

RUI CARLO DISSENHA

**POR UMA POLÍTICA CRIMINAL UNIVERSAL:
Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR CELSO LAFER

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2013**

RUI CARLO DISSENHA

POR UMA POLÍTICA CRIMINAL UNIVERSAL:

Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor no Programa de Pós-Graduação em Direito, área de Direitos Humanos, da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Titular Dr. Celso Lafer.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2013**

POR UMA POLÍTICA CRIMINAL UNIVERSAL:

Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais

Por

RUI CARLO DISSENHA

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direitos Humanos, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela comissão formada pelos Professores:

Orientador: Prof. Titular Celso Lafer

Membro: Prof. Dr.

Membro: Prof. Dr.

Membro: Prof. Dr.

Membro: Prof. Dr.

São Paulo, _____ de _____ de 2013.

A Maria Cirlei Estella Dissenha, a Dona Coelha, porque no jardim de nossa casa, à sombra dos pinheiros, as flores ainda têm o perfume da sua saudade.

“Let me be clear: I have no objection whatsoever to prosecuting and convicting murderers, be they individual or mass killers. But if life is the most precious of things, then I ask you, should not acting to prevent before the fact, as opposed to acting to punish after the fact, be the primary technique of international law for dealing with mass murder?”.

REISMAN, W. Michael. *Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder*, p. 59

“Wer mit Ungeheuern kämpft, mag zusehn, dass er nicht dabei zum Ungeheuer wird. Und wenn du lange in einen Abgrund blickst, blickt der Abgrund auch in dich hinein”.

NIETZSCHE, Friedrich. *Jenseits von Gut und Böse*, nr. 146.

AGRADECIMENTOS

O trabalho de construção de uma tese doutoral é longo e complexo. Esse processo criativo jamais é levado a cabo de forma isolada – é sempre um exercício acadêmico em rede que coliga o autor a um grande número de pessoas e instituições que ajudam a formar, desenvolver e corrigir a ideia original até o seu ponto de defesa. Por isso mesmo, é necessário agradecer a uma série de pessoas e instituições.

Em primeiro lugar, ao orientador da presente tese, Professor Doutor Celso Lafer, pela seleção do projeto, pela arguta pontuação de elementos a serem ajustados e pela preciosa indicação bibliográfica realizada durante todo o processo de orientação. Qualquer que seja a contribuição que esta tese possa oferecer à comunidade acadêmica, não será jamais suficiente para compensar a orientação recebida no processo de Doutorado.

À Universidade de São Paulo como um todo e, em especial, aos diversos professores que colaboraram, direta ou indiretamente, para o presente trabalho, em especial aos professores Elza Boiteaux e Tércio Sampaio Ferraz Júnior. É essencial agradecer, pelos preciosos comentários realizados na banca de qualificação do doutorado, aos professores André Carvalho Ramos e Cláudia Perrone-Moisés. Também se agradece à CAPES pelo financiamento de meus estudos no exterior.

É imprescindível um agradecimento dedicado ao Professor Massimo Pavarini, da *Università di Bologna*. Para além da indiscutível capacidade técnica no plano do Direito e da assombrosa cultura, trata-se de uma pessoa de inigualável gentileza que, juntamente com a senhora Pirchia, me escancarou as portas da sua casa em Bologna, recebendo-me afetuosamente. Da mesma forma, agradece-se à própria *Università di Bologna* e a todo o seu *staff*, em especial aos professores Dario Melossi e Gaetano Insolera, bem como aos doutorandos Paolo Lobba e Giuseppe Campesi.

Ao *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, de Freiburg, pela acolhida para pesquisa e pelo oferecimento de seu completíssimo acervo. Também ao programa *Marie Curie*, levado a cabo pelo *Grotius Centre for International Legal Studies* da *Leiden Universiteit*, pela produtiva participação em uma das suas *Summer Schools*, bem como pelo subsídio financeiro oferecido pela Comissão Europeia.

À Universidade Federal do Paraná, especialmente aos professores René Ariel Dotti e João Gualberto Garcez Ramos, pela disponibilidade para conversas e orientações. É preciso agradecer, ainda, à Universidade Positivo, sobretudo aos professores Marcos Alves da Silva e Adriane Setti – a esta, também pelo auxílio com questões textuais do trabalho.

Aos amigos, dentre muito, é importante agradecer a alguns queridos companheiros de longas conversas: Paulo Opuszka, Larissa Odreski Ramina, Dr. Edson Luis Vidal Pinto, Juliano de Mello, Pedro Luciano Evangelista Ferreira e Maicon Guedes Hugo. A Maurício dos Santos é preciso agradecer, além da longa amizade, pelas precisas indicações históricas, e a Solange Latenek dos Santos, e à bela família que construíram, por todo o carinho que sempre me dispensaram.

