RENATA ROSSINI FASANO

A COMPETÊNCIA REPRESSIVA UNIVERSAL NO DIREITO
INTERNACIONAL PENAL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADORA: PROF^a CLÁUDIA PERRONE-MOISÉS

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2011

RENATA ROSSINI FASANO

A COMPETÊNCIA REPRESSIVA UNIVERSAL NO DIREITO
INTERNACIONAL PENAL

DISSERTAÇÃO APRESENTADA À
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, COMO
REQUISITO PARCIAL PARA A OBTENÇÃO
DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO
INTERNACIONAL

ORIENTADORA: PROF^a. CLÁUDIA
PERRONE-MOISÉS

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2011

Banca Examinadora:

*Aos meus pais,
com amor e admiração*

AGRADECIMENTOS

À estimada professora Cláudia Perrone-Moisés, cuja orientação constante, desde o quarto ano da Faculdade, foi fundamental para que eu elaborasse mais indagações do que respostas. Seus estudos e reflexões incentivaram minha dedicação ao direito internacional penal. Acompanhá-la lecionando, como aluna e como monitora, foi e será sempre uma grande honra. Agradeço-lhe a confiança em meu trabalho.

Ao meu querido pai, Paolo, com quem dividi a indignação contra os responsáveis pelas mais graves violações de direitos humanos. À minha querida mãe, Aldeir, cujo carinho traduziu-se em longas horas de revisão incansável. Às minhas adoráveis irmãs, Paola e Bruna, que escutaram com atenção minhas inquietações e também me distraíram nas horas de lazer. A vocês quatro, que entenderam as horas de estudo que nos mantiveram afastados, agradeço os sorrisos e as lágrimas que sempre vi orgulhosamente estampados em seus rostos a cada conquista minha que celebramos juntos.

Ao Roberto, meu adorado Guerra, que nestes oito anos me compreendeu mais do que eu a mim mesma. Obrigada por sempre estar ao meu lado em todas as lutas emocionais, profissionais e acadêmicas que travamos juntos, desde que entramos nestas Arcadas como calouros e para onde agora retornamos, guiados pelos mais nobres mestres. A você devo minha felicidade e minha serenidade.

Lucia, Cecília, Camila e Thana, minhas companheiras de pós: agradeço cada conversa que compartilhamos, porque foi durante estes momentos que minhas inquietações encontraram outras, muito semelhantes.

Meus queridos franciscanos, Silvio, João, Pedro, Diego, Cris, Otávio (este, franciscano de pai e mãe) e André (*tradicionalíssima* de coração): obrigada por aceitarem discutir o direito internacional comigo, mesmo suspeitando de que não era de direito que estávamos falando.

Aos amigos de Rio Branco, Larissa, Juliana, Mirtes, Isabel, Luis, João e Marcelo, meu muito obrigada por manterem a distância mais alegre, as horas de trabalho mais divertidas e os momentos da dissertação mais concentrados.

A todos os meus dedicados mestres das Arcadas, a quem, na figura dos professores Antonio Magalhães Gomes Filho e Guilherme Assis de Almeida ó cujas observações

durante o exame de qualificação me permitiram lançar um novo olhar sobre esta pesquisa ó agradeço o despertar das inquietações acadêmicas. Agradeço, igualmente, à professora Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux, pelas discussões de filosofia do direito e pela confiança.

À Ministra Eliana Zugaib por conceder e compreender o tempo dedicado a este estudo. Ao Conselheiro Geraldo Cordeiro Tupynambá, por compartilhar a vida acadêmica paralela à diplomacia.

À CAPES, por financiar esta pesquisa num momento crucial.

*Provisoriamente não cantaremos o amor,
que se refugiou mais abaixo dos subterrâneos.
Cantaremos o medo, que esteriliza os abraços,
não cantaremos o ódio, porque este não existe,
existe apenas o medo, nosso pai e nosso companheiro,
o medo grande dos sertões, dos mares, dos desertos,
o medo dos soldados, o medo das mães, o medo das igrejas,
cantaremos o medo dos ditadores, o medo dos democratas,
cantaremos o medo da morte e o medo de depois da morte.
Depois morreremos de medo
e sobre nossos túmulos nascerão flores amarelas e
medrosas.*

(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

Em conformidade com o direito internacional penal e o direito internacional dos direitos humanos, a presente dissertação de mestrado tem como objetivo verificar se o exercício da competência repressiva universal pelos tribunais nacionais constitui um mecanismo da justiça internacional penal capaz de auxiliar na promoção e na proteção dos direitos humanos. Para responder a esta indagação, três fontes do direito internacional foram analisadas neste estudo: a doutrina, a jurisprudência e a prática dos Estados. Neste sentido, além da exposição teórica, procedeu-se à análise dos principais casos em que o instituto foi aplicado e à pesquisa da legislação de alguns países sobre o tema. Este estudo verificou como a competência repressiva universal está inserida no momento de transição do direito internacional penal desencadeado pela crescente afirmação dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: competência repressiva universal; direito internacional penal; crimes internacionais.

ABSTRACT

According to international criminal law and to international human rights law, this thesis aims to verify if the exercise of universal jurisdiction by national courts represents a mechanism of the international criminal justice able to promote and to strengthen human rights. In order to answer this question, three sources of international law were investigated: the teachings of publicists, judicial decisions and the internal law of some countries. This study assumed there is a transition going on in international law caused by the advances of human rights and analyzed how universal jurisdiction relates to it.

KEY-WORDS: universal jurisdiction; international criminal law; international crimes.

INTRODUÇÃO	12
I. A COMPETÊNCIA REPRESSIVA UNIVERSAL NA DOUTRINA	15
I. i. Entre a ordem e a justiça: a competência repressiva universal	15
I. ii. Conceito	27
I. iii. Histórico.....	40
I. iv. Fundamentos.....	46
I. iv. a. Fundamento maniqueísta	47
I. iv. b. Fundamento do interesse comum	48
I. iv. c. Fundamento da ingerência	49
I. iv. d. Fundamento do <i>ius cogens</i>	50
I. iv. e. Fundamento do dano.....	52
I. iv. f. Fundamento pragmático	52
I. iv. g. Outros fundamentos.....	55
I. v. Prós e contras do exercício da competência repressiva universal	58
I. v. a. Argumentos favoráveis ao exercício da competência repressiva universal	59
I. v. b. Argumentos de ordem política contrários ao exercício da competência repressiva universal	61
I. v. c. Argumentos de ordem prática ou jurídica contrários ao exercício da competência repressiva universal	69
I. vi. Principais exceções à responsabilização penal pelo cometimento de crimes internacionais	79
I. vi. a. Imunidades	81
I. vi. b. Anistias	87
I. vii. Crimes internacionais sujeitos à competência repressiva universal	93
I. vii. a. Categorias: crimes transnacionais, crimes internacionais do direito internacional clássico e crimes internacionais contra os direitos humanos	93
I. vii. b. <i>Ratione materiae</i> da competência repressiva universal	100
I. viii. A competência repressiva universal e sua relação com o arcabouço operacional da justiça internacional penal	110

II. A COMPETÊNCIA REPRESSIVA UNIVERSAL NA JURISPRUDÊNCIA E NAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL PENAL	118
II. i. O exercício da competência repressiva universal pelos tribunais nacionais: os casos mais relevantes	118
II. i. a. O caso Pinochet	120
II. i. b. O caso Yerodia (Arrest Warrant Case of 11 April 2000, DRC <i>versus</i> Belgium)	128
II. i. c. O caso Hissène Habré.....	139
II. i. d. Outros	145
II. i. e. O desenvolvimento da competência repressiva universal na jurisprudência	150
II. ii. A competência repressiva internacional nas legislações nacionais e os projetos de sistematização	153
II. ii. a. Bélgica.....	154
II. ii. b. França	157
II. ii. c. Espanha.....	158
II. ii. d. Alemanha	159
II. ii. e. Brasil	160
II. ii. f. Projetos de sistematização.....	164
CONCLUSÃO	167
BIBLIOGRAFIA	170

INTRODUÇÃO

A presente dissertação parte da premissa de que o direito internacional vive atualmente um momento de transição, marcado pelo conflito ou a sobreposição entre suas duas camadas: a camada clássica e a camada em formação¹. Aquela está relacionada a uma ordem internacional composta de Estados e organizações internacionais reunidos como uma sociedade cujo fundamento é a soberania e a coexistência. Esta, por sua vez, diz respeito a uma ordem internacional composta por diferentes elementos ó Estados, organizações internacionais, organizações não-governamentais, empresas e indivíduos ó dispostos no formato de uma comunidade internacional cujo fundamento são os valores compartilhados e a solidariedade².

Tal transição é decorrente do movimento de afirmação dos direitos humanos no plano internacional. A partir desta premissa e da perspectiva do direito internacional penal e do direito internacional dos direitos humanos, este estudo busca investigar se a competência repressiva universal constitui um mecanismo do arcabouço da justiça internacional penal capaz de contribuir para a promoção e a proteção dos direitos humanos.

Inicialmente, cumpre limitar o que se entende por competência repressiva universal. Para os fins deste estudo, o instituto será compreendido como a possibilidade de tribunais nacionais julgarem, independentemente da existência dos vínculos tradicionais do direito penal ó princípio da territorialidade, da nacionalidade e da proteção indivíduos acusados do cometimento de crimes internacionais que remetem às graves violações de direitos humanos. Deve-se ressaltar que a denominação jurisdição universal também é bastante recorrente na doutrina, de modo que a opção pelo conceito de competência repressiva universal justifica-se pelo escopo deste estudo, que é analisar como o agente de violações de direitos humanos pode ser responsabilizado penalmente por suas condutas pelos tribunais domésticos. Ou seja, a análise da competência ou jurisdição universal relativa a aspectos de reparação civil às vítimas, comum nas cortes estadounidenses, não integrará este estudo, tendo em conta adotarmos o direito internacional penal como ponto de partida.

¹ PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *Imunidades de chefes de Estado e crimes internacionais*. Tese de livre-docência, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 2 e 3.

² *õrappelant qu'une communauté de valeurs ne se fonde pas seulement sur la définition d'interdits communs mais, en cas de transgression, sur l'identification du responsable*. DELMAS-MARTY, Mireille. *õCours : Vers une communauté de valeurs? ó Les interdits fondateurs*. In: *Annales du Collège de France*, 2006-2007, p. 548.

Desde o início, cabe destacar que a doutrina e a prática estatal divergem quanto à natureza jurídica do instituto. Embora a denominação princípio da universalidade ou princípio da competência repressiva universal seja a mais usual, discute-se se o instituto não seria uma norma ou um critério para o exercício da jurisdição³.

Entendemos o arcabouço ou o espaço da justiça internacional penal como a coordenação entre as seguintes esferas: (i) a institucional internacional, judicial ou política, composta pelo Tribunal Penal Internacional e pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, respectivamente; (ii) a regional, que agrega as cortes de direitos humanos, com destaque para a interamericana e a européia; (iii) a específica, ou seja, com jurisdição determinada em função dos critérios *ratione delicti*, *ratione loci* e *ratione temporis*, em que se encontram os tribunais internacionais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, além dos tribunais mistos, como o de Serra Leoa; (iv) a nacional, desenvolvida pelos Estados que, nos moldes tradicionais de sua legislação interna e com base nos vínculos da territorialidade, da nacionalidade ou da proteção de seus interesses, desempenham funções relevantes para a proteção ou promoção dos direitos humanos, e (v) a universal o objeto deste estudo o em que a inexistência de uma autoridade supraestatal no plano internacional é suprida pelos próprios Estados, por meio do exercício da competência repressiva universal e com base no princípio da complementaridade, estipulado pelo Tribunal Penal Internacional⁴. As partes deste arcabouço, ainda que desarticuladas, formam o que se entende por rede de *enforcement* dos direitos humanos.

A última parte da estrutura apresentada, aqui denominada universal, é o objeto da pesquisa. Ela apresenta em si um suposto paradoxo: é tida como universal e exercida pelos Estados nacionais. O que se pretende dizer é que, ao exercer a competência repressiva universal, cada Estado, por meio de seus juízes, atua como concretizador da justiça internacional penal, como representante dos interesses de toda a comunidade internacional, protegendo os valores por ela enunciados nas normas de direitos humanos.

³ Sobre as possíveis denominações ver: BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Telegrama ostensivo n. 3913, de 15 de outubro de 2010*. Missão do Brasil junto à Organização das Nações Unidas.

⁴ Decreto 4.388/02. Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Preâmbulo: *“Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais”* e art. 1º: *“[...] 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. [...]”*

O desenho deste arcabouço traduz o desenvolvimento do direito internacional penal nas últimas duas décadas. Apesar do ritmo acelerado com que estas esferas foram institucionalizadas, este ramo do direito internacional penal está longe de uma consolidação sistêmica e certos aspectos da prática internacionalista constituem uma ameaça ao seu fortalecimento. O julgamento de crimes internacionais por meio de tribunais militares⁵ pode significar um retrocesso na coordenação entre as esferas da justiça internacional penal. A competência repressiva universal representaria um contraponto a esta tendência.

Para verificar se a competência repressiva universal constitui uma das esferas da justiça internacional penal, investigamos se seu exercício contribui para a afirmação dos direitos humanos. Nesse sentido, recorremos a três principais fontes: a doutrina, a jurisprudência e a prática dos Estados positivada em suas legislações internas. O estudo tratou ainda de outras questões relacionadas ao tema principal, como a inserção da competência repressiva universal no embate entre a ordem e a justiça internacionais; as principais objeções ao seu exercício; os crimes internacionais que ensejam sua aplicação; as exceções à responsabilização penal; o desenvolvimento da jurisprudência e a necessidade de regras gerais para sua implementação.

Para sistematizar a metodologia desta pesquisa, optou-se pela divisão do estudo em dois capítulos, a fim de separar as considerações teóricas dos resultados obtidos pela análise de dados relacionados à prática jurídica. O primeiro capítulo intitulado, "A competência repressiva universal na doutrina", apresenta o conceito e o histórico do instituto, bem como a sistematização das problemáticas acadêmicas mais frequentes.

O segundo capítulo, "A competência repressiva universal na jurisprudência e nas normas de direito internacional penal" dedica-se à verificação de como o instituto desenvolve-se, desde o fim da Guerra Fria, na prática dos tribunais e nas legislações dos Estados que o aplicam.

⁵ Sobre os tribunais militares e o direito internacional penal ver: PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 37 e GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: para uma justiça internacional*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 36.

I. A COMPETÊNCIA REPRESSIVA UNIVERSAL NA DOUTRINA

I. i. Entre a ordem e a justiça: a competência repressiva universal

A expressão competência repressiva universal traz à mente a existência de uma autoridade coercitiva no plano internacional capaz de julgar violações às normas que regem uma sociedade. Tem-se a impressão de que todos os atos ilícitos serão reprimidos, em qualquer lugar. Sabe-se, no entanto, que o cenário mundial não dispõe de um terceiro⁶ capaz de desempenhar esta competência. O fato de o terceiro estar ausente implica duas principais concepções distintas, e muito recorrentes, a respeito da ordem mundial. A primeira delas é a concepção hobbesiana, também denominada westphaliana, segundo a qual, a inexistência de uma autoridade coercitiva resultaria na guerra de todos contra todos. A segunda concepção mais freqüente é aquela, baseada no pensamento kantiano, que enxerga no cenário internacional uma comunidade que compartilha valores comuns, relacionados à proteção e à promoção dos direitos humanos.

Muitos internacionalistas descrevem o cenário internacional que temos hoje como uma situação intermediária entre as duas concepções assinaladas, de forma que se estaria vivenciando um momento de transição entre as duas ordens⁷ apresentadas. Se não se vislumbra nenhum sinal de que os elementos que compõem a ordem internacional caminham no sentido de institucionalizar este terceiro ausente, cabe indagar sobre quais fatores se baseia a percepção de que estaria ocorrendo uma transição entre a ordem hobbesiana e a ordem kantiana. A maioria das respostas a este questionamento aponta as alterações sofridas pela soberania ó elemento que sustenta a ordem hobbesiana ó como o fator mais determinante para a decadência dessa ordem. Tais alterações seriam decorrência

⁶ *“Existe, no estado atual das relações internacionais das partes em campo, um Terceiro? Não, não existe. Por isso, iludirmo-nos quanto a uma paz possível é tolice. Iludir é uma mentira consciente”*. BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*, tradução Daniela Beccaria Versiani, São Paulo: Manole, 2009, p. 280.

⁷ A transição entre as duas ordens também é identificada por Riquito: *“Para além do mais, a universalidade da jurisdição penal com o âmbito que lhe assinalamos, marca também o abandono definitivo de uma concepção hobbesiana da soberania estadual, indiferente a valores, em favor de uma concepção kantiana, de acordo com a qual só são actores legítimos no palco da cena internacional, os Estados que exercerem os seus poderes soberanos no pleno respeito pelos direitos humanos de todos”*. Riquito, Ana Luísa. *“Do pirata ao general: velhos e novos hostis humani generis (do princípio da jurisdição universal, em direito internacional penal)”*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 76, 2000, p. 568.

direta do movimento de afirmação dos direitos humanos, que está intimamente ligado aos valores compartilhados pela comunidade internacional em formação⁸.

A chamada erosão da soberania, que implica o questionamento da ordem hobbesiana, é um fato constatado por diversos internacionalistas e uma premissa para o estudo de muitos temas do direito internacional, dentre os quais, a competência repressiva universal⁹. O direito internacional clássico que regula a ordem westphaliana, ou o que sobrou dela, institucionalizou os fundamentos dessa ordem sobre alguns princípios, como o princípio da igualdade soberana entre os Estados, o princípio *par in parem non habet imperium* e o princípio da não-intervenção. O exercício da competência repressiva universal, como veremos, apresenta questionamentos e nuances com relação a todos estes princípios.

Durante o século XX¹⁰, o movimento de afirmação dos direitos humanos trouxe novas categorias e princípios ao direito internacional que levaram ao questionamento de seus antigos fundamentos¹¹. Grande parte da doutrina entende que noções como *ius cogens*, obrigações *erga omnes* e responsabilização penal individual por crimes internacionais contribuíram para a erosão da soberania e para a transição entre um direito

⁸ Segundo Lucas: *ôé imprescindível substituir a antiga noção clássica de soberania por um princípio / critério de responsabilidades comuns, o qual deve valorizar a globalização e a universalidade dos direitos humanos em separado da globalidade econômica e independentemente de qualquer condição culturalö. LUCAS, Douglas Cesar. Os direitos humanos como limite à soberania estatal: por uma cultura político-jurídica global de responsabilidades comunsö. In: BEDIN, Gilmar Antonio (org.). *Estado de direito, jurisdição universal e terrorismo*. Ijuí: Editora Unijuí, 2009, p. 38.*

⁹ Sobre a relação da erosão da soberania com a competência repressiva universal: *ôIn the context of universal jurisdiction, the use of the term sovereignty is inextricably linked with its corollary: the principle of non-intervention in the internal affairs of another State. These principles however are slowly eroding as the international setting has changed towards a global community where not only States have interests, rights and obligations but non-states entities and individuals do as well, at least to a certain stageö. DEBUF, Els Elisabeth, *Utopia or reality? A study on universal jurisdiction over war crimes committed in the course of internal armed conflicts*. Genebra, 2003. Disponível online: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1421236>, p. 98.*

¹⁰ As graves violações de direitos humanos ocorridas no século XX produziram como resposta o movimento de afirmação de direitos humanos que, por sua vez, teve como consequência o questionamento da soberania: *ôHorrific events such as the Holocaust have inspired a revolution against human rights violations and status quo sensitivity to the plight of the persecuted, at a cost of compromising the traditional notion of state sovereigntyö. BYCHOVKY, Gene. An argument against assertion of universal jurisdiction by individual statesö. In: *Wisconsin International Law Journal*, vol. 21, 2003, p. 164.*

¹¹ Bobbio também identifica o processo de descolonização afro-asiático como uma das causas do questionamento do direito internacional clássico: *ôComo se sabe, também o direito internacional tradicional ô formado por meio das relações de paz e de guerra dos Estados europeus nos últimos três séculos , que parecia afinal uma conquista consolidada e segura, foi posto em discussão pelo advento de novos Estados nascidos da dissolução dos antigos impérios coloniaisö. BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 12.*

internacional clássico e um direito internacional em formação cujo fundamento se encontra no caráter primordial conferido aos direitos humanos¹².

No momento em que nos encontramos hoje, a transição não se completou e não há sequer elementos para demonstrar concretamente sua evolução em um determinado sentido. O que se pode vislumbrar, por enquanto, é a coexistência ó às vezes por adaptação, ou superposição, outras vezes pelo choque ó entre duas camadas do direito internacional que refletem as duas concepções distintas de ordem mundial. De acordo com Sassòli, o direito internacional público atualmente é composto de duas camadas: uma camada tradicional, constituída pelo direito que regula a coordenação e a cooperação entre os membros da sociedade internacional ó essencialmente os Estados e as organizações internacionais, criadas pelos Estados ó e a nova camada, constituída pelo direito constitucional e administrativo da comunidade internacional composta por milhões de seres humanos. A primeira consiste em um direito de coordenação; a segunda, de subordinação. A nova camada tem se desenvolvido consideravelmente nos últimos anos, especialmente na área do direito internacional penal¹³.

A ordem mundial que o direito internacional em construção busca institucionalizar por meio de novas normas é uma ordem cujas alterações estão, inclusive, na composição de seus elementos. Nela, os elementos estariam agrupados não mais como uma sociedade, mas sim como uma comunidade que compartilha os mesmos valores, cujo conteúdo é traduzido em esforços no sentido de promover e proteger os direitos humanos. E por que essa nova ordem que se anuncia traz consigo um maior desenvolvimento do direito internacional penal? A nosso ver, esta pergunta pode ser respondida pelo fato de este ramo do direito internacional público tipificar as mais graves violações que se pode cometer contra os valores que a comunidade internacional em construção elegeu como fundamentais. Os crimes internacionais, especialmente aqueles que denominamos crimes internacionais contra os direitos humanos¹⁴, especificam quais condutas são consideradas

¹² PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 16 e p. 2.

Sobre a transição entre o direito internacional clássico e o direito internacional em formação: *õcaractère transitoire du droit pénal international, tiraillé entre la réalité des souverainetés étatiques et la lente émergence d’une justice internationaleö*. ROSOUX, Valérie. *õLa ÷diplomatie moraleö de la Belgique à l’épreuveö*. In: *Critique internationale*, n. 15, 2002, p. 29.

¹³ SASSÒLI, Marco, SASSÒLI, Marco. *õL’arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit internationalö*. In: *Revue Générale de Droit International Public*. Paris: Pedone, 2002, v. 4, p. 792.

¹⁴ Ver item I. vii. a. Categorias: crimes transnacionais, crimes internacionais do direito internacional clássico e crimes internacionais contra os direitos humanos.

inaceitáveis a ponto de ensejarem a responsabilização penal de quem as comete. Responsabilização esta que pode ser atribuída por tribunais nacionais, com base em suas regras tradicionais; por tribunais internacionais ou por tribunais nacionais que exercem a competência repressiva universal. Defendemos que o exercício da competência repressiva universal constitui atualmente um dos mecanismos da justiça internacional penal, cuja função, por meio dos julgamentos, é também contribuir como forma de dissuasão de novas violações de direitos humanos e como um dos meios para o alcance do direito à memória e à verdade¹⁵ da sociedade e das vítimas afetadas.

Um dos grandes debates que cerca a competência repressiva universal relaciona-se ao fato de ela encontrar-se no choque entre as duas camadas do direito internacional. A primeira, de coordenação, privilegia a soberania; a segunda, de subordinação, privilegia a justiça. A competência repressiva universal concretiza-se justamente com os tribunais internos dos Estados ó parte relacionada à soberania ó agindo em nome dos valores da comunidade internacional ó parte relacionada à justiça. Ou seja, é um mecanismo que se vale da estrutura burocrática e coativa criada com base no fundamento da ordem hobbesiana (direito internacional clássico) para defender os valores considerados fundamentais pela ordem kantiana (direito internacional em construção). Esta característica da competência repressiva universal dá margem a extensos debates que se situam no âmbito de antigas dicotomias: ordem e justiça; poder e direito; e paz e justiça.

Para parte da doutrina, o fato de a competência repressiva universal depender dos tribunais estatais para ser operada demonstra que o instituto, curiosamente, não implica um embate entre soberania e justiça, mas sim um novo uso da soberania, uma nova função ou mesmo um reforço da soberania, que passa a ter como uma de suas finalidades proporcionar a justiça internacional penal a toda a comunidade internacional. Neste sentido, de acordo com Axworthy, a aplicação da competência repressiva universal não

¹⁵ Sobre o direito à memória e à verdade: *“O direito à verdade visa ao conhecimento e ao reconhecimento. O conhecimento consiste na verdade dos fatos que, a partir da evidência acumulada, já não pode ser negada. O reconhecimento, a seu turno, é uma espécie de transformação que sofre a verdade histórica, quando assumida de forma oficial pela sociedade e pelo Estado. Trata-se de impedir que se possam negar determinados fatos relacionados a atrocidades cometidas, a exemplo do que ocorre com o negacionismo no caso do Holocausto e, em muitos países da América do Sul, no que se refere aos abusos cometidos pelas ditaduras militares”*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 89.

leva à diminuição da soberania estatal, mas sim à implementação de um sistema coletivo de justiça penal¹⁶.

O direito de julgar e punir, desde a era moderna, é concebido como um atributo tradicional do Estado soberano. É a própria soberania do Estado sobre seu território e sobre a população que nele se encontra que lhe garante esse poder que, até o advento da justiça internacional penal, o Estado não precisava compartilhar com nenhum outro ente. O problema que a competência repressiva universal apresenta reside no fato de ela prever o tradicional direito de julgar e punir, exercido pelos tribunais estatais, mas este direito de julgar e punir não é mais exercido pelo Estado em seu próprio nome, e sim em nome da comunidade internacional que, por meio de suas normas de direito internacional penal, permite e até mesmo obriga o Estado a julgar e punir os indivíduos acusados do cometimento de graves violações dos direitos humanos¹⁷. O Estado não está acostumado com o fato de os indivíduos que responderão perante seus tribunais poderem ser soberanos ou altos representantes de outros Estados¹⁸. A possibilidade do julgamento do soberano de outro Estado por um tribunal nacional é um dos elementos novos que a competência repressiva universal traz para o embate entre as duas camadas do direito internacional.

Os julgamentos podem desempenhar, especialmente para uma sociedade pós-conflito ou traumatizada por graves violações de direitos humanos, funções paralelas à própria averiguação da responsabilidade do acusado. No caso dos tribunais penais internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, por exemplo, há evidência de que os julgamentos contribuíram significativamente para a construção da paz após o conflito, bem como para a consolidação da responsabilização penal na cultura das relações

¹⁶ AXWORTHY, Lloyd. "Afterword: the politics of advancing international criminal justice". In: MACEDO, Stephen (org.). *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*. Filadelfia: Penn, 2006, p. 268.

¹⁷ Sobre a imbricação entre interno e internacional causada pelo exercício da competência repressiva universal, Garapon afirma: *“A competência universal sublima a distinção entre o interno e o internacional operando um desdobramento das jurisdições internas: estas, para além da sua missão habitual, são postas pelo respectivo Estado à disposição de uma ordem supranacional.”* GARAPON, Antoine, *op. cit.*, p. 35.

¹⁸ Cassese e Delmas-Marty apontam este problema: *“mesmo a competência universal das jurisdições nacionais pode apresentar delicados problemas de soberania. O paradoxo é que a jurisdição internacional surge, doravante, no campo penal, sobrepujando os Estados e podendo inclusive visar aos chefes de Estado no exercício do poder, quando o direito de punir, como as forças policiais que o sustentam, está tradicionalmente associado à soberania dos Estados.”* CASSESE, Antonio e DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*, tradução de Silvio Antunha, São Paulo: Manole, 2004, p. XVI.

internacionais¹⁹. A nosso ver, mesmo quando os julgamentos ocorrem fora do território onde os crimes aconteceram, ó como no caso dos tribunais internacionais ou da competência repressiva universal ó, seja por falta de vontade política do governo local ou por impossibilidade, pode-se afirmar que eles contribuem diretamente para que a sociedade afetada pelos crimes retome ou inicie a construção de novas instituições que traduzam os valores do estado de direito e dos direitos humanos.

Outra função que pode ser atribuída aos julgamentos dos acusados de graves violações de direitos humanos, é a função pedagógica²⁰, identificada pelo promotor do Tribunal Penal Internacional. Ademais, as próprias sentenças configuram, muitas vezes, uma forma de reparação à sociedade e às vítimas, tendo em conta o fato de oferecerem o reconhecimento dos fatos. Cabe destacar também o fato de a responsabilização penal dos indivíduos acusados de graves violações de direitos humanos, instituída pelos julgamentos, encerrar nova relação da sociedade afetada com seus governantes, uma vez que o julgamento de antigos chefes de Estado e chefes de governo por crimes internacionais demonstra que a justiça alcança a todos, de modo que os abusos perpetrados em nome do Estado ou sob o resguardo da soberania tornam-se menos tolerados²¹.

Apesar de alguns desdobramentos dos julgamentos no caso de graves violações de direitos humanos ultrapassarem o processo em si e, comprovadamente, contribuírem para que a sociedade afetada e as vítimas consigam superar o trauma e construir novos valores, ainda há muita relutância dos Estados em reconhecer a competência repressiva universal como um mecanismo da justiça internacional penal capaz de promover os valores da comunidade internacional. O principal obstáculo para este reconhecimento encontra-se na soberania²². Cassese afirma que a soberania não quer entregar seus atributos às relações internacionais²³. Desse modo, ainda que se argumente e que se prove sua erosão, este

¹⁹ AKHAVAN, Payam. *öBeyond impunity: can international criminal justice prevent future atrocities?ö*. In: *The American Journal of International Law*, vol 95, n. 7, 2001, p. 9.

²⁰ Segundo Moreno-Ocampo, *öOs julgamentos ensinam. As pessoas aprendemö*. MORENO-OCAMPO, Luis. *öEntrevista: A lição da justiçaö*. In: *Revista Veja*, 23 de julho de 2008.

²¹ LATTIMER, Mark, *öEnforcing human rights through international criminal lawö*. In: LATTIMER, Mark e SANDS, Philippe (orgs.). *Justice for crimes against humanity*, Portland: Hart, 2006, p. 415.

²² Nesse sentido: *öO ius cogens limita a autonomia dos Estados e torna a soberania absoluta uma noção abstrata. A soberania absoluta vai de encontro, precisamente, aos interesses da comunidade internacional em seu conjunto, que o ius cogens pretende defenderö*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 13.

²³ *öO Estado soberano ainda continua vigoroso; ele ainda é uma espécie de Deus imortal; ele ainda tem em suas mãos a espada e não tem nenhuma intenção de entregá-la às instituições internacionaisö*. CASSESE, Antonio, *öExiste um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?ö*. In:

fundamento da ordem hobbesiana ainda é a objeção mais importante ao instituto da competência repressiva universal e ao direito internacional penal, como um todo²⁴.

As objeções que desautorizam o exercício da competência repressiva universal alegam que o princípio da igualdade de soberania impede os Estados de julgarem os soberanos ou os crimes de um terceiro Estado. O fato de a competência repressiva universal poder ser, potencialmente, aplicada por tribunais nas centenas de países do mundo também é visto como uma ameaça ao modelo e aos costumes tradicionais das relações internacionais. Neste modelo, as viagens internacionais de chefes de Estado, chefes de governo e chanceleres realizam-se livremente. Tal situação poderia ser alterada caso estas e outras autoridades corram o risco, implícito ao exercício da competência repressiva universal, de se deparar com mandados de prisão expedidos contra elas por diversos tribunais do mundo, alegando o cometimento de crimes internacionais. O risco de estas viagens serem obstaculizadas em virtude de processos penais acarretaria, segundo aqueles que depreciam a competência repressiva universal, um clima de animosidade entre os Estados e o isolacionismo²⁵. Os argumentos baseados na ideia de que a competência repressiva universal afronta a soberania podem ser resumidos pela afirmação de que este instituto do direito internacional penal, quando acionado para julgar acusados de crimes internacionais contra os direitos humanos, representa uma ameaça à ordem e à paz internacionais conduzida em nome da justiça. Entre os detratores da competência repressiva universal, é muito frequente a alegação de que os prejuízos que sua aplicação traz à comunidade internacional ultrapassam seus benefícios e que ela pode levar ao caos nas relações internacionais²⁶, em que o terceiro está ausente.

CASSESE, Antonio e DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*, tradução de Silvio Antunha, São Paulo: Manole, 2004, p. 9.

²⁴ De acordo com Delmas-Marty: *Il est vrai que l'obstacle de la souveraineté n'est pas totalement levé et explique sans doute pourquoi, malgré un mouvement de criminalisation sans précédent, l'espace pénal mondial reste un espace en formation*. DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*, Paris: Seuil, 2006, p. 177.

Também segundo Debuf: *In the general context of international humanitarian and criminal law, one of the main obstacle to progress has always been and remains the attachment of States to their sovereignty*. DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 31.

²⁵ De acordo com Bykhovsky: *This provides a serious disincentive for diplomats to travel outside of their own state and creates an obstacle for any meaningful international communication and peaceful dispute resolution. (1) The hanging sword of universal jurisdiction will likely lead to isolationism, animosity and an increase in disputes among states*. BYKHOVSKY, Gene, *op. cit.*, p. 183.

²⁶ De acordo com o ex-presidente da Corte Internacional de Justiça, juiz Guillaume: *In other words, international law knows only one true case of universal jurisdiction: piracy. [...] Universal jurisdiction in absentia as applied in the present case is unknown to international law. [...] International criminal courts have been created. But at no time has it been envisaged that jurisdiction should be conferred upon the courts*

A análise dos casos mostra, no entanto, que a competência repressiva universal é prevista expressamente há mais de meio século, em tratados de direitos humanos, como as Convenções de Genebra de 1949 e não levou ao caos nas relações internacionais. Há diversos fatores que contribuem para que os Estados a exerçam de forma cautelosa e sempre bem fundamentada. Se existir outro mecanismo do arcabouço da justiça internacional penal que possa ser usado para julgar um determinado caso de violação de direitos humanos, ele geralmente será preferido pelos Estados, o que confere à competência repressiva universal um caráter suplementar. O alegado caos não existe na prática: não há notícias de que tribunais nacionais expeçam mandados de prisão contra altos representantes governamentais, com base na competência repressiva universal, exclusivamente com o fim político de causar constrangimento ou de impedir que um chefe de Estado, chefe de governo ou ministro de relações exteriores possa exercer suas funções de representação, durante viagens internacionais.

Se podemos falar em caos, a nosso ver, ele existe quando responsáveis por crimes contra a humanidade e genocídios permanecem impunes e, pior, quando estas pessoas, impunes e protegidas pelo manto da soberania estatal, continuam decidindo sobre as normas do direito internacional nas mesas de negociações internacionais²⁷. Uma maneira de reduzir o risco do caos nas relações internacionais que se alega poder ser ocasionado pelo exercício da competência repressiva universal é a adoção de um tratado ou convenção que regule o instituto²⁸.

Para parte da doutrina, o argumento contrário à competência repressiva universal baseado na soberania e na ideia de que o exercício da competência repressiva universal é uma intervenção direta nos assuntos internos de outro Estado já perdeu a força. O Estado que julga, nestes casos, está agindo em nome da comunidade internacional, que tipificou como crimes internacionais as graves violações de direitos humanos e requereu ou

of every State in the world to prosecute such crimes, whoever their authors and victims and irrespective of the place where the offender is to be found. To do this would, moreover, risk creating total judicial chaos. [...] encourage the arbitrary for the benefit of the powerful [...] such a development would represent not an advance in the law but a step backward. GUILLAUME, *Opinião individual*. In: *Arrest Warrant Case of 11 April 2000*. Disponível online: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8128.pdf>>, p. 43 e 44.

²⁷ De acordo com De Smet e Naert: *Moreover, doing business as usual with Heads of State who commit international crimes is far more likely to disrupt the functioning of a State, not to mention international relations, than trying such person abroad.* DE SMET, Leen; NAERT, Frederik. *Making or breaking international Law? An International Law Analysis of Belgium's Act Concerning the Punishments of Grave Breaches of International Humanitarian Law.* In: *Revue Belge de Droit International*, vol. XXXV, n. 1-2, 2002, p. 504.

²⁸ Este tema será objeto de análise no item II. ii. f. Projetos de sistematização.

possibilitou sua investigação, seu julgamento e sua punição²⁹. Neste sentido, Perrone-Moisés lembra que, quando os assuntos internos dos Estados colocam em risco a proteção dos direitos humanos, eles deixam de ser considerados de domínio exclusivo dos Estados e passam a ser regulados pela comunidade internacional³⁰. Cumprir as normas do direito internacional, que foram acordadas por todos os membros da comunidade internacional é agir em conformidade não só com esta comunidade, mas também com todos os seus membros, inclusive com o Estado onde a ofensa ocorreu. Cabe destacar que a relativização da soberania decorrente do movimento de afirmação dos direitos humanos ó de que entendemos ser a competência repressiva universal um instrumento ó não constitui violação do direito internacional, vez que a norma do direito internacional que dispõe sobre a igualdade soberana dos Estados não é interpretada como sendo uma norma de *ius cogens*³¹, o que significa que ela pode adaptar-se ao movimento de transição entre o direito internacional clássico e o direito internacional em construção da comunidade internacional.

Dentre os aspectos da competência repressiva universal que estão relacionados ao binômio ordem e justiça, além do argumento de um possível caos nas relações internacionais, existe também a recorrente alegação de que o exercício da competência repressiva universal dá margem a um novo imperialismo jurídico³² por parte das grandes potências ocidentais³³. Desde a Segunda Guerra Mundial, os conflitos que envolveram graves violações de direitos humanos não ocorreram nos territórios dessas potências. Ainda que muitas violações tenham sido cometidas com a condescendência destes países ou mesmo por meio de suas forças armadas, a maioria dos crimes internacionais dos últimos cinquenta anos foi atribuída aos ditadores de países em desenvolvimento. Houve tentativas de se exercer a competência repressiva universal contra líderes do mundo desenvolvido³⁴, mas elas não prosperaram, sobretudo devido à pressão internacional que os Estados, de onde estes indivíduos são nacionais, exerceram.

²⁹ DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 98.

³⁰ PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, p. 1.

³¹ CLAPHAM, Andrew. "National action challenged: sovereignty, immunity and universal jurisdiction before the International Court of Justice". In: LATTIMER, Mark e SANDS, Philippe (orgs.). *Justice for crimes against humanity*, Portland: Hart, 2006, p. 305.

³² "la compétence universelle peut être ó et a été ó critiquée précisément comme survivance de l'impérialisme des Puissances occidentales qui ne prendrait plus seulement des formes militaires et économiques mais aussi judiciaires". CORTEN, Olivier. "Une compétence universelle sans communauté internationale?". In: *Politique*, n. 23, fev. 2002, p. 24.

³³ Sobre este tema, ver também o item I. v. b. Argumentos de ordem política contrários ao exercício da competência repressiva universal.

³⁴ Com relação a este tema, ver item II. i. e. O desenvolvimento da competência repressiva universal na jurisprudência.

Diante destas circunstâncias, a maioria dos casos em que a competência repressiva universal foi exercida é constituída de tribunais de países desenvolvidos investigando e julgando altos representantes de países em desenvolvimento. A concentração de casos de países do Norte ou do Ocidente julgando indivíduos do Sul ou do Oriente com base na competência repressiva universal não constitui um embate entre ordem e justiça, mas, por muitos, é interpretada como uma forma lícita de usar a justiça internacional para manter o *status quo* das potências da ordem. Haveria um desvirtuamento tanto do princípio da igualdade soberana dos Estados (os mais poderosos ditam contra quem a justiça internacional penal será exercida), quanto da justiça internacional penal, que propugna pela possibilidade de responsabilização penal de todos os indivíduos acusados do cometimento das graves violações de direitos humanos que constituem crimes internacionais e estaria, nestes casos, sendo usada seletivamente.

Situar a competência repressiva universal entre a ordem e a justiça traz outra inquietação. Trata-se da possibilidade de este instituto ser exercido num contexto de fundamentalismo jurídico³⁵. Segundo Kissinger, o esforço para prevenir e punir as violações de direitos humanos, se levado ao extremo, corre o risco de substituir a tirania dos governos pela tirania dos juízes que, historicamente, já levou à inquisição e à caça às bruxas³⁶. Fala-se em tirania ou fundamentalismo jurídico porque, essencialmente, caberá aos juízes e promotores nacionais ó que estão territorialmente deslocados do conceito tradicional de juiz ou promotor natural³⁷ exercerem a competência repressiva universal. Eles averiguarão se há condições para levar um julgamento com base neste instituto adiante, e tais julgamentos, como veremos, costumam atrair muita atenção e, sobretudo, muita pressão internacional. Esta pressão não pode e nem deve ser enfrentada somente pelo poder judiciário de um Estado nos casos de competência repressiva universal.

³⁵ Para uma definição de fundamentalismo jurídico, adotamos o conceito apresentado por Garapon: *õPode-se falar de fundamentalismo jurídico quando o processo encontra em si a sua própria finalidade, quando a satisfação de julgar o mundo se sobrepõe à vontade de o transformarõ*. GARAPON, Antoine, *op. cit.*, p. 55.

³⁶ KISSINGER, Henry. *õThe pitfalls of universal jurisdiction: risking judicial tyrannyõ*. In: *Foreign Affairs*, julho / agosto 2001. Disponível online: < http://www.icaonline.org/kissingerwatch/the_pitfalls_of_uj.pdf>. Sobre o fundamentalismo jurídico, Ramos afirma que o movimento atual de juridificação das relações internacionais apresenta a questão de se o direito internacional estaria caminhando para um *õgouvernement des jugesõ*, temido pelos revolucionários franceses devido às suas características antidemocráticas e antipopulares. RAMOS, André de Carvalho. *õRule of law e a judicialização do direito internacional: da mutação convencional às guerras justasõ*. In: BEDIN, Gilmar Antonio (org.). *Estado de direito, jurisdição universal e terrorismoõ*. Ijuí: Editora Unijuí, 2009, p. 105 e 107.

³⁷ Sobre o juiz natural, ver item I. v. c. Argumentos de ordem prática ou jurídica contrários ao exercício da competência repressiva universal.

Por que dizemos que a pressão decorrente dos julgamentos exercidos com base na competência repressiva universal não deve recair somente sobre o judiciário se estamos, afinal, tratando de um processo conduzido por um tribunal nacional? Justamente por sabermos que, apesar dos ganhos que a competência repressiva universal exercida como mecanismo da justiça internacional penal pode trazer à comunidade internacional, os julgamentos não são um agir. De acordo com Garapon, o universalismo dos valores da comunidade internacional em formação pode levar à confusão entre o julgar e o agir. Julgar não seria, entretanto, uma ação, mas um ato discursivo. Do que decorre o fato inquestionável de que não é a justiça, mas a força que faz parar o crime: não foram os processos de Nuremberg que libertaram os prisioneiros de Auschwitz³⁸. Logo, não caberia ao judiciário, sozinho, enfrentar questionamentos ó que certamente sobrevirão quando exercerem a competência repressiva universal que dizem mais respeito a ações do que ao seu ato discursivo.

Ainda que se entenda que a afirmação dos direitos humanos constitua mais um movimento que parte do direito para influenciar o poder, deve-se ter sempre em mente que é só por meio do poder que as normas serão implementadas e que os direitos humanos deixarão de ser violados³⁹. A competência repressiva universal é um instrumento da justiça internacional penal, exercido em nome da comunidade internacional, e não um instrumento da ordem internacional. Neste sentido, a competência repressiva universal pode ser vista como um mecanismo indireto de promoção e de proteção dos direitos humanos, mas nunca substituirá a força e o aparato estatais necessários à efetividade destas normas. O processo e a responsabilização penal não podem, nem devem, ir além da análise da violação das normas.

No entanto, como ressaltado anteriormente, julgamentos têm efeitos que vão além da sentença e da punição do responsável e, à medida que apresentam seu ato discursivo a uma comunidade, podem contribuir para trazer respostas a respeito da ruptura da ordem social provocada por graves violações de direitos humanos. A competência repressiva universal não está a serviço do poder, mas tem características que a fazem transitar entre o

³⁸ GARAPON, Antoine, *op. cit.*, p. 57 e 58.

³⁹ De acordo com Lucas: *õé paradoxal ter de reconhecer que os Estados, presos em suas soberanias territorialmente definidas e erodidos em sua capacidade política, são, ainda hoje, os únicos agentes institucionais capazes de dar respostas materiais efetivas sobre os direitos humanos, ao mesmo tempo em que são isoladamente inabilitados para tomar medidas substanciais por si mesmos*. LUCAS, Douglas Cesar, *op. cit.*, p. 71.

direito e o poder, ou entre a ordem e a justiça, porque ela se insere no que Garapon denomina a ultrapassagem do modelo westphaliano pelo direito internacional penal. Esta ultrapassagem suplanta os elementos da antiga ordem — ordem internacional com equilíbrio de forças, estrita divisão entre o direito interno e o direito internacional, e estrita separação entre moral e política — e apresenta novos termos: risco de confusão entre moral e política, não abordagem das relações do direito e da força, nem das garantias efetivas da paz⁴⁰. Confusão entre moral e política ou permeabilidade entre direito e força são elementos que podem ser apontados como próprios de um direito internacional pós-moderno, em que fundamentos éticos e morais desempenham um papel relevante como orientadores de novas reflexões⁴¹.

Como os julgamentos com base na competência repressiva universal situam-se entre a ordem e a justiça, as pressões que recaem sobre estes julgamentos não devem ser administradas somente pelos juízes — cuja preocupação é julgar o réu e não a história do conflito —, ao contrário, devem ser compartilhadas também pelo Estado que, como um todo, internalizou as normas que previam a competência repressiva universal e forneceu condições para que os julgamentos fossem realizados. Sem o apoio político para combater as pressões internacionais que certamente sobrevirão, a competência repressiva universal corre o risco de ter seu escopo diminuído. Como veremos no item II. ii. a., a Bélgica, após uma tentativa de exercer a competência repressiva universal contra indivíduos acusados de graves crimes internacionais que eram dirigentes de potências ocidentais, sucumbiu à pressão internacional e alterou a sua lei interna que previa o instituto de modo a esvaziá-la. Conclui-se que a competência repressiva universal contribui para o embate entre ordem e justiça que ocorre neste momento de transição do direito internacional. Tendo em conta, porém, o desenvolvimento incerto desta transição, entende-se que a competência repressiva universal também pode sofrer os efeitos negativos decorrentes do choque entre a ordem hobbesiana e a ordem kantiana.

⁴⁰ GARAPON, Antoine, *op. cit.*, p. 45.

⁴¹ De acordo com Lopes: *“Se as teorias tradicionais do direito são incapazes de responder a questões fundamentais colocadas hoje, com quem seria preciso restabelecer o diálogo? (...) O diálogo precisa ser retomado com a filosofia moral”*. LOPES, José Reinaldo de Lima, *“Ética e direito — Um panorama às vésperas do século XXI”*. In: LOPES, José Reinaldo de Lima e ANJOS, Márcio Fabri dos (orgs), *Ética e direito: um diálogo*. Aparecida: Ed. Santuário, 1996, p. 27

I. ii. Conceito

As regras tradicionais de competência da lei penal são, em grande parte dos ordenamentos jurídicos, embasadas sobre os seguintes princípios: (i) territorialidade ó os delitos cometidos dentro dos limites territoriais de um Estado ficam sujeitos à sua jurisdição; (ii) nacionalidade ó quando o suposto autor do crime (personalidade ativa) ou as vítimas dele (personalidade passiva) são nacionais do Estado, este pode ter jurisdição sobre o ato ilícito, mesmo que ele tenha sido cometido fora de seu território; (iii) proteção ó o Estado pode exercer sua jurisdição sobre crimes cometidos fora de seu território, caso a natureza dos crimes tenha contrariado seus interesses, sendo os exemplos mais comuns a falsificação de moedas ou de documentos e a espionagem⁴². Tais elementos deixam claro o respeito à soberania, ó de acordo com a concepção clássica da igualdade jurídica dos Estados, consolidada com a ordem de Westphalia ó são princípios cuja aplicação, teoricamente, serviria para evitar que um Estado pudesse resguardar seus interesses⁴³, sem imiscuir-se na esfera de atuação de outro Estado.

Atualmente, muitos princípios da referida ordem têm sido questionados a ponto de falar-se, inclusive, na existência de uma nova ordem, entre outras razões, devido à crescente afirmação e internacionalização dos direitos humanos e da formação de uma comunidade internacional, em substituição à noção anterior de sociedade internacional. A contestação da ordem tradicional de coexistência entre os Estados vem também, em muito, sendo influenciada pelo fenômeno da globalização⁴⁴. Seus impactos têm ecoado no direito,

⁴² MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 84.

A mesma classificação dos princípios tradicionais que estabelecem as regras da competência penal podem ser encontradas em Stern: *õA state, therefore, can assert jurisdiction based on different principles closely linked with its essence and existence as a state: the territoriality principle, linked with the territory; the nationality principle, linked with its population; and the protective principle linked with its sovereignty and its essential interests of security (í) In some exceptional cases where an important interest is shared by all states ó and can thus be considered as a national interest of every state ó international law accords to states jurisdiction based on the universality principleö*. STERN, Brigitte. *õBetter interpretation and enforcement of universal jurisdictionö*. In: JOYNER, Christopher (org.). *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights*. Paris: Erès, 1997, p. 177.

Reale Jr. apresenta outras denominações para estes mesmos princípios: *õO princípio da territorialidade, portanto, constitui o critério básico, ao qual se somam outros critérios, como o da personalidade, o da defesa e o da Justiça penal universalö*. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 108.

⁴³ Conforme Stern: *õIn general, international law recognizes jurisdiction by states in order for them to safeguard their national interestö*. STERN, Brigitte, *op. cit.* 1997, p. 177.

⁴⁴ Sobre a globalização e a relativização da soberania, Reale Júnior afirma: *õA globalização econômica e cultural deve trazer um benefício, qual seja a globalização dos direitos humanos, razão pela qual o conceito de soberania há de ser revisto, tal como formulado desde a Idade Moderna, pois a proteção dos direitos humanos por toda a comunidade internacional é uma forma de concretização do princípio do Estado de*

de modo a erodir ou a questionar alguns de seus princípios mais tradicionais, como aqueles que sustentam, no território e na nacionalidade, as bases sobre as quais se estrutura a jurisdição penal estatal⁴⁵.

Os princípios da territorialidade e da nacionalidade, acima expostos, teriam deixado de ser os incontestáveis princípios que regem a jurisdição penal de um Estado⁴⁶. No atual desenvolvimento do direito internacional penal, eles foram relativizados para poder comportar as exigências de uma ordem internacional que busca implementar a cooperação entre os Estados, à medida que a mera e ultrapassada coexistência de entes iguais e soberanos revela-se inadequada para resguardar os valores que a comunidade internacional em formação visa a garantir.

A competência repressiva universal ganha espaço e força para ser prevista e aplicada pelos Estados precisamente na coincidência destas relativizações com o momento de maior evolução do direito internacional penal, cujas tendências podem ser visualizadas como alternativas concebidas pela comunidade internacional na busca da cooperação⁴⁷.

Neste momento mais favorável ao desenvolvimento do direito internacional penal, vislumbram-se alternativas que se coadunam com as novas tendências, para responder à crescente demanda por justiça formulada pelos atores internacionais (sejam estes atores tradicionais ou novos: Estados e organizações internacionais, no primeiro tipo, e organizações não-governamentais de direitos humanos, empresas transnacionais e o

Direito Democrático, ou seja, a dignidade da pessoa humana. REALE JÚNIOR, Miguel. *op. cit.*, p. 119 e 120.

⁴⁵ Seriam consequências da globalização, segundo Reydam: *“[...] mass migration and high mobility erode the concept of nationality. [...] Technological advances, the more sophisticated structure of commercial organizations, and the growth of enterprises with transnational links erodes the concept of territoriality. [...] The progressive erosion of both nationality and territoriality poses immense challenges to ordinary law enforcement and compels us to rethink the traditional concept of jurisdiction. [...] acknowledges that the sacrosanct rule of territoriality may not be tenable in the future. [...] The globalization phenomenon has repercussions on jurisdiction as it erodes the traditional links of territoriality and nationality. Moreover, pressure is building in the international legal system to denationalize the administration of criminal justice in order to further the common interests of the international community”*. REYDAMS, Luc: *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*. Nova York Oxford University, 2003, p. 26 e 27.

⁴⁶ Neste sentido, Garapon afirma: *“A competência universal, para além de assinalar a supremacia de certos direitos fundamentais sobre a soberania, manifesta a desterritorialização extrema da ideia de justiça penal internacional”*. GARAPON, Antoine, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁷ *“Tendências nas diversas áreas correlatas: no campo da manutenção da paz e da segurança internacionais: o desenvolvimento do princípio da ingerência humanitária; no campo dos direitos humanos: a flexibilização do princípio do esgotamento dos recursos internos, gerando maior harmonização entre as jurisdições nacionais e a internacional; e no campo da Justiça Internacional: uma crescente especialização e alargamento de seu campo de atuação”*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *“A Relação entre Tribunais Nacionais e Tribunais Penais Internacionais”*. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 8, nº 91, 2000, p. 14.

próprio indivíduo como sujeito de direito internacional, no segundo). Além do exercício da competência penal conforme os princípios tradicionais, a responsabilização penal pelo cometimento de crimes internacionais pode ser averiguada por outros meios ó que dispõem de maior ou menor grau de institucionalização , como: os tribunais penais internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda; as cortes regionais de direitos humanos; o exercício da competência repressiva universal, pelos próprios Estados, contra graves violações dos direitos humanos; e o Tribunal Penal Internacional⁴⁸.

Tais mecanismos são impensáveis numa ordem tradicional em que vigora a idéia de soberania absoluta, porque a existência deles fundamenta-se, justamente, na concepção de que os Estados devem ceder parcelas de sua soberania em nome dos valores da humanidade. Em outras palavras, os mecanismos supracitados mostram a necessidade de amenizar a importância dos vínculos tradicionais da jurisdição penal estatal (princípios da territorialidade, da nacionalidade e da proteção) para a formação de uma rede efetiva de proteção aos direitos humanos, em que as novas tendências tenham lugar. É nesse âmbito que a competência repressiva universal emerge como uma das fórmulas possíveis para o alcance da justiça internacional⁴⁹.

Para analisar a competência repressiva universal, cremos ser necessário passar por um estudo de seu conceito. Como se verá, não há uniformidade doutrinária quanto à definição da competência repressiva universal⁵⁰, o que pode, em parte, ser explicado pelo fato de este instituto jurídico não gozar de nenhuma convenção específica que o regule. A competência repressiva universal é reconhecida em sua forma facultativa por normas do costume do direito internacional penal, e em sua forma obrigatória⁵¹ por diversas

⁴⁸ Conforme Robinson: *Two important and complementary means currently exist for the implementation of international criminal jurisdiction: prosecution by international criminal tribunals and the domestic application of universal jurisdiction*. ROBINSON, Mary. *Preface*. In: MACEDO, Stephen (Org.). *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*. Filadélfia: Penn, 2006, p. 15.

⁴⁹ *Ào lado do conjunto específico de regras a cada ordenamento jurídico, institucionaliza-se uma forma de aplicação de normas penais que independe do local onde ocorreu o delito, da nacionalidade das pessoas envolvidas e da vinculação aos interesses de proteção de um Estado em particular. Denominado (...) princípio da jurisdição universal, confere, ao menos teoricamente, a todos os Estados o poder de conhecer e processar crimes que escapam aos nexos jurisdicionais ordinários*. MACHADO, Máira Rocha, *op. cit.*, p. 84.

⁵⁰ De acordo com Debuf: *universal jurisdiction is subject to quite a bit of controversy*. DEBUF, Els Elisabeth. *op. cit.* p. 96.

⁵¹ Em relação aos tipos de competência repressiva universal, recorreremos ao quadro elaborado por Inazumi:

	Complementar	Principal
--	--------------	-----------

convenções que se dedicam mais à tipificação dos crimes internacionais em si. Muitos elementos que compõem o conceito de competência repressiva universal foram retirados de seu exercício nos julgamentos e das legislações dos Estados que internalizaram regras de direito internacional penal que a preveem. Tais aspectos serão analisados mais detidamente no capítulo II. Nesta seção, abordaremos a definição da competência repressiva universal a partir da doutrina.

