Central African Republic, 3 October 2001
12. Benin, 22 January 2002
13. Mauritius, 5 March 2002
14. Niger, 11 April 2002
15. Democratic Republic of the Congo, 11 April 2002
16. Uganda, 14 June 2002
17. Namibia, 20 June 2002
18. Gambia, 28 June 2002
19. United Republic of Tanzania, 20 August 2002
20. Malawi, 19 September 2002
21. Djibouti, 5 November 2002
22. Zambia, 13 November 2002
23. Guinea, 14 July 2003
24. Congo, 3 May 2004
25. Burundi, 21 September 2004
26. Liberia, 22 September 2004
27. Kenya, 15 March 2005
28. Comoros, 18 August 2006
29. Chad, 1 January 2007
30. Madagascar, 14 March 2008

¹¹⁷ Cf. FREITAS, Christiana Galvão Ferreira de. *O Tribunal Penal Internacional permanente e a proteção dos direitos humanos: o debate sobre a ratificação do Tratado do Brasil em perspectiva comparada*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. 2005. p. 124.

Asian States

1. Fiji, 29 November 1999
2. Marshall Islands, 7 December 2000
3. Nauru, 12 November 2001
4. Cyprus, 7 March 2002
5. Cambodia, 11 April 2002
6. Mongolia, 11 April 2002
7. Jordan, 11 April 2002
8. Tajikistan, 5 May 2002
9. Timor-Leste, 6 September 2002
10. Samoa, 16 September 2002
11. Republic of Korea, 13 November 2002
12. Afghanistan, 10 February 2003
13. Japan, 17 July 2007
14. Cook Islands, 18 July 2008

Eastern European States

1. Croatia, 21 May 2001
2. Serbia, 6 September 2001
3. Poland, 12 November 2001
4. Hungary, 30 November 2001
5. Slovenia, 31 December 2001
6. Estonia, 30 January 2002
7. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, 6 March 2002
8. Bosnia and Herzegovina, 11 April 2002
9. Slovakia, 11 April 2002
10. Bulgaria, 11 April 2002
11. Romania, 11 April 2002
12. Latvia, 28 June 2002
13. Albania, 31 January 2003
14. Lithuania, 12 May 2003
15. Georgia, 5 September 2003
16. Montenegro, 3 June 2006
17. Czech Republic, 21 July 2009

Latin American and Caribbean States

1. Trinidad and Tobago, 6 April 1999
2. Belize, 5 April 2000
3. Venezuela, 7 June 2000
4. Costa Rica, 30 January 2001
5. Argentina, 8 February 2001
6. Dominica, 12 February 2001
7. Paraguay, 14 May 2001
8. Antigua and Barbuda, 18 June 2001
9. Peru, 10 November 2001
10. Ecuador, 5 February 2002
11. Panama, 21 March 2002
12. Brazil, 20 June 2002
13. Bolivia, 27 June 2002
14. Uruguay, 28 June 2002
15. Honduras, 1 July 2002

16. Colombia, 5 August 2002
17. Saint Vincent and the Grenadines, 3 December 2002
18. Barbados, 10 December 2002
19. Guyana, 24 September 2004
20. Dominican Republic, 12 May 2005
21. Mexico, 28 October 2005
22. Saint Kitts and Nevis, 22 August 2006
23. Surinam, 15 July 2008
24. Chile, 29 June 2009

Western European and Other States

1. San Marino, 13 May 1999
2. Italy, 26 July 1999
3. Norway, 16 February 2000
4. Iceland, 25 May 2000
5. France, 9 June 2000
6. Belgium, 28 June 2000
7. Canada, 7 July 2000
8. New Zealand, 7 September 2000
9. Luxembourg, 8 September 2000
10. Germany, 11 December 2000
11. Austria, 28 December 2000
12. Finland, 29 December 2000
13. Sweden, 28 January 2001
14. Andorra, 30 April 2001
15. Denmark, 21 June 2001
16. Netherlands, 17 July 2001
17. Liechtenstein, 2 October 2001
18. United Kingdom, 4 October 2001
19. Switzerland, 12 October 2001
20. Portugal, 5 February 2002
21. Ireland, 11 April 2002
22. Greece, 15 May 2002
23. Australia, 1 July 2002
24. Spain, 24 October 2002
25. Malta, 29 November 2002¹¹⁸

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional Permanente veio em resposta às violações dos direitos humanos, representando um grande avanço no Direito Internacional e no Direito Internacional Penal. Se tanto internacionalistas como penalistas negavam a inexistência deste último, suas teses não mais têm como prosperar. Sustentava-se que não pode haver um Direito Internacional Penal enquanto inexistentes se acharem os delitos e as penas internacionais. E somente

¹¹⁸ Cf. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *The States Parties to the Rome Statute*. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menu/ASP/states+parties/>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

seria possível falar-se de um Direito Internacional Penal a partir do momento em que se organizasse entre os Estados uma justiça penal. Embora não seja exatamente isso em que se formou o Estatuto de Roma, seu conteúdo não passa longe dessa pretensão.¹¹⁹

Destacando a importância do TPI na proteção aos direitos humanos, Vivanco aduz que:

[...] esse tribunal, se estabelecido, irá revolucionar a proteção internacional dos direitos humanos, criando um mecanismo por meio do qual violadores individuais desses direitos poderão ser julgados e punidos. Hoje, as instâncias internacionais permanentes apenas determinam a responsabilidade dos Estados por violações - uma avaliação abstrata que, por não pretender punir os agentes diretamente responsáveis, não consegue impedir futuras violações.¹²⁰

2.2 MECANISMOS DE ATIVAÇÃO DO TPI: O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

A implementação de um tratado refere-se ao processo pelo qual um Estado incorpora as obrigações do tratado para a legislação nacional. O Estatuto de Roma é um tratado internacional que, entre outras coisas, obriga os Estados a reconhecerem a qualidade de regime internacional do TPI, dispondo sobre a condenação e acusação do crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

A criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente, enquanto instituição judicial permanente, possui o potencial para exercer influência considerável sobre o conteúdo do Direito Internacional Penal e as suas decisões terão valor precedente pelo menos para futuros casos. A criação do TPI é um marco importantíssimo no desenvolvimento do Direito Internacional Público. Pela primeira vez se pode declarar a existência de uma instância criminal internacional permanente, que persegue o desiderato de uma jurisdição universal, e que dispõe de um "código penal" e de um "código processual penal" simplificados, na forma de uma lista de crimes definidos e do procedimento a adotar para julgá-los. Ainda nem

¹¹⁹ Cf. BAHIA, Saulo Casali. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, nº 9, jan – dez – 2001. Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001.

¹²⁰ Cf. VIVANCO, J. M; CAVALLARO, J. *Tribunal de Direitos Humanos: Cadê o Brasil?*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/james.htm>>. Acesso em: 8 fev. 2010.

todos os Estados aceitam a jurisdição do TPI. Por enquanto, prevalece a regra da jurisdição facultativa nos Tribunais Internacionais, embora possa ser obrigatória através da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória. Prevemos que o futuro traga a criação de mais tribunais especializados ou *ad hoc* e que a jurisdição obrigatória vá se tornando a regra — e não uma exceção.¹²¹

Struett argumenta que:

Devido ao fato do Estatuto de Roma ter criado uma corte forte que pode evitar interferências políticas, ele também constitui um poder judicial significativo para decidir, o que conta como “crime de guerra” com supervisão mínima e indireta dos Estados soberanos no processo de determinar o conteúdo do direito internacional consuetudinário quando o TPI iniciar o seu funcionamento. Conseqüentemente qualquer tribunal penal internacional terá um papel em dar significado prático às declarações normativas vagas do direito consuetudinário e às normas de tratado que regulam o uso da força.¹²²

De acordo com o texto do Estatuto de Roma, a jurisdição do TPI deve ser limitada aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional como um todo. O Tribunal tem jurisdição em conformidade com o presente Estatuto, no que diz respeito aos crimes que se segue: o crime de genocídio; os crimes contra a humanidade; os crimes de guerra e o crime de agressão.¹²³

A Carta da ONU, ratificada pelo Brasil, já previa que em caso de preservação ou restauração da paz e da segurança internacionais (que podem ser ameaçadas por quaisquer dos crimes de competência do TPI), pode haver, por parte da organização, com apoio necessário dos seus membros, o recurso à força, o que torna a competência do Tribunal Penal Internacional potencialmente exercitável, em qualquer dos âmbitos penais, em caso de guerra.¹²⁴

¹²¹ Cf. CARVALHO, Nuno Vieira de. *O direito internacional na era da globalização e do risco*. Disponível em: <http://criticanarede.com/html/pol_direitointern.html>. Acesso em: 11 jan. 2010.

¹²² Cf. STRUETT, Michael J. *The politics of Constructing an International Criminal Court*. University of California, March, 2002. p. 126.

¹²³ Cf. Texto do Estatuto de Roma difundidos como A/CONF.183/9 documento de 17 de Julho de 1998 corrigida pelo procès-verbaux de 10 de Novembro 1998, 12 de Julho de 1999, 30 de novembro de 1999, 8 de Maio de 2000, 17 de janeiro de 2001 e 16 de Janeiro de 2002.

¹²⁴ Cf. PIOVESAN, Flávia. *Princípio da Complementaridade e Soberania*. Revista CEJ, nº 11. Brasília: CJF, 2000. p. 71-74.

Ocorre que, desde a criação do TPI, o Tratado de Roma passou a gerar contestações sobre a sua aplicação efetiva, pois interferiria num ponto fundamental, qual seja, saber até que ponto sua intervenção, em um determinado país, não ultrapassaria a soberania deste, ou seja, será que a jurisdição do TPI não afetaria a jurisdição de outro país?

Cabe salientar que, para compreendermos a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, devemos ter a consciência de que dentre os princípios que o regem existe o princípio da complementaridade, significando que somente estará legitimado para o órgão de jurisdição internacional, no caso de o país não puder exercer sua jurisdição, ou seja, legitima o TPI de maneira complementar. Esta inovação, marcada no Estatuto, na perspectiva de gênero, refletem essencialmente no âmbito interno, porque aos Estados-partes, em princípio, não interessa que o TPI pratique a jurisdição complementar. Para afastá-la necessitam promulgar legislação interna ajustada aos princípios e normas do Estatuto, o que denota definir crimes e aplicar penas, considerando os elementos essenciais estabelecidos no Estatuto, prever normas processuais protetivas das vítimas e testemunhas e assegurar a igualdade de gênero na administração da justiça.¹²⁵

Dispõe o artigo 1º do Estatuto de Roma que a competência do TPI é complementar às jurisdições penais nacionais:

É criado pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional. O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.¹²⁶

Segundo Sabóia, tal exercício da jurisdição complementar não seria um ato facultativo, mas sim um ato obrigatório, pois:

Eventuais mecanismos facultativos teriam debilitado o papel e a autonomia do TPI, já condicionados pelos princípios da complementaridade, pelos limites estabelecidos com relação às diferentes figuras penais e pelas limitações previstas para o início das investigações. Teriam acentuado a dependência em relação ao Conselho de Segurança, que praticamente seria o único ator capaz

¹²⁵ Cf. MAIA, Marielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 80.

¹²⁶ Estatuto de Roma.

de, com eficácia, promover o início do exame de situações no Tribunal.¹²⁷

Desta forma, o Tribunal intervirá somente nos casos mais graves, em que houver inércia, incapacidade ou falta de disposição dos Estados-partes em processar e julgar os responsáveis pelos crimes tipificados no estatuto de Roma, não subtraindo, portanto, a competência jurisdicional interna. Atuará, portanto, o Tribunal Penal Internacional quando houver um prévio esgotamento dos recursos internos dos Estados.

As condições de admissibilidade da competência do Tribunal estão dispostas no art. 17 do mesmo Estatuto:

Artigo 17:

Questões de admissibilidade O Tribunal, levando em consideração o parágrafo 10 do preâmbulo e o artigo 1º, decidirá pela inadmissibilidade de um caso quando: O caso estiver sendo objeto de investigação ou processo em Estado que tem jurisdição sobre o mesmo, a menos que tal Estado genuinamente não seja capaz ou não esteja disposto a levar a cabo a investigação ou o processo; O caso tiver sido objeto de investigação por um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo e tal Estado tenha decidido não promover ação penal contra o indivíduo em questão, a menos que essa decisão tenha resultado da falta de disposição do referido Estado de levar a cabo o processo ou da impossibilidade de fazê-lo; O indivíduo implicado já tiver sido processado pela conduta a que se referir a denúncia e o Tribunal não puder promover o processo, de acordo com o disposto no parágrafo 3º do artigo 20; O caso não for suficientemente grave para justificar a adoção de outras medidas por parte do Tribunal. A fim de determinar se há ou não disposição de agir em um determinado caso, o Tribunal examinará, levando em consideração os princípios do devido processo legal reconhecidos pelo direito internacional, se está presente uma ou várias das seguintes circunstâncias, conforme o caso: O processo foi ou está sendo conduzido com o propósito de subtrair o indivíduo em questão de sua responsabilidade penal por crimes do âmbito da jurisdição do Tribunal, ou a decisão nacional foi adotada com o mesmo propósito, conforme o disposto no artigo 5º; Houve um atraso injustificado no processo, o qual, dadas as circunstâncias, é incompatível com a intenção de efetivamente submeter o indivíduo em questão à ação da justiça; O processo não foi ou não está sendo conduzido de forma independente ou imparcial e foi ou está sendo conduzido de forma, dadas as circunstâncias, incompatível com a intenção de efetivamente submeter o indivíduo em questão à ação da justiça. A fim de determinar a incapacidade para investigar ou processar um caso determinado, o Tribunal examinará se o Estado não pode, devido ao colapso total ou substancial de seu sistema judiciário

¹²⁷ Cf. SABÓIA, Gilberto Vergne. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero11/Conferencia.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2009.

nacional ou ao fato de que de o mesmo não estar disponível, fazer comparecer o acusado, reunir os elementos de prova e os testemunhos necessários ou não está, por outras razões, em condições de levar a cabo o processo.¹²⁸

Segundo Cançado Trindade¹²⁹, os tribunais internacionais de direitos humanos – Cortes Europeias e Interamericana de Direitos Humanos – não substituem os tribunais internos, tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos tribunais internos. Mesmo assim, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos.

A consagração do princípio da complementaridade tem sua importância especialmente em casos de Estados que, nas palavras de Politi, “se preocupam em destacar a importância de não desresponsabilizar as jurisdições criminais nacionais em suas atividades ordinárias de repressão dos crimes previstos no Estatuto”¹³⁰. Desta forma, a prioridade na responsabilização penal é da jurisdição interna, ou seja, de cada Estado responsabilizar - com a utilização das autoridades nacionais e do direito interno - os responsáveis pelo crime em questão.

Para Arsangani¹³¹, a consagração do princípio da complementaridade possui um lado extremamente positivo por destacar a existência de uma obrigação não formal de processar, no plano nacional, violações de direito internacional. Assim, há que se compreender o princípio da complementaridade sob o sentido de que nenhum processo será instaurado, nem a jurisdição do Tribunal Penal Internacional não atingirá as jurisdições nacionais, sem preencher os critérios de admissibilidade, limitados à coisa julgada, à vontade de punir por parte do Estado e à guarida da infração.

Vale registrar a visão de Cunha,¹³² com a qual concordamos: a criação de um Tribunal Penal Internacional constitui, assim, um avanço significativo na

¹²⁸ Estatuto de Roma.

¹²⁹ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 182, 1993. p. 27-54.

¹³⁰ Cf. POLITI, M. *Le Statut de Rome de la cour pénal internationale: le point de vue d'un negociateur*. *Révue Générale de Droit International Public*. 103, 1999. p. 817-850.

¹³¹ Cf. ARSANGANI, M. *El régimen jurisdiccional de La Corte Penal Internacional*. Human Rights Watch. Declaración ante El Sexto Comité, p. 22-43. Disponível em: <http://www.alfonsozambano.com/doctrina.../human_rights_watch.doc>. Acesso em: 15 jan. 2010.

¹³² Cf. CUNHA, Guilherme da. *As dimensões política e humanitária da criação do Tribunal Penal Internacional*. *Revista do Conselho de Estudos Jurídicos do STJ*, mai./ago. 2000. p. 15.

aplicação prática do mecanismo da jurisdição universal, visto que esta já havia sido incorporada ao direito internacional escrito desde agosto de 1949, quando foram aprovadas pela comunidade internacional as quatro Convenções de Genebra sobre o Direito Internacional Humanitário. O conceito ou a probabilidade de jurisdição internacional está igualmente previsto em outros tratados internacionais como, por exemplo, na Convenção para Prevenção e Repressão do Delito de Genocídio, de 1948, e na Convenção contra a Tortura, de 1984, para citar dois tratados internacionais que supõem e que implicam a existência da jurisdição universal. Os Estados membros, Estados signatários desses tratados estariam, desse modo, ética e juridicamente, obrigados a julgar esses graves delitos e castigar seus autores.

Baseado assim no princípio da complementaridade, o TPI pode praticar sua jurisdição, evitando, pois, a impunidade dos crimes de sua competência, perpetrados por aqueles que se encontram protegidos pela territorialidade. De todo modo, o princípio da universalidade do direito de castigar é necessário para lidar com a criminalidade internacional, já que diminui a probabilidade da soberania estatal servir de abrigo para autores de julgamento pelo Tribunal Penal Internacional.

Na lição de Gomes:

O TPI terá uma grande vantagem em relação aos atuais Tribunais (ad hoc) criados pelo Conselho de Segurança da ONU, que é constituído de quinze membros (15 países, dos 189 que a integram). Terá legitimidade, força moral e poder jurídico, o que não ocorre hoje com os Tribunais em funcionamento que estão julgando os crimes ocorridos na antiga Iugoslávia, Ruanda, etc. Esses Tribunais satisfazem o senso de justiça, sinalizam oposição clara às arbitrariedades e atrocidade cometidas em praticamente em todo planeta, porém, não são Cortes predeterminadas em lei nem constituídas previamente (viola-se, assim o princípio do juiz natural).¹³³

Apesar deste princípio da complementaridade ser prezado pela maioria dos Estados, Maia destaca que há Estados defensores da responsabilização interna pelos crimes previstos no Estatuto, no entanto, são parte de uma minoria, tendo em vista a dimensão da comunidade internacional. Na verdade, grande parte dos Estados não possui, em sua legislação, disposições necessárias para processar os

¹³³ Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Está nascendo o primeiro Tribunal Penal Internacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2920>>. Acesso em: 22 fev. 2010.

crimes previstos pelo Estatuto, não podendo, desta forma, aplicar nacionalmente as disposições relativas aos crimes previstos pelo Estatuto de Roma e, conseqüentemente, não podendo ser beneficiados pelo princípio da complementaridade. Maia completa dizendo ainda que é limitado o reconhecimento e aplicação pelos Estados da jurisdição universal consagrada em algumas Convenções Internacionais, o que resulta na possibilidade de tribunais internos julgarem esses crimes de extrema gravidade, cometidos em outros Estados. De acordo com a Anistia Internacional, se a maioria dos Estados reconhecesse e aplicasse essa teoria da jurisdição, os vácuos deixados pelo Estatuto do TPI seriam preenchidos, e assim bastaria que o TPI fosse, de fato, regido pelo princípio da complementaridade.¹³⁴

Por oportuno, é necessário, ainda, que se observe que mesmo que estejam preenchidas as condições de admissibilidade, o Tribunal Penal Internacional só poderá exercer a sua jurisdição caso haja uma denúncia ao Procurador por um Estado ou pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, ou se o Procurador do Tribunal, de ofício, denunciar, tudo conforme o disposto no art. 13 do Estatuto de Roma:

Artigo 13:

Exercício da jurisdição O Tribunal poderá exercer sua jurisdição sobre qualquer dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com os dispositivos do presente Estatuto, se: Um Estado Parte comunicar ao Promotor, em conformidade com o artigo 14, uma situação em que aparentemente tenha sido cometido um ou vários desses crimes; O Conselho de Segurança, agindo ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, comunicar ao Promotor uma situação em que aparentemente tenha sido cometido um ou vários desses crimes; ou O Promotor instaurar um inquérito sobre um ou vários desses crimes, em conformidade com o disposto no artigo 15.

Para Japiassú, de toda maneira, a criação do TPI, seja adotando a primazia ou a complementaridade, encerra a universalização de uma noção que é indispensável à implementação da jurisdição penal internacional: a da prevenção e repressão aos crimes internacionais próprios, obrigação, aliás, presente nos tratados e convenções internacionais e no direito consuetudinário internacional.¹³⁵

¹³⁴ Cf. MAIA, Marielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 102.

¹³⁵ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004. p. 183.

Celso de Albuquerque Mello, em 1978, já defendia a ideia de que a competência universal representa a ordem jurídica internacional.¹³⁶

Na mesma linha de pensamento, Bitencourt leciona que as leis penais devem ser aplicadas a todos os homens onde quer que se encontrem. Baseado no princípio da complementaridade, o Tribunal Penal Internacional poderá exercer sua jurisdição, evitando, pois, a impunidade dos crimes de sua competência, praticados por aqueles que se acham protegidos pela territorialidade.¹³⁷

De toda maneira, o princípio da universalidade do direito de punir é indispensável para lidar com a criminalidade internacional, já que reduz a possibilidade da soberania estatal servir de abrigo para autores de julgamento pelo Tribunal Penal Internacional.¹³⁸

Infere-se daí que, a maneira mais simples de se evitar qualquer discussão a esse respeito seria uma melhor compreensão e aceitação do princípio da complementaridade como uma forma de supervisão dos processos e julgamentos. Como um monitoramento internacional pelo Tribunal Penal Internacional, controlando, fiscalizando o modo pelo qual estes Estados-partes implementam os Direitos Humanos daqueles nacionais, que tiverem cometido algum crime previsto no Estatuto de Roma, pois só assim o direito internacional de processar e julgar os crimes estaria melhor assegurado.¹³⁹

A instituição do Tribunal Penal Internacional demonstra o surgimento de um instrumento único que reafirma a fé nos direitos humanos fundamentais protegidos e na dignidade e valor da pessoa humana.

No âmbito brasileiro, o Decreto Legislativo nº. 112, de 6 de junho de 2002, aprovou a adesão do Brasil ao Tratado de Roma e, supervenientemente, obteve a promulgação pelo Decreto presidencial nº. 4,388, de 25 de setembro de 2002, ocorrendo a admissão do Brasil em 20 de junho de 2002.

¹³⁶ Cf. MELLO, Celso Albuquerque. *Direito penal e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 35.

¹³⁷ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 115.

¹³⁸ Cf. MAIA, Marielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 80.

¹³⁹ Cf. GOMES FREITAS, Daniela Carla. *O princípio da complementaridade como aspecto fundamental do estatuto de Roma*. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/OPrincipiodacomplementariedade2.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

A partir desse momento, por força da norma do art. 5º, § 2º da Constituição brasileira de 1988 [...], o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional integrou-se ao direito brasileiro com *status* de norma materialmente constitucional, passando a ampliar sobremaneira o "bloco de constitucionalidade" da nossa Carta Magna.¹⁴⁰

O art. 5º, § 4º, da Constituição Federal preceitua que "O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, a cuja criação tenha manifestado adesão". Em sendo assim, formalizou-se o reconhecimento do Brasil em face da competência do TPI e sua jurisdição complementar, em consequência da introdução da Emenda Constitucional n.º 45, em 8 de dezembro de 2004. Por conseguinte, a Carta Política brasileira está em congruidade com o ordenamento jurídico internacional para os direitos humanos.

2.3 OBRIGAÇÕES DOS ESTADOS-PARTES PERANTE O ESTATUTO DE ROMA

Inicialmente ressalta-se que os Tribunais Penais Internacionais especiais e, posteriormente, o Tribunal Penal Internacional, demonstram, sobretudo, o interesse da comunidade internacional em normatizar o julgamento de crimes contra a humanidade, de genocídios, de crimes de guerra e de graves agressões a povos específicos.

De acordo com o Centro Internacional pela Reforma do Direito Penal e de Política Criminal (ICCLR):

O Estatuto incorpora as normas e os princípios internacionais existentes para o ajuizamento de ações penais. A título de exemplo, nenhuma pessoa será processada ou punida pelo TPI por qualquer conduta que não tenha constituído um crime, ou que não tenha acarretado tal punição à época em que foi praticada a conduta (Artigos 22 e 23). Além disso, nenhuma pessoa será processada pelo TPI por qualquer conduta que tenha constituído a base de crimes pelos quais a pessoa já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal ou por outro Tribunal, a menos que o processo em um outro Tribunal tenha obedecido ao propósito de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal, ou não tenha sido conduzidos de

¹⁴⁰ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005. p. 35.

forma independente nem imparcial, em conformidade com as normas do devido processo reconhecidas pelo direito internacional, e tenha sido realizado de modo incompatível com a intenção de efetivamente submeter o indivíduo em questão à ação da justiça (Artigo 20). O Artigo 26 também estabelece que nenhuma pessoa menor de 18 anos à época da prática do crime será processada. O Estatuto dispõe sobre a responsabilidade penal individual, inclusive responsabilidade como partícipe auxiliar ou cúmplice de um crime ou outro envolvimento semelhante na comissão ou na tentativa de comissão de um crime (Artigo 25).¹⁴¹

O processo de implementação das obrigações assumidas em um tratado internacional varia significativamente de Estado para Estado, segundo os requisitos políticos e constitucionais de cada Estado. Cada Estado-parte do Estatuto de Roma é livre para escolher como implementará suas obrigações assumidas no tratado, contanto que proceda em boa-fé e que o resultado seja sua capacidade de cumprir todas as obrigações estabelecidas no âmbito do Estatuto.

Os princípios consignados no Estatuto sobre os quais se fundamentam os procedimentos do Tribunal emanam de normas internacionais de direitos humanos. O Estatuto não exige, explicitamente, que os Estados-Partes modifiquem os procedimentos judiciais em matérias criminais. Ainda assim, as normas de prova e de processo judicial em matérias criminais não devem restringir desnecessariamente os processos instaurados para crimes definidos pelo Estatuto. Existem normas probatórias que quase sistematicamente resultam em absolvição. Por exemplo, algumas jurisdições penais exigem o depoimento de vários homens a fim de se estabelecer a prova de que uma mulher for estuprada, mesmo se somente um homem tiver participado do estupro. Com base no princípio de complementaridade, os Estados-Partes devem assegurar que, quando forem cometidos crimes listados no Estatuto, esses crimes possam ser efetivamente investigados e processados. Os Estados devem, igualmente, assegurar que suas normas de processo judicial em matérias criminais não impeçam que as vítimas depositem acusações, ou impeçam o estabelecimento da prova de crimes.¹⁴²

Alguns Estados geralmente ratificam os tratados primeiro e, em seguida, as normas incluídas no tratado automaticamente tornam-se parte da legislação nacional

¹⁴¹ Cf. MANUAL de ratificação e implementação do Estatuto de Roma. *The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy*. Vancouver: 2002. p. 19.

¹⁴² Cf. MANUAL de ratificação e implementação do Estatuto de Roma. *The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy*. Vancouver: 2002. p. 118.

quando da ratificação e publicação em um diário oficial (sistema monista). Outros Estados, principalmente os que integram o *Commonwealth*, são obrigados, em virtude de suas constituições, a prepararem legislação de implementação anteriormente à ratificação ou adesão a quaisquer tratados internacionais (sistema dualista). Cada sistema específico tem suas próprias vantagens e desvantagens, as quais devem ser levadas em consideração durante o processo de ratificação e implementação. Em alguns Estados, por exemplo, é possível que o Poder Executivo precise do consentimento do Legislativo para proceder à ratificação, ou precise consultar tribunais constitucionais antes da ratificação. Tais processos inevitavelmente tornam mais lento o processo de ratificação e implementação, porém, também proporcionam a oportunidade de uma consideração mais abrangente do impacto decorrente de certos tratados sobre aquele Estado.¹⁴³

2.4 A COMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE* DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: OS CRIMES NUCLEARES DO ESTATUTO DE ROMA E DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Quando um Estado passa a ser Parte no Estatuto, ele aceita a competência do Tribunal sobre os crimes, de forma a permitir que o Tribunal Penal Internacional exerça jurisdição sobre os seus indivíduos. Segundo o princípio da complementaridade, a jurisdição do TPI deve ser exercida somente quando um Estado não possa ou não deseje julgar os supostos criminosos de guerra que estejam sob sua jurisdição ou quando não detenha uma legislação adequada que lhes permitam julgar esses criminosos. É possível, ainda, que um país que não seja parte do estatuto emita declaração extraordinária com vistas a tornar o tribunal competente em qualquer eventualidade.

O Tribunal Penal Internacional é uma instituição permanente, facultada a exercer sua jurisdição sobre indivíduos com relação aos crimes mais graves de transcendência internacional (artigo 1), a saber: o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão (artigo 5). Trata-se de uma instituição dotada de personalidade e capacidades jurídicas no plano

¹⁴³ Cf. MANUAL de ratificação e implementação do Estatuto de Roma. *The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy*. Vancouver: 2002, p. 24.

internacional para o exercício de suas funções. A adesão ao Estatuto de Roma por um Estado impõe a ele uma série de pré-condições, o que o distingue de outros tratados na área das relações internacionais.

O Tribunal Internacional Permanente trata-se de uma instituição de personalidade e capacidades jurídicas no plano internacional para os exercícios de suas ações. Trata-se da não admissão de reservas e, esse é um dos pontos mais inovadores, discutidos e polêmicos, porque de acordo com essa premissa, ou o Estado ratifica o tratado em sua íntegra ou não o ratifica.¹⁴⁴

Os princípios para o funcionamento do Tribunal Permanente encontram-se dispostos na tabela abaixo¹⁴⁵:

PRINCIPIOS	DESCRIÇÃO
COMPLEMENTARIDADE	A Corte somente atua se o Estado que tem jurisdição sobre determinado caso não iniciou o devido processo ou, se o fez, agiu com o intuito de subtrair o acusado à justiça ou de mitigar-lhe a sanção. Este postulado, à primeira vista, parece chocar-se com os fins colimados no Tratado de Roma, mas justifica-se porque compete em primeiro lugar aos Estados o dever de reprimir os crimes capitulados no Estatuto do Tribunal, até para que a repressão se faça de modo mais eficaz. A Corte, pois, atua apenas subsidiariamente, agindo sobretudo na

¹⁴⁴ Cf. FREITAS, Christiana Galvão Ferreira de. *O Tribunal Penal Internacional permanente e a proteção dos direitos humanos: o debate sobre a ratificação do Tratado do Brasil em perspectiva comparada*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. 2005. p. 141.

¹⁴⁵ Cf. MORE, Rodrigo Fernandes. A prevenção e solução de litígios internacionais no Direito Penal internacional: fundamentos, histórico e estabelecimento de uma corte penal internacional (Tratado de Roma, 1998). In: *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. v. 2. MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 317.

	hipótese em que ocorre a falência das instituições nacionais. ¹⁴⁶
UNIVERSALIDADE	Os Estados-partes colocam-se integralmente sob a jurisdição da Corte, não podendo subtrair de sua apreciação determinados casos ou situações. O Estatuto contempla também o <i>princípio da responsabilidade penal individual</i> , segundo o qual o indivíduo responde pessoalmente por seus atos, sem prejuízo da responsabilidade do Estado. O <i>princípio da irrelevância da função oficial</i> , por sua vez, permite que sejam responsabilizados chefes de Estado ou de governo, ministros, parlamentares e outras autoridades, sem qualquer privilégio ou imunidade. Já o <i>princípio da responsabilidade de comandantes e outros superiores</i> exige que todos os chefes militares, mesmo que não estejam fisicamente presentes no local dos crimes, envidem todos os esforços ao seu alcance para evitá-los, sob pena de neles ficarem implicados. Por fim, o <i>princípio da imprescritibilidade</i> , de acordo com o qual a ação criminosa jamais terá extinto a punibilidade pelo decurso do tempo, embora ninguém possa ser julgado por delitos praticados antes da entrada em vigor do Tratado.

¹⁴⁶ Cf. REZEK, Francisco. Tribunal Penal Internacional: Princípio da Complementaridade e Soberania. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, nº 11. Brasília: agosto de 2000. p. 115.