Não é possível apenas agradecer ao grupo formado por Eros Belin de Moura Cordeiro e Noemia Paula Fontanela de Moura Cordeiro, Guilherme Roman Borges e Erica Hartmann – seria necessário homenageá-los. Os primeiros reservam um carinho sem tamanho a toda a minha família – ao ponto de dela já fazerem parte. Os últimos são companheiros de vida na Itália e no Brasil, e são um casal ao qual muito devo na minha vida acadêmica tanto pela ajuda quanto pelo exemplo de dedicação e seriedade. O Guilherme, além de tudo, foi companheiro de disciplinas, seminários e artigos durante todo o processo de Doutorado, além de compartilhar das inúmeras viagens entre Curitiba e São Paulo. Muito do que se encontra hoje nestas páginas surgiu das discussões e conversas sobre muitos assuntos. Aos quatro amigos-irmãos eu reservo minhas sinceras homenagens e profundos agradecimentos, pois a tese não seria possível sem a colaboração ativa de todos eles.

A minha família, que sempre foi essencial na construção deste trabalho: meu pai, por abrir as portas do mundo jurídico e pelo profundo esforço e trabalho para permitir aos seus filhos as condições de estudo de que nunca dispôs. Aos meus irmãos, Fernando, Lenon, Carla e Carlos, e às minhas cunhadas, Letícia e Flávia, pela companhia, pelas conversas e pelo acolhimento nas suas casas. O prazer da companhia de todos eles sempre foi muito maior do que o necessário e muito menor do que eu deveria ter-lhes dedicado. À família da Larissa, agradeço profusamente pelo carinho incontestado que sempre me dedicaram: a avó Zilda, o Senhor Luiz Carlos, a Dona Úrsula, o André e a Vanessa, o Gustavo e a Andréia, por tantos momentos de felicidade e alegria.

Há três pessoas que merecem um agradecimento especial. A primeira delas é a minha companheira para a vida sem quem este trabalho jamais teria sido terminado: a Larissa, minha esposa, namorada e amiga que me impressiona diuturnamente tanto pelo caráter inigualável quanto pela fibra e pela força que não seria possível de encontrar em nenhuma outra pessoa no mundo. Sua contínua presença, trabalho, atenção e amor foram essenciais para que estas páginas chegassem a um fim. E ao pequeno Lorenzo, que docemente trocou minhas horas de sono e de trabalho por momentos de carinho que não se

podem exprimir em palavras e que foram capazes de ensinar muito a quem achava entender algo da vida. Nada é como antes da sua existência – e o Direito Penal Internacional passou a ser muito mais simples do que era anteriormente.

Finalmente, a Maria Cirlei Estella Dissenha, que viu o início, mas não pode ver o fim deste trabalho. O início a que me refiro não é o começo da tese ou mesmo da minha vida acadêmica: é o primeiro momento em que peguei em um lápis e aprendi, ainda antes de entrar na escola, pelos esforços dedicados de minha mãe, a escrever e ler as primeiras palavras. Sua partida prematura é uma perda inestimável e que não será jamais completamente compreendida.