Inicialmente, com base no recente relatório das Nações Unidas⁵² sobre a competência repressiva universal, será feita a distinção entre ela que corresponde ao exercício do princípio da universalidade e o princípio *aut dedere aut judicare*. Nos comentários enviados pelos Estados à organização, é possível notar que a competência repressiva universal é compreendida apenas como uma base para a competência penal e não implicaria, em si mesma, a obrigação de submeter um caso para potencial

Facultativa	Competência repressiva universal complementar e facultativa: <ul style="list-style-type: none"> • não há a obrigação de exercê-la. É um direito. • só pode ser exercida depois da exaustão dos esforços para extraditar para o Estado que tenha requerido. 	Competência repressiva universal principal e facultativa: <ul style="list-style-type: none"> • seu exercício não é obrigatório. É um direito. • pode ser exercida mesmo quando há outro Estado ou entidade que tenha competência para o qual o acusado possa ser extraditado
Obrigatória	Competência repressiva universal complementar e obrigatória: <ul style="list-style-type: none"> • existe uma obrigação, normalmente pode-se exercer a competência ou extraditar • só pode ser exercida depois da exaustão dos esforços para extraditar para o Estado que tenha requerido. 	Competência repressiva universal principal e obrigatória: <ul style="list-style-type: none"> • existe uma obrigação, normalmente pode-se exercer a competência ou extraditar • pode ser exercida mesmo quando há outro Estado ou entidade que tenha competência para o qual o acusado possa ser extraditado

INAZUMI, Mitsue. *Universal jurisdiction in modern international law: expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law*. Utrecht: Intersentia, 2005, p. 29.

Quanto ao reconhecimento da competência repressiva universal pelo direito internacional penal positivo: *“Son numerosos los instrumentos convencionales internacionales que reconocen la jurisdicción universal para el enjuiciamiento y castigo de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario”*. DÍAZ, María Eugenia López-Jacoiste. *“Comentarios a la ley belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, reformada el 23 de abril de 2003”*. In: *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, n. 2, 2003, p. 840.

Cabe observar, ainda, que não há consenso doutrinário quanto ao fato de a competência repressiva universal integrar o costume do direito internacional, de acordo com Bykhovsky: *“The reluctance of countries to assert universal jurisdiction underscores the premise that this doctrine is not a part of well-established customary international law (...) Because so few states have implemented domestic legislation, the doctrine of universal jurisdiction is clearly not a part of customary international law”*. BYKHOVSKY, Gene, *op. cit.*, p. 168.

⁵² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The scope and application of the principle of universal jurisdiction: report of the Secretary-General prepared on the basis of comments and observations of Governments*. A/65/181, 2010, Disponível online: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/467/52/PDF/N1046752.pdf?OpenElement>>, p. 6.

juízo⁵³. Dessa forma, a competência repressiva universal revelar-se-ia distinta da obrigação de extraditar ou julgar, que corresponde ao princípio *aut dedere aut judicare*, cuja implementação, estaria sujeita a condições e limitações definidas por um tratado particular que contenha a obrigação. A obrigação de extraditar ou julgar pode, por meio de tratado, ser atribuída a vários tipos de crimes, que não necessariamente correspondem àqueles que ensejam, *ratione materiae*, o exercício da competência repressiva universal.

A distinção entre a competência repressiva universal ou princípio da universalidade e o princípio *aut dedere aut judicare* também foi abordada por Debuf, para quem a relação entre ambos os princípios, cujo escopo é impedir a impunidade, é a seguinte: a competência repressiva universal seria uma das ferramentas disponíveis para que um Estado possa cumprir sua obrigação de processar, ela seria parte do *judicare*. O princípio *aut dedere aut judicare* não requer que os Estados estabeleçam ou exerçam nenhuma competência específica, simplesmente requer que os Estados exerçam qualquer competência que tenham ou extraditem o agente de determinados tipos de crime⁵⁴. Distinção semelhante foi apontada por Bassiouni⁵⁵, ao afirmar que o dever de julgar / processar ou extraditar e, quando apropriado, punir os indivíduos acusados ou culpados por crimes internacionais – particularmente os crimes cuja proibição é considerada uma norma de *ius cogens* devido à sua natureza abominável e ao seu impacto destrutivo sobre a paz e a segurança – ó necessariamente leva ao reconhecimento da competência repressiva universal como um meio para atingir os objetivos do *aut dedere aut judicare*.

Essa distinção não é considerada necessária por toda a doutrina, tendo em conta que parte dela entende que a competência repressiva universal e o princípio *aut dedere aut judicare* sobrepõem-se quando um Estado não tem outro vínculo com a suposta violação ou com o suspeito. Fala-se também de uma imbricação entre ambos, de modo que alguns textos legais do direito internacional penal usam os dois conceitos de maneira imprecisa. O princípio *aut dedere aut judicare* pode implicar que um Estado leve o acusado a juízo ou o extradite. Para o primeiro caso, o princípio não especifica qual o tipo de competência

⁵³ A mesma ideia pode ser encontrada em Macedo: *“Universal jurisdiction is one means to achieve accountability and to deny impunity to those accused of serious international crimes. It reflects the maxim embodied in so many treaties: aut dedere aut judicare, the duty to extradite or prosecute”*. MACEDO, Stephen (org.). *Commentary*. In: *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*. Filadelfia: Penn, 2006, p. 35.

⁵⁴ DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁵ BASSIOUNI, M. Cherif, *“Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice”*. In: *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, 2001-2002, p. 153.

cabível; nesse sentido, o julgamento poderá ocorrer com base na competência repressiva universal, se não houver nenhum dos vínculos tradicionais, assim como poderá ter sua base em qualquer outro vínculo suficiente para estabelecer uma competência⁵⁶.

A doutrina oferece algumas possibilidades para conceitualizar a competência repressiva universal. Bassiouni⁵⁷ adota a divisão dos termos, ao afirmar que o termo competência inclui o poder de prescrever ou fazer leis; o poder de decidir disputas legais; e o poder de aplicar decisões legais ou veredictos. Também inclui os meios pelos quais o exercício da jurisdição é obtido sobre uma pessoa. A universalidade tem, ao menos, cinco significados: (1) universalidade da condenação de certos crimes; (2) alcance universal da jurisdição nacional, que pode ser aplicada tanto para um crime internacional para o qual exista condenação universal, como para outros; (3) alcance extraterritorial da jurisdição nacional (que também pode fundir-se com o alcance universal da legislação nacional); (4) alcance universal de órgãos judiciais internacionais que podem ou não estar fundamentados na teoria da jurisdição universal e (5) competência repressiva universal de sistemas legais nacionais sem qualquer outra conexão com o Estado aplicador do direito, além da presença do acusado. Para os fins deste estudo, a quinta acepção de universalidade apresentada pelo autor é aquela que melhor corresponde ao conceito de competência repressiva universal.

Em 2001, um grande projeto reuniu parte relevante da doutrina do direito internacional penal e buscou formular bases principiológicas para melhor compreensão da competência repressiva universal, com o intuito de auxiliar no seu desenvolvimento e propor alguns parâmetros para sua utilização. O conceito formulado pelo Projeto de Princeton sobre a Competência Repressiva Universal é o primeiro dos quatorze princípios formulados, onde⁵⁸ se lê que a competência repressiva universal é a competência penal baseada somente na natureza do crime, sem considerar o local em que o crime tenha sido cometido, a nacionalidade do suposto ou condenado perpetrador, a nacionalidade da vítima, ou qualquer outra conexão com o Estado que exerce tal jurisdição.

⁵⁶ INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 121 e 122.

⁵⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. *The History of Universal Jurisdiction and its Place in International Law*. In: MACEDO, Stephen (Org.). *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*. Filadélfia: Penn, 2006, p. 40 e 62.

⁵⁸ MACEDO, Stephen (org.). "The Princeton principles on universal jurisdiction". In: *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*. Filadélfia: Penn, 2006, p. 21.

Reydams⁵⁹, por sua vez, apresenta o conceito de competência repressiva universal, diferenciando-o da competência extraterritorial⁶⁰. Competência extraterritorial seria aquela exercida sobre um delito extraterritorial, mesmo quando todo o processo (investigação, persecução, punição) tem lugar dentro do Estado do foro. Por conseguinte, o termo não implica que o Estado do foro realize qualquer ato oficial fora de seu próprio território. Competência repressiva universal significaria que um Estado, sem procurar proteger sua segurança ou crédito, busca punir condutas independentemente do local onde elas ocorram, da nacionalidade do perpetrador, e da nacionalidade da vítima. Negativamente definida, quer dizer que não há um vínculo de territorialidade ou nacionalidade entre o Estado e a conduta ou o ofensor, nem o Estado está procurando defender sua segurança ou crédito. Positivamente definida, um Estado exerce a competência repressiva universal quando busca punir conduta que lhe é totalmente alienígena, isto é, conduzida por e contra estrangeiros, fora de seu território e suas extensões, e não justificada pela necessidade de proteger um interesse próprio limitado.

Coadunando-se com a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, temos o conceito apresentado por Robertson⁶¹. Sua definição incorpora o fato de a competência repressiva universal ser exercida pelos Estados na ausência de vínculos tradicionais; para ele, o único vínculo que o Estado do foro tem com a ofensa é o fato de as violações aos direitos humanos afetarem todos os indivíduos, que fazem parte da comunidade internacional. O conceito de competência repressiva universal para crimes contra a humanidade seria, de acordo com esta interpretação, a solução que o direito internacional oferece para o espetáculo da impunidade dos tiranos e torturadores que se cobrem com imunidades, anistias e perdões em seus Estados. A ideia é que eles ainda podem tentar se esconder, mas, num mundo onde a competência sobre seus crimes é universal, eles não podem correr. Como se pode depreender, o conceito apresentado por Robertson está estreitamente relacionado aos fundamentos da competência repressiva universal.

⁵⁹ REYDAMS, Luc, *op. cit.* 2003 (a), p. 5.

⁶⁰ Sobre a competência extraterritorial: *“The doctrine of extraterritorial jurisdiction refers to the assertion of authority by a State to affect the legal interests of individuals whose actions occur outside of the State’s territory”*. BYKHOVSKY, Gene, *op. cit.*, p. 169.

⁶¹ ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes Against Humanity: the Struggle for Global Justice*. New York: The New Press, 2000, p. 239 e 240.

Henzelin⁶², ao apresentar sua visão sobre a competência repressiva universal elabora um conceito por meio da chamada teoria da universalidade absoluta, considerando aspectos da filosofia do direito e da ordem internacional. De acordo com a teoria da universalidade absoluta, um Estado pode aplicar uma competência penal no exercício de um dever transcendente, de direito divino ou de direito natural, tendo em vista a necessidade de justiça humana. O Estado agiria como um braço armado de uma entidade superior aos Estados, uma *civitas maxima*. Colocando-se, assim, não mais numa perspectiva horizontal e westphaliana das relações entre Estados soberanos, independentes e iguais, mas numa perspectiva vertical. A nosso ver, entretanto, não se trata de uma perspectiva vertical, que implicaria numa imposição do Estado que exerce a competência repressiva universal sobre outros membros da comunidade internacional. Pela universalidade absoluta, o Estado que na ausência de qualquer providência de outros Estados ou dos mecanismos da justiça internacional penal e diante da impunidade ó apresenta seu judiciário como mecanismo da ordem internacional age em colaboração com os demais membros da comunidade internacional. Trata-se de uma cooperação, ideia que se afasta de uma verticalização por imposição unilateral. Outro elemento que afasta a verticalização pode ser encontrado na origem da competência repressiva universal: não é uma competência que o Estado criou, individualmente, para si mesmo, é uma norma de direito internacional penal que pode ou deve ser aplicada por ele, da mesma forma como poderia ser aplicada por qualquer outro Estado.

De acordo com o International Council for Human Rights Policy⁶³, a competência repressiva universal é concebida como um sistema da justiça internacional que permite a um Estado julgar crimes internacionais, independentemente da existência dos vínculos tradicionais que determinam a competência. A nosso ver, a competência repressiva universal não é, entretanto, um sistema. Ela ainda carece de regulamentação específica, o que a restringe, tornando-a parte do sistema da justiça internacional penal que se encontra em desenvolvimento. Este entendimento também está presente na concepção apresentada por Debuf⁶⁴.

⁶² HENZELIN, Marc. "La Compétence Penale Universelle: Une Question non Résolue par L'Arrêt Yerodiaö." In: *Revue Générale de Droit International Public*, v. 106, n. 4, 2002, p. 821.

⁶³ INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. *Hard cases: bringing human rights to justice abroad ó A guide to universal jurisdiction*, 1999. Disponível online: < http://www.ichrp.org/files/reports/5/201_report_en.pdf >, p. 4.

⁶⁴ "One of the means ó albeit controversial ó in the fight against impunity is universal jurisdiction. Where national courts are not able or not willing to exercise jurisdiction over the perpetrators of certain crimes,

Segundo Brown⁶⁵, o conceito de competência repressiva universal, pode ser apreendido pela função que o instituto desempenha. Para o autor, trata-se de uma doutrina funcional, baseada na necessidade de remediar, em alguma medida, a incapacidade que o sistema internacional descentralizado evidencia quanto à promoção e proteção de suas normas mais fundamentais, como aquelas do direito internacional dos direitos humanos.

Parte da doutrina⁶⁶ relaciona o conceito de competência repressiva universal com seus fundamentos, definindo-a como a competência que se exerce em virtude da gravidade da violação cometida ou segundo o critério da necessidade de se punir os *hostis humani generis* que perpetraram tais violações. Estes argumentos, por irem além do conceito que se busca delimitar, serão examinados no subitem relativo aos fundamentos da competência repressiva universal.

O relatório das Nações Unidas sobre a competência repressiva universal, além de distingui-la do princípio *aut dedere aut judicare*, também arrola algumas das principais definições do termo apresentadas pelos Estados⁶⁷. Em geral, as respostas referiram-se à competência repressiva universal como: (a) a competência para julgar graves crimes cometidos no exterior independentemente da legislação do lugar em que a ofensa ocorreu e da nacionalidade do perpetrador ou das vítimas; (b) a competência para julgar penalmente os indivíduos responsáveis pelos mais graves crimes internacionais independentemente de onde a conduta ocorra; (c) a autoridade para promover ação penal contra um indivíduo com base na legislação nacional de qualquer Estado, independentemente do Estado onde o indivíduo cometeu o crime; (d) a possibilidade da persecução penal em relação ao suspeito do cometimento de crime grave, independentemente de onde ele tenha sido cometido; da nacionalidade do acusado ou da vítima; e de qualquer outro vínculo entre o crime e o Estado onde a persecução tem lugar; ou (e) o princípio legal que permite ou requer que um

universal jurisdiction allows foreign States to prosecute these criminals irrespective of where and by whom the crimes have been committed. DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁵ BROWN, Bartram S. *The evolving concept of universal jurisdiction*. In: *New England Law Review*, vol 35, 2000-2001, p. 383 e 384.

⁶⁶ Segundo Kontorovich, *The doctrine of universal jurisdiction holds that a nation can prosecute offenses to which it has no connection at all if the jurisdiction is based solely on the extraordinary heinousness of the alleged conduct*. KONTOROVICH, Eugene. *The piracy analogy: modern universal jurisdiction's hollow foundation*. In: *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, 2004, p. 183.

De acordo com Stern: *In contrast, universal jurisdiction is a system of international justice that gives the courts of any country jurisdiction over crimes against humanity, genocide and war crimes, regardless of where or when the crime was committed, and the nationality of the victims or perpetrators*. STERN, Brigitte. *A propos de la compétence universelle*. In: YAKPO, Emile e BOUMEDRA, Tahar (orgs.), *Liber Amicorum of Mohammed Bedjaoui*, Haia: Kluwer, 1999, p. 735.

⁶⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, A/65/181, *op. cit.*, p. 5.

Estado adote procedimentos penais em relação a certos crimes independentemente da localização do crime e da nacionalidade do perpetrador ou da vítima.

Dos conceitos apresentados, depreende-se que a doutrina buscou definir a competência repressiva universal de várias formas, partindo de premissas e teorias jurídicas diferentes. Qualquer que seja a abordagem utilizada pela distinção entre a competência repressiva universal e o princípio *aut dedere aut judicare*; pela divisão dos termos; pela formulação de um princípio; pela distinção em relação à competência extraterritorial; pelo viés do direito internacional dos direitos humanos; pela filosofia do direito; ou por uma visão sistêmica ó parece restar claro que, mesmo não havendo unanimidade em relação aos pressupostos, os conceitos apresentados revelam-se congruentes quanto aos resultados obtidos. Dos significados atribuídos ao princípio da competência repressiva universal, um está sempre presente: o fato de ser a possibilidade ou a obrigatoriedade de um Estado exercer sua competência sobre um delito ó necessariamente, um crime internacional de grande relevância e impacto sobre a humanidade cometido sem que quaisquer dos vínculos tradicionais (territorialidade, nacionalidade ou proteção) estejam presentes para a determinação clássica da competência penal⁶⁸.

Além de apresentar os diferentes conceitos atribuídos à competência repressiva universal, cabe acrescentar mais uma distinção. Trata-se de delimitar suas duas versões: absoluta ou *in absentia* e condicionada.

Por competência repressiva universal *in absentia* entende-se a competência exercida em relação a graves crimes internacionais, independentemente dos princípios da territorialidade e da nacionalidade, e da presença do acusado no território do foro. Ou seja, os procedimentos penais podem ser iniciados mesmo que o suspeito não se encontre no Estado que pretende julgá-lo. Em geral, a maioria dos Estados entende que a presença do agente é necessária para o exercício da competência repressiva universal⁶⁹, ou seja, é a favor de que o exercício dessa competência seja condicionado ao fato de o acusado estar

⁶⁸ De acordo com Inazumi: *What is universal jurisdiction? There are some differences in its definition depending on who is using the term. What is common in their understanding is that universal jurisdiction is exercised by States having no relation to territorial or nationality aspects*. INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁹ Segundo Debuf: *there is little proof of a customary rule on this version [competência repressiva universal in absentia] of universal jurisdiction. States still prefer the conditional version, requiring presence of the suspect on the territory*. DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 102. Ver também INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 26.

no território do Estado que irá julgá-lo. Isso não quer dizer que a competência repressiva universal *in absentia* seja contrária ao direito internacional penal⁷⁰, sendo inclusive reconhecida em algumas legislações nacionais⁷¹.

De acordo com o Projeto de Princeton sobre a Competência Repressiva Universal, a presença do acusado seria necessária apenas durante o julgamento. Com base na competência repressiva universal, o Estado interessado em julgar o suspeito poderia também requerer a extradição do acusado, o que, de qualquer forma, possibilitaria sua presença naquele território⁷². Se seguirmos esta linha de pensamento, verificaremos que não haveria, na prática, razão para se diferenciar a competência repressiva universal *in absentia* da competência repressiva universal condicionada, vez que a presença do acusado no território do Estado que se alegou, por meio de seus atos, competente para julgá-lo, seria mera questão de tempo⁷³. Para Inazumi e Debuf⁷⁴, este lapso temporal deve ser melhor analisado, a fim de que se saiba em que momento a presença do acusado torna-se imperativa para o direito internacional penal, sendo necessário também distinguir entre a

⁷⁰ Conforme a opinião dissidente do juíza *ad hoc* Van Den Wyngaert para o caso Congo *versus* Bélgica, da Corte Internacional de Justiça: *There is no rule of conventional international law, to the effect that universal jurisdiction in absentia is prohibited. [...] It may be politically inconvenient to have such a wide jurisdiction [...] international law permits and even encourages States to assert this form of jurisdiction in order to ensure that suspects of war crimes and crimes against humanity do not find safe heavens.* VAN DEN WYNGAERT, *Arrest warrant case of 11 april 2000*. Disponível online: <<http://www.icjci.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=cobe&case=121&k=36>>, p. 171.

Para Reydams, não há, entretanto, base para a competência repressiva universal no direito internacional: *Neither international conventional law nor international customary law provide a basis for universal jurisdiction in absentia. Writing of publicists, however unanimous and numerous they may be, cannot of themselves and without reference to the other sources of international law evidence the existence of a norm of international law.* REYDAMS, Luc, *op. cit.* 2003 (a), p. 230.

⁷¹ De acordo com Hall: *A number of states have enacted legislation that does not preclude the opening of an investigation with a view to requesting extradition or to be able to act quickly if a suspect enters the territory.* HALL, Christopher Keith. *Universal jurisdiction: new uses for an old tool.* In: LATTIMER, Mark e SANDS, Philippe (orgs.). *Justice for crimes against humanity*. Portland: Hart, 2006, p. 49

⁷² Princípio 1 ó Fundamentos da competência repressiva universal, item 2: *Universal jurisdiction may be exercised by a competent and ordinary judicial body of any state in order to try a person duly accused of committing serious crimes under international law (i) provided that the person is present before such judicial body* e item 3: *A state may rely on universal jurisdiction as a basis for seeking the extradition of a person accused or convicted of committing a serious crime under international law.* MACEDO, Stephen (org.), *Principles*, *op. cit.*, p. 21.

⁷³ Henzelin, ao defender a competência repressiva universal *in absentia*, afirma: *A l'inverse, on ne voit également pas très bien ce qui empêcherait un Etat de procéder à certaines investigations ou recherches préliminaires pour recueillir des preuves, y compris si l'auteur présumé ne se trouve pas sur son territoire ó et a fortiori si les autorités de cet Etat ne savent pas s'il est présent, ne serait-ce que pour vérifier s'il est présent. Il serait notamment aberrant que des victimes ne puissent même pas déposer plainte ou faire enregistrer leur déposition (main courante française), ou même qu'un Procureur ou un Juge d'instruction ne puisse ouvrir un dossier pénal avant que la présence de l'auteur sur le territoire de l'Etat soit avérée. Il faudrait même probablement admettre que les autorités pénales d'un Etat puisse émettre un mandat de recherche ou un mandat d'arrêt national à l'encontre d'un auteur présumé.* HENZELIN, Marc, *op. cit.*, p. 843.

⁷⁴ INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 28; e DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 102.

fase investigatória e a fase em que ocorre o julgamento. Naquela, seria possível haver procedimentos penais, mesmo sem a presença do acusado, até porque, muitas vezes são necessárias medidas para verificar se o acusado encontra-se no território do foro ou mesmo se há competência para conduzir o processo⁷⁵. Deve-se ressaltar também que para realizar o pedido de extradição ao Estado onde o acusado se encontra, geralmente são exigidos alguns procedimentos penais iniciais que, no caso da extradição, fogem ao escopo deste estudo. Há legislações que exigem a presença do acusado desde o início dos procedimentos, outras requerem-na apenas no momento do julgamento.

Aqueles que defendem que a competência repressiva universal só pode ser exercida ó desde o início dos procedimentos penais ó quando o acusado estiver presente no território do foro, geralmente o fazem com base em argumentos políticos, alegando que a competência repressiva universal incondicionada ou *in absentia* levaria ao caos nas relações internacionais, em virtude da potencial desconfiança entre os Estados⁷⁶. O Estado onde o acusado se encontra ó podendo ser o Estado onde os crimes foram cometidos ou ainda um terceiro Estado ó ficaria sempre temendo um pedido de extradição contra aquele indivíduo, que, por sua vez, recearia realizar viagens internacionais, sob o risco de deparar-se com um mandado de prisão emitido pelo Estado onde ele pretende entrar ou cumprido via Interpol ou via outros mecanismos de cooperação jurídica internacional.

A nosso ver, condicionar o exercício da competência repressiva universal à presença do acusado não se coaduna com as funções e com os fundamentos do próprio instituto. A competência repressiva universal, em sua versão atual, que se desenvolve mais claramente após o fim da Guerra Fria, tem como um de seus principais escopos dar cabo à impunidade dos principais responsáveis por graves violações de direitos humanos e

⁷⁵ Sobre a necessidade de se permitir alguns procedimentos penais sem a presença do suspeito no território do foro: *Of course, the suspect should be present in the forum state for any trial and not be tried in absentia, but the inability to investigate or seek extradition when a suspect is not present is a major limitation on the effectiveness of the current international system of justice. It is also unwarranted by international law*. HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 49.

⁷⁶ De acordo com Rezek, a presença do acusado é necessária desde o início dos procedimentos: *Si l'application du principe de la compétence universelle ne présuppose pas la présence de la personne accusée sur le territoire de l'Etat du for, toute coordination devient impossible et c'est bien le système international de coopération pour la répression du crime qui s'effondre*. REZEK, Francisco. *Opinião separada*. In: *Arrest warrant case of 11 april 2000*. Disponível online: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8138.pdf>>, p. 94.

Conforme Debuf, a exigência da presença do acusado pode reduzir a percepção de intervenção nos assuntos internos: *Finally it is to be noted that some authors opine that the requirement of presence of the suspect / accused on the territory of the prosecuting State may be perceived to be less intrusive on international relations than an unrestricted universal jurisdiction*. DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 110.

promover o direito à memória e à verdade, por meio dos julgamentos. Os indivíduos acusados dos crimes internacionais que ensejam a competência repressiva universal costumam tentar esquivar-se de investigações penais de duas maneiras: ou eles mantêm alguma espécie de privilégio ou imunidade no país em que cometeram os crimes, conferidos pela legislação nacional e que podem ser inclusive contrários ao direito internacional, ou eles buscam esquivar-se de procedimentos penais escondendo-se ou abrigando-se sob o refúgio de um terceiro país que concorde em recebê-los. Este tipo de resguardo contra os procedimentos penais é quase uma condição para que os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos deixem a posição de poder que geralmente ocupam.⁷⁷

Pode-se observar que, pela lógica, nenhum destes Estados, seja aquele em que o acusado cometeu os crimes e que o protege ou aquele em que ele foi recebido, teria interesse em processar penalmente o acusado, enquanto o cenário político permanecer-lhe favorável. Nestas circunstâncias, o quadro de impunidade seria mantido se, pelos critérios *ratione materiae*, *ratione loci* ou *ratione temporis*, os crimes cometidos não puderem ser analisados por um tribunal internacional. Desse modo, caso se condicione o exercício da competência repressiva universal à presença do acusado no território do Estado que busca aplicá-la, pode-se estar restringindo, em muito, as possibilidades de sua aplicação e tornando a legislação nacional que a prevê ineficaz *ab initio*.

Há outro argumento por vezes aventado quando se quer evitar a competência repressiva universal *in absentia*. Trata-se da alegação de que a aplicação incondicionada do instituto colocaria em risco as garantias da jurisdição ou do acusado. Acredita-se, entretanto, que ambas poderiam estar asseguradas, mesmo sem a presença do acusado no início dos procedimentos, tanto se a legislação nacional que prevê o exercício da competência repressiva universal estiver de acordo com os preceitos do devido processo legal e dos direitos humanos, quanto se a comunidade internacional conseguir estabelecer, por meio de convenção ou tratado, regulação geral para a competência repressiva universal, que também inclua estas garantias.

⁷⁷ Conforme Bykhovsky: *õFewer authoritarian regimes, which are mostly responsible for human rights violations, would be willing to undergo a democratic transition if it would mean facing international prosecutionö*. BYKHOVSKY, Gene, *op. cit.*, p. 182.

I. iii. Histórico

O instituto da competência repressiva universal apresenta poucas características incontroversas, sendo a sua longevidade uma delas. A doutrina mostra-se bastante convergente no que diz respeito ao seu longo histórico⁷⁸. Outra noção compartilhada pelos estudiosos é seu desenvolvimento não linear⁷⁹. A nosso ver, entretanto, a impossibilidade de se verificar uma clara progressão no exercício da competência repressiva universal não é apenas um dado histórico, e sim um elemento indicativo da ocorrência de uma mudança de fundamento, a ser explorada no item I. iv. deste capítulo.

As origens da competência repressiva universal podem ser traçadas desde a Idade Média, quando era exercida pelas cidades do Norte da Itália contra combatentes, sob o argumento de que, fora das fronteiras da cidade, eles ficariam impunes⁸⁰. Grotius⁸¹ também tratou da competência repressiva universal em seus estudos. A associação do instituto ao combate à pirataria⁸² é, no entanto, a forma ancestral mais conhecida da aplicação da

⁷⁸ A respeito do longo histórico da competência repressiva universal: *Universal jurisdiction is not new. It has been provided for in a number of international conventions and in much national legislation*. MACEDO, Stephen. *Introduction*. In: MACEDO, Stephen (org.). *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*. Pennsylvania: PENN, 2006, p. 3.

Na mesma linha: *Universal jurisdiction has been created in haste over the centuries*. MORRIS, Madeline H. *Universal jurisdiction in a divided world: conference remarks*. In: *New England Law Review*, vol. 35, 2000-2001, p. 338.

Segundo Xavier Philippe: *Historically, universal jurisdiction can be traced back to the writings of early scholars of note, such as Grotius, and to the prosecution and punishment of the crime of piracy*. PHILIPPE, Xavier. *The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?*. In: *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n. 862, 2006, p. 376.

De acordo com Hall: *it is not widely known that universal jurisdiction has been an accepted part of international law since Middle Ages*. HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 47.

Também conforme Llopis: *L'idée d'une compétence universelle des tribunaux nationaux pour connaître de certains délits n'est pas nouvelle*. LLOPIS, Ana Peyró. *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*. Bruxelas: Bruylant, 2003, p.2.

Por fim, segundo Ferstman: *The principle [da competência repressiva universal] is not a new or novel concept in the UK or elsewhere. It has long been recognized by customary international law with respect to piracy, slavery, slave trading, and, more recently, genocide*. FERSTMAN, Carla. *The approach of the United Kingdom to crimes under international law*. In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*. Nova York: Springer, p. 149, 2007.

⁷⁹ Sobre o desenvolvimento da competência repressiva universal: *Observing the development of universal jurisdiction, one has to remember that it is still in transition under international law and thus requires continuous study and review in the future*. INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 100.

⁸⁰ Conforme Hall, *op. cit.*, p. 50.

⁸¹ GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)*, tradução de Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2004, vol. I, Livro I, capítulo V e Livro II, capítulo XXI, parágrafo 4, p. 271 e 383.

⁸² *Piracy is a crime that paradigmatically is subject to prosecution by any nation based on principles of universality, and it is crucial to the origins of universal jurisdiction*. MACEDO, Stephen (org.), *op. cit.*, *Commentary*, p. 30.

competência repressiva universal, sendo ainda possível⁸³, apesar de atualmente contestada por alguns estudiosos.⁸⁴ Em relação à pirataria, justificava-se a competência repressiva universal não só com base no fato de o delito ocorrer em alto-mar, lugar onde a soberania estatal não atinge, mas também pelo critério de serem os piratas considerados *hostis humani generis*⁸⁵, ou seja, inimigos de toda a humanidade. Não era, entretanto, a gravidade do crime que lhes conferia essa característica, a denominação *hostis humani generis* devia-se ao fato de os piratas poderem atacar indiscriminadamente, representando, dessa maneira, uma ameaça potencial a todas as soberanias⁸⁶.

Era de se esperar que um instituto tão antigo quanto a competência repressiva universal já tivesse sido plenamente consolidado pelo direito internacional penal, mas, como será demonstrado, ainda existem grandes e contundentes questionamentos a seu respeito, o que pode, em parte, explicar sua descontínua evolução. Em breves linhas, observa-se a seguinte intermitência no exercício da competência repressiva universal: foi aplicada em relação à pirataria e ao tráfico de escravos⁸⁷ (séculos XVI a XIX⁸⁸)⁸⁹; passou por um grande período sem exemplos relevantes; voltou à tona com o caso Lotus⁹⁰ (1927),

⁸³ Sobre a aplicação da competência repressiva universal no combate à pirataria, ver: art. 19 da Convenção das Nações Unidas sobre o alto-mar, de 1958: *On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, every State may seize a pirate ship or aircraft, or a ship taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the State which carried out the seizure may decide upon the penalties to be imposed, and may also determine the action to be taken with regard to the ships, aircraft or property, subject to the rights of third parties acting in good faith.* Disponível online: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_high_seas.pdf>.

⁸⁴ Segundo Goodwin: *To exercise universal jurisdiction over pirates today is fundamentally unfair.* GOODWIN, Joshua Michael. *Universal jurisdiction and the pirate: time for an old couple to part.* In: *Vanderbilt Journal of International Law*, vol. 39, 2006, p. 1011.

⁸⁵ Sobre esse critério, ver item I. iv. Fundamentos.

⁸⁶ *One of the more frequently cited rationales for subjecting piracy to universal jurisdiction is the notion that pirates are hostis humani generis ó enemies of all mankind. The reasoning is that because pirates indiscriminately attack ships on the high seas, they are waging war on all countries.* GOODWIN, *op.cit.*, p. 989.

⁸⁷ De acordo com M. Cherif Bassiouni, o exercício da competência repressiva universal contra o tráfico de escravos estava presente apenas em algumas das convenções que regularam o tema. BASSIOUNI, M. Cherif, *op. cit.* 2001/2002, p. 112.

⁸⁸ Deve-se ressaltar que, durante o século XIX, marcado pelo imperialismo e neo-colonialismo, a competência repressiva universal foi influenciada pelo cenário político: *Later, in the 19th century, the principle of extraterritorial jurisdiction was generally applied only to legal systems seen as inferior to those of Western Christian countries.* BROWN, Bartram S., *op. cit.*, p. 390.

⁸⁹ De acordo com Hall, *op. cit.*, p. 50: *States began to exercise universal jurisdiction over piracy on the high seas as early as the sixteenth century. () Similarly, states began to exercise extraterritorial jurisdiction in the middle of the nineteenth century over slave traders and later over slave owners.*

⁹⁰ O caso Lotus apresentou a seguinte questão: a jurisdição extraterritorial é permitida ou apenas não proibida no direito internacional? Faticamente, o caso originou-se da colisão entre duas embarcações em alto-mar, que resultou na morte de marinheiros e passageiros turcos. Uma das embarcações era francesa, o Lotus; a outra, turca, o Boz-Kourt. Quando o Lotus chegou a Constantinopla, autoridades turcas iniciaram procedimentos criminais, conforme a lei turca, contra os comandantes turcos e franceses ó o tribunal turco condenou todos

ainda no âmbito da Corte Permanente de Justiça Internacional; depois regressou com os diversos casos⁹¹ que sucederam à Segunda Guerra Mundial e que não haviam sido analisados pelos tribunais militares internacionais de Nuremberg ou Tóquio; retornou novamente com o caso Eichmann⁹² (1961); para ser outra vez esquecida⁹³ e, enfim, reavivada de forma veemente durante o pós-Guerra Fria⁹⁴, com o caso Pinochet (1998) e com o aperfeiçoamento das legislações internas, sobretudo de países europeus, especialmente a Bélgica.

Nas duas últimas fases do exercício da competência repressiva universal assinaladas acima ó pós-Segunda Guerra Mundial e pós-Guerra Fria ó sua retomada está relacionada à afirmação do direito internacional dos direitos humanos, acompanhada do fortalecimento da justiça internacional penal, que ocorreu por meio de instituições especificamente criadas, sejam os tribunais de Nuremberg e Tóquio, no primeiro período, ou os tribunais penais, para a ex-Iugoslávia, para Ruanda e o próprio Tribunal Penal Internacional, no segundo período. A existência de apenas um caso notável de aplicação da

por homicídio culposo. A França levou o caso à Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1927, sob a alegação de ausência de competência da justiça turca para o litígio, uma vez que eles não dispunham de nenhuma norma de direito internacional que a conferisse. A Turquia alegou que detinha a competência para o caso, por não existir nenhuma norma internacional que a vedasse. A Corte decidiu em favor da Turquia. Sobre o caso Lotus, ver: REYDAMS, Luc, *op. cit.* 2003 (a), p. 11-13.

⁹¹ *Some of the thousands of trials by Allied military courts and commissions at the end of the War of other persons who had served the Axis Powers for war crimes and crimes against humanity were based on universal jurisdiction or expressly recognized the doctrine as applicable to those crimes.* Hall, *op. cit.*, p. 51-52.

⁹² Trata-se do julgamento de Adolf Eichmann, pela Corte Distrital de Jerusalém e pela Suprema Corte de Israel, entre 1961 e 1962. Eichmann foi condenado pelos crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial e considerado um dos responsáveis pelo comando do holocausto, ou da *ösolução finalö*, tendo seu nome sido suscitado diversas vezes em Nuremberg. Sob o comando de autoridades do governo israelense, Eichmann foi seqüestrado em 11 de maio de 1960, em Buenos Aires, pelo Mossad, e levado a Israel, onde foi julgado com base na competência repressiva universal ó não havia vínculo territorial, uma vez que os crimes foram cometidos na Alemanha; não havia vínculo de personalidade ativa, tendo em conta o fato de o acusado ser estrangeiro; nem de personalidade passiva, já que, embora em sua maioria judias, as vítimas não tinham nacionalidade israelense, por ser a criação deste Estado posterior à Segunda Guerra Mundial. Além da aplicação da competência repressiva universal e da cobertura abundante do caso pela mídia, o julgamento ganhou notoriedade pelo estudo que Hannah Arendt fez a partir dele, introduzindo o conceito de banalidade do mal. Sobre o impacto do caso Eichmann: *Yet the Eichmann Trial has greatly influenced the subsequent claims of universal jurisdiction as being customary international law.* INAZUMI, Mitsue. *op. cit.* p. 65.

⁹³ Após os casos relacionados aos crimes internacionais cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, não houve, até o pós-Guerra Fria, um exercício consistente, conforme Monica Hans: *However, for the fifty years following the Nuremberg trials and the drafting of the Geneva Conventions in the 1940s, universal jurisdiction has not been consistently exercised in the international community.* HANS, Monica. *Providing for uniformity in the exercise of universal jurisdiction: can either the Princeton Principles on Universal Jurisdiction or an International Criminal Court accomplish this goal?* In: *The Transnational Lawyer*, vol. 15, 2002, p. 366.

⁹⁴ Sobre a reafirmação da competência repressiva universal no pós-Guerra Fria: *Since the formation of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in 1993 and the International Criminal Tribunal for Rwanda in 1994, universal jurisdiction has increasingly given rise to national investigations and prosecutions in more than a dozen States.* HANS, Monica, *op. cit.*, p. 367.

competência repressiva universal⁹⁵ ó o caso Eichmann ó entre as duas fases deve-se menos a questões jurídicas do que a questões políticas: o intervalo entre os dois períodos corresponde à Guerra Fria, momento em que os litígios não eram resolvidos em foros internacionais e em que a universalidade perdeu força no contexto da bipolaridade. O caso Eichmann foi uma exceção possível porque não tratava dos conflitos que ocorriam no cenário da Guerra Fria, mas sim de crimes anteriores, cometidos num momento anterior da política internacional, e que haviam ficado impunes até então.

O combate à impunidade parece ser o único traço comum entre o exercício da competência repressiva universal contra piratas, de um lado, e violadores de direitos humanos, do outro. Ainda que as bases do exercício dessa competência tenham mantido-se as mesmas, ó a saber: ausência dos outros critérios jurisdicionais tradicionais, como territorialidade, personalidade ativa, personalidade passiva e princípio da proteção ó a finalidade da aplicação do instituto sofreu grande alteração. Se antes o exercício da competência repressiva universal servia para levar punição onde a soberania do Estado não alcançava, como no caso de delitos cometidos em alto-mar, a partir dos casos pós-Segunda Guerra Mundial, não se tratava mais de levar o castigo do Estado para lugares não cobertos pelo manto da soberania, mas sim de garantir que as mais graves violações de direitos humanos tivessem um julgamento que fosse além da pena e pudesse servir, tanto para dissuadir novas violações, quanto como mecanismo capaz de concretizar a memória e uma verdade dos fatos.

Ao afirmar a possibilidade de qualquer Estado agir em nome da comunidade internacional, por meio do julgamento de crimes cuja gravidade e atrocidade os tornam rechaçáveis perante os olhos de toda a humanidade, a competência repressiva universal que tem seu exercício retomado após a Segunda Guerra Mundial afasta-se da preocupação de garantir que a soberania alcance todos os litígios e aproxima-se do questionamento da própria soberania. A nosso ver, os fundamentos que estavam presentes para o exercício da competência repressiva universal contra a pirataria não são os mesmos que sustentam sua aplicação contra graves violações de direitos humanos. Essa análise será desenvolvida no item I. iv. deste capítulo.

⁹⁵ Conforme Llopis: *õElle [a competência repressiva universal] a été rarement mise en òuvre entre la fin de la Seconde Guerre mondiale et le début des années quatre-vingt dix. Le procès d'Adolf Eichmann, qui aboutit avec une décision de la Cour suprême d'Israël en 1962, reste l'exception la plus importante*. LLOPIS, Ana Peyró, *op. cit.*, p. 71.

É sobre o período pós-Guerra Fria que este estudo vai debruçar-se. A atual tomada de fôlego da competência repressiva universal teve seu início com o caso Pinochet⁹⁶, e os casos mais relevantes desde então que serão analisados no próximo capítulo. A nosso ver, o caso Pinochet foi fruto de seu momento histórico. Se o fim da bipolaridade permitiu um novo diálogo e possibilitou o consenso e a formação de novos valores comuns à comunidade internacional, ele também trouxe consigo a emergência de conflitos que antes estavam sufocados sob o poder das duas grandes potências. Os conflitos nos Balcãs e em Ruanda repetiram violações de direitos humanos que já se imaginava não serem mais possíveis desde a Segunda Guerra Mundial. Aquelas tão graves atrocidades, umas seguidas das outras, reavivaram na humanidade o sentimento de impotência. A política internacional fracassou e não impediu o horror. A justiça internacional penal, não sendo sua atribuição impedi-lo, respondeu com um novo arcabouço institucional⁹⁷ (Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda e Tribunal Penal Internacional) e produziu seus julgamentos na expectativa de que eles ressoem para o mundo uma verdade dos fatos, a impunidade dos responsáveis e a necessidade da não-repetição.

Compartilhamos o entendimento de Inazumi⁹⁸, ao afirmar que o longo período de aplicação da competência repressiva universal permite identificar mudanças em seu exercício. No chamado período clássico, que acima identificamos como a época em que a competência repressiva universal concentrou-se sobre o crime de pirataria, o instituto tinha seu exercício facultado aos Estados e era complementar às demais competências. Esse quadro sofre alterações com o direito internacional moderno, em que o exercício da competência repressiva universal começa a ser aventado como possibilidade para o julgamento dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, ainda que essa ideia tenha enfrentado a oposição de alguns Estados. A relutância teria diminuído a partir dos anos 1970, com a expansão da

⁹⁶ É possível identificar alguns casos baseados na competência repressiva universal que antecederam o caso Pinochet na década de 1990, como o caso Refik Saric na Dinamarca e o caso Klaus Barbie na França, mas este será considerado como o ponto de partida por ter sido o mais comentado pela doutrina internacionalista. Sobre os efeitos que decorreram do caso Pinochet, *“Although the Pinochet judgement has not led to an explosion of investigations and prosecutions based on universal jurisdiction, as many had hoped and others had feared, it has lent a new legitimacy to an old tool”*. HALL, *op. cit.*, p. 53.

⁹⁷ *“A década de 1990 torna-se, assim como a fase pós-segunda guerra mundial e o chamado direito de Nuremberg, um momento de grande importância para o desenvolvimento do direito internacional penal”*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Imunidades de chefes de Estado e crimes internacionais*. Tese de livre-docência do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Universidade de São Paulo, 2009, p. 35.

⁹⁸ INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 99.

competência repressiva universal em tratados e convenções que lhe conferiam um caráter de competência principal e de obrigatoriedade, assim como influenciavam a formação de um costume internacional. O exercício mais ativo do instituto só se concretizou algum tempo depois, quando foi percebido como resposta às terríveis atrocidades cometidas na década de 1990.

Desde Grotius, passando pela pirataria, pelo caso Lotus, pelo fim da Segunda Guerra Mundial e os tribunais de Nuremberg e Tóquio, pelo caso Eichmann, pelo fim da Guerra Fria e os tribunais penais internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, até chegar aos casos atuais, com destaque para Pinochet e Yerodia (Caso Congo *versus* Bélgica), é inegável que, em relação à competência repressiva universal, observa-se um aumento: (i) do número de legislações nacionais que a preveem; (ii) da quantidade de convenções e tratados internacionais que a incorporaram diretamente ou que a permitiram na fórmula *aut dedere aut judicare*; (iii) do número de casos em que tem sido exercida⁹⁹ e (iv) do apoio que vem recebendo por parte da doutrina e de setores da sociedade internacional.

Essa maior visibilidade e institucionalização da competência repressiva universal não a previnem contra eventuais retrocessos em seu desenvolvimento. Nota-se, por exemplo, que ainda existe pressão para que os Estados restrinjam sua aplicação ao aprovar as leis que a regulamentam¹⁰⁰. A legislação belga, que tinha uma das previsões mais amplas quanto ao exercício da competência repressiva universal, como verificaremos no item II. ii. a, foi limitada em seu escopo justamente após sofrer grande pressão internacional. Nesse sentido, reiteramos o entendimento de que o pleno e adequado exercício da competência repressiva universal não prescinde de regulamentação pelo direito internacional penal.

⁹⁹ O número de casos em que a competência repressiva universal é exercida aumentou, mas não se deve considerar que a prática já está amplamente disseminada como mecanismo da justiça internacional penal. Conforme Marks: *Today, universal jurisdiction is anything but universal. (i) in practice, the exercise of universal jurisdiction remains sporadic*. MARKS, Jonathan H. *Mending the Web: universal jurisdiction, humanitarian intervention and the abrogation of immunity by Security Council*. In: *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, n. 2, 2004, p. 447.

¹⁰⁰ *Worryingly, although some progress has been made towards greater accountability, pressure has and is being exercised by a variety of states to narrow domestic legislation providing for extraterritorial jurisdiction [que no texto inclui a competência repressiva universal e a competência baseada na nacionalidade ativa ou passiva] and to limit the role of victims and NGOs in relying on such jurisdiction*, conforme REDRESS, *Extraterritorial jurisdiction in the European Union: a study of the laws and practice in the 27 member states of the European Union*, 2010, p. 20. Disponível online: <http://www.redress.org/downloads/publications/Extraterritorial_Jurisdiction_in_the_European_Union.pdf>.

Em seu estágio atual, esclarece Brown¹⁰¹, a competência repressiva universal encontra-se num *continuum*, uma escala crescente de sua aplicação em vários níveis contra diferentes crimes internacionais. Ou seja, diante da indefinição de seu desenvolvimento no direito internacional penal, resta mostrar as controvérsias que cercam a competência repressiva universal e trabalhar para a superação dos obstáculos que dificultam seu exercício na prática dos tribunais.

Na linha do tempo do exercício da competência repressiva universal pode-se claramente identificar uma mudança em seu perfil. A mudança não está relacionada à sua aplicação: o instituto continua sendo uma maneira de um tribunal nacional estabelecer sua competência sobre um fato típico ocorrido fora de seu território, cometido por autor estrangeiro e com vítimas de outra nacionalidade. O que os dados históricos evidenciam, além da descontinuidade do exercício da competência repressiva universal, é a mudança de sua motivação. O combate à imunidade permanece, mas a ele é agregado o conteúdo da proteção aos direitos humanos. Quando este conteúdo, cuja força expansiva é inegável, atinge o instituto da competência repressiva universal, ele a transforma. Já não se pode mais fundamentá-la nas mesmas bases da pirataria de séculos atrás, é preciso agregar-lhe as preocupações de uma comunidade que ensaia seus passos rumo à formação de valores compartilhados.

I. iv. Fundamentos

Por ser muito antiga¹⁰², à competência repressiva universal não falta fundamentação, pelo contrário, existem vários argumentos que podem servir para embasá-la¹⁰³, como veremos abaixo. A fim de melhor ilustrar os fundamentos, seguiremos a

¹⁰¹ BROWN, Bartram S., *op. cit.*, p. 396.

¹⁰² O primeiro fundamento da competência repressiva universal pode ser identificado em Covarruvias: *Podemos localizar o primeiro fundamento da competência repressiva universal na obra do jurista espanhol Covarruvias, que defendia a tese segundo a qual todos os criminosos perigosos deveriam ser julgados no local de sua prisão ou, caso contrário, deveriam ser extraditados, dando origem assim ao princípio aut dedere aut judicare*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.* 2009, p. 65.

¹⁰³ Segundo o International Council on Human Rights Policy, os fundamentos da competência repressiva universal no direito internacional ainda não estão totalmente consolidados; *The legal base for universal jurisdiction prosecutions has developed largely since World War II, and its foundations in international law remain somewhat shaky*. INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *op. cit.*, p. 35.

classificação estabelecida por Marks¹⁰⁴ e, a partir dela, incluiremos outras considerações encontradas na doutrina.

Desde o início, mantém-se o entendimento anteriormente introduzido de que a fundamentação da competência repressiva universal foi alterada, ao longo de sua história. Não se pode afirmar que os argumentos que basearam seu exercício contra a pirataria ainda hoje sejam suficientes para fundamentar a competência repressiva universal. A razão da mudança vai além do fato de terem surgido novos crimes internacionais e decorre da própria transformação do cenário internacional, antes caracterizado por uma convivência de Estados em sociedade, e que agora encaminha-se ó com percalços, como se deve supor ó para a formação de uma comunidade internacional, marcada pelo compartilhamento de valores comuns¹⁰⁵.

Essa transformação da realidade internacional implica alterações na própria concepção do direito internacional, que passa a instituir suas normas sobre outros fundamentos e a aprofundar áreas mais recentes, como o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional penal. Nesse sentido, ainda que a competência repressiva universal seja um instituto que surgiu em um momento mais hobbesiano da sociedade internacional, seu desenvolvimento ao longo do tempo não pôde se furtar à assimilação de parâmetros próprios aos direitos humanos¹⁰⁶. A própria idéia da competência repressiva universal como um mecanismo de proteção dos direitos humanos evidencia o fato de que a fundamentação da competência repressiva universal foi alterada.

É importante frisar que os fundamentos da competência repressiva universal abaixo expostos não devem ser vistos de forma excludente, mas como complementares entre si.

I. iv. a. Fundamento maniqueísta

É o argumento histórico em que se fundamenta o exercício da competência repressiva universal e pode ser encontrado no crime internacional da pirataria. Segundo

¹⁰⁴ MARKS, Jonathan H., *op. cit.*, p 463-471.

¹⁰⁵ De acordo com Brigitte Stern: *õAvec le développement d'une plus grande solidarité au niveau international et l'émérgence de valeurs qui sont au cõ ur même de cette solidarité ó marquant le passage de la société internationale à la communauté internationale ó est aujourd'hui de plus en plus largement reconnue aux Etats, une compétence universelle, destinée à être mise en òuvre pour la sauvegarde des valeurs communesö*. STERN, Brigitte, *op. cit.*, 1999, p. 735.

¹⁰⁶ Sobre a força expansiva dos direitos humanos em relação ao direito internacional penal: *õAu point de pouvoir affirmer que le droit international pénal est colonisé par les droit de l'homme, qui profitent de la nature primitive du système normatif internationalö*. HENZELIN, Marc, *op. cit.*, p. 821.

esta percepção, os perpetradores de graves crimes internacionais são considerados *hostis humani generis*¹⁰⁷ e, por isso, devem ou podem ser processados e julgados por qualquer Estado que tenha interesse em fazê-lo, com base no costume internacional¹⁰⁸ ou que esteja obrigado a fazê-lo, tendo em conta dispositivos relacionados em tratado ou convenção do direito internacional penal.

A nosso ver, alguns problemas podem ser identificados em relação a este fundamento, conforme sua própria denominação já indica. Não haveria espaço no sistema jurídico moderno para o conceito de um inimigo *a priori*¹⁰⁹, assim como é altamente prejudicial, após todo o desenvolvimento dos direitos humanos, ignorar o princípio da presunção de inocência do acusado. Fundamentar a competência repressiva universal na ideia de perseguição aos presumidos violadores dos mais altos valores internacionais é realizar um pré-julgamento. Embora o fundamento maniqueísta tenha servido para o exercício da competência repressiva universal no passado e encontre defensores até hoje, ele já não parece ser o mais adequado para conferir embasamento ao instituto em análise.

I. iv. b. Fundamento do interesse comum

De acordo com Marks¹¹⁰, trata-se do fundamento que tem por base o pensamento kantiano, segundo o qual entende-se que uma violação de direitos em alguma parte do mundo refletir-se-ia em todo o restante da comunidade universal. Dessa forma, a conduta de um perpetrador de graves violações aos direitos humanos em um Estado representa uma ameaça potencial a todos os Estados, conferindo-lhes interesse em levar o suposto perpetrador a juízo. Conforme esta concepção, usada, inclusive, na fundamentação do caso Eichmann, a competência repressiva universal seria exercida com base numa ampliação do tradicional princípio da proteção.

A justificativa contida neste argumento seria a de que cada Estado tem interesse tanto na ordem jurídica e social internacional como na paz e na segurança internacionais,

¹⁰⁷ MARKS, Jonathan H., *op. cit.*, p. 463.

¹⁰⁸ De acordo com Brigitte Stern: *“It can be asserted that permissive universal jurisdiction exists as a customary principle of international law each time a crime is universally condemned by international law.”* STERN, Brigitte, *op. cit.*, 1997, p. 179.

¹⁰⁹ MARKS, Jonathan H., *op. cit.*, p. 464.

¹¹⁰ MARKS, Jonathan H., *op. cit.*, p. 464-467.

de modo que, para protegê-las, conforme o interesse comum, seria válido a um Estado exercer a competência repressiva universal. É uma visão que, embora encontre um número relevante de adeptos¹¹¹ e de opositores, pode ser vislumbrada também no conceito da teoria da universalidade absoluta, apresentado entre as definições da competência repressiva universal.

I. iv. c. Fundamento da ingerência

Também presente no caso Eichmann. Traduz-se pelo entendimento de que, quando um crime internacional infringe o direito das nações, o Estado que o leva a juízo age em nome da proteção dos valores da comunidade internacional. Esta é uma visão que se baseia na premissa de que o caráter universal das normas violadas torna possível o exercício de uma competência também de natureza universal¹¹², exercida por um Estado em nome de todo o sistema jurídico internacional. Tendo em conta os questionamentos doutrinários atuais a respeito da existência de um direito de ingerência no direito internacional, este fundamento não parece ser o mais elementar quando se pretende alicerçar o exercício da

¹¹¹ Entre os adeptos, pode-se identificar Mitsue Inazumi: *“Considering how universal jurisdiction over piracy was formed, the two rationales of the gravity of the crime which signifies the common interest of the international community, and the absence or uncertainty of effective jurisdiction are equally important. In my opinion, these two rationales for universal jurisdiction are still relevant today.”* INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 52.

Também de acordo com M. Cherif Bassiouni: *“Thus states exercise universal jurisdiction not only as national jurisdiction, but also as a surrogate for the international community.”* BASSIOUNI, M. Cherif, *op. cit.* 2001/2002, p. 96.

E por fim, Joe Verhoeven: *“il ne manquerait pas d’arguments pour considérer que l’appartenance à une communauté internationale devrait, tout au contraire, inciter les membres de celle-ci à se prêter mutuellement assistance dans la défense de leur ordre public respectif.”* VERHOEVEN, Joe. *“Vers une ordre répressif universel? Quelques observations.”* In: *Annuaire Français de Droit International*, vol. XLV, 1999, p. 56.

¹¹² MARKS, Jonathan H., *op. cit.*, p. 467.

Pode-se destacar na doutrina alguns estudos que concordam com este fundamento, nesse sentido, temos Philippe Coppens: *“Et le fait que la souveraineté d’un Etat, du point de vue du droit international, ne puisse justifier un génocide ou un crime contre l’humanité vient de ce que les gens qui peuplent cet Etat partagent une commune humanité avec nous. Nous avons donc tous une communauté d’intérêts à défendre, qui est celle de notre commune humanité.”* COPPENS, Philippe. *“Compétence universelle et justice globale.”* In: *La compétence universelle*. Edição conjunta *Annales de Droit de Louvain*, vol. 64, n. 1-2 e *Revue de Droit de L’ULB*, vol. 30, n.2. Bruxelas: Bruylant, 2004, p. 31.

Outra defesa deste fundamento pode ser encontrada em: *“Es incontestable que el fundamento último de la jurisdicción universal del juez nacional para perseguir y enjuiciar, según su ley nacional, tales crímenes más allá de los principios de territorialidad y personalidad se encuentra en la universalidad de la competencia jurisdiccional de los Estados y de sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento compete a todos los Estados por el interés general de proteger a la comunidad internacional en su conjunto. El ejercicio de la jurisdicción universal responde, por lo tanto, al ejercicio celoso y exclusivo de la soberanía estatal sobre un bien jurídico universal de toda la comunidad internacional.”* DÍAZ, Maria Eugenia López-Jacoiste. *op. cit.*, p. 839.

competência repressiva universal. A outra parte deste argumento, que destaca o caráter universal das normas violadas é amplamente aceita e pode ser identificada também no fundamento do *ius cogens* e no fundamento do interesse comum.