NACIONALIDADE

Um Estado pode exercer jurisdição sobre seus nacionais, inclusive sobre atos por praticados fora do território do Estado, regra que suscita muitos conflitos de jurisdição internacional entre os Estados. O fundamento deste princípio é a preservação de regras de direito interno, seja daquelas que garantem direitos fundamentais aos seus cidadãos, seja daquelas que tipificam condutas antijurídicas indesejáveis (crimes). O princípio da nacionalidade sofre algumas restrições quando se trata de pessoas jurídicas, dada a diversidade de critérios de fixação de nacionalidade. A solução proposta por alguns ordenamentos, por exemplo, é buscar na nacionalidade dos controladores da pessoa jurídica o elemento que permitirá fazer incidir suas leis. Isto é o que ocorre com a aplicação extraterritorial das leis anti-monopólio dos Estados Unidos.

<p>SEGURANÇA NACIONAL</p>	<p>É lícito ao Estado agir em defesa de sua independência política, integridade territorial, segurança externa e interna, ainda que os fatos sejam praticados ou concebidos no exterior, sob a condição de que não tenham sido praticados no exercício regular de um direito reconhecido no Estado onde foi praticado. Aplica-se também esta jurisdição em relação à contrafação ou falsificação de símbolos nacionais, moeda, documentos que envolvem a credibilidade do Estado.</p>
<p>TERRITORIALIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA</p>	<p>Um crime é cometido inteiramente dentro do território quando todos os seus elementos constitutivos se consumam dentro deste território; por outro lado, se o crime é cometido somente "em parte" dentro do território é porque pelo menos um de seus elementos constitutivos ocorreram fora deste território.</p> <p>O princípio subjetivo confere competência ao Estado para estender sua jurisdição sobre participantes de eventos iniciados no Estado, mas consumados no exterior</p>

	Já o princípio objetivista permite ao Estado conhecer, processar e julgar eventos iniciados no exterior, mas consumados dentro de seu território.
PERSONALIDADE PASSIVA	Um Estado pode ampliar sua competência para processar e julgar crimes ou violações cometidas contra seus nacionais

Em relação à sua composição, pontua-se que o Tribunal será integrado por 18 juízes no mínimo, que se distribuirão por três Seções: a *Seção de Questões Preliminares*, incumbida de examinar a admissibilidade dos processos, a *Seção de Primeira Instância*, que proferirá os julgamentos, e a *Seção de Apelações*, responsável pela apreciação dos recursos.

A escolha dos juízes caberá à Assembleia dos Estados-partes, recaindo sobre pessoas que gozem de elevada consideração moral, imparcialidade e integridade, e que possuam as condições exigidas para o exercício das mais altas funções judiciárias de seu país, além de dominarem uma das línguas oficiais da Corte (inglês, francês, espanhol, russo e árabe). Devem ainda apresentar:

(1) reconhecida competência em direito penal e processual penal, e também experiência como juiz, promotor ou advogado; ou, alternativamente,

(2) reconhecida competência no campo do direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos, assim como experiência nas funções jurídicas relacionadas com o Tribunal. Na seleção dos magistrados, a Assembleia deverá atentar para que exista equilíbrio entre candidatos que apresentem uma dessas duas qualificações. Exige-se também que estejam representados os principais sistemas jurídicos do mundo e que haja uma presença geográfica equitativa, assim como uma participação balanceada de homens e mulheres.

A Promotoria integra a Corte como um órgão independente do Tribunal, sendo dirigida por um promotor-chefe, coadjuvado por mais um promotor adjunto, no mínimo, escolhidos pela Assembleia dos Estados-partes para um mandato de nove

anos, dentre pessoas da mais alta idoneidade, experientes na tarefa da persecução penal e que também dominem pelo menos uma das línguas oficiais do Tribunal. Ressalta-se que a jurisdição do Tribunal Internacional Permanente é complementar às jurisdições dos Estados-partes, podendo ser acionada nos seguintes casos: Omissão de responsabilidade criminal, ausência de imparcialidade no julgamento, demora injustificada ou incapacidade do Estado em julgar um determinado caso tipificado como crime internacional. A Corte é proibida de exercer sua jurisdição de acusados imunes de julgamento. Declara-se também incompetente para processar criminosos menores de 18 anos de idade.¹⁴⁷

O artigo 5º do Estatuto menciona que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional será limitada aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto e será exercida sobre os crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão.

Ressalta-se que o artigo 123 do Estatuto de Roma dispõe sobre a ocorrência de uma reunião entre os Estados-membros a se realizar sete anos após sua entrada em vigor a fim de discutir possíveis emendas ao rol de crimes.

O Tribunal Permanente será competente para processar e julgar crimes cometidos após a entrada em vigor de seu Estatuto, através de:

- a) Uma provocação de um Estado-parte (artigos 13 e 14);
- b) Uma solicitação do Conselho de Segurança da ONU em conformidade com o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, referentes a “Ameaça a Paz e a Segurança Internacionais” (artigo 13b);
- c) Uma investigação iniciada pelo Promotor-chefe de Acusação (artigos 13 e 15).

Em relação à legitimidade ativa dos Estados-partes e do promotor de acusação, o Tribunal Permanente Internacional exercerá a sua competência jurisdicional sobre os crimes *ratione materiae*, desde que cometidos após a entrada em vigor do Estatuto de Roma (*ratione temporis*), se:

- i) o Estado cujo o território ocorreu o crime ou

¹⁴⁷ Cf. FREITAS, Christiana Galvão Ferreira de. *O Tribunal Penal Internacional permanente e a proteção dos direitos humanos: o debate sobre a ratificação do Tratado do Brasil em perspectiva comparada*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. 2005. p. 144.

- ii) o Estado de nacionalidade do acusado de prática do crime for membro do Estatuto de Roma ou aceitar a sua jurisdição em determinado caso. Já no que concerne à solicitação feita pelo Conselho de Segurança da ONU, não há regras de admissibilidade pré-estabelecidas.

2.4.1 Conceito e classificação dos crimes internacionais

A noção de crime internacional não é uma tarefa fácil de ser realizada, tendo em vista sua conceituação ampla.¹⁴⁸

Historicamente, a primeira noção de crime internacional talvez tenha sido tratada com a ação humana de pirataria cometida em alto-mar. Como outros exemplos de ações humanas tratadas como delituosas internacionalmente, pode-se ainda mencionar o tráfico de escravos, o tráfico de mulheres e de crianças, o tráfico de entorpecentes, o apoderamento ilícito de aeronaves, o terrorismo e a lavagem de dinheiro. Para Schabas, essas espécies de crimes para serem objeto de processo e julgamento, necessitavam de regras de jurisdição especiais e, sobretudo, de cooperação entre Estados.¹⁴⁹

Já Cassese menciona que crimes internacionais seriam as graves violações às regras do Direito Internacional que impõem a responsabilidade penal internacional individual e, assim, diferenciam-se dos casos de responsabilidade dos Estados, dentro dos quais os indivíduos atuam. Cassese ainda considera que os crimes internacionais precisam, necessariamente, conter cumulativamente os seguintes elementos: violações do direito consuetudinário internacional, bem como de tratados internacionais; regras que pretendem proteger valores considerados importantes pelo conjunto da comunidade internacional e, conseqüentemente, afetem todos os Estados e indivíduos; deve haver um interesse universal em reprimir esses crimes e, portanto, em princípio os pretensos autores de tais infrações devem

¹⁴⁸ Cf. VERHAEGEN, Jacques. *Les crimes internationaux et le droit pénal internationale*. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 60. Toulouse: Érès, 1989. p. 127.

¹⁴⁹ Cf. SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 21.

poder ser processados e julgados por qualquer Estado; e, por fim, o autor deve ter agido a partir de agente oficial do Estado, em nome do qual praticou a infração.¹⁵⁰

Desta maneira, considera que seriam crimes internacionais somente as seguintes figuras delitivas: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, tortura, agressão e algumas formas extremas de terrorismo (quando patrocinado pelo Estado ou, ao menos, tolerado por este).¹⁵¹

Ainda há outros doutrinadores que entendem haver dois sentidos para crimes internacionais. Um primeiro sentido ou classificação seria referente aos crimes cometidos pelos representantes do Estado, que ofenderiam a ordem, a legalidade e a segurança internacional. Assim, seriam infrações internacionais os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Segundo esses mesmos autores, uma outra classificação que compreenderia as infrações internacionais cometidas por particulares, que seriam, por exemplo, a pirataria, o tráfico internacional de entorpecentes, falsificação de moedas, crimes ambientais internacionais, crimes informáticos etc. Deste modo, enquanto a primeira categoria teria, fundamentalmente, objetivos políticos, na segunda tal fato não ocorreria.¹⁵²

Em que pese os inúmeros ideais sobre crimes internacionais, preferimos trabalhar com o conceito subdividido em três espécies: os propriamente ditos; os transnacionais; e por contaminação ou difusão.¹⁵³

Os propriamente ditos ou em sentido estrito, são aqueles crimes primeiramente previstos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, ou seja, os crimes contra a paz, os de guerra e os crimes contra a humanidade, crimes estes que constam atualmente no Estatuto de Roma. Tais delitos são os que atingem bens ou interesses jurídicos supranacionais, gerando uma responsabilidade penal imediata fundada diretamente no Direito Internacional.

¹⁵⁰ Cf. CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 23.

¹⁵¹ Cf. CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 24.

¹⁵² Cf. MOISESCU, Sorin; SABAU, Dorin. *Quelques considerations au sujet des crimes internationaux et le droit penal roumain*. Trabalho apresentado na "International Experts Conference on International Criminal Justice: Historic and Contemporary Perspectives", Siracusa: ISISC, 1994, (não publicado), p. 5. In: JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 14-15.

¹⁵³ Cf. MOISESCU, Sorin; SABAU, Dorin. *Quelques considerations au sujet des crimes internationaux et le droit penal roumain*. Trabalho apresentado na "International Experts Conference on International Criminal Justice: Historic and Contemporary Perspectives", Siracusa: ISISC, 1994, (não publicado), p. 5. In: JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 14-15.

Os transnacionais são aqueles cujas características, extensão e consequências ultrapassam as fronteiras dos Estados, envolvendo, portanto, mais de um Estado.

Por último, há a conceituação por contaminação ou difusão, que são aqueles crimes que se manifestam mais ou menos ao mesmo tempo em lugares diversos, com as mesmas características, passando de um Estado a outro, de forma epidêmica, tudo em virtude dos meios de transporte, instantaneidade das comunicações e à atividade dos *mass media*, que transformaram o crime num espetáculo midiático por excelência, potencializando sua incidência.

Deste modo, abordaremos primeiramente a estrutura e imputação dos crimes internacionais, para, posteriormente, de forma pontual, discorrer sobre a conceituação dos crimes internacionais em sentido estrito ou propriamente ditos.

2.4.2 Estrutura e Imputação nos Crimes Internacionais

A construção de uma teoria do crime no Direito Internacional Penal enfrenta algumas dificuldades, principalmente para aqueles como nós, brasileiros, argentinos e demais operadores do Direito da América Latina (assim como aqueles da Alemanha, Itália, Espanha, Portugal), pois não se pode trabalhar com o modelo jurídico de crime da tradição romano-germânica, qual seja, ação humana típica, antijurídica e culpável. Este modelo se mostra irrelevante no Direito Internacional Penal, que decorre fundamentalmente da *common law* anglo-saxônica.

Para a formação do Direito Internacional Penal, o sistema jurídico de maior relevância é o da *common law*, que é assentado em bases bastante diversas das nossas. Assim, Ambos informa que, até agora, a dogmática alemã não teve praticamente influência alguma no desenvolvimento do Direito Internacional Penal.¹⁵⁴

Ademais, a maior dificuldade para a construção de uma teoria do delito em sua dimensão internacional decorreria do fato de não se contar com uma referência de um ordenamento jurídico-penal positivo.

¹⁵⁴ Cf. AMBOS, Kai. *La parte general de Derecho Penal: bases para una elaboración dogmática*. Bogotá: Temis, 2005. p. 44 e ss.

Além disso, há diferenças importantes entre o Direito penal interno dos Estados e o Direito Penal Internacional nas questões mais básicas da teoria geral do Direito penal, como, por exemplo, no caso do princípio da reserva legal. Na esfera interna, tal princípio é adotado à quase totalidade das legislações modernas, já no Direito Internacional, ainda pairam dúvidas sobre sua real significação e alcance.¹⁵⁵

Sobre a aplicação do princípio da reserva legal no Direito Internacional Penal, há várias teorias defendidas pelos variados doutrinadores do tema. Existe um primeiro ponto de vista que defende que o direito aplicado pelos Tribunais já existia anteriormente e, por isso, o princípio deveria ser interpretado e adaptado à lógica do direito internacional. Ainda há aqueles que sustentam que o princípio da reserva legal não pode ser aplicado no mesmo sentido estreito que é percebido no direito interno, pois, os crimes contra a paz já estariam previstos no direito internacional. Quanto aos crimes de guerra e contra a humanidade, estes também já estariam tipificados no direito interno e, em especial, pelas diversas Convenções de Haia e Genebra, antes de 1945. Mais do que isso, afirma-se que, embora os documentos internacionais não contivessem proibições penais explícitas e também não houvesse previsão de sanção, houve condenação moral e, por isso, foi necessária uma interpretação do princípio da legalidade, já que existiam razões morais e de utilidade internacional que superavam o rigor técnico do princípio.¹⁵⁶

Em sentido diverso, há uma corrente que afirma a inaplicabilidade do princípio, visto que se trata de um direito majoritariamente consuetudinário e, considerando-se que a reserva legal pressupõe direito escrito, não poderia ser utilizado.¹⁵⁷

Já outra corrente afirma que o princípio da legalidade não é aplicável no âmbito internacional, visto que tal deficiência deverá ser sanada com o surgimento de uma codificação deste direito. Frise-se que este posicionamento ganhou contornos de realidade com o advento do Tribunal Penal Internacional e do Estatuto de Roma.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Cf. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 143.

¹⁵⁶ Cf. GIL GIL, Alícia. *Derecho Penal Internacional*. Madri: Tecnos, 1999. p. 67.

¹⁵⁷ Cf. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 20.

¹⁵⁸ Cf. GIL GIL, Alícia. *Derecho penal internacional*. Madri: Tecnos, 1999. p. 68.

Espera-se, assim, que com a crescente afirmação do Tribunal Penal Internacional, haja uma adoção de regras mais claras e concretas no que concerne não só ao princípio da reserva legal, mas a todos os critérios de teoria geral do direito, direito material e direito processual.

Dentro desse contexto, Kai Ambos sustenta a necessidade do estabelecimento de uma Parte Geral do Direito Penal Internacional, que decorreria do reconhecimento da dimensão individual dos comportamentos criminais na esfera internacional, além da discussão acerca de regras gerais de imputação. Pretende, assim, a construção de uma teoria do delito no Direito Penal Internacional que tenha validade universal e seja eficiente e compreensível, servindo a uma espécie de estabilização das regras em matéria penal, na esfera internacional.¹⁵⁹

Neste sentido, pode-se argumentar, por exemplo, que o Estatuto de Roma, em sua Parte 3, trata dos Princípios Gerais do Direito Penal, pois contém um número considerável de dispositivos característicos de uma Parte Geral, tais como a responsabilidade individual, o concurso de pessoas, a inimputabilidade por insanidade ou por imaturidade, o erro, o estado de necessidade, a coação etc.

Todavia, tais dispositivos não estão dispostos em número e nem em forma suficientes para compor uma Parte Geral. Muito ao contrário, necessitam ser complementados por elementos externos ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional.¹⁶⁰

Já Schabas considera que tais princípios de forma expressa no Estatuto representaram um avanço na tentativa de se estabelecer um concreto Direito Penal Internacional. Logicamente que a Parte Geral do Estatuto de Roma representa uma tentativa de codificação dos princípios gerais do Direito Penal Internacional. Por certo que, um documento produzido numa Conferência Diplomática, onde havia a participação de mais de cento e cinquenta países integrantes e com visões distintas, tenha muitas imperfeições.¹⁶¹

Desta forma, nos parece imprescindível o estudo mais aprofundado no futuro de uma Parte Geral do Direito Internacional Penal, para que seja possível o

¹⁵⁹ Cf. AMBOS, Kai. *Tribunal penal internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 7.

¹⁶⁰ Cf. AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. *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. 100-101.

¹⁶¹ Cf. SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 190.

estabelecimento de regras relativas à teoria do crime, tudo em conformidade com a práxis internacional.

2.5 OS TIPOS PENAIIS INTEGRANTES DO ESTATUTO DE ROMA: A COMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE* DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A competência internacional do Tribunal Penal Internacional pode ser conceituada como o elemento que determinará o momento e as circunstâncias sob as quais esse Órgão Jurisdicional exercerá a jurisdição que lhe é atribuída.¹⁶²

Em outras palavras, a análise da competência implica definir a atuação e os limites relacionados às matérias, aos sujeitos, ao espaço de incidência, bem como aos fatos objetos da entrega da prestação jurisdicional incumbida ao Tribunal Penal Internacional.

Dentro desse quadro, especificaremos aqui o âmbito de exercício do poder jurisdicional concedido ao Tribunal por meio dos critérios de fixação de competência, no entanto, dentro de tais critérios, trabalharemos apenas com a competência material (Capítulo V), deixando de lado as competências territorial, temporal e pessoal (Capítulo VI).

A natureza objetiva da pretensão ou matéria controvertida da lide, representa o critério de fixação da competência material. E, com o intuito de reprimir os perpetradores das mais atrozes violações de vida, paz e segurança internacionais são consagrados como bens jurídicos a serem universalmente tutelados, implicando o reconhecimento de infrações internacionais passíveis de afetar a comunidade global devido a sua maior gravidade.

O projeto base do Estatuto enumerava infrações de categorias distintas. A primeira dessas categorias ficou conhecida como *core crimes*, que consistia, basicamente, em um conjunto de delitos primordiais e elementares, quais sejam: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. Estes crimes, ao final da conferência de Roma, foram incorporados ao Estatuto da Corte, dando origem aos artigos 5º a 8º, responsáveis por descrever a competência material do Tribunal. A segunda categoria de crimes proposta, cuja denominação foi

¹⁶² Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. I. São Paulo: RT, 2003. p. 92.

de *treaty crimes*, tinha base em infrações previstas em diversos tratados internacionais. Estes crimes eram os atos de terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes, apartheid, pirataria, entre outros.

Apesar de alguns países terem feito pressões para que os *treaty crimes* entrassem no rol dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, outros apresentaram forte resistência, alegando a dificuldade de definir as infrações ou mesmo de se chegar a um acordo sobre suas conceituações.

O certo é que, objetivando a maximização de signatários, apenas os *core crimes* foram contemplados pelo Estatuto de Roma.

Assim, de acordo com o Estatuto de Roma, os crimes internacionais ficaram definidos de forma taxativa como: os crimes de genocídio; os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e os crimes de agressão.

Como se trata de um *ius puniendi* que pertence ao TPI (organismo supranacional), a única fonte (direta) desse Direito Penal só pode mesmo ser um Tratado Internacional. Quem produz esse específico Direito Penal são os Estados soberanos que subscrevem e ratificam o respectivo tratado.

2.5.1 O crime de genocídio

O crime de genocídio pode ser compreendido como o assassinato deliberado de pessoas motivado por diferenças étnicas, nacionais, raciais, religiosas e (por vezes) políticas. Há algum desacordo, entre os diversos autores, quanto ao fato de se designar ou não como genocídio os assassinatos em massa por motivos políticos.¹⁶³

¹⁶³ O termo *genocídio* foi criado por Lemkin, um judeu, em 1944, juntando a raiz grega *génos* (família, tribo ou raça) e a palavra latina *caedere* (matar). Com o advento do genocídio dos judeus pelo regime nazista o Holocausto, Lemkin fez campanha pela criação de leis internacionais, que definissem e punissem o genocídio. Esta pretensão tornou-se realidade em 1951, com a Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio. O genocídio foi, na época da colonização europeia na América Latina e na África, largamente utilizado para que com o extermínio dos povos indígenas, se tornasse mais fácil para a Europa a escravização daqueles que lá habitavam. Na era moderna, temos, entre outros, o genocídio armenio conduzido pelos turcos (embora estes ainda não o admitam); a fome-genocídio na Ucrânia; o genocídio sérvio feito pela Ustase croata na deportação dos chechenos; o genocídio do povo tibetano; o genocídio no Camboja; o genocídio de Ruanda; o genocídio da Bósnia e o genocídio dos curdos.

De acordo com o artigo 6º do Estatuto de Roma, o "genocídio" se enquadra em qualquer dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como:

- (a) Homicídio de membros do grupo;
- (b) Causar sérios danos físicos ou mentais a membros do grupo;
- (c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida calculadas para trazer sua destruição física no todo ou em parte;
- (d) Imposição de medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- (e) transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

O crime de genocídio ofende diretamente os direitos humanos, sendo possível comparar sua história com a história da intolerância contra a diversidade humana.¹⁶⁴

O genocídio é, na sua essência, um crime contra a humanidade, que, entretanto, dada a sua relevância, foi destacado dessa categoria de ilícitos, para que pudesse receber tratamento específico.¹⁶⁵

A prática do crime de genocídio, embora se remonte a um passado longínquo, pode ser apontado como praticado principalmente no século XX, nos episódios conhecidos como Guerras Mundiais, tanto a Primeira como a Segunda Guerra; e, recentemente, nos conflitos étnicos deflagrados na ex-Iugoslávia e em Ruanda.¹⁶⁶

Ressalve-se que apenas recentemente a comunidade internacional sentiu necessidade de fixar normas de direito internacional para coibir tal delito.¹⁶⁷

Essa preocupação apareceu sensivelmente no período pós-Segunda Guerra, que levou à adoção, pela Resolução 260-A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, em 9 de dezembro de 1948, que entrou em vigor em 12 de janeiro de 1951, onde ficou

¹⁶⁴ Cf. SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 13.

¹⁶⁵ Cf. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 220.

¹⁶⁶ Cf. LIMA, Renata Mantovani de; COSTA BRINA, Marina Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 106.

¹⁶⁷ Cf. BIANCHI, Giorgio. *Genocídio*. In: Dicionário de Política. 5. ed. Brasília: Unb. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 543.

expresso, agora em caráter de *hard law*, o entendimento de ser o genocídio um crime internacional e a mais grave espécie de crime contra a humanidade.¹⁶⁸

Esta Convenção constituiu o genocídio como crime internacional mesmo que cometido em termos de paz, diferenciando-os de outros aceitáveis apenas em tempos de guerra.¹⁶⁹

A prática do genocídio não é nova na história da humanidade, podendo ser encontrados vários exemplos históricos afirmativos de sua existência na antiguidade. De acordo com Luis Ivani de Amorim Araújo:

[...] se folhearmos as páginas do Torá defrontamos o episódio em que os irmãos de Diná com o intuito de vingar o ultraje a esta praticado por Shichem, mataram todos os varões de sua tribo e levaram, ainda, como escravos as mulheres e crianças dos Schichemitas (Genesis 34.1-31).¹⁷⁰

De lá para cá, afirmou-se cada vez mais, no seio da sociedade internacional, o caráter de norma costumeira do crime de genocídio.

O que diferencia o crime de genocídio dos outros previstos pelo Estatuto é o dolo específico, ou seja, a intenção determinada para a prática de tal ato. Essa intenção possui vários componentes. Primeiramente, deve visar a destruição de um grupo. Em segundo lugar, a quantidade de vítimas também é relevante, conforme os termos da destruição “no todo ou em parte”. Quanto maior o número de vítimas, mais fácil se torna observar a intenção específica. Além disso, o perpetrador de tal ato deve dirigi-lo contra uma comunidade nacional, étnica, racial ou religiosa. Tal enumeração foi muito criticada pela limitação do seu escopo, visto que não são levadas em consideração grupos políticos nem sociais.¹⁷¹

¹⁶⁸ Cf. SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. pp. 30 e 35.

¹⁶⁹ Cf. FREITAS, Christiana Galvão Ferreira de. *O Tribunal Penal Internacional permanente e a proteção dos direitos humanos: o debate sobre a ratificação do Tratado do Brasil em perspectiva comparada*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. 2005. p. 144.

¹⁷⁰ Cf. ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito internacional penal: delicta iuris gentium*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 112-113.

¹⁷¹ Cf. FREITAS, Christiana Galvão Ferreira de. *O Tribunal Penal Internacional permanente e a proteção dos direitos humanos: o debate sobre a ratificação do Tratado do Brasil em perspectiva*

Os Estados-Partes do Estatuto podem incorporar o crime contra a humanidade à sua legislação nacional de várias formas. a) Em primeiro lugar, os Estados poderiam adotar uma definição extraída *ipsis litteris* do Artigo 7 do Estatuto ou que a ele se refira diretamente. Uma vantagem dessa opção é que ela é fácil para o autor da legislação de implementação e torna a lei compatível com os requisitos do Estatuto. b) Outra opção seria adotar uma série de crimes independentes, vinculados a cada um dos atos listados no Estatuto. A título de exemplo, o código penal de um Estado poderia estabelecer que a escravidão, cometida no contexto de um ataque generalizado ou sistemático, lançado contra uma população civil, constitui um crime contra a humanidade. Também seria necessário incluir, em cada disposição aplicável do código penal, uma definição dos atos semelhante àquela que consta do Estatuto. Isso teria de ser feito para cada ato listado nos termos do Artigo 7 do Estatuto. A vantagem desse método é que ele simplifica a tarefa dos juízes nacionais e permite que os redatores façam certas adaptações. Evidentemente, podem ser feitas algumas modificações às definições desse crime, porém somente no sentido de atribuir-lhe um significado semelhante ou mais amplo do que o consignado no Estatuto, a fim de assegurar que a definição não isente qualquer pessoa da responsabilidade penal por tais crimes. c) Os Estados também podem usar os atuais crimes previstos no âmbito de leis gerais para processar os autores de crimes contra a humanidade, usando crimes suficientemente graves para descrever os crimes perpetrados. Entretanto, se alguns dos atos que constituem crime contra a humanidade não constituírem um crime nos termos da legislação geral nacional, é possível que o Estado- parte precise emendar seu código penal e criar novos crimes de modo a abarcar esses atos.¹⁷²

2.5.2 Os crimes contra a humanidade

Ao contrário do que ocorreu com a definição do genocídio, o conceito de crimes contra a humanidade suscitou discussões muito intensas durante a Conferência de Roma. Deve-se ressaltar que tal fato se deu pela falta de uma convenção internacional dedicada à matéria, como ocorreu com o genocídio, apesar de haver referência a crimes contra a humanidade em alguns documentos internacionais referentes à matéria.¹⁷³

comparada. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. 2005. p. 145.

¹⁷² Cf. MANUAL de ratificação e implementação do Estatuto de Roma. *The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy*. Vancouver: 2002. p. 99.

¹⁷³ Cf. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 234.

A origem histórica dos crimes contra a humanidade está ligada ao massacre provocado pelos turcos contra os armênios, na Primeira Guerra Mundial, qualificado pela Declaração do Império Otomano como um crime da Turquia contra a humanidade e civilização.¹⁷⁴

Mas foi somente no período pós-Segunda Guerra que se voltou a cotejar de tais crimes, em virtude das inúmeras atrocidades cometidas pelo Estado em que se converteu a Alemanha Nazista no Holocausto.

A definição em plano convencional desses crimes foi dada pelo artigo 6º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, seguido pelo Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Tóquio. Mais recentemente, a previsão de crimes contra a humanidade constou nos Estatutos dos Tribunais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda.

O conceito evolui muito de acordo com o direito internacional, e, atualmente, foi eliminado o nexos causal do conflito armado, sendo ele admitido em tempos de paz.

De acordo com o artigo 7º do Estatuto de Roma são considerados crimes contra a humanidade aqueles crimes cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, com conhecimento do ataque:

- (a) Homicídio;
- (b) Extermínio;
- (c) Escravidão;
- (d) Deportação ou transferência forçada de população;
- (e) Prisão ou outra privação grave da liberdade física em violação de regras fundamentais do direito internacional;
- (f) Tortura;
- (g) Violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável;

¹⁷⁴ Cf. JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000 (Série ação parlamentar, n. 110, p. 15-33).

(h) Perseguição de um grupo ou coletividade identificável por políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosas, tal como definido no n.º 3, ou por outros motivos que são universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, em conexão com qualquer ato referido neste ou de qualquer crime de competência do Tribunal;

(i) Desaparecimento forçado de pessoas;

(j) O crime de apartheid;

(k) Outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grande sofrimento, ou grave lesão para o corpo ou para a saúde física ou mental.

Ainda de acordo com o artigo 7º do Estatuto de Roma são crimes contra a humanidade:

(a) "ataque contra uma população civil", uma conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no n.º 1 contra qualquer população civil, força ou na prossecução de uma política de Estado ou organização de cometer tal ataque;

(b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, nomeadamente a privação de acesso a alimentos e medicamentos, com vistas a provocar a destruição de parte de uma população;

(c) "Escravidão" significa o exercício de qualquer ou de todos os poderes inerentes ao direito de propriedade sobre uma pessoa e inclui o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças;

(d) Por "deportação ou transferência forçada da população", os deslocamentos forçados das pessoas, por expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente atualmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;

(e) "Tortura", a imposição intencional de sofrimento ou dor, se física ou mental, em cima de uma pessoa na prisão ou sob o controle do arguido, exceto que a tortura não é a dor ou o sofrimento.

(f) Gravidez à força, a retenção ilegal de uma mulher à força, com a intenção de alterar a composição étnica de uma população ou a realização outras violações graves do direito internacional. Esta definição não deve de forma alguma ser interpretadas como afetando as legislações nacionais relativas à gravidez;

(g) "Perseguição", a privação intencional e grave de direitos fundamentais contrárias ao direito internacional, por meio da identidade do grupo ou da coletividade;

(h) "O crime de apartheid", os atos desumanos de caráter similar aos referidos no n.º 1, cometidos no contexto de um regime institucionalizado de opressão sistemática e de dominação de um grupo racial sobre qualquer outro grupo ou grupos raciais e comprometidos com intenção de manter esse regime;

(i) "Desaparecimento forçado de pessoas", a prisão, detenção ou seqüestro de pessoas, ou com autorização, apoio ou aquiescência de um Estado ou de um político organização, seguido por uma recusa em reconhecer que a privação de liberdade ou para dar informações sobre o destino ou o paradeiro dessas pessoas, com a intenção de removê-los a proteção da lei por um período prolongado de tempo.

Com relação a essa categoria de crimes, o ataque deve ser dirigido contra populações civis, o que os distingue dos crimes de guerra que podem ser cometidos contra combatentes quanto contra civis durante um conflito bélico. Os ataques não precisam ser necessariamente militares. Tais crimes podem ser cometidos por indivíduos.

Além disso, o perpetrador do crime precisa ter conhecimento de seu ataque, o que implica num certo dolo específico, mesmo que em menor grau comparado ao do crime de genocídio. Portanto, um indivíduo que participa de crimes contra a humanidade, mas não sabe que eles são parte de um ataque generalizado ou sistemático a uma população civil, pode ser culpado de homicídio e talvez até de crimes de guerra, mas não de crimes contra a humanidade.

Para se chegar a essa construção, foi necessário superar algumas controvérsias sérias. Assim, quatro características fundamentais podem ser destacadas desse dispositivo, a saber: o caráter generalizado ou sistemático do ataque contra uma população civil; a ausência do requisito da existência de motivos discriminatórios; o elemento subjetivo do conhecimento do referido ataque.¹⁷⁵

Desta forma, pode-se dizer que para se chegar a um conceito de crimes contra a humanidade, devem ser levados em conta dois critérios: quantitativo ou qualitativo, ou seja, que ocorra em larga escala. Mais do que isso, pode ser

¹⁷⁵ Cf. LIROLA DELGADO; MARTIN MARTÍNEZ. *apud* JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 240.

entendido que o Estatuto de Roma demonstra a necessidade de que a conduta implique no cometimento de múltiplos atos contra a população civil, em conformidade com uma política estatal ou de uma determinada organização.¹⁷⁶

Finalmente, foi definido que os crimes contra a humanidade, para a sua configuração, exigem um elemento de intencionalidade especial, já que é necessário que se tenha conhecimento que se participa do ataque.¹⁷⁷

Os crimes contra a humanidade possuem um lugar de destaque na evolução da consciência das nações, com a final reafirmação no Estatuto de Roma de que a proteção da pessoa humana é um princípio fundamental para o seu próprio desenvolvimento.