Curitiba, verão de 2012.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
A – QUESTÕES FUNDAMENTAIS.....	18
1. Aspectos iniciais.....	18
1.1. As dificuldades de uma justiça penal internacional em permanente construção	19
1.2. A relação entre Direito Penal Internacional e justiça penal internacional	27
2. Sobre como o nome afeta a função: a natureza do Direito Penal Internacional	36
2.1. O Direito Penal Internacional, o Direito Penal e uma definição terminológica essencial.....	36
2.2. Consequências de ser um Direito Penal Internacional	46
2.2.1. Obrigatoriedade de uma disciplina antropocentricamente fundamentada	47
2.2.2. O bem jurídico penalmente protegido e o Direito Penal Internacional	53
2.2.3. Crimes universais como objeto do Direito Penal Internacional em sentido estrito.....	61
B – ASPECTOS HISTÓRICOS DA DISCUSSÃO	72
1. A Relativização da Soberania: <i>from concreteness to normativity</i>	72
1.1. A demanda pela relativização da soberania: do interestatal ao internacional.....	74
1.1.2. O surgimento de um poder internacional: o primeiro passo para a internacionalização	76
1.1.3. O “eclipse da soberania”	81
1.2. O processo de universalização dos direitos humanos: a norma e a limitação da política.....	83
1.2.1. A internacionalização e seus efeitos para os direitos humanos.....	84
1.2.2. A universalização dos direitos humanos: novos limites para a soberania.....	88
i. O surgimento de um consenso internacional	88
ii. Efeitos do consenso internacional na justiça penal	96
2. A Justiça penal internacional para a proteção da dignidade humana.....	108
2.1. Experiências prévias: da justiça penal interestatizada ao <i>ius puniendi</i> internacional.....	108
2.1.1. Experiências penais internacionais?.....	108
2.1.2. Versaillies e a pretensão frustrada de internacionalização da justiça penal	113
2.1.3. Considerações sobre os tribunais de Nuremberg e de Tóquio	116
i. Aspectos gerais sobre os tribunais internacionais penais da Segunda Guerra.....	116
ii. O resultado dos tribunais internacionais penais da Segunda Guerra Mundial	119
2.2. O novo fôlego da justiça penal internacional: fim da Guerra Fria e ares humanizadores	125
2.2.1. A justiça penal internacional no pós-guerra: a Guerra Fria	126
2.2.2. O processo de tribunalização: reforço do sistema repressivo direto de justiça penal internacional.	133
2.2.3. Os tribunais mistos	141
3. Conclusões preliminares sobre a evolução histórica.....	143
C – DIFICULDADES DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL REPRESSIVA	152
1. Sob a ótica do Direito Internacional: pena sem força?	152
1.1. Dificuldades estruturais da justiça penal internacional: a pena horizontal	152
1.1.1. A horizontalidade da justiça penal internacional: entre a ineficácia e o descontrole	152
i. O Direito Penal e a necessidade da verticalidade	152
ii. Justiça penal internacional entre a ineficácia e o descontrole	154
1.1.2. Soluções possíveis: os modelos supra-Estados, entre-Estados e a complementaridade.....	157
i. O modelo entre-Estados: a experiência fundamentada na cooperação internacional	158
ii. O modelo supra-Estados: a experiência dos TPI <i>ad hoc</i>	159
iii. A complementaridade do TPI: um novo modelo intermediário de cooperação?	162
1.2. Consequências da pena sem força: a politização da repressão	171

1.2.1. Sob a “Síndrome de Nuremberg” nos tribunais <i>ad hoc</i>	173
1.2.2. O Estatuto de Roma e os riscos da seletividade e da dependência.....	185
i. A questão da seletividade.....	186
ii. O problema da dependência.....	189
2. Na ótica do Direito Penal: pena para quê?	195
2.1. Os fins tradicionais da pena	196
2.1.1. As teorias positivas: a prevenção e a retribuição	198
i. A proposta retribucionista	198
ii. A proposta preventiva	200
iii. As propostas unificadoras	207
2.1.2. Outras propostas para a pena: teorias críticas e o utilitarismo contemporâneo.....	208
i. a crise do sistema penal e das teorias da pena	208
ii. a resposta crítica materialista/dialética da pena criminal	209
iii. o novo paradigma da justiça restaurativa: ainda novas funções ao Direito Penal	211
2.2. A pena internacional em busca de identidade	214
2.2.1. As dificuldades da retribuição	215
i – a adoção da retribuição como fim da pena internacional	215
ii – as críticas à retribuição internacional	218
2.2.2. As dificuldades da prevenção	221
i – a adoção da prevenção como fim da justiça penal internacional.....	221
ii – as dificuldades da prevenção.....	227
2.2.3. Outras funções para a pena internacional	233
2.3. Conclusões: o descrédito na pena e a ineficácia da repressão internacional	237
3. Consequências essenciais.....	241
3.1. Um Direito Penal Internacional do Inimigo	241
3.2. Um Direito Penal Internacional Simbólico	258
3.3. Conclusões	270
D – POR UMA POLÍTICA CRIMINAL UNIVERSAL.....	276
1. A Necessidade de uma Política Criminal Universal	276
1.1. A natureza política da pena internacional	277
1.2. A demanda por sentido: pela construção de uma política criminal universal	290
1.2.1. Sentido de uma política criminal	291
1.2.2. Conteúdo ideal de uma política criminal	294
1.2.3. Condições de realização da justiça penal internacional: a política criminal adequada	301
2. Conteúdo de uma Política Criminal Universal.....	305
2.1. A proposta negativa da política criminal universal: pela limitação da pena internacional.....	305
2.1.1. A aplicabilidade da teoria negativo-agnóstica no âmbito internacional.....	306
i. O sentido da proposta agnóstico-negativa	306
ii. Consequências da visão agnóstico-negativa: o Direito Penal Internacional antropocêntrico...	309
2.1.2. O Direito Penal Internacional antropocentricamente fundamentado	312
2.2. A proposta prospectiva da política criminal universal: o papel das Nações Unidas	318
2.2.1. O sentido do papel prospectivo.....	320
2.2.2. Uma proposta prospectiva: repensar os tribunais penais internacionais e o papel da ONU ...	326
2.3. Proposições práticas	336
2.3.1. Para uma perspectiva limitadora	336
2.3.2. Para uma perspectiva prospectiva	338
CONCLUSÃO	341
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	344