I. iv. d. Fundamento do *ius cogens*

Os crimes internacionais tipificam violações a algumas normas do direito internacional dos direitos humanos que podem ser consideradas *ius cogens*¹¹³. Fundamenta-se o exercício da competência repressiva universal tanto com base na gravidade da violação, como com base na universalidade e no caráter inderrogável das normas internacionais cuja violação é alegada¹¹⁴. A defesa deste argumento torna-se mais complexa à medida que não se vislumbra, ainda, consenso na doutrina internacionalista a respeito de quais normas são classificadas como *ius cogens*¹¹⁵. Apesar disso, o reconhecimento, pela comunidade internacional, da existência de normas de *ius cogens* traz uma grande novidade às relações internacionais: pode-se falar em lei universal¹¹⁶.

Cabe a ressalva de que, apesar de inexistir tal consenso, a maioria dos valores resguardados pela tipificação de crimes internacionais é interpretada por grande parte da doutrina como pertencendo à categoria do *ius cogens*, configurando, portanto, normas

¹¹³ Para uma breve definição do conceito de *ius cogens*: *As normas de ius cogens são as chamadas normas imperativas do direito internacional. Isso quer dizer que, se todas as normas são obrigatórias, já que objeto do consenso dos Estados, algumas, no entanto, não admitem acordo em contrário, tendo em vista que protegem os interesses fundamentais da comunidade internacional. Tais normas estão acima da vontade dos Estados que se encontram proibidos de derrogação*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 12. Verificar também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, artigos 53 e 64.

¹¹⁴ Segundo Bassiouni: *The writings of scholars have driven the recognition of the theory of universal jurisdiction, particularly for jus cogens international crimes*. BASSIOUNI, M. Cherif, *op. cit.* 2001/2002, p. 153.

¹¹⁵ Scharf observa que o dever de processar uma grave violação de direitos humanos não constitui uma norma de *ius cogens*: *the duty to prosecute has not attained jus cogens status*. SCHARF, Michael P. *From the eXile files: an essay on trading peace for justice*. In: *Washington and Lee Law Review*, vol. 63, 2006, p. 366. Debuf, por sua vez, ressalta a falta de consenso quanto ao rol de normas que pode ser entendido como *ius cogens*: *the ius cogens argument dose not seem sufficient to merely claim that States are permitted to exercise universal jurisdiction over such crimes, especially because the term ius cogens itself is not without controversy*. DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁶ De acordo com Cassese: *Mas hoje há uma lei universal na comunidade internacional, válida em qualquer lugar, que pune os crimes internacionais: são as normas de jus cogens que, entre outras, proíbem os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade, o genocídio, a tortura, as manifestações graves de terrorismo internacional. Conseqüentemente, hoje podemos voltar às idéias de Grotius, pois temos uma espécie de novo direito natural, mas que desta vez é também direito positivo: trata-se de normas imperativas do direito internacional, que consagram valores fundamentais que todos os Estados devem respeitar*. CASSESE, Antonio, *op. cit.*, 2004, p. 13.

universais e inderrogáveis¹¹⁷. Brown¹¹⁸ explica que uma violação de norma considerada *ius cogens* pode, frequentemente ser qualificada como crime internacional sujeito à competência repressiva universal e vice-versa, mas nem sempre esse é, necessariamente, o caso. Um exemplo deste tipo de situação encontra-se em Scharf, que afirma que embora a comunidade internacional não questione o fato de a proibição contra o cometimento de crimes contra a humanidade ser *ius cogens*, isso não significa que o dever de processar a conduta contrária a essa norma também adquiriu simultaneamente o mesmo caráter cogente¹¹⁹. O mesmo autor¹²⁰ também defende que a norma internacional processual que impõe o dever de julgar as graves violações de direitos humanos é bem mais limitada que a norma substantiva que estabelece os crimes internacionais. Na visão de Marks, a justificativa para fundamentar a competência repressiva universal estaria menos no caráter inderrogável das normas de direitos humanos e mais na necessidade de se evitar o dano causado à comunidade internacional, quando estas normas são violadas¹²¹.

Em sua opinião dissidente por ocasião do julgamento do caso Yerodia pela Corte Internacional de Justiça, o juiz Al-Khasawneh¹²² defende a hipótese de que, não apenas os valores protegidos pelas normas que tipificam os crimes internacionais constituem normas de *ius cogens*, mas também a própria norma que prevê que o Estado tem o dever de julgar tais crimes teria a mesma natureza. Não se trata de uma opinião majoritária na doutrina internacionalista, mas ela assinala um movimento quanto ao reconhecimento da competência repressiva universal e quanto a sua possível inderrogabilidade mesmo face a outras regras do direito internacional penal, como a imunidade.

¹¹⁷ Conforme Perrone-Moisés: *õA violação de uma norma imperativa, a seu turno, constitui muitas vezes crime internacional, mas não podemos negar que a categoria de normas inderrogáveis é mais ampla que a dos crimes internacionais. De toda forma, podemos afirmar hoje que as normas que proibem os crimes do núcleo duro do direito internacional penal pertencem ao ius cogens e constituem obrigações erga omnesõ*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.* 2009, p. 14.

¹¹⁸ BROWN, Bartram S., *op. cit.*, p. 393.

¹¹⁹ SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 365.

¹²⁰ SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 372.

¹²¹ MARKS, Jonathan H., *op. cit.*, p. 468.

Sobre a natureza do crime: *õA jurisdição universal tem por base a natureza do crime em telaõ*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.* 2009, p. 66.

¹²² *õThe effective combating of grave crimes has arguably assumed a jus cogens character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevailõ*. AL-KHASAWNEH, *õOpinião dissidenteõ*. In: *Arrest warrant case of 11 april 2000*. Disponível online: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8140.pdf>>, p. 7.

I. iv. e. Fundamento do dano

Este fundamento, de acordo com Marks¹²³, estrutura-se sobre a seguinte noção: mais do que a crueldade do ofensor, é a extensão dos danos (físicos, materiais, psicológicos, sociais etc), por ele causados, que atrai a competência repressiva universal sobre os crimes cometidos. Parece uma abordagem mais moderna do argumento maniqueísta que, ao invés de fundamentar-se na simplista e perigosa oposição entre bom e mau, amigo e inimigo, tem seu núcleo identificado, em primeiro lugar, com a alarmante extensão do dano causado pelas violações de direitos humanos supostamente cometidas e, em segundo lugar, com a preocupação de que os atos altamente prejudiciais à comunidade internacional sejam cometidos outra vez, caso o ofensor fique impune.

Depois dos horrores da Segunda Guerra Mundial, o desenvolvimento da justiça internacional penal teve por foco julgar aquele passado, ainda tão evidente. Com os processos contatou-se que a extensão dos danos ia além da computação do número de vítimas, tratava-se de todo um aparato hediondo que, uma vez trazido e implementado na experiência humana, não poderia dela ser extirpado. A ubiquidade dos danos causados por violações tão graves como aquelas tipificadas nos crimes internacionais requer daquela sociedade ou Estado em particular ó ou diante da impossibilidade de que ela aja por si mesma, de um terceiro Estado que busque investigar os fatos e julgar seus responsáveis ó uma ação, capaz de reconstituir as bases aniquiladas pelos crimes. De acordo com Hannah Arendt¹²⁴, os julgamentos podem contribuir para isso.

I. iv. f. Fundamento pragmático

Na reunião dos três fundamentos mais sólidos, quais sejam: o do interesse comum, da ingerência e do dano, encontra-se embasamento suficiente para o exercício da competência repressiva universal contra as mais graves violações do direito internacional

¹²³ MARKS, Jonathan H., *op. cit.*, p. 469.

¹²⁴ *“Na época o próprio horror, na sua nua monstruosidade, parecia não apenas para mim, mas para muitos outros, transcender todas as categorias morais e explodir todos os padrões de jurisdição; era algo que os homens não podiam punir adequadamente, nem perdoar. E nesse horror sem palavras, receio, todos tendemos a esquecer as lições estritamente morais e controláveis que tínhamos aprendido antes, e que nos seriam ensinadas de novo, em inúmeras discussões, tanto dentro como fora dos tribunais”.* ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 85.

penal. Ainda há, entretanto, conforme identificou Marks, outro fator que, a nosso ver, é hoje um dos fundamentos mais sólidos e mais recorrentes quando se pretende defender as bases da competência repressiva universal: trata-se do fundamento pragmático¹²⁵, que se afasta um pouco das considerações mais filosóficas defendidas em alguns dos subitens anteriores.

Segundo tal fundamento, o exercício da jurisdição universal justifica-se quando há risco de o ofensor sair impune. Ou seja, um terceiro Estado deve ter jurisdição sobre crimes internacionais com os quais não tem vínculos tradicionais, quando e somente quando, além dos motivos expostos nos argumentos anteriores, estiver patente que o outro Estado é em cujo território o crime foi cometido ou de cuja nacionalidade eram as vítimas ou o agressor é não puder ou não pretender realizar o julgamento.

É um argumento que merece ser observado, na verdade, como um requisito indispensável ao exercício responsável da jurisdição universal, porque sempre há maior possibilidade de alcançar a justiça quando o julgamento desenvolve-se no ambiente onde o crime foi cometido. Isso, não só pela questão da maior facilidade da produção de provas, mas também porque na decisão prolatada, existirão maiores chances de se considerar os valores violados pelo crime, tanto em relação àquela sociedade específica, diretamente atingida pela ofensa, quanto em relação à comunidade internacional. Somente quando a referida sociedade não tiver meios ou não quiser dar uma resposta jurídica ao crime internacional perpetrado em seu interior, é que caberia a um terceiro Estado fazê-lo, com base nos outros fundamentos apresentados.

A nosso ver, a preocupação com a impunidade do acusado pode ser atualmente considerada um dos fundamentos ao exercício da competência repressiva universal mais relevantes¹²⁶. A luta pelo combate à impunidade diante de casos de crimes internacionais

¹²⁵ MARKS, Jonathan H., *op. cit.*, p. 470.

¹²⁶ Em relação ao uso da competência repressiva universal como meio para combater a impunidade: *öThe international fight against impunity for international crimes is the larger context of this issue [competência repressiva universal]ö*. DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 4.

Também de acordo com Monica Hans: *öIf States did not have the duty to prosecute or, in the alternative, to extradite persons responsible for crimes offensive to all of the humanity, perpetrators would go unpunishedö*. HANS, Monica, *op. cit.*, p. 361 e 362.

Cassese vê na competência repressiva universal um meio para combater a impunidade: *öHowever debatable, the exercise of such jurisdiction may be, it is indisputable that, at least in theory, it constitutes ö together with the exercise of jurisdiction by the international criminal courts and tribunals ö the only vital alternative to the impunity resulting from insistence on jurisdiction by the territorial or national stateö*. CASSESE,

não revela apenas o sentimento da busca pela punição do acusado; revela, outrossim, a vontade de se realizar um julgamento, de dar àquele conflito alguma prestação jurisdicional capaz de satisfazer algo maior do que o desejo de vingança¹²⁷, capaz de efetivamente promover a realização do direito à memória e à verdade¹²⁸ e de se evitar que a conduta ilegal venha a ocorrer novamente¹²⁹. Este fundamento, associado à gravidade do dano causado pelo cometimento de um crime internacional é atualmente um dos argumentos mais expressivos quando se procura embasar a aplicação da competência repressiva universal. Há estudo da Organização das Nações Unidas que conclui que a

Antonio. Prefácio a *“The twists and turns of universal jurisdiction”*. In: *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, p. 559.

A luta contra a impunidade também é um dos fundamentos da competência repressiva universal para Perrone-Moisés: *“O exercício da competência repressiva universal, que deve ser exercida em relação aos crimes internacionais dos chefes de Estado, tem como um de seus fundamentos essa luta contra a impunidade, que no plano internacional, em especial em relação à proteção dos direitos humanos, vem adquirindo cada vez maior relevância”*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.* 2009, p. 87.

Sobre a gravidade do crime e o combate à impunidade como fundamentos para o exercício da competência repressiva universal: *“creemos que la fundamentación del principio de jurisdicción universal se halla en la naturaleza del crimen en razón a la importancia de los bienes jurídicos protegidos en el ámbito internacional, es decir crímenes que afectan bienes jurídicos internacionales pertenecientes a todas las naciones y por ende con el legítimo interés de perseguirlos (í) El segundo fundamento de la jurisdicción universal, es a nuestro entender la lucha contra la impunidad”*. SÁNCHEZ-CERRO, José Luis Pérez. *“El principio de jurisdicción universal en el derecho internacional y la práctica de los Estados”*. In: *Revista Peruana de Derecho Internacional*, vol. LIV, n. 126, 2004, p. 37 e 39.

¹²⁷ Os julgamentos têm o potencial de diminuir a vontade de vingança, segundo Akhavan: *“A postconflict culture of justice also makes moral credibility a valuable political asset for victim groups, rendering vengeance less tempting and more costly”*. AKHAVAN, Payam. *“Beyond impunity: can international criminal justice prevent future atrocities?”*. In: *The American Journal of International Law*, vol 95, n. 7, p. 07.

¹²⁸ Para uma definição do direito à verdade: *“O direito à verdade pode ser definido como o direito de conhecer a verdade completa acerca dos acontecimentos e circunstâncias específicas, assim como dos indivíduos que participaram de graves violações de direitos humanos, e das razões que motivaram as violações (...) Historicamente, o direito à verdade surgiu no âmbito do direito internacional humanitário, em particular no que se refere aos direitos das famílias de conhecer o destino de seus próximos durante conflitos armados e à obrigação que incumbe as partes do conflito de procurar as pessoas desaparecidas”*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.* 2009, p. 88.

¹²⁹ Sobre a necessidade de se dissuadir novas violações a partir dos julgamentos: *“l'exercice d'une compétence universelle légitime suppose aussi la volonté de contribuer de manière efficiente aux transformations du monde que la répétition des crimes appelle de manière toujours plus urgente”*. COPPENS, Philippe, *op. cit.*, p. 21.

Sobre a justiça internacional penal e a dissuasão de novas violações: *“A défaut de restaurer un ordre mondial qui n'existe pas, la fonction essentielle de la justice pénale internationale serait, en éclairant l'opinion publique, de transformer le jugement sur le crime en promesse d'en éviter le retour (...) Précisément, la condamnation peut aider à sortir du cercle infernal et devenir instauration d'un ordre futur qui se cherche encore”*. DELMAS-MARTY, Mireille. *La responsabilité pénale en échec: prescription, amnistie, immunités*, p. 373. Disponível online: <<http://www.sos-attentats.org/publications/delmas.pdf>>.

Em estudo da International Law Association pode-se verificar: *“A different argument sometimes put forward as a justification for the exercise of universal jurisdiction is its supposed deterrent effect”*. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Final report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences*. Londres, 2002, p. 3.

Em relação à importância de se dissuadir novas violações: *“Only by means of such a concept of individual responsibility can a redible deterrent be established which hopefully will prevent similar future occurrences”*. BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law*, vol. III Enforcement, Nova York: Transnational Publishers, 1987, p. 66.

impunidade é uma das principais razões para que graves violações de direitos humanos continuem a ocorrer no mundo.¹³⁰

De toda a gama de argumentos possíveis para fundamentar o exercício do princípio da competência repressiva universal pelos Estados, fica comprovado que, embora uns sejam mais razoáveis e aceitos do que outros, este instituto não padece de falta de motivação que o legitime. Dessa forma, resta claramente excluída a hipótese de se considerar a competência repressiva universal como contrária ao Direito Internacional em virtude da ausência de fundamentos jurídicos.

O rol de fundamentos proposto acima, com base em Marks, não é comum a toda a doutrina internacionalista. Foram propostas diferentes classificações dos fundamentos mais recorrentes ao exercício da competência repressiva universal. Em relatório da Secretária-Geral das Nações Unidas¹³¹, realizado com base em informações prestadas por alguns Estados-membros, é possível verificar que a gravidade dos crimes ou o fato de eles serem condenados universalmente é que fundamenta o interesse ou a obrigação do Estado de julgar as violações cometidas.

I. iv. g. Outros fundamentos

Bassiouni¹³² elabora sua própria lista dos fundamentos mais comuns, e afirma que a competência repressiva universal deverá ser exercida quando: (1) nenhum outro Estado puder exercer competência com base nas doutrinas tradicionais; (2) nenhum outro Estado tiver interesse direto; (3) não houver interesse da comunidade internacional; de forma que o Estado, ao exercer a competência repressiva universal, acaba na realidade ajuizando uma ação popular contra pessoas que são *hostis humani generis*. Trata-se de uma lista que observa mais argumentos práticos do que teóricos para a implementação da competência repressiva universal pelos Estados. Ainda sob uma perspectiva que destaca as funções da

¹³⁰ *“Perpetrators of human rights violations, whether civilian or military, will become all the more brazen when they are not held to account before a court of law. Impunity can also induce victims of these practices to resort to a form of self-help and take the law into their own hands, which in turn exacerbates the spiral of violence”*. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*. E/CN.4/1990/13, 1990, p. 88. Disponível online: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G90/101/32/PDF/G9010132.pdf?OpenElement>>.

¹³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/65/181, 2010, p. 4.

¹³² BASSIOUNI, M. Cherif, *op. cit.* 2001/2002, p. 96.

competência repressiva universal, fundamentando-a pelos seus fins, temos a posição do International Council on Human Rights Policy¹³³, para o qual o instituto deve servir para: obter justiça; impedir violações de direitos humanos; apoiar o Estado de direito; promover reconciliação social; revelar a verdade; registrar a preocupação internacional; e proteger a sociedade. Nota-se que, embora traduza uma perspectiva finalística, o rol de fundamentos apresentado pelo International Council on Human Rights Policy traz questões relacionadas a outros argumentos mais teóricos, como o direito à verdade e a reconstituição dos valores da sociedade afetada, que, no caso dos crimes internacionais, seria a própria comunidade internacional como um todo.

Hall¹³⁴, por sua vez, identifica quatro fundamentos contemporâneos ó legais, filosóficos ou morais ó que oferecem embasamento à competência repressiva universal: primeiro considera que crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio e tortura seriam uma ameaça ao tecido do direito internacional; em segundo lugar, entende que estes crimes atacam valores fundamentais compartilhados pela comunidade internacional; em terceiro lugar, afirma que o caráter universal destes crimes tem sido sugerido como base suficiente para a competência repressiva universal; por fim, alega que, em alguns casos, os crimes constituem uma ameaça à paz e à segurança internacionais. Os fundamentos por ele arrolados aproximam-se daqueles propostos por Marks. No quarto fundamento é possível vislumbrar, entretanto, um elemento a mais, qual seja, a inclusão de preocupações típicas da manutenção da ordem internacional ó paz e segurança ó como base para a implementação da justiça, por meio da competência repressiva universal. Ao trazer este fundamento, Hall relembra que a competência repressiva universal não deve ser considerada como um mecanismo de direito internacional penal que se encontra no ponto de embate entre ordem e justiça, ela deve ser vista como um dos exemplos da inter-relação necessária que existe entre ambas.

Cabe ainda identificar três argumentos não explorados em nenhuma das classificações anteriores que entendemos constituir fundamentos importantes para o exercício da competência repressiva universal. O primeiro deles, elaborado por

¹³³ INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. *Hard cases: bringing human rights to justice abroad ó A guide to universal jurisdiction*, 1999, p. 9 a 16. Disponível online: < http://www.ichrp.org/files/reports/5/201_report_en.pdf >.

¹³⁴ HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 55 e 56.

Coppens¹³⁵, identifica o exercício da competência repressiva universal a partir de um viés ético, argumentando que os Estados põem em prática o instituto à medida que se sentem responsáveis e que uma eventual omissão deles face aos horrores resultantes do cometimento de crimes internacionais ser-lhes-ia imputável. Para o mesmo autor, o fato de os Estados se sentirem responsáveis está relacionado à necessidade de impedir a recorrência desses crimes¹³⁶.

Outro fundamento, destacado por Roth-Arriaza¹³⁷ também nos parece bastante pertinente para embasar a competência repressiva universal, tendo em conta a sua verificação prática, em alguns casos. Para ela, os casos levados a juízo com base nessa competência, têm o poder de exercer um efeito catalisador¹³⁸. A notoriedade destes casos conferida pela mídia internacional ajudaria a promover um movimento interno, no Estado onde o crime foi cometido, em prol da realização de investigações e outros procedimentos capazes de mover a sociedade diretamente afetada pela violação no sentido da promoção do direito à memória e à verdade. Tal efeito pôde ser vislumbrado nos casos contra comandantes das ditaduras chilena e argentina propostos na Espanha pelo juiz Baltasar Garzón, a que se seguiram manifestações e movimentos nos dois países em busca de novos elementos acerca das violações cometidas pelos governos anteriores. O julgamento de altos oficiais governamentais leva a sociedade local a ansiar por respostas que não podiam ser obtidas antes devido às circunstâncias internas.

Um terceiro fundamento está mais identificado com a função que a competência repressiva universal exerce no arcabouço da justiça internacional penal. Trata-se da ideia apresentada por Brown¹³⁹, que entende ser a competência repressiva universal um

¹³⁵ COPPENS, Philippe, *op. cit.*, p. 19. Na mesma linha, pode-se citar o prefácio ao estudo do International Council on Human Rights Policy que associa a competência repressiva universal com um sentimento de responsabilidade e solidariedade: *“Universal jurisdiction prosecutions could also be a good means of enhancing human solidarity, by showing that when these terrible crimes happen elsewhere, all of us feel a responsibility to try to do something about it”*. NDIAYE, Bacre Waly. Prefácio. In: INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. *Hard cases: bringing human rights to justice abroad ó A guide to universal jurisdiction*, 1999. Disponível online: < http://www.ichrp.org/files/reports/5/201_report_en.pdf >.

¹³⁶ COPPENS, Philippe, *op. cit.*, p. 32.

¹³⁷ ROTH-ARRIAZA, Naomi. *“The Pinochet effect and the Spanish contribution to universal jurisdiction”*. In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*. Nova York: Springer, 2007, p. 113.

¹³⁸ Semelhante interpretação pode ser encontrada em Monica Hans, que afirma que, no caso Pinochet, a bem sucedida aplicação da lei espanhola sobre competência repressiva universal criou um momento favorável à persecução penal dos responsáveis por graves abusos de direitos humanos, o que teria renovado o interesse dos outros Estados pelo instituto. HANS, Monica, *op. cit.*, p. 378

¹³⁹ BROWN, Bartram S., *op. cit.*, p. 397.

mecanismo usado para complementar a falta de uma ordem jurídica internacional centralizada. Este argumento deixa claro o papel suplementar ou de última opção dentre às jurisdições possíveis que é atribuído ao instituto.

Em relação à fundamentação da competência repressiva universal, pode-se concluir que, além de ter havido uma mudança substantiva nos argumentos que a embasaram à época do combate à pirataria de séculos atrás em relação àqueles que a sustentam atualmente, é possível verificar que hoje este instituto do direito internacional penal goza de fundamentos diversos e complementares entre si, que reúnem elementos éticos, morais, políticos, jurídicos e práticos. O fato de a doutrina apresentar mais de uma classificação em relação aos fundamentos pode ser interpretado como um sinal de que o processo de institucionalização da competência repressiva universal continua desenvolvendo-se, ainda que de maneira não linear. Investigar os fundamentos da competência repressiva universal permite uma abordagem mais reflexiva a respeito do contexto internacional, que facilitou seu ressurgimento após o final da Guerra Fria.

I. v. Prós e contras do exercício da competência repressiva universal

Uma vez analisados o conceito, o histórico e os fundamentos da competência repressiva universal, deve-se passar à discussão da viabilidade de seu exercício. Com os argumentos anteriormente apresentados, procurou-se demonstrar não só o reconhecimento pela doutrina internacionalista da competência repressiva universal como parte do direito internacional penal, mas também sua legitimidade e seu escopo. Resta ainda questionar se seu exercício pelos Estados pode confirmá-la como um mecanismo eficiente dentro do arcabouço ou do espaço da justiça internacional penal, ou revelar que ela é incapaz de agregar efetividade a esta rede de *enforcement* do direito internacional dos direitos humanos.

Tendo em conta a controvérsia que o tema da competência repressiva universal suscita, é de se esperar uma profusão de argumentos tanto contrários ao seu exercício como a ele favoráveis. Estes serão expostos primeiro e a eles se seguirão os argumentos contrários, dispostos em duas categorias: objeções políticas e objeções práticas ou

jurídicas. Tal separação foi proposta para uma melhor compreensão das controvérsias que o exercício da competência repressiva universal provoca.

I. v. a. Argumentos favoráveis ao exercício da competência repressiva universal

Em relação aos argumentos favoráveis ao exercício da competência repressiva universal, temos um rol elaborado por Hall¹⁴⁰ que inclui quatro principais motivos: (i) os Estados que têm algum nexó com as violações fracassam em investigar e instaurar processos em relação aos crimes internacionais; (ii) a jurisdição dos tribunais internacionais é limitada; (iii) o exercício da competência repressiva universal geralmente tem efeito catalisador para promotores e juízes de instrução nos Estados onde as violações ocorreram, estimulando-os a investigar e processar os crimes; e (iv) o exercício da competência repressiva universal desencorajará, em alguma medida, novas violações.

Os argumentos acima elencados dizem respeito à própria função da competência repressiva universal, que, em uma de suas acepções, pode ser descrita como o ato de levar a julgamento indivíduo responsável por graves violações de direitos humanos que, de acordo com outras regras de competência, não seria processado em nenhum tribunal. Nesta visão, encontra-se a ideia de fazer justiça, diante da impossibilidade ou do fracasso de outras instâncias. Os itens iii e iv trazem considerações favoráveis à competência repressiva universal a partir dos resultados que se esperam de seu exercício, de forma que os argumentos aproximam-se dos fundamentos de caráter finalístico, que a legitimam tendo em vista sua potencialidade para impedir novas violações e para estimular novas ações penais no Estado onde os crimes ocorreram.

Ainda sob a perspectiva dos resultados, pode-se incluir o argumento favorável apresentado por Roth-Arriaza¹⁴¹, que, ao analisar o caso Pinochet aponta, como uma das vantagens do exercício da competência repressiva universal, sua capacidade de conferir esperança às vítimas, ao oferecer-lhes mecanismos internacionais como alternativa aos

¹⁴⁰ HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 54.

¹⁴¹ *“The other indirect result [da aplicação da competência repressiva universal no caso Pinochet] was to give new hope to victims worldwide that they could use transnational justice mechanisms in cases where justice was unavailable at home”*. ROTH-ARRIAZA, Naomi, *op. cit.*, p. 116.

tribunais internos. Nesse sentido, concordamos com a afirmação de Scharf¹⁴² que entende que a persecução penal dos responsáveis pode dar novo significado ao sofrimento das vítimas e servir-lhes como reparação, ainda que parcial, ao ajudar na restauração da dignidade das vítimas e na prevenção de atos pessoais de vingança daqueles que, diante da ausência da justiça tenderiam a querer resolver o conflito com os próprios meios. Responsabilizar os violadores de direitos humanos por seus atos é um dever moral do Estado com relação às vítimas e seus familiares, do qual ele não pode esquivar-se¹⁴³.

Aos motivos acima apresentados em defesa da competência repressiva universal, o estudo elaborado pelo International Council on Human Rights Policy¹⁴⁴ agrega outros. O primeiro deles advoga a favor do instituto sob a alegação primordial de que ele é um meio para se obter justiça, mas faz ressalvas no sentido de que a realização da justiça, neste caso, deve levar em consideração fatores como a defesa da lei, o direito das vítimas e as outras formas possíveis de retribuição e satisfação das vítimas, que não pressupõem um julgamento. O segundo argumento repete a hipótese acima tratada de que a competência repressiva universal pode dissuadir novas violações, embora se admita a dificuldade em comprovar este efeito na prática. Como terceiro motivo pelo qual o instituto deve ser exercido, o estudo aponta a capacidade de a competência repressiva universal fortalecer o estado de direito, por meio de ações que restabeleçam ou desenvolvam os princípios antes ameaçados pelas violações de direitos humanos cometidas. Um quarto ponto em prol da competência repressiva universal é levantado quando se afirma que seu exercício pode ajudar a promover a reconciliação social, uma vez que um processo conduzido no exterior com ampla divulgação pode oferecer às vítimas algum tipo de reparação. O quinto argumento, amplamente relacionado ao anterior, afirma que a competência repressiva universal seria capaz de trazer uma verdade sobre os fatos ao fornecer um registro oficial sobre eles; uma compreensão conjunta do quarto e do quinto argumentos pode ser traduzida como o direito à memória e à verdade que a sociedade atingida pelas violações detém. O sexto item sustenta o exercício da competência repressiva universal com base no fato de que ele possibilita à sociedade internacional registrar sua preocupação e a postura de que graves violações de direitos humanos atingem a todos. O sétimo e último fator que serve como defesa da competência repressiva universal é a capacidade de proteger a

¹⁴² SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 348 e 349.

¹⁴³ SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 349.

¹⁴⁴ Para uma explicação mais extensa a respeito de cada um dos argumentos trazidos pelo estudo, ver: INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *op. cit.*, p. 9 a 16.

sociedade por meio de sua proposta de acabar com a impunidade, vez que o agressor livre constitui uma ameaça constante à sociedade atingida por seus crimes.

Assim como é possível verificar que os argumentos favoráveis à prática da competência repressiva universal assemelham-se aos fundamentos do instituto ou são deles desdobramentos, é também possível verificar que as objeções a seguir apresentadas estão diretamente relacionadas às controvérsias e antagonismos encontrados durante a pesquisa. Deve-se ter sempre em mente que a maioria dos argumentos ó sejam eles favoráveis ou contrários ó foi elaborada de acordo com a observância da competência repressiva universal na prática, e aí reside um problema. Desde o fim da Guerra Fria até hoje (período delimitado como foco desta dissertação), poucos foram os casos em que processos conduzidos com base na competência repressiva universal tiveram começo e fim. Embora emblemáticos e muito disputados, os casos são pouco numerosos, dada a preferência que os Estados, para evitar maiores questionamentos, têm demonstrado em tentar julgar os crimes internacionais a partir de um dos vínculos tradicionais de competência¹⁴⁵.

I. v. b. Argumentos de ordem política contrários ao exercício da competência repressiva universal

Uma das objeções mais frequentes quando se fala em competência repressiva universal pode cair por terra com base no número relativamente exíguo de casos. Trata-se da afirmação de Henry Kissinger¹⁴⁶, por muitos outros apoiada, de que a competência repressiva universal ensejaria a substituição da tirania dos governantes pela tirania dos juízes. Basta olhar para o cuidado que os tribunais nacionais demonstram ao iniciar processos com base na competência repressiva universal para perceber que estamos muito longe de uma tirania dos magistrados. O próprio impacto e a repercussão que este tipo de caso gera, tanto na mídia, como na doutrina, colaboram para demover a promoção de ações penais infundadas. Quando se questiona um caso iniciado com base na competência

¹⁴⁵ De acordo com Jonathan H. Marks: *õthere is generally a reluctance on the part of prosecutors and judges to pursue cases based purely on universal jurisdictionö*. MARKS, Jonathan H., *op. cit.*, p. 474.

¹⁴⁶ *õIn less than a decade, an unprecedented movement has emerged to submit international politics to judicial procedures. [...] The danger lies in pushing the effort to extremes that risk substituting the tyranny of judges for that of governments; historically, the dictatorship of the virtuous has often led to inquisitions and even witch-hunts. [...] It must not allow legal principles to be used as weapons to settle political scores.ö* KISSINGER, Henry. *õThe Pitfalls of Universal Jurisdiction ó Risking Judicial Tyrannyö*. In: *Foreign Affairs*, 2001. Disponível online: < <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/163/28174.html> >.

repressiva universal, raramente alega-se que o processo foi iniciado como uma espécie de caça às bruxas ou que ele não deve prosperar por falta de fundamentos. Em geral, a oposição a este tipo de caso decorre mais da pressão internacional ó como aquela exercida por Israel¹⁴⁷ e pelos Estados Unidos contra a Bélgica ó do que de um excesso de pró-atividade de promotores e juízes.

Cabe ainda destacar que, assim como os textos de organizações de defesa dos direitos humanos apoiam a competência repressiva universal porque veem nela um mecanismo apto a auxiliar na promoção destes direitos, os detratores da competência repressiva universal não costumam agir desmotivadamente, ou apenas com base em análises empíricas e objetivas. A veemente objeção que Kissinger, como expoente da *realpolitik*, faz ao instituto carrega, em suas entrelinhas, o fato de ele ser, pelas medidas adotadas enquanto Secretário de Estado dos Estados Unidos, um potencial alvo de ações iniciadas com base na competência repressiva universal.

Além da objeção de Kissinger, outras, também classificáveis como de ordem política, são bastante comuns quando se quer argumentar contra o exercício da competência repressiva universal.

Bykhovsky¹⁴⁸ apresenta cinco objeções políticas ao exercício da competência repressiva universal. Na primeira delas, trata da presunção de que julgamentos com base neste instituto tenderiam à parcialidade, ao que o próprio autor contra-argumenta quando ressalva que os tribunais nacionais é que podem estar mais sujeitos à parcialidade, vez que seus membros costumam ter laços políticos, históricos ou culturais com um dos lados do conflito. A segunda objeção diz respeito ao fato de a competência repressiva universal ser entendida, pelo Estado onde as violações ocorreram ou pela comunidade internacional, como uma intervenção em seus assuntos internos pelo Estado do foro. O terceiro argumento, relacionado ao anterior, afirma que a competência repressiva universal tende a ameaçar as formas tradicionais da diplomacia e restringir as viagens internacionais. O quarto argumento contrário à competência repressiva universal alega que sua aplicação dificultaria a transição dos Estados para regimes democráticos, à medida que ela ignoraria

¹⁴⁷ A oposição israelense à lei belga decorreu das acusações contra o ex-premiê israelense, Ariel Sharon, que foram apresentadas na Bélgica, com base na competência repressiva universal. Elas compreendiam os crimes de genocídio, crime contra a humanidade e graves violações às Convenções de Genebra, cometidos pela milícia Philange, sob as ordens de Ariel Sharon, nos campos de refugiados de Sabra e Shatila, em 1982. HANS, Monica, *op. cit.*, p. 358 e 359.

¹⁴⁸ BYKHOVSKY, Gene, *op. cit.*, p. 165 a 183.

os pactos ó geralmente concedendo anistias ou imunidades ó estabelecidos de forma a facilitar a transição. A quinta e última objeção apresentada dialoga com a anterior ao alegar que a afirmação da competência repressiva universal é contraproducente em relação ao crescente movimento de proteção dos direitos humanos.

Além das objeções políticas listadas por Bykhovsky, encontramos outras, na mesma categoria. Debuf apresenta mais três argumentos contrários ao exercício da competência repressiva universal. O primeiro deles afirma que a competência repressiva universal dá margem à ocorrência de abuso político por parte dos Estados¹⁴⁹, alegação também apresentada como objeção da má-fé por outros autores¹⁵⁰. O segundo argumento contrário à competência repressiva universal é o risco de duplos padrões, ou seja, a depender do caso e do Estado que tem competência para julgá-lo, é possível que alguns atos sejam incluídos na ação penal, enquanto outros escapem dela ó tal diferença, segundo a autora, seria determinada por razões políticas¹⁵¹. O terceiro e último argumento costuma ser bastante citado pela doutrina e parece ter comprovação prática mais evidente, trata-se da percepção de que o exercício da competência repressiva universal pode ensejar novas formas de neo-colonialismo ou imperialismo¹⁵², travestidos de justiça internacional penal imposta ó por ex-potências sobre ex-colônias ou pelo Norte e o Ocidente contra o Sul e o Oriente ó em nome de valores comuns.

Uma vez apresentadas as principais objeções políticas ao exercício da competência repressiva universal, examinaremos se tais objeções são realmente confirmáveis na prática e se elas abalam a percepção deste instituto como mecanismo do arcabouço da justiça internacional penal.

Começando pelos argumentos reunidos por Bykhovsky, tem-se como primeira objeção política a ideia de que o exercício da competência repressiva universal tenderia a resultar em processos e julgamentos parciais. Entendemos que os tribunais internos dos países onde os crimes ocorreram devem ter competência primordial sobre os casos. Nesse sentido, a competência repressiva universal seria a última opção para um julgamento, devendo ser utilizada diante do desinteresse ou da impossibilidade de que outros tribunais ó internos, regionais ou internacionais ó sejam acionados. No entanto, as jurisdições

¹⁴⁹ DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 107.

¹⁵⁰ MARKS, Jonathan H., *op. cit.*, p. 473.

¹⁵¹ DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 107.

¹⁵² DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 108.

domésticas nem sempre são garantia de imparcialidade; pelo contrário, a proximidade com o conflito e com autoridades políticas que tenham interesse em certo resultado para os julgamentos, principalmente em ambientes não-democráticos ou em período de transição para a democracia, pode afetar a imparcialidade do juiz. Nestas circunstâncias, tanto um tribunal internacional, como a competência repressiva universal sendo exercida por outro Estado representariam ganhos no sentido da objetividade da análise do caso, por estarem mais distantes das reverberações do conflito. Um caso conduzido em um tribunal internacional ou em um terceiro Estado tende também a atrair maior atenção da mídia e da doutrina, o que pressiona por uma maior divulgação dos autos e torna a decisão mais acessível a críticas. Os juízes, nestas duas situações, tendem a ser mais zelosos quanto à imparcialidade quando as atenções do mundo todo estão voltadas para eles.

A segunda objeção de Bykhovsky teme que a competência repressiva universal seja considerada como uma intervenção nos assuntos internos de um Estado, com a consequente violação de sua soberania. Segundo Debuf¹⁵³, esta objeção vem se enfraquecendo pelo fato de o terceiro Estado que exerce a competência repressiva universal não agir com o objetivo de intervir no Estado onde os crimes ocorreram, e sim agir em nome da comunidade internacional que tipificou estes atos e requereu ou permitiu a investigação, o julgamento e a punição deles. Se há alguma intervenção, pode-se dizer que ela seria da comunidade internacional no Estado que tem vínculo com o crime, mas tal argumento é ilógico. O que ocorre é que a conduta deste Estado está em desacordo com os valores da comunidade que, por não dispor de um órgão judicial realmente universal, adota princípios e normas que autorizam os demais Estados, enquanto seus membros, a julgarem aqueles que violam seus valores. Ou seja, não se pode falar em intervenção quando há autorização ou requerimento para que um terceiro Estado exerça sua competência com o fim de promover as normas do direito internacional dos direitos humanos.

Quanto ao terceiro ponto formulado por Bykhovsky, de que a competência repressiva universal poderia ameaçar os meios tradicionais da diplomacia e as viagens internacionais, parece ser mais um fator favorável do que uma objeção. Uma das funções do instituto é combater a impunidade, ao impossibilitar que o agressor consiga escapar de

¹⁵³ DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 98. No mesmo sentido, conforme Jonathan H. Marks: *õIf the state exercising jurisdiction acts as an agent of the international community and applies the law of nations, this is not one state judging the acts of another. Rather, it is one state acting on behalf of the international community and apllying the laws agreed upon by that communityö*. MARKS, Jonathan H., *op. cit.*, p. 472.

um processo. A competência repressiva universal pressupõe que qualquer Estado e qualquer juiz são potencialmente competentes para conhecer graves violações de direitos humanos cujos elementos não atraem outras jurisdições. Trata-se da meta de um mundo sem abrigo para estes violadores. Restringir as viagens internacionais destes indivíduos, isolando-os, a depender do ponto de vista, pode ser benéfico para a diplomacia, conforme entende Marks¹⁵⁴, por exemplo.

A quarta objeção apontada por Bykhovsky traz a compreensão de que o exercício da competência repressiva universal atrapalharia politicamente a transição do Estado onde os crimes ocorreram para um regime democrático, à medida que o julgamento dos responsáveis levantaria as imunidades e as anistias concedidas para facilitar essa transição. O tema das imunidades e das anistias será explorado no item I. vi. deste capítulo, mas podemos introduzir algumas percepções sobre o assunto. Debuf¹⁵⁵ cita o entendimento mais comum de que para graves crimes internacionais, as anistias são inaceitáveis e, por isso, devem ser desconsideradas, mas a mesma autora alega que, no caso de autoridades ainda em exercício que tenham cometido tais crimes, a competência repressiva universal traria danos políticos graves que não compensariam sua aplicação.

A questão da transição para a democracia, levantada por este argumento, está ligada de forma intrínseca ao cometimento de graves crimes internacionais. Tais crimes correspondem às mais graves violações de direitos humanos e, em geral, são cometidos durante regimes ditatoriais, por autoridades que usam a máquina governamental para infligir o mais impensável mal contra parte da população que se encontra em seu território, seja ela formada por nacionais ou estrangeiros, ou, ainda, por refugiados e apátridas. Com o tempo, infelizmente muito longo na maioria dos casos, as violações tornam-se consternação para fora das fronteiras e o regime começa a ruir, por si mesmo ou porque houve intervenção autorizada pela comunidade internacional, e a tendência à democracia ó

¹⁵⁴ *It should be recalled that in the context of criminal liability for serious international crimes, any chilling effect that such liability might have on the conduct of serving officials should be regarded as beneficial. Those who possess high office should be inhibited by the most fundamental prohibitions of international law.* MARKS, Jonathan H., *op. cit.*, p. 473.

¹⁵⁵ Sobre as anistias: *Many authors however argue that for certain international crimes such as war crimes, amnesties are unacceptable and should be discarded both by international and national courts*; com relação à imunidade: *For serious cases involving high-ranking state officials who are still in function, the ICC does seem to be the more appropriate forum in case the competent domestic courts cannot or will not prosecute. We agree with Stern that lifting immunities before national courts would probably lead to an increased risk of political abuse and thus more international disorder.* DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 104 e 105, respectivamente.

regime político em que tais violações são menos prováveis ó é fortalecida. Mas essa transição costuma trazer consigo custos políticos, como as negociações que garantem aos antigos donos do poder abrigo contra procedimentos penais, por meio da concessão de anistias e imunidades¹⁵⁶. A nova democracia já nasce maculada pelo impedimento de que a justiça realize-se plenamente¹⁵⁷.

A concessão de anistias e imunidades, mesmo que sob a alegação da necessidade de reconciliação nacional em prol da democracia, não pode ser usada pelo Estado como argumento para escapar às suas obrigações internacionais¹⁵⁸. Pelas normas do direito internacional penal, o Estado está obrigado a julgar ó com base na competência repressiva universal ou na competência tradicional ó ou a extraditar os acusados de graves crimes internacionais. Se não o fizer, corre o risco de ser responsabilizado internacionalmente, como demonstram os casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as anistias concedidas nos países da América Latina durante suas transições para a democracia¹⁵⁹. Nesse sentido, não cabe considerar essa objeção como um argumento válido para contestar o exercício da competência repressiva universal. Cumpre observar, entretanto, que o risco da responsabilização de um Estado pelo descumprimento da obrigação *aut dedere aut judicare* não atinge a todos os Estados na mesma medida, uma vez que, a maioria dos Estados que possui um histórico de violações de direitos humanos

¹⁵⁶ Sobre a função das anistias na transição dos regimes ditatoriais para a democracia: *õO objetivo da anistia, conforme já discutido anteriormente, é a paz civil, nascida a partir da necessidade de proteger uma democracia jovem e vulnerável, a fim de que ela não seja rompida pelo espírito de revanche do passado. A democracia e o seu futuro, de acordo com essa visão, prevalecem em detrimento do passado e das reivindicações de justiçaõ*; em relação às imunidades: *õA imunidade não pode ser entendida nem como esquecimento e nem como perdão, mas sim como um objetivo políticoõ*. BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira. *As leis de anistia face ao direito internacional: o caso brasileiro*. Tese de doutorado, apresentada ao Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 44 e 42, respectivamente.

Em relação a casos recentes em que ex-ditadores receberam abrigo para escapar da responsabilização penal ao deixarem o poder, ver Scharf: *õThus, for example, Ferdinand Marcos fled the Philippines for Hawaii; Baby Doc Duvalier fled Haiti for France; Mengistu Haile Miriam fled Ethiopia for Zimbabwe; Idi Amin fled Uganda for Saudi Arabia; General Raoul Cedras fled Haiti for Panama; and Chales Taylor fled Liberia for exile in Nigeria ó a deal negotiated by the United States and U.N. envoy Jacques Kleinõ*. SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 343.

¹⁵⁷ Sobre a necessidade de julgamento dos responsáveis por violações de direitos humanos quando da transição para regimes democráticos, Scharf ressalta: *õWhat a new or reinstated democracy needs most is legitimacy, which requires a fair, credible, and transparent account of what took place and who was responsibleõ*. SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 348.

¹⁵⁸ BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira, *op. cit.*, p. 266 e 267.

¹⁵⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *caso Barrios Altos vs. Peru*, julgamento de 14 de março de 2001. Disponível online: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf>. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *caso Gomes Lund e outros (õGuerrilha do Araguaiaõ) vs. Brasil*, julgamento de 24 de novembro de 2010. Disponível online: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

não costuma ser parte de tratados que tragam esta obrigação. O risco da responsabilização permanece, no entanto, porque a obrigação *aut dedere aut judicare* não está prevista apenas em tratados e convenções, constituindo não só um princípio do direito internacional, mas também, como grande parte da doutrina afirma, um costume.

A quinta objeção, de que a competência repressiva universal prejudica o movimento de afirmação dos direitos humanos, tampouco deve prosperar. Segundo Bykhusvsky, o caráter unilateral do exercício da competência repressiva universal contraria a democracia e os direitos humanos. Entendemos, por outro lado, que a afirmação da competência repressiva universal após a Guerra Fria deu-se justamente por ela ser um mecanismo capaz de contribuir para o desenvolvimento dos direitos humanos. Sua aplicação, hoje, faz parte deste contexto.

Passemos à análise das objeções políticas que Debuf elencou como as mais comuns quando se trata de competência repressiva universal. A primeira delas refere-se à possibilidade de uso político dos julgamentos exercidos com base no instituto. Trata-se de uma ideia recorrente: se a competência repressiva universal é aplicada por um Estado que não tem qualquer vínculo direto com o crime cometido, não há como garantir que este Estado está agindo de boa-fé, motivado pelos valores da comunidade internacional. Em tese, não haveria impedimentos para que algum Estado fizesse uso político dessa competência, instaurando ações penais infundadas ou com a intenção inequívoca de prejudicar o quadro político interno do Estado onde as supostas violações estariam ocorrendo. Por mais que esta objeção pareça coerente, sobretudo quando se considera a falta de uma regulamentação internacional específica para a competência repressiva universal, ela não resulta da observação de como o instituto tem sido exercido na prática.

Tendo em conta as controvérsias que revestem a competência repressiva universal, o que se observa em relação aos casos conduzidos com base nela, na prática, é um enorme cuidado para fundamentar o processo. Os Estados que têm legislação adequada e vontade política para levar adiante um caso como este, não arriscam sua reputação dentro da comunidade internacional. O que se vê, ao invés de conflitos inter-estatais disfarçados de julgamento, são os Estados efetivamente agindo em nome dessa comunidade e de acordo com os padrões por ela estabelecidos, por meio de seus tribunais e juízes. É claro que um texto normativo geral sobre a competência repressiva universal conferiria mais legitimidade e parâmetros aos Estados dispostos a exercê-la, mas sua inexistência não

implica que as vantagens trazidas pelo exercício da competência repressiva universal devam ser ignoradas.

O segundo argumento político apresentado por Debuf como contrário à competência repressiva universal também dialoga com a questão da ausência de normas claras para a aplicação do instituto. De acordo com a autora, pressões políticas poderiam influenciar as decisões jurídicas sobre quais atos deveriam ser analisados nos tribunais, o que, por sua vez, causaria a duplicidade ó ou até a multiplicidade ó de padrões. Infelizmente, este é um problema que talvez venha a ocorrer quando se utiliza a competência repressiva universal na prática. Mais uma vez, entende-se que um texto normativo sobre o tema ajudaria a combater esse tipo de situação, que é, inclusive, encontrada no caso Pinochet, a ser aprofundado no próximo capítulo, em que uma das violações alegadas foi a de genocídio. O problema é que os atos cometidos pelo antigo ditador chileno não correspondiam especificamente ao tipo do crime de genocídio, mas se assemelhavam às características dos crimes contra a humanidade. A lei espanhola não trazia, entretanto, a previsão de crimes contra a humanidade, tipificando apenas o genocídio, que, por grande parte da doutrina é considerado uma espécie do gênero crimes contra a humanidade. No caso, entende-se que houve uma escolha e, talvez, se o caso tivesse sido levado a um julgamento de mérito pelos tribunais espanhóis, esta escolha ó entender os atos de Pinochet como genocídio e não como crimes contra a humanidade ó pudesse implicar penas diferentes e criar, portanto, padrões diferentes.

A última objeção trazida por Debuf é uma das mais contundentes e exprime uma real preocupação política quando se fala em competência repressiva universal. Ela refere-se ao problema da sensação de neo-colonialismo¹⁶⁰ ou de imperialismo que o exercício da competência repressiva universal suscitaria na comunidade internacional. Na prática, observa-se que a maioria dos casos refletem a dicotomia Norte-Sul ou Ocidente-Oriente. Ou seja, o julgamento de crimes cometidos no Sul ou no Oriente por tribunais localizados no Norte ou no Ocidente. Pode-se argumentar, por um lado, que os países do Norte e do Ocidente costumam ter as legislações sobre direito internacional dos direitos humanos e sobre direito internacional penal mais desenvolvidas, o que lhes facilitaria o exercício da

¹⁶⁰ Sobre as alegações de neo-colonialismo: *“Belgium has been accused of neo-colonialism in prosecuting nationals and even officials of its former colonies in the name of ‘universal values’ Spain was accused of the same with regard to cases against Chilean and Argentine officials, to which was added the accusation of not having tried its own dictator but trying those of other countries”*. DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 108.

competência repressiva universal. Por outro lado, entretanto, haveria a percepção mais relativista de que apenas estes países contribuem para formar o que se chama de valores da comunidade internacional, agindo impositivamente sobre os demais, sendo o exercício da competência repressiva universal uma evidência desta situação. Não é à toa que o caso Hissène Habré, que envolveu o Chade e o Senegal, foi chamado pela doutrina de “Pinóchet africano”¹⁶¹, tamanha a novidade que representava quanto à composição dos países envolvidos.

Pode-se contra-argumentar, neste tipo de situação (Norte julga Sul ou Ocidente julga Oriente), pelo viés universalista dos direitos humanos, com a afirmação de que esta objeção não afeta a legalidade da competência repressiva universal e nem retira dos casos o fato de que sim, os Estados que mais a aplicaram ó sejam eles do Norte ou do Ocidente ó agiram em nome da comunidade internacional, na defesa de seus valores menos questionados, quais sejam, aqueles cuja violação é considerada como o cometimento dos mais graves crimes internacionais¹⁶².

I. v. c. Argumentos de ordem prática ou jurídica contrários ao exercício da competência repressiva universal

Uma vez apresentadas e analisadas as principais objeções de caráter político, passaremos ao estudo das objeções práticas ou jurídicas. Estas abordam os problemas mais comuns que vítimas, juízes, promotores e advogados enfrentam quando um processo penal é conhecido com base na competência repressiva universal. Cabe destacar que, se para algumas objeções políticas a existência de uma norma geral de direito internacional penal sobre a competência repressiva universal ajudaria a minimizar os problemas apontados, no caso das objeções práticas ou jurídicas, a elaboração de tal documento mostra-se ainda mais premente.

¹⁶¹ “In February 2000, a Senegalese court indicted Chad’s exiled former dictator, Hissène Habré, on torture charges and placed him under virtual house arrest. It was the first time that an African had been charged with atrocities by the court of another African country.” BRODY, Reed. “The prosecution of Hissène Habré ó an ‘African Pinóchet’.” In: *New England Law Review*, vol. 35, 2000-2001, p. 321.

¹⁶² Ainda conforme DEBUF: “Another form of more general neo-colonialism would be the allegation that it is only Western countries who are judging nationals of Eastern and Southern States, thus imposing their values on these States. As has been argued above, the values at stake here (prohibition of genocide, crimes against humanity, war crimes and torture) are common to all human beings and are not subject to different interpretations as certain human rights are.” DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 108.

A primeira grande objeção deste tipo, encontrada nos textos de diversos autores, diz respeito à falta de consenso quanto aos crimes internacionais que ensejam a competência repressiva universal¹⁶³. A controvérsia sobre este tema é tão evidente, que ele foi objeto de do item I. vii. deste capítulo. Trata-se de uma questão recorrente: abordar o tema do exercício da competência repressiva universal para crimes internacionais enquanto a comunidade internacional ainda não tipificou todos estes crimes de maneira clara e tampouco definiu quais deles possibilitam a aplicação da competência repressiva universal. A falta de consenso, neste caso, provoca uma incontestável situação de incerteza jurídica e leva alguns autores a afirmarem que ela, inclusive, coloca os processos conduzidos com base na competência repressiva universal em risco devido à falta de observância do princípio da legalidade¹⁶⁴. Se o instituto pretende ser universal, é preciso que os mesmos crimes internacionais possam ser julgados por, em tese, todos os tribunais nacionais do mundo e que eles tenham condições normativas de estabelecer penas iguais para infrações iguais.

À objeção relacionada à falta de consenso em relação aos crimes internacionais soma-se outra que enxerga na inadequação da legislação implementada pelos Estados um segundo argumento prático ou jurídico desfavorável ao exercício da competência repressiva universal¹⁶⁵. Infelizmente e em geral por razões políticas, os Estados falham ao internalizar as normas de direito internacional penal relacionadas ao tema. É frequente observar, por exemplo, que o Estado ratificou certas convenções, mas ainda não as internalizou em seu sistema. Este fato tornaria o Estado internacionalmente obrigado a cumprir com as convenções assinadas, mas também significaria que ele está impossibilitado de efetivá-las plenamente por meio de seus tribunais internos. Outra situação recorrente que demonstra a inadequação da internacionalização das normas é

¹⁶³ Sobre a falta de consenso quanto aos crimes internacionais que ensejam a competência repressiva universal, Bykhovsky aponta: *“However, there is no international consensus that defines the category of crimes that constitute customary international law and would therefore allow for universal jurisdiction to be asserted in their prosecution”*. BYKHOVSKY, Gene, *op. cit.*, p. 165 e 166.

¹⁶⁴ *“There is no evident international consensus on a set list of conduct that can be adjudicated under universal jurisdiction. Therefore, application of treaty based universal jurisdiction to non-party states and their nationals violates the doctrine of nullo in crimen sine lege”*. BYKHOVSKY, Gene, *op. cit.* 8, p. 173.

¹⁶⁵ A inadequação da legislação do direito internacional penal internalizada pelos Estados é apontada como uma objeção ao bom exercício da competência repressiva universal pela International Law Association. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 11.

Trata-se de uma questão também identificada como obstáculo ao exercício da competência repressiva universal por Monica Hans: *“Although universal jurisdiction gives States jurisdiction over persons who commit certain types of crimes, domestic legislation often differs among States with respect to the substantive law defining a particular crime and the procedure of how criminal statutes will be applied”*. HANS, Monica, *op. cit.*, p. 363.

constatada quando convenções similares são tratadas de maneira diversa ou recepcionadas com prazos díspares pelo direito interno. Pode-se criar, por exemplo, uma situação em que o Estado tenha internalizado a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, mas ainda não o tenha feito em relação à Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio, simplesmente por entraves congressuais ou por falta de interesse político. Numa situação como esta, os tribunais do Estado estariam aptos a exercer a competência repressiva universal diante de casos de tortura, mas não poderiam fazer o mesmo em relação a casos de genocídio. Ou seja, num caso concreto em que ambas as ações tenham ocorrido, o Estado só julgaria o responsável por um dos crimes, o que seria percebido como um fato absurdo perante as vítimas e a comunidade internacional.

É fácil notar que esta objeção prática ou jurídica de inadequação das normas internacionais internalizadas está intimamente relacionada à objeção política que anteriormente denominamos de objeção por risco de duplos padrões. No caso hipotético apresentado, o indivíduo seria julgado por apenas um dos crimes cometidos, em virtude de legislação falha do Estado que exerce a competência repressiva universal. Não seria melhor se um outro Estado, que tivesse adotado as duas convenções em sua legislação nacional ó convenções contra a tortura e contra o genocídio ó exercesse competência sobre o caso? Parece óbvio que sim, mas o direito internacional penal ainda não dispõe de mecanismos capazes de assegurar que isso ocorra. Novamente esbarramos na necessidade de elaboração de uma norma internacional geral que regule a competência repressiva universal a fim de evitar situações como esta e de garantir a rápida e efetiva internacionalização das normas relacionadas a estes temas. Nota-se que a falha em internalizar as normas relacionadas à competência repressiva universal não constitui um empecilho intransponível ao seu exercício, mas é certamente um aspecto que deve ser analisado e corrigido, caso o interesse pelo instituto como um mecanismo da justiça internacional penal mantenha-se¹⁶⁶.