2.5.3 Os crimes de guerra

Os crimes de guerra, também conhecidos como "crimes contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados", são frutos de uma longa evolução do direito internacional humanitário, desde o século passado, tendo sido impulsionado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ganhando foros de juridicidade com as quatro Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, e com as bases teóricas do direito costumeiro de guerra.¹⁷⁸

No entanto, a ideia de se reprimir essa espécie de crimes não é nova, embora, durante muito tempo, tenha imperado a idéia da licitude da guerra. Celso Albuquerque de Mello diz que o próprio direito internacional teria surgido "essencialmente como um direito de guerra".¹⁷⁹

Conforme Rezek, há dúvidas sobre a conveniência da abordagem científica de tais crimes. Isso porque, a partir de 1945, a guerra passou a ser considerada ilícita e seria perda de tempo se dedicar ao estudo:

¹⁷⁶ Cf. LIROLA DELGADO; MARTIN MARTÍNEZ. *apud* JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 241.

¹⁷⁷ Cf. LIROLA DELGADO; MARTIN MARTÍNEZ. *apud* JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 242.

¹⁷⁸ Cf. MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005. p. 54.

¹⁷⁹ Cf. MELLO, Celso Renato D. Albuquerque. *Direito Penal e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 103.

[...] de regras que presidem a condução das hostilidades e a preservação de um mínimo de compostura e humanidade dentro do conflito armado, já que o conflito armado, ele próprio, significa um ato ilícito. Um ato ilícito de grandes proporções, dentro do qual seria um tanto cínico ou ilusório esperar que se observassem regras miúdas, tópicas; regras de bem proceder dentro do conflito armado, ou seja, dentro daquilo que é, em si mesmo um ilícito capital.¹⁸⁰

Desde os mais antigos povos havia a preocupação com a guerra e com o estabelecimento de limites para a sua regulação. Já havia a regulação da guerra desde o século IV a.C., quando Sun Tzu descreveu o costume dominante de excluir das guerras os feridos e os velhos.¹⁸¹

Por sua vez, o Código de Manu, escrito na língua clássica indiana sânscrito, que foi a legislação do mundo indiano no período compreendido entre os séculos II a.C. e II d. C., apresentou diversas normas sobre a guerra.¹⁸²

Gregos e romanos também estabeleceram regras sobre asilo, tratamento de feridos e prisioneiros de guerra. Talvez na Grécia, houve o mais antigo precedente de julgamento pela prática de crimes de guerra.¹⁸³

Na Idade Média, havia várias classificações de guerra, em justa e injusta, bem como, a Igreja, por várias vezes pronunciou-se sobre os conflitos armados, em seus Concílios.

Na civilização ocidental, autores como Aristóteles, Cícero, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, Homero, Platão, Vitoria, Ayala, Suárez, Gentili e Grotius, estabeleceram uma base filosófica humanitária para regulamentação da guerra e para a legitimação dos conflitos.¹⁸⁴

Mas somente a partir do século XIX é que se iniciou substancialmente um movimento entre os Estados para a regulamentação da guerra, com a elaboração de diversos instrumentos internacionais tratando do tema.

¹⁸⁰ Cf. REZEK, José Francisco. *A Constituição Brasileira e as normas de direito internacional humanitária*. In: *Direito internacional humanitário*. Brasília: IPRI, 1989. p. 92.

¹⁸¹ Cf. TZU, Sun. *A arte da guerra*. São Paulo: Cultura, 1994.

¹⁸² Cf. MELLO, Celso Renato D. Albuquerque. *Direito Penal e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 103.

¹⁸³ Cf. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 44.

¹⁸⁴ Cf. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 45.

Os crimes de guerra¹⁸⁵ são previstos desde a Convenção de Haia IV, que é a base legal desses delitos, que passaram a ser previstos no Tratado de Versalhes¹⁸⁶ em 1919, ensejando a condenação de soldados alemães pela violação de direitos e costumes de guerra durante a primeira guerra mundial em 1920.

A Carta de Nuremberg disciplinou tais crimes sucintamente. A conceituação desses crimes evoluiu nas Convenções de Genebra de 1949. Ambas as previsões não esgotavam todas as possibilidades de sérias violações ao direito de guerra, estendendo-se apenas às mais severas atrocidades cometidas contra civis e não contra combatentes. Além disso, tais previsões contemplavam somente conflitos armados de natureza internacional.

O Tribunal terá jurisdição em matéria de crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte de um plano ou política ou como parte de uma comissão em grande escala de tais crimes. Para efeitos do artigo 8º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, "crimes de guerra" são:

(a) As violações graves às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, ou seja, qualquer um dos seguintes atos contra pessoas ou bens protegidos nos termos das disposições da Convenção de Genebra.

(i) Homicídio doloso;

(ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;

(iii) causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou saúde;

(iv) destruição extensiva e apropriação de bens, não justificadas por militares um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção a servir nas forças de uma potência inimiga;

(vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção dos direitos, julgamento justo e imparcial;

(vii) deportação ou transferência ilegais, ou confinamento ilegais;

(viii) Tomada de reféns.

¹⁸⁵ O maior crime de guerra já ocorrido na humanidade foi o lançamento da bomba de Hiroshima e Nagasaki. Em agosto de 1945, os Estados Unidos da América entraram para a história mundial por ser a primeira e única nação a despejar o terror atômico sobre enormes populações de civis.

(b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais conflito, no quadro do direito internacional, ou seja, qualquer um dos seguintes atos:

(i) Dirigir intencionalmente ataques contra a população civil como tal ou contra civis que não participem diretamente das hostilidades;

(ii) Dirigir intencionalmente ataques contra alvos civis, ou seja, objetos que não são objetivos militares;

(iii) Dirigir intencionalmente ataques contra pessoal, instalações, material, unidades ou veículos envolvidos em assistência humanitária ou missão de paz no conformidade com a Carta das Nações Unidas, contanto que eles têm direito para a proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo Internacional Direito do conflito armado;

(iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que esse ataque causará perda de vidas ou ferimentos a civis ou danos a objetos civis ou extensos, duradouros e graves danos ao ambiente natural que seria manifestamente excessivos em relação aos militares global concreta e direta vantagem prevista;

(v) Atacar ou bombardear, por qualquer meio: cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que são defendidos e que não sejam objetivos militares;

(vi) Matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que não mais meios de defesa, se tenha incondicionalmente rendido;

(vii) Utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, da bandeira ou da insígnia militar e uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, bem como dos emblemas das Convenções de Genebra, resultando em morte ou ferimentos graves pessoais prejuízo;

(viii) A transferência, direta ou indiretamente, por uma potência ocupante de partes da sua própria população civil ao território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou fora deste território;

(ix) Dirigir intencionalmente ataques contra prédios dedicados à religião, educação, arte, ciência ou à beneficência, monumentos históricos, e lugares onde os doentes e feridos são recolhidos, desde que não sejam objetivos militares;

(x) Submeter pessoas a mutilação ou a experimentos médicos ou científicos, de qualquer tipo que não são nem justificada por tratamento médico, dentário ou hospitalar da pessoa em causa nem sejam efetuadas no seu interesse, e que causem à morte ou perigos a saúde dessa pessoa ou pessoas;

(xi) Matar ou ferir pessoas pertencentes à nação ou do Exército;

(xii) Declarar que não será dado quartel;

(xiii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que tais destruições ou apreensões ser imperativamente exigida pelas necessidades da guerra;

(xiv) Declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e as ações dos nacionais da parte inimiga;

(xv) Obrigar os nacionais da parte inimiga a participar nas operações de guerra contra seu próprio país, mesmo se eles estivessem no beligerante serviço antes do início da guerra;

(xvi) Saquear uma cidade ou lugar, mesmo quando tomado de assalto;

(xvii) Utilizar veneno ou armas envenenadas;

(xviii) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases, e todos os líquidos similares materiais ou dispositivos;

(xix) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou incisões;

(xx) Empregar armas, projéteis, materiais e métodos de guerra que são de natureza a causar ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional dos conflitos armados conflito, desde que tais armas, projéteis, materiais e métodos de guerra são objeto de uma proibição geral e estejam incluídos em um anexo ao presente Estatuto, por uma alteração em conformidade com as regulamentações das disposições estabelecidas nos artigos 121 e 123;

(xxi) Cometer ultrajes à dignidade pessoal, em particular, e humilhante e degradante;

(xxii) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez, definido no artigo 7º, parágrafo 2 (f), esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave das Convenções de Genebra;

(xxiii) Utilizar a presença de uma pessoa civil ou outras protegidas para evitar que certos pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares;

(xxiv) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades médicas e transporte e pessoal usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra Convenções, em conformidade com o direito internacional;

(xxv) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra, privando os de bens indispensáveis à sua sobrevivência, incluindo deliberadamente impedindo socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra;

(xxvi) Recrutar ou alistar crianças menores de quinze anos.¹⁸⁷

O que diferencia os crimes de guerra das outras categorias é o fato de prescindirem ao dolo específico, como é o caso do genocídio, e do caráter generalizado ou sistemático, como os crimes contra a humanidade. Podem ser cometidos por soldados individuais agindo sem a ordem ou autorização de seu superior.

A definição de crimes de guerra contida no Estatuto é mais estreita em alguns aspectos do que as definições tradicionais de crimes de guerra. Ao mesmo tempo, é mais ampla do que a definição tradicional, uma vez que abrange atos que nunca antes haviam sido codificados. A principal inovação do Estatuto é que ele consagra a recente evolução da jurisprudência internacional que tipifica os crimes de guerra cometidos durante conflito armado não-internacional.¹⁸⁸

O Estatuto de Roma também traz várias novidades no campo dos crimes de guerra, como por exemplo, quando inclui, no rol dos crimes dessa espécie, os conflitos armados não internacionais, que são a maioria dos conflitos existentes na atualidade, a exemplo daqueles ocorridos na ex-Iugoslávia e em Ruanda, que representaram uma séria ameaça à segurança e à paz internacional.¹⁸⁹

Trata-se de casos onde as várias violações de direitos humanos ocorridas nessas localidades não foram causadas pela ação de qualquer inimigo externo, mas pela atuação violenta e arbitrária do próprio Estado. Isto não se confunde, entretanto, com as situações de distúrbios e de tensões internas, tais como os

¹⁸⁷ Cf. Texto do Estatuto de Roma difundido como A/CONF.183/9 documento de 17 de Julho de 1998 corrigida pelo procès-verbaux de 10 de Novembro 1998, 12 de Julho de 1999, 30 de novembro de 1999, 8 de Maio de 2000, 17 de janeiro de 2001 e 16 de Janeiro de 2002.

¹⁸⁸ Cf. MANUAL de ratificação e implementação do Estatuto de Roma. *The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy*. Vancouver: 2002. p. 85.

¹⁸⁹ Cf. JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. In: O que é o Tribunal Penal Internacional. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000 (Série ação parlamentar, n. 110, p. 26). In: MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005. p. 55.

motins, os atos de violência esporádicos ou isolados ou outros atos de caráter semelhante (art. 8, parágrafo 2, alíneas "d" e "f"). Enfim, este rol exemplificativo dos crimes de guerra previstos pelo Estatuto de Roma já bastaria para justificar a criação de uma corte penal internacional de caráter permanente, com competência para processar e julgar os maiores responsáveis pela violação do direito internacional humanitário.¹⁹⁰

2.5.4 O crime de agressão

Um dos temas mais sensíveis do Tribunal Penal Internacional é a tipificação do crime de agressão.

O crime de agressão, hoje previsto (mas não definido) no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, já fora denominado "crime contra a paz". Como não há a definição da conceituação do crime de agressão, o Tribunal Penal Internacional não poderá exercer sua competência enquanto tal não existir. Tal indefinição é proveniente da indefinição da própria palavra agressão, pois sem ela, não há elemento constitutivo do "crime de agressão" e, conseqüentemente, para fundamentar a responsabilidade internacional penal dos indivíduos, o que dificultou a inclusão dessa espécie de crime no Estatuto de Roma de 1998. O que ocorreu foi apenas a sua previsão.

Em face da multiplicidade de interesses dos Estados presentes na Conferência Diplomática dos Plenipotenciários das Nações Unidas para o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, não se chegou a um consenso acerca da definição do delito. Como o impasse parecia não ter fim e pela explícita necessidade da discussão de outros temas, houve a inclusão de direito, mas não de fato, do crime de agressão.¹⁹¹

O crime de agressão não tem ainda uma tipificação precisa, já que conforme o artigo quinto, segunda parte, do Estatuto:

¹⁹⁰ Cf. MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005. p. 55-56.

¹⁹¹ Cf. MALHEIRO, Emerson. *A ausência de definição do crime de agressão no Estatuto de Roma*. Disponível em: <<http://emersonmalheiro.blogspot.com/2008/06/ausncia-de-definio-do-crime-de-agresso.html>>. Acesso em: 7 jan. 09.

[...] o Tribunal exercerá jurisdição sobre os crimes de agressão uma vez que seja aprovado um dispositivo, em conformidade com os artigos 121 e 123, **(que dizem respeito à emenda e revisão do tratado, respectivamente)**, em que se defina o crime e se enunciem as condições nas quais o Tribunal exercerá sua jurisdição sobre tais crimes".¹⁹² **(comentário nosso)**

De qualquer forma, emendas e revisões só seriam realizadas sete anos após a entrada em vigor do Estatuto, o que deveria ocorrer - ao menos em tese - no ano de 2009.

Mesmo assim, significou um grande avanço incluir esse tipo penal, ainda que apenas em teoria, pois se consolidou como bem jurídico protegido pelo Direito Internacional Penal, a paz mundial, objetivo fundamental do Tribunal e das Nações Unidas.¹⁹³

Estes dispositivos que permitem a alteração e revisão do Estatuto permitirão o aprimoramento dos pontos controversos e o preenchimento das lacunas eventualmente existentes e, até mesmo, incluir outros crimes de âmbito internacional que sejam tão graves como os já previstos, como o terrorismo internacional, por exemplo.

No entanto, há intensas discussões desde 1998 sobre a tipificação do crime de agressão, discussões estas levadas a cabo pelo “Grupo de Trabalho Especial sobre o crime de agressão”. No sétimo período de sessões da Assembleia dos Estados-partes do TPI, realizado de 9 a 13 de fevereiro de 2009, em Nova Iorque, houve a conclusão final e a apresentação de um documento de proposta da tipificação do crime de agressão, documento este feito pelo grupo de trabalho acima mencionado:

Artículo 8 bis Crimen de agresión

1. 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

¹⁹² Nem todos os crimes estabelecidos em normas do Direito Internacional Penal foram recepcionados pelo Estatuto, como os crimes de intervenção, dominação colonial, ameaça de agressão, tráfico internacional de drogas e terrorismo internacional.

¹⁹³ Cf. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 52.

por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Séptimo período de sesiones, Nueva York, 9 a 13 de febrero de 2009. (publicación de la Corte Penal Internacional, ICC-ASP/7/SWGCA/INF.1). Disponible em: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ICC-ASP-7-SWGCA-INF.1%20Spanish.pdf>. Acceso em: 15 fev. 2010.

Em conformidade com os artigos 121 e 123 do Estatuto de Roma, está marcado para 2010, de 31 de maio a 11 de junho, em Kampala, Uganda, a Conferência para a revisão do Estatuto, que será a primeira oportunidade dos Estados-partes para analisar e aprovar alterações ao seu texto.

A maior das alterações aguardada internacionalmente é a possibilidade da tipificação do crime de agressão, bem como o ressurgimento em torno da abertura do rol de competência material do TPI, com a discussão a respeito da inclusão de novos crimes e a reavaliação dos institutos que até então se demonstraram falhos.

No capítulo subsequente demonstraremos alguns dos principais pontos controversos a respeito do Estatuto de Roma, destacando os limites e desafios da implementação do TPI.

3 LIMITES E CONFLITOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Desde a criação do Estatuto de Roma em 1998 até a sua efetivação em 2002, o Tribunal Penal Internacional Permanente - corte supracional¹⁹⁵ dotada de jurisdição complementar competente para julgar os crimes mais graves contra os direitos humanos cometidos no âmbito internacional - tem suscitado inúmeras discussões quanto à sua legitimidade e efetividade no âmbito da ordem internacional vigente.¹⁹⁶

Claro está que uma das grandes mudanças que marcou a ciência criminal no século XXI foi a criação do TPI, a qual muitos penalistas declararam ser “muito bem vinda à justiça penal universal”¹⁹⁷. Melhor seria viver sem crimes, mas como isso é impossível, ao longo dos tempos se tornou cada vez mais imprescindível a instituição de uma justiça penal internacional, não somente para julgar criminosos genocidas ou ditadores, senão, sobretudo, para julgar outros crimes que provocam consequências danosas para muitos países, em razão da sua transnacionalidade.

Entretanto, devido a essa mesma natureza transnacional, o TPI, desde seu início, padece de limitações visíveis e conflitos de ordem jurídica, ética, política e relativos ao princípio da soberania nacional, reclamado por alguns Estados. Assim, neste capítulo, discutiremos algumas dessas limitações, com vistas a permitir uma definição sobre o assunto.

3.1 ALGUNS DOS PRINCIPAIS CRIMES NÃO INCLUÍDOS NO ROL DE COMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE* DO TPI

É óbvio que, embora algumas questões permanecessem pendentes, era necessário encontrar um espírito de cooperação entre os Estados participantes da Conferência de Roma, a fim de finalizar o Estatuto do TPI, para assim, estabelecer um Tribunal independente capaz de realizar seus propósitos. Portanto, deveriam priorizar os interesses das vítimas das maiores atrocidades e da comunidade internacional como um todo. Deveriam, ainda, rechaçar interesses particulares de

¹⁹⁵ Uma forma de organização (organismo internacional) através da qual as decisões são feitas por instituições internacionais, e não por Estados individuais.

¹⁹⁶ Cf. SCHABAS, Willian A. e LATTANZI. *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*. vol. I. Fagnano Alto: Sirente II, 1999. p. 66.

¹⁹⁷ Cf. GOMES, Luiz Flávio. Tribunal penal internacional: mais um sonho do século XXI. *DhNet*, Natal. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/luiz_tpi.html>. Acesso em: 08 fev. 2010.

Estados isolados, ou mesmo em blocos. O Tribunal seria então, construído como um instrumento de realização da justiça e não como mero expediente. Deveria pautar pelo princípio da proteção individual, demonstrando o quão real tornou-se o consciente internacional.¹⁹⁸

Todavia, como todo processo de negociação, levaram em consideração os motivos de determinados Estados, visando, com isso, o maior número de adesões possível, no intuito de ampliar sua eficácia jurisdicional no plano internacional. Neste sentido, uma das questões mais prejudicadas foi a competência material do Tribunal, uma vez que os denominados *treaty crimes*, entre eles o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes, foram afastados da jurisdição do TPI. Como exemplo, temos o firme posicionamento da Delegação da Índia, que considerou uma irresponsabilidade a não inclusão dos crimes de terrorismo e tráfico ilícito de drogas no contexto do Estatuto¹⁹⁹.

Nesta oportunidade, caberá analisar os fundamentos da exclusão dos crimes de terrorismo e, em seguida, o tráfico ilícito de entorpecentes.

3.1.1 O crime de terrorismo

3.1.1.1 O conceito do crime de terrorismo

Com demasiada frequência somos lembrados de que o terrorismo continua a perpetuar a dor e sofrimento na vida das pessoas em todo o mundo. Mas o que é terrorismo? O terrorismo é um delito *hostis humanis generis*, situando-se entre os mais repudiáveis crimes internacionais.²⁰⁰

Na doutrina penal moderna, considera-se crime a conduta ilícita, típica e culpável. Sendo o terrorismo uma conduta ilícita, faltaria, para ser considerado um crime internacional, sua tipificação por algum Tratado, sendo a culpabilidade aferida no caso concreto.²⁰¹

A partir da década de 1950, o Direito Internacional evitou empregar o termo “terrorismo”, para não enfrentar tentativas de definição que se revelariam

¹⁹⁸ A/CONF.183/INF8, 7 jul. 1998.

¹⁹⁹ Press Releases L/ROM/16, de 13 de julho de 1998.

²⁰⁰ Cf. TIEFENBRUN, Susan. *A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism*. ILSA J. Int'l & Comp, 2003. p. 383.

²⁰¹ Cf. CERQUEIRA, Daniel Lopes. O tratamento do terrorismo pelo aparato normativo internacional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 819, 30 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7368>>. Acesso em: 02 mar. 2010.

decepcionantes. As primeiras convenções, no início dos anos 1960, limitaram-se a organizar a repressão visando a determinadas ações, como os atos de violência praticados em aeroportos, contra plataformas petrolíferas, sequestros e aviões, tomada de reféns etc.

Segundo Gilbert Guillaume, no entanto:

[...] a sabedoria dos redatores das primeiras convenções destinadas a lutar contra o terrorismo, sem pronunciar o termo durou apenas certo tempo [...], lutar contra o terrorismo sem defini-lo era possível contanto que a palavra não fosse pronunciada. Conseqüentemente, não é inútil procurar uma tal definição, esperando que ela seja útil ao legislador e ao juiz. Nessa perspectiva, não poderia estar em questão a distinção entre “bom” e “mau” terrorismo, como entre “guerra justa” e “guerra injusta”.²⁰²

Em 1983 Alex Schmid compilou 109 definições de terrorismo, oferecendo a própria conceituação e, a seguir, explicou-a:

Terrorismo é um método de combate no qual vítimas aleatórias e simbólicas servem como alvos instrumentais de violência. Essas vítimas instrumentais compartilham de características de grupos ou classes que formam a base para sua seleção para a vitimização. Mediante o prévio uso de violência e de outra forma de ameaça séria, outros membros do grupo ou da classe são colocados em um estado de medo crônico (terror). Esse grupo ou classe, no qual o sentido de segurança dos membros é propositadamente abalado, é o alvo do terror. Essa vitimização do alvo da violência é considerada anormal pela maioria dos observadores que testemunham os eventos, com base em sua atrocidade, o momento (e.g um tempo de paz), o lugar (não um campo de batalha) da vitimização e o desprezo pelas normas de combate aceitas na guerra convencional. A violação das normas cria uma audiência atenta para além do alvo do terror; setores dessa audiência podem, por seu turno, formar o principal objeto da manipulação. O objetivo desse método indireto de combate é imobilizar o alvo do terror, de forma a causar desorientação e/ou obediência, ou mobilizar alvos secundários de reivindicações (e.g., governos), ou ainda, alvos de atenção (ex.: a opinião pública) para que alterem suas atitudes ou comportamentos, no sentido de favorecer os interesses de curto ou de longo prazo dos que empregam esse método de combate.²⁰³

²⁰² Cf. GUILLAUME, Gilbert. Terrorismo e Justiça Internacional. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 27-37.

²⁰³ Cf. SCHMID, Alex P.; JONGMAN, Albert. *Political Terrorism: a research guide to concepts, theories, data bases and literature*. Amsterdam: Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 1983. p. 152.

Esta definição supra tem algumas falhas, como, por exemplo, quando não inclui atos para os quais não existe um “alvo de terror”, isto é, uma ação cujo objetivo é mais imediato, como o sequestro de um avião para se chegar a um destino diferente daquele da rota da companhia aérea, ou o assassinato de um político apenas com a finalidade da eliminação física dessa pessoa.²⁰⁴ Também exclui a violência praticada contra objetos e não faz referência aos motivos para a prática dos atos terroristas nem à identidade daqueles que os cometem.²⁰⁵

Para M. Cherif Bassiouni, o terrorismo é:

Uma estratégia de violência destinada a incutir pavor em um segmento da sociedade, com a finalidade de conseguir uma reação dos poderes, ou dar publicidade a uma causa, ou ainda, infligir dano com base em propósitos de vingança política.²⁰⁶

O que nos parece estranho, da análise dessas definições apresentadas, é que quase não há distinção entre terrorismo interno e terrorismo internacional. Para que o terrorismo seja caracterizado como internacional é necessário que exista uma série de elementos de internacionalização. O Departamento de Estado norte americano qualifica o terrorismo como internacional quando envolve cidadãos ou territórios de mais de um país.

Jean-François Prevost propõe que, para ser considerado internacional, o terrorismo deve envolver mais de um Estado, podendo o elemento de internacionalização ser reconhecido segundo os seguintes critérios:

- *ratione personae*: as vítimas ou os autores podem ser originários de dois ou mais Estados;
- *ratione materiae* e *ratione loci*: a preparação, a execução ou a fuga podem ter ocorrido em mais de um Estado.²⁰⁷

²⁰⁴ Cf. LAMBERT, Joseph Johan Marie. *Terrorist and Hostages in International Law: a commentary on the hostages conventions*. Cambridge: Grotius Publications, 1990. p. 177.

²⁰⁵ Cf. KRIEKEN, Peter J. van. *Terrorism and the International Legal Order*. The Hague, T.M.C.: Asser Press, 2002. p. 15.

²⁰⁶ Cf. BASSIOUNI, M. Cherif. apud CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 696.

²⁰⁷ Cf. PREVOST, Jean-François. *Les Aspects nouveaux du Terrorisme International*. AFDI, vol. XIX, 1973. p. 579-600.

As dificuldades principais para se encontrar uma definição satisfatória de terrorismo internacional têm sido apontadas pelos estudiosos:

- o terrorismo adota múltiplas formas: embora seja geralmente visto como equivalente à subversão política, é empregado, às vezes, por governos, e é usado, também, como instrumento do crime organizado ou está associado a estas formas de crime;
- muitos dos critérios empregados para se chegar à definição são bastante subjetivos e se baseiam em considerações políticas;
- o terrorismo é praticado com base em motivos extremamente variados, dependendo da época e da ideologia em vigor em dado momento histórico. Por exemplo, durante a 2ª Guerra Mundial, os membros da resistência francesa à ocupação alemã (maquis) eram considerados criminosos e perseguidos como tais pela Alemanha. Outro exemplo é a divisão da opinião pública francesa em relação à guerra da Argélia: alguns consideravam os movimentos rebeldes como francamente terroristas, enquanto outros os aceitavam como movimentos de libertação. Finalmente, Yaser Arafat (1929-2004), líder palestino, considerado terrorista durante mais de 30 anos, foi recebido na Casa Branca, nos anos de 1990, pelo Presidente dos EUA;
- diversos elementos presentes em um ato terrorista – como o assassinato, a destruição de propriedade, a ameaça – também se encontram descritos em condutas correspondentes a crimes comuns;
- embora o terrorismo não seja, em regra, associado a ações militares, a Convenção IV de Genebra, Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, dispõe, no Artigo 33, que: “Nenhuma pessoa protegida pode ser castigada por uma infração que não tenha cometido pessoalmente. As penas coletivas, assim como todas as medidas de intimidação ou de terrorismo, são proibidas. A pilhagem é proibida. As medidas de represália contra as pessoas protegidas e seus bens são proibidas”.²⁰⁸

Cretella Neto trouxe importante conceituação sobre o terrorismo internacional:

Terrorismo internacional é a atividade ilegal e intencional que consiste no emprego da violência física e/ou psicológica extrema e sistemática, generalizada ou não, desenvolvida por grupos ou por indivíduos, apoiados ou não por Estados, consistindo na prática de atos de destruição de propriedades e/ou de pessoas, ou de ameaçar constantemente usá-los, em uma sequência imprevisível de ataques, dirigidos a grupos de indivíduos aleatoriamente escolhidos, perpetrados em territórios de Estados cujos governos foram selecionados como inimigos da causa a que se dedicam os autores,

²⁰⁸ Cf. ELAGAB, Omer Y. *International Law Documents Relating to Terrorism*. Londres: Cavendish, 1997. p. 19.

causando indizível sensação de insegurança aos habitantes da sociedade contra a qual são feitas as ameaças ou cometidos os atentados.²⁰⁹

Segundo Cretella Neto, para esta definição, lhe pareceu importante incluir os seguintes elementos na definição:

- um *componente político-estratégico* ligado ao fenômeno, que se manifesta na escolha de sociedades e governos considerados como “inimigos da causa”, por questões ideológicas e/ou religiosas, visando a provocar transformações políticas que os terroristas alegam não ser possível por meios ordinários e lícitos;
- a *violência exacerbada dos métodos empregados*, não apenas sob o aspecto físico, mas também no plano mental, psicológico, na forma de ameaças veiculadas na mídia, de modo a causar grande inquietação e insegurança na sociedade vítima dos ataques, que não seguem qualquer padrão cronológico previsível;
- a *destruição, parcial ou total, de prédios* – especialmente os que representam símbolos, como o World Trade Center (um local onde funcionavam muitas empresas multinacionais, representantes do capitalismo), o Pentágono (centro de operações militares e de inteligência) e a Casa Branca – ou de locais públicos nos quais há considerável afluxo diário de pessoas – como as estações de trem e metrô de Nova York, Paris, Madri e Londres;
- um *elemento teleológico*, que consiste na prática de um ato dirigido, direta ou indiretamente, contra um Estado, ainda que os bens destruídos ou as pessoas mortas sejam particulares;
- um *elemento psicológico*, posto que as perdas materiais direta e efetivamente causadas – em número de vítimas ou de bens destruídos – são bem menores que o dano espiritual, representado pelo estado de constante angústia e humilhação em que vivem as populações ameaçadas, com as vítimas, em geral, não tendo qualquer influência ou vínculo com os resultados políticos desejados pelos terroristas;
- um *elemento de estraneidade*, revelado pela diversidade de territórios onde os ataques são planejados e executados, das diferentes nacionalidades dos membros dos bandos terroristas e até mesmo na variada proveniência dos fundos necessários à execução dos atentados e à manutenção dos terroristas.²¹⁰

Segundo a conceituação de Melo Neto, ainda se pode identificar tipos de terrorismo:

²⁰⁹ Cf. CRETILLA NETO, José. *Terrorismo Internacional: inimigo sem rosto, combatente sem pátria*. Campinas: Millenium, 2008. p. 36.

²¹⁰ Cf. CRETILLA NETO, José. *Terrorismo Internacional: inimigo sem rosto, combatente sem pátria*. Campinas: Millenium, 2008. p. 37.

- *Terrorismo de Guerra*: são utilizadas ações de sabotagem, assassinatos de líderes e sequestro de comandantes militares, com o objetivo de desgastar o inimigo, o forçando a fragmentar suas forças e criar um abalo psicológico;
- *Terrorismo Político*: objetiva derrubar ou depor um regime político, minar suas instituições e causar descontentamento na população em relação às políticas de governo. Outra vertente deste são os grupos que lutam pela libertação do estado ou sua emancipação política;
- *Terrorismo Cultural*: há a ocorrência de perseguição a culturas e etnias fragilizadas como na questão dos curdos no Iraque, a guerra na Bósnia, muçulmanos e árabes, latinos e africanos nos EUA etc;
- *Terrorismo Religioso*: marcado pela tolerância religiosa, onde há a prática de violência contra grupos e seitas religiosas como ocorre na Irlanda do Norte com católicos e protestantes;
- *Ciberterrorismo*: objetiva entrar nas redes, danificar arquivos e programas de sites estratégicos, adquirir algumas vantagens sobre o sistema de informações de governos, universidades, empresas privadas e estatais, centros de pesquisa e órgãos da imprensa. Utiliza como instrumento de ataque a internet e seus alvos podem ser as comunicações, sistemas de energia elétrica e o sistema bancário e financeiro;
- *Bioterrorismo*: utiliza-se de armas biológicas, gases infectantes e paralisantes, transmissão de bactérias ou vírus à agricultura e a pecuária com os objetivos político-econômicos.²¹¹

O terrorismo deixou de ser um fenômeno restrito a algumas áreas conhecidas no mundo, nas lutas pelos separatistas e revolucionários, diante da exacerbação do fundamentalismo religioso. Nesse sentido, os adeptos do extremismo islâmico se lançaram numa guerra contra o Ocidente, como esforço para desestabilizar a Ordem Internacional que considera injusta, expressando seu ódio contra os Estados Unidos, como país ocidental representativo, pelos seus valores culturais e cristãos, pela sua exuberante economia e poderio militar. Ademais, o Governo norte-americano mantém bases militares em países muçulmanos, algo inaceitável pelos extremistas. O terrorismo internacional está, em via de regra, associado a conflitos regionais. Busca, quase sempre, o avanço de uma causa e o restabelecimento do equilíbrio, muitas vezes perdido no quadro do conflito em que se insere. Utiliza redes de simpatizantes ou diásporas étnicas. Os terroristas são, frequentemente, treinados e financiados por Estados que deles se servem para pressionar outros Estados. Os métodos são de todos conhecidos: atentados à bomba, sequestros, apoderamentos ilícitos de aeronaves, entre outros. O financiamento do terrorismo pode provir de determinados Estados ou organizações criminosas por meio de contas, nos

²¹¹ Cf. MELO NETO, Francisco Paulo de. *Marketing do terror*. São Paulo: Contexto, 2002. p. 68.

chamados “paraísos fiscais”. O terrorismo pode vir a ser utilizado por todas as causas, sejam derivadas de ideologias políticas, de religiões ou de lutas pela independência. O ocidente conheceu pelo menos três grandes ciclos de terrorismo no espaço dos últimos cem anos. Do final do século XIX ao início da I Guerra Mundial, os atentados eram, predominantemente, atos de anarquistas. No entre guerras, o terrorismo ficou ligado predominantemente a turbulências nos Balcãs, e, no que hoje se vê, está ligado ao conflito árabe-israelense, que começou, essencialmente, em 1966, com um terrível atentado contra um avião israelense em Atenas.²¹²

Quase uma semana não passa na história mundial moderna sem um ato de terrorismo, ocorrendo em algum lugar no mundo, afetando indiscriminadamente pessoas inocentes que passaram no lugar errado na hora errada.