A terceira objeção prática ou jurídica que costuma ser levantada contra a competência repressiva universal afirma que o instituto não deve ser exercido porque sua

¹⁶⁶ Debuf também vislumbra essa necessidade: *õThere is thus a need to promote the enactment of adequate implementing legislation with regard to universal jurisdiction in generalö*. DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 106.

aplicação em casos concretos é prejudicada pela falta de pessoal especializado¹⁶⁷, incluindo juízes, promotores e advogados. De fato, apesar do crescimento do número de processos conduzidos com base na competência repressiva universal, eles formam um número relativamente pequeno dentre os casos da jurisprudência internacional. É difícil dizer, entretanto, se a exiguidade de casos acarreta o pouco conhecimento que se tem sobre como tais processos devem ser encaminhados ou se é o oposto, se a falta de pessoal especializado é que teria como consequência o pequeno número de casos. De qualquer modo, esta objeção apresenta mais uma ressalva do que um elemento que impeça ou inviabilize o exercício da competência repressiva universal. Além disso, seminários e congressos sobre o tema são maneiras relativamente simples de superar a falta de pessoal especializado.

A quarta objeção de ordem prática ou jurídica ao exercício da competência repressiva universal diz respeito à dificuldade encontrada para a obtenção de provas sobre os fatos alegados. Muitas questões estão envolvidas neste entrave aparente, uma vez que se pode constatar grandes dificuldades: para a obtenção e para o deslocamento de provas físicas; para transporte das testemunhas; e para as providências relativas a intérpretes. A estes obstáculos somam-se os custos de realizar tais atos e o tempo que tudo isso demanda¹⁶⁸.

Entendemos, entretanto, que esta não é uma questão a ser tratada isoladamente, pois ela está diretamente relacionada ao problema da incipiente cooperação jurídica internacional em matéria penal¹⁶⁹. Infelizmente, a cooperação jurídica internacional ainda tem um longo caminho a percorrer, tendo em conta o número insuficiente de acordos

¹⁶⁷ A International Law Association nota que: *“Investigating and prosecuting crimes on the basis of universal jurisdiction requires special skills, both in terms of knowing how to investigate crimes committed abroad and in terms of the specialized knowledge of international criminal law that is required”*. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 12.

Debuf também demonstra preocupação no mesmo sentido, ao afirmar que: *“National authorities often claim that they lack experienced staff and infrastructure to deal with war crime cases to be brought under universal jurisdiction”*. DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 112.

¹⁶⁸ Sobre a dificuldade relativa às provas, ver: INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 16.

¹⁶⁹ Em relação à falta de cooperação jurídica internacional, temos a análise apresentada pela International Law Association: *“In recognition of these problems, the UN Declaration on the principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity specifically provides that states shall co-operate with each other in the collection of information and evidence which would help to trial persons indicted for war crimes and crimes against humanity”*. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 16 e 17.

Debuf também trata do tema: *“It is true that prosecutors and judges acting on the basis of universal jurisdiction are often faced with important evidentiary problems (1) the lack of international cooperation in issues of international criminal justice is a major obstacle for many prosecutors and judges to exercise their mandate (2) However, these problems are not inherent to universal jurisdiction”*. DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 111 e 112.

celebrados sobre o tema. Os custos, a demora, a burocracia excessiva e, muitas vezes, a falta da vontade do Estado que detém as provas de colaborar com o Estado do foro em temas espinhosos chegam a desencorajar juízes e promotores que procuram provas em outros Estados. É um assunto que merece tratamento em separado, mas infelizmente foge ao escopo desta pesquisa fazê-lo. O assunto é tão relevante que mereceu uma declaração de princípios elaborada pela Organização das Nações Unidas¹⁷⁰. O que deve ser observado, entretanto, é que a dificuldade em se obter provas causada pela cooperação jurídica insuficiente não representa um obstáculo intransponível para o exercício da competência repressiva universal¹⁷¹. É menos uma objeção e mais um desafio para os operadores do direito que pretendem fazer da competência repressiva universal um mecanismo efetivo de proteção e promoção dos direitos humanos dentro do arcabouço da justiça internacional penal.

Para Brody¹⁷², as objeções relacionadas à dificuldade de se obter provas incentivariam a atuação das grandes organizações não-governamentais de direitos humanos nos casos conduzidos com base na competência repressiva universal. Tais organizações, devido a sua estrutura global, ao seu aparato e ao fato de congregarem as vítimas das violações de direitos humanos, teriam mais condições para suplantarem alguns dos obstáculos relacionados acima e atuarem como facilitadoras, intermediando a relação entre as vítimas do Estado onde ocorreram os crimes e as autoridades do Estado do foro.

A quinta e última objeção de caráter prático ou jurídico que costuma ser apresentada como um empecilho ao exercício da competência repressiva universal está relacionada à própria especificidade do processo que é conduzido com base neste instituto. A ausência dos vínculos da competência tradicional com o Estado do foro e a falta de um sistema de justiça internacional penal centralizado, de um mecanismo supervisor e de uma convenção ou tratado sobre o tema dão margem a alguns questionamentos de ordem processual. A ausência destes elementos implica que cada Estado, ao exercer a competência repressiva universal, possa fazê-lo conforme suas legislações internas e o

¹⁷⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/RES/3074(XXVIII). *Principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity*. Disponível online: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/281/46/IMG/NR028146.pdf?OpenElement>>.

¹⁷¹ A esse respeito: *“Universal jurisdiction can only work if different states provide each other with active judicial and prosecutorial assistance, and all participating states will need to ensure that due process norms are being complied with”*. MACEDO, Stephen, *op. cit.*, *“Commentary”*, p. 29.

¹⁷² BRODY, Reed. *“Using universal jurisdiction to combat impunity”*. In: LATTIMER, Mark e SANDS, Philippe (orgs.). *Justice for crimes against humanity*, Portland: Hart, 2006, p. 380.

entendimento de seus tribunais, o que geraria aplicações de regras muito díspares em processos conduzidos sob um mesmo fundamento inicial. Esta objeção alega que as diferenças processuais ó naturalmente existentes quando se compara os sistemas jurídicos de cada país ó afetariam as garantias da jurisdição e os direitos do acusado¹⁷³. O combate à impunidade, um dos principais objetivos e fundamentos do exercício da competência repressiva universal, não deve ser privilegiado a ponto de denegar aos acusados de graves crimes internacionais direitos que lhes são fundamentais durante a condução dos procedimentos penais relacionados ao caso¹⁷⁴. Em respeito aos direitos do acusado, mesmo diante do julgamento de atos como crimes internacionais que provocam rupturas em toda a ordem social, os juízes devem manter-se preocupados em julgar o réu e não em julgar a história¹⁷⁵.

De acordo com regras tanto do direito processual penal quanto dos direitos humanos, existem certas garantias do processo penal que vão além da pessoa do acusado e são consideradas garantias da própria jurisdição¹⁷⁶. Uma das mais fundamentais é aquela que diz respeito ao juiz natural. De acordo com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁷⁷, vemos que a ausência dessa garantia impossibilita a própria função jurisdicional, por não se tratar apenas de mera nulidade, mas sim de um verdadeiro pressuposto para a existência do processo. O princípio do juiz natural compreende tanto a proibição aos tribunais de exceção quanto a garantia do juiz competente¹⁷⁸.

¹⁷³ De acordo com Morris: *õUniversal jurisdiction empowers the courts of all states to exercise jurisdiction over the relevant crimes. Judicial systems that are corrupt, abusive or lawless are empowered equally with others. Due process problems may therefore be anticipatedõ*. MORRIS, Madeline H., *op. cit.*, p. 352.

¹⁷⁴ De acordo com a International Law Association: *õIt should therefore be stressed that like any defendant in criminal proceedings, the defendant being tried on the basis of universal jurisdiction is fully entitled to fair treatment in accordance with applicable international human rights standardsõ*. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷⁵ Conforme Arendt: *õPois como os juízes se deram ao trabalho de apontar explicitamente, na sala de um tribunal não está em julgamento um sistema, uma história ou tendência histórica, um ismo, o anti-semitismo, por exemplo, mas uma pessoa, e se o réu é por acaso um funcionário, ele é acusado precisamente porque até um funcionário ainda é um ser humano, e é nessa qualidade que ele é julgadoõ*. ARENDT, Hannah, *op. cit.*, 2004, p. 93.

¹⁷⁶ Em relação ao conceito de garantias, concordamos com a definição de Hitters: *õDeben entenderse por -garantiasõ el conjunto de instrumentos y preceptos que tienen en mira lograr la justicia de la decision a través de la independencia e imparcialidad del juzgadorõ*. HITTERS, Juan Carlos. *Derecho internacional de los derechos humanos: Sistema interamericano ó El Pacto de San José de Costa Rica*, Ediar, 1993, p. 145.

¹⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. 8ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 52 e 53.

¹⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *op. cit.*, p. 55.

Normalmente, são as constituições de cada Estado que trazem a previsão da garantia do juiz natural, enquanto os códigos estabelecem as regras de competência. No caso da competência repressiva universal, ainda não há regra geral do direito internacional penal que traga a previsão do juiz natural. Isso não quer dizer, entretanto, que este princípio não será observado quando esta competência for exercida. Como se assinalou anteriormente, são os próprios tribunais internos dos Estados que aplicam a competência repressiva universal, de modo que a garantia do juiz natural poderá estar presente na constituição do Estado do foro ou mesmo na legislação que regulamentou o instituto internamente.

O que, a nosso ver, ainda seria questionável é o fato de o indivíduo que supostamente cometeu os crimes não conhecer, de antemão, o foro de seu julgamento. Quando um crime é cometido, pelas regras processuais penais tradicionais, o responsável já tem ciência, naquele momento, de que, se for levado a juízo, ele será levado a um juízo anteriormente especificado, pré-determinável de acordo com a legislação. No caso do indivíduo que comete os crimes sujeitos à competência repressiva universal, devido à possibilidade de vários foros diferentes exercerem a competência, o indivíduo responsável, mesmo se encontrando no Estado onde cometeu os crimes, poderá, potencialmente, ser julgado no foro de outro Estado, que ele não conhece no momento da prática do delito. Esse desconhecimento temporário não seria, entretanto, uma afronta ao juiz natural. Esta garantia somente se coloca quando os primeiros atos jurisdicionais começam a ser praticados. Quando os primeiros procedimentos penais contra este indivíduo começarem, ele já terá conhecimento do juiz competente para o seu caso, e este juiz deverá seguir as regras procedimentais gerais da legislação de seu país, em conformidade com as garantias da jurisdição e com os direitos do acusado. O exercício da competência repressiva universal não corresponde a um julgamento via tribunal de exceção, mas a um julgamento conduzido por um juiz, num foro já instituído antes do cometimento dos crimes.

No caso do exercício da competência repressiva universal *in absentia*, ou seja, sem a presença do acusado no local do foro, o tempo durante o qual o indivíduo que se supõe ter cometido os crimes fica sem conhecer o juízo que conduzirá seu processo tende a ser um pouco maior, mas isso não quer dizer, tampouco, que durante os procedimentos penais a garantia do juiz natural não estará presente.

Por transpor a soberania nacional, a competência repressiva universal desloca o direito do acusado de ser julgado por um juiz natural, elemento característico do exercício da tradicional competência territorial¹⁷⁹. O deslocamento não implica, entretanto, o desrespeito a essa garantia da jurisdição. O juiz que exerce a competência repressiva universal, como em qualquer jurisdição, deve gozar de independência, imparcialidade e livre convencimento.

Segundo Debuf¹⁸⁰, as maiores críticas em relação à competência repressiva universal no que diz respeito às garantias da jurisdição estão relacionadas à compreensão do idioma pelo acusado; à questão da prova; e à lei aplicável ao caso — direito internacional penal ou direito interno. Muitas críticas seriam superadas se as jurisdições dos Estados que exercerem a competência repressiva universal adotassem as regras presentes no artigo 67 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional como padrões mínimos.

Aos entraves anteriormente mencionados, soma-se a preocupação com o fato de que o julgamento não seja conduzido conforme o devido processo legal¹⁸¹, ou que ao acusado não seja garantida a proibição do *bis in idem*. Em relação à proibição do *bis in idem*, cabe ressaltar que ela não é considerada imperativa pelo direito internacional penal. O artigo 20.3 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional¹⁸² ó Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 ó exclui a referida proibição tendo em conta a possibilidade de um primeiro julgamento ser realizado por um Estado exatamente como um meio de blindar o agente de violações graves aos direitos humanos. Nesse sentido, não entendemos ser essencial que um caso exercido com base na competência repressiva universal não seja admitido exclusivamente pela inobservância da proibição do *bis in idem*. Deve-se analisar, caso a caso, e as regras de admissibilidade do Tribunal Penal Internacional oferecem bons parâmetros para essa avaliação.

¹⁷⁹ BASSIOUNI, M. Cherif, *op. cit.* 2001/2002, p. 96.

¹⁸⁰ DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 100 e 101.

¹⁸¹ MARKS, Jonathan H., *op. cit.*, p. 474.

¹⁸² Artigo 20.3 do Estatuto de Roma: 3. *O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.*

A observância do devido processo legal em processos conduzidos com base na competência repressiva universal, além de ser uma das principais garantias da jurisdição faz-se necessária, a partir de uma perspectiva jurídico-filosófica, para a própria realização do direito à memória e à verdade. Concordamos com a afirmação de Scharf¹⁸³ de que, embora existam muitos meios para o desenvolvimento de um registro histórico sobre as violações de direitos humanos, aquele que goza de maior autoridade para apresentar uma verdade é justamente aquele possibilitado por meio de um rigoroso julgamento que esteja em total conformidade com o devido processo legal.

Há diversas objeções, de caráter político ou prático-jurídico, ao exercício da competência repressiva universal. Como se pôde ver, entretanto, a maioria delas apresenta mais elementos que devem ser considerados quando se aplica o instituto do que impedimentos a que ele seja exercido pelos Estados. Trata-se mais de ressalvas que servem de alerta para que este instrumento da justiça internacional penal aperfeiçoe-se com vistas a cumprir seus objetivos de *enforcement* dos direitos humanos, sem, no entanto, causar transtornos às relações internacionais, insegurança jurídica ou injustiça no julgamento dos acusados. Muitos argumentos contrários à competência repressiva universal não lhe são exclusivos, e sim problemas que são frequentes, quando a função jurisdicional é exercida pelo Estado para os casos comuns.

A nosso ver, a maioria dos questionamentos apresentados decorre de uma percepção equivocada que enxerga no exercício da competência repressiva universal um instrumento de política internacional, dissimulado como mecanismo de defesa dos direitos humanos, que seria usado pelos tribunais de um terceiro Estado para coagir o Estado onde o crime ocorreu ou para impor-lhe alguma espécie de embaraço no cenário internacional. Estudo da International Law Association desconstrói essa noção ao demonstrar que nenhum dos casos exercidos com base na competência repressiva universal, por eles analisados, foram conduzidos sob motivações políticas ou inconsistentes¹⁸⁴.

Na prática, quando os Estados exercem a competência repressiva universal, eles o fazem representando interesses legítimos que lhes foram conferidos pela própria comunidade internacional. Essa conclusão baseia-se nos casos práticos que são efetivamente bem fundamentos e conduzidos com base em parâmetros sólidos do direito

¹⁸³ SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 348.

¹⁸⁴ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 20.

internacional penal. Não cabe atribuir aos casos conhecidos até o momento uma motivação política por parte do Estado que exerce a competência.

Não se pode esquivar, entretanto, do fato de a competência repressiva universal requerer sim um texto normativo que a regule. Muitos problemas seriam superados se a comunidade internacional reunisse esforços a fim de estabelecer um consenso acerca das regras de procedimento que devem ser observadas quando o instituto é posto em prática. Além de trazer mais legitimidade, a aprovação de um tratado ou convenção sobre a competência repressiva universal contribuiria para afastar a insegurança jurídica e para o desenvolvimento de uma linha jurisprudencial coesa. A presença de tantas objeções e conceitos diferentes tende, infelizmente, a dificultar a elaboração dessas normas, tema que será objeto do item II. ii. f.

Outra conclusão inevitável que advém do estudo das objeções apresentadas pela doutrina é a premência por mais cooperação jurídica entre os Estados. Não se trata de uma exigência apenas da competência repressiva universal, a transnacionalidade dos crimes hoje também demanda maior articulação entre os tribunais domésticos de diferentes Estados. Maior cooperação jurídica nos processos em que a competência repressiva universal é aplicada reduziria os prazos dos procedimentos e contribuiria para evitar as alegações de ingerência nos assuntos internos no país onde o crime ocorreu. O adensamento da cooperação representaria a concretização do ideal da competência repressiva universal que é ter os Estados atuando diretamente em nome da comunidade internacional para a realização da justiça internacional penal. A maior divulgação dos atos e procedimentos adotados em casos conduzidos com base na competência repressiva universal poderia ajudar no estabelecimento de parâmetros processuais.

As limitações em que o exercício da competência repressiva universal esbarra não configuram impedimentos intransponíveis à sua realização, o que é demonstrado pelo crescimento do número de casos conduzidos com base no instituto¹⁸⁵. Conclui-se que, apesar das objeções levantadas pela doutrina, a competência repressiva universal é, na prática, um mecanismo da justiça internacional penal capaz de contribuir para a consecução dos objetivos da rede de *enforcement* do direito internacional dos direitos humanos.

¹⁸⁵ BROWN, Bartram S., *op. cit.*, p. 397.

I. vi. Principais exceções à responsabilização penal pelo cometimento de crimes internacionais

*õPois, por trás da não-vontade de julgar, oculta-se a suspeita de que ninguém é um agente livreõ*¹⁸⁶

É praticamente impossível abordar o tema da competência repressiva universal sem tratar das imunidades¹⁸⁷ e anistias e de como elas são vistas hoje perante o direito internacional penal e o direito internacional dos direitos humanos. Um dos objetivos mais caros à competência repressiva universal é contribuir, como parte do arcabouço da justiça internacional penal, para o fim da impunidade dos responsáveis por graves crimes internacionais. Uma das principais causas para que essa impunidade persista são os privilégios concedidos aos violadores de direitos humanos por meio, sobretudo, de imunidades e anistias¹⁸⁸.

Mecanismos como a imunidade e a anistia, além de acarretarem a impunidade, constituem, potencialmente, por parte do Estado que os alega uma violação à norma internacional que estabelece o dever de julgar graves crimes internacionais, eles também representam um impedimento ao exercício do direito à memória e à verdade das vítimas e da sociedade atingidas. Quando as autoridades parecem estar acima da lei e da responsabilização por seus atos, o cidadão comum não vislumbrará o estado de direito como uma necessidade fundamental na transição para um regime democrático¹⁸⁹.

Tais exceções à responsabilização penal decorrem, na maioria das vezes, da posição dos violadores na sociedade. É sabido que as mais graves violações de direitos humanos costumam ser cometidas por agentes do Estado, ou seja, pelos indivíduos cuja atuação consistiria, precisamente, em garantir e promover os direitos humanos das sociedades que

¹⁸⁶ ARENDT, Hannah, *op. cit.*, 2004, p. 81.

¹⁸⁷ *õAtualmente, essa discussão [sobre a preservação das imunidades diante de tribunais nacionais que julgam crimes internacionais] surge na cena internacional de forma premente, tendo em vista muitos casos de denúncias contra chefes de Estado perante jurisdições internas, em razão, de um lado, do desenvolvimento da competência repressiva universal para certos crimes, e por outro, da competência internacional das jurisdições norte-americanas em matéria cível, no âmbito da responsabilidade por danos e reparações civis, fundadas no Alien Tort Claims ACT, de 1789.õ* PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, p. 64.

¹⁸⁸ Sobre como a anistia e a imunidade têm a impunidade como consequência: *õhistory teaches that former leaders given amnesty or exile are prone to recidivism, resorting to corruption and violence and becoming a disruptive influence on the peace processõ*. SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 348.

¹⁸⁹ SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 348.

lhês têm como seus servidores¹⁹⁰. Estas autoridades usam sua posição oficial e o aparato do Estado para perpetrar os mais execráveis males contra uma população e, depois, quando há um movimento politicamente contrário ao governo, com força suficiente para derrubá-lo, estes agentes estatais têm força política para negociar sua saída, trocando os antigos cargos e a transição de poder por garantias legais pelo menos no plano doméstico de que não serão levados a juízo pelos atos ilícitos que cometeram. A esta solução negociada, parte da doutrina costuma chamar de troca da justiça pela paz.

Tradicionalmente há três razões principais que um Estado alega para evitar a responsabilização penal de um indivíduo. A primeira delas é uma razão prática que se traduz na impossibilidade de se comprovar o delito após o esquecimento que decorre de grande lapso temporal: trata-se da prescrição. A segunda é uma razão moral, que afirma ser a responsabilização penal um possível entrave à reconciliação, e é posta em prática por meio das anistias. A terceira é uma razão política, segundo a qual o julgamento dos mais altos representantes de um Estado constituiria uma ameaça a sua soberania e, para

¹⁹⁰ Sobre o fato de os crimes internacionais serem em geral cometidos por altas autoridades, Perrone-Moisés explica: *ônão seria a própria qualidade de chefe de Estado que confere a possibilidade de cometimento de determinados crimes internacionais? Tendo em vista a amplitude e a gravidade dos crimes internacionais, somente os mais altos responsáveis teriam condições para planificar e mandar executar, em larga escala, os atos que configuram os tipos penaisö*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.* 2009, p. 80.

Macedo também aponta para este fato: *ôThese are often crimes of state: crimes committed by public officials claiming to be acting in an official capacity, to protect and preserve national security, or to punish enemies of the nation or the stateö*. MACEDO, Stephen, *op. cit.* *ôIntroductionö*, p. 3.

Para Morris, é justamente o fato de os crimes internacionais que violam direitos humanos serem cometidos por autoridades que pode tornar a competência repressiva universal um problema para as relações internacionais. Segundo a autora, este problema não existe quando o instituto é exercido contra crimes transnacionais ou crimes internacionais do direito internacional clássico (a distinção entre estas categorias consta do item I. vii. Crimes internacionais sujeitos à competência repressiva universal deste trabalho): *ôThere was, however, an important flaw in that analogy [analogia entre pirataria e crimes internacionais que tipificam violações de direitos humanos]. While the law of piracy limited the crime, by definition, to acts done for private gain, allegations of war crimes and crimes against humanity frequently concern conduct carried out under official state policy or authority. Universal jurisdiction over war crimes and crimes against humanity, therefore, can become a source and an instrument of interstate conflict, in a way that universal jurisdiction over piracy was designed to avoidö*. MORRIS, Madeline H., *op. cit.*, p. 345.

Cassese, por sua vez, afirma que: *ôO Estado soberano tende a perseguir seus interesses imediatos, muitas vezes em detrimento dos interesses gerais da comunidade internacional. Ele visa proteger seus nacionais mesmo quando estes desrespeitam determinados valores fundamentais da comunidade internacional. Ele os protege sobretudo se esses nacionais agem como órgãos do Estado (chefes de Estado, ministros, militares de alta patente, parlamentares etc.)*. CASSESE, Antonio, *op. cit.*, 2004, p. 09 e 10.

Ferstman entende o cometimento deste tipo de crime por agentes do Estado como um trauma para a sociedade e as vítimas e afirma: *ôPart of the trauma and dislocation relates to the fact that the crimes are generally perpetrated by, or at the behest of, the state. The calculated abuse of the integrity of individuals, in a way that is designed specifically to undermine their dignity, is particularly horrible when it is perpetrated by or on behalf of those with the very responsibility to protect individuals' rightsö*. FERSTMAN, Carla, *op. cit.*, p. 149.

combater tal situação, há a previsão da imunidade¹⁹¹. Quanto à prescrição, a maior parte da doutrina reconhece que ela não se aplica aos crimes internacionais que ensejam a competência repressiva universal, de modo que não trataremos deste ponto nesta dissertação.

Conforme explica Kontorovich¹⁹², há outras maneiras de não se levar um caso a juízo quando se trata do cometimento de graves crimes internacionais, mas, para os fins deste estudo, concentraremos-nos apenas nas questões da imunidade e da anistia, tendo em conta, tanto o fato de serem os impedimentos ó absolutos ou relativos ó mais comuns à responsabilização penal, quanto o fato de estes dois institutos ainda gozarem de reconhecimento perante a comunidade internacional.

Garapon afirma que crimes internacionais como os crimes contra a humanidade e o genocídio introduziram uma novidade radical, porque não são imputáveis somente aos indivíduos submetidos a uma soberania, como ocorre para os crimes em geral, mas também aos próprios soberanos¹⁹³. Esta novidade questiona os parâmetros da justiça penal comum, e o uso das imunidades e anistias atualmente pode ser interpretado como uma tentativa de evitar a responsabilização dos soberanos e, com isso, impedir a erosão de alguns parâmetros tradicionais.

I. vi. a. Imunidades

Com relação à imunidade¹⁹⁴, deve-se ter em mente que seu debate no direito internacional penal vai além da mera análise de um instituto, uma vez que ele se situa num conflito entre duas camadas do direito internacional. Conforme explica Perrone-Moisés, a primeira camada é aquela clássica, do direito internacional das soberanias estatais e das imunidades; a segunda é a camada ainda em construção em que a afirmação dos direitos

¹⁹¹ DELMAS-MARTY, Mireille, *op. cit.* s/a, p. 371.

¹⁹² *õNon-prosecution can take several forms: explicit amnesties, exile, silent nonprosecution, and charge bargaining. All of these tools have been used extensively by states in recent years, generally with the support and approbation of other states and international organizationsö. KONTOROVICH, Eugene. õThe inefficiency of universal jurisdictionö. In: *University of Illinois Law Review*, 2008, p. 413.*

¹⁹³ GARAPON, Antoine, *op. cit.*, p. 44 e 45.

¹⁹⁴ *õNo direito internacional, a imunidade pode ser definida como o não exercício do poder de julgarö. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, op. cit. 2009, p. 56.*

humanos permite vislumbrar a convergência dos membros da comunidade internacional em torno de valores¹⁹⁵.

A competência repressiva universal busca seu espaço como mecanismo da justiça internacional penal justamente na afirmação de sua função de proteção e promoção dos direitos humanos. Um dos grandes empecilhos para que ela efetivamente desenvolva esse papel é a atribuição das imunidades aos violadores, de acordo com a velha regra da soberania. O que torna peculiar o encontro das duas camadas quando se fala em competência repressiva universal é o fato de membros da mesma comunidade internacional defenderem interesses opostos, com legitimidade: o Estado do foro exerce sua competência para julgar os responsáveis pelas mais graves violações de direitos humanos e o faz em nome dos valores da comunidade internacional, enquanto o Estado que tem vínculos com o delito quer impedir a responsabilização do indivíduo que cometeu os crimes, devido à imunidade de que ele gozaria, sob a alegação de que o faz com base em um dos princípios mais antigos da velha ordem internacional ó a soberania. Garapon¹⁹⁶ explica que, na camada clássica do direito internacional, os fundamentos, então inquestionáveis, da igualdade e da reciprocidade impossibilitavam o julgamento penal do soberano, uma vez que contrariavam o *modus vivendi* estabelecido entre direito e política, que era centrado na ideia de injusticiabilidade da soberania, que implicaria a irresponsabilidade penal do príncipe.

O problema da alegação do Estado que invoca a imunidade e a soberania para impedir a responsabilização do agressor reside no fato de que, embora o argumento possa ser considerado legítimo ó se partimos de uma perspectiva dos valores da ordem westphaliana ó, ele hoje esbarraria não só em valores ou princípios internacionais, mas também seria frontalmente contrário às normas positivas do direito internacional penal que preveem o dever do Estado de julgar tais condutas.

Para os graves crimes internacionais, a imunidade, não é considerada uma regra de *ius cogens* e, portanto, perderia, diante de um conflito normativo¹⁹⁷, para as normas que

¹⁹⁵ PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.* 2009, p. 2.

¹⁹⁶ GARAPON, Antoine, *op. cit.*, p. 43 e 44.

¹⁹⁷ Cabe lembrar que no direito internacional não há hierarquia entre as fontes normativas, mas há algumas normas que podem ser consideradas superiores: *On le sait, il n'existe pas de hiérarchie entre les normes du droit international en raison de leurs sources, leur mode de production ou leur auteur. Il y a, en revanche, des normes qui sont supérieures à d'autres en raison de leur contenu: celles qui appartiennent au jus cogens, qui sont impératifs*. SASSÒLI, Marco, *op. cit.*, p. 811 e 812.

preveem a promoção dos direitos humanos, estas, em sua maioria, consideradas normas de *ius cogens*¹⁹⁸. Além do argumento do conflito normativo, que excluiria as imunidades, de acordo com Hall¹⁹⁹, o Estado quando exerce a competência repressiva universal age aplicando as regras de direito internacional e, diante delas, restrições previstas em normas internas, como é o caso das imunidades, não seriam aplicáveis.

Segundo Stern²⁰⁰, que em geral defende a competência repressiva universal como mecanismo da justiça internacional penal, o conflito entre as duas camadas do direito internacional penal gerado por um Estado que busca exercer sua competência repressiva universal para julgar o soberano de outro Estado pelo cometimento de crimes internacionais é tão grave que, do seu ponto de vista, levantar a imunidade traria mais desordem internacional do que benefícios. Desse modo, acredita que a possibilidade de desconsiderar as regras de imunidade deveria ser dada apenas à justiça internacional exercida por órgãos internacionais, como o Tribunal Penal Internacional, mesmo que isso não leve ao fim da impunidade.

O afastamento das imunidades ó para autoridades ainda em exercício ou não ó diante dos tribunais internacionais é uma regra do direito internacional penal, consolidada desde os julgamentos de Nuremberg²⁰¹ e claramente estabelecida pelo artigo 27 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. O problema que encontramos é o fato de a doutrina e a jurisprudência divergirem quanto à possibilidade de que o afastamento da imunidade também ocorra nos julgamentos conduzidos com base na competência repressiva universal.

No caso Pinochet, a Câmara dos Lordes manifestou-se pelo afastamento da imunidade, ao entender possível sua extradição para a Espanha, solicitada com base na competência repressiva universal. No caso Yerodia, levado à Corte Internacional de Justiça pela República Democrática do Congo contra a Bélgica, os juízes entenderam, entretanto,

¹⁹⁸ Sobre um conflito normativo entre imunidade e normas de *ius cogens*: *õNão parece lógico que o ordenamento internacional estabeleça um delito com caráter de ius cogens e, ao mesmo tempo, preveja uma imunidade relativa à obrigação que pretende impor. Um levantamento das fontes existentes demonstra que o direito internacional tende a negar a imunidade aos agentes estatais que cometeram crimes internacionaisõ. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 94.*

¹⁹⁹ Segundo Hall: *õsince the state is enforcing international, rather than national, law, none of the restrictions which might be appropriate for crimes under national law, such as dual criminality, statutes of limitations or official immunities, are appropriateõ. HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 48.*

²⁰⁰ STERN, Brigitte. *õPinochet face à la justiceõ. In: Études*, vol. 394, 2001, p. 18.

²⁰¹ PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 38.

que a imunidade do ex-chanceler Abdoulaye Yerodia Ndombasi deveria ser mantida, o que tornava, conseqüentemente, o mandado de prisão expedido pela Bélgica ó com alegações de cometimento de crimes de guerra e crimes contra a humanidade ó contrário ao direito internacional²⁰². Diante destes dois casos, nota-se que ainda não há consenso na jurisprudência internacionalista a respeito da aplicação da imunidade em julgamentos conduzidos com base na competência repressiva universal. Perrone-Moisés²⁰³, ao assinalar que as imunidades perante as instâncias internacionais penais não devem prevalecer, ressalta que, em relação às instâncias jurisdicionais internas, a questão ainda não se encontra pacificada²⁰⁴.

Outra diferença sensível pode ser apontada em relação aos dois casos supracitados. No primeiro, o acusado já se encontrava afastado do cargo quando do início dos procedimentos penais contra ele; enquanto no segundo caso, no momento da expedição do mandado de prisão²⁰⁵, Ndombasi ainda exercia o cargo de chanceler. Há entendimentos que afirmam que preservar a imunidade de autoridades em exercício, como ocorreu no *Arrest Warrant Case of 11 april 2000*, seria uma medida adotada para garantir o bom andamento das relações internacionais e que, sua denegação, como ocorreu em relação a Pinochet, basear-se-ia na ideia de defesa dos direitos humanos e de valorização da justiça universal²⁰⁶.

Pode-se verificar que a controvérsia decorre da oposição existente entre as duas camadas do direito internacional que, de um lado, privilegiam a soberania e, por consequência, as imunidades e, de outro lado, colocam a proteção e a promoção dos direitos humanos como valor da comunidade internacional em formação e, por consequência, incentivam o julgamento de autoridades ó como chefes de Estado, chefes de

²⁰² A jurisprudência em relação ao exercício da competência repressiva universal será tema do próximo capítulo.

²⁰³ PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 47.

²⁰⁴ *õSe, perante os tribunais internacionais, esteja ou não em exercício, o chefe de Estado não goza de imunidade quando em presença de crimes internacionais, no entanto, tratando-se dos tribunais internos, a questão ainda gera polêmicasõ*. PERRONE-MOISÉS, *op. cit.*, p. 82.

²⁰⁵ Deve-se atentar para o fato de que, no momento em que foi prolatada a sentença pela Corte Internacional de Justiça, Yerodia já havia deixado o cargo e não ocupava nenhuma posição do governo da República Democrática do Congo.

²⁰⁶ *õNo que diz respeito aos chefes de Estado que não se encontram mais em exercício, a doutrina majoritária, assim como a jurisprudência, indicam que não se aplicará a imunidade ratione materiae aos crimes internacionais, já que não constituem atos de função que devem ser protegidos. No que se refere aos chefes de Estado em exercício, apesar de as normas do direito internacional penal autorizarem o levantamento da imunidade, a doutrina e a jurisprudência relutam muitas vezes em aceitar essa hipótese, baseadas na proteção da soberania e do bom desenvolvimento das relações internacionaisõ*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.* 2009, p. 94.

governo e ministros de relações exteriores ó que tenham violado estes valores ao cometerem crimes internacionais. Uma questão que se coloca aos defensores da primeira camada é saber o que pode trazer mais ameaças às relações internacionais: (i) a opção pelo julgamento ao invés da imunidade ou (ii) o fato de perpetradores das mais graves violações de direitos humanos continuarem protegendo-se sob o manto da soberania e sentando-se às mesas de negociações internacionais em pé de igualdade com altos representantes de outros países que efetivamente adotam medidas favoráveis à proteção e promoção dos direitos humanos. Ainda que julgamentos de altas autoridades governamentais possam provocar comoção, não se pode negar que a segunda situação causa grande constrangimento. Parece-nos, infelizmente, que este constrangimento ainda não é suficiente para que se alcance, na doutrina e na jurisprudência, um consenso quanto ao fato de que as imunidades nas instâncias internas, que exercem a competência repressiva universal, também devem ser desconsideradas, como já ocorre nos tribunais internacionais penais.

A depender da teoria ó do caráter sagrado, da extraterritorialidade, do caráter representativo ou do interesse da função ó em que nos baseamos para fundamentar as imunidades de chefes de Estado, chefes de governo ou chanceleres, a imunidade poderá ser mais ou menos limitada. Concordamos com Perrone-Moisés²⁰⁷ quanto ao fato de que as imunidades devem estar condicionadas às funções destas autoridades, de modo que devem ser garantidas apenas à medida que estejam adequadas às atribuições oficiais exercidas²⁰⁸. A nosso ver, se as imunidades alcançam apenas as funções destas autoridades, não há que se mantê-las com o fim de excluir a responsabilização penal quando se está diante do cometimento de crimes internacionais. Seria absurdo ó em qualquer camada do direito internacional ó afirmar que graves violações de direitos humanos fazem parte das funções de chefes de Estado, chefes de governo ou chanceleres²⁰⁹. Não se pode imaginar que seja

²⁰⁷ PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 57 e 61.

²⁰⁸ Frulli também adota a posição de que as imunidades são funcionais: *“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”*. FRULLI, Micaela. *“O direito internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais”*. In: CASSESE, Antonio e DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*; tradução de Silvio Antunha, São Paulo: Manole, 2004, p. 270.

²⁰⁹ Nesse sentido, concordamos com Frulli: *“Os crimes internacionais, pelo menos aqueles que o direito internacional qualifica como as infrações mais graves, não podem, portanto, de modo algum ser cobertos pelas imunidades *ratione materiae*, pois eles não 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*

da função de quaisquer dessas pessoas cometer tais crimes²¹⁰, e a jurisprudência de alguns casos segue esta ideia ao afirmar que os crimes internacionais não podem ser considerados atos de função, atos oficiais ou mesmo atos de Estado²¹¹. Não existindo a configuração da violação de direitos humanos como um ato de função, não cabe alegar imunidade para chefes de Estado, chefes de governo ou chanceleres, no intuito de excluir-lhes a responsabilização penal. Isso valeria tanto para os tribunais internacionais onde as imunidades já não encontram respaldo, quanto para o exercício da competência repressiva universal pelos tribunais internos, em que essa questão ainda se coloca.

A manutenção das imunidades em tribunais internos que conduzem casos por meio da competência repressiva universal não deve conviver com a desconsideração das imunidades pelos tribunais internacionais penais. Esta situação que pode ocorrer atualmente, haja vista a divergência doutrinária e jurisprudencial geraria um cenário absurdo. De um lado, teríamos um chefe de Estado, chefe de governo ou chanceler sendo julgado pelo Tribunal Penal Internacional por crimes internacionais. De outro lado, haveria uma autoridade do mesmo nível hierárquico ó que, pelos critérios de competência (*ratione loci, ratione temporis e ratione materiae*) daquele Tribunal, não teria seu caso admitido ó sendo julgada por um tribunal interno, com base na competência repressiva universal, esquivando-se da responsabilização penal, pelo mesmo tipo de crime, sob a alegação da imunidade. O conflito entre as duas camadas do direito internacional, numa situação como essa, poderia levar à existência de pesos e medidas diferentes para contextos idênticos. Diante do absurdo deste cenário, não há explicação cabível para as vítimas e sociedades afetadas por crimes internacionais: para uma delas, a justiça seria realizada; para outra, sobraria apenas a impunidade do agressor, fundada na antiga soberania. Além desta situação de desequilíbrio, Perrone-Moisés avalia também que usar a imunidade como

responsáveis por crimes internacionais prevalece sobre a salvaguarda das regras que estabelecem as imunidades funcionais. FRULLI, Micaela, *op. cit.*, p. 284.

²¹⁰ De acordo com Perrone-Moisés: *õEntendemos que o afastamento da imunidade no caso de cometimento de crimes internacionais deverá ocorrer, não só pela natureza dos atos, como também por sua finalidade, pelo fato de que de modo algum podem ser considerados atos oficiais realizados dentro dos limites das funções próprias à mais alta autoridade do Estadoõ*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.* 2009, p. 76.

²¹¹ Conforme Perrone-Moisés, em análise dos casos Eichmann, Pinochet e Ferdinand Marcos. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 77-79.

Sobre a tentativa de justificar crimes internacionais como atos de Estado, Hannah Arendt afirma que se tenta assemelhar o crime do Estado à legítima defesa, mas segundo ela, *õo que torna esse argumento inaplicável aos crimes cometidos pelos governos totalitários e seus funcionários não é apenas que esses crimes não foram de modo algum induzidos pela necessidade, de uma ou outra formaõ*. ARENDT, Hannah, *op. cit.*, 2004, p. 101.

Em relação aos atos oficiais, ver item II. i. a.

argumento para impedir os juízes nacionais de julgarem casos com base na competência repressiva universal transformaria os tribunais penais internacionais em instâncias exclusivas para os casos que envolvam chefes de Estado (e outras autoridades que gozem de imunidade). Tal hipótese contraria uma das regras basilares do Tribunal Penal Internacional: a complementaridade²¹².

I. vi. b. Anistias

Como destacado anteriormente, o outro impedimento encontrado na legislação interna que pode obstaculizar a responsabilização penal daqueles que cometem graves violações de direitos humanos é a concessão de anistias. Além da diferença de racionalidade já explicitada acima ó as imunidades costumam ser previstas segundo uma persepctiva política, enquanto as anistias decorreriam de fatores morais ó, verifica-se uma distinção quanto à *ratione personæ* entre estes dois institutos. Enquanto a imunidade para crimes internacionais é estendida, sobretudo, aos mais altos comandantes, como chefes de Estado, chefe de governo e ministros de relações exteriores, a anistia costuma abranger um número maior de pessoas, podendo incluir altos funcionários ó de forma que os indivíduos de quem a responsabilização penal será afastada pela imunidade coincidam ó e seus subordinados mais imediatos. Na prática, o efeito tende a ser o mesmo: a impunidade dos responsáveis e a frustração do direito à memória e à verdade das vítimas e da sociedade em geral.

Outro fator que distingue os dois institutos é a relação que eles estabelecem com o direito internacional. As imunidades estão presentes há séculos no direito internacional e são vistas, segundo interpretações mais tradicionais, como uma decorrência de uma de suas regras mais tradicionais, a soberania e, por consequência, do princípio *par in parem non habet imperium*. Apesar de atualmente existir um costume internacional a favor da exclusão da imunidade de altos representantes do governo quando do cometimento de crimes internacionais²¹³, a imunidade permanece como um instituto do direito internacional, especialmente quando está relacionada ao exercício de funções de representação, consulares e diplomáticas. A anistia, ainda que na prática produza efeitos

²¹² PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 85. Sobre o princípio da complementaridade, ver item I. viii.

²¹³ PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 94.

internacionais como o impedimento à responsabilização penal em julgamentos por tribunais internacionais ou com base na competência repressiva universal, costuma ser tratada como uma questão mais propriamente do direito interno, vez que a justificativa daqueles que a defendem encontra-se justamente no fato de ela poder ser usada como uma forma de garantir a reconciliação nacional, após um momento de conflito interno e, em geral, durante a transição de regimes ditatoriais para governos democráticos.

As anistias, como formalizações da exclusão da responsabilização penal dos indivíduos suspeitos do cometimento de graves violações de direitos humanos, podem ser consideradas contrárias ao direito internacional segundo dois argumentos principais. O primeiro entende que as anistias afrontam a regra presente tanto em tratados como nos costumes internacionais de que os Estados devem julgar ou extraditar os responsáveis por crimes internacionais²¹⁴. O segundo argumento defende que as anistias contrariam o direito internacional pelo fato de que sua implementação no plano interno impossibilita o exercício dos direitos das vítimas garantidos em normas de direito internacional. Segundo Bastos, os direitos das vítimas que são impedidos pelas anistias são, em geral: (i) o direito de acesso à justiça, o direito à garantia judicial e o direito a um julgamento; (ii) o direito à proteção judicial, também interpretado como direito a um remédio efetivo; (iii) o direito à reparação; e (iv) o direito à verdade²¹⁵.

Apesar de estes argumentos afirmarem a incompatibilidade entre as anistias e o direito internacional, este instituto continua sendo proposto em momentos de transição de regime não só pelos Estados, como também por organizações internacionais. Parte da doutrina entende que há, inclusive, um crescimento no número de casos em que a anistia vem sendo aplicada. A este respeito, Kontorovich apresenta um dado inquietante, ao afirmar que, mesmo com os conceitos de competência repressiva universal e crimes internacionais que proíbem violações de normas de *ius cogens* ganhando força e aceitação na comunidade internacional, a anistia tornou-se mais comum. Mais de dois terços das guerras que terminaram após 1989 teriam incluído anistias formais, comparadas com um-

²¹⁴ Sobre este argumento, recorremos a Scharf: *“An amnesty or asylum given to the members of the former regime could be invalidated in a proceeding before either the state’s domestic courts or an international forum. (1) It would be inappropriate for an international criminal court to defer to a national amnesty or asylum in a situation where the amnesty or asylum violates obligations contained in the very international conventions that make up the court’s subject matter jurisdiction”*. SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 350.

²¹⁵ Bastos chegou a esta enumeração ó não exaustiva ó dos direitos das vítimas violados pelas leis de anistias por meio da análise das decisões tanto da Comissão quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, relacionadas ao tema. BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira, *op. cit.*, p. 64 e 65.

sexto das ocorrências verificadas durante a era da Guerra Fria. Igualmente, em algumas situações recentes, ditadores enfrentando desgaste político foram persuadidos a deixar o poder com a contrapartida de um exílio confortável em outro país, onde lhe seria garantida imunidade²¹⁶. Outra parte da doutrina afirma que há escassa evidência de que uma norma proibindo a anistia em casos de crimes internacionais esteja consolidada como norma obrigatória nos costumes internacionais²¹⁷.

Bastos identifica, entretanto, uma tendência no sentido contrário às interpretações acima apresentadas, sustentando que, internacionalmente, o cenário encontra-se desfavorável às anistias de caráter geral e irrestrito aplicadas para crimes internacionais. O movimento no plano internacional teria influenciado alguns Estados a renunciar ao poder de instituir anistias para este tipo de crime²¹⁸.

Assim como a imunidade, a aprovação de leis de anistia também se encontra situada no contato ou choque entre as duas camadas do direito internacional. É difícil compreender como seu uso ó que representa a impunidade dos mais graves crimes internacionais ó demonstra continuidade num cenário internacional cada vez mais marcado pela afirmação dos direitos humanos como valores universais e como normas inderrogáveis²¹⁹.

Ao contrário da situação das imunidades ó que estão em declínio, comprovável tanto por sua veemente recusa nos tribunais internacionais, quanto por sua tendência à não-observância pelos tribunais internos que exercem a competência repressiva universal ó as anistias não dão sinais tão claros de arrefecimento. Nem o direito internacional coloca-se contrário a elas de forma muito contundente, haja vista a própria previsão que consta do artigo 6 (5) do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas de conflitos armados sem caráter internacional (Protocolo II)²²⁰. O direito internacional e os Estados chegam, dependendo das circunstâncias, a incentivar o uso da anistia.

²¹⁶ KONTOROVICH, Eugene, *op. cit.*, 2008, p. 413.

²¹⁷ SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 360.

²¹⁸ BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira, *op. cit.*, p. 42.

²¹⁹ BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira, *op. cit.*, p. 47.

²²⁰ *Artigo 6. (5). Ao cessarem as hostilidades, as autoridades no poder procurarão conceder anistia mais ampla possível às pessoas que tenham tomado parte no conflito armado ou que se encontrem privadas de liberdade, internadas ou detidas por motivos relacionados com o conflito armado.ö.*

O incentivo à anistia pode ser verificado também na constatação de Kontorovich a respeito da atuação da Organização das Nações Unidas no apoio dado à troca de justiça por paz, por meio da negociação de anistias. O autor aponta para uma prática esquizofrênica por parte desta organização internacional: os tribunais estabelecidos sob seus auspícios e muitos de seus altos oficiais declaram ser ilegais as mesmas anistias que as Nações Unidas asseguram durante os processos de paz²²¹. Para Scharf, o fato de as Nações Unidas sentirem-se livres de constrangimentos legais para endossar acordos de paz que preveem anistias e exílios em situações que envolvem crimes internacionais graves sugere que não há costume internacional cristalizado sobre o tema²²².

Quais circunstâncias são estas em que as anistias são incentivadas pelos Estados e pelas organizações internacionais? Segundo Bastos, em um momento de transição de regimes ditatoriais para governos democráticos, há três formas mais comuns para se lidar com a memória e a verdade dos fatos ocorridos. A primeira é o julgamento e a punição dos responsáveis pelas violações de direitos humanos ó que pode ocorrer no âmbito interno ou por meio dos mecanismos da justiça internacional penal. A segunda forma é o reconhecimento do que ocorreu, materializado por meio de comissões de verdade. A terceira forma é, na verdade, uma tentativa de se evitar a memória, sob a alegação de que o esquecimento, possibilitado pelas anistias, favoreceria o bem comum da sociedade que está se transformando²²³.

Aqueles que defendem o uso da anistia durante as transições afirmam que não é possível realizar julgamentos, ou mesmo comissões de verdade, logo após a troca de governo. Não apenas em razão da troca em si, mas devido às fissuras que todo o processo provocou na sociedade. Os traumas seriam tão grandes que, não podendo ser resolvidos por meio de julgamentos, naquele momento, o melhor seria esquecê-los e tentar formar as bases da nova sociedade sem questionar os fantasmas do passado. Por essa razão, parte da doutrina chega a afirmar que as anistias de caráter temporário são uma tendência²²⁴, vez que elas permitiriam um espaço de tempo para a superação do trauma. Passado esse tempo ó que é impossível de se mensurar objetivamente, devido a características peculiares de cada sociedade e de cada grupo distinto que a forma ó as anistias seriam naturalmente

²²¹ KONTOROVICH, Eugene, *op. cit.*, 2008, p. 414.

²²² SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 362.

²²³ BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira, *op. cit.*, p. 44.

²²⁴ Segundo Scharf: *“The trend in recent years is to use amnesty and exile as a transitional step toward eventual justice, not as an enduring bar to justice”*. SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 376.

superadas, e os julgamentos poderiam ocorrer depois, caso esta sociedade ainda sentisse a necessidade de levá-los a cabo. No fim das contas, segundo os defensores das anistias temporárias, não haveria a violação da norma internacional de julgar ou extraditar os responsáveis pelas violações de direitos humanos porque, devido à imprescritibilidade destes crimes, sempre existiria uma chance de levá-los a juízo.

Infelizmente, esta solução de anistia temporária aparentemente engenhosa porquanto capaz de conjugar a necessidade de conceder um tempo para a superação das fissuras, sem excluir, em definitivo, a possibilidade de um julgamento ó não nos parece a mais adequada. Depois de uma transição como essa, os antigos donos do poder, por inúmeras razões, não são automaticamente extirpados da máquina pública ou de posições políticas relevantes; eles, muitas vezes, conseguem exercer alguma influência sobre aquela sociedade. Se essa influência for mais expressiva, e geralmente ela o é, os julgamentos tornar-se-ão impossíveis, dada a falta de vontade política.

Outro elemento que pode sobrevir é a passagem de um tempo longo demais. Não há como saber, de antemão, quanto tempo é necessário para que uma sociedade que sofreu os efeitos das mais graves violações de direitos humanos tenha condições de, por ela mesma, ter a iniciativa e a capacidade de levar seus antigos algozes a juízo. Talvez, quando esse momento finalmente chegar, as provas já tenham sido eliminadas ou perdidas ou os principais responsáveis e as vítimas já não possam mais contar suas verdades e versões. Nessas condições, mesmo que os crimes internacionais sejam imprescritíveis, não há garantia de que a anistia temporária será afastada num momento hábil, em que o direito à verdade ainda tenha condições materiais de ser exercido.

Além disso, os fantasmas do passado que a anistia permite superar ou engavetar, para que sejam analisados depois, costumam ser mais do que meros espectros. Não é só a imagem da agressão que precisa ser afastada. Na maioria dos casos, as violações de direitos humanos não desaparecem da memória daquela sociedade simplesmente porque o tempo as desbotou. Há certas violências que ficam institucionalizadas no aparato estatal e conseguem manter-se, mesmo com a mudança de governo e de ordenamento jurídico. O novo pacto social, criado para transpor o momento anterior de um Estado criminoso, às vezes não é suficiente para que determinadas práticas sejam superadas. O próprio caso brasileiro pode ser um exemplo. Para alguns estudiosos, a ausência de julgamentos ou outros mecanismos que convirjam para a construção de uma memória e de uma verdade

sobre as violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar acarretaram a impunidade e a cristalização de violências como a tortura ó antes exercida, sobretudo, contra os presos políticos e depois adotada como método de investigação diante das inúmeras falhas do aparato investigativo ó já no governo democrático²²⁵. O estado de direito infelizmente não é consequência direta da promulgação de uma nova constituição que garanta os mais avançados direitos fundamentais. Ele exige uma efetiva construção social que, a nosso ver, pode ser ameaçada pela aprovação de leis de anistia durante os períodos de transição.

Cabe destacar que o tipo de anistia encorajado por algumas normas de direito internacional não é aquela que impede a responsabilização dos indivíduos que cometeram graves violações aos direitos humanos, uma vez que a imprescritibilidade deste tipo de crime e a sua sujeição à competência repressiva universal tornam a anistia concedida aos responsáveis incompatível com as demais normas do direito internacional penal²²⁶. A dificuldade reside em separar as anistias que contrariam o direito internacional daquelas que são aceitas, e até mesmo incentivadas por ele.

Quando as diversas forças que compõem o Estado conseguem, enfim, subjugar o regime ditatorial que violava os direitos de sua população, há muitas maneiras de se lidar com as violações cometidas, mas entendemos que a anistia, sozinha, não consegue oferecer as respostas necessárias, nem àquela sociedade, nem à comunidade internacional. Concordamos com Bastos²²⁷ quanto aos benefícios de uma transição que incluía a

²²⁵ De acordo com Piovesan e Salla: *“Apesar de todas as interdições legais, no plano nacional e internacional, são diversas as circunstâncias em que se pode constatar a prática da tortura e dos maus-tratos no cenário brasileiro”*. PIOVESAN, Flávia e SALLA, Fernando. *“Tortura no Brasil: pesadelo sem fim?”*, in *Ciência Hoje*, vol. 30, n. 176.

Sobre a prática da tortura no Brasil: *“Nos dois períodos ditatoriais republicanos, de 1937 a 1945 (o chamado Estado Novo) e entre 1964 e 1985 (a ditadura militar), a prática da tortura não só passou a alcançar opositores políticos de esquerda, como sofisticou-se nas técnicas adotadas. Com a redemocratização, em 1985, cessou a prática da tortura com fins políticos. Mas as técnicas foram incorporadas por muitos policiais, que passaram a aplicá-las contra os presos comuns, os “suspeitos” e os detentos. Pode-se, portanto, afirmar que a tortura existente hoje no Brasil principalmente “contra pretos e pobres” é herdeira de uma tradição totalitária e foi intensificada principalmente durante o Estado Novo e a ditadura militar”*. COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório sobre tortura no Brasil*, Brasília, 2005, p. 147.

²²⁶ Sobre a incompatibilidade: *“According to prevailing legal opinion, amnesty for war crimes, crimes against humanity, or genocide is impossible under international law”*. SNYDER, Jack e VINJAMURI, Leslie. *“A midwife for peace”*, In: *International Herald Tribune*. Disponível online: <<http://www.nytimes.com/2006/09/26/opinion/26iht-edsnyder.2937232.html>> e ver também: BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira, *op. cit.*, p. 49.

²²⁷ *“considera-se que o mecanismo social e institucional mais efetivo para se evitar a impunidade é a combinação de uma ação mais incisiva e completa que envolva perdão, anistias restritas e também punição aos crimes mais graves”*. BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira, *op. cit.*, p. 275.

possibilidade tanto do perdão, por meio das anistias restritas, quanto do alcance do direito à memória e à verdade, que advém dos julgamentos dos responsáveis pelas violações de direitos humanos.

O embate entre anistia e competência repressiva universal ó dois institutos que encontram previsão no direito internacional, mesmo sendo fundamentados em bases opostas e contraditórias ó não é vencido pela anistia. A institucionalização da justiça internacional penal e o esforço dos Estados que a implementam exercendo a competência repressiva universal trouxeram um repensar sobre as regras das anistias e sobre a necessidade de limitá-las. Mesmo para os Estados que continuam violando os direitos humanos e que buscam esquivar-se dos tratados internacionais que trazem a obrigação de julgar ou extraditar, o desenvolvimento da competência repressiva universal tem um resultado direto: ela fez a anistia perder seu valor como moeda de troca da justiça pela paz. É o que Kontorovich assinala quando destaca o fato de que, potencialmente, além dos tribunais internacionais penais para os quais as anistias não impedem a responsabilização penal, há quase 200 Estados com capacidade para desconsiderar imunidades e anistias e exercer a competência repressiva universal²²⁸. Nenhum destes institutos é mais tão forte quanto era no direito internacional clássico a ponto de garantir plenamente que um indivíduo, do alto escalão de um Estado criminoso, possa passar o resto de seus dias sem enfrentar um tribunal ó nacional ou internacional ó que busque sua responsabilização penal pelas graves violações de direitos humanos cometidas.

I. vii. Crimes internacionais sujeitos à competência repressiva universal

I. vii. a. Categorias: crimes transnacionais, crimes internacionais do direito internacional clássico e crimes internacionais contra os direitos humanos

A pesquisa para a elaboração deste estudo demonstrou que uma das maiores dificuldades em relação ao tema da competência repressiva universal é estabelecer suas bases quanto ao critério *ratione materiae*²²⁹. Ou seja, há muita divergência em relação a quais crimes ensejam a competência repressiva universal, seja em seu formato obrigatório

²²⁸ KONTOROVICH, Eugene, *op. cit.*, 2008, p. 417.

²²⁹ Conforme Bykhovsky: *õthere is no international consensus that defines the category of crimes that constitute customary international law and would therefore allow for universal jurisdiction to be asserted in their prosecutionõ*. BYKHOVSKY, Gene, *op. cit.*, p. 165 e 166.

ou facultativo. Tal divergência não é apenas uma disputa entre acadêmicos, ela pode ser encontrada na doutrina, bem como na jurisprudência e na própria legislação. A falta de consenso sobre o rol de crimes internacionais que enseja a competência repressiva universal dá margem à incerteza jurídica e constitui um dos argumentos usados por aqueles que são contrários à aplicação do instituto.

Para começar a abordar a questão dos crimes sujeitos à competência repressiva universal, são necessárias algumas distinções iniciais. A primeira delas diz respeito aos crimes internacionais como um todo. De acordo com Perrone-Moisés²³⁰, não há no direito internacional penal sequer uma definição geral do que se entende por crime internacional, o que quer dizer que não há elementos para afirmar quais condutas podem ser qualificadas como crime internacional, de modo que a jurisprudência teria função muito relevante ao interpretar normas relacionadas a este tema.

Aliás, a falta de definição ou mesmo a amplitude do conceito não é uma característica exclusiva dos crimes internacionais, trata-se, na verdade, de um traço comum às normas de direito internacional em geral²³¹. Uma das explicações possíveis para esse fenômeno é o processo da própria elaboração dessas normas: a negociação dos textos pelos Estados deve atender não só às peculiaridades da cultura jurídica trazida à mesa de negociações por cada um deles, como também deve atentar à questão das traduções dos conceitos. Nesse sentido, mesmo textos de matéria penal são aprovados sem a desejada precisão conceitual. Se internalizadas e aplicadas pelos tribunais domésticos sem o devido contexto e sem o imprescindível respaldo principiológico, as normas de direito internacional penal poderiam ser consideradas ilegais por penalistas defensores de termos específicos e restritos. Os crimes internacionais, em geral, e mesmo seus tipos, em particular, padecem dessa precisão terminológica, o que torna inevitável que os operadores dessas normas recorram às outras fontes do direito internacional, sobretudo aos princípios gerais de direito, à jurisprudência e aos costumes.

A segunda distinção que deve ser feita para introduzirmos o debate sobre quais crimes internacionais ensejam a competência repressiva universal diz respeito aos próprios

²³⁰ PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 8.

²³¹ Em relação às normas de direito internacional e sua proposital falta de critérios muito rigorosos, Carvalho Ramos afirma que *os tratados internacionais são apenas um ponto de partida, e nunca um ponto de chegada*. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 14.

crimes e está intimamente relacionada à primeira distinção. De que crimes internacionais estamos falando? Já sabemos que não existe um conceito geral, mas é possível estabelecer algumas bases mais precisas. Uma das categorias possíveis é nos referirmos ao chamado núcleo duro do direito internacional penal que, para a maioria da doutrina é composto pelos crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio e crime de agressão ou crime contra a paz. Quanto a este último, não há consenso em relação ao seu pertencimento a esse núcleo duro, tendo em conta o fato de a discussão sobre seu conceito ser muito recente ó tema que abordaremos mais ao final do próximo subitem. O núcleo duro do direito internacional penal são os crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Uma segunda categoria possível é aquela que advém da distinção ó a nosso ver necessária ó entre o que denominaremos crimes transnacionais e crimes internacionais propriamente ditos. Os crimes transnacionais são aqueles relacionados ao direito penal internacional, em oposição ao vínculo que os crimes internacionais têm com o direito internacional penal²³². Como crimes transnacionais mais recorrentes, podemos apontar: o tráfico internacional de drogas, o tráfico internacional de armas, a lavagem de dinheiro, alguns crimes relacionados a aspectos financeiros, como a falsificação de moedas, e o crime organizado²³³. As condutas que perfazem o cometimento de tais crimes, bem como seus efeitos, geralmente atingem mais de um Estado, por isso sua transnacionalidade. Poder-se-ia dizer que a persecução penal em relação aos indivíduos que cometem tais infrações relaciona-se à competência com base no princípio da proteção, tendo em conta os interesses, muitas vezes financeiros ou de segurança do próprio Estado, envolvidos nestes casos.

Os crimes internacionais, por sua vez, têm seu impacto para além da relação interestatal. Eles tipificam proibições a condutas que atentam contra os valores da comunidade internacional como um todo e constituem graves violações das normas de direito internacional dos direitos humanos. Tais características são um dos fundamentos para que

²³² Para distinguir direito penal internacional e direito internacional penal, recorreremos a Perrone-Moisés: *Definindo-se o direito penal internacional como o sistema de regras relativas à validade espacial do direito penal interno, entende-se que este tem por objetivo determinar a norma aplicável à ação que contém um elemento estrangeiro. (...) O direito internacional penal, a seu turno, pode ser definido como o corpo de regras destinadas a definir os crimes internacionais e impor, aos Estados, determinadas obrigações em relação a tais condutas. Poderíamos também entender que são os aspectos penais do direito internacional público que seriam regulados por este ramo.* PERRONE-MOISÉS, *op. cit.*, 2009, p. 5.

²³³ Tais crimes foram apontados pelos Estados em relatório da Organização das Nações Unidas. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/65/181, p. 28 a 32.

a persecução penal dos indivíduos suspeitos de tais atos seja possível inclusive por meio da competência repressiva universal.

Quando, no cenário internacional, ocorre um crime transnacional, há um ilícito, mas não se vislumbra um movimento que ameace a ordem internacional. Ao contrário, para os crimes internacionais, este impacto está sempre presente. Um genocídio, independente de onde ele ocorra, de quem tenha sido vítima e de quem tenha sido o agressor, é uma afronta tão grande que a comunidade internacional tem sérias dificuldades para compreendê-lo. Seus impactos têm a peculiaridade de, diferentemente de crimes comuns, ultrapassarem os limites conhecidos. Como interpreta Garapon²³⁴, um crime contra a humanidade detém a história, interrompe o tempo, suspende o destino de um povo e torna inoperante qualquer justificação histórica. Verifica-se que as semelhanças entre os crimes transnacionais e os crimes internacionais são poucas, e muitas vezes podem ser reduzidas ao fato de ambos terem impactos para além das fronteiras de apenas um território nacional.

O problema da distinção entre crimes transnacionais e crimes internacionais apresentada acima é saber em que categoria podemos colocar a pirataria, as práticas relacionadas à escravidão, os ataques a aeronaves e embarcações, o terrorismo²³⁵ e até mesmo os grandes atentados contra o meio ambiente. Garapon interpreta estes crimes como crimes do direito internacional clássico, que assim são classificados em virtude de serem infrações cometidas em zonas em que há o contato ou o conflito entre duas ou mais soberanias²³⁶. Entendemos ser uma boa distinção, que nos levaria a identificar três tipos de crimes internacionais: os crimes transnacionais, os crimes internacionais do direito internacional clássico e os crimes internacionais de caráter híbrido²³⁷.

²³⁴ GARAPON, Antoine, *op. cit.*, p. 49.

²³⁵ Optamos por não tratar do crime de terrorismo e sua relação com a competência repressiva universal neste estudo por duas razões: a primeira diz respeito ao fato de que, apesar de existirem convenções que tratam do tema, ainda não existe uma definição geral universal para terrorismo (DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: CASSESE, Antonio e DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*, tradução de Silvio Antunha, São Paulo: Manole, 2004, p. 64); a segunda razão é porque, diante da ausência de uma definição precisa, não temos instrumentos para afirmar se o terrorismo constitui um crime internacional do direito internacional clássico ou como suspeitamos, ou se estamos tratando de um crime internacional contra os direitos humanos, em relação aos quais nos interessa saber se é possível o exercício da competência repressiva universal.

²³⁶ GARAPON, Antoine, *op. cit.*, p. 44.

²³⁷ GARAPON, Antoine, *op. cit.*, p. 44.

À primeira vista, não haveria diferença sensível entre a primeira e a segunda categorias ó crimes transnacionais e crimes internacionais do direito internacional clássico ó vez que ambas pressupõem infrações que colocam em contato ou em choque duas ou mais soberania estatais. A distinção estaria, a nosso ver, no contexto em que as infrações de cada categoria são cometidas.

Os crimes transnacionais atingem mais de uma soberania porque são atos ilícitos próprios de uma ordem internacional globalizada, em que organizações criminosas atuam e coordenam-se independentemente do local em que se encontram, formando redes criminosas sem nacionalidade que buscam os lucros de atos como tráfico de drogas e lavagem de dinheiro. A solução destes crimes depende das regras de coordenação entre diferentes soberanias, em matéria penal, e das normas de cooperação jurídica internacional que estão presentes no direito penal internacional.

Os crimes internacionais do direito internacional clássico são crimes que existem há séculos ó em sua maioria , sendo quase tão antigos quanto a própria ordem westphaliana e a cristalização do conceito de soberania estatal. O fato que os internacionaliza não é a globalização, mas sim o local em que são cometidos. Tais crimes ocorrem onde não há uma soberania definida capaz de impor seu ordenamento jurídico e sua função jurisdicional. Havendo o choque entre duas ou mais soberanias que não pode ser resolvido pelo poderio bélico ó uma vez que, juridicamente, as soberanias são iguais, independentemente de quão poderosos sejam os Estados ó, e sendo este choque irresolúvel, cabe ao direito internacional oferecer uma solução. Uma das soluções que o direito internacional possibilita é o exercício da competência repressiva universal, na forma em que foi reconhecida pela Corte Permanente de Justiça Internacional para o Caso Lotus²³⁸.

Uma vez estabelecida a distinção entre os crimes transnacionais e os crimes internacionais do direito internacional clássico, resta investigar se há distinção possível entre estes e aqueles denominados crimes internacionais de caráter híbrido. O adjetivo híbrido foi dado por Garapon para destacar o fato de que os crimes desta categoria dentre eles os crimes contra a humanidade e o genocídio ó abrangem tanto a esfera nacional quanto a esfera internacional. De fato, estes crimes não necessariamente ocorrem numa zona em que há choque entre duas soberanias estatais; eles são crimes cuja conduta pode

²³⁸ Ver nota 90.

estar restrita ao território nacional, mas seus efeitos e sua tipificação têm lugar na esfera internacional. Para os fins deste estudo, essa denominação ó crimes internacionais de caráter híbrido , embora correta, não nos auxilia na análise de quais crimes estão sujeitos à competência repressiva internacional. Neste sentido, propomos, para esta terceira categoria de crimes, a denominação crimes internacionais contra os direitos humanos, a fim de destacar a premissa deste trabalho que é verificar como o exercício da competência repressiva pode ser um mecanismo da justiça internacional penal para a proteção e promoção dos direitos humanos²³⁹. Encontram-se na categoria de crimes internacionais contra os direitos humanos os crimes do núcleo duro do direito internacional penal ó crimes de guerra, crime contra a humanidade, genocídio e crime de agressão ó e outros, como a tortura, o desaparecimento forçado de pessoas, o apartheid e o tráfico de pessoas para exploração sexual. Trata-se de uma lista não exaustiva, tendo em vista a necessidade de se deixar em aberto a possibilidade de que a competência repressiva universal possa ser reconhecida para o julgamento dos responsáveis por outros crimes internacionais que violam as normas de direitos humanos e que ainda não estejam tipificados.

Separamos os crimes internacionais nestas três categorias ó crimes transnacionais, crimes internacionais do direito internacional clássico e crimes internacionais contra os direitos humanos ó porque a distinção nos auxilia na análise do instituto da competência repressiva universal. Na doutrina e na prática dos Estados, encontramos crimes dessas três categorias como crimes sujeitos à competência repressiva universal. Admitir que os indivíduos suspeitos dos crimes de pirataria ou de lavagem de dinheiro, por exemplo, possam ser julgados por tribunais nacionais que exercem a competência repressiva universal não agrega argumentos à nossa tentativa de identificar neste instituto sua função de mecanismo de proteção e promoção dos direitos humanos. A aplicação da competência repressiva universal para este tipo de crime sequer é muito debatida, o que pode ser explicado pelo fato de os Estados não verem o exercício do instituto como uma ingerência

²³⁹ A distinção entre, de um lado, crimes transnacionais, crimes internacionais do direito internacional clássico e, de outro lado, crimes internacionais contra os direitos humanos também deve-se ao tipo de valor protegido por meio do julgamento dos acusados com base na competência repressiva universal. Conforme explica Debuf: *õIn the one case [que chamamos de crimes transnacionais ou crimes internacionais do direito internacional clássico], States act to defend a res communis, an interest shared by all States. Examples would be piracy, money laundering, drug-trafficking and international terrorism. In the other case [que denominamos crimes internacionais contra os direitos humanos], they act to uphold valores communis, values shared by the international community as a whole, the values of humanity. Examples here would be genocide, crimes against humanity, war crimes, torture and trade in children for the purpose of sexual exploitationö. DEBUF, Els Elisabeth, op. cit., p. 41.*

ou como uma afronta a sua soberania nos casos de crimes transnacionais ou de crimes internacionais do direito internacional clássico.

Estas duas categorias de crime que, para muitos Estados e segundo tratados, podem estar sujeitas à competência repressiva universal também não são muito debatidas, porque os indivíduos que cometem tais infrações não costumam desempenhar altos cargos governamentais nem ter sua responsabilização penal excluída por meio de imunidades ou anistias. Tais categorias de crimes internacionais também não estão adstritas ao contexto de um conflito, nem, necessariamente, constituem violações de direitos humanos e tampouco ameaçam a ordem internacional ou os valores da comunidade internacional. Parece ser do interesse da maioria dos Estados que os crimes transnacionais e os crimes internacionais do direito internacional clássico sejam analisados e que seus responsáveis sejam levados a juízo. Esse interesse infelizmente não está sempre presente quando tratamos do exercício da competência repressiva universal para os crimes internacionais contra os direitos humanos. O exercício da competência repressiva universal em relação aos crimes internacionais contra os direitos humanos, como vimos, enfrenta grandes objeções, de modo que muitos Estados relutam em efetivamente apoiar seus tribunais para que apliquem o instituto²⁴⁰.

Cabe ressaltar que a categorização acima proposta para os crimes internacionais ó crimes transnacionais, crimes internacionais do direito internacional clássico e crimes internacionais contra os direitos humanos ó não é usada por toda a doutrina internacionalista. Hall, por exemplo, apresenta outra forma de agrupar as diferentes condutas que podem ensejar a competência repressiva universal. Para ele, reconhece-se a competência repressiva universal para os crimes do direito internacional (que são os crimes definidos pelos costumes internacionais, como crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, tortura, execuções extrajudiciais, e desaparecimentos); para os crimes comuns do ordenamento interno que despertam interesse internacional (geralmente são crimes identificados em tratados, como sequestro de aeronaves, ataques contra aeronaves e pessoal diplomático, roubo de material nuclear e tráfico de drogas) e crimes

²⁴⁰ De acordo com Kontorovich: *õGiven the number of jus cogens norms and offenders, the paucity of prosecutions, national or international, shows that states do not consider themselves obligated to prosecute these offenses, and certainly not on a universal basis. That is, even without a formal amnesty in place, nonprosecution is the norm and prosecution the exception. Almost all nations pass up almost all opportunities to exercise universal jurisdictionõ*. KONTOROVICH, Eugene, *op. cit.*, 2008, p. 415.

comuns aos ordenamentos nacionais (como assassinato, sequestro e estupro)²⁴¹. Esta distinção também não serve ao propósito de identificar como o exercício da competência repressiva universal pelos tribunais nacionais pode servir à proteção dos direitos humanos, uma vez que a distinção entre os crimes foi elaborada conforme suas fontes ó direito internacional ou direito interno ó e não conforme o bem violado pelo cometimento do ato ilícito.

Passaremos à análise de quais crimes internacionais contra os direitos humanos ensejam o exercício da competência repressiva universal.

I. vii. b. *Ratione materiae* da competência repressiva universal

Dentre as inúmeras possibilidades que a doutrina oferece para determinar quais crimes estão sujeitos à competência repressiva universal, Brown tenta sistematizar as três principais posições. Em primeiro lugar, há os que defendem que os crimes tipificados no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional ó crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio e crime de agressão ó são também aqueles sobre os quais é possível a um Estado exercer a competência repressiva universal. Em segundo lugar, há uma corrente que defende que os crimes sujeitos à competência repressiva universal incluem aqueles do núcleo duro do direito internacional penal e alguns outros. Em terceiro lugar, pode-se identificar um grupo que restringe a aplicação da competência repressiva universal à pirataria, ao genocídio e, talvez, à tortura²⁴². Para os fins deste estudo, defendemos uma ideia mais próxima da segunda posição, com base no direito internacional penal positivo, na prática dos Estados e nos costumes.

A maioria da doutrina internacionalista e os tratados²⁴³ admitem a possibilidade do exercício da competência repressiva universal no caso da **pirataria**. Este crime teria

²⁴¹ HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 48.

²⁴² BROWN, Bartram S., *op. cit.*, p. 384.

²⁴³ *Artigo 105 - Apresamento de um navio ou aeronave pirata. Todo Estado pode apresar, no alto mar ou em qualquer outro lugar não submetido à jurisdição de qualquer Estado, um navio ou aeronave pirata, ou um navio ou aeronave capturados por atos de pirataria e em poder dos piratas e prender as pessoas e apreender os bens que se encontrem a bordo desse navio ou dessa aeronave. Os tribunais do Estado que efetuou o apresamento podem decidir as penas a aplicar e as medidas a tomar no que se refere aos navios, às aeronaves ou aos bens sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé.* Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982. Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995.

originado o próprio instituto²⁴⁴. Atualmente, já é possível encontrar quem conteste os dois aspectos. Segundo Goodwin, talvez o genocídio e a tortura, devido à extrema crueldade destes crimes, tenham razões para atrair o uso da competência repressiva universal; razões que não mais existem no caso do crime de pirataria que, devido a sua definição ambígua, pode causar insegurança quanto à flexibilidade da interpretação sobre quem é pirata e sobre o que é pirataria²⁴⁵.

Stern identifica nos crimes que hoje ensejam a competência repressiva universal características diferentes daquelas presentes no crime da pirataria. Para a autora, foi o desenvolvimento da solidariedade internacional e a comunhão de valores pela comunidade internacional que levou o direito internacional a reconhecer, de forma mais ampla, as matérias que ensejam a competência repressiva universal. Como pode ser visto no caso de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e outras graves violações de direitos humanos²⁴⁶. Ou seja, entre o reconhecimento da competência repressiva universal para os crimes do direito internacional clássico, como a pirataria e o tráfico de escravos em alto-mar, e o seu reconhecimento atual em relação aos crimes internacionais contra os direitos humanos, houve uma mudança de fundamentos no direito internacional. Em relação àqueles o exercício da competência repressiva universal era possível porque a ordem do direito internacional clássico precisava regular os conflitos entre soberanias que decorriam da pirataria e do tráfico de escravos. Aos crimes internacionais contra os direitos humanos, a competência repressiva universal pode ser admitida porque a comunidade internacional vale-se dela como um mecanismo para promover seus valores mais fundamentais, os direitos humanos. Embora o crime de pirataria, de acordo com os costumes e as normas positivas do direito internacional, esteja sujeito à competência repressiva universal, não acreditamos que isto demonstre que o instituto pode ser um dos mecanismos da justiça

²⁴⁴ Sobre a pirataria e a competência repressiva universal, ver Bassiouni: *õPiracy is deemed the basis of universal criminal jurisdiction for ius cogens international crimes, but that was not always the case. (í) Positive international law in the twentieth century has clearly established universal jurisdiction for piracy; õPiracy has been widely recognized in customary international law as the international crime par excellence to which universality applies; e õuniversal jurisdiction for the crime of piracy is firmly established in positive international law. BASSIOUNI, M. Cherif, op. cit., 2006, p. 47, 48 e 49, respectivamente.*

Também segundo Llopis: *õLe premier cas où la compétence universelle a été admise par le droit international est celui de la piraterie. LLOPIS, Ana Peyró, op. cit., p. 34.*

De acordo com Stern: *õTraditionally, the interest shared by all states were those concerning the high seas, res communis, in which all had an interest. It is well known that the first offence which gave rise to universal jurisdiction was piracy on the high seas. STERN, Brigitte, op. cit., 1997, p. 177.*

²⁴⁵ GOODWIN, Joshua Michael, *op. cit.*, p. 1003.

²⁴⁶ STERN, Brigitte, *op. cit.*, 1997, p. 177.

internacional penal para a promoção dos direitos humanos, vez que a pirataria não constitui *a priori* uma violação aos valores fundamentais da comunidade internacional²⁴⁷.

Para continuarmos tratando de crimes historicamente mais consolidados em relação ao exercício da competência repressiva universal, analisaremos a questão da **escravidão** e das práticas relativas à escravidão, como o **tráfico de pessoas**. O segundo crime, depois da pirataria é o crime internacional do direito internacional clássico, frise-se o para o qual, historicamente, é reconhecido o exercício da competência repressiva universal é a escravidão ou as práticas a ela relacionadas. A possibilidade de se combater a escravidão decorre da proibição do tráfico de escravos. Tratava-se de crime que, como a pirataria, ocorria em alto-mar e, como tal, implicava a ausência da jurisdição de uma determinada soberania sobre a infração. O interesse no combate à pirataria e ao tráfico de escravos não residia no fato de estas condutas violarem os direitos humanos, mas no fato de turbarem a ordem internacional e de ocorrerem em espaços não estatais. Segundo Bassiouni, algumas normas do direito internacional reconhecem a possibilidade do exercício da competência repressiva universal em relação ao tráfico de escravos em alto-mar²⁴⁸.

Hoje, o tráfico de pessoas constitui, geralmente, o tráfico de mulheres e crianças para fins de exploração sexual e envolve diversas condutas que implicam graves violações de direitos humanos. Tais práticas infelizmente continuam em expansão no cenário internacional e ainda não foram objeto de tratado ou convenção específica. Na ausência do direito internacional positivo, a doutrina tem dado apoio à ideia de que a competência repressiva universal deveria ser reconhecida como mecanismo para o julgamento dos responsáveis por este tipo de violação dos direitos humanos²⁴⁹.

Em relação aos crimes internacionais de direitos humanos, especificamente, versaremos sobre os **crimes de guerra**, que podem ser considerados os primeiros crimes desta categoria a serem tipificados. O chamado direito internacional humanitário tem

²⁴⁷ De acordo com Kontorovich, *õIndeed, piracy was not regarded in the earlier centuries as being an egregiously heinous crime, at least not in the way that most human rights offenses are heinous. Thus piracy could not have become universally cognizable as a result of its perceived heinousness*. KONTOROVICH, Eugene, *op. cit.*, 2004, p. 186.

Conforme Debuf: *õCommitted mainly against merchant ships on the High Seas where no State has territorial jurisdiction, piracy disrupts trade and commercial navigation. The capture, prosecution and punishment of pirates are therefore in the interest of all States: a res communis*. DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 40.

²⁴⁸ BASSIOUNI, M. Cherif, *op. cit.*, 2006, p. 49.

²⁴⁹ Sobre o tráfico internacional de mulheres e crianças e a possibilidade do exercício da competência repressiva universal, ver: BASSIOUNI, M. Cherif, *op. cit.*, 2006, p. 50.

normas positivadas há mais de um século, o que torna os crimes de guerra o tipo de definição mais elaborada dentre os crimes internacionais contra os direitos humanos²⁵⁰, como demonstram as Convenções da Haia de 1899 e 1907, as Convenções de Genebra de 1949 e os Protocolos Adicionais de 1977 e o artigo 8º do Estatuto de Roma.

Em relação ao fato de estas convenções e tratados preverem a competência repressiva universal em relação aos crimes de guerra, a doutrina mostra-se bastante dissonante. Bassiouni alega que nenhum dos textos internacionais que trata do direito internacional humanitário contém previsão específica a respeito da competência repressiva universal e que a sujeição dos crimes de guerra ao instituto é impulsionada pelas interpretações que acadêmicos tecem sobre as Convenções de Genebra de 1949 que, segundo o autor, fornecem bases para o princípio da universalidade²⁵¹. Inazumi, por sua vez, entende que as Convenções de Genebra de 1949 não apenas preveem a competência repressiva universal em relação aos crimes de guerra, mas apenas às graves violações e não aos crimes de guerra em geral, como também obrigam os Estados-parte a exercê-la; além disso, defende que o texto normativo confere caráter primordial, e não suplementar, ao instituto, ao preterir a extradição e conceder preferência aos julgamentos²⁵². A análise do texto legal²⁵³, embora não traga explicitamente o termo competência repressiva universal, permite concluir que há a obrigação de o Estado procurar e julgar em seus próprios tribunais as pessoas acusadas de graves violações às convenções, de modo que a interpretação de Inazumi parece a mais correta.

Em relação aos crimes de guerra, há, ainda, outro debate: se a competência repressiva universal aplica-se somente em casos de crimes de guerra cometidos no contexto de conflitos armados internacionais ou se essa interpretação também pode ser estendida aos crimes de guerra cometidos no contexto de conflitos armados internos. A questão é relevante uma vez que, atualmente, as mais graves violações de direitos humanos

²⁵⁰ *Of all the international crime categories, war crimes are the most elaborately defined and regulated in law.* BASSIOUNI, M. Cherif, *op. cit.*, 2006, p. 50.

²⁵¹ BASSIOUNI, M. Cherif, *op. cit.*, 2006, p. 51.

²⁵² INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 59.

²⁵³ *Cada Parte contratante terá a obrigação de procurar as pessoas acusadas de terem cometido, ou de terem dado ordem para se cometer, alguma dessas infrações graves, e deverá remetê-las aos seus próprios tribunais, qualquer que seja a nacionalidade dessas pessoas. Se assim o preferir e consoante as condições previstas pela sua própria legislação, poderá remetê-las, para julgamento, a uma outra Parte contratante interessada na causa, desde que esta Parte contratante possua elementos de acusação suficientes contra as referidas pessoas.* Ver: artigo 49, artigo 50, artigo 129 e artigo 146, comuns às Convenções de Genebra I, II, III e IV, respectivamente. Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957.

costumam ocorrer por ocasião de guerras civis e não de guerras entre Estados. De certa forma, em conflitos internos ou internacionais, as violações de direitos humanos são as mesmas, elas têm igual gravidade e atentam em igual medida contra a dignidade humana dos indivíduos e contra a sociedade em geral²⁵⁴. De acordo com Scharf²⁵⁵, a segunda hipótese não encontra respaldo no costume internacional. Esta visão não é unânime. Debuf discorda ao afirmar que há, sim, um costume internacional que autoriza os Estados a exercerem a competência repressiva universal em relação às pessoas acusadas de crimes de guerra cometidos durante conflitos internos e que uma evidência do costume pode ser encontrada na opinião de juízes da Corte Internacional de Justiça, de órgãos das Nações Unidas, de acadêmicos e de organizações internacionais e não-governamentais que se manifestam a favor da competência repressiva universal nestes casos e, inclusive, recomendam que os Estados exerçam a competência repressiva universal para julgar acusados de crimes de guerra em conflitos internos como meio de impedir a impunidade²⁵⁶.

Para continuar a análise da competência repressiva universal quanto ao seu aspecto *ratione materiae*, verificaremos como o instituto comporta-se em relação a outro crime do núcleo duro do direito internacional penal, os **crimes contra a humanidade**. Este tipo, definido no Estatuto de Roma²⁵⁷, não foi objeto de convenção ou tratado específico, de modo que não se pode afirmar que o direito internacional penal positivo estabeleça a obrigação ou a faculdade do exercício da competência repressiva universal nos julgamentos dos acusados do cometimento de crimes contra a humanidade²⁵⁸.

Em relação às outras fontes do direito internacional, Llopis afirma que o costume internacional também não traz a previsão da competência repressiva universal em relação aos crimes contra a humanidade, mas entende, entretanto, que a prática de alguns Estados e

²⁵⁴ *“However, putting politics and pure national interests aside, it is difficult to see why the same atrocious act would constitute a war crime when committed in an international armed conflict but not qualify as such when committed in an internal armed conflict”*. DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 32.

²⁵⁵ SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 342.

²⁵⁶ DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 94.

Esta mesma opinião é compartilhada pela International Law Association que reconhece ser obrigatório o exercício da competência repressiva universal em relação aos acusados de crimes de guerra em conflitos armados internacionais e que, em relação aos crimes de guerra cometidos durante conflitos armados internos, há crescente apoio à interpretação de que a ausência da previsão da competência repressiva universal deve ser revista. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 6.

²⁵⁷ Artigo 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

²⁵⁸ Bassiouni também apresenta a mesma interpretação: *“there is no specialized convention for crimes against humanity. As a result, one cannot say that there is conventional law providing for universal jurisdiction for crimes against humanity”*. BASSIOUNI, M. Cherif, *op. cit.*, p. 52.

de algumas instâncias internacionais não pode ser negligenciada, de modo que se pode identificar uma tendência à formação desta regra costumeira²⁵⁹. Para a maior parte da doutrina, entretanto, o costume internacional que estabelece a possibilidade do exercício da competência repressiva universal para julgar acusados de crimes contra a humanidade já está consolidado²⁶⁰. Robertson alega que os crimes contra a humanidade atraem a competência repressiva universal, mesmo na ausência de tratados ou convenções que o determinem, devido não à gravidade do crime ou à analogia com o pirata ou o traficante de escravos, mas sim em virtude do fato de crimes contra a humanidade constituírem uma brutalidade imperdoável, ordenada por um governo²⁶¹.

Na esteira dos crimes internacionais contra os direitos humanos que constituem o núcleo duro do direito internacional penal, há também o **genocídio**. O artigo 6º da Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio estabelece explicitamente que os acusados de tais crimes deverão ser julgados pelos tribunais competentes do Estado onde o crime ocorreu ou por tribunal internacional competente²⁶². Não há, no direito internacional penal positivo, norma que estabeleça a obrigação ou a faculdade de os Estados exercerem a competência repressiva universal para julgar acusados do crime de genocídio.

A doutrina entende, entretanto, que as normas do costume internacional permitem o exercício da competência repressiva universal neste caso²⁶³. Para Bassiouni, a insistência da doutrina de que este costume existe não exclui o fato de a prática dos Estados ignorar a interpretação de que o costume autorizaria a competência repressiva universal para casos de genocídio²⁶⁴. Robertson, por sua vez, com base no caso Eichmann, julgado em Israel, no caso Demjarkuk, julgado nos Estados Unidos, e no caso Pinochet, analisado pela Câmara dos Lordes alega o contrário ao afirmar que a prática dos tribunais e, por consequência dos Estados onde estes tribunais se localizam, mostram que a competência

²⁵⁹ *il n'existe pas actuellement une coutume internationale qui reconnaisse la compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*. LLOPIS, Ana Peyró, *op. cit.*, p. 127.

²⁶⁰ A esse respeito ver: SCHARF, Michael P., *op. cit.*, p. 360; INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *op. cit.*, p. 5; DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 45; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 5; e PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, p. 66.

²⁶¹ ROBERTSON, Geoffrey, *op. cit.*, p. 241.

²⁶² CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO, Artigo 6º, Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952.

²⁶³ PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, p. 66; DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 45; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 5.

²⁶⁴ BASSIOUNI, M. Cherif, *op. cit.*, p. 54.

repressiva universal pode ser exercida em casos de genocídio²⁶⁵. Há quem justifique o exercício da competência repressiva universal em relação aos acusados de genocídio, com base no fato de este crime ser uma espécie de crime contra a humanidade; logo, se, de acordo com o costume internacional, para o gênero o instituto aplica-se, ele também aplicar-se-ia à espécie, no caso, ao genocídio²⁶⁶.

No caso da **tortura** que, embora não pertença ao núcleo duro do direito internacional penal, é um crime internacional contra os direitos humanos a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, em seu artigo 5º (2)²⁶⁷, prevê a obrigação *aut dedere aut judicare* e, em relação à parte que corresponde ao *aut judicare*, estabelece a competência repressiva universal condicionada à presença do acusado no território do Estado que deverá julgá-lo. Ou seja, para o crime de tortura, de acordo com o direito internacional penal positivo, há clara obrigação do Estado de exercer a competência repressiva universal para julgar o acusado.

Há ainda outro crime internacional contra os direitos humanos cuja convenção específica que o regulamenta traz a previsão do exercício da competência repressiva universal. Trata-se do crime de **apartheid**. Os artigos IV e V da Convenção internacional sobre a supressão e punição do crime de apartheid²⁶⁸ estabelecem a sujeição dos acusados

²⁶⁵ ROBERTSON, Geoffrey, *op. cit.*, p. 230.

²⁶⁶ INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *op. cit.*, p. 5.

²⁶⁷ *Artigo 5º. 1. Cada Estado Membro tomará as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes previstos no "artigo 4º", nos seguintes casos: a) Quando os crimes tenham sido cometidos em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de navio ou aeronave registrada no Estado em questão. b) Quando o suposto autor for nacional do Estado em questão. c) Quando a vítima for nacional do Estado em questão e este o considerar apropriado. 2. Cada Estado Membro tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes, nos casos em que o suposto autor se encontre em qualquer território sob sua jurisdição e o Estado não o extradite, de acordo com o "artigo 8º", para qualquer dos Estados mencionados no "1 do presente artigo". CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES, Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.*

²⁶⁸ *Article IV The States Parties to the present Convention undertake: (a) To adopt any legislative or other measures necessary to suppress as well as to prevent any encouragement of the crime of apartheid and similar segregationist policies or their manifestations and to punish persons guilty of that crime; (b) To adopt legislative, judicial and administrative measures to prosecute, bring to trial and punish in accordance with their jurisdiction persons responsible for, or accused of, the acts defined in article II of the present Convention, whether or not such persons reside in the territory of the State in which the acts are committed or are nationals of that State or of some other State or are stateless persons. Article V Persons charged with the acts enumerated in article II of the present Convention may be tried by a competent tribunal of any State Party to the Convention which may acquire jurisdiction over the person of the accused or by an international penal tribunal having jurisdiction with respect to those States Parties which shall have accepted its jurisdiction.* INTERNATIONAL CONVENTION ON THE SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF APARTHEID, Disponível online: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3c00.pdf>.

do crime de apartheid à competência repressiva universal, que, neste caso, não requer a presença do acusado no território do Estado que pretende julgá-lo.

Quanto ao crime de **desaparecimento forçado de pessoas**, o texto que o regulamenta também traz a previsão do exercício da competência repressiva universal para os acusados deste tipo de crime que também é um crime internacional contra os direitos humanos. Além de o artigo IV da Convenção interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas estabelecer a obrigação do exercício da competência repressiva universal, o artigo IX²⁶⁹ deixa claro que nenhum acusado poderá ser julgado em tribunal militar, e que não poderá alegar a imunidade como forma de exclusão da responsabilização penal. O artigo 11.1, da convenção internacional das Nações Unidas sobre o mesmo crime²⁷⁰ também prevê o exercício da competência repressiva universal para o julgamento dos acusados do crime de desaparecimento forçado de pessoas.

Trataremos, por fim, do **crime de agressão**, também denominado crime contra a paz, e sua relação com a competência repressiva universal. Apesar de este tipo estar previsto no Estatuto de Roma²⁷¹ e poder ser considerado parte do núcleo duro do direito internacional penal, não havia, na versão original do texto normativo, disposição que o

²⁶⁹ Artigo IV. *Os atos constitutivos do desaparecimento forçado de pessoas serão considerados delitos em qualquer Estado Parte. Em consequência, cada Estado Parte adotará as medidas para estabelecer sua jurisdição sobre a causa nos seguintes casos: a) quando o desaparecimento forçado de pessoas ou qualquer de seus atos constitutivos tiverem sido perpetrados no âmbito de sua jurisdição; b) quando o acusado for nacional desse Estado; c) quando a vítima for nacional desse Estado e este o considerar apropriado. Todo Estado Parte tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o delito descrito nesta Convenção, quando o suspeito se encontrar no seu território e o Estado não o extraditar. Esta Convenção não faculta um Estado Parte a empreender no território de outro Estado Parte o exercício da jurisdição nem o desempenho das funções reservadas exclusivamente às autoridades da outra Parte por sua legislação interna.* Artigo IX. *Os suspeitos dos atos constitutivos do delito do desaparecimento forçado de pessoas só poderão ser julgados pelas jurisdições de direito comum competentes, em cada Estado, com exclusão de qualquer outra jurisdição especial, particularmente a militar. Os atos constitutivos do desaparecimento forçado não poderão ser considerados como cometidos no exercício das funções militares. Não serão admitidos privilégios, imunidades nem dispensas especiais nesses processos, sem prejuízo das disposições que figuram na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.* CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS. Disponível online: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-60.htm>>

²⁷⁰ Article 11. 1. *The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed an offence of enforced disappearance is found shall, if it does not extradite that person or surrender him or her to another State in accordance with its international obligations or surrender him or her to an international criminal tribunal whose jurisdiction it has recognized, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.* ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE PROTECTION OF ALL PERSONS FROM ENFORCED DISAPPEARANCE. Disponível online: <<http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm>>

²⁷¹ Artigo 5º, §1, alínea d do ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

definissem²⁷². Em 11 de junho de 2010, ao final da Conferência de Revisão do Estatuto de Roma em Campala, Uganda, foi anunciada uma definição²⁷³ para o termo crime de agressão. A alteração do texto do tratado entrará em vigor um ano após 30 Estados concordarem com o novo texto.

As discussões sobre este crime concentraram-se em quatro pontos principais: (i) os diferentes meios do Tribunal Penal Internacional para iniciar uma investigação sobre o crime de agressão; (ii) a *ratione temporis* para que o crime pudesse ser analisado pelo Tribunal; (iii) o papel do Conselho de Segurança e (v) a definição do crime²⁷⁴. O resultado final da conferência foi avaliado positivamente pelo Secretário-Geral das Nações Unidas²⁷⁵, como um avanço no sentido do combate à impunidade e de uma era de responsabilização. Apesar do avanço representado pela definição do crime de agressão, o tema não é objeto de outro tratado ou convenção, tampouco a prática dos Estados está consolidada, bem como as manifestações da doutrina ainda são exíguas, de modo que não há como concluir se o crime de agressão ou o crime contra a paz pode ensejar o exercício da competência repressiva universal.

Em relação ao aspecto *ratione materiae* da competência repressiva universal, a análise acima pode ser esquematizada na tabela abaixo. Na primeira coluna à esquerda foram listados os crimes acima analisados, divididos em duas categorias: crimes internacionais do direito internacional clássico e crimes internacionais contra os direitos humanos. Nas colunas seguintes, buscou-se identificar, para cada crime, o que dizem as principais fontes do direito internacional. A pergunta feita às fontes foi: qual a posição da fonte ó tratado, costume, jurisprudência e doutrina ó sobre o exercício da competência repressiva universal para este determinado crime internacional? As respostas possíveis foram: obriga (caso a fonte explicita a obrigação do Estado de exercer a competência repressiva universal para o crime em apreço); aceita (quando se entende que a fonte

²⁷² Artigo 5º, §2, do ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

²⁷³ Crime de agressão: "planejamento, preparação, iniciação ou execução, por uma pessoa numa posição de exercício de controlo ou direcção da acção política ou militar de um estado, de um acto de agressão que pelo seu carácter, gravidade ou escala constitui uma manifesta violação da Carta das Nações Unidas". RÁDIO DAS NAÇÕES UNIDAS. TPI define crime de agressão. Disponível online: < <http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/detail/181331.html>>.

²⁷⁴ SCHEFFER, David. "States parties approve new crimes for international criminal court". In: *ASIL Insights*, vol. 14, n. 16, 2010. Disponível online: < <http://www.asil.org/insights100622.cfm>>.

²⁷⁵ SECRETARY-GENERAL. *Secretary-General Welcomes Outcome of First Review Conference of International Criminal Court, Historic Agreement on Definition of Crime of Aggression*. SG/SM/12959. Disponível online: < <http://www.un.org/News/Press/docs/2010/sgsm12959.doc.htm>>.

permite o exercício da competência repressiva universal para o crime em apreço); não há (quando a fonte não existe); não prevê (quando a fonte existe, mas não trata do tema); diverge (quando não há uma resposta possível ou majoritária para a pergunta formulada); maioria aceita (quando a análise das fontes revela uma posição majoritária no sentido de que o exercício da competência repressiva universal é possível para o crime); tende a aceitar (quando o posicionamento da fonte não está claro, mas é possível verificar uma tendência no sentido de aceitação do exercício da competência repressiva universal para determinado crime); e ò ö (quando não houve contato com a fonte ou quando a análise da fonte não fornece uma resposta clara).

CRIMES DO DIREITO INTERNACIONAL CLÁSSICO				
Tipos de Crimes	Tratado	Costume	Jurisprudência	Doutrina
Pirataria	aceita	aceita		diverge
Tráfico de escravos em alto mar	aceita	aceita		diverge
CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS				
Tipos de Crimes	Tratado	Costume	Jurisprudência	Doutrina
Crimes de guerra	obriga	aceita	aceita	aceita
Crimes contra a humanidade	não há	aceita	aceita	maioria aceita
Genocídio	não prevê	aceita	aceita	maioria aceita
Tortura	obriga	aceita	aceita	maioria aceita
Apartheid	obriga	aceita		
Desaparecimento forçado	obriga	aceita		maioria aceita
Crime de agressão	não há			
Tráfico de pessoas	não há	tende a aceitar		tende a aceitar

I. viii. A competência repressiva universal e sua relação com o arcabouço operacional da justiça internacional penal

A criação do Tribunal Penal Internacional²⁷⁶, após longas negociações internacionais sobre o texto do Estatuto de Roma, pareceu oferecer uma espécie de justiça internacional penal centralizada, que seria considerada uma alternativa satisfatória ao fato de a comunidade internacional não dispor de um terceiro²⁷⁷, com poder coercitivo. Infelizmente, o Tribunal Penal Internacional, apesar de ser um grande avanço na institucionalização da justiça internacional penal, não substitui a necessidade de um terceiro. Se este fosse o caso, os Estados não estariam envidando esforços para exercerem a competência repressiva internacional. O instituto, mesmo com a criação do Tribunal Penal Internacional, continua sendo exercido pelos Estados e discutido pelos internacionalistas²⁷⁸. Deste modo, resta esclarecer como ele se relaciona com os demais órgãos que compõem o arcabouço da justiça internacional penal²⁷⁹.

Conforme assinalamos anteriormente, o arcabouço da justiça internacional penal é composto de cinco esferas: (i) a institucional jurídica ou política; (ii) a regional; (iii) a específica; (iv) a nacional; e (v) a universal. As partes que compõem a rede de implementação dos direitos humanos formam um conjunto complexo, que inclui tanto a possibilidade da responsabilização penal individual dos agressores (itens i, iii, iv e v), quanto a dos Estados (item ii), bem como o chamado poder de embaraço internacional (parte política do item i). A intenção em agrupar estes elementos é mostrar como a comunidade internacional dispõe de instrumentos capazes de, articulados ou sobrepostos, contribuir para a promoção e a proteção dos direitos humanos.

Devido às limitações de cada uma das esferas, ainda não é possível vislumbrar o alcance universal da justiça internacional penal que visa à implementação dos valores da comunidade internacional. Tampouco pode-se abrir mão de qualquer um dos elementos que compõem seu arcabouço. Passaremos à verificação de como a competência repressiva universal compatibiliza-se com as demais esferas da justiça internacional penal.

²⁷⁶ Tribunal Penal Internacional ou somente o Tribunal neste estudo.

²⁷⁷ Sobre o terceiro ausente na comunidade internacional ver item I. i.

²⁷⁸ De acordo com Marks: *“The importance of universal jurisdiction has not been diminished by the launch of the International Criminal Court”*. MARKS, Jonathan H, *op. cit.*, p. 448.

²⁷⁹ Ver Introdução.

A esfera regional, cujos maiores exemplos estão na Corte Europeia de Direitos Humanos e na Corte Interamericana de Direitos Humanos conduzem julgamentos em que denúncias de desrespeito aos direitos humanos decorrentes da ação ou da omissão do Estado são apresentadas por indivíduos ou por organizações ó na primeira Corte, de maneira direta, na segunda, por intermédio da análise da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se de julgamentos cujo escopo é verificar a responsabilidade do Estado por condutas que representem violações aos direitos humanos. A esfera regional configura-se como uma esfera da justiça internacional penal que não conflita com a competência repressiva universal, cujo exercício procura determinar a responsabilização de indivíduos que cometeram graves violações de direitos humanos. Embora nunca tenha ocorrido na prática, é possível, entretanto, que uma mesma violação seja analisada em um processo que corre nas cortes regionais contra um Estado, concomitantemente a uma análise da mesma violação por um tribunal nacional que exerce a competência repressiva universal em um processo contra um indivíduo.

A esfera internacional política, que compete ao Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, por meio de seus mecanismos específicos, não exerce função jurisdicional, e preocupa-se com violações de direitos humanos perpetradas pelos Estados. A análise dos fatos é conduzida por especialistas e não há uma responsabilização jurídica propriamente dita, mas sim recomendações ou até sanções políticas. Para Estados violadores de direitos humanos que não assinaram tratados e convenções que reconhecem tribunais internacionais ou cortes regionais, a esfera internacional política pode constituir um dos únicos meios de verificação das condutas ofensivas ao direito internacional penal e ao direito internacional dos direitos humanos. Como se pode observar, a esfera internacional política não conflita com os casos em que a competência repressiva universal é exercida, uma vez que aquela conduz análises políticas, cujo foco é a conduta estatal, e esta conduz análises jurídicas, cujo foco é a conduta individual.

As esferas nacional e universal, na prática, muito se aproximam. Ambas são exercidas pelos tribunais nacionais dos Estados que, por meio de seus processos, analisam a possibilidade de responsabilizar indivíduos por violações de direitos humanos. Apesar das semelhanças, estas duas esferas não se confundem devido às regras de competência. A primeira é exercida de acordo com as regras tradicionais de competência, como a territorialidade e a nacionalidade. A segunda é o objeto deste estudo e é exercida somente

quando a observância das regras anteriores não é possível e quando a violação de direitos humanos constitui um crime internacional contra os direitos humanos que enseja a competência repressiva universal. Pode-se contestar a inclusão da esfera nacional como um elemento que compõe o arcabouço da justiça internacional penal, mas entendemos que o direito internacional penal confere primazia aos órgãos estatais para a repressão das violações de direitos humanos, devido a sua maior efetividade, de modo que a inclusão dos tribunais nacionais exercendo suas competências regulares no arcabouço da justiça internacional penal é justificada. Vê-se o caráter paradoxal do direito internacional penal: se as normas que ele institui fossem cumpridas pelos Estados, a justiça internacional penal não teria função a desempenhar na proteção e promoção dos direitos humanos. Entretanto, tendo em conta o cenário de desrespeito a estas normas, a justiça internacional penal é chamada a atuar, em caráter complementar aos Estados.

Quanto à relação da competência repressiva universal com a esfera específica, a possibilidade de conflito é bastante reduzida e, na prática, ainda não foi verificada. A chamada esfera específica é aquela que compete aos tribunais internacionais, cuja criação se destina ao julgamento de indivíduos acusados por crimes internacionais de direitos humanos que tenham sido cometidos num contexto ó temporal e espacial ó determinado. Estes tribunais, como o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, ou mesmo os tribunais internacionalizados, têm sua competência determinada pelo conflito em que as violações de direitos humanos ocorreram, logo, são restritos, de acordo com os critérios *ratione loci* ou *ratione temporis*. A competência repressiva universal, que também se concentra no indivíduo, não sofre estas restrições. Acreditamos, no entanto, que embora não exista uma regra neste sentido, quando há possibilidade de que um caso seja analisado pelos tribunais internacionais específicos ou pelos tribunais estatais com base na competência repressiva universal, deve-se dar preferência àqueles, vez que há um esforço político e jurídico para reunir os julgamentos de condutas que ocorreram num mesmo contexto. Nestes casos, entendemos que a competência repressiva universal deve ser exercida em caráter subsidiário, apenas.

Deixamos por último a verificação da compatibilidade entre o Tribunal Penal Internacional e a competência repressiva universal. O Tribunal constitui a esfera institucional jurídica dentro do arcabouço da justiça internacional penal. Nunca foi interesse dos Estados que este Tribunal pudesse eliminar a possibilidade da competência

repressiva universal, como se pode depreender das próprias negociações que levaram a sua criação. Alguns Estados ó com a nítida intenção de reduzir o escopo do Tribunal Penal Internacional chegavam, inclusive, a alegar que, uma vez existindo a sujeição de determinados crimes internacionais à competência repressiva universal, não era necessário que eles constassem também do Estatuto de Roma, porque consideravam estar sua repressão já assegurada pelo outro instituto²⁸⁰.

O Estatuto de Roma orienta a atuação do Tribunal Penal Internacional pelo princípio da complementaridade²⁸¹. Este princípio traduz-se na primazia conferida às jurisdições nacionais diante da ocorrência dos crimes definidos pelo Estatuto, de modo que o Tribunal só poderá atuar se os Estados não puderem ou não quiserem fazê-lo. Ou seja, os tribunais estatais continuarão julgando indivíduos acusados de crimes internacionais contra os direitos humanos, com base não só nos princípios da territorialidade, da nacionalidade e da proteção, mas também na competência repressiva universal.

A doutrina diverge quanto ao princípio da complementaridade: afinal, ele ajuda a consolidar o direito e a justiça internacionais penais ou não contribui para que o arcabouço se consolide? De um lado, Perrone-Moisés afirma que o princípio pode constituir meio hábil para que os Estados ó entes cujo poder coercitivo e o aparato institucional centralizado permitem a direta promoção e proteção dos direitos humanos ó adensem suas legislações em relação ao direito internacional penal e aperfeiçoem seu aparato repressivo²⁸². De outro lado, Fernandes argumenta que o princípio da complementaridade impede, na prática, que o Tribunal Penal Internacional realize a meta estabelecida no Preâmbulo do Estatuto de Roma de *ógarantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacionalö*²⁸³. Para este autor, a complementaridade não é adequada à

²⁸⁰ *óMany governments, including those of key U.S. allies, argued during the ICC negotiations that the core crimes of genocide, war crimes and crimes against humanity were all subject to universal jurisdiction, obviating the need for any state to consent to their prosecution by the ICCö*. BROWN, Bartram S. *óThe evolving concept of universal jurisdictionö*. In: *New England Law Review*, vol 35, 2000-2001, p. 385.

²⁸¹ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002: Preâmbulo. *óSublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionaisö*; art. 1º: *óÉ criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal")*. *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 nacionaisö* e art. 17, que estabelece, de forma mais detalhada as circunstâncias que tornam os casos inadmissíveis perante o Tribunal.

²⁸² PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea*, in: *Política Externa*, v. 8, nº 4, 2000, p. 7.

²⁸³ FERNANDES, Jean Marcel. *La corte penal internacional: soberania versus justicia universal*, Buenos Aires: Zavalía, 2008, p. 181.

consecução dos objetivos a que o Tribunal se propõe, de modo que sua inserção no Estatuto é vista por seus defensores como a única saída possível de concertação diplomática para que o Tribunal fosse aceitável para a maioria dos países e para que não pusesse os soberanos em risco²⁸⁴ e as demais restrições em relação à competência do Tribunal demonstram a falta de vontade política dos Estados reunidos em Roma para construir um órgão que realmente pudesse promover a justiça e a paz²⁸⁵.

Para aqueles que pensavam que a criação do Tribunal Penal Internacional representaria o órgão mais forte do arcabouço da justiça internacional penal, a complementaridade veio para manter com os Estados este papel. Neste sentido, pode-se dizer que o princípio contribui para reforçar a importância da competência repressiva universal²⁸⁶, mas não auxilia na construção de uma rede centralizada para a proteção dos direitos humanos por meio da justiça internacional penal. A previsão do princípio da complementaridade no Estatuto de Roma reforça uma ideia recorrente no âmbito do direito internacional penal: se os Estados efetivamente cumprissem o que as normas do direito internacional penal determinam, não haveria a necessidade de instituições internacionais com competência para analisar as mesmas violações de direitos humanos que podem ser levadas aos tribunais nacionais. A meta do direito internacional penal seria não ter que existir.

Outro efeito que pode decorrer, indiretamente, do princípio da complementaridade, diz respeito à questão do imperialismo jurídico das grandes potências, devido a dois fatores. Em primeiro lugar, uma das maneiras de o Tribunal Internacional Penal exercer sua jurisdição é por meio de casos denunciados pelo Conselho de Segurança. Sabe-se dos inúmeros problemas de legitimidade e representatividade deste órgão, de modo que parece improvável que ele aprove a denúncia de um alto representante de algumas das potências

²⁸⁴ Deve-se observar que a necessidade de concertação diplomática em torno da diminuição do alcance da competência do Tribunal Penal Internacional não se deveu ao número de apoiadores da proposta e a maioria dos países era favorável a uma competência mais ampla e, mas sim à importância dos Estados que defendiam um escopo menor de atuação. De acordo com Cassese: *“Pelo menos 80% dos Estados que participavam da Conferência de Roma eram favoráveis a um sistema próximo da competência universal. A solução adotada, muito mais restritiva, é exigir, para que a Corte exerça sua competência, ou o consentimento do Estado do qual o acusado é nacional, ou o consentimento do Estado correspondente ao território em que o crime foi cometido”*. CASSESE, Antonio, *op. cit.*, 2004, p. 31.

²⁸⁵ FERNANDES, Jean Marcel, *op. cit.*, p. 165 e 185.

²⁸⁶ De acordo com Macedo: *“The existence of an International Criminal Court might seem to obviate the need for universal jurisdiction, but the opposite is true. The jurisdiction of the ICC is complementary to national courts”*. MACEDO, Stephen. *Introduction*. In: MACEDO, Stephen (org.). *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*. Filadelfia: Penn, 2006, p. 5.

ao Tribunal em virtude do cometimento de crimes internacionais contra os direitos humanos, de modo que restaria ao Tribunal Penal Internacional julgar nacionais de países pouco poderosos²⁸⁷.

Em segundo lugar, um dos critérios de admissibilidade está relacionado à incapacidade de um Estado conduzir um caso cujo crime em análise envolve uma grave violação de direitos humanos. A maioria dos Estados cujos tribunais não dispõem de aparato adequado para casos como este é composta de Estados pouco poderosos, enquanto a maioria dos Estados com legislação mais adequada ao exercício da competência repressiva universal é composta de grandes potências e potências médias. Ou seja, os Estados que não apresentam condições para conduzir um processo relativo a crimes internacionais contra os direitos humanos são os Estados menos poderosos. Mais uma vez cairíamos na situação de o Tribunal ter em seu banco dos réus acusados que são nacionais de ex-colônias. O princípio da complementaridade carrega em si o paradoxo de, ao mesmo tempo, concorrer para (i) que o Tribunal Penal Internacional torne-se uma corte onde apenas indivíduos de países menos poderosos enfrentam julgamentos e (ii) estimular todos os países a adequarem suas legislações ao direito internacional penal.

Devido ao princípio da complementaridade, o Tribunal Penal Internacional não desempenha o nem se propõe a desempenhar o papel de órgão central do arcabouço da justiça internacional penal ou da rede de implementação dos direitos humanos. Além da complementaridade, podemos apontar outros dois fatores que impedem, na prática, que o Tribunal concentre os julgamentos que analisam o cometimento de crimes internacionais contra os direitos humanos. O primeiro fator é a falta de meios ou recursos. Sabe-se que o Tribunal Penal Internacional não é uma instituição que disponha de recursos humanos e burocráticos suficientes para a análise de todos os casos que lhe são apresentados. Há números que comprovam que o Tribunal é muito acionado, entretanto tem dificuldades em levar adiante os casos: o Estatuto de Roma entrou em vigor em 1º de julho de 2002, até a data de 1º de fevereiro de 2006, foram recebidas 1732 denúncias de 103 países diferentes que relatavam a suposta ocorrência dos crimes sujeitos ao Tribunal em 139 países. Apenas em 3 destes casos foi aberta uma investigação formal de acordo com o artigo 53 do

²⁸⁷ FERNANDES, Jean Marcel, *op. cit.*, p. 144.

Estatuto²⁸⁸. O segundo fator que dificulta que o Tribunal Penal Internacional exerça um papel central no arcabouço da justiça internacional penal é a falta de força coercitiva própria do Tribunal: a instituição não dispõe de poder de polícia próprio que possa desempenhar as determinações do procurador. Neste sentido, os Estados estão melhor equipados, vez que os juízes nacionais que julgam casos de crimes internacionais contra os direitos humanos têm a sua disposição o aparato coercitivo estatal²⁸⁹.

Infelizmente, o Tribunal Penal Internacional ainda não desempenha o papel de órgão central da justiça internacional penal dentro do arcabouço que propusemos. O Tribunal, por ser um órgão construído a partir do interesse comum da maioria dos Estados do mundo e por ter um Estatuto próprio, apresenta vantagens em relação à competência repressiva universal no que diz respeito à segurança jurídica, à previsibilidade, e ao fato de ele já ter regulado o embate entre ordem e justiça. No entanto, embora estes aspectos demonstrem as vantagens do Tribunal, outras características desta instituição²⁹⁰ restringem sua atuação e tornam a competência repressiva universal indispensável na luta contra a impunidade e na necessidade de implementar os direitos humanos, de modo que o exercício da competência repressiva universal pelos tribunais estatais deve continuar, de forma complementar ao Tribunal.