Embora a violência, sistemática ou não, praticada por indivíduos contra autoridades ou governos, não represente algo corriqueiro apenas no recente cenário mundial, tendo existido, de uma forma ou de outra, em muitas sociedades, ao longo de quase toda a História, o conceito preciso de terrorismo ainda desafia a doutrina. Isto porque as diferenças entre as suas formas de manifestações são de método, de procedimentos e de armamentos. Ainda há, por outro lado, que o que é terrorismo para uns pode ser encarado por outros como um ato heroico.

Assim, essa divergência de posições situa-se no centro das dificuldades para se chegar a uma definição aceitável do fenômeno, o que se demonstra como o principal entrave para que tal conduta humana faça parte do rol de crimes do Estatuto de Roma.

3.1.1.2 As principais convenções sobre terrorismo

Combater este flagelo é do interesse de todas as nações e a questão tem estado na agenda das Nações Unidas durante décadas.²¹³

²¹² Cf. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio. *O terrorismo na agenda internacional*. n.º 18. Brasília: CEJ, 2002. p. 63-66.

²¹³ Após o trágico ataque terrorista das torres gêmeas, em setembro de 2001 nos Estados Unidos, a questão do terrorismo começou a ser tratada com mais atenção por diversos Estados Nacionais,

Para o combate legal ao terrorismo, diversos instrumentos foram discutidos e aprovados pela comunidade internacional desde os anos 1960. Atualmente, cerca de trinta instrumentos tipificam e disciplinam diversos tipos de atos terroristas internacionais, sendo conveniente agrupá-los, conforme a origem, em:

- a) *textos adotados dentro do sistema da ONU* (geralmente como um Anexo a uma resolução da Assembleia Geral e depositada junto à Secretaria Geral), num total, até agora, de seis tratados, abertos à assinatura a todos os Estados;
- b) *convenções adotadas fora do sistema da ONU*, geralmente sob os auspícios de uma organização internacional especializada, como a OACI ou a OMI, e depositados junto a um governo ou a uma organização internacional, num total de sete convenções, abertas a todos os Estados-membros de cada organização; e
- c) *diversos instrumentos regionais* (válidos apenas nos espaços jurisdicionais e para os signatários da União Europeia, da Organização dos Estados Americanos, da Liga Árabe e da SAARC – Associação do Sudeste Asiático para a Cooperação Regional e Liga dos Estados Árabes, respectivamente).

As convenções internacionais existentes a respeito de várias formas de terrorismo são as seguintes:²¹⁴

- Convenções e outros Instrumentos da ONU:

- a) *Convenção sobre a Prevenção de Crimes contra Pessoas que gozam de proteção Internacional*, inclusive Agentes Diplomáticos, adotada pela A-G da ONU, em 14.12.1973, por meio da resolução

inclusive o Brasil, que no decorrer da última década tem discutido amplamente sobre a segurança nacional.

²¹⁴ Os textos da maioria das convenções podem ser consultados nos sites: <http://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/studies/page2_en.xml&menu=MTDSG> e <<http://www.unodc.org/unodc/en/terrorism/index.html?ref=menuse>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

3.166 (XXVIII), que entrou em vigor internacionalmente em 20.2.1977;

b) *Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns*, adotada pela A-G da ONU em 17.12.1979, que entrou em vigor internacionalmente em 3.6.1983;

c) *Convenção sobre a Proteção Física de Materiais Nucleares*, concluída em Viena e Nova York, em 3.3.1980, que entrou em vigor internacionalmente em 8.2.1987;

d) *Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas*, adotada pela Assembleia-Geral da ONU em 15.12.1997, que entrou em vigor internacionalmente em 23.5.2001;

e) *Convenção Internacional sobre a Supressão do Financiamento ao Terrorismo*, adotada pela Assembleia-Geral da ONU em 9.12.1999, que entrou em vigor internacionalmente em 10.4.2002;

f) *Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear*, adotada pela Assembleia-Geral da ONU em 13.4.2005 e aberta para assinatura em 14.9.2005;

g) A *Resolução 1.373* do Conselho de Segurança da ONU;

h) A *Decisão-Quadro da União Europeia sobre o Terrorismo*, adotada em 13.6.2002, que entrou em vigor dez dias depois;

i) O futuro tratado universal sobre terrorismo, ainda em fase de elaboração, designado como *Minutas da Convenção Ampla sobre Terrorismo Internacional* (elaborada pelo Comitê *Ad Hoc*, estabelecido pela resolução 51/210 da A-G da ONU, de 17.12.1996) de 11.2.2002, texto que não tem, evidentemente, caráter obrigatório, até sua final conclusão e adoção. Espera-se que evolua de forma a consolidar, em um único acordo, o instrumento internacional por excelência no combate ao terrorismo.

- Convenções e outros instrumentos concluídos fora do âmbito da ONU:

a) *Convenção Relativa às Infrações e a Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves*, concluída em Tóquio, em 14.9.1963, que entrou em vigor internacionalmente em 04.12.1969;

b) *Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves*, concluída em Haia, em 16.12.1970, que entrou em vigor internacionalmente em 14.10.1981;

c) *Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil*, concluída em Montreal, em 23.9.1971, que entrou em vigor internacionalmente em 26.1.1973;

d) *Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos ao Serviço da Aviação Civil Internacional*, suplementar à Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, concluído em Montreal, em 24.2.1988, que entrou em vigor internacionalmente em 6.8.1989;

e) *Convenção para Supressão de Atos Ilegais contra a Segurança da Navegação Marítima*, concluída em Roma, em 10.3.1988, que entrou em vigor internacionalmente em 1º.3.1992;

f) *Protocolo para a Supressão de Atos Ilegais contra a Segurança de Plataformas fixas localizadas na Plataforma Continental*, concluída em Roma, em 10.3.1988, que entrou em vigor internacionalmente em 1º.3.1992;

g) *Convenção para a Marcação de Explosivos Plásticos para Fins de Detecção*, concluída em Montreal, em 1º.3.1991, que entrou em vigor internacionalmente em 21.6.1998.

- Instrumentos Regionais:

a) *Convenção da Organização dos Estados Americanos para Prevenir e Punir Atos de Terrorismo configurados em Delitos contra as Pessoas e a Extorsão conexa quando tiverem eles Transcendência Internacional*, concluída em Washington, D.C., em 2.2.1971, e que entrou em vigor em 16.10.1973;

b) *Convenção Europeia para a Supressão do Terrorismo*, concluída em Estrasburgo, em 27.1.1977, e que entrou em vigor em 4.8.1978;

c) *Convenção Regional para a Supressão do Terrorismo*, da SAARC para a Cooperação Regional, concluída em Katmandu, em 4.11.1987, que entrou em vigor em 22.8.1988;

d) *Tratado de Cooperação entre os Estados-Membros da Comunidade de Estados Independentes para combater o Terrorismo*, concluída em Minsk, em 4.6.1999, que entrou em vigor a partir de 03.10.2000 para o Tadjiquistão e, sucessivamente, para os demais Estados-partes;

e) *Convenção Árabe para a Supressão do Terrorismo*, concluída durante uma reunião realizada no Secretariado Geral da Liga dos Estados Árabes no Cairo, em 22.4.1998, que entrou em vigor em 7.5.1999;

f) *Convenção da Organização da Conferência Islâmica para o combate ao Terrorismo Internacional*, adotada em Ouagadougou, em 1º.7.1999, que entrou em vigor em 7.11.2002;

g) *Convenção da Organização da União Africana para a Prevenção e o Combate ao terrorismo*, concluída em Argel, em 14.7.1999, que entrou em vigor em 6.12.2002;

h) *Convenção de Shangai para o Combate ao Terrorismo, ao Separatismo e ao Extremismo*, adotada em Xangai, em 15.6.2001, que entrou em vigor em 29.3.2003;

i) *Protocolo emendando a Convenção Europeia para a Supressão do Terrorismo*, adotado em Estrasburgo em 15.5.2003;

j) *Convenção Interamericana contra o Terrorismo*, adotada em Bridjetown, em 3.6.2002, que entrou em vigor em 10.7.2003;

k) *Protocolo Adicional à Convenção Regional para a Supressão do Terrorismo*, da Associação do Sudeste Asiático para a Cooperação Regional, adotado em Islamadad em 6.1.2004;

l) *Protocolo à Convenção da Organização da União Africana para a Prevenção e o Combate ao Terrorismo*, adotada em Adis-Adeba, em 8.7.2004;

m) *Convenção do Conselho da Europa sobre a Prevenção ao Terrorismo*, adotada em Varsóvia em 16.5.2005;

n) *Convenção do Conselho da Europa sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime e sobre o Financiamento do Terrorismo*, adotada em Varsóvia, em 16.5.2005.²¹⁵

²¹⁵ Cf. CRETELLA NETO, José. Curso de Direito Internacional Penal. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 714-718.

Apesar deste número de convenções internacionais, que representam importante instrumento jurídico de combate ao terrorismo, nenhuma delas apresenta definição universal do fenômeno ou estabelece sanções, deixando nas mãos dos Estados a tarefa de fazê-lo.

Para saber o estágio de adesão dos Estados a cada uma das convenções, necessário se faz verificar na página das Nações Unidas na Internet, onde é possível perceber que o Brasil é parte em quase todos os principais instrumentos multilaterais universais dos quais pode sê-lo, com a única exceção da convenção destinada à supressão do financiamento do terrorismo, cujo processo de aprovação ainda está tramitando no Congresso Nacional, e a convenção relativa ao terrorismo nuclear, ainda não assinada.²¹⁶

A ONU é a principal organização que tem tomado a frente na implementação de diligências na luta contra o terrorismo.

Os Estados-membros, através da Assembleia Geral, têm o objetivo de coordenar os seus esforços contra o terrorismo. O Conselho de Segurança também tem sido ativo na luta contra o terrorismo, através de resoluções e através da criação de vários órgãos subsidiários. Ao mesmo tempo, uma série de programas, serviços e agências do sistema das Nações Unidas estão envolvidos em atividades específicas contra o terrorismo.²¹⁷

Para consolidar e melhorar estas atividades, os Estados Unidos,²¹⁸ em setembro de 2006, iniciou uma nova fase em seus esforços contra o terrorismo, através da adoção de uma estratégia global.

Essa estratégia Antiterrorista foi aprovada pelos Estados-membros, em 8 de setembro de 2006. A estratégia foi postulada na forma de uma resolução, sendo

²¹⁶ Vide o site: <<http://www.un.org/terrorism/instruments.shtml>>.

²¹⁷ Cf. ONU. *Un action to counter terrorism*. Disponível em: <<http://www.un.org/terrorism/>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

²¹⁸ O terrorismo tem merecido maior atenção na agenda das Nações Unidas. Nos debates ocorridos nas últimas Assembléias Gerais daquele organismo, firmou-se a percepção de que o terrorismo internacional alcançou, nos dias que correm, um grau inusitado de organização e virulência, que não mais aflige somente regiões tradicionalmente voláteis; sofisticou-se e, crescentemente, vem-se sofisticando, dele resultando vínculos cada vez mais estreitos de grupos terroristas com redes criminosas internacionais atuantes, sobretudo no tráfico internacional de drogas e armas. Em circunstâncias difíceis de serem antecipadas, essa ameaça, hoje, pode manifestar-se em qualquer parte do mundo; daí, a conveniência da realização deste Seminário. O sentimento que adquirimos, a partir dos atentados de 11 de setembro nos Estados Unidos, foi o de vulnerabilidade, fazendo diminuir a tolerância internacional em relação a movimentos de independência nacional que empregam a violência indiscriminada como arma política. Cf. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio. *O terrorismo na agenda internacional*. n.º 18. Brasília: CEJ, 2002. p. 63-66.

este um instrumento único global que irá ampliar os esforços nacionais, regionais e internacionais para combater o terrorismo.

Esta foi a primeira vez que todos os Estados-membros acordaram em uma abordagem estratégica comum para combater o terrorismo. Não foi somente o envio de uma mensagem clara de que o terrorismo é inaceitável em todas as suas formas, mas também a tentativa de resolver esse problema, por intermédio de adoções de medidas práticas.

Essas medidas incluem um amplo leque de proposições que vão desde o reforço da capacidade do Estado para combater as ameaças terroristas, até a melhor coordenação do sistema das Nações Unidas contra o terrorismo.

A adoção da estratégia cumpre o compromisso assumido pelos líderes mundiais em Setembro de 2005 e se baseia em muitos dos elementos propostos pelo Secretário-Geral, em 2 de maio de 2006, no o seu relatório intitulado "Unidos contra o terrorismo: Recomendações contra o Terrorismo".

Entre as medidas para combater as condições propícias à propagação do terrorismo estão:

1. Continuar a fortalecer e fazer o melhor uso possível das capacidades das Nações Unidas, em áreas como a prevenção de conflitos, negociação, mediação, conciliação, a liquidação judicial, o Estado de direito, manutenção e construção da paz, a fim de contribuir com a prevenção bem-sucedida e pacífica resolução de conflitos não resolvidos prolongada. Reconhecemos que a resolução pacífica de conflitos, como contribuirá para o reforço da luta global contra o terrorismo.
2. Continuar a organizar sob a égide das Nações Unidas para as iniciativas e programas para promover o diálogo, a tolerância e a compreensão entre as civilizações, as culturas, povos e religiões, e promover o respeito mútuo e para evitar a difamação de religiões, valores religiosos, crenças e culturas. Neste contexto, congratulamo-nos com o lançamento, pelo secretário-geral da iniciativa sobre a Aliança das Civilizações. Saudamos também as iniciativas similares que foram tomadas em outras partes do mundo.
3. Promover uma cultura de paz, justiça e desenvolvimento humano, a tolerância étnica, nacional e religiosa, e respeito todas as religiões, os valores religiosos, crenças e culturas, criando e incentivando, conforme o caso, a educação e sensibilização do público os programas que envolvem todos os setores da sociedade. A este respeito, recomendamos a *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* a desempenhar um papel fundamental, nomeadamente através da inter-religioso e diálogo intra-fé e de diálogo entre as civilizações.
4. Continuar a trabalhar para adotar as medidas que podem ser necessárias e adequadas e em conformidade com nossas

obrigações nos termos do direito internacional para proibir por lei a incitação à prática de atos terroristas e prevenir tais atos.

5. Reafirmar a nossa determinação de assegurar a realização completa das metas e objetivos de desenvolvimento acordados nas principais conferências e cimeiras das Nações Unidas, incluindo o desenvolvimento do Milênio. Reafirmamos nosso compromisso de erradicar a pobreza e promover um crescimento econômico sustentado, o desenvolvimento sustentável e a prosperidade global para todos.

6. Prosseguir e reforçar o desenvolvimento e inclusão social em todos os níveis como objetivos em si mesmos, reconhecendo que o sucesso nesta área, especialmente sobre o desemprego juvenil, poderia reduzir a marginalização e a sensação subsequente de vitimização que impele o extremismo e o recrutamento de terroristas.

7. Estimular o sistema das Nações Unidas como um todo para intensificar a cooperação e assistência já está realizando nos domínios do Estado de Direito, os direitos humanos e a boa governança, para apoiar o desenvolvimento econômico e social.

8. Considerar a colocação de uma base voluntária, implantar nos sistemas nacionais de assistência que promovam as necessidades das vítimas do terrorismo e suas famílias e facilitar a normalização das suas vidas. Neste sentido, incentivar os Estados a solicitar a entidades relevantes das Nações Unidas para ajudá-los a desenvolver tais sistemas nacionais. Também vamos lutar para promover a solidariedade internacional de apoio às vítimas e promover o envolvimento da sociedade civil em uma campanha global contra o terrorismo e para a sua condenação. Isso poderia incluir a análise na Assembléia Geral a possibilidade de desenvolver mecanismos de assistência prática às vítimas.²¹⁹

Para a prevenção do terrorismo, a ONU recomenda aos Estados-membros:

1. Abster-se de organizar, instigar, facilitando, participando, financiamento, encorajar ou tolerar atividades terroristas e tomar as medidas práticas para assegurar que os nossos respectivos territórios não são utilizados para instalações ou campos de treino de terroristas, ou para a preparação ou organização de atos terroristas destinados a ser cometido contra outros Estados ou seus cidadãos.

2. Para que cooperem plenamente na luta contra o terrorismo, em conformidade com as nossas obrigações sob o direito internacional, a fim de encontrar, negar refúgio seguro e levar à justiça, com base no princípio de extraditar ou processar, qualquer pessoa que apóie, facilite, participe paraísos ou tentativas de participar no financiamento, planejamento, preparação ou perpetração de atos terroristas ou lhe forneça seguro.

²¹⁹ Cf. ONU. *Un action to counter terrorism*. Disponível em: <<http://www.un.org/terrorism/>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

3. Para garantir a apreensão e procedimento criminal ou extradição dos autores de atos terroristas, em conformidade com as disposições pertinentes do direito nacional e internacional, nomeadamente em matéria de direitos humanos, o direito dos refugiados e o direito humanitário internacional. Faremos o possível para concluir e aplicar para o efeito de assistência judicial mútua e extradição, e para reforçar a cooperação entre as agências de aplicação da lei.
4. Para intensificar a cooperação, conforme o caso, na troca de informações oportunas e precisas relativas à prevenção e combate ao terrorismo.
5. Para reforçar a coordenação e a cooperação entre os Estados no combate aos crimes que possam estar relacionadas com o terrorismo, incluindo o tráfico de drogas em todos os seus aspectos, o comércio ilícito de armas, em especial de armas de pequeno calibre e armas ligeiras, lavagem de dinheiro e contrabando de armas nucleares, químicas, biológicas, radiológicas e outros materiais potencialmente mortais.
6. Para que essas medidas sejam adotadas sem demora.
7. Para tomar as medidas adequadas, antes da concessão de asilo, com a finalidade de assegurar que o requerente de asilo não se engajou em atividades terroristas e, após a concessão do asilo, com a finalidade de garantir que o estatuto de refugiado não é utilizado de forma contrária às disposições no n.º 1 do presente secção.
8. Para incentivar as organizações regionais e sub-regionais para criar ou reforçar mecanismos de contra-terrorismo ou centros. Caso exijam cooperação e assistência para esse fim, encorajamos das Nações Unidas Contra-Terrorismo e sua Diretoria Executiva e, se for compatível com seus mandatos em vigor, a Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime e a Organização Internacional de Polícia Criminal, para facilitar a sua disposição.
9. Reconhecer que a questão da criação de um centro internacional para combater o terrorismo poderia ser considerado, como parte dos esforços internacionais para a luta contra o terrorismo.
10. Para incentivar os Estados a aplicar as normas internacionais globais consagrados, haverá a criação de fundos para os países membros aplicarem tais determinações.
11. Para convidar o sistema das Nações Unidas para desenvolver, juntamente com os Estados-Membros, um único banco de dados abrangentes sobre acidentes biológicos, assegurando que ele é complementar ao contemplou a *International Criminal Police Organization's Biocrimes Database*. Nós também encorajamos o Secretário-Geral para atualizar a lista de peritos e de laboratórios, bem como as orientações técnicas e procedimentos, à sua disposição para a investigação oportuna e eficiente de alegada utilização. Além disso, observamos a importância da proposta do Secretário-Geral para reunir, no âmbito das Nações Unidas, os principais interessados a biotecnologia, incluindo a indústria, comunidade científica, sociedade civil e governos, em um programa comum que visa assegurar que os avanços da biotecnologia não são utilizados para fins terroristas ou outros criminosos, mas para o bem público, com o devido respeito às normas básicas internacionais sobre direitos de propriedade intelectual.

12. Para trabalhar com as Nações Unidas, com respeito à confidencialidade, respeitando os direitos humanos e no cumprimento de outras obrigações do direito internacional, para explorar formas e meios para:

a. Coordenar esforços a nível internacional e regional para combater o terrorismo em todas suas formas e manifestações na internet, e;

b. Usar a Internet como uma ferramenta para combater a propagação do terrorismo, embora reconhecendo que os Estados podem necessitar de assistência a este respeito.

13. Acelerar os esforços nacionais e bilaterais, sub-regional, regional e internacional, conforme apropriado, para melhorar os controles fronteiriços e costumes, a fim de prevenir e detectar a movimentação de terroristas e para prevenir e detectar o tráfico ilegal, nomeadamente, armas de pequeno calibre e armas ligeiras, munições e explosivos convencionais, armas nucleares, químicas, biológicas ou radiológicas e materiais, embora reconhecendo que os Estados podem necessitar de apoio para esse efeito.

14. Para incentivar a luta contra o terrorismo as Nações Unidas e o seu Comitê Executivo da Direção continuarão trabalhando com os Estados, a seu pedido, para facilitar a adoção de legislação e medidas administrativas.

15. Para incentivar o Comitê instituído nos termos da Resolução do Conselho de Segurança 1267 (1999) é importante continuar os trabalhos para reforçar a eficácia de medidas contra o Al-Qaeda e os talibãs e aos indivíduos associados a essas entidades. Neste sentido, os Estados devem compartilhar informações, nomeadamente através da ampla distribuição do *International Criminal Police Organization-United Nations*.

16. Intensificar os esforços e a cooperação em todos os níveis e para melhorar a segurança na produção e emissão de identidade e de viagem e para prevenir e detectar a sua alteração ou utilização fraudulenta, embora reconhecendo que os Estados podem necessitar de assistência. Assim, convidamos a Organização Internacional de Polícia Criminal para aumentar a sua base de dados sobre documentos de viagem roubados e perdidos, e tentaremos fazer pleno uso desta ferramenta.

17. Melhorar a coordenação no planejamento de resposta a um ataque terrorista usando armas nucleares, químicas, biológicas ou radiológicas ou materiais, em especial, rever e melhorar a eficácia da inter-cooperação entre as agências existentes mecanismos de coordenação de assistência entrega, as operações de socorro e apoio à vítima, de modo que todos os Estados podem receber assistência adequada.

18. s a Assembléia Geral e o Conselho de Segurança para desenvolver diretrizes para ajudar na cooperação e na prestação de assistência em caso de um ataque terrorista usando armas de destruição em massa.²²⁰

²²⁰ Cf. ONU. *Un action to counter terrorism*. Disponível em: <<http://www.un.org/terrorism/>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

O objetivo da implantação dessas estratégias nos Estados-membros é intensificar os esforços para melhorar a segurança e a proteção dos alvos particularmente vulneráveis, como as infra-estruturas e locais públicos, bem como a resposta aos atentados terroristas e outras catástrofes, nomeadamente na área da proteção civil, embora reconhecendo que os Estados podem necessitar de assistência para a adoção.

Mesmo reconhecendo as dificuldades da implantação dessas estratégias, elas possuem indubitável tática, haja vista que essa foi a primeira vez que todos os Estados-membros das Nações Unidas concordaram em um quadro comum estratégico e operacional para combater o terrorismo.

Este plano estratégico constitui uma base para um plano de ação concreta: estudar as condições propícias à propagação do terrorismo, para prevenir e combater o terrorismo, a tomar medidas para reforçar a capacidade dos Estados para combater o terrorismo, reforçar o papel das Nações Unidas na luta contra o terrorismo e para garantir o respeito dos direitos humanos nesta ação. Assim, esse plano estratégico, baseia-se no único consenso alcançado pelos líderes mundiais a condenar o terrorismo em todas suas formas e manifestações.

A primeira emenda desta estratégia ocorreu na Assembleia Geral realizada em setembro de 2008, que aprovou uma resolução reafirmando o que anteriormente tinha sido ratificado entre os países membros. Em junho de 2009 a ONU adotou medidas iniciais para institucionalizar a Força-Tarefa, estabelecendo um Secretariado do Departamento de Assuntos Políticos (DPA), que visa incentivar e mobilizar esforços contra o terrorismo de várias entidades do sistema das Nações Unidas, para ajudar os Estados-membros na implementação da Estratégia.

3.1.1.3 A não inclusão do crime de terrorismo internacional no TPI

Durante os trabalhos preparatórios para a elaboração do Estatuto de Roma do TPI, o problema do terrorismo internacional foi abordado. A CDI propôs incluir

certos atos de terrorismo já criminalizados pelos tratados na lista dos crimes de competência do TPI, por meio de um Anexo.²²¹

A proposta do CDI qualificava estes atos de “crimes de alcance internacional de excepcional gravidade”.

O Comitê Preparatório, no projeto de 1998, propôs um artigo intitulado “crimes de terrorismo”, que estabelecia duas categorias para esses delitos:

- a) atos de violência de natureza a provocar o terror e a utilização de certas armas para cometer atos de violência aleatórios; e
- b) atos previstos em diversas convenções internacionais já concluídas, como as de Haia e de Montreal.²²²

Nenhuma dessas propostas, contudo, acabou sendo incorporada ao Estatuto de Roma.

Assim, percebe-se que as discussões acerca da inclusão do terrorismo no Estatuto de Roma refletiram um caráter particularmente político. Estabeleceu-se a convicção, sobretudo a partir da argumentação da delegação norte-americana, de que, embora existissem tratados internacionais com previsões explícitas no sentido de coibir ações terroristas, a falta de uma definição claramente assentada no fenômeno terrorista, definição esta tentada - conforme já demonstrado e abordado - em vão há várias décadas, deveria obstar um desejo legislativo no Estatuto do TPI.

Argumentava-se, ainda, que as Convenções relativas à repressão e prevenção do crime de terrorismo não refletiam o direito consuetudinário internacional no mesmo grau que os crimes principais que compunham o núcleo duro do Estatuto. Outra argumentação dizia respeito à inviabilidade de se compartilhar com o TPI informações confidenciais quanto às atividades terroristas, devido ao receio de que essas pudessem vir a prejudicar os serviços de inteligência. Sustentava-se, ainda, que nem todos os atos terroristas poderiam ser considerados crimes internacionais, e que a natureza criminal do ato se vinculava a previsões específicas de infrações multiformes proibidas por convenções internacionais

²²¹ Tratava-se do Artigo 20.e do Projeto. Vide o “Rapport Du Comité Préparatoire pour La Création d’une Cour Criminelle Internationale”, Volume II, (Compilation des Propositions), Document des Nations Unies Supplément N° 22A (A/51/22), p. 56, 301-302.

²²² Rapport du Comité Préparatoire pour la Création d’une Cour Criminelle Internationale, Document des Nations Unies A/CONF.183/2Add. 1, de 1998, p. 28.

setoriais. No plano prático, temia-se que o TPI pudesse vir a receber uma avalanche de demandas acerca de crimes relativamente indeterminados.

De acordo com Cassese:

Na realidade, o problema da definição jurídica do terrorismo não é *per se* o principal gerador do desacordo que inviabilizou o acolhimento do terrorismo como crime previsto no Estatuto do TPI. É pacífico admitir que “uma definição aceitável vem gradualmente emergindo na comunidade internacional”. O que ocorre de fato é que a discórdia quanto à definição do fenômeno terrorista lança uma nuvem de fumaça e deve ser vista como um subproduto de certo número de questões de fundo, entre as quais se situa, de forma imperativa, a dos movimentos de liberação nacional. Esse é o problema de ordem maior, pois opõe certos Estados que se inquietam acerca da possibilidade de que a luta contra o terrorismo possa vir a servir de justificativa para negar aos povos “o direito legítimo a autodeterminação e a independência”, aos Estados que, por detrás dessa preocupação, esconda-se o desejo de legitimar atos terroristas caso eles sejam cometidos por movimentos de libertação nacional.²²³

Outra razão apresentada para a não inclusão do terrorismo entre as previsões estatutárias do TPI diziam respeito ao desacordo quanto à noção de terrorismo de Estado. Para um grupo de Estados, essa noção incluía tanto a ação de terrorizar populações inteiras em períodos de ocupação quanto uma política de agressão ou pressão econômica. Para outro grupo de Estados, tratava-se simplesmente de uma implicação de certos Estados na prática de atos de terrorismo individual. Desta forma, para o grupo de países ocidentais, o terrorismo é um ato de violência individual ou em grupo, já para os países do terceiro mundo, o terrorismo é essencialmente um meio de governo a fim de promover uma política racista e colonialista.

Outra tensão à época existente residia nas posições daqueles que demandavam uma ação e uma série de medidas com o intuito de combater o terrorismo e daqueles que contestavam a legitimidade dessas ações, considerando desnecessária a integração do crime de terrorismo no Estatuto do Tribunal. Para o primeiro grupo de Estados, a utilização da força militar seria frequentemente

²²³ Cf. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 120-122. apud BRANT, Leonardo Lemer Caldeira. O Tribunal Internacional como Agente Jurisdicional no Combate ao Terrorismo. In: AMBOS, Kai; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano (org.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 155.

preferível à resposta oferecida pela justiça criminal internacional. Para o segundo grupo, a criminalização do terrorismo e a sua adequação jurisdicional deveriam ser precedidas de uma ação contrária às suas distintas causas.

Por fim, após uma ação insistente de diversos países interessados, e de forma destacada da Turquia²²⁴, o crime de terrorismo foi objeto de uma resolução anexa ao ato final da Conferência.²²⁵ Esta recomendava a necessidade de que essa matéria viesse a ser tratada em uma Conferência de Revisão, sete anos após a entrada em vigor do Estatuto, e cuja aprovação necessitaria da maioria de dois terços.²²⁶

3.1.1.4 Os crimes de terrorismo como genocídio ou crimes contra a Humanidade

Reconhecendo assim a não inclusão do crime de terrorismo no Estatuto do TPI, a questão que se coloca deve ser a de saber se tais crimes podem ou não ser considerados pelo Estatuto dentro de uma diferente abordagem, ou seja, por intermédio de uma nomenclatura distinta.

Para se responder a esta indagação, evidentemente se deve levar em consideração a magnitude e a circunstância dos atos cometidos, mas nada impede que uma possível solução fosse aproximar os atos de terrorismo do crime de genocídio ou de crimes contra a Humanidade, no intuito de dotar o Tribunal da necessária jurisdição universal para processar e julgar terroristas.

²²⁴ Visando, portanto, superar esse impasse e reivindicando a necessidade do direito de se adaptar à realidade, a Turquia depositou ao longo da última sessão da Comissão Preparatória do Estatuto do TPI um documento propondo que a revisão do estatuto pudesse se dar tanto no seio da Comissão Preparatória quanto por intermédio de uma Conferência internacional. O Estatuto não reconheceu essa possibilidade. Doc PCNICC/2001/DP.1 de 2 de outubro de 2001.

²²⁵ Ver o Ato final da Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas acerca da criação do TPI, o qual recomenda que “uma Conferência de Revisão organizada segundo o artigo 111 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional estude os casos dos crimes de terrorismo com a intenção de produzir uma definição aceita destes crimes e de lhes inserirem na lista daqueles que se encontram na Competência do Tribunal”. A/CONF. 183/10, de 17 de julho de 1998, Anexo I.

²²⁶ Ver art. 123 do Estatuto do TPI. Apesar desse acordo consensual, a exclusão do terrorismo dentre os crimes previstos no Estatuto do TPI levou tanto a Turquia como o Sri Lanka a se absterem da votação da adoção do referido Estatuto. Comunidade de imprensa, L/217, de 20 de julho de 1998.