De acordo com o exposto, depreende-se que a competência repressiva universal é uma das esferas da justiça internacional penal que não pode ser desconsiderada²⁹¹. Em virtude das regras de competência ou de atuação das demais esferas da justiça internacional

²⁸⁸ AMBOS, Kai. *Prosecuting international crimes at the national and international level: between justice and realpolitik*. In: KALECK, Wolfgang; RATNER, Michael; SINGELNSTEIN e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*, Nova York: Springer, 2007, p. 55.

²⁸⁹ CASSESE, Antonio, *op. cit.*, 2004, p. 23.

²⁹⁰ Em resumo, os aspectos do Tribunal Penal Internacional que o impedem de exercer plenamente o papel central de órgão da justiça internacional penal são: o princípio da complementaridade; as restrições de competência (*ratione loci*, *ratione temporis* e *ratione materiae*); a falta de ratificação do Estatuto de Roma por Estados importantes, como os Estados Unidos; o papel do Conselho de Segurança; as restrições às ações do procurador; e a falta de recursos.

²⁹¹ De acordo com Macedo: *National courts exercising universal jurisdiction have a vital role to play in bringing perpetrators of international crimes to justice: they form a part of the web of legal instruments which can and should be deployed to combat impunity*. MACEDO, Stephen. *Commentary*. In: MACEDO, Stephen (org.). *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*. Filadelfia: Penn, 2006, p. 35.

Conforme a Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, *le développement de la mise en œuvre de la compétence universelle est une nécessité absolue, car elle garantit que les responsables des atrocités les plus odieuses ne seront en sécurité nulle part*. FEDERATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME, *L'administration de la justice*. E/CN.4/Sub.2/2001/NGO/16. Disponível online: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/144/80/IMG/G0114480.pdf?OpenElement>>, p. 2.

penal ó institucional jurídica e política, regional, específica e nacional ó, é possível verificar que elas não cobrem todos os casos de crimes internacionais contra os direitos humanos. Alguns deles ficariam fora da rede de implementação dos direitos humanos, não fosse a possibilidade de se exercer a competência repressiva universal. Seja pelo julgamento dos indivíduos, dos Estados ou pelo poder de embaraço destas esferas, a complementação ou sobreposição entre elas, ainda que não regulada pelo direito internacional, possibilita a redução dos espaços de impunidade²⁹² e reforça o movimento de proteção e promoção dos direitos humanos. Neste sentido, a competência repressiva universal integra o arcabouço da justiça internacional penal como um mecanismo indispensável à proteção e à promoção dos direitos humanos.

²⁹² Em relação ao fato de a competência restrita do Tribunal Penal Internacional deixar vazios de impunidade: *õThe ICC will therefore only be able to exercise jurisdiction on the basis of the territoriality principle and the active personality principle. This is likely to leave a large gap that can only be filled through the exercise of universal jurisdiction by domestic courtsö*. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 10.

II. A COMPETÊNCIA REPRESSIVA UNIVERSAL NA JURISPRUDÊNCIA E NAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL PENAL

II. i. O exercício da competência repressiva universal pelos tribunais nacionais: os casos mais relevantes

A jurisprudência é reconhecidamente uma das fontes do direito internacional²⁹³. Sua importância para a análise da competência repressiva universal evidencia-se, quando notamos que este instituto foi tratado de variadas formas pelas legislações nacionais e por tratados e convenções²⁹⁴. As diferentes acepções e usos da competência repressiva universal exigem a análise dos casos mais relevantes em que ela foi exercida para que se possa visualizar, na prática, como o instituto tem se desenvolvido. Como ressaltado anteriormente, apesar de as graves violações de direitos humanos continuarem ocorrendo no cenário internacional, ainda é pequeno o número de casos em que um processo penal é conduzido com base na competência repressiva universal²⁹⁵, o que implica uma jurisprudência ainda em construção sobre o tema.

Inazumi divide o histórico do exercício da competência repressiva universal em quatro períodos principais. O primeiro período é o do direito internacional tradicional, em que a competência repressiva universal foi exercida, principalmente, com relação aos crimes de pirataria e de tráfico de escravos cuja característica em comum reside no fato de ambos ocorrerem em alto-mar, área não coberta pela soberania dos Estados. O segundo período identificado pela autora, que se estende de 1945 à década de 1960, compreende os casos em que foram julgados crimes internacionais contra os direitos humanos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial²⁹⁶; este período também inclui o caso Eichmann²⁹⁷, a

²⁹³ Ver artigo 38, alínea d, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945.

²⁹⁴ A amplitude dos conceitos do direito internacional penal confere relevância à jurisprudência sobre o tema como fonte para esclarecer o conteúdo das normas. Neste sentido, segundo Cassese: *“The relative indeterminacy and malleability of international criminal rules heightens the significance of the role of national and international courts. (1) Courts play an indispensable role in ascertaining the existence and content of customary rules, interpreting and clarifying treaty provisions, and elaborating according to general principles the legal categories and constructs indispensable for the application of international criminal rules”*. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. In: EVANS, Malcom D. (Org.). *International Law*. Nova Iorque: Oxford University, 2006, p. 726.

²⁹⁵ De acordo com Llopis: *“Le juge interne s’est rarement déclaré compétent en vertu du principe de la compétence universelle pour connaître de crimes contre l’humanité”*. LLOPIS, Ana Peyró, *op. cit.*, p. 103.

²⁹⁶ Após a Segunda Guerra Mundial, não houve apenas os processos conduzidos nos tribunais militares de Nuremberg ou Tóquio. Muitos casos de violações de direitos humanos ocorridos no conflito foram julgados

aprovação das Convenções de Genebra de 1949 sobre o direito internacional humanitário e da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio. O terceiro período, que abrange dos anos 1970 aos anos 1990, remonta ao exercício da competência repressiva universal em relação aos casos de terrorismo que eram praticados, sobretudo, por meio de sequestro de aeronaves; são também deste período o caso Demjanjuk²⁹⁸ e a Convenção para a repressão ao apoderamento ilícito de aeronaves. O quarto período é aquele que se estende da criação dos tribunais internacionais penais *ad hoc*, da década de 1990, até os dias atuais²⁹⁹ e que tem o caso Pinochet como grande estímulo à competência repressiva universal.

Para os fins deste estudo, concentraremos a análise sobre os casos do chamado quarto período. Serão analisados nesta seção o caso Pinochet, o caso Yerodia (Congo *versus* Bélgica) e o caso Hissène Habré. A escolha destes três casos em que houve o exercício da competência repressiva universal deve-se a sua relevância e ao fato de serem julgamentos em que os indivíduos acusados poderiam alegar imunidade em virtude do cargo que haviam desempenhado (chefe de Estado e chanceler). No item II. i. d., outros casos, frequentemente mencionados, mas de menor impacto para o estudo do exercício da competência repressiva universal pelos tribunais, serão brevemente descritos.

por tribunais nacionais com base na competência repressiva universal. Com relação a estes casos, relatório das Nações Unidas afirma que: *“There have been numerous reports in this series of trials by the Courts of one ally of offences committed against the nationals of another ally or of persons treated as Allied nationals, and in many trials no victims were involved of the nationality of the State conducting the trial”*. THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *Law reports of trials of war criminals*, vol XV, 1949. Disponível online: < http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-15.pdf >, p. 43.

Sobre os casos de competência repressiva universal pós-Segunda Guerra Mundial, a International Law Association ressalta: *“The international Military Tribunals at Nuremberg and Tokyo tried the Axis war criminals that were regarded as major War criminals that were not classified in this way were tried by British and United States military tribunals, sitting in Germany, Italy, the Netherlands and on Kwajalein Island. Often they tried offences committed against their own nationals but occasionally there was no such connection”*. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 22.

²⁹⁷ O caso Eichmann, de acordo com Inazumi, é considerado como o precedente mais importante com relação ao exercício da competência repressiva universal para o crime de genocídio. INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 63. Sobre este caso, Debuf também nota que: *“What is important to add here is that no State opposed the assertion of universal jurisdiction by the Israeli courts in this case”*. DEBUF, Els Elisabeth, *op. cit.*, p. 88.

²⁹⁸ O caso Demjanjuk trata da extradição de John Demjanjuk (nascido na Ucrânia à época da União Soviética e, depois, declarado cidadão estado-unidense) para Israel em 1986, onde foi julgado e condenado à morte por crimes de guerra e genocídio cometidos por sua atuação junto às forças nazistas, durante a Segunda Guerra Mundial. Em 1993, a decisão foi revista pela Corte Suprema de Israel, e Demjanjuk retornou aos Estados Unidos. Deve-se ressaltar que a decisão estado-unidense a favor da extradição reconheceu a jurisdição de Israel para o caso, com base na competência repressiva universal. Inazumi nota, ademais, que era o caso de uma competência repressiva universal incondicionada ou *in absentia* (INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 80). Em 2009, foi decidida nova extradição de Demjanjuk, desta vez, para a Alemanha, onde ainda aguarda julgamento.

²⁹⁹ INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 49-99.

II. i. a. O caso Pinochet

Para os estudiosos do direito internacional penal não restam dúvidas de que as discussões inauguradas pelo caso Pinochet trouxeram novo fôlego a este ramo do direito. Não apenas devido ao fato de o caso retomar a competência repressiva universal, que se encontrava relativamente esquecida desde o caso Eichmann, mas também em virtude de ser um caso que levava, pela primeira vez, um ex-chefe de Estado ao banco dos réus³⁰⁰. Nem os tribunais do pós-Segunda Guerra Mundial haviam conseguido colocar Hitler ou o imperador do Japão nesta condição. A expedição do mandado de prisão contra o ex-ditador chileno pelo juiz espanhol Baltasar Garzón³⁰¹ e sua prisão no Reino Unido foram amplamente divulgadas pela mídia e atraíram a atenção do mundo³⁰².

Como se sabe, após o golpe de Estado contra o Presidente Salvador Allende, o Chile passou a ser governado por uma junta militar presidida pelo General Augusto Pinochet. Pouco depois, a Presidência foi assumida exclusivamente por Pinochet, que governou o país entre 1973 e 1990, ano em que deixou o cargo. No entanto, suas funções no governo não cessaram em 1990, porque Pinochet continuou a ser o chefe das Forças Armadas do Chile até 1998 e, graças a uma previsão constitucional, também exercia o cargo de senador vitalício, o que lhe garantia imunidade parlamentar. A permanência da

³⁰⁰ Conforme Perrone-Moisés: *õa história contemporânea não havia conhecido nenhum caso de processo penal contra um chefe de Estado perante um tribunal nacional até o caso Pinochetö*. PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 64.

De acordo com Falk: *õIt was the first time that a former head of state was being potentially held legally accountable before a domestic court for alleged criminal activity of a political character during his period of ruleö*. FALK, Richard A. *õAssessing the Pinochet litigation: whiter universal jurisdiction?ö*. In: MACEDO, Stephen (org.). *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*. Filadelfia: Penn, 2006, p. 119.

Além de ser o primeiro caso contra um chefe de Estado, o julgamento de Pinochet surpreendia por ser o julgamento de um ex-soberano que estava do lado vitorioso. Pinochet e a alta cúpula militar chilena arquitetaram o golpe contra Salvador Allende com apoio dos Estados Unidos, de modo que estavam do lado vencedor da Guerra Fria. De acordo com Falk: *õHere, for the first time, a leader who was on the winning side in the cold war, who voluntarily gave up power to enable a return to constitutionalism in Chile, was being criminally charged for crimes of state committed during his period of leadershipö*. FALK, Richard A., *op. cit.*, p. 98.

³⁰¹ Weiss confere destaque ao papel dos tribunais e juízes espanhóis no caso Pinochet: *õIn speculating about the future of criminal universal jurisdiction, one must pay homage to the pioneering role of Spain, its internationalist legislature, its vigorous human rights lawyers and its courageous judgesö*. WEISS, Peter, *õThe future of universal jurisdictionö*. In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*. Nova York: Springer, 2007, p. 31.

³⁰² De acordo com Falk: *õThe drama associated with the attempt to hold Gen. Augusto Pinochet, the notorious former Chilean head of state (1973-90), legally accountable for crimes of state was widely shared around the worldö*. FALK, Richard A., *op. cit.*, p. 97.

figura do General Augusto Pinochet no cenário de transição política do Chile sinalizava um processo de democratização maculado, desde o início, pela influência contínua dos militares³⁰³.

A ditadura comandada por Pinochet constituiu um Estado criminoso, em que violações de direitos humanos eram maciças e frequentes. Além da imunidade garantida pelo cargo de senador, as investigações sobre estes crimes estiveram legalmente obstadas por uma lei que anistiou as infrações cometidas entre setembro de 1973 e março de 1978 no Chile³⁰⁴. No começo da década de 1990, houve no país tentativas de se averiguar os acontecimentos, por meio da instauração de uma comissão de verdade, que compilou registros das violações de direitos humanos (apenas em relação aos casos de morte ou desaparecimento) e identificou cerca de 3.200 vítimas³⁰⁵.

Em 1995, alguns fatores internos ó dentre eles, mudanças no alto-comando das Forças Armadas; posicionamento da Igreja Católica favorável ao direito à memória e à verdade; e julgamentos de algumas violações pelos tribunais internos levaram ao questionamento da incompletude da democracia que se formava no Chile. Pouco depois, em 1996, o juiz espanhol Baltasar Garzón recebeu denúncia apresentada pela Unión Progresista de Fiscales de España contra Pinochet por seu envolvimento no desaparecimento de cidadãos espanhóis na Argentina e no Chile, que remetiam à Operação Condor. Posteriormente, a esta denúncia foram agregados os crimes de tortura, terrorismo e genocídio³⁰⁶. Outros cidadãos e entidades (Fundação Salvador Allende e Agrupación de

³⁰³ BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira, *op. cit.*, p. 96 e 97.

³⁰⁴ Sobre a lei de anistia chilena, Bastos afirma: *õUm exemplo de anistia em branco é a lei chilena de 18 de abril de 1978, totalmente ilegítima do ponto de vista democrático, pois após um período de cinco anos, marcado por severas e recorrentes violações dos direitos humanos e às normas internacionais, a Junta Militar Chilena, sob o comando do General Augusto Pinochet Ugarte, emitiu um decreto de anistia para servir aos seus próprios interesses, cobrindo todos os atos cometidos desde a queda do governo democrático de Salvador Allende, em 11 de setembro de 1973, até aquele momento (abril de 1978). Um problema significativo em relação à lei chilena é que seu fundamento legal advém da autoridade de uma Junta Militar nomeada de fato. A lei de anistia não tem nenhum vínculo com o povo chileno, nem ao menos passou por um processo democrático ou foi assinada por um Chefe de Estado escolhido democraticamenteõ*. BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira, *op. cit.*, p. 95.

³⁰⁵ FALK, Richard A., *op. cit.*, p. 102; e BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira, *op. cit.*, p. 97.

³⁰⁶ A acusação de genocídio é bastante contestada pela doutrina. Estima-se que o mais correto seria a acusação por crimes contra a humanidade. De acordo com Stern: *õil apparaît difficile de considérer quãl y ait, en lœspèce, un genocide: -La cible, en effet, nœtait pas un groupe national, ethnique, racial ou religieux, quãl sœagissait de détruire en tant que un groupe, mais un ensemble dœopposants politiques de différents nationalitésœ Nœoublions pas, cependant, que cœest sous la pression de Staline que les groupes politiques nœont pas été mentionnés dans la convention sur le génocide de 1948, alors quãls lœétaient dans la résolution 96 relative au génocide, adoptée à la première session de lœAssemblée générale de lœONUö*. STERN, Brigitte, *op. cit.*, 2001, p. 8.

Familiares de Detenidos y Desaparecidos de Chile) juntaram-se ao caso, por meio da *actio popullaris* do direito espanhol. Com base no princípio da universalidade, foi confirmada a competência do tribunal para o caso.

Em relação ao tema da competência do juiz espanhol para o caso, parte da doutrina defende que o caso Pinochet não teve como base a competência repressiva universal, sob a alegação de que ele estaria baseado em violações de direitos humanos cometidas contra vítimas espanholas, o que determinaria o exercício de uma competência com base no princípio da nacionalidade passiva e não com base na universalidade. Tal argumento não merece prosperar, porque, embora houvesse vítimas espanholas na denúncia recebida pelo juiz Baltasar Garzón, sua decisão é clara no sentido de que sua competência não foi estabelecida com base neste fator, mas com base na universalidade. A maioria da doutrina concorda com o fato de o processo contra Pinochet configurar um caso em que se exerceu a competência repressiva universal. Sobre o tema, Falk afirma que a nacionalidade espanhola das vítimas, embora não fosse juridicamente necessária para o caso, adicionou o que se denominou um legítimo interesse aos procedimentos na Espanha³⁰⁷. Hans, por sua vez, defende que o exercício da competência repressiva universal para o caso Pinochet foi necessário, porque algumas acusações contra ele não estavam limitadas aos atos cometidos contra vítimas espanholas³⁰⁸. Neste sentido, concordamos com a interpretação de que o caso Pinochet foi o primeiro grande exemplo em que a competência repressiva universal foi usada no chamado quarto período do desenvolvimento deste instituto.

Após o recebimento da denúncia, o juiz Garzón tomou conhecimento da presença de Pinochet no Reino Unido – o acusado encontrava-se em Londres para um tratamento de saúde – e requereu sua extradição para a Espanha, pedido que foi encaminhado em novembro de 1998, após decisão do Conselho de Ministros³⁰⁹. Por um lado, dado impressionante revela que, ao pedido de extradição elaborado na Espanha, seguiram-se outros, de outros países europeus³¹⁰ que se articularam em relação aos aspectos jurídicos e

³⁰⁷ FALK, Richard A., *op. cit.*, p. 106.

³⁰⁸ HANS, Monica, *op. cit.*, p. 377

³⁰⁹ FALK, Richard A., *op. cit.*, p. 107.

³¹⁰ Além da Espanha e do Reino Unido, o caso Pinochet também envolveu a Suíça, a França e a Bélgica, o que, para Falk, demonstra que a competência repressiva universal não deve ser analisada exclusivamente pela perspectiva jurídica, quando se fala da busca por um regime de justiça internacional penal justo e efetivo. FALK, Richard A., *op. cit.*, p. 99.

políticos do caso. Por outro lado, o Chile³¹¹ e outros países da América Latina recém-saídos de regimes ditatoriais questionaram a atuação do judiciário espanhol no caso Pinochet em termos políticos. Segundo Stern, os chilenos ó mesmo aqueles que desejavam o julgamento do antigo chefe de Estado ó acreditavam que a Espanha estava duplamente desqualificada para conduzir o processo contra Pinochet: em primeiro lugar, em virtude de seu passado colonial na América Latina; em segundo lugar, porque a própria Espanha não havia feito, após a ditadura de Franco, aquilo que exigia que o Chile fizesse ou, pior, o que pretendia fazer no lugar do Chile³¹².

Apesar das contestações do lado chileno e do apoio do lado europeu, a Câmara dos Lordes começou a analisar o pedido de extradição espanhol. Deste momento em diante, o caso Pinochet é frequentemente dividido por seus estudiosos em três fases. Na primeira fase, há a expedição de um mandado de prisão, por um juiz britânico, contra o ditador, que, por sua vez, contestou o documento com um pedido de *habeas corpus*. Em sua primeira decisão sobre o caso, a Câmara dos Lordes sustentou a extradição do acusado, alegando que Pinochet não gozava de imunidade com relação aos crimes internacionais. A segunda fase do caso Pinochet traz um pedido do acusado à Câmara dos Lordes para que a primeira decisão fosse anulada, em virtude de um dos juízes que a prolatou ter conexões pessoais com a Anistia Internacional, entidade que havia atuado como *amicus curiae* no processo. Simultaneamente, o governo chileno entrou no caso, não para defender a imunidade de Pinochet, mas para alegar que seus tribunais estavam analisando denúncias contra o ex-ditador, baseadas em violações de direitos humanos que deveriam ser analisadas pelos tribunais do Chile. A terceira e última fase do caso apresenta um novo julgamento na Câmara dos Lordes que negou a imunidade do ditador, por seis votos a favor e um contra, e entendeu pela procedência da extradição, com base nos seguintes crimes: conspiração para tortura, conspiração para fazer reféns, homicídio em conexão com tortura, e tortura. A autorização para a extradição concedida pela Inglaterra é muito restrita quando comparada aos crimes denunciados na Espanha, porque inclui somente os atos de tortura ó cometidas

³¹¹ Em nota da chancelaria chilena à imprensa sobre o caso Pinochet, o Chile reconhece o caráter universal do crime de tortura, mas repudia a pretensão unilateral dos tribunais espanhóis para julgar atos cometidos em seu território, por um nacional chileno, contra cidadãos também chilenos. Além disso, o Chile teria cogitado a hipótese de acionar a Espanha na Corte Internacional de Justiça, o que não foi feito. BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Telegrama ostensivo n. 805, de 11 de outubro de 1999*, da Embaixada do Brasil em Santiago.

³¹² STERN, Brigitte, *op. cit.*, 2001, p. 16.

Falk também afirma que o governo de Frei, no Chile, recusou-se a cooperar com o juiz espanhol Baltasar Garzón, por considerar seus procedimentos uma invasão ilegítima na jurisdição das Cortes chilenas. FALK, Richard A., *op. cit.*, p 104.

após 1988, quando o Reino Unido incorporou a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em seu direito interno, dentre os crimes alegados, poderiam ensejar a extradição pelas leis britânicas³¹³.

As decisões da Câmara dos Lordes evidenciam que por duas vezes o órgão teve a oportunidade de se pronunciar a respeito da imunidade gozada pelo ditador e sobre como ela afetaria seu julgamento. Nas duas ocasiões, a imunidade foi rejeitada. De acordo com Ferstman, a decisão da Câmara dos Lordes sobre a extradição do acusado inova com relação às imunidades, porque afirma que elas cabem apenas a uma categoria muito limitada de pessoas como os chefes de Estado, mas cabem somente durante o período em que elas permanecerem no cargo. Uma vez fora dele, a única imunidade aplicável seria aquela de caráter *ratione materiae*, ou seja, a imunidade com base no conteúdo das ações, e esta só caberia aos atos oficiais. A Câmara entendeu que os crimes de tortura não podem ser considerados atos oficiais, de forma que a imunidade *ratione materiae* não poderia impedir a responsabilização do acusado por seu cometimento³¹⁴. Não podendo mais se valer da imunidade *ratione personae*, porque já não era mais Presidente do Chile, nem da imunidade *ratione materiae*, porque o crime de tortura não constitui ato oficial, Pinochet não dispunha de mais nenhum impedimento legal a sua responsabilização em um eventual julgamento conduzido pelos tribunais espanhóis. A expectativa em torno de sua extradição para a Espanha e de seu julgamento naquele país alcançou os defensores de direitos humanos em todo o mundo, que viram nas decisões britânicas uma esperança para o fim da impunidade nas relações internacionais³¹⁵.

³¹³ FALK, Richard A., *op. cit.*, p. 110-118. Sobre a restrição da extradição aos crimes de tortura: *“In the end, the house of Lords found that Pinochet was subject to extradition and was not entitled to state immunity only with regard to the charges of torture and conspiracy to commit torture that occurred after 8 December 1988 (the date when the UK finally ratified the Convention against Torture)”*. INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *op. cit.*, p. 31.

³¹⁴ FERSTMAN, Carla, *op. cit.*, p. 154.

Stern também reitera a importância da decisão da Câmara dos Lordes quanto à imunidade: *“Le principal problème était en fait soulevé par l’immunité diplomatique, sur la portée de laquelle les juges se sont divisés: celle-ci accorde une immunité totale au chef d’Etat lorsqu’il est en fonction et, en outre, continue à lui accorder une immunité lorsqu’il n’est plus en fonction, mais pour les seuls actes commis dans l’exercice de ses fonctions”; “En première lieu, il semble maintenant acquis qu’un ancien chef d’Etat n’a pas d’immunité pour les crimes de droit international, quelle que soit la juridiction nationale ou internationale devant laquelle il est poursuivi, ce dont il faut se réjouir”*. STERN, Brigitte, *op. cit.*, 2001, p. 11 e 17, respectivamente.

³¹⁵ Infelizmente, uma década depois do caso Pinochet, o Reino Unido rejeitou petição palestina que denunciava Ehud Barak, Ministro da Defesa de Israel, por crimes de guerra alegando o fato de que ele gozaria de imunidade durante sua visita de caráter oficial à cidade inglesa de Brighton. BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Telegrama ostensivo n. 1260, de 01 de outubro de 2009, da Embaixada do Brasil em Londres.*

O desfecho do caso arrefeceu um pouco as expectativas. Depois das decisões da Câmara dos Lordes e de inúmeros incidentes processuais, Pinochet foi liberado ó após quinhentos e três dias de detenção para retornar ao Chile por meio de uma decisão do então ministro do interior, Jack Straw, baseada em relatórios médicos. Stern lembra que a desilusão decorrente desta decisão foi grande, e que o discurso ceticista em relação à construção de uma justiça internacional foi retomado. A política parecia haver retomado seus direitos. Mas já não era possível ignorar a mudança de mentalidade que a longa saga judiciária iniciada pelo juiz espanhol havia provocado, ao tornar públicas as acusações contra Pinochet³¹⁶.

De fato, o caso Pinochet não parou na decisão de Jack Straw. O caso inovou o direito internacional penal, tanto em relação ao exercício da competência repressiva universal, quanto em relação ao regime das imunidades para chefes de Estado acusados do cometimento de graves violações de direitos humanos. Segundo Falk, alguns viram o caso como um passo além na luta contra a impunidade de crimes internacionais³¹⁷. Para outros, o que importava era a novidade em relação à possibilidade de retirar o véu da soberania que protegia ditadores e tiranos da responsabilização penal. Para um terceiro grupo, era o momento em que os termos técnicos daqueles que defendiam a competência repressiva universal ganhavam as manchetes e conduziam o direito internacional penal a um novo patamar, ao demonstrar a vitalidade dos tribunais nacionais como potenciais agentes da implementação de normas relevantes do direito internacional; o direito internacional penal mostrava-se um projeto global³¹⁸.

³¹⁶ STERN, Brigitte, *op. cit.*, 2001, p. 13.

³¹⁷ A sensação de que se poderia dar cabo à impunidade depois do caso Pinochet também é destacada por Stern: *õL'avancée majeure est cependant déjà là: un ancien dictateur n'est plus à l'abri derrière ses immunités, l'impunité ne lui est plus garantieö*. Ver: STERN, Brigitte, *op. cit.*, 2001, p. 7.

O tema atraí, igualmente, o interesse de Robertson: *õIrrespective of his eventual fate, the very fact that prosecutors had the power to arrest Pinochet, that judges (a majority of them) could find arguments to approve the arrest (at least for some of his crimes) and that politicians had the gumption initially to ignore the advice of diplomats to free him, all suggested that the age of impunity may be drawing to a closeö*. ROBERTSON, Geoffrey, *op. cit.*, p. 207 e 208.

E também merece destaque do International Council on Human Rights Policy: *õThe case has substantial symbolic value in the fight against impunityö*. INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *op. cit.*, p. 33.

Inazumi, da mesma forma, trata o tema do fim da impunidade: *õthe issuing of an arrest warrant by Spain against Pinochet symbolized the recognition of the interest of the international community in ending the impunity of individuals who have committed gross human rights violationsö*. INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 83.

³¹⁸ FALK, Richard A., *op. cit.*, p. 97 e 98.

Sobre os efeitos decorrentes do caso Pinochet, Brody destaca o fim da impunidade e a nova esperança às vítimas: *õHuman rights groups described the Pinochet arrest as a 'wake-up call' to tyrants everywhere, but*

Para aqueles que se opõem à ideia do exercício da competência repressiva universal sob a alegação de que ela distancia a justiça do local onde os crimes foram cometidos, o caso Pinochet demonstra que este argumento não merece prosperar. Há diversas evidências de que o caso teve efeitos catalisadores no sentido da afirmação do direito internacional penal e da proteção dos direitos humanos, tanto no plano interno chileno, quanto no plano internacional.

Em relação ao plano interno, segundo Falk, verificou-se que os procedimentos penais iniciados na Espanha contribuíram para incentivar a mudança da atmosfera do Chile no final da década de 1990³¹⁹. Neste período, inúmeras iniciativas legais foram adotadas em relação aos crimes do período de Pinochet. A maior investigação estava sendo conduzida pelo juiz Juan Guzmán Tapia, com relação às alegações de violações de direitos humanos cometidas pela chamada *ôcaravana da morte* de Pinochet³²⁰. Roth-Arriaza destaca outros efeitos do caso Pinochet no Chile, como o fato de (i) o ex-Presidente ter enfrentado diversos julgamentos no país ó muitos não admitidos em razão de sua saúde ; (ii) estes julgamentos terem contribuído para que, internamente, a lei de anistia tenha sido parcialmente limitada³²¹; e (iii) as investigações sobre atividades de Pinochet relacionadas à lavagem de dinheiro terem resultado na criação de um fundo de nove milhões de dólares para as vítimas do regime militar³²².

*an equally important effect of the case has been to give hope to other victims, many of whom are now exploring how to use foreign courts to bring their tormentors to justice*ö. BRODY, Reed, *op. cit.*, 2006, p. 377.

³¹⁹ Sobre os efeitos do caso Pinochet no Chile, Falk afirma que: *ôThere seems to be little doubt that the Spanish proceedings, reinforced by those in several other countries, to impose criminal accountability, strengthened the Chilean resolve to seek a higher standard of justice within its own legal system*ö; e também que *ôSuch an outcome seems also to have greatly strengthened the resolve of both the Chilean legal system to overcome their past embraces of impunity and encouraged the international community to move elsewhere against tyrants accused of massive crimes against humanity*ö. FALK, Richard A., *op. cit.*, p. 105 e 119, respectivamente.

O International Council on Human Rights Policy afirma, por sua vez, que: *ôThe case has also had a substantial impact in Chile. (i) The proceedings have provided an opportunity for public education on what happened during the Pinochet years, and who is responsible*ö. INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *op. cit.*, p. 34.

³²⁰ FALK, Richard A., *op. cit.*, p. 103.

³²¹ Em relação à limitação da lei de anistia chilena por seus tribunais, Stern destaca: *ôLe juge Guzman Tapiés, qui instruit ces plaintes, a demandé la levée de l'immunité parlementaire dont bénéficiait Pinochet en tant que sénateur à vie. Personne ne pensait qu'il l'obtiendrait. Et l'impensable est arrivé. Un traque: la Cour de Santiago d'abord, le 23 mai 2000, par 13 voix contre 9, la Cour suprême du Chili ensuite, le 8 août 2000, par 14 voix contre 6, ont décidé de lever l'immunité parlementaire derrière laquelle cherchait à s'abriter Pinochet*ö. STERN, Brigitte, *op. cit.*, 2001, p. 14.

³²² ROTH-ARRIAZA, Naomi, *op. cit.*, p. 115.

Tréan analisa a relação entre a competência repressiva universal exercida pela Espanha, os julgamentos britânicos e os efeitos no Chile a partir da perspectiva da cooperação em matéria de direito internacional penal. Para a autora, a decisão da Suprema Corte do Chile em relação à anistia compromete a constituição concebida por Pinochet e a lei de anistia que ele havia instituído em 1978. A decisão é também uma novidade para os defensores de uma justiça sem fronteiras, e, precisamente porque ela emana de um tribunal chileno, revela-se uma ilustração do que pode ser alcançado por meio da cooperação internacional sobre o tema: ajudar uma sociedade a se libertar de seus tabus e de um período sombrio de sua história. A detenção de Pinochet em Londres e os processos contra ele no exterior permitiram aos juízes chilenos atacar o inatacável e converter até a mais alta cúpula do judiciário, o que foi feito sem maiores conflitos, evidenciando que o Chile de hoje não vive mais sob ferro e sangue³²³.

Além dos grandes impactos que o caso Pinochet teve para a democratização da sociedade chilena após a ditadura, seu efeito catalisador alcançou o direito internacional penal como um todo. Neste ponto, entretanto, também há certa divergência doutrinária. Hall afirma que, ao contrário do esperado, o caso Pinochet não teria levado a um aumento significativo do exercício da competência repressiva universal, embora tenha conferido nova legitimidade a este velho instituto do direito internacional penal³²⁴. Outros autores como Hans³²⁵, Garapon³²⁶ e Stern³²⁷, mostram que o caso Pinochet trouxe, sim, uma profusão de novos casos em que tribunais nacionais exercem a competência repressiva universal³²⁸. Concordamos com o segundo grupo doutrinário e descreveremos alguns casos que se seguiram aos processos contra Pinochet no item II. i. d. deste capítulo.

³²³ TRÉAN, Claire. *Un spectaculaire précédent en matière de diplomatie et de droit international*. In: *Le monde*, 10 de agosto de 2000. Disponível online: <<http://www.lemonde.fr/cgi-bin/ACHATS/ARCHIVES/archives.cgi?ID=88027a2f87e9a0579b74d37ed99370e6bd11007b6a1e304f>>.

³²⁴ HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 53.

³²⁵ Segundo Hans: *“In addition, the successful application of Spain’s universal jurisdiction law created a real momentum in favor of the criminal prosecution of egregious human-right abuses, renewing interest in the use of universal jurisdiction by other States”*. HANS, Monica, *op. cit.*, p. 378.

³²⁶ Conforme Garapon: *“O exemplo mais célebre da aplicação da competência repressiva universal foi o caso Pinochet, que fez correr muita tinta em 1999. Desde então, não passa um dia sem que surja um novo caso aplicável a este princípio”*. GARAPON, Antoine, *op. cit.*, p. 32.

³²⁷ Conforme Stern: *“Le lancement de poursuites contre Pinochet a déclenché un certain nombre d’initiatives, soit contre d’anciens dictateurs à qui, désormais, ne peuvent plus s’offrir des exiles dorés sans que pèse sur eux la menace de poursuites pour leurs agissements lorsqu’ils étaient au pouvoir -, soit même contre des chefs d’Etat en exercice”*. STERN, Brigitte, *op. cit.*, 2001, p. 15.

³²⁸ De acordo com Falk: *“Jurisprudentially, the Pinochet experience has opened up the issue of universal jurisdiction to an unprecedented degree”*. FALK, Richard A., *op. cit.*, p. 119.

A nosso ver, o caso Pinochet, dentro do histórico da jurisprudência relativa ao exercício da competência repressiva universal, consolidou-se como um grande divisor de águas no direito internacional penal. O caso teve início em um momento em que este ramo do direito renascia com a criação dos tribunais internacionais penais *ad hoc* e as negociações do Estatuto de Roma. Era, efetivamente, a primeira vez que um chefe de Estado sentava-se no banco dos réus para explicar as graves violações de direitos humanos por ele comandadas, independentemente de eventuais anistias e imunidades que pudessem, no passado, tê-lo protegido da responsabilização penal. Apesar dos problemas que envolveram os procedimentos contra o ditador chileno ó como a questão do imperialismo jurídico³²⁹ espanhol contra sua antiga colônia e o desfecho final que impediu o julgamento, o caso conferiu um novo incentivo à doutrina e à prática internacionalistas e acenou com o fim da impunidade no cenário internacional. A análise dos demais casos em que a competência repressiva universal foi exercida contra altas autoridades acusadas de crimes internacionais contra os direitos humanos nos permitirá verificar se o efeito catalisador³³⁰ do caso Pinochet significou, com o passar do tempo, maior efetividade da justiça internacional penal.

II. i. b. O caso Yerodia (Arrest Warrant Case of 11 April 2000, DRC *versus* Belgium)³³¹

Com cerca de um milhão de vítimas, o genocídio ocorrido em Ruanda, em 1994, tornou-se um dos mais graves massacres da história da humanidade, por escancarar a ausência de proteção aos direitos humanos na região e a inabilidade da sociedade internacional para solucionar o problema, cujas conseqüências ultrapassaram as fronteiras ruandesas. Os países vizinhos Uganda, Burundi, Tanzânia e República Democrática do Congo (antigo Zaire) ó também foram afetados pelos conflitos decorrentes da divisão étnica, entre tutsis e hutus, que era acompanhada de uma divisão político-social arbitrária,

³²⁹ Sobre o imperialismo jurídico que pode decorrer do exercício da competência repressiva universal, ver item I. i.

³³⁰ Em relação a este efeito, ver itens I. iv. g. e I. v. a. deste estudo.

³³¹ Para este estudo, adotaremos a denominação caso Yerodia para nos referirmos ao Arrest warrant case of 11 April 2000, apresentado à Corte Internacional de Justiça pela República Democrática do Congo, contra o Reino da Bélgica.

legada pelas antigas potências europeias³³². Um número elevado de refugiados do genocídio ruandês buscou os territórios vizinhos. Sem políticas de proteção ou esclarecimento suficientes, os fatores de intolerância que iniciaram os conflitos em Ruanda rapidamente espalharam-se pela região.

A instabilidade que atingia os países da região e, especificamente, a República Democrática do Congo³³³, foi relatada pelas Nações Unidas em documentos específicos³³⁴. Devido às duas guerras civis enfrentadas pelo país nos anos 1990, a situação interna da RDC era muito sensível. Após o genocídio em Ruanda, a presença de refugiados daquele país na região leste da RDC começa a provocar conflitos. A situação torna-se insustentável, e o Presidente Laurent-Désiré Kabila organiza forças de oposição, derruba Mobutu Sese Seko do poder e dá o atual nome República Democrática do Congo ao país. A mudança de governo não elimina as hostilidades, nem aplaca os conflitos, e novas hostilidades emergem.

Os conflitos não seguem longe do governo, pelo contrário, além de se mostrar incapaz de contê-los ou de proteger a população civil, o governo começa a acirrar os conflitos. Conforme destaca a Human Rights Watch, inúmeros oficiais e autoridades incitavam publicamente o ódio entre tutsis e hutus³³⁵. O uso dos meios de comunicação para instigar a violência entre grupos étnicos diferentes foi um dos estopins do genocídio de 1994, em Ruanda, e se repetia na RDC. Os discursos de ódio racial retomavam o padrão mais recorrente de que as mais graves violações de direitos humanos são cometidas ou incentivadas por altas autoridades governamentais.

³³² De acordo com Reydam: *it was the Belgian colonizer who in the early 1930s officially divided the Rwandan population into ethnic groups, an administrative practice abolished only after the 1994 events*. REYDAMS, Luc. *Belgium's first application of universal jurisdiction: the Butare four case*. In: *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 2, 2003 (b), p. 429.

³³³ Referiremo-nos à República Democrática do Congo como RDC neste estudo.

³³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report on the situation of human rights in the Democratic Republic of the Congo, submitted by the Special Rapporteur, Mr. Roberto Garretón, in accordance with Commission resolution 1998/61. E/CN.4/1999/31*. Disponível online: <<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/8e3dbacbae51ce60802567460034073d?OpenDocument>>. E *Report of the Secretary-General on the United Nations Organization mission in the Democratic Republic of Congo*. S/2000/30. Disponível online: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/238/74/IMG/N0023874.pdf?OpenElement>>.

³³⁵ *Increasing use of ethnic hate propaganda by officials of the Democratic Republic of Congo (DRC). Officials rely on hate radio to rally popular support against the current rebellion in the country and to further an ethnic witch hunt in the capital Kinshasa* (1) *The increasing use of hate propaganda by DRC officials exposes these detainees and other Tutsis to potential ill-treatment and even random killings as the public may interpret these messages as prior approval or a guarantee of impunity if they were to engage in such atrocities*. HUMAN RIGHTS WATCH. *HRW Alarmed About Hate Radio Broadcasts and the Incitement of Ethnic Violence in the DRC*. 1998. Disponível online: <<http://www.hrw.org/fr/news/1998/08/12/hrw-alarmed-about-hate-radio-broadcasts-and-incitement-ethnic-violence-drc>>.

Durante os confrontos no governo de Laurent Kabila, forças de Uganda e Ruanda invadem o território congolês. Neste contexto de grandes hostilidades e violência, em agosto de 1998, Abdulaye Yerodia Ndombasi, então chefe de gabinete da presidência da RDC, manifesta-se publicamente sobre o conflito e, via rádio e televisão, inflama as rivalidades étnicas e instiga o povo congolês a reagir à invasão, por meio do uso da força contra os tutsis, etnia a que se refere com termos como vermes e extermínio. Tratava-se de uma autoridade a incitar publicamente violações de direitos humanos. Era a clara imagem de um representante do Estado infringindo valores que cabe ao governo proteger. Além de Yerodia, outras autoridades congolêses também proferiram discursos semelhantes que, efetivamente, contribuíram para a morte de centenas de pessoas³³⁶.

O juiz de instrução do Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, Damien Vandermeersch, foi informado do genocídio que se instaurava no Congo por refugiados e pelo advogado do grupo, Georges-Henri Beauthier. Com base nas informações recebidas, e nos depoimentos de várias testemunhas, Vandermeersch expede contra Yerodia mandado de prisão internacional que circulou via Interpol. Era o início do caso Yerodia. O mandado, expedido em 11 de abril de 2000, baseia-se na interpretação de que as declarações públicas feitas por Yerodia, em agosto de 1998, constituíam graves violações de direitos humanos, tipificadas como crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Em 1998, época dos discursos, Yerodia ocupava o cargo de chefe de gabinete da presidência da RDC; em 2000, quando da expedição do mandado, exercia o cargo de ministro das relações exteriores da RDC³³⁷.

³³⁶ De acordo com Gray: *These charges related to the alleged making of speeches (Abdulaye Yerodia Ndombasi) inciting racial hatred in August 1998 in the Democratic Republic of Congo (DRC), causing a massacre of several hundred Tutsis*. GRAY, Kevin R. *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. Disponível online: <<http://207.57.19.226/journal/Vol13/No3/sr1.pdf>>, p. 1.

Conforme o mandado de prisão belga: *Ainsi, ce discours aurait été suivi de nouveaux massacres qui apparaissent comme se situant dans la ligne directe des paroles prononcées par l'inculpé*. VANDERMEERSCH, Damien. *Mandat D'Arrêt International par Defaut, 11 abr. 2000*. Disponível online: <http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Mandat_d_arret%20_2000.html>.

Segundo a Human Rights Watch: *Pendant cette période de panique quasi générale, des membres du gouvernement congolais firent des déclarations xénophobes et dangereuses, appelant notamment la population à prendre les armes et à tuer "l'ennemi", défini de manière très vague comme les ruandais ou les tutsis, et créant ainsi un environnement dans lequel les civils pouvaient commettre des assassinats en toute impunité [...] Suite à ces appels du gouvernement, un grand nombre de tutsis furent massacrés dans les régions sous contrôle gouvernemental, tant par des civils que des militaires, parfois après avoir été arrêtés par des militaires*. HUMAN RIGHTS WATCH, *Victimes de guerre: Les civiles, l'état de droit, et les libertés démocratiques*, 1 February 1999, vol. 11, n. 1. Disponível online: <<http://www.unhcr.org/refworld/country,COI,HRW,,COD,,3ae6a8300,0.html>>

³³⁷ Em relação aos cargos ocupados por Yerodia e as fases do processo na Corte Internacional de Justiça:

O mandado de prisão contra Yerodia fundamenta-se juridicamente na alegação de que o chanceler congolês havia violado normas definidas por costumes e tratados internacionais, como as Convenções de Genebra de 1949, os Protocolos Adicionais I e II, de 1977, e os parágrafos 2 e 3 do artigo 1º da Lei belga de 16 de junho de 1993 modificada pela Lei de 10 de fevereiro de 1999³³⁸ que dispõem sobre a repressão a graves violações aos direitos humanos. O § 2º do artigo 5º da mesma lei trazia a previsão de que imunidades relativas a cargos oficiais não impedem sua aplicação. O artigo 7º da Lei belga de 13 de junho de 1993 consagrava a possibilidade de a competência repressiva universal ser exercida por um juiz belga no caso do cometimento dos crimes previstos por essa lei e pela Lei de 10 de fevereiro de 1999, independentemente da presença do acusado em território belga. A expedição do mandado de prisão e sua circulação internacional constituíram tentativas da Bélgica de exercer a competência repressiva universal *in absentia* ou incondicionada.

Diante do mandado de prisão belga, o governo da RDC apresentou petição à Corte Internacional de Justiça contra a Bélgica, em 30 de outubro de 2000. A RDC alegava que a Bélgica havia violado (i) o princípio de que um Estado não deve exercer sua autoridade no território de outro Estado e o princípio da igualdade de soberania entre todos os membros das Nações Unidas (artigo 2, parágrafo 1, da Carta das Nações Unidas) e (ii) a imunidade diplomática do ministro das relações exteriores de um Estado soberano, como reconhecido pela jurisprudência da Corte e pelo artigo 41, parágrafo 2, da Convenção de Viena de 18 de abril de 1961 sobre as relações diplomáticas³³⁹. Com bases nestas alegações, a RDC solicitava à Corte que declarasse que a Bélgica deveria anular o mandado de prisão expedido contra Yerodia e impedir sua circulação internacional³⁴⁰.

Em relação à competência repressiva universal, a RDC sustentava que, embora o instituto constasse do texto de alguns tratados, não havia, no direito internacional, a

Chefe de gabinete da presidência - profere discursos	Início das atividades como chanceler	Expedição do mandado de prisão	Fim do cargo de chanceler, início como ministro da educação	Cessa ocupação de cargos públicos	Julgamento pela Corte Internacional de Justiça
ago 1998	15 mar 1999	11 abr 2000	20 nov 2000	15 abr 2001	14 fev 2002

³³⁸ Sobre as leis belgas relativas à competência repressiva universal ver item x deste capítulo.

³³⁹ REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO. "Application". In: *Arrest warrant case of 11 april 2000*. Disponível online: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf> >, p. 3.

³⁴⁰ REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO. "Application", *op. cit.*, p. 3.

previsão de que ela pudesse ser exercida de forma incondicionada, ou seja, sem a presença do acusado no território do foro que pretende julgá-lo. Também afirmava que a competência repressiva universal não fazia parte das normas gerais do direito internacional, cabendo exclusivamente aos crimes cujos tratados expressamente permitissem ou obrigassem seu exercício. Deste modo, alega a RDC, não haveria norma internacional que admitisse a aplicação da competência repressiva universal para crimes de guerra e crimes contra a humanidade³⁴¹.

Em relação à imunidade, a RDC alegava que o não-reconhecimento da imunidade de seu chanceler pela legislação interna belga violava a jurisprudência, os costumes e a praxe internacional. Conforme consta da petição, a cortesia internacional reconhece aos ministros de relações exteriores privilégios e imunidades, tendo em conta o fato de esta autoridade atuar como representante de seu Estado no plano internacional. A desconsideração da imunidade de Yerodia com base nas leis belgas corresponderia à tentativa da Bélgica de usar seu direito interno para violar norma internacional. Segundo a RDC, a única forma legal de instituir uma exceção à imunidade de chanceleres é que é uma norma do direito internacional seria por meio de estipulação de outra norma, também do direito internacional, como as resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas³⁴².

Na apresentação de sua defesa contra as alegações congoleesas de que teria violado normas do direito internacional, a Bélgica sustentou que a expedição do mandado de prisão contra Yerodia, além de corresponder aos anseios que a comunidade internacional manifestava naquele momento, fundamentava-se, juridicamente, nos seguintes textos legais: resoluções n. 1234/1999 e 1291/2000 do Conselho de Segurança³⁴³ e Relatório do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas³⁴⁴. Esclareceu, ainda, que a previsão da competência repressiva universal em seu ordenamento jurídico encontrada no artigo 7º de sua Lei de 16 de junho de 1993, modificada pela Lei de 10 de fevereiro de 1999³⁴⁵.

³⁴¹ REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO. *õApplicationö*, *op. cit.*, p. 9.

³⁴² REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO. *õApplicationö*, *op. cit.*, p. 13.

³⁴³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução do Conselho de Segurança sobre a situação da República Democrática do Congo 1234 (1999)*. S/RES/1234 (1999). Disponível online: < <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/101/73/PDF/N9910173.pdf?OpenElement> >; e *Resolução do Conselho de Segurança sobre a situação da República Democrática do Congo 1291 (2000)*. S/RES/1291 (2000). Disponível online: < <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/313/35/PDF/N0031335.pdf?OpenElement> >.

³⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. S/2000/30, *op. cit.*

³⁴⁵ Ver Apêndice.

foi incluída em conformidade com o direito internacional. Sobre a questão da desconsideração da imunidade do chanceler congolês, a Bélgica afirmou tratar-se de uma regra que encontra precedentes nos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, na Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, nos estatutos dos tribunais penais internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda e no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

O memorial apresentado pela RDC à Corte Internacional de Justiça continha algumas modificações em relação à comunicação inicialmente apresentada. Neste novo documento, a parte congoleza retirou o conteúdo relativo à primeira violação ó de que a expedição do mandado de prisão pela Bélgica contra Yerodia, com base na competência repressiva universal, violava os princípios da não-intervenção e da igualdade de soberania entre os Estados ó e manteve apenas a alegação de que a Bélgica violara o direito internacional ao desconsiderar a imunidade do chanceler congolês. Com esta mudança, a RDC deixava claro que o julgamento deveria concentrar-se na questão da imunidade, não sendo mais necessário à Corte analisar se a competência repressiva universal estaria em desacordo com outros princípios do direito internacional³⁴⁶.

O contra-memorial belga contestava as alegações da RDC em dois aspectos. O primeiro questionava a admissibilidade do caso, sob os argumentos de que: (i) não haveria mais uma disputa jurídica entre os dois países, tendo em conta o fato de Yerodia, naquele momento, não ocupar mais nenhum cargo no governo congolês, o que teria levado à perda do objeto; (ii) o caso seria inadmissível em virtude das mudanças materiais; e (iii) o caso assumira as características de proteção diplomática, em que os remédios locais não haviam sido esgotados³⁴⁷. O segundo aspecto dizia respeito ao mérito, e a Bélgica pretendia evitar o julgamento afirmando que: (i) o mandado de prisão não infringira a soberania da RDC; (ii) a competência repressiva universal declarada pelo juiz belga para o caso está de acordo

³⁴⁶ Sobre a reformulação do pedido da RDC à Corte: *“The DRC initially also challenged the legality of the Belgium Law itself, raising broader questions about the permissible scope of jurisdiction by national criminal courts over international crimes committed outside the territory of the prosecuting court. However, the DRC later condensed and refined its claim, leaving the ICJ with the following question: Did the issue and circulation of an arrest warrant by a Belgian judge against a person who was at the time the Congolese Foreign Minister, but who no longer holds government office, violate his immunity from criminal process and make the arrest warrant unlawfull under international law?”*. BEKKER, Pieter H. F. *“World Court Orders Belgium to Cancel an Arrest Warrant Issued Against the Congolese Foreign Minister”*. In: *ASIL Insights*. 2000. Disponível online: < <http://www.asil.org/insigh82.cfm>>.

³⁴⁷ REINO DA BÉLGICA. *“Counter-memorial”*. In: *Arrest warrant case of 11 april 2000*. Disponível online: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8304.pdf>>, p. 206.

com tratados e costumes do direito internacional; (iii) a imunidade conferida aos chanceleres aplica-se somente ao desempenho de funções oficiais; e (iv) a imunidade não poderia beneficiar autoridades acusadas do cometimento de crimes de guerra ou crimes contra a humanidade³⁴⁸.

A decisão do caso Yerodia prolatada pela Corte Internacional de Justiça representou uma decepção para os defensores do direito internacional penal, quando comparada às conclusões da Câmara dos Lordes sobre a extradição de Pinochet para a Espanha. Os casos levados à Corte na Haia, enquanto principal órgão judiciário das Nações Unidas, são considerados decisivos para a definição de muitos conceitos do direito internacional, de modo que os julgamentos são cercados de grande expectativa de que a jurisprudência possa contribuir para esclarecer alguns aspectos do tema que a doutrina e os tratados tenham deixado em aberto. Não foi diferente no caso Yerodia que, depois da atenção despertada pelo caso Pinochet, representou a primeira grande oportunidade para um tribunal internacional pronunciar-se, tanto sobre a competência repressiva universal, quanto sobre a questão da imunidade de chefes de Estado, chefes de governo ou chanceleres diante de acusações do cometimento de crimes internacionais contra os direitos humanos. A nosso ver, a Corte Internacional de Justiça desperdiçou a chance de esclarecer estes temas e, portanto, falhou no julgamento do caso Yerodia.

Apesar de a questão da competência repressiva universal ter sido formalmente retirada pela RDC em seu memorial, muitos juízes decidiram versar sobre ela em suas opiniões individuais ou dissidentes³⁴⁹. A decisão não ignora o tema da competência repressiva universal, e a Corte, em seu julgamento, sustenta que, embora não tenha sido

³⁴⁸ REINO DA BÉLGICA. *Counter-memorial*, *op. cit.*, p. 207 e 208.

³⁴⁹ De acordo com Salmon: *«Néanmoins plusieurs juges ont fait valoir, dans leurs opinions individuelles, que la Cour aurait dû se prononcer sur la compétence des tribunaux nationaux, car l'immunité n'a de sens que devant un tribunal compétent»*. SALMON, Jean. *«Libres Propos sur l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire Relative au Mandat D'arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. c. Belgique)»*. In: *Revue Belge de Droit International*, v. XXXV, n° 1-2, 2002, P. 515.

Segundo Verhoeven, a Corte, exceto pelas opiniões individuais e dissidentes dos juízes, cala sobre a competência repressiva universal, mas mesmo este silêncio deve ser interpretado: *«Toute décision judiciaire peut être intéressante par ce qu'elle dit et, le cas échéant, par ce qu'elle tait. L'arrêt du 14 février 2002 ne fait pas exception à la règle (...) Ce qu'il tait concerne la compétence universelle (...) en dépit des réflexions exprimées par certains de ses membres à ce propos (...) la Cour n'est pas totalement muette sur la compétence universelle»*. *Quelques Réflexions sur l'affaire Relative au Mandat D'arrêt du 11 avril 2000*. In: *Revue Belge de Droit International*, v. XXXV, n° 1-2, 2002, p. 531 a 535.

Sands, entretanto, interpreta o silêncio como uma visão estreita da Corte sobre suas funções: *«In avoiding the jurisdiction issue it [a Corte Internacional de Justiça] indicated a narrow view of its own responsibilities»*. SANDS, Philippe. *«What is the ICJ for?»*. In: *Revue Belge de Droit International*, vol. XXXV, n. 1-2, 2002, p. 539.

chamada a manifestar-se sobre o instituto, ela não estaria impedida de fazê-lo para fundamentar alguns aspectos da sentença³⁵⁰. Segundo Cot, ao tratar da competência repressiva universal em associação com a imunidade, a Corte Internacional de Justiça poderia efetivamente ter dado uma contribuição para conciliar, de um lado, os imperativos contrários à garantia dos direitos humanos e à repressão dos crimes internacionais e, de outro lado, a estabilidade das relações internacionais. O desafio apresentado ao direito internacional contemporâneo seria justamente assegurar a estabilidade destas relações sem permitir que os responsáveis pelas mais graves violações dos direitos humanos fiquem impunes³⁵¹.

Sobre a imunidade de ministros de relações exteriores, a decisão da Corte afirma que as funções inerentes à chancelaria são tais que durante o período que desempenha suas funções, esta autoridade, quando no exterior, goza de imunidade penal absoluta. Tal imunidade o protege contra qualquer ato de autoridades de outros Estados que venham a dificultar o desempenho de suas tarefas. Neste sentido, não cabe distinguir entre atos realizados mediante capacidade oficial e atos privados, ou, ainda, entre atos realizados antes de assumir o cargo e atos realizados durante o período em que ocupou o cargo³⁵². Para a Corte Internacional de Justiça, um tribunal interno pode levar um ex-chanceler a juízo por atos realizados antes de ser empossado, ou depois de ter deixado o cargo, e também por atos realizados durante o período em que ocupou o cargo e que sejam considerados atos privados³⁵³. A corte não define, entretanto, o que são atos privados, nem analisa se o cometimento de crimes internacionais pertenceria a esta categoria³⁵⁴.

Como afirmar que a Corte falhou no caso Yerodia? De acordo com Perrone-Moisés, os erros da Corte Internacional de Justiça devem-se ao fato de a decisão: não ter considerado o costume internacional que afasta a imunidade diante de crimes internacionais³⁵⁵; não atentar para o fato de que há atos, como o cometimento de crimes

³⁵⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *õJulgamento de 14 de fevereiro de 2002õ*. In: *Arrest warrant case of 11 april 2000õ*. Disponível online: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>>, p. 19.

³⁵¹ COT, Jean-Pierre. *õÉloge de L'indécision. La Cour et La Compétence Universelleõ*. In: *Revue Belge de Droit International*, vol. XXXV, n. 1-2, 2002, p. 548.

³⁵² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *õJulgamento de 14 de fevereiro de 2002õ*, *op. cit.*, p. 23.

³⁵³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *õJulgamento de 14 de fevereiro de 2002õ*, *op. cit.*, p. 25.