Portanto, se para o TPI o genocídio é tipificado como “qualquer dos atos mencionados” no Artigo 6º do Estatuto e, dentre esses atos, “praticados com a intenção de destruir total ou parcialmente um grupo nacional”, encontram-se os de “matar membros do grupo” e “causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo”, certo é que atos de terrorismo causam precisamente esses efeitos.

Em relação aos crimes contra a Humanidade, assim considerados como quaisquer dos atos enumerados no Artigo 7º, “quando praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque”, dentre os quais “homicídio”, “perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, fundada em motivos políticos” ou “outros motivos universalmente reconhecidos como inaceitáveis conforme o Direito Internacional” e “outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grande sofrimento ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental e física”, não parece haver dúvidas acerca da similaridade entre as condutas descritas de atos de terrorismo. Segundo Cassese²²⁷, um ataque terrorista como o que causou a queda das torres em Nova York, por exemplo, pode muito bem ser considerado um crime contra a humanidade, pois ele foi cometido “no âmbito de um ataque generalizado ou sistemático lançado contra toda a população civil e com conhecimento desse ataque”.

Evidentemente, apesar dessa enumeração, deve-se atentar para o fato que o reconhecimento dos crimes contra a Humanidade exige o preenchimento de certas condições, quer se trate de um ato terrorista, quer de qualquer outro crime. Caberá, desse modo, ao procurador do TPI, provar que simultaneamente quatro elementos estão presentes para que um determinado ato possa vir a ser considerado crime contra a Humanidade. Inicialmente, deve-se provar que um determinado ato foi cometido dentro de uma perspectiva geral e sistemática, e que o ataque foi lançado contra a população civil como manifestação de uma política de um determinado Estado ou organização. Preenchido esses requisitos, nada impede o Tribunal de acolher uma demanda fundada em um ato terrorista.

²²⁷ Cf. CASSESE, Antonio. Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories. *European Journal of International Law*, 2001, p. 993.

Esse parece um caminho relativamente fácil de ser trilhado, conforme sugere James D. Fry.²²⁸

No entanto, há autores que defendem que deixar de reconhecer o terrorismo internacional como crime autônomo e começar a enquadrá-lo imprecisamente em outras categorias – que possuem particularidades próprias, inclusive em termos do contexto sociopolítico em que são cometidos – conduzirá a um enfraquecimento da aplicação das inúmeras convenções internacionais concluídas e resolução adotada no seio da ONU nas últimas décadas e que impõem aos Estados-partes a criminalização das condutas em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, além da obrigatoriedade da cooperação entre as nações no combate ao terrorismo.

Outros autores entendem que a consolidação da jurisdição universal em torno do terrorismo internacional poderá causar mais turbulências e problemas do que os que seus defensores podem resolver, entendendo que a jurisdição universal deve ser adotada com bastante cautela, apenas em casos expressamente previstos em convenções internacionais.

Sem dúvida, a presença de Estados no papel de vítimas ou apoiadores do terrorismo revigorou o ímpeto para internacionalizar o combate nessa área, por meio de tribunais penais internacionais, da jurisdição universal e dos poderes do Conselho de Segurança. No entanto, as características políticas do terrorismo internacional limitam significativamente esses mecanismos de internacionalização. Em consequência, apesar dos esforços, a persecução dos terroristas ainda ocorre, preponderantemente, no âmbito interno dos Estados que foram alvos dos atentados. É provável que essa forma de repressão ao terrorismo continue a prevalecer por bom tempo ainda.

Pode-se, deste modo, concluir, inicialmente, que a exclusão do crime de terrorismo no Estatuto do TPI não é aleatória ou acidental, mas sim o resultado de um desacordo que reflete tanto os impasses na definição do alcance do fenômeno terrorista, quanto aos limites da instauração de uma jurisdição penal internacional. No entanto, não se pode concluir que essa omissão exclua necessariamente todos os atos terroristas do campo da aplicação do TPI.

²²⁸ Cf. FRY, James D. *Terrorism as a Crime Against Humanity and Genocide: the backdoor to Universal Jurisdiction*. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Los Angeles, 2002, v. 7, n. 169.

Respondendo ainda a um dos principais argumentos contrários à inclusão do terrorismo no seio do Estatuto do TPI, pode-se considerar que estes crimes podem vir igualmente a serem punidos pelas respectivas jurisdições internas, ainda que considerados sob a forma de crimes de direito comum. Entretanto, independente das possibilidades geradas a partir do direito interno, é evidente que determinados atos terroristas são de tamanha gravidade que eles ameaçam a humanidade como um todo nos seus interesses, sua segurança e seu patrimônio.²²⁹

Sabe-se ainda que o TPI tem apenas uma competência complementar e o debate acerca da aplicação da regra do *ne bis in idem* não impede o exercício de sua jurisdição.²³⁰

Por fim, nada impede que o TPI exerça sua jurisdição naqueles casos em que outros tratados internacionais deleguem a ele competência para processar e julgar certos crimes. A fonte de sua competência pode, portanto, provir de tratados suplementares *treaty-based crimes*, ou seja, ser estabelecida pela própria manifestação de vontade dos Estados.²³¹

3.1.2 O tráfico internacional de drogas

O *Black's Law Dictionary* define droga como:

1. *A substance intended for use in the diagnosis, cure treatment, or prevention of disease.* 2. *A natural or synthetic substance that alters one's perception or consciousness.*²³²

²²⁹ Cf. JOROVICS, Y. *Les controverses sur La question de La qualification du terrorisme: crime de droit comum, crime de guerre ou crime contre l'humanité, Le droit international face au terrorisme.* Paris: Cedin Paris I, Pedone, 2002. p. 98.

²³⁰ Ressalte-se que a competência do TPI tem natureza subsidiária, isto é, os casos apresentados à Corte Penal Internacional somente serão recebidos se os Estados, por qualquer motivo, não perseguirem eles mesmos os indivíduos em questão acusados dos crimes previstos estatutariamente.

²³¹ Cf. SILVA, C. A Canêdo Gonçalves da. A proteção jurídica internacional contra o crime de terrorismo e o Tribunal Penal Internacional. In: BRANT, Leonardo Nemer C. *Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo internacional na comunidade internacional e no Brasil – perspectivas jurídico políticas.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 254.

²³² *Black's Law Dictionary*. 7. ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 1999. p. 1000.

É precisamente pelo fato de que, conforme o segundo sentido, a substância pode alterar a percepção ou a consciência das pessoas, o uso e o comércio das drogas são, atualmente, controlados ou mesmo proibidos.

A regulação internacional do crime de tráfico de drogas tem como principais instrumentos três Convenções Universais concluídas pelas Nações Unidas:

1. a *Convenção Única sobre Drogas*, de 30.3.1961, e o Protocolo que a emendou, de 25.3.1972;
2. a *Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas*, de 21.2.1971, e
3. a *Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas*, de 19.12.1988.

A Convenção Única de 1961 conta com 184 Estados-partes, estando sujeitas a controle internacional mais de cem substâncias listadas nas suas tabelas anexas, que podem ser modificadas ou complementadas pela Comissão das Nações Unidas sobre Drogas Narcóticas, por recomendação da Organização Mundial da Saúde. Esse controle, que visa a regulamentar a produção e a venda de drogas para finalidades legais e impedir-lhe o uso indevido e para fins ilegais, envolve a aprovação por parte do Órgão das Nações Unidas para o Controle das Drogas, o qual analisa os relatórios que os Estados-partes se comprometeram a enviar, contendo estimativas relativas às necessidades anuais de narcóticos legais e estatísticas anuais sobre as substâncias produzidas, importadas e exportadas.²³³

A Convenção de 1971, que conta com 183 Estados-partes, também toma por base o princípio pelo qual se proíbe o uso de substâncias psicotrópicas além das necessidades recomendadas pela Medicina e pela Ciência. De forma análoga à Convenção de 1961, promove a comercialização de narcóticos legais e, embora de forma menos rigorosa, sujeita a controle similar cerca de 100 substâncias adicionais

²³³ Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VI-18&chapter=6&lang=en>. Acesso em: 28 mar. 2010.

não incluídas nas convenções anteriores, tais como alucinógenos, anfetaminas e barbitúricos.²³⁴

Essas convenções não fornecem medidas diretas para a repressão ao tráfico ilícito de drogas, limitando-se a solicitar aos Estados-partes que cooperem entre si na questão, e, ao mesmo tempo, que criem normas internas para criminalizar as condutas associadas à produção, ao tráfico e à venda de narcóticos e psicotrópicos.

A necessidade de aprimorar o funcionamento do Órgão para o Controle de Drogas, de um lado, e de especificar os procedimentos para prevenir que pessoas se viciem em drogas, bem como para a recuperação social dos viciados, de outro, levaram à adoção do Protocolo de 1972, que emendou a Convenção Única de 1961.

Finalmente, a Convenção de 1988, da qual são partes 184 Estados, constitui o principal instrumento jurídico para a cooperação internacional na luta contra as drogas, especialmente porque amplia a visão parcial das convenções anteriores, inspiradas no princípio do controle da produção ou do fornecimento das drogas, também lidando com o problema da demanda (ou seja, do consumo), dispondo, assim, sobre a regulamentação global do fenômeno do tráfico de drogas e enfatizando a repressão ao comércio ilegal e à recuperação dos viciados.²³⁵

O tráfico internacional de entorpecentes é um crime organizado, que é uma das maiores preocupações dos Estados Nacionais, haja vista que o estabelecimento deste crime financia a grande parte das violências existentes, principalmente em países em desenvolvimento como o Brasil.

Ainda nos tempos atuais não é fácil conceituar um crime organizado, pois é importante que sejam levados em consideração tanto os aspectos econômicos e institucionais. Inicialmente, é de vital importância tentar descobrir quais são as características – que estão no âmbito econômico e institucional – que permitem que um grupo de indivíduos que pratica atos ilícitos possa ser classificado como organização criminosa. Quando se pensa em crime organizado, logo associamos a organizações ligadas ao narcotráfico, mas entende-se que crime organizado é

²³⁴ Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VI-16&chapter=6&lang=en>. Acesso em: 28 mar. 2010.

²³⁵ Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VI-19&chapter=6&lang=en>. Acesso em: 28 mar. 2010.

qualquer organização financeira com fins lucrativos, que exerçam funções não-lícitas.²³⁶

Além disso, a Convenção amplia a estratégia de luta contra as drogas, por meio do monitoramento das substâncias químicas precursoras e dos reagentes necessários à fabricação de drogas enumeradas em duas tabelas anexas. Além disso, introduziu medidas para verificar o transporte marítimo de drogas e também a identificação dos canais criminosos para a lavagem das receitas provenientes do cultivo, da compra, da venda e da exportação de drogas, e o confisco dessas receitas.²³⁷

Esta última Convenção representa o quadro legal que definiu a atividade das Nações Unidas, a qual não só reconhecendo a responsabilidade coletiva dos Estados na luta contra o comércio ilegal de drogas, mas também constituiu uma espécie de modelo para a ação de governos, organizações internacionais e organizações não-governamentais para a repressão às drogas.

Todas as três Convenções manifestam profunda preocupação da sociedade internacional com a magnitude e a crescente tendência da produção, da demanda e do tráfico ilícito de drogas e de substâncias psicotrópicas, as quais representam uma grave ameaça à saúde e ao bem-estar dos seres humanos e que têm efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas de toda a sociedade. Ademais, reconhecem os vínculos entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas e a ele relacionados, as quais minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados.

Contudo, é necessário realçar que criar conceitos jurídicos, criminalizando e proibindo o comércio dessas substâncias é tarefa extremamente delicada. A negociação dessas Convenções envolveu uma considerável diversidade cultural entre os Estados. Aliado a isso, a proliferação de produtos químicos, juntamente com produtos naturais e seus derivados, é fato inevitável e de difícil controle. Entretanto, tem-se o frequente embate de interesses entre países produtores e consumidores de drogas e afins. Alguns países, ávidos por questões de ordem econômica e comercial, não admitiam o emprego de um mesmo nível de controle,

²³⁶ Cf. FIORENTINI, Gianluca, PELTZMAN, Sam. *The economics of organized crimes*. Cambridge: University Press, 1995. p.125

²³⁷ Cf. ROUCHEREAU, Françoise. *La Convention des Nations Unies contre le Traffic Illicite de Stupéfiants et de Substances Psychotropes*. Paris: Annuaire Français de Droit International, 1988. p. 601-617.

quer preventivo, quer repressivo, a todos os produtos qualificados como droga. A solução encontrada não foi outra senão de definir, de modo enumerativo, a substância aludida, bem como a ilicitude de sua comercialização.

A Convenção Única e a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas passaram a conter uma definição genérica da droga. A Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas manteve essa mesma linha. Nesse sentido, temos a recente tendência de despenalização do consumo pessoal de drogas, concernente a um regime diferenciado entre drogas leves e pesadas, que não serviu como base jurídica para as Convenções das Nações Unidas.²³⁸

No entanto, embora criticada, a conceituação internacional mantém o mérito de ser superior a qualquer outra de âmbito nacional.

Quanto ao papel dessas Convenções, é necessário salientar que, embora objetivem a regulamentação, o controle e a repressão do comércio de drogas por meio da incriminação e da cooperação judicial internacionais, apenas distinguem o comércio de produtos como lícitos ou ilícitos. Assim, sua natureza é determinada em razão da finalidade empregado, por exemplo: utilização com destinação médica, industrial ou científica, ainda que controlada, status de comércio lícito; consumo das substâncias com o intuito de obter satisfação pessoal deve ser combatido como forma de comércio ilegal.

A noção de tráfico ilícito torna-se referência para o art. 1 (L) da Convenção Única, a qual relaciona com “o cultivo ou todo tráfico de entorpecentes contrários aos termos da Convenção”, e para o art. 1 (J) da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, que o relaciona com “a fabricação ou o tráfico de substâncias psicotrópicas”. Tais Convenções ainda proíbem, respectivamente em seus arts. 36, § 1º (Convenção Única) e 22 (Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas), os seguintes atos: “o cultivo e a produção, a fabricação, a extração, a preparação, a posse, a oferta, a ação de vender, a distribuição, a compra, a venda, a entrega, seja em qualquer título, a corretagem, o envio, a expedição em trânsito, o transporte, a importação e a exportação de entorpecentes”. Resta claro que o tráfico ilícito visa, também, o cultivo, relativamente às drogas naturais, e a fabricação no tocante às drogas sintéticas. A Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas abrange todos os atos incriminados pelas anteriores e

²³⁸ Cf. ZEIN, Souheil El. *Trafic ilicite de Supéfiants*. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit international penal*. Paris: A. Pedone, 2000. p. 584.

considera novas incriminações, tais como a distribuição de equipamentos ou de receptação de substâncias químicas destinadas a produzir ou fabricar entorpecentes ou similares, a lavagem de dinheiro da droga em geral e, finalmente, a posse a compra de drogas em vista de um consumo pessoal.. Assim, em virtude dessa Convenção, a incriminação de atos teve seu rol ampliado, visando não só o comércio em sentido estrito (posse, venda, compra, distribuição), mas todas as operações que o circundam e que permitem compreender as operações financeiras. Este é o sentido da inclusão de operações de organização, direção e financiamento na lista de infrações de tráfico ilícito.²³⁹

Portanto, ditas Convenções não possuem o condão de classificar ou mesmo de distinguir drogas consideradas leves ou pesadas. Presta-se, exclusivamente, como meio de impor aos Estados participantes a obrigação de internalizar seus preceitos e, também, de criar um corpo de sanções condizentes com as infrações, acabando por unificar os comportamentos internacionais relativos a esse comércio ilícito.

No tocante ao dever dos Estados de incriminar e responsabilizar os agentes pela prática de financiamento do tráfico ilícito internacional, convém assinalar que, no contexto da Convenção Única de 1961, as disposições constitucionais, bem como o sistema jurídico de cada um dos signatários, era um fator limitativo admitido, cabendo aos Estados aplicar ou não os preceitos pactuados de acordo com sua conveniência. Todavia, na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas não existe margem de decisão. Desse modo, a incriminação do ato do financiamento é previsto sem a possibilidade de reservas.²⁴⁰

Concernente à aplicação dessas Convenções, vale dizer que se restringe ao campo territorial de cada um dos Estados-partes, que o fazem por meio de cooperação internacional ou judiciário repressiva, podendo, inclusive, ensejar, de pleno direito, a extradição do acusado, mesmo na ausência de tratados nesse sentido. Isso porque a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas é considerada como base jurídica para tal pedido. Admite, também, a incidência da regra *aut dedere aut judicare*, prevista como remédio

²³⁹ Cf. ZEIN, Souheil El. *Trafic ilicite de Supéfiants*. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit international penal*. Paris: A. Pedone, 2000. p. 585-586.

²⁴⁰ Cf. LIMA, Renata Mantovani de; COSTA, Mariana Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 136.

quando os infratores não forem suscetíveis de extradição. Implica, conseqüentemente, uma possibilidade de exercício da competência universal. Todavia, ainda que o parágrafo (10) do art. 3 da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas exclua considerações políticas para fins de cooperação, o Estado requerido poderá negar cumprimento ao pedido quando constatar a existência de causas justificadas que induzam as autoridades judiciárias ou outras autoridade competentes a presumir que o cumprimento facilitaria o julgamento ou o castigo de uma pessoa por causa de sua raça, religião, nacionalidade ou convicções políticas, ou que o indivíduo, afetado pela solicitação, fosse prejudicado por uma dessas razões, conforme o art. 3 (6) da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas. Com isso, se por um lado exclui-se a natureza política do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por outro, autoriza-se a recusa do pedido de extradição quando fundamentado em razões políticas.²⁴¹

Na esfera internacional, é certo que ainda não há um Tribunal com jurisdição ou mesmo competência para apenar os acusados pelo crime de tráfico ilícito internacional de entorpecentes e drogas afins. Até porque, os Estados participantes da Conferência de Roma, mesmo reconhecendo a altíssima relevância do tema, não contemplaram no Estatuto do TPI. Aspectos de ordem política, provindos dos Estados que vivem do narcotráfico, bem como divergências quanto a escolha das substâncias a serem incriminadas e de seus elementos de tipificação, obstaram a inclusão da infração nas disposições estatutárias do Tribunal. Outro argumento deduzido, sem razão, foi o fato de que o TPI visa, primordialmente, a processar e a julgar indivíduos que, por meio do poder despótico estatal, cometam crimes com reflexos internacionais. Desse modo, o criminoso comum, ainda que a infração ultrapasse fronteiras e seja considerada internacional, não poderia ser submetido ao Tribunal. Ocorre, porém, e é mais do que notório que alguns Estados, conhecidos como “narconações”, acabam convivendo e cooperando com o comércio ilícito de drogas, prática extremamente rentável.²⁴²

²⁴¹ Cf. ZEIN, Souheil El. *Trafic ilicite de Supéfiants*. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit international penal*. Paris: A. Pedone, 2000. p. 589-590.

²⁴² Cf. LIMA, Renata Mantovani de; COSTA, Mariana Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 139.

3.2 OS APARENTES CONFLITOS DA APLICAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Sem ânimo de nos estender sobre este ponto, mas sem esquecer sua importância, temos de recordar que em matéria de Direito dos Tratados é clara a provisão da Convenção de Viena, de 23 de maio de 1969, artigo 26, que estabelece o caráter vinculante dos tratados, assim reconhecido no Direito Internacional Público.

Isso implica que quem conclui um tratado se encontra obrigado a cumprir com o compromisso que assume frente à comunidade internacional, o que é ainda mais claro em normas de caráter convencional como o Estatuto de Roma, que nem sequer admite reservas.

Se no tratado o Estado se obriga a perseguir penalmente uma série de condutas que se consideram lesivas internacionalmente, ele deve precisamente atuar em consequência. Isto é, possibilitando seu cumprimento mediante ações concretas, o que implica, por sua vez, superar todos os obstáculos que existam dentro de sua legislação interna.

Isso pode implicar uma modificação de sua legislação interna ou uma interpretação que se realize via jurisprudência, quando exista alguma antinomia. No entanto, essa interpretação que os tribunais (ordinários ou constitucionais) realizem ou possam realizar será insuficiente, caso ocorram lacunas de punibilidade.

Diante dessa obrigação exigível internacionalmente e suas consequências derivadas no tocante ao cumprimento dos compromissos contidos no Estatuto de Roma, tampouco podemos obviar o que dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena já citada. Essa norma prevê a impossibilidade para um Estado-parte de invocar seu direito interno perante a comunidade internacional para justificar o não-cumprimento do compromisso assumido quando ratifica um tratado.

Conseqüentemente, podemos afirmar que existe uma obrigação geral de observar as provisões dos tratados internacionais em geral, do que não escapa o Estatuto de Roma. Essa norma convencional dispõe de uma série de obrigações que podem implicar esse dever de adaptar a legislação interna ao compromisso internacionalmente adquirido.

O problema surge quando esse compromisso não passa do plano do dever-ser e não se age de conformidade com a obrigação adquirida, o que nos pode levar

a temas como o aqui nos ocupa, a saber, o da possibilidade de aplicar diretamente as disposições do Estatuto de Roma no ordenamento interno, o que vai enfrentar não poucas dificuldades, tal como o enunciaremos mais adiante.

De imediato, basta-nos deixar por estabelecida a existência dessa obrigação que os Estados-partes têm de perseguir e reprimir os crimes internacionais e seus autores, levando-se em consideração o fato de que nem sequer é possível invocar a ordem jurídica interna para seu não-cumprimento.

O processo de incorporação de um tratado internacional ao ordenamento jurídico interno perpassa pelo artigo 84, inciso VIII, da Carta Magna de 1988, que compromete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional.

Desde a aprovação do Estatuto durante a Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, alguns juristas brasileiros passaram a dedicar-se ao estudo de tais normas, surgindo, então, posicionamentos divergentes na Doutrina quanto à possibilidade de futura ratificação pelo Brasil. Como o Estatuto prevê a impossibilidade de reservas, devendo o Estado signatário comprometer-se integralmente às regras nele estabelecidas, alguns estudiosos do Direito passaram a defender a tese de que o texto do Estatuto não respeitava a Lei Maior do Brasil, por prever a possibilidade de aplicação da pena perpétua e da entrega de brasileiros para o julgamento no TPI.²⁴³

Em 7 de fevereiro de 2000 o Brasil assinou o Estatuto de Roma, mas só em 20 de junho de 2002 o ratificou. Essa demora se deu principalmente porque existem aparentemente grandes divergências entre o Estatuto de Roma e o Direito Brasileiro, a primeira delas diz respeito à extradição, proibida pelo ar. 5º, LI e LII da Constituição Federal de 1998 e a segunda delas diz respeito à prisão perpétua, proibida pelo art. 5º, XL, VII, b, também da Carta Maior de 1998.

No entanto, o Brasil se submete à jurisdição de TPI, a cuja criação tenha manifestado adesão. Este parágrafo foi adicionado ao artigo 5º, § 4º da Carta Suprema.

Em relação à redação do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, Dallari reflete que:

²⁴³ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A Corte Criminal Internacional: possibilidades de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. Rio de Janeiro: *AIDP – Brasil*, 2001. Disponível em: <<http://www.aidpbrasil.org.br/artigos.asp>>. Acesso em: 04 jul. 2009.

Essa norma constitucional, concebida precipuamente para disciplinar situações no âmbito interno do país, pode e deve ser vista, se associada ao inciso II do artigo 4º, como instrumento que procura dar a ocorrência à sustentação do princípio constitucional das relações exteriores em pauta e que, por isso mesmo, possibilita ao Brasil intervir no âmbito da comunidade internacional não apenas para defender a assunção de tal princípio, mas também para, em um estágio já mais avançado dar-lhe materialidade efetiva.²⁴⁴

Os tratados internacionais em geral têm exigido a intermediação pelo Poder legislativo, de ato com força de Lei, de modo a outorgar as suas disposições e vigências ou obrigatoriedade no plano de ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos. Em relação ao Estatuto de Roma, há automática exigibilidade de suas normas no ordenamento jurídico interno, o que suscita dúvidas quanto à compatibilidade com a Constituição Brasileira. Esses questionamentos se tornam especialmente relevantes devido a especificidades do tratado em não admitir reservas.

As regras penais e procedimentais vistas anteriormente, estabelecidas pelo Estatuto de Roma, com uma leitura apressada do texto convencional, podem pressupor certa incompatibilidade com o direito constitucional brasileiro, mais especificamente em relação a seis assuntos de fundamental importância disciplinados pelo Estatuto: a) a entrega de nacionais ao Tribunal; b) a instituição da pena de prisão perpétua; c) a ausência de individualização das penas; d) o ferimento ao princípio da coisa julgada; e) o não reconhecimento da concessão de anistia; e f) a questão das imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função.

A matéria está ligada ao que se denomina no Direito dos Tratados de inconstitucionalidade intrínseca dos tratados internacionais. Esta tem lugar quando o tratado, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo direito interno, constem normas violadoras de dispositivos constitucionais, não se confundindo com a inconstitucionalidade chamada extrínseca (ou formal), também conhecida por ratificação imperfeita, que ocorre quando o Presidente da República, violando norma constitucional de fundamental importância para celebrar tratados, ratifica o acordo sem o assentimento prévio do Congresso Nacional, o que não foi o caso do TPI, cuja

²⁴⁴ Cf. DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.162.

ratificação se deu em total conformidade com as normas constitucionais de competência para celebrar tratados.²⁴⁵

Com relação às discussões sobre a constitucionalidade do Estatuto de Roma do TPI no Direito brasileiro, alguns juristas e doutrinadores nacionais têm cogitado o caso de inconstitucionalidade intrínseca desse instrumento internacional, o que faz merecer um estudo pormenorizado sobre as potenciais antinomias entre o tratado internacional que instituiu o Tribunal e a Constituição Federal Brasileira de 1988.

3.2.1 A entrega de nacionais ao TPI

Quanto à extradição²⁴⁶, ou seja, a entrega de um indivíduo de um Estado a outro para julgamento, é proibida pelo artigo 5º, incisos LI e LII, da Carta de 1988.

Art. 5º - [...]

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

Sendo assim, o artigo 89, § 1º, do Estatuto de Roma, segundo o qual o Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega (*surrender*) de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território essa pessoa possa se encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa, tendo os Estados-partes o dever de dar satisfação ao Tribunal aos pedidos de detenção e de

²⁴⁵ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005. p. 66.

²⁴⁶ O processo de extradição visa exatamente a cooperação internacional no combate ao crime, ou seja, os Estados firmam tratados ou oferecem reciprocidade entre eles, impedindo que seus criminosos, para não cumprirem suas penas, vão se esconder em outro Estado. No Brasil, são pressupostos do pedido de extradição: a) a existência de processo criminal do qual resulte condenação à pena privativa de liberdade superior a um ano de reclusão; b) mandado de prisão contra o extraditando, expedido por Juízo ou tribunal competente; c) ser ato motivador do pedido também considerado crime no Estado requerido; d) não estar a ação penal prescrita, nem extinta a punibilidade, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerido; e) não estar o extraditando respondendo a processo ou já condenado ou absolvido no país requerido pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; f) o fato não constituir crime político; e, g) o extraditando não houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

entrega de tais pessoas, em conformidade com o Estatuto e com os procedimentos previstos nos seus respectivos direitos internos, estaria em aparente conflito com o nosso maior diploma legal.

A fim de evitar possíveis controvérsias em relação ao ordenamento jurídico interno dos Estados-partes, levando em consideração disposições semelhantes de vários textos constitucionais modernos, o próprio Estatuto diferenciou os dois institutos, quais sejam, o de “entrega” e o de “extradição”, no seu art. 102:

Por entrega se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado ao Tribunal, em conformidade com o disposto, no presente Estatuto; por extradição se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, em conformidade com o disposto em um tratado, convenção ou no direito interno.

Para Medeiros, uma das principais causas de não-extradição de nacionais não se aplica ao TPI, porque neste, os crimes estão nitidamente dispostos no Estatuto, suas normas processuais são as mais avançadas do mundo e qualquer tendência a politizar o processo será controlada por garantias rigorosas. Logo, a previsão de entrega de nacionais ao TPI, estabelecida pelo Estatuto de Roma, não fere, salvo melhor juízo, o artigo 5º, LII, da Constituição da República.²⁴⁷

Ademais, a maioria da doutrina considera que a extradição e a entrega são figuras jurídicas diferentes. Enquanto na extradição existe o auxílio mútuo entre dois países, onde um confia ao outro uma pessoa, na entrega o Estado estaria se sujeitando a uma vontade judicial proveniente de uma corte internacional, da qual ele mesmo é membro. Em outras palavras, a extradição configura uma cooperação horizontal, visto que os entes de Direito Internacional estão em mesmo plano hierárquico, e entrega é uma forma de cooperação vertical, onde os sujeitos de Direito Internacional estão em níveis hierárquicos diferentes.

Conforme acertadamente destaca Cachapuz de Medeiros, a diferença fundamental consiste em:

[...] ser o Tribunal uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atrozes contra a dignidade humana de uma forma justa, independente e imparcial. Na condição de órgão internacional, que visa realizar o bem-estar da sociedade mundial, porque reprime

²⁴⁷ Cf. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O Tribunal Internacional e a Constituição Brasileira*. São Paulo: Artes, 2000. p. 14.

crimes contra o próprio Direito Internacional, a entrega do Tribunal não pode ser comparada à extradição.²⁴⁸

Sendo o Brasil um Estado signatário do Estatuto do Roma, a Doutrina considerou o TPI como uma extensão, no campo teórico, de sua soberania e jurisdição, como podemos observar no estudo de Japiassú:

[...] a hipótese de entrega de nacional para julgamento pela Corte Criminal Internacional significa a entrega de nacional para julgamento por um tribunal supranacional, do qual o Brasil seria membro. O conceito de extradição diz respeito à entrega de um indivíduo por um Estado a outro. Nesse caso, ocorre a entrega pelo Estado a outro órgão julgador, que se não é nacional, engloba a jurisdição nacional. Assim, não parece haver incompatibilidade entre a vigente Carta Política brasileira e o documento internacional aprovado em Roma, em 1998.²⁴⁹

Parece clara, assim, a distinção entre a entrega de um nacional brasileiro a uma corte com jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, por meio de tratado que ratificou e se obrigou a fielmente cumprir, e a entrega de um nacional brasileiro a um tribunal estrangeiro, esta sim, proibida pela Constituição, cuja jurisdição está afeta à soberania de outra nação estrangeira, que não a nossa e de cuja construção nós não participamos como produto da nossa vontade.

Não bastasse essa diferença técnica, outra ainda se apresenta. Embora nos termos do Estatuto de Roma as regras internas dos Estados continuem tendo validade, não serão aceitas determinadas escusas – dentre elas a de que não se pode entregar nacionais do Estado a tribunais internacionais – para a não-cooperação desses Estados com o Tribunal. Um Estado-parte no Estatuto que não entrega um nacional seu quando emitida ordem de prisão contra o mesmo, será tido como um não-colaborador, o que poderá causar-lhe enormes prejuízos, tendo em vista existir no Estatuto de Roma todo um processo que pode ser levado à Assembleia dos Estados-partes do TPI e até mesmo ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, para que possam ser tomadas medidas de enquadramento de

²⁴⁸ Cf. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Série ação parlamentar, n.º 110. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000. p. 09-15.

²⁴⁹ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *A Corte Criminal Internacional: possibilidades de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: AIDP – Brasil, 2001. Disponível em: <<http://www.aidpbrasil.org.br/artigos.asp>>. Acesso em: 04 jul. 2009.

conduta em relação a tais Estados não-colaboradores. Parece claro que tais Estados já passariam a não ficar muito bem vistos perante a sociedade internacional, em decorrência da abertura desse processo perante a Assembleia dos Estados-partes ou do Conselho de Segurança da ONU.²⁵⁰

No Brasil, a possibilidade de entrega de nacionais brasileiros à jurisdição do TPI vem regulada pelo art. 118 do Anteprojeto de Lei brasileiro para implementação do Estatuto de Roma, nestes termos:

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.²⁵¹

Parágrafo único. Havendo pedido de extradição já em tramitação, este ficará suspenso até a decisão sobre o pedido de entrega.

O art. 119, por seu turno, estabelece que:

Art. 119. O pedido de entrega prevalecerá sobre o de extradição nos termos do Art. 90 do Estatuto de Roma.²⁵²

O art. 120, diz o seguinte:

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.²⁵³

Nilmário Miranda defende a posição de que há compatibilidade entre os ordenamentos jurídicos internacional e brasileiro. Ele argumenta que a extradição se refere à relação entre sujeitos de Direito Internacional que tem igualdade de soberania e a entrega tem caráter complementar e excepcional na jurisdição do TPI,

²⁵⁰ Cf. RODAS, João Grandino. Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: *Revista CEJ*, n.º 11. Brasília: CJF, 2000. p. 32-35.

²⁵¹ ANTEPROJETO de Lei para Implementação do Estatuto de Roma. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/ji_cortes_internacionais/tpi-brasil_-_exp.mot.est.roma.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2010.

²⁵² ANTEPROJETO de Lei para Implementação do Estatuto de Roma. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/ji_cortes_internacionais/tpi-brasil_-_exp.mot.est.roma.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2010.

²⁵³ ANTEPROJETO de Lei para Implementação do Estatuto de Roma. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/ji_cortes_internacionais/tpi-brasil_-_exp.mot.est.roma.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2010.

visto que só será realizada se o Estado demonstrar-se incapaz ou não quiser julgar o crime cometido. Para justificar a pena de prisão perpétua, que será abordada no tópico a seguir, ele argumenta que a Constituição Federal rege apenas o direito interno do país, enquanto que o estatuto rege um sistema de jurisdição penal internacional. Ou seja, sistemas diferentes, normas diferentes.²⁵⁴

3.2.2 A pena de prisão perpétua

Outro ponto delicado e que pode causar uma aparente antinomia entre as disposições do Estatuto de Roma e a Constituição Brasileira de 1988, diz respeito à previsão do art. 77, § 1º, alínea b, do Estatuto, segundo o qual o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no seu art. 5º, dentre outras medidas, a pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem.

Dessa forma, as penas aplicáveis aos condenados pela prática dos crimes previstos no Estatuto de Roma são as seguintes:

- a) pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos;
- b) pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.

Além da pena de prisão, o Tribunal pode aplicar a pena de multa e a de perdimento de produtos, bens e haveres provenientes do crime. Ressalte-se que este tipo de pena (pecuniária) é uma inovação do Estatuto de Roma, já que não há previsão semelhante nos estatutos dos tribunais da antiga Iugoslávia e de Ruanda.

Como se denota, a pena de morte não está incluída no rol de penas aplicáveis. Esta exclusão, contudo, não foi aceita por alguns Estados com facilidade, principalmente por aqueles cujas leis nacionais prevêm a aplicação da pena capital. Argumentavam que seria inaceitável que os criminosos tivessem tratamento mais

²⁵⁴ Cf. CALETTI, Cristina. Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3986>>. Acesso em: 27 mar. 2010.

brando por parte da Corte do que teriam na jurisdição nacional, além de que, dada a gravidade dos crimes previstos na competência do TPI, somente a pena de morte poderia lhes fazer frente,

Assim, de um lado, Estados como Ruanda, Arábia Saudita, Serra Leoa, Cingapura, Trinidad e Tobago, e outros caribenhos, propugnavam pelo estabelecimento da pena de morte, por considerarem-na indispensável para a legitimação da própria jurisdição penal internacional.

De outro, havia Estados que eram veementemente contrários à inclusão da pena capital, dentre esses, os signatários do 22º Protocolo Opcional à Convenção Internacional sobre Direitos Humanos, de 1989. Mesmo os Estados Unidos, que em sua legislação interna a admitem, se opuseram à sua inclusão no Estatuto, o que acabou por prevalecer.²⁵⁵

Uma minoria significativa de delegações – dentre as quais podem ser destacadas Portugal, Brasil e demais países latino-americanos – protestou também quanto à inclusão da pena de prisão perpétua, argumentando incompatibilidade com sua Constituição nacional.

Claramente a previsão da prisão perpétua possui origem que remonta aos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, onde se estabeleceu até a pena de morte, tendo continuidade com os Tribunais *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia e Ruanda, que previam a pena de prisão perpétua. Com um rigor menor, o TPI fez a previsão da pena de prisão perpétua, porém, restringido a casos de extrema gravidade, e ainda assim com possibilidade de revisão, decorridos 25 anos, nos termos do art. 110 do Estatuto de Roma.²⁵⁶

Os estudos a respeito da pena perpétua fizeram surgir vários ramos de entendimentos e por vezes carecendo de um aprofundamento maior, como podemos observar nas palavras de Ambos e Choukr, em julho de 2000:

Cumprir citar que o maior obstáculo que o Brasil enfrentará para a ratificação do texto em análise diz respeito à suposta pena de prisão perpétua prevista de forma residual no Estatuto de Roma, sanção esta que se choca com nossa Constituição que expressamente a

²⁵⁵ Aliás, deve dizer-se que os sistemas penais europeus, na sua prática totalidade, admitem a pena de prisão perpétua, revisível; o sistema penal norte-americano faz um considerável apelo à pena de morte; o sistema penal chinês recorre em larga escala às execuções, com frequência em recintos públicos e sistemas penais islâmicos combinam extensamente várias outras penas bárbaras e cruéis com a pena de morte.

²⁵⁶ Cf. SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 137-142.

proíbe. Esforços acadêmicos e políticos já se fazem sentir para tentar superar este impasse, chegando-se a pensar na adoção de uma provável emenda constitucional que contorne a impossibilidade, permitindo que o Brasil venha a ratificar o estatuto na forma em que se encontra. Melhor será, no entanto, examinar com acuidade a pena que ora se rotula de perpétua, podendo-se então verificar que previsão similar existe no Direito Comparado sem essa natureza.²⁵⁷

Para alguns autores, as dúvidas envolvendo a proibição de prisão perpétua são facilmente esclarecidas quando a questão é vista pelo ângulo de que os crimes previstos no Estatuto são diferentes dos previstos em legislação nacional. Logo, as punições também podem discordar das internas. Sylvia Steiner²⁵⁸ expõe que é necessário um estudo mais minucioso sobre se o preceito da norma nacional tem aplicabilidade na jurisdição internacional, isso sempre sem esquecer que:

[...] é também princípio inscrito no texto constitucional o de que o país se rege no plano internacional, pela prevalência dos direitos humanos. Cogita-se das hipóteses de que a vedação constitucional dirige-se apenas ao legislador interno, não impedindo assim a submissão do país e de seus nacionais às previsões de uma Corte supranacional, não é de ser afastado de plano.²⁵⁹

²⁵⁷ Cf. CHOUKR, Fauzi Hassam e AMBOS, Kai. Tribunal Penal Internacional – Breve Análise do Estatuto de Roma. *AIDP – Brasil*. Rio de Janeiro, jul. 2003. Disponível em: <<http://www.aidpbrasil.org.br/artigos.asp>>. Acesso em: 04 out. 2009.

²⁵⁸ Sylvia Maria F. Steiner, brasileira, nascida em 1953, tem ampla experiência em direito penal e internacional, em particular o direito internacional dos direitos humanos e o direito humanitário internacional. Foi advogada de 1977 a 1982, e, posteriormente, Procuradora do Ministério Público Federal de 1982 a 1995, em São Paulo. Em 1995, foi nomeada para o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, onde serviu como Desembargadora até a sua eleição para o Tribunal Penal Internacional em 11 de março de 2003, entre os indicados pela América Latina e Estados do Caribe, para um mandato de 9 anos. De 1989 a 1995, foi membro do Conselho Penitenciário de São Paulo, onde atuou como vice-presidente durante quatro anos. Steiner se graduou pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Em 1999, ela recebeu seu diploma de especialista em direito penal pela Universidade de Brasília, em 2000 obteve seu mestrado em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2005 se doutorou em Direito Internacional pela mesma instituição. Steiner tem escrito muito sobre direitos humanos, os direitos das mulheres e das crianças, direito penal e direito penal internacional. Ela é membro fundadora do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, e foi Vice-Diretora da Sociedade Brasileira de Ciências Criminais. Ela é também membro dos Associação Brasileira de Juízes para a Democracia. Steiner foi membro do Conselho Executivo da Seção Brasileira da Comissão Internacional de Juristas. Como professora e palestrante, lecionou e palestrou nas universidades mais importantes do Brasil e em conferências na América Latina, Europa e África. Era uma das integrantes da delegação brasileira na Comissão Preparatória da TPI, de 1999 a 2002. Também foi membro do Grupo de Trabalho sobre a Implementação do Estatuto de Roma em 2003, no Brasil.

²⁵⁹ Cf. STEINER, Sylvia Maria F. *Tribunal Penal Internacional: a proteção dos direitos humanos no século XXI*. Disponível em: <http://http://www.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/revista67/sylvia_steiner.asp>. Acesso em: 10 mar. 2010.

Outros autores afastaram prontamente a hipótese de inconstitucionalidade, já que a própria Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso XLVII, alínea a, prevê a aplicação de pena de morte em caso de crimes militares cometidos em tempos de guerra declarada nos termos do seu art. 84, inciso XIX. Ora, os crimes previstos no nosso Código Penal Militar descrevem condutas que, embora assemelhadas às tipificações dos crimes de guerra do Estatuto de Roma, nem de longe alcança a gravidade e o dano dos crimes de guerra previstos neste Estatuto. A interpretação sistemática do texto constitucional pode levar o intérprete a vislumbrar, na exceção constitucional, a autorização para a punição dos crimes estatutários de forma até menos gravosa, como é a pena de prisão perpétua. Desta forma, quem permite o maior, não pode afastar o menor.

Também é de bom grado ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não tem tido nenhum problema em autorizar extradições para países onde existe a pena de prisão perpétua, em relação aos crimes imputados aos extraditados, mesmo quando o réu corre o risco efetivo de ser condenado por esta modalidade de pena. Como destaca Cachapuz de Medeiros:

[...] entende o pretório excelso que a esfera da nossa lei penal é interna. Se somos benevolentes com 'nossos delinquentes' isso só diz bem com os sentimentos dos brasileiros. Não podemos impor o mesmo tipo de 'benevolência' aos Países estrangeiros.²⁶⁰

O Supremo Tribunal Federal, também, em mais de uma ocasião, autorizou a extradição para Estados que adotavam a pena de morte, com a condição de que houvesse a comutação desta pena pela de prisão perpétua.

Portanto, a interpretação mais correta a ser dada para o caso em comento é de que a Constituição, quando prevê a vedação de pena de caráter perpétuo, está direcionando o seu comando tão somente para o legislador interno brasileiro, não alcançando os legisladores estrangeiros e tampouco os legisladores internacionais

²⁶⁰ Cf. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Série ação parlamentar, n.º 110. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000. p. 14-15.

que, a exemplo da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, trabalham rumo à construção do sistema jurídico internacional.²⁶¹

A pena de prisão perpétua – que não recebe a mesma ressalva constitucional conferida à pena de morte – não pode ser instituída dentro do Brasil, quer por meio de tratados internacionais, quer mediante emendas constitucionais, por se tratar de cláusula pétrea constitucional²⁶². Mas isso não obsta, de forma alguma, que a mesma pena possa ser instituída fora do nosso país, em tribunal permanente de jurisdição internacional, de que o Brasil é parte e em relação ao qual deve obediência, em prol do bem estar da humanidade e do respeito aos direitos fundamentais do homem.²⁶³

Portanto, não obstante a vedação das penas de caráter perpétuo ser uma tradição constitucional entre nós, o Estatuto de Roma não afronta a nossa Constituição, pelo contrário, contribui para coibir os abusos e as inúmeras violações de direitos que se fazem presente no planeta, princípio esse que sustenta corretamente a tese de que a dignidade da sociedade internacional não pode ficar à margem do universo das regras jurídicas.

3.2.3 A ausência de individualização de penas

Há, por último, alegada inconstitucionalidade quanto à ausência de individualização de penas previstas no Estatuto de Roma, já que a todos os delitos

²⁶¹ Cf. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Série ação parlamentar, n.º 110. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000. p. 15.

²⁶² As cláusulas pétreas estão relacionadas no artigo 60, parágrafo quarto, da Carta Política. São elas: a forma federativa de Estado; a separação dos poderes; o voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais - incluindo-se aí a proibição da prisão perpétua, da pena de morte e da extradição, salvo nos casos já permitidos. São classificadas como matérias que representam o cerne da ordem constitucional. São as limitações materiais explícitas ao poder de reforma, ou seja, uma manifestação do poder constituinte originário que excluiu, de modo expresso, certas matérias e conteúdos do poder instituído. Ao criar esse núcleo imutável, o legislador objetivou impedir inovações temerárias em assuntos de grande relevância para a cidadania e para o próprio Estado. Esta limitação à possibilidade de alteração, tem por fim proteger as instituições constitucionais e serve para garantir determinados valores fundamentais presentes na ordem constitucional. O presente artigo da Carta Política aduz ainda que a proposta de emenda tendente a abolir estas cláusulas não será nem mesmo objeto de deliberação.

²⁶³ Cf. STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Série ação parlamentar, n.º 110. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000. p. 34-41.

pode ser aplicada pena de até trinta anos de reclusão, sendo assim um suposto vício de constitucionalidade.

Dadas as divergências de valores e concepções ideológicas existentes entre os vários Estados-membros, não foi possível chegar-se a um consenso sobre penas específicas para cada crime tipificado no Estatuto.

A solução encontrada foi a redação de um rol de penas aplicáveis a todos os crimes, genérico, porém exaustivo.

O princípio da individualização das penas é aquele que garante que as penas dos infratores não sejam igualadas, mesmo que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida. A sua fundamentação legislativa no ordenamento jurídico interno brasileiro se encontra no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, arts. 5º, 8º, 41, inciso XII e 92, parágrafo único, II, da Lei de Execuções Penais, e art. 34 do Código Penal.

Nossa Constituição não define as formas de individualização, sendo que nossa doutrina consagrou a forma trifásica: a) a legislativa (a edição do tipo penal, com patamares mínimo/máximo fixados previamente); b) a judicial (Fixação da sentença através do processo trifásico: pena base/circunstâncias judiciais, agravantes/atenuantes, aumento/diminuição de pena); e c) execução (cumprimento da pena no sistema penitenciário, com direito à progressão de regime, fechado, semiaberto e aberto).

Como anteriormente já explicitado, o Estatuto de Roma contempla o princípio da legalidade nos Artigos 22 a 24, buscando atender aos seus diversos aspectos. A despeito da controvérsia acerca da aplicabilidade ou não do referido princípio no âmbito do Direito Internacional Penal, a qual se estabelece em razão da natureza consuetudinária do Direito Internacional, é possível afirmar que o princípio da reserva legal é uma espécie de dogma inafastável, o qual “constitui exigência de segurança jurídica, como garantia contra o abuso e a arbitrariedade”²⁶⁴.

William A. Schabas, de maneira crítica, afirma que o Estatuto de Roma parece demonstrar uma verdadeira obsessão pelo princípio da legalidade. Contudo,

²⁶⁴ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; ADRIANO, Alessandra Rosa. O Tribunal Penal Internacional: dificuldades para a sua implementação no Brasil. Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes. Nova Série, Ano 10, n. 10, Rio de Janeiro: UCAM, 2005. p. 115.

nota-se que ao abordar o tema, o diploma legal internacional deixou de atender integralmente àquele, em pelo menos dois aspectos: o Artigo 22, parágrafo 3º, estabelece que a tipificação de uma conduta como crime sob o direito internacional não será limitada pelas regras do Estatuto, e o Artigo 77, por sua vez, traz as penas a serem aplicadas pelo Tribunal de forma genérica, não as cominando especificamente a cada tipo penal.²⁶⁵

No que concerne ao princípio da legalidade no Direito brasileiro, vê-se que este se encontra insculpido no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, o qual estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Ventilou-se, assim, a ocorrência de incompatibilidade entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal, uma vez que os princípios da legalidade e da individualização da pena, observados no Direito interno, estariam sendo violados pelo instrumento estatutário internacional.

O deslinde desta questão encontrou-se em estabelecer a forma de atuação do princípio em tela no Direito interno e no Direito Internacional. No Direito interno, considerando a existência de um poder central, dotado de mecanismos de coerção e persecução, é possível, e até mesmo necessário, exigir-se um maior grau de taxatividade e certeza quanto a determinação dos tipos penais e a cominação individualizada das penas. O princípio da legalidade seria aplicado, portanto, de forma estrita.²⁶⁶

Por outro lado, no que diz respeito ao Direito Internacional, conforme afirma M. Cherif Bassiouni, o princípio da legalidade é sem dúvida aplicável, porém, não é possível determinar o grau de especificidade que este princípio requer quando se trata de normas internacionais. A dispersão das forças que atuam no plano internacional torna frágil a implementação de um sistema punitivo.²⁶⁷

²⁶⁵ Cf. SCHABAS, William A. Princípios Gerais de Direito Penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (org.) *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 159.

²⁶⁶ Cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma (Relatório – BRASIL). In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan. *Dificuldade jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma: contribuição da América Latina e da Alemanha*. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 40.

²⁶⁷ Cf. BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. New York: Transnational Publishers, 2003. p. 221.

Por assim ser, é possível concluir que o princípio da reserva legal apresenta maiores complexidades no Direito Internacional do que na esfera nacional. Assim, não pode o que foi definido em Roma ser restringido a uma mera violação, que significaria desconhecer as especificidades do Direito Internacional Penal. Por isso, parece não ter havido qualquer violação constitucional que leve à inadequação entre o Estatuto de Roma e a lei brasileira.²⁶⁸

Ademais, a criação doutrinária, a qual, aliás, entendemos a mais adequada ao princípio da justa retribuição, não impede que outras formas de individualização das penas sejam reconhecidas. No sistema do *common law*, a exemplo, entende-se que a individualização deve ser realizada exclusivamente na fase judicial, cabendo ao juiz, no exame de cada caso concreto, das condições de agente e das circunstâncias do crime, definir a pena justa. Esse modelo escolhido pelo Estatuto, que, portanto, não fere o princípio da individualização das penas, mas opta por outro critério, consagrado na legislação de países avançados e de perfil igualmente democrático.

3.2.4 O ferimento ao princípio da coisa julgada

Esta questão não configura um óbice à implementação do Estatuto de Roma, mas, consiste, de fato, em uma eventual dificuldade que poderá vir a surgir no exercício da jurisdição do TPI, em função da atuação do princípio da complementaridade. Como já anteriormente explicitado, o princípio da complementaridade indica que o TPI somente agirá no caso de inércia dos Tribunais Nacionais. Esse princípio figura como corolário de outro princípio observado pelo Estatuto de Roma: o *ne bis in idem*, disposto no art. 20.

Referido artigo garante que ninguém será julgado pelo TPI por condutas criminosas pelas quais já tenha respondido frente ao Tribunal. O julgamento realizado pelo TPI também impede um novo julgamento a ser realizado por um Tribunal Nacional, em razão do mesmo fato criminoso, assim como, os julgamentos nacionais impedem um novo julgamento pelo TPI. Contudo, quanto a esta última

²⁶⁸ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 159.

hipótese, o Estatuto de Roma estabelece uma exceção. O TPI poderá julgar pessoa que já tenha sido julgada por outro Tribunal caso o primeiro processo tenha objetivado subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes de competência do TPI ou caso o processo não sido conduzido de forma independente e imparcial.

Note-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a garantia do *ne bis in idem* está relacionada à coisa julgada, a qual vem a ser assegurada pelo art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna, que determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. No que concerne à persecução penal, a regra do *ne bis in idem* encontra-se excepcionada nos casos onde há aplicação da regra da extraterritorialidade incondicionada, posta pelo art. 7º, § 1º, do Código Penal Brasileiro, podendo o agente ser punido pela lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no exterior. O Código Penal Militar Brasileiro também estabelece exceção ao referido princípio em seu art. 7º, fazendo-o de forma mais abrangente. Em ambos os casos, a pena cumprida no estrangeiro será descontada da pena imposta no Brasil.²⁶⁹

Em suma, a regra geral, presente tanto no nível constitucional, quanto na legislação ordinária brasileira, é de que a garantia da coisa julgada deve ser assegurada na persecução penal.²⁷⁰

Destarte, indaga-se sobre a incompatibilidade da norma do art. 20 do Estatuto de Roma com o ordenamento jurídico interno, em especial, com a Constituição Federal.

A solução para esta questão encontra-se na análise do processo e da sentença penal proferida pelo Tribunal Nacional. Caso o processo tenha sido instaurado visando garantir a impunidade do agente ou cominar-lhe pena menos gravosa do que a realmente devida, o que se tem é um simulacro de processo,

²⁶⁹ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. O anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan. *Temas actuales del derecho penal internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005. p. 69.

²⁷⁰ Cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma (Relatório – BRASIL). In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan. *Dificuldade jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma: contribuição da América Latina e da Alemanha*. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 53.

incapaz de gerar uma sentença válida, em razão da inobservância dos princípios do juiz natural (entendido como juiz imparcial) e do devido processo legal. Portanto, a sentença proferida, visto que se trata do resultado de simulação com fraude à lei, não deve gozar da mesma proteção conferida às sentenças regulares, não lhe sendo atribuída a qualidade de coisa julgada. Dessa forma, o claro propósito de subtrair o acusado do julgamento justo, limitando-se a realizar simulacro de processo, permite que se considere como juridicamente inexistente a coisa julgada formada anteriormente.²⁷¹

Sendo assim, este vício insanável torna inoperante o seu efeito de imutabilidade do comando legal e permite o processo internacional, sem o ferimento ao princípio da coisa julgada.²⁷²

3.2.5 O não reconhecimento da concessão de anistia

Outra questão que se afigura perante a atuação do caráter complementar do Tribunal Penal Internacional refere-se à concessão da anistia.

No ordenamento jurídico brasileiro, a anistia consiste em uma causa de extinção da punibilidade, conforme disposição do art. 107, inciso II, do Código Penal. À União, por motivos de política criminal, compete a concessão de anistia, conforme o art. 21, inciso XVII, da Constituição Federal, que é tradicionalmente destinada aos crimes de cunho político. Opera efeitos *ex tunc*, isto é, retroativos, apagando o crime e extinguindo os efeitos penais da sentença. Nota-se, portanto, que a concessão da anistia trata-se de uma decisão própria do Estado, baseada em seu poder discricionário, tendo em vista as circunstâncias que envolvem o crime.

Ocorre que, o Estatuto de Roma do TPI não reconhece os processos de anistia, mesmo que sejam instrumentos para permitir acordos nacionais, em casos de grande conflagração interna. A manutenção da jurisdição do Tribunal nesses

²⁷¹ Cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma (Relatório – BRASIL). In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan. *Dificuldade jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma: contribuição da América Latina e da Alemanha*. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 54.

²⁷² Cf. RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal e a Constituição Brasileira. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000. p. 276.

casos, intervindo na persecução penal, apesar de haver um consenso nacional em contrário, pode vir a suscitar uma série de questionamentos acerca da compatibilidade do Estatuto de Roma com o ordenamento jurídico brasileiro.²⁷³

Em defesa da possível compatibilidade, destaque-se que há crimes para os quais a Constituição Federal veda a concessão da anistia. De acordo com o art. 5º, inciso XLIII, da Carta Magna, são insuscetíveis de anistia ou graça “a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.” Observa-se, deste modo, que o legislador interno estabeleceu como regra geral a possibilidade de concessão de anistia, excetuando deste rol os crimes que entendeu apresentarem grande ameaça à ordem nacional.

Considere-se que o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma buscou trazer para o ordenamento nacional as figuras penais que se encontram sob a competência do TPI. Ao tipificar tais crimes internamente, o art. 3º, do Anteprojeto estabeleceu que os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra são insuscetíveis de anistia, graça ou indulto. Sendo assim, vindo a concretizar-se a vedação de concessão de anistia a tais crimes, não haverá que se falar em não reconhecimento do processo de anistia pelo TPI, uma vez que tal processo inexistirá, pois estará o Estado brasileiro impedido de realizá-lo em relação aos referidos crimes.²⁷⁴

Desta forma, a solução posta para a presente questão vem a corroborar o entendimento de que a implementação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro foi de suma importância, pois além de cumprir antigos compromissos internacionais de o Estado brasileiro punir as mais graves ofensas à pessoa humana, possibilitou a adequação do ordenamento interno às normas do Estatuto de Roma.²⁷⁵

²⁷³ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; ADRIANO, Alessandra Rosa. O Tribunal Penal Internacional: dificuldades para a sua implementação no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*. Nova Série, Ano 10, n.º 10. Rio de Janeiro: UCAM, 2005. p. 122. (revista p. 107-128)

²⁷⁴ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. O anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan. *Temas actuales del derecho penal internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005. p. 69.

²⁷⁵ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 124.

3.2.6 As imunidades e o foro por prerrogativa de função

Pode também ser suscitado o conflito entre as regras brasileiras relativas às imunidades em geral e às prerrogativas de foro por exercício de função e aquelas atinentes à jurisdição do TPI. Tais regras são aplicáveis, por exemplo, ao Presidente da República, seus Ministros de Estado, Deputados, Senadores etc. Essas imunidades e privilégios, contudo, são de ordem interna e podem variar de um Estado para o outro. Também existem outras limitações de ordem internacional, a exemplo da regra sobre imunidade dos agentes diplomáticos à jurisdição penal do Estado acreditado, determinado pelo art. 31 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, que está em vigor no Brasil desde 1965. Os embaixadores, por exemplo, gozam de imunidade na jurisdição penal dentro dessa sistemática.²⁷⁶

Como percebemos no decorrer da história, os crimes de competência do TPI – crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão –, por sua vez, são quase sempre perpetrados por indivíduos que se escondem atrás dos privilégios e imunidades que lhes conferem os seus ordenamentos jurídicos internos.

Já se adiantando à essa problemática, o Estatuto de Roma pretendeu estabelecer regra clara a esse respeito, e assim o fez no seu art. 27, que trata da irrelevância da qualidade oficial daqueles que cometem os crimes por ele definidos, segundo o qual:

Artigo 27

Irrelevância da Qualidade Oficial

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou

²⁷⁶ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005. p. 74.

do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

Portanto, as imunidades ou privilégios especiais que possam ser concedidos aos indivíduos em função de sua condição como ocupantes de cargos ou funções estatais, seja segundo o seu direito interno, seja segundo o Direito Internacional, não constituem motivos que impeçam o TPI de exercer a sua jurisdição em relação a tais assuntos. O Estatuto elide qualquer possibilidade de invocação da imunidade de jurisdição por parte daqueles que cometeram os crimes previstos em seu texto. Deste modo, de acordo com esta sistemática, não podem os genocidas e os responsáveis pelos piores crimes cometidos contra a humanidade (*core crimes*) acobertar-se pela prerrogativa de foro, pelo fato de que exerciam uma função pública ou de liderança à época do delito.

Cristina Caletti reafirma tal entendimento, argumentando que a previsão das imunidades se limita à ordem jurídica interna, não cabendo à internacional. Para ele, o Estatuto de Roma se adapta plenamente à Constituição Brasileira, pois ele vê no Estatuto de Roma um tratado de direitos humanos, o que se enquadra no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que diz que "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] prevalência dos direitos humanos".²⁷⁷

3.3 O DIREITO INTERNACIONAL E OS OBSTÁCULOS À IMPLANTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL PARA CRIMES INTERNACIONAIS

Nos capítulos anteriores, dedicados ao histórico da criação dos Tribunais Penais Internacionais até ao advento do Estatuto de Roma e à análise das regras internacionais relativas aos crimes internacionais, mostramos que ainda há um longo caminho a ser percorrido na luta contra a impunidade, mesmo no que se refere aos

²⁷⁷ Cf. CALETTI, Cristina. Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3986>>. Acesso em: 27 mar. 2010.

crimes internacionais mais graves, pois se constatou que o exercício da jurisdição penal universal pelo TPI ainda não é obrigatória.

O caminho é ainda mais longo se levarmos em conta obstáculos que podem impedir o exercício da jurisdição penal, às vezes até mesmo no caso em que um Estado estaria disposto a exercê-la. Entre esses obstáculos, vamos examinar, de início, as normas internacionais em matéria de imunidades – ao mesmo tempo funcionais e pessoais. Em seguida, analisaremos as regras em matéria de prescrição e anistia.

Embora o caminho seja longo, a comunidade internacional já está em marcha. Nos últimos anos, constatamos evoluções notáveis em favor da supressão dos obstáculos mencionados anteriormente. É preciso, portanto, analisá-los, a fim de saber se eles causaram a modificação ou a criação de novas normas costumeiras.

3.3.1 Crimes internacionais e imunidades de Direito Internacional

Em Direito Internacional, as imunidades concedidas aos indivíduos-órgãos do Estado classificam-se, geralmente, em duas categorias: as imunidades funcionais (*ratione materiae*) e as imunidades pessoais (*ratione personae*).

As imunidades funcionais foram previstas para qualquer indivíduo-órgão de um Estado no exercício de suas funções públicas, pois ele age por conta do Estado. Por conseguinte, as imunidades desse tipo cobrem exclusivamente os atos realizados no exercício das funções públicas, pois esses atos são atribuídos ao Estado e não aos indivíduos-órgãos enquanto pessoas privadas. Como se tratam de imunidades ligadas à natureza do ato, sua validade no tempo estende-se além da cessação da função do indivíduo-órgão.

As imunidades pessoais ou diplomáticas são concedidas a determinadas categorias de indivíduos-órgãos – especialmente os agentes diplomáticos que exercem suas funções no território de um Estado estrangeiro, a fim de garantir o livre exercício de suas funções. Elas estão, portanto, ligadas ao estatuto desses órgãos e protegem a função que eles exercem. As imunidades *ratione personae* cobrem tanto os atos cometidos durante o exercício do mandato oficial quanto aqueles realizados anteriormente, independentemente de sua natureza, não importando o território em que se encontram. Mas, ao contrário das imunidades

funcionais, as imunidades diplomáticas não sobrevivem após a cessação da função. É preciso, no entanto, sublinhar que o Estado pode renunciar às imunidades diplomáticas concedidas a seus representantes antes que suas funções tenham cessado.

Os órgãos de Estado que gozam das imunidades diplomáticas beneficiam-se concorrentemente das imunidades funcionais: para eles, portanto, os dois tipos de imunidades coexistem até a cessação de sua função. Na prática, a distinção entre as duas categorias ganha, assim, uma importância especial após a cessação das funções públicas. Parece útil, todavia, manter essa distinção, na tentativa de verificar se, para os crimes internacionais, é possível (e, eventualmente, em que medida e com qual fundamento) derrogar as imunidades de quais determinados órgãos de Estado se beneficiam duplamente.²⁷⁸

A posição especial da qual desfrutam os chefes de Estado, os chefes de governo e os ministros das Relações Exteriores, e as consequências dela decorrentes merecem observações à parte. Em particular, é preciso perguntar se um chefe de Estado (ou um chefe de governo ou um Ministro) em exercício, uma vez acusado de crimes internacionais, continua a beneficiar-se das imunidades mesmo quando ele se encontra no estrangeiro em visita privada.

3.3.1.1 Crimes internacionais e imunidades funcionais

3.3.1.1.1 Os processos dos grandes criminosos: da Segunda Guerra Mundial ao TPI

Como já visto no primeiro capítulo, o acontecimento decisivo para o estabelecimento da responsabilidade penal individual no plano internacional foi a instituição dos tribunais militares após as duas grandes guerras. No campo das imunidades, panorama diverso não se distingue, já que após a Segunda Guerra e com a criação dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, foi que houve a criação de uma exceção às imunidades funcionais concedidas aos oficiais de alto escalão, em casos de violações graves de Direito Internacional.

²⁷⁸ Cf. CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Barueri: Manole, 2004. p. 271.

Nos termos do art. 7º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg:

Art. 7º. A posição oficial dos acusados, seja como chefe de Estado, seja como funcionários de alto escalão, não será considerada nem como uma escusa absolutória, nem como motivo de diminuição da pena.

Essa é, portanto, uma derrogação explícita e específica às imunidades de que gozam as pessoas que ocupam posições elevadas na hierarquia estatal. Uma disposição quase idêntica foi inserida no art. 6º do Estatuto do Tribunal de Tóquio, no entanto, tal artigo não mencionou a posição de chefe de Estado, pois como já abordado no primeiro capítulo, já havia sido decidido que não seriam abertos processos contra o imperador Hiroito.