³⁵⁴ De acordo com Sands: *õBut the Court provides no assistance as to what would or would not be a private act. And it does not indicate whether it agrees with the approach taken by Lord Browne-Wilkinson in Pinochet No. 3 that acts such as torture or disappearance or genocide could never be committed in an official capacity and therefore fell to be treated as private actsõ*. SANDS, Philippe, *op. cit.*, p. 543.

³⁵⁵ No mesmo sentido, Gaeta afirma que: *õit seems indisputable that foreign States may call such persons to account for international crimes committed in their public capacity during the exercise of their functions*,

internacionais, que não são de caráter privado e que não podem, tampouco, ser considerados como inerentes às funções desempenhadas por autoridades governamentais protegidas pela imunidade; e não explicitar as normas aplicáveis ao exercício da competência repressiva universal³⁵⁶.

A decisão sobre o caso Yerodia implicaria a impunidade do ex-chanceler, e a própria Corte tem consciência disso³⁵⁷, uma vez que discorre, durante dois parágrafos, sobre o fato de a imunidade não significar impunidade³⁵⁸. A nosso ver, pelo menos no caso Yerodia, o reconhecimento da imunidade significou, sim, a impunidade. A Corte ofereceu quatro opções para que o ex-chanceler fosse levado a juízo pelos crimes cometidos, ao afirmar que: (i) os ministros das relações exteriores não gozam de imunidade em seus próprios países, de modo que poderiam ser julgados pelos tribunais de seus Estados; (ii) o chanceler deixaria de ser protegido pela imunidade no exterior, se o Estado que ele representa decidir derrogá-la; (iii) depois de deixar o cargo, a imunidade não impediria o tribunal de um terceiro Estado de processá-lo, com base na competência repressiva universal, pelos atos cometidos em capacidade privada³⁵⁹; e (iv) um atual ou ex-ministro das relações exteriores pode estar sujeito a procedimentos criminais frente aos tribunais penais internacionais, onde as imunidades não impedem o julgamento.

Uma rápida análise das opções oferecidas pela Corte para a responsabilização de Yerodia permite verificar que, no caso deste ex-chanceler, nenhuma delas seria aplicável, de modo que a imunidade equivaleria à impunidade. Em relação à primeira opção, é extremamente incomum que um Estado criminoso, no qual violações aos direitos humanos são frequentes, julgue os criminosos por tais ofensas; mesmo que depois o Estado venha a transitar da ditadura para a democracia, a concessão de anistias costuma impedir os

without the consent of the State they represented. It would therefore be incongruous, at least from a logical point of view, to maintain that the derogation from the customary rule on ratione materiae immunity crystallized with respect to official acts constituting international crimes only apply when those acts are committed by some State officials i.e. members of the military low-ranking State officials, whereas all other State agents, including the highest political authorities of a State would not be covered by that derogation. GAETA, Paola. *Ratione materiae immunities of former heads of state and international crimes: the Hissène Habré case*. In: *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 1, 2003, p. 190.

³⁵⁶ PERRONE-MOISÉS, Cláudia, *op. cit.*, 2009, p. 82.

³⁵⁷ SANDS, Philippe, *op. cit.*, p. 542.

³⁵⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Julgamento de 14 de fevereiro de 2002*, *op. cit.*, p. 25 e 26.

³⁵⁹ Segundo Gaeta, este aspecto da decisão foi bastante criticado: *The view set forth by the Court has raised criticism among scholars, who argue that customary international law allows for an exception to the rule of ratione materiae immunity in the context of international crimes (i) As a result, customary international law would permit foreign States to derogate from the rule on ratione materiae immunity for acts amounting to international crimes*. GAETA, Paola. *op. cit.*, p. 189.

processos. Quanto ao segundo item, vê-se, na prática, que os Estados não têm o costume de derrogar as imunidades de um chanceler em exercício. A terceira opção também se revela improvável no caso de Yerodia devido ao fato de a Corte não ter esclarecido o que se entende por atos de caráter privado. A quarta opção – o recurso aos tribunais internacionais penais – tampouco é possível, vez que os atos cometidos por Yerodia não são sujeitos *ratione materiae* ou *ratione temporis* a nenhum destes órgãos: suas condutas não se deram no contexto dos conflitos ocorridos na ex-Iugoslávia; são reflexo, mas não podem ser consideradas como atos do genocídio de Ruanda; e são datadas de agosto de 1998, quando o Estatuto do Tribunal Penal Internacional ainda não estava em vigor.

Especificamente quanto à competência repressiva universal *in absentia*, as opiniões individuais e dissidentes dos juízes da Corte Internacional de Justiça evidenciaram como o tema ainda é controverso no direito internacional. No placar final, de um lado, os juízes Guillaume, Rezek, Oda e Bula-Bula entenderam pela impossibilidade do exercício da competência repressiva universal *in absentia* no direito internacional penal. De outro lado, os juízes Higgins, Koojimans, Buergenthal e Van den Wyngaert admitiram a possibilidade do exercício da competência repressiva universal *in absentia*, sob a alegação de que não existe, no direito internacional, nenhuma norma que a proíba³⁶⁰.

De acordo com Salmon³⁶¹, para os defensores da ideia de que a repressão e o julgamento dos responsáveis por graves crimes internacionais é uma norma de *ius cogens*, a decisão da Corte foi uma desilusão, uma vez que, colocada diante da escolha entre dois valores – o combate às mais graves violações de direitos humanos e a manutenção da ordem nas relações internacionais –, ao defender a imunidade, ela escolheu o segundo, afirmando-se como representante dos costumes do direito internacional tradicional.

O caso atraiu bastante atenção da mídia e da doutrina internacionalista, justamente por envolver a análise de temas relacionados a um dos maiores desafios da comunidade internacional: como conseguir um equilíbrio apropriado entre a estabilidade das relações internacionais, de um lado, e a garantia dos direitos humanos, de outro³⁶². Como vimos³⁶³, o embate entre ordem e justiça é inerente a casos em que altas autoridades governamentais são acusadas do cometimento de graves violações de direitos humanos por tribunais

³⁶⁰ INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 95.

³⁶¹ SALMON, Jean, *op. cit.*, p. 514.

³⁶² SANDS, Philippe, *op. cit.*, p. 537.

³⁶³ Item I. i.

internos que exercem a competência repressiva universal. O interesse suscitado pelo caso também está relacionado com o contexto em que foi apresentado. Num curto intervalo de tempo ó de julho de 1998 até o final de 1999 ó, a comunidade internacional presenciou: a adoção do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; a detenção de Pinochet em Londres, após pedido de extradição da Espanha; e a acusação de Slobodan Milosevic pelo procurador do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia³⁶⁴. Neste momento, em que o cenário internacional mostrava a adoção de medidas efetivas no sentido da ampliação do escopo e da efetividade do direito internacional penal, surge o caso Yerodia. A decisão da Corte Internacional de Justiça, devido às suas falhas, representou um retrocesso ou, pelo menos, uma interrupção do processo de consolidação do direito internacional penal.

De acordo com Gaeta, se a decisão da Corte sobre as imunidades *ratione materiae* for aceita pelos Estados como a palavra final sobre o assunto, pode ocorrer uma interrupção da tendência que se observa na prática dos Estados de levar antigos ditadores e altos oficiais a juízo pelo cometimento de graves violações de direitos humanos que constituem crimes internacionais. A decisão da Corte tenderia, dessa forma, a enfraquecer o marco que a decisão da Câmara dos Lordes no caso Pinochet representou na luta contra a impunidade. Após o caso Pinochet, a ideia de que ex-chefes de Estado não estavam mais protegidos pelas imunidades parecia consolidar-se; o julgamento do caso Yerodia, entretanto, assinalou outra percepção, de modo que trouxe incertezas aos Estados que pretendem exercer a competência repressiva universal contra altos oficiais suspeitos do cometimento de crimes internacionais³⁶⁵. Neste sentido, entendemos que a Corte Internacional de Justiça cujas funções primordiais incluem justamente a missão de esclarecer controvérsias e conceitos do direito internacional falhou no caso Yerodia ao contribuir para trazer mais sombra do que luz às questões da competência repressiva universal e da imunidade.

Outras consequências que resultaram, indiretamente, do julgamento do caso Yerodia, foram a alteração da lei belga que previa a competência repressiva universal e o fato de a impunidade de Yerodia tê-lo incentivado a continuar usando sua posição oficial para violar os direitos humanos. A primeira consequência será aprofundada no item II.a

³⁶⁴ SANDS, Philippe, op. cit., p. 537.

³⁶⁵ GAETA, Paola, op. cit., p. 192 e 193.

deste capítulo. Em relação à segunda consequência, soube-se que, pouco tempo depois da decisão da Corte, Yerodia retomava os discursos públicos de incitamento ao ódio racial. Segundo a Human Rights Watch, a campanha eleitoral ocorrida em 2006 na RDC foi marcada pela violência. Em maio daquele ano, por ocasião de um comício de apoio a Laurent Kabila, Yerodia, então um dos quatro vice-presidentes do Congo, atacou verbalmente a minoria étnica tutsi, com frases como: òse vocês não retornarem a suas casas serão empalados para garantir que partamõ³⁶⁶.

II. i. c. O caso Hissène Habré³⁶⁷

Outro caso relevante que envolve o exercício da competência repressiva universal contra um ex-ditador acusado de crimes internacionais é o caso Hissène Habré. Dentre os três casos que analisamos mais detidamente, este é o que envolve maior coordenação entre diferentes atores internacionais. Durante os últimos onze anos, o caso envolveu três Estados (o Chade, o Senegal e a Bélgica), um tribunal internacional (a Corte Internacional de Justiça) e duas organizações internacionais (a Organização das Nações Unidas e a União Africana). Infelizmente, até o momento, o caso encontra-se pendente na Corte Internacional de Justiça³⁶⁸, de modo que alguns elementos importantes da análise jurídica não poderão ser abordados neste estudo. Acreditamos, porém, que, mesmo sem a decisão final da Corte, a apresentação dos fatos relacionados ao caso Hissène Habré pode contribuir para melhor compreensão da competência repressiva universal.

Hissène Habré assumiu o poder no Chade em 1982, após golpe de Estado contra o governo de Goukouni Wedeye e, à época, recebeu o apoio da França e dos Estados Unidos que o enxergavam como uma proteção contra a Líbia de Khadafi³⁶⁹. O Estado comandado

³⁶⁶ HUMAN RIGHTS WATCH. *RD Congo: mettre un terme à la violence pré-électorale*, 2006. Disponível online: <<http://www.hrw.org/fr/news/2006/10/24/rd-congo-mettre-un-terme-la-violence-pr-lectorale>>.

³⁶⁷ O caso Hissène Habré também possui outras denominações. Na doutrina, há referência a ele como òPinochet Africanoö. Perante a Corte Internacional de Justiça, o caso é denominado Questões sobre a obrigação de julgar ou extraditar (Bélgica *versus* Senegal). Escolhemos a denominação caso Hissène Habré no intuito de manter o paralelismo com os demais casos apresentados neste estudo.

³⁶⁸ De acordo com o comunicado à imprensa n. 2009/26, de 17 de julho de 2009 ó último documento sobre o caso que consta no sítio da Corte Internacional de Justiça ó o prazo final para apresentação do contra-memorial do Senegal estende-se até 11 de julho deste ano. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. òPress release n. 2009/26ö. In: *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Disponível online: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15343.pdf>>.

³⁶⁹ De acordo com Brody: ò*The United States and France supported Habré's military advance on the capital Ndjamena and backed him throughout most of his rule, seeing him as a bulwark against Libya's Moemmar*

por Hissène Habré era instituído sobre um aparato criminoso, com brigadas e departamentos organizados com o fim de perpetrar violações de direitos humanos. O regime do ditador foi marcado por maciças violações de direitos humanos, cujas vítimas foram estimadas em mais de dez milhares pela comissão de verdade instaurada durante o governo Déby, que assumiu o poder em dezembro de 1990³⁷⁰. A mesma comissão solicitou o julgamento dos responsáveis por genocídio e crimes contra a humanidade. Tendo em conta o fato de muitos ex-partidários de Habré terem continuado a exercer funções públicas após a mudança de governo, esta solicitação não foi levada adiante no plano interno³⁷¹.

No plano externo, entretanto, o precedente do caso Pinochet mostrava mais uma vez sua força catalisadora ao incentivar que Delphine Djiraibe, presidente da Associação chadiana para a promoção e defesa dos direitos humanos, requisitasse a assistência da Human Rights Watch e da Fédération Internationale des Droits de l'Homme para conduzir o ex-ditador à justiça no Senegal, país onde Habré estava exilado desde que havia sido derrubado do governo do Chade³⁷². A partir desta iniciativa, formou-se uma coalizão ó composta por outras organizações não-governamentais, tanto do Chade e do Senegal, como outras de caráter internacional, e de advogados das vítimas que decidiu apresentar o caso à jurisdição senegalesa³⁷³.

Khadaffi. Indeed, under President Ronald Reagan, the United States gave covert CIA paramilitary support to help install Habré in order, according to Secretary of State Alexander Haig, to 'bloody Khadaffi's nose'. The United States later provided Habré with tens of millions of dollars per year as well as with military intelligence information. BRODY, Reed, *op. cit.*, 2000-2001, p. 321.

³⁷⁰ A chegada de Idriss Déby ao poder, também por meio de golpe contra Hissène Habré, não representou a transição para uma democracia plena no Chade. Déby havia desempenhado o cargo de chefe do Estado Maior durante o governo Habré, e analistas afirmam que a comissão de verdade instaurada em seu governo constituiu uma tentativa do novo presidente de convencer a população de seu engajamento com a causa dos direitos humanos. Tendo em conta o fato de a comissão estar apta a descobrir crimes internacionais cometidos pelo próprio Déby durante o governo Habré, os trabalhos por ela desenvolvidos permaneceram em ritmo lento até 2000. SEROUSSI, Julien. *«L'internalisation de la justice transitionnelle: l'affaire Hissène Habré»*. In: *Critique internationale*, n. 30, jan-mar 2006, p. 86.

Em 2001, a Human Rights Watch teve acesso aos arquivos do departamento do governo Habré que coordenava as repressões e conseguiu contabilizar informações mais precisas sobre as vítimas: *«In 2001, Human Rights Watch unearthed the abandoned archives of Habré's personal Gestapo, the feared 'DDS'. Tens of thousands of documents detailed how Habré had placed the DDS under his direct control, attacked rival ethnic groups and organized the repression of political opponents. The documents listed 1,208 dead prisoners, and 12 321 abuse victims»*. GUENGUENG, Souleymane. *«Justice Denied in Senegal»*. In: *Global post*, 2011. Disponível online: < <http://www.hrw.org/en/news/2011/01/24/justice-denied-senegal> >.

³⁷¹ BRODY, Reed, *op. cit.*, 2000-2001, p. 322 e 323.

³⁷² SEROUSSI, Julien, *op. cit.*, p. 86.

³⁷³ BRODY, Reed, *op. cit.*, 2000-2001, p. 324.

Em fevereiro de 2000, o juiz senegalês Demba Kandji acusou formalmente o antigo ditador pelo cometimento de tortura³⁷⁴ e determinou sua detenção domiciliar. O caso adquiriu ampla repercussão na mídia que, em geral, apoiava a competência dos tribunais do Senegal para o caso³⁷⁵. A peculiaridade do caso estava estabelecida: pela primeira vez, um ex-líder africano era acusado de atrocidades pelos tribunais de outro país africano. Infelizmente, em outra decisão ó muito criticada interna e externamente que analisou a apelação apresentada pelos advogados de Hissène Habré, a acusação foi anulada³⁷⁶. De acordo com Brody, os temores iniciais³⁷⁷, de que a influência política sobre os tribunais senegaleses causaria impactos negativos sobre as decisões jurídicas, parecem ter sido confirmados com esta decisão.

As influências políticas sobre o caso começaram a manifestar-se com reunião do Conselho superior da magistratura do Senegal que decidiu pela transferência do juiz Kandji e por seu afastamento do caso Hissène Habré. Um mês depois, em julho de 2000, uma câmara composta por três juízes rejeita a acusação contra o ex-ditador chadiano sob o argumento de que, apesar das determinações da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, os tribunais senegaleses não eram competentes para promover o julgamento contra Habré, devido ao fato de os crimes alegados não terem sido cometidos no Senegal³⁷⁸. A suspeita de que interferências políticas provocaram este resultado foram, inclusive, confirmadas pelas Nações Unidas que, por meio de seus relatores ó relator especial para a independência de juízes e advogados e

374 A acusação formulada por Kandji foi comemorada pelas vítimas. Segundo Guengueng: *õWe could hardly believe it when a Senegalese judge indicted Habréõ*. GUENGUENG, Souleymane, *op. cit.*

Brody nota também que, além da tortura, o juiz Kandji havia determinado investigações para que à acusação fossem adicionados o crime de desaparecimento forçado e crimes contra a humanidade. Ver: BRODY, Reed, *op. cit.*, 2000-2001, p. 326.

³⁷⁵ BRODY, Reed, *op. cit.*, 2000-2001, p. 326.

³⁷⁶ BRODY, Reed, *op. cit.*, 2000-2001, p. 321.

Sobre a fundamentação para a decisão que rejeitou a acusação contra Habré, Llopis afirma: *õEn revanche, la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar n'a pas retenu ce chef d'inculpation et a annulé toute la procédure par sa décision du 4 juillet 2000. La Cour de Cassation du Sénégal a confirmé la décision de la Chambre d'accusation dans une décision du 20 mars 2001. La Chambre d'accusation, pour rejeter la compétence des tribunaux sénégalais pour connaître du chef de complicité de crimes contre l'humanité, explique que le droit positif sénégalais ne renferme à l'heure actuelle aucune incrimination de crimes contre l'humanité, qu'en vertu du principe de la légalité des délits et des peines affirmé à l'article 4 du Code pénal, les juridictions sénégalaises ne peuvent matériellement connaître de ces faitsõ*. LLOPIS, Ana Peyró, *op. cit.*, p. 113.

³⁷⁷ Estes temores eram tão fundados que, na véspera da apresentação da petição, a coalizão formada reuniu-se com o então Ministro da Justiça do Senegal, Serigne Diop, que assegurou aos interessados que não haveria interferência política no trabalho do judiciário. BRODY, Reed, *op. cit.*, 2000-2001, p. 322 e 325.

³⁷⁸ BRODY, Reed, *op. cit.*, 2000-2001, p. 330.

relator especial para a tortura ó declararam sua preocupação com as circunstâncias em que as acusações contra Habré foram rejeitadas³⁷⁹.

Mesmo com o retrocesso causado pela decisão dos tribunais senegaleses, o caso Hissène Habré contribuiu para algumas mudanças internas no Chade. Em primeiro lugar, o governo manifestou seu descontentamento com esta decisão e afirmou que o caso poderia ter constituído uma continuação dos trabalhos da comissão de verdade instaurada em 1990. Em segundo lugar, houve alguns avanços no judiciário do Chade quanto ao julgamento de crimes internacionais cometidos durante o governo Habré por seus próprios tribunais³⁸⁰. Tais mudanças corroboram nosso entendimento de que, apesar de o exercício da competência repressiva universal levar a decisão dos casos para longe do local onde eles foram cometidos, o instituto tende a desempenhar um efeito catalisador ao estimular que as vítimas e a sociedade busquem formas domésticas para reparar as violações dos direitos humanos do passado ó seja por meio de comissões de verdade ou por meio de seus tribunais.

Ainda com relação às medidas adotadas pelo Chade quanto à responsabilização penal de seu ex-ditador, compete assinalar que, em outubro de 2002, o país, num gesto incomum nas relações internacionais, renunciou formalmente à imunidade de Hissène Habré. Por meio de uma carta do ministro da justiça do Chade ao juiz belga para quem o caso foi apresentado após a rejeição da acusação nos tribunais senegaleses, o governo chadiano informou que o ex-ditador não poderia alegar qualquer imunidade³⁸¹.

A rejeição das acusações no Senegal não representou o fim das medidas contra Hissène Habré. Após a lamentável decisão, a coalizão formada pelas vítimas e por organizações não-governamentais recorreu aos tribunais belgas³⁸² que, depois de longas investigações, em 2005, expediram um mandado de prisão internacional contra o ex-ditador, bem como requisitaram sua extradição, pelo cometimento de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e tortura. De acordo com a Human Rights Watch, no Senegal, ao invés de optar pela extradição do ex-ditador que se encontrava no país, o

³⁷⁹ BRODY, Reed, *op. cit.*, 2000-2001, p. 331 e 332.

³⁸⁰ BRODY, Reed, *op. cit.*, 2000-2001, p. 332 e 333.

³⁸¹ GAETA, Paola, *op. cit.*, p. 186.

³⁸² A escolha da Bélgica deveu-se à sua legislação avançada sobre o exercício da competência repressiva universal. De acordo com uma das vítimas que promove o caso: *õWe did not give up, though, and pressed charges against Habré in Belgium, whose famous anti-atrocity law allowed its courts to hear cases from around the worldõ*. GUENGUENG, Souleymane, *op. cit.*

Presidente Wade submeteu o caso à União Africana. Esta organização internacional decidiu, em 2006, que ao invés de extraditar Habré para a Bélgica, ele deveria ser julgado pelo Senegal, em nome de toda a África. O presidente senegalês concordou com a determinação da União Africana e comprometeu-se a cumpri-la.

A fim de permitir aos tribunais a realização do julgamento com base na competência repressiva universal, em 2008, procedeu-se a emendas constitucionais e a reformas legislativas que incluíssem no ordenamento interno do Senegal a possibilidade do exercício deste instituto com relação aos crimes de genocídio, tortura, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. O início do processo foi, entretanto, protelado devido à solicitação de Wade de que ao Senegal deveria ser providenciado um fundo de milhões de dólares para cobrir as despesas com o processo³⁸³. O fundo foi recentemente providenciado, de modo que se esperava que os tribunais senegaleses comessem a agir. Não foi, porém, o que aconteceu: recentemente o Presidente Wade deu declarações públicas de que já estava cansado do caso Habré e que estava considerando a hipótese de devolvê-lo para a análise da União Africana. Sua posição incoerente com os compromissos anteriormente assumidos e com as obrigações estabelecidas pelo direito internacional penal ó foi prontamente criticada pelo Comitê das Nações Unidas contra a Tortura³⁸⁴.

A inação senegalesa motivou a Bélgica a apresentar o caso à Corte Internacional de Justiça, com o pedido de que o órgão determinasse que aquele país julgasse ou extraditasse Hissène Habré³⁸⁵. Na petição apresentada à Corte em 16 de fevereiro de 2009, alega-se a existência de uma disputa legal entre a Bélgica e o Senegal, relacionada à aplicação e à interpretação de normas convencionais e costumeiras³⁸⁶. Segundo a Bélgica, o fracasso do Senegal em processar Habré constitui violação à Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (art. 5º, §2º; art. 7º, §1º; art. 8º, §2º e art. 9º, §1º) e à obrigação de punir crimes internacionais prevista nos costume

³⁸³ HUMAN RIGHTS WATCH. *African Union Calls for Expeditious Start to Habré Trial*, 2011. Disponível online: <<http://www.hrw.org/en/news/2011/01/31/african-union-calls-expeditious-start-habre-trial>>.

³⁸⁴ GUENGUENG, Souleymane, *op. cit.*

³⁸⁵ HUMAN RIGHTS WATCH. *The case against Hissène Habré, an African Pinochet*. Disponível online: <<http://www.hrw.org/en/habre-case>>.

³⁸⁶ REINO DA BÉLGICA. "Application". In: *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Disponível online: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15054.pdf>>, p. 4 e 5.

internacional³⁸⁷. Com base nestas alegações, a Bélgica requer que a Corte declare: (i) que tem jurisdição para o caso; (ii) que o caso é admissível; (iii) que o Senegal é obrigado a processar penalmente Hissène Habré por crimes de tortura e crimes contra a humanidade; e (iv) que, na impossibilidade de processar o ex-ditador, o Senegal está obrigado a extraditá-lo para a Bélgica para que possa ser julgado por estes crimes perante tribunais belgas³⁸⁸. O pedido elaborado pela Bélgica à Corte Internacional de Justiça solicita, claramente, que os juízes decidam sobre a obrigatoriedade do princípio *aut dedere aut judicare* em relação aos crimes internacionais e que, ao tratarem da parte relacionada ao *judicare*, manifestem-se a respeito da competência repressiva universal e sua obrigatoriedade, conforme tratados e costumes do direito internacional.

O caso Hissène Habré, que continua pendente depois de uma década de idas e vindas em diferentes países e instâncias internacionais, evidencia a necessidade de maior clareza jurídica quanto à obrigação de os Estados julgarem ó com base na competência repressiva universal ó ou extraditarem os indivíduos acusados do cometimento de crimes internacionais contra os direitos humanos. No caso Yerodia, a Corte Internacional de Justiça, como vimos anteriormente, teve a oportunidade de esclarecer o tema, mas não o fez. Resta saber se o fará agora, com a possibilidade de efetivamente decidir sobre a questão da competência repressiva universal que lhe foi apresentada pelo caso deste ex-ditador do Chade.

Em termos políticos, o caso Hissène Habré também revela como a interferência política no judiciário pode prejudicar o encaminhamento de processos contra ex-líderes acusados de graves violações dos direitos humanos. A competência repressiva universal transita entre a ordem e a justiça, entre o poder e o direito. Como vimos³⁸⁹, a justiça não tem meios para fazer cessar as violações de direitos humanos quando elas acontecem, mas pode contribuir, posteriormente, para dissuadi-las. Compete ao poder a adoção de ações capazes de deter estas violações. Neste sentido, entendemos que a competência repressiva universal estabelece uma relação dupla com a política: de um lado, aos tribunais, quando exercem a competência repressiva universal, deve ser garantida a distância da influência política para uma análise jurídica imparcial das violações que lhe foram apresentadas; de outro lado, os tribunais precisam da vontade política para que um caso como o de Pinochet,

³⁸⁷ REINO DA BÉLGICA. *õApplicationõ*, *op. cit.*, p. 5

³⁸⁸ REINO DA BÉLGICA. *õApplicationõ*, *op. cit.*, p. 7 e 8.

³⁸⁹ Ver item i do capítulo I.

Yerodia ou Habré lhes seja encaminhado. O desenvolvimento dos procedimentos penais contra o ex-ditador do Chade no Senegal evidencia que a relação entre direito e poder não se encontrava equilibrada no país, haja vista que, num primeiro momento, o juiz do caso foi afastado, a acusação rejeitada, e, num segundo momento, depois de comprometer-se com o encaminhamento do processo, o Presidente Wade contribuiu para que apesar do apoio internacional e da obrigação de julgar ou extraditar que compete ao Senegal as medidas jurídicas relativas ao caso fossem proteladas.

A análise destes três casos, que acreditamos serem os mais relevantes dos últimos anos no que concerne ao estudo da competência repressiva universal, não permite determinar em que estágio se encontra a jurisprudência internacionalista sobre o tema. O caso Pinochet mostrou-se um avanço; o caso Yerodia, por sua vez, um retrocesso. O caso Hissène Habré continua sem decisão final em virtude de ser afetado por circunstâncias políticas, de modo que ainda não se depreende qual será a sua real contribuição para o desenvolvimento da competência repressiva universal nos tribunais. Infelizmente, cabe reconhecer que, em comparação com a doutrina internacionalista, a jurisprudência ainda titubeia em admitir, sem condicionamentos, o exercício da competência repressiva universal como um mecanismo do arcabouço da justiça internacional penal que tem papel relevante a desempenhar na proteção e promoção dos direitos humanos.

II. i. d. Outros

Conforme assinalado anteriormente, os casos que foram apresentados de forma mais detalhada neste estudo merecem maior atenção por envolverem a responsabilização penal de altos oficiais governamentais que poderiam ser protegidos pela imunidade. Existem, entretanto, outros casos importantes para a análise da competência repressiva universal que serão brevemente descritos.

À **Bélgica** cabe o papel de pioneira³⁹⁰ nesta fase atual de afirmação da competência repressiva universal, e a primeira vez em que a exerceu, de fato³⁹¹, foi no caso dos quatro de Butare. Após o genocídio em Ruanda, a Bélgica, como ex-metrópole, além de manter vários vínculos com o país (como o envolvimento com as forças de paz das Nações Unidas que atuaram em Ruanda), recebeu centenas de ruandeses, de ambos os lados do conflito, em seu território, e estabeleceu investigações a respeito dos acontecimentos, inclusive dos crimes internacionais ocorridos na cidade de Butare³⁹². De acordo com Reydamas, durante o conflito, Butare manteve-se, por algum tempo, longe da escalada de violência que acometia Ruanda. Com a mudança do prefeito da cidade, a situação alterou-se, e dezenas de milhares foram massacrados³⁹³. Neste contexto, as investigações belgas chegaram a quatro suspeitos: Vincent Ntezimana, professor, considerado um dos ideólogos do genocídio³⁹⁴; Alphonse Higaniro, chefe de gabinete da presidência, cujos atos remetiam à propaganda do genocídio e ao treinamento da milícia Interahamwe; Consolata Mukangango e Julienne Mukabutera, freiras que, em três ocasiões auxiliaram diretamente o massacre de centenas de refugiados que haviam buscado abrigo nos conventos³⁹⁵. O promotor acusou os quatro de serem cúmplices de homicídio e de terem cometido crimes de guerra. No julgamento pela corte belga, depois da oitiva de mais de cem testemunhas, a sentença determinou pena privativa de liberdade de mais de dez anos para todos os acusados³⁹⁶. Um dado interessante a respeito do caso dos quatro de Butare é o fato de nem a defesa nem Ruanda terem questionado a competência repressiva universal da Bélgica³⁹⁷.

³⁹⁰ Segundo Hans, o pioneirismo belga deve-se a três razões principais: (i) o país acusou mais de sete políticos pelo cometimento de crimes contra a humanidade desde 1988; (ii) as condenações dos perpetradores pelos tribunais belgas por crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio conferiram peso à legitimidade da competência repressiva universal; e (iii) foi o primeiro Estado a processar e condenar os responsáveis em tribunais civis, ao invés de o fazê-lo em tribunais militares ou internacionais, que são mais frequentes para este tipo de violação de direitos humanos. HANS, Monica, *op. cit.*, p. 373.

³⁹¹ Anteriormente, no caso Pinochet, a Bélgica também havia tomado algumas medidas. De acordo com Verhaeghe: *“A second opportunity [para a Bélgica] to develop jurisprudence on the UJ Statute came with the well-known trial of four Rwandans accused of having committed or participated in the Rwandan genocide of 1994”*. VERHAEGHE, Michael. *“The political funeral prosecution for the Belgian UJ Statute”*. In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*. Nova York: Springer, 2007, p. 139.

³⁹² REYDAMS, Luc, *op. cit.*, 2003 (b), p. 429.

³⁹³ REYDAMS, Luc, *op. cit.*, 2003 (b), p. 430.

³⁹⁴ Sobre o freqüente envolvimento de intelectuais em limpezas étnicas, fiiflek afirmou em recente entrevista que: *“Há uma poesia que atua como fundamento das pátrias e sem a qual não poderíamos entender o ódio”*. ARROYO, Francesc. *“Por trás de cada limpeza étnica há um poeta”*, Entrevista com Slavoj fiiflek, 19 de junho de 2010. In: El País. Disponível online: <<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/elpais/2010/06/19/por-tras-de-cada-limpeza-etnica-ha-um-poeta.jhtm?action=print>>.

³⁹⁵ REYDAMS, Luc, *op. cit.*, 2003 (b), p. 430 a 432.

³⁹⁶ REYDAMS, Luc, *op. cit.*, 2003 (b), p. 433.

³⁹⁷ REYDAMS, Luc, *op. cit.*, 2003 (b), p. 434.

Além do caso dos quatro de Butare, em que o processo seguiu até o final, com condenação e decisão transitada em julgado, a Bélgica tentou iniciar alguns outros procedimentos com base na competência repressiva universal. A acusação contra Ariel Sharon, ex-premiê israelense, pelos atos cometidos durante os massacres de Sabra e Shatila, em 1982, no Líbano, recebeu ampla cobertura da mídia. Decisão da corte de apelação belga, contrária à opinião do procurador, recusou a acusação sob a alegação de que os tribunais belgas somente poderiam exercer a competência repressiva universal quando o acusado estivesse presente no território do país³⁹⁸. Além da involução representada por esta decisão, a acusação contra Ariel Sharon³⁹⁹ colocou a Bélgica sob forte pressão política dos Estados Unidos e de Israel que efetivamente resultou em uma reforma da lei belga que reduziu, em muito, o escopo da aplicação da competência repressiva universal por seus tribunais⁴⁰⁰.

Em relação ao exercício da competência repressiva universal na **França**, destacam-se os casos apresentados contra chefes de Estado em exercício. Nesta categoria, estão os procedimentos iniciados contra o Presidente da República Democrática do Congo, Laurent-Désiré Kabila e contra o Presidente de Cuba, Fidel Castro, por crimes contra a humanidade. Em ambos os casos, o processo não prosseguiu, tendo em conta os fundamentos dos juízes de que não eram competentes para a análise ou que os atos já haviam prescrito⁴⁰¹. Também aos tribunais franceses foi apresentado o caso contra o padre ruandês Wenceslas Munyeshyaka, acusado de cometer genocídio e crimes contra a humanidade contra refugiados da etnia tutsi⁴⁰². Em 2001, um oficial mauritano, Ely Oud Dah, após processo conduzido com base na competência repressiva universal, foi condenado a dez anos de prisão por crimes de tortura⁴⁰³. De acordo com estudo recente das Nações Unidas, existem processos conduzidos com base na competência repressiva universal por tribunais franceses que ainda pendem de decisão: estes casos envolvem

³⁹⁸ VERHAEGHE, Michael, *op. cit.*, p. 140.

³⁹⁹ Além de Ariel Sharon, a possibilidade de que a Bélgica formalizasse acusações também contra Norman Schwarzkopf, George H. W. Bush, Dick Cheney e Colin Powell pelos crimes cometidos durante primeira Guerra do Golfo levaram os Estados Unidos a usar sua força política para dissuadir os tribunais belgas. Ver: WEISS, Peter. òRun, Rummy, Runö. In: *Global Policy Forum*, 8 de dezembro de 2006. Disponível online: <<http://globalpolicy.org/component/content/article/97/32136.html>>.

⁴⁰⁰ Sobre as legislações nacionais e a competência repressiva universal, ver item II. ii.

⁴⁰¹ STERN, Brigitte, *op. cit.*, 2001, p. 15.

⁴⁰² INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁰³ HUMAN RIGHTS WATCH. *Universal jurisdiction in Europe: the state of the art*, vol. 18, n. 5, jun 2006. Disponível online: <<http://www.hrw.org/en/reports/2006/06/27/universal-jurisdiction-europe>>, p. 56.

crimes internacionais que ocorreram na Argélia, no Camboja, na República Democrática do Congo (Kinshasa) e em Ruanda⁴⁰⁴.

Um dos casos em que tribunais franceses pretenderam exercer a competência repressiva universal também foi contestado pela República do Congo (Brazzaville) perante a Corte Internacional de Justiça⁴⁰⁵. Depois de ouvir organizações humanitárias, tribunais franceses formalizaram acusações contra o ministro do interior do Congo, Pierre Oba, e expediram mandado para a oitiva do Presidente Denis Sassou Nguesso como testemunha. Diante da situação, o Congo procurou a Corte sob a alegação de que a atuação dos juízes franceses, ao se atribuírem, unilateralmente, competência repressiva universal neste caso violava não só os princípios de não-intervenção e de igualdade soberana entre os Estados, mas também a imunidade de chefes de Estado, reconhecida pela Corte como um costume internacional⁴⁰⁶. Tratava-se de mais um julgamento ó além do caso *Bélgica versus Senegal* sobre a responsabilização penal de Hissène Habré em que a Corte teria oportunidade de corrigir os erros do caso Yerodia a respeito da competência repressiva universal e da imunidade. O caso sobre Nguesso, entre Congo e França foi, entretanto, recentemente retirado da lista do tribunal da Haia, a pedido do Congo, de modo que a Corte não se manifestará mais sobre a disputa⁴⁰⁷.

A **Alemanha** também exerceu a competência repressiva universal em alguns casos. Em 1997, Novislav Djajic foi condenado a cinco anos de prisão por ser cúmplice no genocídio bósnio. No mesmo ano, Nicola Jorgic foi sentenciado à prisão perpétua por genocídio. Em 1999, Maskim Sokolovic foi condenado a 9 anos de prisão por tratamento desumano ou degradante contra muçulmanos na Sérvia, e Djuradi Kusljic foi apenado com a prisão perpétua por genocídio⁴⁰⁸.

Além dos casos relacionados ao genocídio na ex-Iugoslávia, a Alemanha atraiu a atenção do mundo, quando lá começaram a ser analisados os crimes internacionais contra

⁴⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, A/65/181, *op. cit.*, 2010, p. 15.

⁴⁰⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*. Disponível online: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=d2&case=129&code=cof&p3=0>>.

⁴⁰⁶ REPÚBLICA DO CONGO. "Application". In: *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*. Disponível online: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/129/7067.pdf>>, p. 2

⁴⁰⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. "Press release n. 2010/36ö, de 17 de novembro de 2010. In: *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*. Disponível online: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/129/16233.pdf>>.

⁴⁰⁸ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 26 e 27.

os direitos humanos que teriam sido cometidos por Donald Rumsfeld, antigo secretário de defesa dos Estados Unidos. O procurador federal recebeu, ao todo, duas denúncias. A primeira foi apresentada em 2005, pelo Center for Constitutional Rights e por dezessete cidadãos iraquianos, perante a procuradoria federal alemã. A segunda iniciou-se em 2006, quando apresentada por uma coalizão que reunia mais de quarenta organizações de direitos humanos e indivíduos de todo o mundo. Ambas tiveram como base os abusos cometidos contra os prisioneiros na prisão iraquiana de Abu Ghraib, ocorridos em 2003 e 2004, que configuraram, segundo as denúncias, crimes de guerra e tortura. Ambas foram rejeitadas pelo procurador⁴⁰⁹ que alegou que as autoridades investigativas da Alemanha não deviam atuar nos casos, porque o assunto já estava sendo tratado nos Estados Unidos⁴¹⁰.

Também nos tribunais do **Canadá** há exemplo de exercício da competência repressiva universal. O caso Imre Finta ó cidadão húngaro e, posteriormente, também canadense acusado de crimes internacionais cometidos em colaboração com as forças nazistas durante a Segunda Guerra Mundial ó foi julgado em 1994 pela suprema corte canadense, cuja decisão definiu padrões tão rigorosos de prova para a condenação de acusados de crimes de guerra e crimes contra a humanidade que julgá-los tornou-se uma opção irrealista. Após o caso, o governo canadense declarou ser sua política privilegiar a remoção, por meio da extradição, de supostos criminosos de graves violações de direitos humanos ao invés de levá-los à justiça no Canadá⁴¹¹.

A **Suíça**, por sua vez, aplicou a competência repressiva universal com relação a crimes internacionais cometidos no contexto do genocídio de Ruanda, ocorrido em 1994. Cinco anos depois, cortes suíças condenaram o cidadão ruandês Fulgence Niyonteze à prisão perpétua por homicídio, tentativa de homicídio e crimes de guerra. O tribunal recusou-se a considerar as denúncias com relação a genocídio e a crimes contra a humanidade, porque, pelo direito interno suíço, tais crimes não estariam sujeitos à competência repressiva universal⁴¹². A limitação das acusações evidencia a importância de

⁴⁰⁹ JESSBERGER, Florian. "From 'Abu Ghraib' to the 'Rumsfeld Case'". Apresentado durante o XV *International Congress of the Société Internationale de Défense Sociale*. Disponível online: < <http://www.defensesociale.org/xvcongreso/ponencias/Florian.pdf> >, p. 1 e 2.

⁴¹⁰ KALECK, Wolfgang. *German international criminal law in practice from Leipzig to Karlsruhe*. In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*. Nova York: Springer, 2007, p. 104.

⁴¹¹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 25.

⁴¹² INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 28.

os Estados internalizarem os tratados e convenções sobre o tema em seu ordenamento doméstico.

II. i. e. O desenvolvimento da competência repressiva universal na jurisprudência

Depreende-se dos casos apresentados que, embora não somem um grande número, os processos em que a competência repressiva universal é exercida vêm aumentando, ainda que de maneira não linear, desde o caso Pinochet que se revelou um verdadeiro marco. De 1998 até hoje, vários processos semelhantes não prosperaram por diferentes razões ó sendo as mais comuns: influência política sobre o judiciário, inadequação da legislação interna com relação ao direito internacional, falta de conhecimento dos operadores do direito sobre o instituto, proteção dos acusados por meio de imunidades e anistias e falta de vontade política ó, mas nota-se que o tema despertou grande interesse, tanto para a doutrina internacionalista, quanto para a comunidade internacional que já dá sinais de que reconhece a competência repressiva universal como um mecanismo do arcabouço da justiça internacional penal capaz de contribuir para a proteção e a promoção dos direitos humanos.

Outro dado digno de nota é que, na maioria dos casos apresentados, não houve questionamento da competência repressiva universal em si, ou seja, poucos tribunais manifestaram-se no sentido de que o instituto viola alguma regra de direito internacional. Nos casos em que se recusou que ela fosse exercida, a motivação decorreu mais de questões secundárias do que da impossibilidade legal do exercício da competência repressiva universal.

Além dos países e dos casos citados, há registro do exercício da competência repressiva universal também no Reino Unido, na Dinamarca, na Áustria e na Holanda⁴¹³. Os casos apresentados nesta seção e os processos contra Pinochet, Yerodia e Habré revelam um padrão já assinalado quando tratamos da questão do imperialismo jurídico que poderia decorrer da aplicação da competência repressiva universal. Verifica-se que na prática da jurisprudência, a grande maioria dos casos em que o instituto foi aplicado revela uma situação em que um país do Norte ou Ocidente julga um indivíduo por crimes internacionais cometidos em países do Sul ou Oriente.

⁴¹³ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *op. cit.*, p. 23 a 29 e ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/65/181, *op. cit.*, 2010, p. 14 a 16.

Nos momentos em que se tentou romper este padrão, os casos não tiveram prosseguimento adequado. O caso Habré e alguns processos na Bélgica mostram a dificuldade de se superar o imperialismo. No primeiro, a possibilidade de um julgamento Sul-Sul (tribunais do Senegal julgando o ex-ditador do Chade) foi obstada por circunstâncias políticas internas e continua sem definição até hoje. Nos casos belgas, a tentativa de realizar um processo Norte-Norte (tribunais belgas julgando altos oficiais dos Estados Unidos ou de Israel) esbarrou em fortes pressões políticas. Não houve, ainda, nenhuma tentativa de se realizar um julgamento Sul-Norte, o que revelaria a quebra do padrão imperialista⁴¹⁴. A concentração de casos na conjuntura Norte-Sul está relacionada com o fato de os países mais desenvolvidos apresentarem legislações mais adequadas às normas do direito internacional penal, bem como com o fato de estes países terem passado mais de sessenta anos (no caso da Europa) sem conflitos armados em seus territórios que levassem a violações sistemáticas de direitos humanos.

O argumento de que o exercício da competência repressiva universal acarretaria imperialismo jurídico também é passível de contestação por dois motivos. O primeiro deles é a verificação, na prática, de que os Estados que exercem a competência repressiva universal o fazem de forma cautelosa e não com o fim imperialista de manter o Estado onde o crime ocorreu subjugado. O segundo motivo relaciona-se à percepção de que os Estados que exercem a competência repressiva universal agem em nome da comunidade internacional e não com o objetivo de ampliar sua margem de influência nas relações internacionais.

Quanto aos casos Sul-Sul⁴¹⁵, é questionado se no caso Fujimori ó especialmente com relação à sua extradição para o Peru determinada pela suprema corte chilena ó houve o exercício da competência repressiva universal. De acordo com Brandes, a decisão da corte chilena a favor da extradição de Fujimori para que o ex-ditador peruano enfrentasse acusações de corrupção, homicídio e tortura, em seu país foi baseada em tratado bilateral

⁴¹⁴ A concentração dos casos no padrão Norte-Sul coaduna-se com a afirmação de Ankumah, de que: *õwhile the concept of universal jurisdiction may be universal, its application may not necessarily beõ*. ANKUMAH, Evelyn A. *õThe Cairo-Arusha principles on universal jurisdiction in respect of gross human rights offenses: an African perspectiveõ*. In: *American Society of International Law Proceedings*, vol. 98, 2004, p. 238.

⁴¹⁵ Na América Latina, houve um caso em que a extradição foi determinada com base na competência repressiva universal. Trata-se do caso Ricardo Miguel Cavallo. A extradição de Cavallo foi solicitada pelo juiz espanhol Baltasar Garzón ao México sob a alegação de que este nacional argentino teria cometido crimes internacionais contra os direitos humanos durante a ditadura naquele país. Em 10 de junho de 2003, a suprema corte mexicana decidiu pela aprovação da extradição. BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Telegrama ostensivo n. 698, de 11 de junho de 2003*, da Embaixada de Brasil na Cidade do México.

de extradição entre o Chile e o Peru e não na competência repressiva universal⁴¹⁶. Devido a sua longa tradição formalista e conservadora e em virtude de o tratado sobre a extradição apresentar regras mais específicas do que as normas relativas à competência repressiva universal, a corte chilena optou por fundamentar seu *dictum* no tratado bilateral. A peculiaridade do julgamento da extradição de Fujimori⁴¹⁷ permite concluir que o regime da competência repressiva universal, embora aceito pela doutrina e pela jurisprudência, ainda carece de especificidade normativa⁴¹⁸.

Em relação aos casos em que houve o exercício da competência repressiva universal, Roth-Arriaza nota que, desde 2004, os tribunais têm dados sinais confusos sobre a viabilidade de se conduzir processos com base no instituto. De um lado, casos como o de Donald Rumsfeld anunciam um retrocesso. De outro lado, casos como a condenação de afegãos no Reino Unido indicam um avanço⁴¹⁹.

A jurisprudência analisada ainda não se mostrou coerente o suficiente a ponto de admitirmos que os tribunais contribuíram decisivamente para a melhor compreensão e aplicação da competência repressiva universal. Os casos apresentados revelam apenas tendências para as quais, até o momento, não se vislumbra confirmação. É certo que, desde a década de 1990, o direito internacional penal tem seguido um ritmo acelerado de consolidação. Se a competência repressiva universal tem acompanhado este ritmo é uma questão ainda não respondida pela jurisprudência. Diante da impossibilidade de se verificar um padrão claro nas decisões dos tribunais, resta recorrer ao direito positivo para verificar como as legislações internas dos países e os projetos de codificação podem contribuir para dirimir algumas questões relacionadas ao exercício da competência repressiva universal.

⁴¹⁶ BRANDES, Rudolph E. "Who's afraid of universal jurisdiction?; The Fujimori case". In: *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, vol. 15, 2008-2009, p. 126.

⁴¹⁷ Sobre o desfecho do caso Fujimori: em abril de 2009, tribunal peruano condenou o ex-Presidente a vinte e cinco anos de prisão por atos como sequestro e homicídio, entendidos como crimes contra a humanidade.

⁴¹⁸ Segundo Brandes: "The Fujimori case shows that universal jurisdiction will most likely not be applied to extradition proceedings unless a court finds that the doctrine's application is absolutely necessary". BRANDES, Rudolph E., *op. cit.*, p. 139.

⁴¹⁹ ROTH-ARRIAZA, Naomi, *op. cit.*, p. 119.

II. ii. A competência repressiva internacional nas legislações nacionais e os projetos de sistematização

No item anterior, pudemos concluir que a jurisprudência relativa ao exercício da competência repressiva universal, embora dê sinais de avanço, não constitui fonte suficiente para a delimitação do conteúdo deste conceito nem para dirimir as questões que surgem quando de sua aplicação. Pretendemos verificar se a análise das principais legislações nacionais acerca do tema permite outras conclusões sobre o desenvolvimento da competência repressiva universal no direito internacional penal. Neste sentido, procederemos à averiguação de como países como a Bélgica, a França, a Espanha e a Alemanha tratam o assunto. A posição brasileira sobre a competência repressiva universal também será investigada a partir de algumas normas do direito penal e da postura expressada em fóruns internacionais. Por fim, estudaremos os projetos relacionados à criação de uma convenção sobre o tema.

A inadequação da internalização⁴²⁰ das normas dos tratados internacionais sobre a competência repressiva universal constitui um grande obstáculo à aplicação do instituto. Hall nota que três- quintos dos países do mundo incorporaram a competência repressiva universal, de alguma forma, em seus ordenamentos internos⁴²¹. A nosso ver, o problema⁴²² está na falta de regras gerais sobre o tema que levaram a que os Estados incorporassem, cada um a seu modo, de forma mais ampla ou mais restrita, o instituto em suas legislações. Stern identifica cinco principais problemas quanto à internalização das normas a respeito da competência repressiva universal; segundo a autora, muitos Estados (i) não ratificam as principais convenções sobre o tema; (ii) depois de ratificarem as convenções, não adotam

⁴²⁰ A incorporação dos tratados à legislação nacional é determinante em alguns casos. Conforme destaca Brody: *“In addition, the fact that a country has ratified the Torture Convention requiring it to prosecute or extradite alleged torturers, or the Geneva Conventions for alleged war criminals, or that customary international law calls for universal jurisdiction of the perpetrators of genocide or other crimes against humanity, is not always enough to ensure that the country’s laws actually permit such a prosecution. In many legal systems, treaties must be specifically incorporated into domestic law before they can be relied on, and countries often fail to do so.”* BRODY, Reed, *op. cit.*, 2006, p. 378.

⁴²¹ HALL, Christopher Keith, *op. cit.*, p. 47.

⁴²² O problema apontado da ausência de regras gerais para a incorporação das normas de direito internacional pelos Estados poderia ser resolvido por meio do que Ramos denomina controle de convencionalidade. Tal controle, realizado por meio de mecanismos judiciais internacionais verifica a compatibilidade das normas internas em relação ao direito internacional, que tem primazia. A competência repressiva universal, entretanto, está menos sujeita a este controle devido às suas características de ser exercida pelos tribunais nacionais. Por enquanto, a Corte Internacional de Justiça não se pronunciou de forma definitiva sobre o assunto, de modo que o controle de convencionalidade das normas relativas à competência repressiva universal ainda é incipiente. RAMOS, André de Carvalho, *op. cit.*, 2009, p. 109 e 110.

medidas para internalizar as normas previstas nas convenções; (iii) internalizam as convenções de forma inadequada; (iv) ignoram as normas de caráter obrigatório sobre o tema (por exemplo, as normas preveem uma obrigação, mas os Estados as internalizam como uma faculdade); e (v) interpretam as normas sobre a competência repressiva universal de maneira restrita⁴²³.

De acordo com Delmas-Marty, a harmonização das normas de direito internacional penal sobretudo daquelas que estipulam o exercício da competência repressiva universal conforme as legislações nacionais é necessária para se evitar alguns riscos como a justiça do vencedor e o forum shopping das vítimas⁴²⁴. A harmonização destas normas poderia ser feita por dois caminhos⁴²⁵. O primeiro seria aquele da interpretação das normas, exercida pela Corte Internacional de Justiça e pelo Tribunal Internacional Penal. A nosso ver, entretanto, o desapontamento causado pela decisão da Corte no caso Yerodia e o incipiente funcionamento do Tribunal não estimulam que se recorra às interpretações jurisprudenciais, quando se pretende esclarecer o conteúdo das normas sobre a competência repressiva universal. O segundo caminho seria a harmonização por meio das Nações Unidas e de organizações regionais que contribuem para formar o consenso internacional necessário à aprovação de documentos gerais sobre a competência repressiva universal. A questão das propostas de convenções sobre o tema será analisada no item II. ii. f. deste capítulo.

Passaremos à análise das legislações internas mais compatíveis com o direito internacional, na tentativa de depreender algumas regras gerais ou de identificar um padrão no comportamento dos Estados que mais exercem a competência repressiva universal.

II. ii. a. Bélgica

A escolha da legislação belga como ponto de partida desta análise reside não apenas no fato de ela ter sido efetivamente aplicada em relação a alguns casos relevantes (caso Yerodia, caso dos quatro de Butare e caso Habré), mas também devido ao amplo questionamento que sofreu no plano internacional que levou, posteriormente, à sua

⁴²³ STERN, Brigitte, *op. cit.*, 1997, p. 182-186.

⁴²⁴ DELMAS-MARTY, Mireille, *op. cit.*, p. 378 e 379.

⁴²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille, *op. cit.*, p. 380 e 381.

alteração. De acordo com relatório recentemente apresentado pelas Nações Unidas⁴²⁶, a legislação belga prevê a aplicação da competência repressiva universal para os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, ofensas relacionadas ao terrorismo e tráfico de pessoas. Observa-se que, quanto ao aspecto *ratione materiae*, a legislação se aproxima muito dos crimes previstos pelo direito internacional penal⁴²⁷.

A legislação belga que dispõe sobre o exercício da competência repressiva universal para o julgamento de crimes internacionais contra os direitos humanos é formada por uma lei que sofreu duas modificações. A base legal inicial foi a Lei de 16 de junho de 1993, relativa à repressão das graves infrações às Convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais de 1977. De acordo com o texto legal, a competência repressiva universal poderia ser aplicada com relação às violações do direito internacional humanitário. A primeira modificação deu-se com a aprovação da Lei de 10 de fevereiro de 1999, relativa à repressão das graves violações de direito internacional humanitário. Apesar do nome, a modificação não apenas possibilitou à Bélgica exercer a competência repressiva universal contra acusados de crimes de guerra, mas sim estendeu aos crimes de genocídio e crimes contra a humanidade esta possibilidade, de modo a ampliar o escopo da lei e incluir no texto normativo regras que até então só eram previstas pelos costumes do direito internacional penal. Até 1999, o ordenamento belga admitia a competência repressiva universal *in absentia* ou incondicionada. A segunda modificação, implementada por meio da Lei de 23 de abril de 2003, relativa à repressão das graves violações do direito internacional humanitário e ao artigo 144 do código judiciário, representou uma redução significativa do alcance da legislação belga, implicando, na prática, o esvaziamento de seu conteúdo.

O enfraquecimento da legislação belga decorreu do fato de a reforma ter alterado tanto os dispositivos relacionados à imunidade, quanto aqueles que se referiam à competência repressiva universal. Sobre o primeiro ponto, a nova redação da lei belga adequou-se à decisão da Corte, ao estabelecer que indivíduos que gozam de imunidade como chefes de Estado, chefes de governo e ministro de relações exteriores, enquanto em exercício, não estão sujeitos à responsabilização penal em processos conduzidos pela Bélgica com base na competência repressiva universal. Quanto à competência repressiva

⁴²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/65/181, 2010, *op. cit.*, p. 28 a 32.

⁴²⁷ Ver tabela no item I. vii. b. do capítulo I.

universal em si, cabe destacar três mudanças: (i) os crimes sujeitos ao instituto devem ter sido cometidos contra uma pessoa que, no momento da violação, era um nacional belga ou contra uma pessoa que tivesse residido na Bélgica por pelo menos três anos ó com essa alteração, foi incorporado o princípio da nacionalidade passiva; (ii) os processos que impliquem qualquer investigação preliminar só podem ser iniciados por requerimento da procuradoria federal; e (iii) o procurador federal pode decidir pela não admissibilidade do caso se, por suas circunstâncias, parecer-lhe melhor que o caso seja levado a um tribunal internacional ou ao tribunal do Estado onde o crime foi cometido. Com as mudanças acima, que foram sistematizadas por Inazumi⁴²⁸, a nova legislação belga revogou a possibilidade do exercício da competência repressiva universal *in absentia* e instituiu apenas uma competência suplementar dos tribunais belgas⁴²⁹.

É lamentável que um dos poucos Estados cuja legislação se mostrava de acordo com o direito internacional penal tenha retrocedido a ponto de enfraquecer seu comprometimento com a justiça internacional penal devido à pressão política⁴³⁰ dos Estados Unidos⁴³¹ e de Israel⁴³². A influência destes dois países sobre o poder legislativo belga foi desencadeada pelas acusações dos tribunais belgas contra Ariel Sharon e George H. W. Bush em relação ao cometimento de violações de direitos humanos, que vieram logo após a decisão da Corte Internacional de Justiça sobre o caso Yerodia cujo resultado foi o cancelamento do mandado de prisão do ex-chanceler congolês. Naquele momento, a contestação sofrida pela lei belga que dispunha sobre a competência repressiva universal passou a ganhar mais adeptos, inclusive no plano interno, onde antes não havia oposição. Quando a pressão política estado-unidense chegou ao ponto de o país ameaçar com a retirada da sede da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) de Bruxelas⁴³³, a Bélgica cedeu. Pouco tempo depois, a lei estava reformada a fim de minimizar os eventuais impactos políticos que o exercício da competência repressiva universal pudesse causar se a

⁴²⁸ INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 96 e 97.