Os dois tribunais após a Segunda Guerra Mundial julgaram efetivamente algumas dezenas de funcionários e oficiais de alto escalão. As regras contidas nos Tribunais Militares e os julgamentos constituem a primeira etapa da formação de uma regra que prevê uma derrogação às imunidades funcionais para os crimes internacionais. Trata-se aqui do nascimento de uma regra contingente do direito costumeiro, de uma regra que se amoldou aleatoriamente pelas práticas dos Estados. A responsabilidade criminal que alcança a todos sem exceção é a expressão de uma nova concepção da ordem pública internacional instaurada desde 1945 com a Carta das Nações Unidas.²⁷⁹

A mesma lógica impregna a maioria dos instrumentos jurídicos que abrangem os crimes internacionais elaborados após a Segunda Guerra Mundial, da Convenção para a Prevenção e a Repressão ao Crime de Genocídio, ao Projeto de Código da Comissão de Direito Internacional, sobre crimes contra a paz e a segurança da humanidade.

É natural que ela se encontre também nos Estatutos dos dois Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda, que excluem a possibilidade de invocar o caráter oficial como causa de irresponsabilidade para os crimes previstos nos Estatutos. O Art. 7º (2) do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia menciona explicitamente os chefes de Estado e de governo entre os funcionários de alto escalão que não podem ser exonerados da responsabilidade penal.

²⁷⁹ Cf. ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit international pénal*. Paris: A. Pedone, 2000. p. 26.

Art. 7º. [...]

(2) A qualidade oficial de um acusado, seja como chefe de Estado ou de governo, seja como funcionário de alto escalão, não o exonera de sua responsabilidade penal nem é motivo de diminuição de pena.

A jurisprudência do TPII confirmou em várias ocasiões que para os crimes previstos em seu Estatuto, existe uma exceção às imunidades funcionais e que essa exceção é prevista pelo Direito Internacional costumeiro. Os juízes do TPII sustentaram também que a alta posição hierárquica pode até mesmo ser uma circunstância agravante. Conforme essas normas, Slobodan Milosevic – ex-chefe de Estado na condição de ex-presidente da República Federal da Iugoslávia – foi processado perante o TPII.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda contém uma disposição que visa excluir a aplicação das imunidades funcionais para os funcionários públicos de alto escalão. A condenação do ex-primeiro-ministro de Ruanda, Jean Kambanda, pelo TPIR serve também para ilustrar a exceção.

Artigo quase idêntico também foi inserido no Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa.

O art. 27 do Estatuto do TPI estabelece a impertinência da oficialidade de maneira muito clara e apresenta uma lista detalhada – aliás, não exaustiva – dos órgãos de Estado, inclusive os chefes de Estado e de governo, que podem incorrer na responsabilidade penal.²⁸⁰

A razão de ser dessa lista, como já foi observado, está ligada ao mecanismo da complementaridade e à existência das imunidades de direito interno.

3.3.1.1.2 As imunidades funcionais e as convenções em matéria de terrorismo internacional

O terrorismo internacional merece observações um pouco diferentes. Conforme já abordado neste capítulo, a comunidade internacional ainda não conseguiu chegar a uma definição geral do crime de terrorismo internacional, mas se

²⁸⁰ Cf. TRIFFTERER, Otto. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article. Salzburg: Hart Publishing, 2008. p. 509.

elaborou muitas convenções com relação aos atos terroristas específicos, que estabelecem regimes particulares de caráter convencional. Nessas convenções, nenhuma menção é feita à falta de pertinência do caráter oficial dos indivíduos-órgãos. Os Estados jamais sentiram a necessidade de invocar a esse respeito as imunidades funcionais para seus órgãos pois, na realidade, eles são muitos reticentes em admitir a possibilidade de que seus agentes estejam implicados em atos terroristas, que a eles, portanto, também seriam imputáveis.

É preciso, portanto, questionar a existência de uma regra que contemple uma exceção às imunidades funcionais nos casos de crimes de terrorismo. No plano geral, o problema não surge quando é possível atribuir a responsabilidade de um ato terrorista a um órgão de Estado: o regime de imunidades funcionais não é evidentemente aplicável quando os crimes de terrorismo internacional são imputáveis a indivíduos ou a grupos de indivíduos. No caso em que, ao contrário, chegássemos a estabelecer entre os responsáveis pelos atos terroristas e algum Estado uma vinculação tal que os terroristas pudessem ser considerados como órgãos de Estado, seria preciso perguntar em que medida o regime das imunidades funcionais pode ser aplicado e, a seguir, se nesse caso é preciso admitir uma exceção para esses crimes.²⁸¹

Imaginemos um caso onde os presumidos responsáveis de um ato terrorista agem na qualidade de agentes secretos – e, portanto, protegidos pelo aparelho estatal – ou então que eles sejam membros de um grupo terrorista que age sob as instruções ou sob o controle de um Estado. Caso se tratassem de membros do serviço secreto, poderíamos talvez considerar a aplicação de regras sobre a imunidade funcional. Seria preciso, a seguir, perguntar se excetuaremos essas regras, mesmo diante do silêncio das Convenções em matéria de terrorismo. A questão se torna mais complicada se o Estado ao qual pertencem os agentes secretos sustenta, por exemplo, que eles excederam sua competência ou contrariam suas instruções, ou então agiram em caráter privado. Nessas hipóteses, deixando de lado qualquer questão relativa à responsabilidade do Estado, parece mais difícil que os agentes possam gozar das imunidades funcionais. A vinculação graças à qual podemos atribuir a responsabilidade a um Estado pelos comportamentos de

²⁸¹ Cf. ZAPPALÀ, S. Do Heads of State Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de cassation. *European Journal of International Law*, 2001. p. 595-612.

uma pessoa ou de um grupo de pessoas que age realmente sob instruções, diretrizes ou controle desse Estado, é suficiente para que se atribua aos órgãos uma imunidade funcional? Se o agente é apenas membro de uma organização terrorista, parece muito difícil que ele possa beneficiar-se das imunidades ligadas à função pública, pois não seria possível imaginar a natureza pública das atividades de tal organização: tratar-se-ia de um caso que não responde de maneira alguma à razão de ser desse tipo de imunidade. Com razão ainda mais forte, o agente que age *ultra vires* não se beneficia da imunidade.²⁸²

De qualquer maneira, é incontestável que se a gravidade de determinados atos terroristas é tamanha a ponto de ser qualificados, por exemplo, de crimes contra a Humanidade, as pessoas responsáveis por eles – supondo que sejam órgãos de Estado que se beneficiam de imunidades – não poderiam jamais invocar as imunidades funcionais.

3.3.1.1.3 As imunidades funcionais: uma exceção consolidada

A existência de exceção costumeira e às imunidades funcionais em caso dos crimes internacionais mais graves foi confirmada pela positivação destas regras nos Estatutos dos mais diversos Tribunais Internacionais.

Segundo a prática internacional, podemos concluir que existe, em Direito Internacional costumeiro, uma regra que permite abrir exceção às imunidades funcionais para determinadas categorias de crimes internacionais. A exceção contempla sem dúvida alguma o genocídio, os crimes de guerra e os crimes contra a Humanidade. Não nos ocupamos, no presente estudo, de crimes que mantêm caráter exclusivamente convencional. A exceção às imunidades funcionais visa tanto aos funcionários de alto escalão quanto aos Chefes de Estado e de governo. Ela opera perante os Tribunais Internacionais da mesma forma que perante as jurisdições internas.

Os crimes internacionais, pelo menos os *core crimes*, não podem, portanto, de modo algum ser acobertados pelas imunidades *ratione materiae*, pois eles não

²⁸² Cf. KRESS, C. L'organe de facto em droit international public: réflexions sur l'imputation à l'État de l'acte d'un particulier à La lumière des développements récents. *Revue générale de droit international public*, 2001. p. 93-41.

podem ser imputados somente ao Estado do qual o indivíduo é órgão. No plano dos valores fundamentais da comunidade internacional, a necessidade de punir os responsáveis por crimes internacionais prevalece sobre a salvaguarda das regras que estabelecem as imunidades funcionais.

Portanto, esta lógica, como veremos a seguir, não se aplica até o fim. Não podemos afirmar tão categoricamente que para os mesmos crimes internacionais a praxe internacional prevê também a exceção às imunidades pessoais. A prática internacional é parca a esse respeito e os termos da questão muito menos definidos.

3.3.1.2 Crimes internacionais e imunidades pessoais

3.3.1.2.1 As imunidades pessoais ou diplomáticas em Direito Costumeiro

As imunidades pessoais, como já vimos, têm natureza, alcance e finalidade diferentes das das imunidades funcionais. Em particular, a imunidade pessoal tem não somente um caráter provisório, mas também uma natureza processual: isso significa que quando um Estado renuncia às imunidades diplomáticas concedidas a seus representantes, estes últimos podem ser processados pelo Estado em que foram acreditados sem nenhum obstáculo.

O único limite colocado pelo direito costumeiro à aplicação das imunidades diplomáticas está ligada à nacionalidade dos agentes diplomáticos. A fim de se beneficiarem da imunidade da jurisdição penal, eles não devem ser cidadãos do Estado em que foram acreditados nem ele ter sua residência permanente. Esta regra visa evitar a impunidade de um agente diplomático que tenha a nacionalidade do Estado onde foi acreditado e onde tenha cometido um crime. De outra forma, esse agente, uma vez retornando ao Estado acreditador, poderia escapar à justiça.

O Direito costumeiro concede as imunidades diplomáticas, por analogia com os agentes diplomáticos, também aos chefes de Estado, aos chefes de governo e aos ministros das Relações Exteriores em visita oficial no território de outro Estado²⁸³, bem como aos representantes enviados em missão especial²⁸⁴.

²⁸³ O Estatuto jurídico de chefes de Estado não é regulado por nenhuma convenção internacional.

Quanto às imunidades pessoais, não se pode constatar a existência de uma regra costumeira prevendo a exceção ou a derrogação no caso dos crimes internacionais mais graves. Não encontramos também muitas derrogações convencionais.

3.3.1.2.2 Uma derrogação implícita: os Estatutos dos Tribunais Penais *ad hoc*

Os Estatutos dos Tribunais Penais *ad hoc*, ao obrigar todo Estado à cooperação com o TPII e o TPIR, contêm uma derrogação implícita ao regime das imunidades diplomáticas. Segundo os dois estatutos, os Estados devem responder a todo pedido de assistência ou a toda ordenança que emane de uma Câmara de primeira instância.²⁸⁵

Na hipótese do TPII ou do TPIR emitirem um mandado internacional de prisão contra um agente diplomático num posto no exterior, as autoridades do Estado onde esse diplomata foi acreditado seriam obrigadas a executar o mandado, abrindo exceção à inviolabilidade do agente diplomático. O Estado que prende o acusado não é responsável pela violação das regras sobre as imunidades diplomáticas, pois – nos termos do art. 103 da Carta das Nações Unidas – as obrigações decorrentes da Carta primam sobre as obrigações que vinculam os Estados-membros em virtude de qualquer outro acordo internacional. Considerando que os Tribunais foram instituídos por decisão obrigatória do Conselho de Segurança das Nações Unidas, as obrigações que decorrem de seus estatutos são cobertas pelo art. 103. O mesmo valeria então para os chefes de Estado (ou os chefes de governo ou os Ministros em visita oficial ao estrangeiro) na hipótese em que eles fossem objeto de um mandado de prisão do TPII e do TPIR. Em conformidade com essas normas, o ato de acusação contra Slobodan Milosevic foi

²⁸⁴ Em particular, os chefes de governos e os ministros das Relações Exteriores são incluídos na categoria de representantes enviados em missão especial. Ver a Convenção Sobre as Missões Especiais, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1969.

²⁸⁵ O texto do art. 29 do Estatuto do TPII (reproduzido pelo art. 28 do TPIR) é:
“Art. 29. Cooperação e entreaajuda judiciária: 1) Os Estados colaboram com o Tribunal na busca e no julgamento de pessoas acusadas por terem cometido violações graves do Direito Internacional humanitário. 2) Os Estados respondem sem demora a qualquer pedido de assistência ou a qualquer ordenança que emane de uma Câmara de 1ª Instância, concernente, sem se limitar a isso: a) à identificação e à busca de pessoas; b) ao arrolamento de testemunhas e à produção de provas; c) à expedição de documentos; d) à prisão ou à detenção de pessoas; e) à transferência ou à apresentação do acusado perante o Tribunal”

formulado quando ele ainda era presidente da República Federal da Iugoslávia, isto é, chefe de Estado em exercício.

Todavia, o art. 103 desempenha um papel somente entre os Estados-membros das Nações Unidas. Isso significa, portanto, que se Slobodan Milosevic tivesse sido preso no estrangeiro quando era chefe de Estado, o Estado que executasse o mandado de prisão poderia ver argüida sua responsabilidade diante da República Federal da Iugoslávia, pois esta última não era, até 1º de novembro de 2000, membro das Nações Unidas, eis que não era considerada como Estado sucessor da República Socialista Federal da Iugoslávia.

3.3.1.2.3 Uma derrogação explícita: o Estatuto de Roma do TPI

O Estatuto de Roma prevê uma derrogação explícita às regras sobre as imunidades pessoais. Assim, o art. 27²⁸⁶ influenciará as regras nacionais (dos Estados que ratificam o Estatuto) em matéria de imunidades pessoais para que elas introduzam uma exceção para os crimes previstos pelo Estatuto do Tribunal.

Além disso, o TPI não dispõe de um aparelho coercitivo, ele deve contar com a cooperação dos Estados-membros para acionar na justiça os acusados. Portanto, é preciso ler o art. 27 (2) conjuntamente com o art. 98 (1), que considera o procedimento a ser seguido em caso de conflito de obrigações decorrentes do Estatuto e aquelas que decorrem de regras internacionais, especialmente em matéria de inviolabilidade da pessoa e de imunidade de execução:

A Corte não pode processar a execução de um pedido de entrega ou de assistência que coagiria o Estado solicitado a agir de maneira incompatível com as obrigações que lhe cabem em direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de uma pessoa ou de bens de um terceiro Estado, salvo se obtiver previamente a cooperação desse terceiro Estado tendo em vista a supressão da imunidade.

A esfera de aplicação do art. 21 (2) depende da interpretação que damos à expressão “terceiro Estado”. Existem duas interpretações possíveis. Segundo a

²⁸⁶ Segundo o art. 24 (2) do Estatuto do TPI: “As imunidades ou regras procedimentais que podem estar vinculadas ao título oficial de uma pessoa, em virtude do direito interno ou do direito internacional, não impedem a Corte de exercer sua competência em relação a essa pessoa”.

primeira, o “terceiro Estado” significaria qualquer Estado – que seja signatário do Estatuto – diferente do Estado que deve ser conformar com as obrigações que lhe cabem em Direito Internacional em matéria de imunidade. Nesse caso, o art. 27 (2) seria definitivamente inútil, pois o TPI seria sempre obrigado a pedir a suspensão da imunidade, mesmo aos Estados signatários do Estatuto.

A segunda interpretação parece mais plausível, “terceiro Estado” seria qualquer Estado que não é signatário do Estatuto do TPI. É apenas por essa via que o art. 27 (2) desempenha seu papel. Uma derrogação automática às imunidades pessoais é, portanto, possível quando o acusado que dela se beneficia é o órgão de um Estado-membro no Estatuto de Roma. A exceção também se aplica aos chefes de Estado e de governo dos Estados-membros. Ao contrário, uma exceção automática não é possível quando o acusado é um órgão de um Estado não-membro, onde será preciso, então, que este último renuncie às imunidades concedidas ao acusado, em conformidade com o art. 98 (1) do Estatuto.

Em conclusão, o estado do Direito costumeiro em matéria de imunidades pessoais não é influenciado pelo Estatuto do TPI. A exceção às regras se aplica unicamente entre o Tribunal e os Estados-membros. Para tanto, se os Estados partícipes no Estatuto não respeitam a obrigação de cooperar com a Corte, esta última pode ser prejudicada no exercício de sua competência, pois os processos à revelia não são admitidos por seu Estatuto.²⁸⁷

3.3.1.2.4 A prática internacional e o TPI: o caso Omar Hassan al-Bashir

No dia 4 de março de 2009, o TPI emitiu em Haia o primeiro mandado de prisão contra um chefe de Estado em mandato: o presidente do Sudão, Omar Hassan al-Bashir.

Na ordem de prisão internacional, Bashir é acusado de crimes de guerra e crimes contra a Humanidade na região sudanesa de Darfur. O painel de três juízes descartou a denúncia no que concernia sobre a acusação de genocídio, pela alegação de falta de provas. Bashir foi e ainda é o primeiro líder em exercício a ter

²⁸⁷ Cf. CASSESE, Antonio; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D. *The Statute of International Criminal Court. a commentary.* v. 1 . Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 608.

uma ordem de prisão expedida pelo TPI desde que essa corte permanente entrou em funcionamento, em 2002. De acordo com estimativas da Organização das Nações Unidas, mais de 300 mil pessoas morreram e cerca de 2,5 milhões foram obrigadas a fugir em mais de cinco anos de conflito em Darfur.

A violência começou quando integrantes de tribos africanas da região pegaram em armas e rebelaram-se contra o governo sudanês. As tribos africanas queixam-se de décadas de negligência e discriminação. O governo iniciou então uma contrainsurgência durante a qual uma milícia árabe pró-Cartum²⁸⁸ cometeu atrocidades contra a comunidade africana. O promotor do TPI, Luis Moreno Ocampo, pediu em julho de 2008 a detenção de Bashir, por crimes de guerra que, segundo ele, o presidente sudanês cometeu, por meio das forças governamentais e milícias apoiadas por ele em Darfur, no oeste do Sudão.

Uma das principais acusações de Ocampo é a do envolvimento do governo do Sudão com a milícia dos janjaweds, responsáveis pelas atrocidades. Mas o governo insiste que não tem nenhuma relação com o grupo. Violações, fome e terror também teriam sido usados como arma. Segundo Ocampo, Bashir é suspeito de ser criminalmente responsável por intencionalmente comandar ataques contra uma parcela importante da população civil de Darfur, Sudão, assassinando, exterminando, estuprando, torturando e transferindo forçosamente grandes números de civis e pilhando suas propriedades.

A ordem de detenção não inclui a acusação de genocídio, porque os juízes consideraram “por maioria” que os documentos apresentados pela Promotoria não ofereceram base suficiente para provar o “dolo específico” de Bashir de eliminar uma parte da população. No entanto, a Promotoria pode apresentar material adicional para solicitar uma modificação da acusação no futuro, se conseguir recolher provas.

²⁸⁸ Cartum (*al-Khartum* em árabe) é a capital do Sudão. Abriga um porto fluvial na confluência do Nilo Azul com o Nilo Branco, na zona leste-central do país. Tem cerca de 2.207.500 habitantes e é a segunda maior cidade do Sudão, atrás somente de Omdurman. Foi fundada pelos egípcios em 1821. Cartum é uma cidade muito pobre, com exceção de raras áreas exclusivas. Poucas ruas são pavimentadas, apesar de o centro da cidade ser bem planejado. Cartum é um centro administrativo, econômico e comercial do Sudão. Dentre as indústrias que se destacam, estão as de alimentação, tecidos e manufacturas de vidros.

No meio de transportes internacional, Cartum tem linhas de trem para Porto Sudão, e também para o Egito, a cidades como El Obeid. O tráfico pelos rios Nilo Azul e Branco também é muito importante, e a cidade possui também um Aeroporto Internacional. Cartum tem três universidades, a Universidade de Cartum, a Universidade Nilayin e a Universidade Sudanesa de Ciência e Tecnologia. Cf. CARTUM. Wikipedia. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cartum>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

Sendo assim, o governo do Sudão está obrigado a executar a ordem de detenção, caso contrário, o Conselho de Segurança da ONU deve garantir seu cumprimento.

No entanto, Bashir continua solto e presidente do Sudão.

No mesmo mês em que foi expedida a ordem de prisão, Bashir visitou a Eritreia, país vizinho ao Sudão, demonstrando claramente que ignora a ordem de detenção emitida contra ele pelo Tribunal Penal Internacional e que pode viajar ao exterior, afirmando assim desprezo para com a iniciativa da corte. Bashir viajou porque foi convidado pelo presidente eritreu, Issaias Afewerki, para expressar sua solidariedade na luta contra a, segundo este, injusta ordem de detenção do TPI.

O Governo da China, União Africana (UA) e a Liga Árabe (LA) prontamente afirmaram que se opõem ao pedido de prisão internacional em países-membros. Eles temem que o mandado destabilize a região, aprofunde o conflito no Darfur e ameace o já difícil processo de paz entre Norte e Sul do Sudão.

Pior, horas depois do pedido de prisão pelo TPI, o governo sudanês anunciou a expulsão de dez organizações de assistência humanitária de nacionalidade britânica, francesa, americana e norueguesa, e a dissolução de outras duas sudanesas. Alguns dos grupos envolvidos são a Médicos Sem Fronteiras, que já confirmou a evacuação de seu pessoal internacional em Darfur, a Oxfam, o Conselho Norueguês para os Refugiados, a Care International e a Assistência Internacional.

Segundo as autoridades sudanesas, Bashir tem direito de visitar qualquer país para servir aos interesses do Sudão.

Ainda em 2009, Bashir esteve presente na 21ª Cimeira Árabe, que teve lugar em Doha, Qatar, onde os países membros da Liga Árabe rejeitaram o mandado de captura emitido pelo TPI.

A conclusão da Cimeira também era esperada. A Liga Árabe não podia ir contra um Presidente de um país com um peso tão grande na organização. Era impensável apoiar o TPI que, para a maioria dos países árabes e africanos, é um menino europeu e americano.

Para a colaboração no descrédito da ordem de prisão do TPI para Bashir, a porta-voz da ONU, Michèle Montas, disse no mesmo dia 4 de março de 2009, em entrevista coletiva, que a ONU manterá cautela para tratar do assunto. Transparece que a organização parece se sentir presa entre a vontade de apoiar a atuação da

Justiça internacional e o fato de que depende da colaboração do governo do Sudão para realizar o extenso trabalho humanitário e de pacificação no país africano. Também não precisou se o principal responsável das Nações Unidas, o secretário-geral da ONU, Ban Ki-moon, pedirá ao Governo do Sudão que cumpra a ordem de detenção e entregue Bashir ao TPI, pois segundo Michèle Montas isso era uma questão que corresponde ao TPI, ressaltando que a ordem de detenção foi emitida pelo alto tribunal, que é um órgão independente, por isso Ban Ki-moon não teria nada a dizer sobre esta ordem.

Na opinião do embaixador sudanês na ONU, Abdalmahmood Abdalhaleem Mohamad, a declaração de Ban Ki-moon não exige o cumprimento da decisão do Tribunal Internacional, pois, segundo Mohamad, "Esta declaração não nos obriga a colaborar com o TPI, isso está muito claro para nós"²⁸⁹, acrescentou.

Tais comportamentos – da Eritreia, da Liga Árabe, da China, da União Africana e da ONU – supõem uma mensagem muito clara: que, para Bashir, para o Sudão e para muitos países, a ordem de prisão não existe, e que ele pode se movimentar com liberdade por onde quiser, embora, normalmente, seja só até a alguns países vizinhos e não tenha tido que passar por nenhum aeroporto internacional de um terceiro país.

Acreditamos que todo este cenário representa um gigantesco revés no TPI e levanta muitas questões, ao nível do Direito Internacional e da diplomacia.

Logicamente que este episódio nos traz um verdadeiro panorama atual do TPI, onde vislumbramos, neste gesto simbólico, uma demonstração de força e independência.

Desde que o TPI foi criado, tem sido sempre discutida a universalidade da sua jurisdição, onde será sempre complicado fazer prevalecer as ordens do TPI, até porque não há qualquer tipo de sanção, nem sequer obrigação legal para que os Estados cooperem com o organismo internacional.

3.3.1.3 Considerações a respeito das imunidades

²⁸⁹ TRIBUNAL Penal Internacional emite ordem de prisão internacional contra o presidente do Sudão. Disponível em: <http://pt.wikinews.org/wiki/Tribunal_Penal_Internacional_emite_ordem_de_pris%C3%A3o_internacional_contra_o_presidente_do_Sud%C3%A3o>. Acesso em: 15 jan. 2010.

As manifestações do Direito Internacional, embora às vezes decepcionantes, mostram que não são aceitas exceções às imunidades diplomáticas, mesmo em casos de crimes internacionais. Não são aceitas exceções quando o acusado é um chefe de Estado, bem como não são distinguidas as visitas oficiais e as privadas.

Se os Estados estão prontos para admitir que os crimes internacionais não podem ser mais considerados atos atinentes ao exercício funcional e, assim, cobertos pelas imunidades funcionais, ao mesmo tempo eles dão prioridade às imunidades diplomáticas em relação à apuração de crimes internacionais. Essa situação é, de certa maneira, paradoxal, pois, de um lado, nos casos dos crimes internacionais os Estados aceitam a falta de pertinência da titularidade de um cargo, mas de outro não abrem exceção às imunidades diplomáticas.

Todavia, é preciso ressaltar que este entendimento não significa que devemos nos conformar com a impunidade. As imunidades pessoais cessam com a função, decorrendo que as pessoas acusadas podem ser indiciadas, mesmo no exterior, uma vez que elas tenham deixado suas funções públicas. Em segundo lugar, as imunidades diplomáticas têm natureza processual e podem, portanto, ser retiradas pela autoridade nacional competente. A possibilidade da suspensão das imunidades se torna evidentemente mais complicada se a pessoa acusada de crimes internacionais é um chefe de Estado, pois assim não haveria outra autoridade para renunciar às imunidades. Ademais, se o acusado é um chefe de Estado ou um chefe de governo, o risco de colocar em perigo o bom funcionamento ou até mesmo a existência de um Estado é muito grande para a comunidade internacional. É por essa razão que a exceção às imunidades diplomáticas não se aplica, atualmente, aos chefes de Estado em exercício. No sentido inverso, esta questão não é suscitada quando o acusado é um ex-chefe de Estado.

3.3.2 Os crimes internacionais e a Prescrição

A grande maioria dos instrumentos jurídicos que tratam da prevenção e a repressão dos crimes internacionais não aborda a questão da prescrição.

Remontando às origens do TPI, nem o Estatuto do Tribunal de Nuremberg nem a de Tóquio faziam menção à possibilidade dos crimes contra a paz, os crimes

de guerra e os crimes contra a humanidade prescreverem após o decurso de determinado prazo. Mesmo após os Tribunais Militares, como por exemplo, na Convenção para a Prevenção e a Repressão ao Crime de Genocídio de 1948, nos princípios de Nuremberg adotados pela CDI em 1950 ou nas Convenções de Genebra sobre o Direito Humanitário de 1949, o silêncio persiste sobre a temática da prescrição.

Somente após duas décadas, quando uma grande quantidade de crimes perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial corria o risco de prescrever, é que foi mencionado numa convenção internacional sobre a imprescritibilidade dos crimes internacionais. Tal episódio ocorreu em 1968, quando a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a Humanidade, que visa tanto a prescrição da ação pública quanto a da pena. No entanto, a Convenção não foi ratificada por um grande número de países, pelo contrário, a maioria dos Estados a criticou duramente, sobretudo quanto à disposição que tratava da aplicação da não prescrição aos crimes cometidos antes da sua entrada em vigor, pois tais Estados sustentavam que isto violaria o princípio da não-retroatividade da lei penal. Porém, na verdade, a Convenção não tencionou introduzir novos crimes, mas apenas se limitou a constatar a gravidade dos já existentes e, portanto, a visar sua imprescritibilidade. A questão de saber se as regras sobre a prescrição são regras de fundo ou regras processuais não tem uma resposta unívoca. O Estatuto do TPI estabelece o princípio da imprescritibilidade entre os princípios gerais do Direito Penal.

Em 1974, elaborou-se no seio do Conselho da Europa, a Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, aplicando-se exclusivamente aos crimes cometidos após a sua entrada em vigor, ou antes desse momento somente no caso do prazo da prescrição ainda não ter expirado nessa data. No entanto, apenas a Holanda e a Romênia a ratificaram.

Após essa duas Convenções sobre a imprescritibilidade, novamente o silêncio. Apenas a Convenção Interamericana contra os desaparecimentos forçados tratou sobre o tema²⁹⁰.

²⁹⁰ A Convenção Interamericana contra os Desaparecimentos Forçados contém um artigo que prevê a imprescritibilidade: "*Article VII. Criminal prosecution for the forced disappearance of persons and the penalty judicially imposed on its perpetrators shall not be subject to statutes of limitations. However, if*

Entre os acordos mais recentes, nem o Projeto de Código dos Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, adotado pela CDI em 1996, nem os Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda contêm algum artigo sobre a imprescritibilidade dos crimes.

No Projeto do Código, a regra sobre a imprescritibilidade, embora houvesse sido inserida no texto do projeto adotado em 1991, foi eliminada do projeto adotado em 1996, pois o CDI avaliou que a regra não era aplicável a todas as categorias de crimes previstos. A falta desse dispositivo transparece algo importante, já que parece mostrar que o princípio da imprescritibilidade não era considerado em 1996 como uma norma costumeira aplicável a todas as categorias dos crimes internacionais mais graves.²⁹¹

Quanto aos Estatutos dos Tribunais *ad hoc*, a jurisprudência do TPII e do TPIR até chegou a afirmar que alguns crimes eram imprescritíveis, como no caso do crime de tortura. No entanto, a ausência de uma regra explícita aplicável a todo crime sujeito à competência dos dois tribunais permitiu aos Estados não tratar em âmbito interno a questão da prescrição. Os Estados-membros não foram forçados a introduzir em seus sistemas nacionais a imprescritibilidade dos crimes que se encontram dentro do rol de competência material do TPII e do TPIR.

O Estatuto do TPI veio finalmente esclarecer a questão, pelo menos no que concerne aos crimes ali previstos, isto é, os *core crimes*, os crimes internacionais mais graves.

O art. 29 do TPI, que é dedicado aos princípios gerais de Direito Penal, prevê a imprescritibilidade de maneira muito clara. Segundo o texto, “Os crimes sujeitos à competência da Corte não prescrevem”.

Como a jurisdição do TPI é complementar à dos Estados-partes, conforme reza o art. 17 do Estatuto de Roma, os signatários são obrigados a introduzir em seus sistemas penais nacionais as modificações necessárias à adaptação a essa regra, isso se não quiserem que suas cortes sejam destituídas de competência, com

there should be a norm of fundamental character preventing applications of the stipulations contained in the previous paragraph, the period of limitation shall be equal to that which applies to the gravest crime in the domestic laws of corresponding state party”. Cf. INTER-AMERICAN convention on forced disappearance of persons. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-60.html>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

²⁹¹ Cf. FRULLI, M. Are Crimes against Humanity More Serious Than War Crimes?. *European Journal of International Law*, 2001. p. 341-342.

o TPI exercendo seu direito de avocação e chamando para si o deslinde de um caso.

Na verdade, uma interpretação restritiva dos critérios fornecidos pelo art. 17 do Estatuto de Roma para determinar se existe falta de vontade ou incapacidade do Estado signatário, no caso em questão, tornaria difícil incluir a falta de adaptação das regras internas à regra sobre a imprescritibilidade prevista no art. 29. Numa interpretação mais ampla é, portanto, desejável, dado que o art. 29 se dirige em primeiro lugar aos Estados, já que a *ultima ratio* do Estatuto do TPI é a de evitar a impunidade.

Também podemos notar que as convenções em matéria de terrorismo internacional, que não são poucos como já vimos, não contêm regra alguma sobre a imprescritibilidade dos crimes. Conforme já abordamos antes no que diz respeito às imunidades, os problemas dos atos terroristas têm natureza diferente daqueles atinentes a outros crimes internacionais. Em geral, os Estados não têm interesse algum em evitar o processo penal dos responsáveis por crimes de terrorismo, sendo improvável que esses crimes corram o risco de prescrição.

3.3.2.1 O Estatuto de Roma e o surgimento de regra costumeira sobre a Prescrição

Dissemos que em 1996 a CDI afirmava que não existia regra costumeira sobre a imprescritibilidade dos crimes internacionais. No entanto, atualmente, é preciso considerar se, à luz dos acontecimentos mais recentes, assistimos à formação de uma regra internacional que preveja a imprescritibilidade dos crimes internacionais, pelo menos dos core crimes.

O Estatuto de Roma marcou uma contribuição no sentido do desenvolvimento progressivo da matéria. Hoje em dia, podemos afirmar que, uma regra costumeira que reconhece a imprescritibilidade dos crimes submetidos à jurisdição do TPI está em vias de formação. É preciso acompanhar as mudanças em andamento nas regras internas dos Estados em matéria de prescrição, para constatar se vão efetivamente mudar seus sistemas para neles introduzir a imprescritibilidade dos crimes sob a competência do TPI. Se assim o for, contribuirão para a consolidação de uma norma costumeira.

Se uma regra de Direito Internacional geral sobre a imprescritibilidade, da mesma forma como a prevista pelo Estatuto de Roma, está em vias de formação, decorre daí que todos os Estados deveriam adaptar suas normas internas para introduzi-la em seus sistemas de Direito Penal, uma vez que a regra seja formada, quer desejem ou não subscrever o Estatuto do TPI.²⁹²

No entanto, é preciso considerar que, mesmo se a imprescritibilidade dos crimes internacionais mais graves está a caminho de tornar-se uma obrigação costumeira, os Estados-partes e os terceiros Estados no Estatuto do TPI vão se encontrar em duas posições diferentes do ponto de vista prático.

Primeiramente, se os Estados não se adaptarem ao conteúdo do art. 29 do Estatuto de Roma, permitirão ao mecanismo da complementaridade entrar em ação, com a Corte exercendo seu direito à evocação. Por outro lado, o TPI raramente consegue desempenhar um papel complementar aos tribunais internos de terceiros Estados. Os únicos casos dos que o TPI poderia se incumbir – julgando assim a capacidade dos terceiros Estados de realizar processos penais – seriam aqueles em que o autor de um crime sujeito à competência do TPI em razão do local do cometimento do delito (*locus commissi delicti*), é cidadão de um terceiro Estado que não tem a possibilidade de processá-lo, como por exemplo, quando por causa de suas regras em matéria de prescrição. Portanto, em relação aos terceiros Estados, o TPI não tem nenhum meio concreto para fazer pressão com o intuito de levá-los a adaptar seus sistemas às regras previstas pelo Estatuto. Uma vez que o Estatuto esteja em vigor, pode ocorrer o caso em que as regras internas sobre a prescrição impeçam o processo dos responsáveis pelos crimes internacionais sem que o TPI possa remediar essa situação.²⁹³

Em segundo lugar, a regra da imprescritibilidade consagrada pelo Estatuto de Roma somente pode se aplicar aos crimes cometidos após a sua entrada em vigor. O TPI não pode exercer a avocação se o crime que corre o risco de prescrição remonta ao período anterior de sua vigência.

Claramente, saindo do sistema do TPI, fica difícil vislumbrar a aplicação de uma regra sobre a imprescritibilidade aos crimes cometidos no passado. Já

²⁹² Cf. CASSESE, Antonio; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D. *The Statute of International Criminal Court. a commentary.* v. 1 . Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 620.

²⁹³ Cf. SCHABAS, Willian A. e LATTANZI. *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court.* vol. I. Fagnano Alto: Sirente II, 1999. p. 66.

abordamos que a retroatividade foi a característica duramente criticada na Convenção sobre a Imprescritibilidade de 1968.

Desta forma, constatamos que não é possível afirmar que a regra da imprescritibilidade se aplica aos crimes internacionais que não estão previstos dentro do rol de competência *ratione materiae* do TPI. Levando-se em consideração os diferentes sistemas internos dos Estados, pode ser, portanto, que existam crimes internacionais que já prescreveram e correm o risco de prescrever.

3.3.3 Os crimes internacionais e a Anistia

3.3.3.1 Os instrumentos jurídicos para a repressão dos crimes internacionais e a anistia

A anistia quase não é mencionada nos textos relativos à repressão dos crimes internacionais. Em geral, não existe uma explícita proibição legal feita aos Estados de adotarem leis de anistia que cubram crimes internacionais. Da mesma forma, não nos textos convencionais e estatutários regra alguma que impeça que uma lei de anistia já adotada possa ser obstáculo ao exercício da ação penal. Deste modo, é preciso verificar se uma proibição como essa pode ser deduzida dos principais acordos na matéria ou se podemos constatar a existência de alguma regra costumeira que proíba a anistia para os crimes internacionais.

Encontramos expressamente em algumas Convenções a obrigação dos Estados-partes de processarem os responsáveis pelos crimes. A Convenção Interamericana sobre os Desaparecimentos Forçados e a Convenção para a Prevenção e a Repressão ao Genocídio proíbem expressamente qualquer disposição de anistia. Já nas Convenções de Genebra de 1949 para as infrações graves das convenções e na Convenção contra a Tortura de 1984, encontramos a alternativa de “julgar ou extraditar”. Nestes casos, os Estados signatários não podem adotar medidas de anistia para os crimes previstos nas convenções, pois se comprometeram a processar os seus autores. Um Estado – como propugna o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – não pode invocar suas normas internas para não respeitar um tratado.

Os Estatutos do TPII e do TPIR não trataram a respeito da anistia. Assim sendo, a problemática deve ser resolvida no âmbito da competência concorrente dos Tribunais Internacionais e dos Tribunais Nacionais, levando-se em consideração a obrigação dos Estados de colaborarem com esses tribunais. A primazia dos Tribunais Internacionais e a obrigação de colaboração dos Estados excluem a aplicabilidade das leis de anistia aos crimes previstos pelos Estatutos.

No mesmo sentido, importante realçar a referência ao Estatuto do Tribunal Especial Misto para Serra Leoa, onde as Nações Unidas tomaram uma posição explícita sobre a ilegitimidade da anistia cobrindo os crimes internacionais mais graves.

O Estatuto de Roma não dissipou as incertezas sobre o assunto. Não foi feita no Estatuto menção alguma quanto à anistia, que, aliás, não foi muito discutida durante as negociações sobre o texto. Apesar do silêncio, identificamos muitas normas no Estatuto que indicam a vontade de evitar a impunidade por todos os meios e, portanto, levando a considerar as leis de anistia incompatíveis com o sistema do TPI.

3.3.3.2 O Estatuto de Roma e o surgimento de regra costumeira sobre a Anistia

Verificamos que quase não há como se estabelecer uma obrigação geral de Direito Internacional de processar os responsáveis pelos crimes internacionais. Portanto, não existe proibição de adotar leis de anistia. No entanto, parece que uma regra que torna não anistiáveis os crimes internacionais mais graves está quase se formando, assim como no caso da prescrição, justamente pela influência e a adoção do Estatuto de Roma.

Como já destacamos, o Estatuto não contém disposição alguma que trate sobre a anistia. Mas então, como interpretar tal lacuna? É possível que leis internas de anistia impeçam o exercício da jurisdição do TPI? A resposta obviamente deve ser negativa. O Estatuto de Roma é claro já em seu preâmbulo, quando afirma “que os crimes mais graves que atingem o conjunto da comunidade internacional não poderiam restar impunes e que sua repressão deve ser efetivamente garantida por medidas tomadas no âmbito nacional e pelo reforço da cooperação internacional”, e ainda segue no sentido de “que é do dever de cada Estado submeter à sua

jurisdição criminal os responsáveis por crimes internacionais”. Além disso, é preciso sempre lembrar que o objetivo principal do Estatuto do TPI é evitar a impunidade.

Não obstante, o silêncio do texto e a ambiguidade de certas normas abrem a possibilidade de uma exceção, exatamente no caso em que se encontraria no âmbito de um processo de paz e de reconciliação nacional que prevê outros meios de investigação e de reparação. Nos termos do art. 16 do Estatuto de Roma, o Conselho de Segurança pode pedir ao TPI, um *sursis* para investigar ou para processar durante os doze meses seguintes à própria resolução, podendo inclusive ser renovado. Supõe-se, assim, que o Conselho de Segurança pode, graças ao art. 16, pedir ao TPI que respeite uma lei de anistia: 1) caso ficasse constatada uma ameaça contra a paz, de uma ruptura da paz ou de um ato de agressão; e 2) caso a resolução que pede o *sursis* estivesse conforme os objetivos das Nações Unidas, inclusive o respeito aos direitos humanos.²⁹⁴

Mas existem objeções que podemos fazer a esta interpretação. Talvez seja verdade que o Conselho de Segurança poderia deixar passar os interesses da paz antes dos da justiça e que a intervenção do TPI no contexto de um processo de paz, no qual as partes optaram por fazer a transição para um novo sistema pelos meios alternativos ao processo penal, poderia desestabilizar novamente o país e, portanto, representar uma ameaça contra a paz. Mas fica difícil imaginar disposições de anistia que estejam completamente em conformidade aos objetivos das Nações Unidas. Se no passado as Nações Unidas exprimiram sua aprovação às disposições de anistia que eram adotados no quadro das suas Convenções e acordos de paz, ultimamente elas têm-se expressado claramente pela ilegitimidade da anistia para os crimes internacionais mais graves.²⁹⁵

Pegando-se como exemplo o caso do Tribunal Especial para Serra Leoa, isto nos leva a pensar na hipótese de uma regra costumeira em formação a respeito da anistia. Neste país, a qual há a presença de um processo de reconciliação nacional e da adoção de uma disposição de anistia (para os crimes menos graves), preferiu-se, no entanto, processar os crimes mais graves.

Quanto ao processo dos crimes cometidos no Camboja entre 1975 e 1979, onde as Nações Unidas estão ajudando o governo na preparação dos processos

²⁹⁴ Cf. WEGWOOD, R. The International Criminal Court: na American View. *European Journal of International Law*, 1999. p. 96.

²⁹⁵ Cf. HAFNER, G.; BOON, K.; RUBESAME, A.; HUSTON, J. A Response to American View as Presented by Ruth Wegwood. *European Journal of International Law*, 1999. p. 109-113.

penais dos responsáveis pelos crimes cometidos neste tempo, uma das questões mais discutidas é a da anulação das disposições de anistia previamente concedidas.²⁹⁶

Tais acontecimentos mostram que não se escolhe mais a alternativa da anistia para cobrir esses crimes. Constatamos, então, o sentimento difundido na comunidade internacional para a abolição da anistia para os crimes internacionais mais graves. Chega-se o dia em que o processo penal dos responsáveis pelos crimes mais graves torna-se uma solução a que não se pode renunciar, mesmo se a paz não estiver consolidada e se forem muitas as dificuldades.

²⁹⁶ Cf. LINTON, S. Cambodia, East Timor and Sierra Leone: experiments in international justice. *Criminal Law Forum*, 2001. p. 198.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transgressões aos direitos humanos são provenientes desde o início da civilização, conforme constatamos no primeiro capítulo. Logicamente, tais transgressões foram sentidas de forma mais contundente no período das Grandes Guerras Mundiais, porém, não se restringiram a estes episódios. Como visto, se estenderam após a Segunda Guerra Mundial, sentindo-se de maneira mais condensada posteriormente ao fim da Guerra Fria, em virtude da desigualdade crescente entre necessitados e ricos, das guerras civis e do fundamentalismo religioso, dentre outras razões. Verifica-se, assim, o movimento de reconstrução dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a nortear a ordem internacional hodierna.

O Tribunal Penal Internacional constitui o primeiro passo visível neste sentido. Para se chegar a essa conclusão, contudo, foi necessário percorrer um longo estudo que se inicia com a análise do início remoto da origem dos Tribunais Internacionais no século XV. Percebe-se, então, que a tendência atual das Relações Internacionais é a de cooperação entre os povos, na qual o TPI se insere.

Como visto, o TPI realiza uma antiga aspiração da comunidade internacional. O passo seguinte é fazer com que a Corte possa efetivamente exercer a sua tarefa na proteção dos direitos humanos contra as graves violações, a saber, os crimes de genocídio, de guerra, contra a paz e contra a humanidade, já referidos.

Ninguém pode ignorar que hoje em dia a repressão a esses crimes teve um desenvolvimento extraordinário. Os juízes nacionais e também as jurisdições internacionais, e logo também o próprio TPI, têm processado cada vez mais esses crimes. Isso seria impensável há algumas poucas décadas: quem poderia considerar possível que um chefe de Estado em exercício, Slobodan Milosevic, fosse processado e, uma vez, destituído, apresentado à justiça perante um Tribunal Penal Internacional, o TPII, ou que outro Tribunal Internacional, o de Ruanda, o TPIR, pudesse julgar e condenar um ex-chefe de governo, Jean Kambanda, e deter numa prisão das Nações Unidas onde ex-ministros.

No entanto, o desenvolvimento da justiça penal internacional não é feito sem ambiguidades, desafios e contradições. Escolhas políticas estão na origem do estabelecimento dos Tribunais Internacionais. Além disso, ainda enfrentam

dificuldades objetivas, especialmente na ausência de uma polícia judiciária de que possam dispor livremente.

Em face da complexidade dos temas aventados e da diversidade de interesses e de opiniões entre os Estados participantes da Conferência de Roma, o Estatuto de Roma adotou algumas soluções que não parecem ser as mais apropriadas ou eficazes. São exemplos: a ausência de definição estatutária para o crime de agressão; a cláusula que permite ao Conselho de Segurança suspender uma investigação ou julgamento por um período de doze meses, renovável; o dispositivo transitório que permite a não-aceitação da jurisdição do TPI para crimes de guerra, por um período de sete anos; a não-proibição do uso de armas nucleares durante os conflitos armados; a não previsão do crime de terrorismo como crime internacional, entre outros.

Quaisquer que sejam os obstáculos que ainda se oponham à extensão e ao reforço da jurisdição penal internacional, é inegável que essa nova realidade do mundo atual coloca muitos problemas.

No que diz respeito às relações entre justiça penal extraterritorial e soberania estatal, foi possível constatar que a jurisdição penal nacional de um lado e as jurisdições penais internacionais de outro, indiscutivelmente desgastaram e enfraqueceram o monopólio da repressão penal, até então detido pelo Estado nacional. No entanto, essa lesão à soberania é mais aparente do que real, pois os Estados ainda detêm o monopólio da força, ainda são eles que gerenciam a polícia judiciária e, ao fazerem isso, relutam em colocar à disposição das jurisdições internacionais uma polícia judiciária autônoma. Cada vez que se trata de obter elementos de prova, de convocar e ouvir testemunhas, de deter suspeitos ou acusados, os juízes internacionais precisam recorrer às autoridades estatais e pedir a elas que cumpram todos esses atos que envolvem um poder soberano.

Quanto à definição dos crimes internacionais mais graves, percebemos que há uma dificuldade para que se adicione novos crimes à esta categoria de core crimes, porquanto há uma discussão no que concerne aos valores, pois os ideais subjacentes e a realização da justiça penal internacional sempre desemboca no debate sobre o universalismo ou o relativismo desses valores. A análise do Estatuto de Roma e dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos revela uma tendência em direção à aceitação universal dos mesmos valores. A jurisprudência internacional acentua essa tendência, pois visa à formulação de definições e noções

de crimes que sejam aceitáveis para todos os Estados, grupos e indivíduos da comunidade internacional. Logo, enquanto cada cultura e cada tradição histórica, por seus próprios valores ou suas próprias concepções, revela tendência ao relativismo, as jurisdições internacionais, ao pronunciar-se sobre crimes internacionais, adotam atitude inversa. Porém, um consenso acerca desses valores universais é de extrema dificuldade, por isso o entrave quanto à inserção de novos crimes no rol de competência material do Estatuto de Roma.

No que concerne às antinomias entre o Estatuto de Roma e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o fato é que, apesar do aparente conflito, no que concerne aos institutos acima descritos, o Brasil insere-se na comunidade internacional, e tem por princípio inscrito no art. 4º, inciso II, da Constituição Federal, reger-se nas suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos. Também na Carta Magna, encontramos no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a afirmação de que o país propugnará pela formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos. Esse Tribunal é o TPI, criado pela Conferência de Roma, ou seja, não há qualquer conflito.

Já na visão de conjunto sobre a evolução das regras de Direito Internacional a respeito das imunidades, a prescrição e a anistia, abordadas ao final do trabalho, chegamos a um balanço positivo. A falta de pertinência do exercício do cargo e, portanto, da impossibilidade de alguém se beneficiar indevidamente das imunidades funcionais, é de agora em diante uma regra consolidada. A imprescritibilidade dos crimes mais graves é uma regra costumeira, onde vislumbramos ser uma regra costumeira em vias de consolidação, e parece que quanto à anistia também há a mesma formação. Sem dúvida alguma, a adoção do Estatuto de Roma no plano internacional deu uma contribuição importantíssima para o desenvolvimento nesse campo.

Numa análise completa, também é interessante colocarmos que há aspectos negativos. Os institutos abordados referem-se apenas aos crimes mais graves, pois as regras sobre a imprescritibilidade e a proibição da anistia como regras costumeiras em vias de formação, aplicam-se exclusivamente a esses crimes. Ademais, a anistia e a prescrição ainda são aceitas como motivos de recusa de extradição na maioria dos tratados sobre a matéria, sem que haja exceção.

Quanto às imunidades, a prática nos indica que não existe exceção para as imunidades pessoais, especialmente no caso em que o acusado é um chefe de

Estado ou de governo. Os Estados não estão prontos para eliminar toda imunidade, pois eles temem os riscos potenciais para a estabilidade e a paz que poderia comportar o processo penal de um chefe de Estado ou de governo em exercício. Neste momento da história mundial, parece difícil considerar a formação de uma exceção a respeito dos altos órgãos da hierarquia estatal.

Enfim, podemos almejar que o Estatuto de Roma possa levar a maioria dos Estados a introduzir em seus sistemas de Direito Penal as modificações necessárias para tornar possível o processo penal dos crimes internacionais, passando por cima dos aparentes limites legais e dos desafios políticos à ele apresentados.

Enquanto isso não ocorre, se temos consciência de que o modelo atual de justiça penal internacional não é o adequado para dar as respostas buscadas por um sistema penal efetivamente independente e imparcial, resta-nos examinar, com o espírito desarmado, as normas trazidas pelo Estatuto do TPI, cujo modelo nos parece o início da compatibilidade com a justiça penal internacional que almejamos.

O TPI, deste modo, constitui o primeiro passo dado pela humanidade no sentido de reconhecer os direitos humanos como indisponíveis em âmbito supranacional, concretizando um ideal ao longo dos séculos perseguido, qual seja, a defesa de direitos inerentes ao homem, independentemente de onde ele esteja ou qual seja o poderio econômico ou militar da sua nação.

Resta-nos pressagiar que o TPI assuma posição estável e categórica na determinação do cumprimento das obrigações convencionais de proteção assumidas pelos Estados-membros no Tratado de Roma, fato este que depende do fortalecimento do sistema de normas garantidoras do direito, da paz e do exercício ativo e ininterrupto de uma cidadania universal, em detrimento da influência dos fatores reais de poder profundamente ligados ao poder de mercado e à guerra.

É um novo modelo de justiça penal, que não despreza as conquistas da dogmática do direito penal moderno, mas agrega características de um modelo construído a partir das experiências judiciais criadas para o julgamento e a punição dos autores individuais de violações massivas de direitos humanos por que passou a humanidade no século passado. Por outro lado, é um modelo que traz maiores garantias em relação aos Tribunais Militares, os Tribunais *ad hoc* e os Tribunais Especiais Mistos, a que todos os Estados estão sujeitos por força das competências do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas e que, aliás, tem primazia sobre as jurisdições internas dos Estados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMATI, Enrico; CACCAMO, Valentina; COSTI, Mateo; FRONZA, Emanuela; VALINI, Antonio. *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*. Milano: Giuffrè, 2006.

AMBOS, Kai. *La parte general de Derecho Penal: bases para una elaboración dogmática*. Bogotá: Temis, 2005.

AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. *O Direito Penal no estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AMBOS, Kai; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano (org.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan. *Dificuldade jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma: contribuição da América Latina e da Alemanha*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan. *Temas actuales del derecho penal internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

ANELLO, Carolina Susana. *Corte Penal Internacional: creada por el estatuto de Roma (17/7/98)*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2003.

ANTEPROJETO de Lei para Implementação do Estatuto de Roma. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/ji_cortes_internacionais/tpi-brasil_-_exp.mot.est.roma.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2010.

ARAÚJO JR., João Marcello. *Tribunal penal internacional permanente, instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais* (processo legislativo histórico e características). Parecer apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros, indicação n. 036/98, 1999.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito internacional penal: delicta iuris gentium*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ARSANGANI, M. *El régimen jurisdiccional de La Corte Penal Internacional*. Human Rights Watch. Declaración ante El Sexto Comité, p. 22-43. Disponível em: <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina.../human_rights_watch.doc>. Acesso em: 15 jan. 2010.

ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit international pénal*. Paris: A. Pedone, 2000.

BAHIA, Saulo Casali. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, nº 9, jan – dez – 2001. Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001.

BARROS, Miguel Daladier. *Os legados jurídicos, éticos e humanísticos do Tribunal de Nuremberg: 60 anos depois*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 set. 2008.

BASSIOUNI, M. Cherif. Chronology of efforts to establish an International Criminal Court. In: *Nouvelles Études Penales*, n. 10, Toulouse: Érès, 1993.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. New York: Transnational Publishers, 2003.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004.

BIANCHI, Giorgio. *Genocídio*. In: Dicionário de Política. Brasília: Unb. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BLACK'S Law Dictionary. 7. ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 1999.

BOLLO AROCENA, Maria Dolores. *Derecho internacional penal: estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2004.

BOURDON, William. *La Cour pénale internationale*. Paris: Éditions du Seuil, 2000.

BRANT, Leonardo Nemer C. *Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo internacional na comunidade internacional e no Brasil – perspectivas jurídico políticas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O terrorismo na agenda internacional*. n.º 18. Brasília: CEJ, 2002.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O Tribunal Internacional e a Constituição Brasileira*. São Paulo: Artes, 2000.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Série ação parlamentar, n.º 110. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000.

CALETTI, Cristina. Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3986>>. Acesso em: 27 mar. 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, 182, 1993.

CARTUM. Wikipedia. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cartum>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

CARVALHO, Nuno Vieira de. *O direito internacional na era da globalização e do risco*. Disponível em: <http://criticanarede.com/html/pol_direitointern.html>. Acesso em: 11 jan. 2010.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio. Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories. *European Journal of International Law*, 2001.

CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Barueri: Manole, 2004.

CASSESE, Antonio; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D. *The Statute of International Criminal Court: a commentary*. v. 1 . Oxford: Oxford University Press, 2002.

CERQUEIRA, Daniel Lopes. O tratamento do terrorismo pelo aparato normativo internacional . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 819, 30 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7368>>. Acesso em: 02 mar. 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassam e AMBOS, Kai. Tribunal Penal Internacional – Breve Análise do Estatuto de Roma. *AIDP – Brasil*. Rio de Janeiro, jul. 2003. Disponível em: <<http://www.aidpbrasil.org.br/artigos.asp>>. Acesso em: 04 out. 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (org.) *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. Tribunal de Nuremberg . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 28, fev. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1639>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijuí, 2008.

CRETELLA NETO, José. *Terrorismo Internacional: inimigo sem rosto, combatente sem pátria*. Campinas: Millenium, 2008.

CUNHA, Guilherme da. *As dimensões política e humanitária da criação do Tribunal Penal Internacional*. Revista do Conselho de Estudos Jurídicos do STJ, mai./ago. 2000.

DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍN MARTINEZ, Magdalena M. *La corte penal internacional: justicia versus impunidad*. Barcelona: Ariel, 2001.

ELAGAB, Omer Y. *International Law Documents Relating to Terrorism*. Londres: Cavendish, 1997.

FIORENTINI, Gianluca, PELTZMAN, Sam. *The economics of organized crimes*. Cambridge: University Press, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: UERJ (tese), 1980.

FREITAS, Christiana Galvão Ferreira de. *O Tribunal Penal Internacional permanente e a proteção dos direitos humanos: o debate sobre a ratificação do Tratado do Brasil em perspectiva comparada*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. 2005.

FRULLI, M. Are Crimes against Humanity More Serious Than War Crimes?. *European Journal of International Law*, 2001.

FRY, James D. Terrorism as a Crime Against Humanity and Genocide: the backdoor to Universal Jurisdiction. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Los Angeles, 2002, v. 7, n. 169.

GIL GIL, Alícia. *Derecho Penal Internacional*. Madri: Tecnos, 1999.

GIL GIL, Alicia. *El genocídio y otros crímenes internacionales*. Valência: UNED, 1999.

GOMES FREITAS, Daniela Carla. *O princípio da complementaridade como aspecto fundamental do estatuto de Roma*. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/OPrincipiodacomplementariedade2.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Está nascendo o primeiro Tribunal Penal Internacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2920>>. Acesso em: 22 fev. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Tribunal penal internacional: mais um sonho do século XXI. *DhNet*, Natal. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/luiz_tpi.html>. Acesso em: 08 fev. 2010.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRAMAJO, Juan Manuel. *El estatuto de La corte penal internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2003.

GUILLAUME, Gilbert. Terrorismo e Justiça Internacional. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HAFNER, G.; BOON, K.; RUBESAME, A.; HUSTON, J. A Response to American View as Presented by Ruth Wegwood. *European Journal of International Law*, 1999.

HENKIN, Louis. *International law: cases and materials*. St. Paul: West Publishing, 1980.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. t. I. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *The States Parties to the Rome Statute*. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

JAPIASSÚ, Carlos Adriano. *Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *A Corte Criminal Internacional: possibilidades de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: AIDP – Brasil, 2001. Disponível em: <<http://www.aidpbrasil.org.br/artigos.asp>>. Acesso em: 04 jul. 2009.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O estabelecimento da corte criminal internacional e a implementação do direito penal internacional*. Disponível em: <http://www.uva.br/icj/revista_direito_icj/carlos_edu_japiassu.htm>. Acesso em: 31 ago. 2009.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; ADRIANO, Alessandra Rosa. *O Tribunal Penal Internacional: dificuldades para a sua implementação no Brasil*. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*. Nova Série, Ano 10, n. 10, Rio de Janeiro: UCAM, 2005,

JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000 (Série ação parlamentar, n. 110, p. 15-33).

JOROVICS, Y. *Les controverses sur La question de La qualification du terrorisme: crime de droit comum, crime de guerre ou crime contre l'humanité, Le droit international face au terrorisme*. Paris: Cedin Paris I, Pedone, 2002.

KIRSCH, Phillipe; OOSTERVELD, Valerie. *Negotiating an Institution for the Twenty-First Century: Multilateral Diplomacy and the International Criminal Court*. In: *McGill Law Journal*, v. 46, 2001.

KRESS, C. L'organe de facto em droit international public: réflexions sur l'imputation à l'État de l'acte d'un particulier à La lumière des développements récents. *Revue générale de droit international public*, 2001.

KREß, Claus; WERLE, Gerhard; GEIGER, Hansjörg et al. *Tribunal penal internacional: aspectos fundamentais e o novo código penal alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

KRIEKEN, Peter J. van. *Terrorism and the International Legal Order*. The Hague, T.M.C.: Asser Press, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMBERT, Joseph Johan Marie. *Terrorist and Hostages in International Law: a commentary on the hostages conventions*. Cambridge: Grotius Publications, 1990.

LEE, Roy S.; FRIMAN, Hakan, *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. New York: Transnational Publishers, 2000.

LIMA, Renata Mantovani de; COSTA BRINA, Marina Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LINTON, S. Cambodia, East Timor and Sierra Leone: experiments in international justice. *Criminal Law Forum*, 2001.

LLORET, Jaume Ferrer. *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1998.

MAIA, Marielle. *Tribunal penal internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MALHEIRO, Emerson. *A ausência de definição do crime de agressão no Estatuto de Roma*. Disponível em: <<http://emersonmalheiro.blogspot.com/2008/06/ausncia-de-definio-do-crime-de-agresso.html>>. Acesso em: 7 jan. 09.

MANUAL de ratificação e implementação do Estatuto de Roma. *The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy*. Vancouver: 2002.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

MELLO, Celso Renato D. Albuquerque. *Direito penal e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

MELO NETO, Francisco Paulo de. *Marketing do terror*. São Paulo: Contexto, 2002.

MERLE, Marcel. *Le Procès de Nuremberg et le châtime des criminels de guerre*. Paris: Pedone, 1949.

MOISESCU, Sorin; SABAU, Dorin. *Quelques considerations au sujet des crimes internationaux et le droit penal roumain*. Trabalho apresentado na "International Experts Conference on International Criminal Justice: Historic and Contemporary Perspectives", Siracusa: ISISC, 1994.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. (org.). *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MULLINS, Claude. *The Leipzig trials: an account of the war criminals trials and a study of German mentality*. London: H.F. & G. Witherby, 1921.

ONU. *Un action to counter terrorism*. Disponível em: <<http://www.un.org/terrorism/>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

PÁDUA, Thales Tácito Pontes Luz de. Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. *Prática Jurídica*, Brasília, n.º 56, p. 46-48, 30 novembro 2006.

PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2000.

PEIXOTO, A. K. A erosão da soberania e a teoria das relações internacionais. Brasília: IPR/UnB, 1997.

PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Princípio da Complementaridade e Soberania*. Revista CEJ, n.º 11. Brasília: CJF, 2000.

POLITI, M. *Le Statut de Rome de la cour pénal internationale: le point de vue d'un negociateur*. *Révue Générale de Droit International Public*. 103, 1999.

QUINTANO RIPOLLÉS, A. Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal. t. I. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas del Instituto Francisco de Vitoria, 1995.

REZEK, Francisco. Tribunal Penal Internacional: Princípio da Complementaridade e Soberania. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, nº 11. Brasília: agosto de 2000.

REZEK, José Francisco. *A Constituição Brasileira e as normas de direito internacional humanitária*. In: Direito internacional humanitário. Brasília: IPRI, 1989.

RODAS, João Grandino. Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: *Revista CEJ*, n.º 11. Brasília: CJF, 2000.

ROUCHEREAU, Françoise. *La Convention des Nations Unies contre le Traffic Illicite de Stupéfiants et de Substances Psychotropes*. Paris: Annuaire Français de Droit International, 1988.

SABÓIA, Gilberto Vergne. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero11/Conferencia.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2009.

SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge, 2006.

SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SCHABAS, Willian A. e LATTANZI. *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*. vol. I. Fagnano Alto: Sirente II, 1999.

SCHMID, Alex P.; JONGMAN, Albert. *Political Terrorism: a research guide to concepts, theories, data bases and literature*. Amsterdam: Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 1983.

SEIDERMEN, Ian. *Hierarchy in international law: the human rights dimension*. Antuérpia: Intersentia, 2001.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. In: O que é o Tribunal Penal Internacional. Série ação parlamentar, n.º 110. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000.

STEINER, Sylvia Maria F. *Tribunal Penal Internacional: a proteção dos direitos humanos no século XXI*. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/revista67/sylvia_steiner.asp>. Acesso em: 10 mar. 2010.

STRUETT, Michael J. *The politics of Constructing an International Criminal Court*. University of California, March, 2002.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Tribunal penal internacional & a emenda constitucional 45/04 (sistema normativo brasileiro)*. Curitiba: Juruá, 2008.

TIEFENBRUN, Susan. *A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism*. ILSA J. Int'l & Comp, 2003.

TORRES, Luís Wanderley. *Crimes de guerra: o genocídio*. São Paulo: Fulgor, 1967.

TRIBUNAL Penal Internacional emite ordem de prisão internacional contra o presidente do Sudão. Disponível em: <http://pt.wikinews.org/wiki/Tribunal_Penal_Internacional_emite_ordem_de_pris%C3

%A3o_internacional_contra_o_presidente_do_Sud%C3%A3o>. Acesso em: 15 jan. 2010.

TRIFFTERER, Otto. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article. Salzburg: Hart Publishing, 2008.

TZU, Sun. *A arte da guerra*. São Paulo: Cultura, 1994.

VERHAEGEN, Jacques. *Les crimes internationaux et le droit pénal internationale*. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 60. Toulouse: Érès, 1989.

VIVANCO, J. M; CAVALLARO, J. *Tribunal de Direitos Humanos: Cadê o Brasil?*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/james.htm>>. Acesso em: 8 fev. 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. I. São Paulo: RT, 2003.

WEGWOOD, R. The International Criminal Court: na American View. *European Journal of International Law*, 1999.

WILLIAM, Woodruff. *A concise history of the modern world: 1500 to the present*. Houndmills: Macmillan, 1992.

ZAPPALÀ, S. Do Heads of State Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de cassation. *European Journal of International Law*, 2001.