⁴²⁹ INAZUMI, Mitsue, *op. cit.*, p. 97.

⁴³⁰ Schaus afirma que, além da pressão exercida por Israel e pelos Estados Unidos, a Bélgica também enfrentou a pressão da Santa Sé devido à condenação de duas freiras ruandesas no caso dos quatro de Butare. SCHAUS, Annemie. *Introdução*. In: *La compétence universelle*. Edição conjunta *Annales de Droit de Louvain*, vol. 64, n. 1-2 e *Revue de Droit de LøULB*, vol. 30, n.2. Bruxelas: Bruylant, 2004, p. 11.

⁴³¹ Em relação à pressão política exercida pelos Estados Unidos sobre a Bélgica, Verhaeghe analisa: *õThe pressure from the US government was of a completely order that the Israeli pressure. The entire economic and political weight of the United States was eventually deployed against the Belgian UJ Statuteö*. VERHAEGHE, Michael, *op. cit.*, p. 141 e 142.

⁴³² Sobre a pressão israelense, Verhaeghe nota: *õThe furious, if not hysterical, reaction from Israel did not give rise to any diplomatic response from the Belgian governmentö*. VERHAEGHE, Michael, *op. cit.*, p. 141.

⁴³³ VERHAEGHE, Michael, *op. cit.*, p. 142.

Bélgica insistisse em aplicá-la aos acusados de violações de direitos humanos que fossem nacionais de grandes potências ocidentais.

II. ii. b. França

A França, conforme o item II. i. d. deste capítulo, foi um dos países em cujos tribunais mais se exerceu a competência repressiva universal. Sua legislação sobre o instituto encontra-se no Código de processo penal (artigos 689, 689-1 e 689-2), no Código penal (artigos 211-1, 212-1, 212-2 e 212-3) e nas Leis n. 95-1, de 2 de janeiro de 1995, e n. 96-432, de 22 de maio de 1996, que permitem o exercício da competência repressiva universal para os crimes internacionais cometidos na ex-Iugoslávia e em Ruanda, respectivamente⁴³⁴. Destes textos normativos, depreende-se que a aplicação extraterritorial da lei penal francesa pode ocorrer quando um tratado confere competência a seus tribunais para conhecerem uma determinada infração. A competência repressiva universal, que, no caso francês é condicionada à presença do acusado no território do país, pode ser exercida, expressamente, quanto ao crime de tortura, ao crime de genocídio, aos crimes contra a humanidade, aos crimes de guerra e às ofensas relacionadas ao terrorismo⁴³⁵.

Recentemente, apesar dos protestos contrários das organizações de defesa dos direitos humanos, a lei francesa também sofreu modificações de modo a reduzir o alcance da competência repressiva universal. A Lei n. 2010-930, de 9 de agosto de 2010⁴³⁶, que trata da adaptação do direito penal à instituição do Tribunal Penal Internacional, alterou o artigo 689 do Código de processo penal francês. Por um lado, em relação ao aspecto *ratione materiae*, a nova lei permitiu que a tipificação dos crimes na lei francesa fosse adequada às normas do Estatuto de Roma. Por outro lado, no que tange ao exercício da competência repressiva universal, a modificação reduziu as possibilidades de que ela seja aplicada, introduzindo as seguintes mudanças: (i) se antes bastava a presença do acusado em território francês, desde agosto de 2010, é necessária a residência habitual; (ii) também

⁴³⁴ SULZER, Jeanne. *Implementing the principle of universal jurisdiction in France*. In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*. Nova York: Springer, 2007, p. 125.

⁴³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/65/181, 2010, *op. cit.*, p. 30.

⁴³⁶ Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale. Disponível online: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022681235&dateTexte=>>>.

é necessária a dupla incriminação, ou seja, a conduta deve ser tipificada como crime internacional tanto na legislação francesa quanto na legislação do país onde foi cometida; e (iii) a persecução penal destes crimes, que antes também era de iniciativa das vítimas, passou a ser exclusiva do ministério público, na condição de que não exista nenhuma jurisdição nacional ou internacional que tenha pedido a extradição ou entrega do acusado.

A França, ao contrário da Bélgica, não sofreu pressão internacional para que sua lei fosse modificada. A nosso ver, as alterações introduzidas em agosto de 2010 prejudicaram a efetividade do exercício da competência repressiva universal no país: de pouco adianta melhorar a definição dos crimes na legislação nacional se, na prática, a persecução penal dos indivíduos que os cometem torna-se mais difícil. O estudo da legislação francesa sobre a competência repressiva universal nos permite concluir que a internalização das normas de direito internacional penal restringiu a aplicação do instituto e apresenta uma visão incompatível com o princípio da complementaridade exposto no Estatuto de Roma.

II. ii. c. Espanha

Foram os juízes espanhóis, com as acusações contra Pinochet, que possibilitaram o renascimento da competência repressiva universal e o desenvolvimento de seu papel de mecanismo capaz de auxiliar na proteção e na promoção dos direitos humanos. A base legal usada pelos tribunais do país para fundamentar os casos em que o instituto é exercido encontra-se na Lei orgânica do poder judiciário⁴³⁷. De acordo com o artigo 23.4 deste texto legal, a competência repressiva universal pode ser exercida pelos tribunais com relação aos crimes de genocídio, terrorismo, pirataria, sequestro de aeronaves, tráfico ilegal de entorpecentes e outros crimes que, de acordo com tratados e convenções ratificados pela Espanha, devam ser julgados no país.

Em 03 de novembro de 2009, o parlamento espanhol aprovou emenda à referida lei. O novo texto do artigo 23.4 passou a incluir, expressamente, os crimes contra a humanidade, o tráfico internacional de pessoas e a mutilação genital feminina. O exercício da competência repressiva universal também sofreu condicionamentos como a exigência (i) ou da presença do acusado em território espanhol; (ii) ou que as vítimas sejam nacionais

⁴³⁷ LLOPIS, Ana Peyró, *op. cit.*, p. 156 e 157.

espanholas; (iii) ou de que exista algum vínculo de conexão relevante do caso com a Espanha; (iv) e que nenhum outro tribunal nacional competente ou tribunal internacional tenham iniciado procedimentos em relação aos crimes cometidos⁴³⁸. Nota-se que alterações feitas à lei espanhola em muito se assemelham às introduzidas na legislação francesa.

O fato de a Espanha exercer a competência repressiva universal contra nacionais estado-unidenses, em relação a crimes internacionais que teriam sido cometidos em Guantánamo e na guerra do Iraque, também a sujeitou à pressão política americana. O corpo diplomático dos Estados Unidos⁴³⁹ em Madri contactou políticos e juizes da Audiência Nacional espanhola com o intuito de impedir o prosseguimento dos casos⁴⁴⁰. Na prática, a nova redação da lei já obsteu a continuidade do caso apresentado pelo juiz Santiago Pedraz contra autoridades chinesas por crimes internacionais cometidos no Tibet em março de 2008, tendo em conta o fato de os supostos responsáveis não se encontrarem na Espanha, não haver vítimas espanholas, nem conexão relevante das violações com o país⁴⁴¹.

II. ii. d. Alemanha

Segundo Kaleck, o Código alemão de crimes contra o direito internacional, adotado em 30 de junho de 2002, é considerado pelo governo alemão, por acadêmicos e por organizações de direitos humanos um modelo de código penal para a análise jurídica da responsabilidade por violações de direitos humanos na era do Tribunal Penal

⁴³⁸ REINO DA ESPANHA. *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Disponível online: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-2009.html>.

⁴³⁹ Além dos Estados Unidos, a China e Israel também protestaram contra o exercício da competência repressiva universal pela Espanha em relação a altos oficiais de seus governos. À época da alteração da lei, o Embaixador do Brasil em Madri avaliou que: *“Independientemente de la viabilidad o no de la manutención do escopo ilimitado da jurisdição espanhola, não se pode deixar de observar que a preocupação do Executivo espanhol com os limites da aplicação da jurisdição universal cresceu e se concretizou em uma nova legislação quando incômodos foram criados para países com grande poder de pressão, diferentemente do ocorrido ante os processos anteriores de países hispano-americanos ou africanos envolvidos em investigações na Audiência Nacional”*. BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Telegrama ostensivo n. 487, de 27 de maio de 2009*, da Embaixada do Brasil em Madri.

⁴⁴⁰ EL PAÍS. *EE UU maniobró en la Audiencia para frenar casos*, de 30 de novembro de 2010. Disponível online: <http://www.elpais.com/articulo/espana/EE/UU/maniobro/Audiencia/Nacional/frenar/casos/elpepuesp/20101130elpepunac_1/Tes>.

⁴⁴¹ EL PAÍS. *La Audiencia archiva la causa sobre la represión en el Tibet*, 01 de outubro de 2010. Disponível online: <http://www.elpais.com/articulo/espana/Audiencia/archiva/causa/represion/Tibet/elpepuesp/20101001elpepunac_19/Tes>.

Internacional⁴⁴². O texto normativo permite, pela primeira vez, à Alemanha exercer a competência repressiva universal em relação aos crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio, sem condicioná-la à nacionalidade do acusado ou da vítima e independentemente de onde as infrações tenham sido cometidas⁴⁴³. Até 2006, porém, nenhuma investigação havia sido iniciada no país com base nesta legislação⁴⁴⁴. As leis anteriores, menos abrangentes que esta, em compensação, deram fundamento legal ao exercício da competência repressiva universal em casos de violações de direitos humanos⁴⁴⁵ cometidas por bósnios contra muçulmanos na antiga Iugoslávia e por militares argentinos durante a ditadura⁴⁴⁶.

O estudo das legislações relativas à competência repressiva universal da Bélgica, da Espanha e da França revelou que as recentes alterações normativas implicaram redução das possibilidades de exercício do instituto pelos tribunais nacionais destes países. A Alemanha, ao contrário, modificou sua legislação no sentido de possibilitar maior atuação de seus tribunais com base na competência repressiva universal. Por que, então, a prática dos juízes não aumentou depois da aprovação da nova lei? De acordo com Kaleck, as razões que explicam o reduzido número de casos em que o instituto foi exercido são, principalmente: oportunismo político ligado a objetivos econômicos e de política externa; falta de vontade política das autoridades; pouca compreensão sobre a prática do direito internacional penal e dificuldades relacionadas às investigações⁴⁴⁷.

II. ii. e. Brasil

A escassez de doutrina internacionalista de autores brasileiros sobre o tema da competência repressiva universal motivou esta breve análise sobre a posição do país

⁴⁴² Em relação à abrangência da lei alemã, Jessberger comenta: *õBy so broadly expanding the scope of criminal law, Germany has taken perhaps a courageous, but also a lonely path in comparison with other countries.* JESSBERGER, Florian. *õUniversality, complementarity and the duty to prosecute crimes under international law in Germany.* In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes.* Nova York: Springer, 2007, p. 215.

⁴⁴³ KALECK, Wolfgang. *op. cit.*, p. 102.

⁴⁴⁴ Jessberger, ao avaliar a legislação alemã, nota que: *õWe have a very ambitious legislation, but it is not applied.* JESSBERGER, Florian, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁴⁵ KALECK, Wolfgang. *op. cit.*, p. 93 e 94.

⁴⁴⁶ Em relação aos casos de crimes cometidos por militares argentinos, Kaleck destaca que, entre 1998 e 2004 trinta e nove queixas foram apresentadas pelas vítimas na Alemanha. Em muitas decisões sobre estes casos, os tribunais alemães fundamentaram sua competência com base no princípio da personalidade passiva. KALECK, Wolfgang, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁴⁷ KALECK, Wolfgang. *op. cit.*, p. 111.

quanto ao assunto. Em geral, percebe-se que, quando investigam a posição do Brasil quanto à punição de responsáveis pelo cometimento de crimes internacionais contra os direitos humanos, os acadêmicos tendem a caracterizar a postura do país, devido ao seu passado ditatorial⁴⁴⁸, como indulgente⁴⁴⁹. As comunicações mais recentes do Itamaraty que tratam das negociações internacionais sobre a competência repressiva universal revelam uma tentativa de superar a antiga imagem, por meio da aprovação de documentos favoráveis ao instituto. Examinaremos, a seguir, o conteúdo destas comunicações.

Após intensos debates⁴⁵⁰ entre delegações europeias e africanas, em julho de 2009, a proposta da Tanzânia, de que a Assembleia Geral das Nações Unidas incluísse em sua agenda o tema do alcance e da aplicação da competência repressiva universal, foi acolhida⁴⁵¹. Em seguida à apresentação do primeiro relatório⁴⁵² da Secretaria-Geral da organização sobre o tema, a avaliação brasileira foi a seguinte: os Estados que submeteram comentários⁴⁵³ reconheceram a existência da competência repressiva universal e a entenderam como um mecanismo complementar da justiça internacional penal⁴⁵⁴. Para o Brasil, os pontos que deveriam ser analisados com base nos dados apresentados são de três ordens: o primeiro afirma que ainda há divergências significativas para a aplicação do instituto, como a exigência da presença do acusado; o segundo ó que caberia à Comissão de Direito Internacional é a necessidade de se buscar similaridades no tratamento do tema na prática dos Estados; o terceiro ponto diz que é forçoso investigar alguns aspectos

⁴⁴⁸ Llopis cita uma recusa de extradição pelo Supremo Tribunal Federal, em 1979, como exemplo dessa postura: *ôla Cour fédérale suprême de Brasilia, dans son arrêt du 20 juin 1979, refuse d'extrader l'øx-sergent autrichien des SS, G.F. Wagner à la R.F.A. Elle se fondait sur une disposition de la législation brésilienne qui prévoit la prescription des crimes au bout de vingt ans*. LLOPIS, Ana Peyró, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁴⁹ Segundo Robertson: *ôBarbaric leaders of more recent times, even when overthrown, live happily ever after, protected by amoral governments like that in Brazil, which welcomes Paraguay's Nazi-loving Alfredo Stroessner, or Panama, a retirement home for the mass-murdering militray of Latin America*. ROBERTSON, Geoffrey, *op. cit.*, p. 204.

⁴⁵⁰ Os debates decorreram do título proposto para o estudo do tema: as delegações africanas queriam referir-se ao ôabuso do princípio da competência repressiva universal, enquanto as delegações europeias recusavam a denominação. BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Telegrama ostensivo n. 2501, de 02 de setembro de 2009*, da Missão do Brasil junto à Organização das Nações Unidas.

⁴⁵¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda of the sixty-third session of the General Assembly*. A/63/251/Add.4. Disponível online: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/429/73/PDF/N0942973.pdf?OpenElement>>.

⁴⁵² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/65/181, *op. cit.*

⁴⁵³ A lista destes Estados está disponível na página 3 do relatório A/65/181.

⁴⁵⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Telegrama ostensivo n. 3732, de 05 de outubro de 2010*, da Missão do Brasil junto à Organização das Nações Unidas.

da competência repressiva universal, como sua subsidiariedade, sua sistematização e seu conceito⁴⁵⁵.

Em instrução⁴⁵⁶ encaminhada à missão nas Nações Unidas, entende-se pela possibilidade de o Brasil apoiar a criação de grupo de trabalho para o estudo do tema. Tal grupo deveria concentrar-se, inicialmente, na busca da definição de um conceito para a competência repressiva universal. Depois deste passo, caberia a análise do instituto quanto aos seus aspectos *ratione materiae* e *ratione personae* e ao seu caráter subsidiário. Em relação ao aspecto *ratione personae*, que trata das pessoas que seriam julgadas com base no instituto, é categórica a afirmação de que o Brasil confirma seus compromissos internacionais quanto ao fato de a imunidade não dever impedir a investigação de certos crimes, mesmo quando se trata de altos funcionários do Estado. O texto ainda admite a possibilidade de que o Brasil venha a exercer a competência repressiva universal, caso haja tratado internacional que o especifique.

No último documento⁴⁵⁷ que discorre sobre as intervenções brasileiras na discussão do tema da agenda da Assembleia Geral, transcreve-se o discurso proferido. O texto destaca o fato de a competência repressiva universal ser um assunto que remete a questões sensíveis e também declara que o objetivo do instituto é julgar indivíduos considerados responsáveis por crimes internacionais cuja gravidade, além de chocar a consciência de toda a humanidade e de desrespeitar regras de *ius cogens*, os torna violações não só às leis nacionais, mas também ao sistema legal de todas as nações.

A investigação da documentação da chancelaria brasileira evidencia dois aspectos que representam claras mudanças em relação à antiga postura leniente observada por alguns acadêmicos. O primeiro aspecto reside no fato de, no plano internacional, o país manifestar-se favoravelmente à discussão do tema. O segundo aspecto relaciona-se à compreensão que o Brasil demonstra sobre a competência repressiva universal: a afirmação de que o assunto traz à tona temas sensíveis e de que as imunidades devem ser relativizadas diante de crimes internacionais parecem compatíveis com o que a maior parte da doutrina pensa sobre o instituto.

⁴⁵⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, *op. cit.*, Telegrama ostensivo n. 3732.

⁴⁵⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Despacho telegráfico ostensivo n. 1176, de 11 de outubro de 2010, para a Missão do Brasil junto à Organização das Nações Unidas.

⁴⁵⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Telegrama ostensivo n. 3913, *op. cit.*

Esta postura internacional mais favorável à competência repressiva universal infelizmente não corresponde ao andamento da questão no plano interno. O recente julgamento do Supremo Tribunal Federal⁴⁵⁸ que manteve a lei de anistia brasileira ó em clara oposição à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso Araguaia⁴⁵⁹ e a inadequação do ordenamento interno aos compromissos assumidos pelo país por meio de tratados revelam que há muitos passos a cumprir no âmbito doméstico para que a nova postura internacional do país tenha suporte na prática de seus tribunais.

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre as hipóteses de extraterritorialidade do direito penal apenas no art 7º do Código Penal. Como na legislação da maioria dos países, o princípio da territorialidade constitui o critério básico que orienta a aplicação das normas penais do Brasil, em relação às quais, os princípios da nacionalidade, da proteção e da universalidade constituem exceções. A competência repressiva universal pode ser exercida pelos tribunais nacionais em relação ao crime de genocídio (art. 7º, inciso I, alínea d, do Código Penal) e aos crimes a que o Brasil se obrigou a reprimir por meio de tratado ou convenção (art. 7º, inciso II, alínea a, do Código Penal).

À primeira vista, a legislação brasileira parece possibilitar o exercício da competência repressiva universal de forma abrangente. Sabe-se, no entanto, que além dos crimes de genocídio⁴⁶⁰ e de tortura, a legislação penal brasileira não tipificou os outros crimes internacionais contra os direitos humanos, de modo que não é possível acusar indivíduos que se alega terem cometido crimes de guerra (previsto nas Convenções de Genebra de 1949 e no Estatuto de Roma ó ambos ratificados pelo Brasil) ou crimes contra a humanidade (previstos nos costumes internacionais e no Estatuto de Roma), por exemplo, porque a falta de regulamentação específica resultaria na violação do princípio da legalidade.

Os critérios para o exercício da competência repressiva universal para os crimes que encontram previsão na legislação pátria também variam bastante. Em relação ao crime

⁴⁵⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 153 Distrito Federal*. Relator: Min. Eros Grau. Disponível online: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=612960> >.

⁴⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (õGuerrilha do Araguaiaõ) vs. Brasil*, *op. cit.*

⁴⁶⁰ Segundo Reale Júnior: *õO genocídio, portanto, está sujeito à lei brasileira de forma condicionada, mas a condição difere da prevista em relação a qualquer outro crime praticado por brasileiro, qual seja a do agente entrar em nosso território. Basta que o autor do fato seja brasileiro ou aqui domiciliadoõ*. REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.*, p. 111.

de genocídio, o instituto só pode ser exercido se o suposto responsável for brasileiro ou domiciliado no Brasil. Para os crimes previstos em tratados, exige-se que: o agente esteja no território nacional; o crime seja punível no país onde ocorreu (dupla incriminação); ao agente seja possível à extradição; não haja *bis in idem*; o agente não tenha sido perdoado. Sobre a tortura, especificamente, o art. 2º da Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997, dispõe que basta a presença do agente em local sujeito à jurisdição brasileira.

Do estudo da competência repressiva universal no Brasil percebe-se que atualmente não há coordenação entre o que ocorre no plano interno e no plano internacional, nem entre o que estipula cada um dos três poderes. A postura internacional do país está mais avançada do que sua jurisprudência e sua legislação. Aquela, ao manifestar-se contrariamente à revisão da lei de anistia, confirmou a existência de um impedimento a que o Brasil promova a persecução penal dos agentes de crimes internacionais que ocorreram em nosso território; esta não avança no mesmo ritmo que os compromissos internacionais estabelecidos por tratados ratificados pelo Brasil determinam. O descompasso quanto à competência repressiva universal como postura e como lei não representa apenas um desconforto político, vez que a falta de harmonia pode implicar a responsabilidade internacional do país pelo descumprimento de normas internacionais⁴⁶¹.

II. ii. f. Projetos de sistematização

A variedade de formas com que a competência repressiva universal é internalizada pelos Estados em suas legislações é analisada por Hans. Segundo a autora, os ordenamentos internos valem-se de tratados e costumes internacionais para incorporar o instituto. Cada Estado está livre, entretanto, para expandir e alterar as determinações do direito internacional, de forma a adequá-las às suas necessidades, o que levou à aplicação irregular da competência repressiva universal, bem como à falta de uniformidade⁴⁶².

Apesar de as normas internas belgas, francesas, espanholas e alemãs sobre o tema da competência repressiva universal constituírem o que há de mais avançado sobre o

⁴⁶¹ De acordo com Ramos: *“Em síntese, o estado brasileiro não pode justificar o descumprimento de uma decisão judicial internacional alegando a existência de norma constitucional ou mesmo utilizando em sua defesa a teoria da separação dos poderes e o respeito à posição reiterada do Supremo Tribunal Federal”*. RAMOS, André de Carvalho. *op. cit.*, 2009, p. 115.

⁴⁶² HANS, Monica, *op. cit.*, p. 368.

assunto nas legislações estatais, observa-se que, mesmo para elas, ainda são necessárias muitas medidas para torná-las adequadas ao que determinam os tratados e convenções. Nos três primeiros países analisados, reformas legais lamentavelmente restringiram a possibilidade de aplicação do instituto. Na Alemanha, mesmo com a legislação adequada, os operadores do direito continuam inertes devido a obstáculos de ordem política e prática. No Brasil, a internalização das normas está defasada em relação aos tratados e convenções a que o país se comprometeu. Conclui-se que a internalização das normas ainda carece de orientação e harmonização que, conforme Delmas-Marty, podem ser providenciadas por organizações internacionais e pela jurisprudência. Tendo em conta que os julgamentos mais relevantes não evidenciam um sentido determinado, resta investigar o que as negociações internacionais sobre o tema podem acrescentar.

No âmbito das Nações Unidas, além do recente relatório sobre o escopo e a aplicação da competência repressiva universal⁴⁶³ e da inclusão do assunto na agenda da Assembleia Geral, há a análise, pela Comissão de Direito Internacional de dois temas diretamente relacionados à competência repressiva universal: a obrigação de extraditar ou julgar (*aut dedere aut judicare*) e a imunidade de oficiais do Estado em relação à jurisdição penal estrangeira. Até a conclusão deste estudo, a Comissão não tinha apresentado seu relatório final sobre nenhum dos temas, mas entendemos que quando o fizer, contribuirá para a definição de alguns consensos e até mesmo para a elaboração de algum projeto de texto normativo internacional, que já é ansiosamente aguardado.

A doutrina oferece duas listas de princípios que poderiam servir como guias para o exercício da competência repressiva universal pelos Estados. A primeira delas, mais conhecida, foi elaborada em 2001 com o respaldo da Universidade de Princeton e de outras instituições⁴⁶⁴ de juristas. Os princípios de Princeton sobre a competência repressiva universal oferecem parâmetros para as dúvidas mais comuns relacionadas ao instituto, ao proporem: seu conceito; a presença do acusado no território do foro como condição; a necessidade da boa-fé do Estado que o aplica; um rol de crimes internacionais sobre os quais a competência repressiva universal recairia; a observância das garantias da jurisdição, do devido processo legal e dos direitos do acusado; a exclusão de anistias

⁴⁶³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/65/181, *op. cit.*

⁴⁶⁴ MACEDO, Stephen. "The Princeton principles on universal jurisdiction". In: MACEDO, Stephen (org.). *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*. Filadelfia: Penn, 2006, p. 19.

contrárias ao direito internacional e de imunidades como impedimentos ao julgamento e à responsabilização penal; critérios para a solução de conflitos de jurisdição; a proibição do *bis in idem*; e a solução pacífica de controvérsias⁴⁶⁵. A nosso ver, os quatorze princípios previstos poderiam contribuir para dirimir muitas divergências relacionadas ao exercício da competência repressiva universal, de modo que um futuro tratado que a positive no direito internacional penal não deve ignorar tal trabalho. Para as objeções políticas ao instituto não se vislumbra, entretanto, regras contidas nos princípios de Princeton que auxiliem a superá-las.

A segunda lista de princípios mais mencionada pela doutrina é aquela elaborada em 2002, no âmbito da Africa Legal Aid⁴⁶⁶. Os princípios de Cairo-Arusha sobre a competência repressiva universal nasceram da percepção de alguns países africanos de que as peculiaridades do continente demandavam que o instituto fosse concebido também a partir de uma perspectiva africana. Deste modo, pretendeu-se incluir considerações relativas não apenas à necessidade de pôr fim à impunidade, mas também a aspectos econômicos, culturais e sociais⁴⁶⁷. As diferenças em relação aos princípios de Princeton podem ser apontadas quanto ao fato de os princípios de Cairo-Arusha introduzirem dispositivos relacionados a: crimes de gênero; proteção das testemunhas; possibilidade do exercício da competência repressiva universal contra pessoas físicas e jurídicas; crimes com grave impacto econômico, social ou cultural, como a apropriação indevida de recursos públicos; e a necessidade de se evitar a seletividade baseada na raça⁴⁶⁸. As peculiaridades dos princípios de Cairo-Arusha, a nosso ver, podem dificultar que suas proposições adquiram a concordância de outros Estados, tanto dentro, como fora do continente africano.

Dentre as fontes da competência repressiva universal analisadas neste estudo, pode-se notar uma gradação decrescente em sua contribuição para a consolidação do instituto. Comparadas à doutrina e a jurisprudência, as legislações nacionais e os projetos internacionais de sistematização oferecem menos elementos capazes de auxiliar o fortalecimento e a propagação da competência repressiva universal como mecanismo da justiça internacional penal capaz de implementar a promoção dos direitos humanos.

⁴⁶⁵ MACEDO, Stephen. *The Princeton principles on universal jurisdiction*, *op. cit.*, p. 21 a 25.

⁴⁶⁶ Ankumah, Evelyn A., *op. cit.*, p. 238 e 239.

⁴⁶⁷ Ankumah, Evelyn A., *op. cit.*, p. 239.

⁴⁶⁸ Ankumah, Evelyn A., *op. cit.*, p. 239.

CONCLUSÃO

A partir dos conceitos do direito internacional penal e do direito internacional dos direitos humanos, este estudo dedicou-se à investigação da competência repressiva universal como mecanismo da justiça internacional penal para a proteção e a promoção dos direitos humanos.

O movimento de afirmação dos direitos humanos revelou-se determinante para a reformulação da ordem e do direito internacional. A competência repressiva universal por situar-se no encontro entre paz e justiça, apesar de ser um instituto bastante antigo, também foi modificada pela emergência da comunidade internacional em formação, que passou a vislumbrá-la como um instrumento capaz de auxiliar na dissuasão de violações aos seus valores. A atribuição desta nova função – que se desenvolveu com maior força depois do fim da Guerra Fria – à competência repressiva universal implicou a revisão de seus fundamentos e conceitos, de modo a conformá-los com os imperativos dos direitos humanos.

O processo de adaptação desta antiga ferramenta a uma nova atividade ainda está em curso e tem sido acompanhado pela doutrina. A mudança de fundamentos da competência repressiva universal é testada a cada empecilho encontrado para o seu pleno exercício na prática, de modo que a evolução do instituto ocorre sem linearidade e é permeada por interrupções causadas pela soberania da velha ordem internacional. Impedimentos como imunidades, anistias e uso político dos julgamentos trazem objeções cuja superação depende dos esforços da comunidade internacional em torno da definição de regras gerais que possam conferir previsibilidade e segurança jurídica à competência repressiva universal.

Por mais que a doutrina reitere o caráter instável do exercício da competência repressiva universal, pôde-se observar que não há oposição ao seu uso como instrumento de *enforcement* dos direitos humanos. O instituto é, inclusive, percebido como necessário à redução dos espaços de impunidade que resultam da falta de articulação do arcabouço da justiça internacional penal. Reafirma-se, neste sentido, que a competência repressiva universal dispõe de fundamentação suficiente no direito internacional penal, mas ainda carece de institucionalização e coordenação com as demais esferas da justiça internacional penal para que possa ser exercida sem esbarrar em obstáculos políticos.

Em relação ao seu desenvolvimento na prática, verifica-se que, desde o caso Pinochet, aumentaram os casos em que a competência repressiva universal foi aplicada. Embora a jurisprudência analisada ainda não possibilite a identificação de uma tendência evolutiva no exercício do instituto pelos tribunais, os processos têm contribuído para definir os aspectos controversos ó manutenção de imunidades e anistias, exigência da presença do acusado, proibição do *bis in idem*, garantias da jurisdição, direitos do acusado, falta de coordenação, conflito de competência que devem ser dirimidos quando da negociação internacional de um texto que a regule.

Até o momento a jurisprudência sobre o tema apresenta dois aspectos principais. De um lado, verifica-se a reticência por parte da Corte Internacional de Justiça em decidir sobre o assunto de forma definitiva. De outro lado, não se pode negar a concentração dos casos de acordo com o padrão Norte-Sul ou Ocidente-Oriente, o que evoca o temor de imperialismo jurídico e de que se legitime a manutenção do *status quo* do poder mundial por meio de instrumentos legais.

Em relação às legislações nacionais, Bélgica, França, Espanha e Alemanha oferecem as leis mais avançadas, mas também trazem a inquietação de que a falta de uniformidade na internalização das normas de direito internacional penal torna mesmo o ordenamento jurídico mais adequado à competência repressiva universal suscetível às pressões políticas internacionais.

A comunidade internacional passa por um momento em que as instituições jurídicas buscam implementar o estado de direito nas relações internacionais, e os julgamentos contribuem para este processo. Apesar de não serem um agir, mas um ato discursivo, os casos em que a competência repressiva universal é exercida pelos tribunais nacionais para averiguar a responsabilidade penal por graves violações de direitos humanos têm o efeito de diminuir a impunidade, de dissuadir novas violações e de permitir à sociedade devastada por crimes internacionais que se reconstrua e que estabeleça uma nova relação com seus governantes. Se esta sociedade é privada, internamente, da reparação que decorre do julgamento de seus algozes, o direito internacional, por meio da competência repressiva universal, oferece alternativas que, mesmo conduzidas fora do território onde as violações ocorreram conferem nova esperança às vítimas que, dispondo de uma verdade, podem restabelecer a dignidade humana que lhes fora ceifada por aqueles que deveriam zelar por seu bem-estar.

A competência repressiva universal propõe uma reflexão sobre a repressão. Se internamente o Estado que coagia pela justiça era temido e se antes o aparato judicial era percebido como uma maneira de afastar da sociedade os elementos indesejados, o movimento de afirmação dos direitos humanos pode mudar esta percepção. Não se quer mais garantir o indivíduo contra o judiciário, mas sim proporcionar à sociedade ferramentas efetivas para que se implementem as normas realmente fundamentais. A competência repressiva universal, exercida em nome dos valores da comunidade internacional, traz a oportunidade de que a repressão, ao combater a impunidade, seja usada para impedir as graves violações de direitos humanos.

BIBLIOGRAFIA

AL-KHASAWNEH, ðDissenting opinionö. In: *Arrest warrant case of 11 april 2000*. Disponível online: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8140.pdf>>.

AKHAVAN, Payam. ðBeyond impunity: can international criminal justice prevent future atrocities?ö. In: *The American Journal of International Law*, vol 95, n. 7, pp. 7-30, 2001.

AMBOS, Kai. ðProsecuting international crimes at the national and international level: between justice and realpolitikö. In: KALECK, Wolfgang; RATNER, Michael; SINGELNSTEIN e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*, Nova York: Springer, pp. 55-68, 2007.

ANKUMAH, Evelyn A. ðThe Cairo-Arusha principles on universal jurisdiction in respect of gross human rights offenses: an African perspectiveö. In: *American Society of International Law Proceedings*, vol. 98, pp. 238-240, 2004.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. José Rubens Siqueira (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____ Responsabilidade e julgamento. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARROYO, Francesc. ðPor trás de cada limpeza étnica há um poetaö, Entrevista com Slavoj žifek, 19 de junho de 2010. In: *El País*. Disponível online: <<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/elpais/2010/06/19/por-tras-de-cada-limpeza-etnica-ha-um-poeta.jhtm?action=print>>

AXWORTHY, Lloyd. ðAfterword: the politics of advancing international criminal justiceö. In: MACEDO, Stephen (org.). *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*. Filadelfia: Penn, pp. 260-268, 2006.

BASSIOUNI, M. Cherif, ðUniversal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practiceö. In: *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, pp. 81-156, 2001-2002.

_____ *The History of Universal Jurisdiction and its Place in International Law*. In: MACEDO, Stephen (Org.). *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*. Filadélfia: Penn, pp. 39-63, 2006.

_____ *International Criminal Law*, vol. III Enforcement, Nova York: Transnational Publishers, 1987.

BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira. *As leis de anistia face ao direito internacional: o caso brasileiro*. Tese de doutorado, apresentada ao Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

BEKKER, Pieter H. F. "World Court Orders Belgium to Cancel an Arrest Warrant Issued Against the Congolese Foreign Minister". In: *ASIL Insights*, 2000. Disponível online: <<http://www.asil.org/insigh82.cfm>>

BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*, tradução Daniela Beccaria Versiani, São Paulo: Manole, 2009.

BRANDES, Rudolph E. "Who's afraid of universal jurisdiction?; The Fujimori case". In: *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, vol. 15, pp. 123-140, 2008-2009.

BRODY, Reed. "Using universal jurisdiction to combat impunity". In: LATTIMER, Mark e SANDS, Philippe (orgs.). *Justice for crimes against humanity*, Portland: Hart, pp. 376-386, 2006.

_____ "The prosecution of Hissène Habré is an 'African Pinochet'". In: *New England Law Review*, vol. 35, pp. 321-335, 2000-2001.

BROWN, Bartram S. "The evolving concept of universal jurisdiction". In: *New England Law Review*, vol 35, pp. 383-397, 2000-2001.

BYKHOVSKY, Gene. "An argument against assertion of universal jurisdiction by individual states". In: *Wisconsin International Law Journal*, vol. 21, pp. 161-184, 2003.

CASSESE, Antonio. Prefácio a "The twists and turns of universal jurisdiction". In: *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, pp. 559-560, 2006 (a).

_____ öInternational Criminal Lawö. In: EVANS, Malcom D. (Org.). *International Law*. Nova Iorque: Oxford University, pp. 721-756, 2006 (b).

_____ e DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*, tradução de Silvio Antunha, São Paulo: Manole, 2004 (a).

_____ öExiste um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?ö. In: CASSESE, Antonio e DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*, tradução de Silvio Antunha, São Paulo: Manole, pp. 3-24, 2004 (b).

CLAPHAM, Andrew. öNational action challenged: sovereignty, immunity and universal jurisdiction before the International Court of Justiceö. In: LATTIMER, Mark e SANDS, Philippe (orgs.). *Justice for crimes against humanity*, Portland: Hart, pp. 303-334, 2006.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório sobre tortura no Brasil*, Brasília, 2005. Disponível online: <http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf>.

COPPENS, Phillipe. öCompétence universelle et justice globaleö. In: *La compétence universelle*. Edição conjunta *Annales de Droit de Louvain*, vol. 64, n. 1-2 e *Revue de Droit de LøULB*, vol. 30, n.2. Bruxelas: Bruylant, pp. 15-50, 2004.

CORTEN, Olivier. öUne compétence universelle sans communauté internationale?ö. In: *Politique*, n. 23, pp. 24-27, fev. 2002.

COT, Jean-Pierre. öÉloge de Løndécision. La Cour et La Compétence Universelleö. In: *Revue Belge de Droit International*, vol. XXXV, n. 1-2, pp. 546-553, 2002.

DEBUF, Els Elisabeth. Utopia or reality? A study on universal jurisdiction over war crimes committed in the course of internal armed conflicts. Genebra, 2003. Disponível online: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1421236>.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

_____ *La responsabilité pénale en échec: prescription, amnistie, immunités*. Disponível online: <<http://www.sos-attentats.org/publications/delmas.pdf>> , pp. 371-381.

_____ Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores?ö. In: CASSESE, Antonio e DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*, tradução de Silvio Antunha, São Paulo: Manole, pp. 61-72, 2004.

_____ öCours : Vers une communauté de valeurs? ó Les interdits fondateursö. In: *Annales du Collège de France*, pp. 537-561, 2006-2007.

DE SMET, Leen; NAERT, Frederik. öMaking or breaking international Law? An international law analysis of Belgium's act concerning the punishments of grave breaches of international humanitarian lawö. In: *Revue Belge de Droit International*, vol. XXXV, n. 1-2, pp. 471-511, 2002.

DÍAZ, Maria Eugenia López-Jacoiste. öComentarios a la ley belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, reformada el 23 de abril de 2003ö. In: *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, n. 2, pp. 839-848, 2003.

EL PAÍS, *EE UU maniobró en la Audiencia para frenar casos*, de 30 de novembro de 2010 (a). Disponível online: <http://www.elpais.com/articulo/espana/EE/UU/maniobro/Audiencia/Nacional/frenar/casos/elpepeusp/20101130elpepunac_1/Tes>.

_____ *La Audiencia archiva la causa sobre la represión en el Tíbet*, 01 de outubro de 2010 (b). Disponível online: <http://www.elpais.com/articulo/espana/Audiencia/archiva/causa/represion/Tibet/elpepuesp/20101001elpepunac_19/Tes>

FALK, Richard A. öAssessing the Pinochet litigation: whiter universal jurisdiction?ö. In: MACEDO, Stephen (org.). *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*. Filadelfia: Penn, pp. 97-120, 2006.

FEDERATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME, öL'administration de la justiceö. E/CN.4/Sub.2/2001/NGO/16. Disponível online: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/144/80/IMG/G0114480.pdf?OpenElement>>

FERSTMAN, Carla. öThe approach of the United Kingdom to crimes under international lawö. In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS,

Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*. Nova York: Springer, pp. 149-158, 2007.

FRULLI, Micaela. *“O direito internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais”*. In: CASSESE, Antonio e DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*; tradução de Silvio Antunha, São Paulo: Manole, pp. 269-327, 2004.

GAETA, Paola. *“Ratione materiae immunities of former heads of state and international crimes: the Hisséne Habré case”*. In: *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 1, pp. 186-196, 2003.

GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: para uma justiça internacional*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GOODWIN, Joshua Michael. *“Universal jurisdiction and the pirate: time for an old couple to part”*. In: *Vanderbilt Journal of International Law*, vol. 39, pp. 973-1011, 2006.

GRAY, Kevin R. *“Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)”*. Disponível online: <<http://207.57.19.226/journal/Vol13/No3/sr1.pdf>>

GREENE, Jody. *“Hostis humani generis”*. In: *Critical Inquiry*, vol. 34, n. 4, pp. 683-705, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. 8ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí, Unijuí, 2004.

GUENGUENG, Souleymane. *“Justice Denied in Senegal”*. In: *Global post*, 2011. Disponível online: <<http://www.hrw.org/en/news/2011/01/24/justice-denied-senegal>>.

GUILLAUME, *“Opinião individual”*. In: *Arrest Warrant Case of 11 April 2000*. Disponível online: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8128.pdf>>.

HALL, Christopher Keith. "Universal jurisdiction: new uses for an old tool". In: LATTIMER, Mark e SANDS, Philippe (orgs.). *Justice for crimes against humanity*. Portland: Hart, pp. 47-71, 2006.

HANS, Monica. "Providing for uniformity in the exercise of universal jurisdiction: can either the Princeton Principles on Universal Jurisdiction or an International Criminal Court accomplish this goal?". In: *The Transnational Lawyer*, vol. 15, pp. 357-403, 2002.

HENZELIN, Marc. "La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia". In: *Revue Générale de Droit International Public*, n. 4, pp. 819-854, 2002.

HITTERS, Juan Carlos. *Derecho internacional de los derechos humanos: Sistema interamericano ó El Pacto de San José de Costa Rica*, Ediar, 1993.

HUMAN RIGHTS WATCH. *HRW Alarmed About Hate Radio Broadcasts and the Incitement of Ethnic Violence in the DRC*. 1998. Disponible online: <<http://www.hrw.org/fr/news/1998/08/12/hrw-alarmed-about-hate-radio-broadcasts-and-incitement-ethnic-violence-drc>>

_____. *Universal jurisdiction in Europe: the state of the art*, vol. 18, n. 5, jun 2006. Disponible online: <<http://www.hrw.org/en/reports/2006/06/27/universal-jurisdiction-europe>>.

_____. *Victimes de guerre: Les civiles, l'état de droit, et les libertés démocratiques*, 1 February 1999, vol. 11, n. 1. Disponible online: <<http://www.unhcr.org/refworld/country,COI,HRW,,COD,,3ae6a8300,0.html>>

_____. *African Union Calls for Expeditious Start to Habré Trial*, 2011 (a). Disponible online: <<http://www.hrw.org/en/news/2011/01/31/african-union-calls-expeditious-start-habr-trial>>.

_____. *The case against Hissène Habré, an African Pinochet*, 2011 (b). Disponible online: <<http://www.hrw.org/en/habre-case>>.

INAZUMI, Mitsue. *Universal jurisdiction in modern international law: expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law*. Utrecht: Intersentia, 2005.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Final report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences*. Londres, 2002.

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. *Hard cases: bringing human rights to justice abroad ó A guide to universal jurisdiction*, 1999. Disponível online: < http://www.ichrp.org/files/reports/5/201_report_en.pdf >

JESSBERGER, Florian. "Universality, complementarity and the duty to prosecute crimes under international law in Germany". In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*. Nova York: Springer, pp. 213-222, 2007.

_____. Florian. "From 'Abu Ghraib' to the 'Rumsfeld Case'". Apresentado durante o XV International Congress of the Société Internationale de Défense Sociale. Disponível online: < <http://www.defensesociale.org/xvcongreso/ponencias/Florian.pdf> >.

KALECK, Wolfgang. *German international criminal law in practice from Leipzig to Karlsruhe*. In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*. Nova York: Springer, pp. 93-112, 2007.

KISSINGER, Henry. "The pitfalls of universal jurisdiction: risking judicial tyranny". In: *Foreign Affairs*, julho / agosto 2001. Disponível online: < http://www.icaonline.org/kissingerwatch/the_pitfalls_of_uj.pdf >.

KONTOROVICH, Eugene. "The piracy analogy: modern universal jurisdiction's hollow foundation". In: *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, pp. 183-238, 2004.

_____. "The inefficiency of universal jurisdiction". In: *University of Illinois Law Review*, pp. 389-418, 2008.

LATTIMER, Mark. "Enforcing human rights through international criminal law". In: LATTIMER, Mark e SANDS, Philippe (orgs.). *Justice for crimes against humanity*, Portland: Hart, pp. 387-418, 2006.

LLOPIS, Ana Peyró. *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*. Bruxelas: Bruylant, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima, *Ética e Direito ó Um panorama às vésperas do século XXI*. In: LOPES, José Reinaldo de Lima e ANJOS, Márcio Fabri dos (orgs.). *Ética e Direito: Um diálogo*. Aparecida: Ed. Santuário, 1996.

LUCAS, Doglas Cesar. *Os direitos humanos como limite à soberania estatal: por uma cultura político-jurídica global de responsabilidades comuns*. In: BEDIN, Gilmar Antonio (org.). *Estado de direito, jurisdição universal e terrorismo*. Ijuí: Editora Unijuí, pp. 37-84, 2009.

MACEDO, Stephen. *Introduction*. In: MACEDO, Stephen (org.). *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*. Filadelfia: Penn, pp. 1-12, 2006.

_____. *Commentary*. In: MACEDO, Stephen (org.). *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*. Filadelfia: Penn, pp. 26-35, 2006.

_____. *The Princeton principles on universal jurisdiction*. In: MACEDO, Stephen (org.). *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*. Filadelfia: Penn, pp. 18-25, 2006.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MARKS, Jonathan H., *Mending the web: universal jurisdiction, humanitarian intervention and the abrogation of immunity by the Security Council*. In: *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, n. 2, pp. 445-490, 2004.

MORENO-OCAMPO, Luis. *Entrevista: A lição da justiça*. In: *Revista Veja*, 23 de julho de 2008.

MORRIS, Madeline H. *Universal jurisdiction in a divided world: conference remarks*. In: *New England Law Review*, vol. 35, pp. 337-361, 2000-2001.

NDIAYE, Bacre Waly. Prefácio. In: INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. *Hard cases: bringing human rights to justice abroad ó A guide to universal jurisdiction*, 1999. Disponível online: < http://www.ichrp.org/files/reports/5/201_report_en.pdf >.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Imunidades de chefes de Estado e crimes internacionais*. Tese de livre-docência, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

_____ òA Relação entre Tribunais Nacionais e Tribunais Penais Internacionaisö. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 8, nº 91, 2000 (a).

_____ òEstatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporâneaö. In: *Política Externa*, v. 8, nº 4, pp. 3-11, 2000 (b).

PIOVESAN, Flávia e SALLA, Fernando. òTortura no Brasil: pesadelo sem fim?ö, in *Ciência Hoje*, vol. 30, n. 176.

PHILIPPE, Xavier. òThe principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?ö. In: *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n. 862, pp. 375-398, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. òRule of law e a judicialização do direito internacional: da mutação convencional às guerras justasö. In: BEDIN, Gilmar Antonio (org.). *Estado de direito, jurisdição universal e terrorismoö*. Ijuí: Editora Unijuí, pp. 85-122, 2009.

_____ *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RÁDIO DAS NAÇÕES UNIDAS. *TPI define crime de agressão*. Disponível online: < <http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/detail/181331.html> >.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REDRESS, *Extraterritorial jurisdiction in the European Union: a study of the laws and practice in the 27 member states of the European Union*, 2010. Disponível online: < http://www.redress.org/downloads/publications/Extraterritorial_Jurisdiction_in_the_European_Union.pdf >.

REYDAMS, Luc. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*. Nova York: Oxford University Press, 2003 (a).

_____ òBelgium's first application of universal jurisdiction: the Butare four caseö. In: *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 2, pp. 428-436, 2003 (b).

REZEK, Francisco. òOpinião separadaö. In: *Arrest warrant case of 11 april 2000*. Disponível online: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8138.pdf>>.

RIQUITO, Ana Luísa. òDo pirata ao general: velhos e novos hostis humani generis (do princípio da jurisdição universal, em direito internacional penal)ö. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 76, pp. 519-573, 2000.

ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes against humanity: the struggle for global justice*. Nova York: The New Press, 2000.

ROBINSON, Mary. òPrefaceö. In: MACEDO, Stephen (Org.). *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*. Filadélfia: Penn, pp.15-17, 2006.

ROTH-ARRIAZA, Naomi. òThe Pinochet effect and the spanishh contribution to universal jurisdictionö. In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*. Nova York: Springer, pp. 113-124, 2007.

ROSOUX, Valérie. òLa "diplomatie morale" de la Belgique à l'épreuveö. In: *Critique internationale*, n. 15, pp. 25-32, 2002.

SALMON, Jean. òLibres Propos sur L'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans L'affaire Relative au Mandat D'arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. c. Belgique)ö. In: *Revue Belge de Droit International*, v. XXXV, n° 1-2, pp. 512-517, 2002.

SÁNCHEZ-CERRO, José Luis Pérez. òEl principio de jurisdicción universal en el derecho internacional y la práctica de los Estadosö. In: *Revista Peruana de Derecho Internacional*, vol. LIV, n. 126, pp. 29-66, 2004.

SANDS, Philippe. òWhat is the ICJ for?ö. In: *Revue Belge de Droit International*, vol. XXXV, n. 1-2, pp. 537-545, 2002.

SASSÒLI, Marco. *L'Arret Yerodia: Quelques Remarques sur une Affaire au point de Collision entre les deux Couches du Droit International*. In: *Revue Générale de Droit International Public*. Paris: Pedone, vol. 4, pp. 791-817, 2002.

SCHARF, Michael P. "From the eXile files: an essay on trading peace for justice". In: *Washington and Lee Law Review*, vol. 63, pp. 339- 376, 2006.

SCHAUS, Annemie. "Introdução". In: *La compétence universelle*. Edição conjunta *Annales de Droit de Louvain*, vol. 64, n. 1-2 e *Revue de Droit de L'ULB*, vol. 30, n.2. Bruxelas: Bruylant, pp. 9-14, 2004.

SCHEFFER, David. "States parties approve new crimes for international criminal court". In: *ASIL Insights*, vol. 14, n. 16, 2010. Disponível online: < <http://www.asil.org/insights100622.cfm>>.

SECRETARY-GENERAL. *Secretary-General Welcomes Outcome of First Review Conference of International Criminal Court, Historic Agreement on Definition of Crime of Aggression*. SG/SM/12959. Disponível online: < <http://www.un.org/News/Press/docs/2010/sgsm12959.doc.htm>>.

SEROUSSI, Julien. "L'internalisation de la justice transitionnelle: l'affaire Hissène Habré". In: *Critique internationale*, n. 30, pp. 83-101, jan-mar 2006.

SNYDER, Jack e VINJAMURI, Leslie. "A midwife for peace". In: *International Herald Tribune*. Disponível online: <<http://www.nytimes.com/2006/09/26/opinion/26iht-edsnyder.2937232.html>>

STERN, Brigitte. "A propos de la compétence universelle". In: YAKPO, Emile e BOUMEDRA, Tahar (orgs.). *Liber Amicorum ó Mohammed Bedjaoui*, Haia: Kluwer, pp. 735-753, 1999.

_____. "Better interpretation and enforcement of universal jurisdiction". In: JOYNER, Christopher (org.). *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights*. Paris: Erès, pp. 175-188, 1997.

_____. "Pinochet face à la justice". In: *Études*, vol. 394, pp. 7-18, 2001.

SULZER, Jeanne. "Implementing the principle of universal jurisdiction in France". In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*. Nova York: Springer, 2007, pp. 125-137.

TRÉAN, Claire. "Un spectaculaire précédent en matière de diplomatie et de droit international". In: *Le monde*, 10 de agosto de 2000. Disponível online: <<http://www.lemonde.fr/cgi-bin/ACHATS/ARCHIVES/archives.cgi?ID=88027a2f87e9a0579b74d37ed99370e6bd11007b6a1e304f>>.

VAN DEN WYNGAERT. "Opinião dissidente". In: *Arrest warrant case of 11 april 2000*. Disponível online: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8144.pdf>>.

VERHAEGHE, Michael. "The political funeral prosecution for the Belgian UJ Statute". In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*. Nova York: Springer, pp. 139-147, 2007.

VERHOEVEN, Joe. "Quelques Réflexions sur L'affaire Relative au Mandat D'arrêt du 11 avril 2000". In: *Revue Belge de Droit International*, vol. XXXV, n. 1-2, pp. 531-536, 2002.

_____. "Vers une ordre répressif universel? Quelques observations". In: *Annuaire Français de Droit International*, vol. XLV, pp. 55-71, 1999.

WEISS, Peter, "The future of universal jurisdiction". In: KALECK, Wolfgang, RATNER, Michael, SINGELNSTEIN, Tobias e WEISS, Peter (orgs.). *International prosecution of human rights crimes*. Nova York: Springer, pp. 29-36, 2007.

_____. "Run, Rummy, Run". In: *Global Policy Forum*, 8 de dezembro de 2006. Disponível online: <<http://globalpolicy.org/component/content/article/97/32136.html>>.

DOCUMENTOS

CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES, Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR, de 1982. Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995.

CONVENÇÕES DE GENEBRA DE 1949. Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha (I); Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar (II); Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (III) e Convenção Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra (IV). Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS. Disponível online: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-60.htm>>

CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO, de 1948, Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Peru*, julgamento de 14 de março de 2001. Disponível online: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf>

_____ *Caso Gomes Lund e outros (õGuerrilha do Araguaiaö) vs. Brasil*, julgamento de 24 de novembro de 2010. Disponível online: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*. Disponível online: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=d2&case=129&code=cof&p3=0>>

_____ õJulgamento de 14 de fevereiro de 2002ö. In: *Arrest warrant case of 11 april 2000*. Disponível online: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>>.

ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945.

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, de 1998. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE PROTECTION OF ALL PERSONS FROM ENFORCED DISAPPEARANCE. Disponível online: <<http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm>>

INTERNATIONAL CONVENTION ON THE SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF APARTHEID, Disponível online: <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3c00.pdf>>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda of the sixty-third session of the General Assembly*. A/63/251/Add.4. Disponível online: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/429/73/PDF/N0942973.pdf?OpenElement>>.

_____ *Convention on the high seas*. Disponível online: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_high_seas.pdf>

_____ *International convention for the protection of all persons from enforced disappearance*. Disponível online: <<http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm>>

_____ *Principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity*. A/RES/3074(XXVIII), 1973. Disponível online: <<http://daccess-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/281/46/IMG/NR028146.pdf?OpenElement>>.

_____ *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*. E/CN.4/1990/13, 1990. Disponível online: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G90/101/32/PDF/G9010132.pdf?OpenElement>>.

_____ *Report of the Secretary-General on the United Nations Organization mission in the Democratic Republic of Congo*. S/2000/30. Disponível online:

<<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/238/74/IMG/N0023874.pdf?OpenElement>>.

_____ *Report on the situation of human rights in the Democratic Republic of the Congo, submitted by the Special Rapporteur, Mr. Roberto Garretón, in accordance with Commission resolution 1998/61. E/CN.4/1999/31. Disponível online: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/8e3dbacbae51ce60802567460034073d?OpenDocument>>.*

_____ *Resolução do Conselho de Segurança sobre a situação da República Democrática do Congo 1234 (1999). S/RES/1234 (1999). Disponível online: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/101/73/PDF/N9910173.pdf?OpenElement>>.*

_____ *Resolução do Conselho de Segurança sobre a situação da República Democrática do Congo 1291 (2000). S/RES/1291 (2000). Disponível online: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/313/35/PDF/N0031335.pdf?OpenElement>>.*

_____ *The scope and application of the principle of universal jurisdiction: report of the Secretary-General prepared on the basis of comments and observations of Governments. A/65/181, 2010. Disponível online: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/467/52/PDF/N1046752.pdf?OpenElement>>.*

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO. ãApplicationö. In: *Arrest warrant case of 11 april 2000*. Disponível online: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>>.

REPÚBLICA DO CONGO. ãApplicationö. In: *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*. Disponível online: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/129/7067.pdf>>.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 153 Distrito Federal*. Relator: Min. Eros Grau. Disponível online: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=612960>>.

_____ Ministério Das Relações Exteriores. *Telegrama ostensivo n. 805, de 11 de outubro de 1999*, da Embaixada do Brasil em Santiago.

_____ *Telegrama ostensivo n. 698, de 11 de junho de 2003*, da Embaixada de Brasil na Cidade do México.

_____ *Telegrama ostensivo n. 487, de 27 de maio de 2009*, da Embaixada do Brasil em Madri.

_____ *Telegrama ostensivo n. 2501, de 02 de setembro de 2009*, da Missão do Brasil junto à Organização das Nações Unidas

_____ *Telegrama ostensivo n. 1260, de 01 de outubro de 2009*, da Embaixada do Brasil em Londres.

_____ *Telegrama ostensivo n. 3732, de 05 de outubro de 2010*, da Missão do Brasil junto à Organização das Nações Unidas.

_____ *Despacho telegráfico ostensivo n. 1176, de 11 de outubro de 2010*, para a Missão do Brasil junto à Organização das Nações Unidas.

_____ *Telegrama ostensivo n. 3913, de 15 de outubro de 2010*, da Missão do Brasil junto à Organização das Nações Unidas.

REPÚBLICA FRANCESA. Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale. Disponível online: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00022681235&dateTexte=>>

REINO DA BÉLGICA. "Counter-memorial". In: *Arrest warrant case of 11 april 2000*. Disponível online: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8304.pdf>>

_____ "Application". In: *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Disponível online: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15054.pdf>>

REINO DA ESPANHA. *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina*

judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
Disponível online: < http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-2009.html>.

THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *Law reports of trials of war criminals*, vol XV, 1949. Disponível online: < http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-15.pdf>

VANDERMEERSCH, Damien. *Mandat D'Arrêt International par Default*, 11 abr. 2000.
Disponível online: <http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Mandat_d_arret%20_2000.html>.