RESUMO

O presente trabalho busca analisar criticamente a atual conformação da justiça penal internacional, identificando as principais dificuldades que enfrenta e propondo uma nova direção que possa servir a mitigar esses problemas e a atingir os fins que declara ter como objetivo. Segundo se pretendeu demonstrar nesta tese, a atual condição da justiça penal internacional, que evoluiu substancialmente no pós-Guerra Fria em conjunto com a proteção internacional dos direitos humanos, constitui-se sobre uma proposta unicamente repressiva. Esse modelo se manifesta no combate aos crimes universais pela priorização da atuação de tribunais penais internacionais e pela definição internacional de padrões obrigatórios a serem seguidos pelos Estados. Todavia, essa proposta padece de diversas dificuldades que podem ser resumidas em dois aspectos principais: tanto na sua incapacidade de se fazer executar, o que lhe retira a independência que se espera de um sistema judicial, quanto na sua indefinição quanto aos fins que persegue. Dessa forma, conclui-se que a aplicação da pena, no plano internacional, é um exercício político que demanda, portanto, limitação. Além disso, como resposta aos graves efeitos dos crimes universais, a justiça penal internacional precisa ser repensada segundo uma proposta também prospectiva que, aliada à repressão, possa servir à evitação de crimes universais e à garantia da paz e dos direitos humanos. Essa proposta é o que se denomina de política criminal universal.

ABSTRACT

This study aims to critically analyze the current conformation of international criminal justice, identifying the main difficulties that it faces and proposing a new direction that may serve to mitigate these problems and allow the achievement of the goals purposed by states in international arena. According to this thesis, the current status of the international criminal justice, which has evolved substantially in the post-Cold War together with the international protection of human rights, is based on a solely repressive proposal. This model manifests itself, regarding the combat of universal crimes, by prioritizing the creation of international criminal courts and through the definition of international standards that are compulsory to States. However, this proposal suffers from several difficulties which can be summarized in two major points: its incapacity to enforce itself, which may endanger the essential independence required from a judicial system, and its inability in deciding its own goals. Thus, it is possible to conclude that the international imposition of a criminal sentence is a dangerous political exercise that demands limitation. Furthermore, in response to the serious effects of universal crimes, international criminal justice needs to be rethought according to a proposal that is also prospective, which, coupled with repression, can serve to the prevention of universal crimes and to ensure universal peace and human rights. This proposal is what is called a universal criminal policy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDHNU – Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas
CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ – Corte Internacional de Justiça
ECHR – *European Court of Human Rights*
ECOSOC – *United Nations Economic and Social Council*
FPLC – *Forces Patriotiques pour la libération du Congo*
GESTAPO – *Geheime Staatspolizei*
ICC – *International Criminal Court*
ICTR – *International Criminal Tribunal for Rwanda*
ICTY – *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*
ICJ – *International Court of Justice*
IFOR – *Implementation Force*
INTERPOL – *International Criminal Police Organization*
KFOR – *Kosovo Force*
NATO – *North Atlantic Treaty Organization*
ONU – Organização das Nações Unidas
OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte
PCIJ – *Permanent Court of International Justice*
RPA – *Rwandese Patriotic Army*
RPF – *Ruandese Patriotic Front*
SFOR – *Stabilization Force*
SS – *Schutzstaffel*
TPI – Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma
TPII – Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia
TPIR – Tribunal Penal Internacional para a Ruanda
UN – *United Nations*
UNAMIR – *United Nations Assistance Mission for Rwanda*
UNTAES – *United Nations Transitional Authority in Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium*
UPC – *Union des Patriotes Congolais*

INTRODUÇÃO

A temática de que se trata é de importância indiscutível. Como resultado de um esforço internacional comum no sentido de garantia da paz e dos direitos humanos, a justiça penal internacional constituiu-se sobre o sofrimento de milhões de vítimas dos muitos desastres humanitários pelos quais passou a comunidade internacional nas últimas décadas. O resultado de concórdia internacional, nesse sentido, representa a pretensão se de por um cabo à história de sofrimento humano que se arrasta sobre a Terra porque a comunidade internacional nunca teve condições – nem instrumentos – para minimizá-la.

Assim, quando dos trabalhos para a constituição do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional permanente, o reconhecimento da importância da questão indicou-a como “o tema mais importante sobre o qual os juristas podem se debruçar nesse final de século¹”. De fato, a constituição de uma corte penal permanente coroa uma evolução de décadas que retoma experiência pristinas no sentido da construção comum de uma justiça penal internacional. Esse processo representa a materialização de conceitos essenciais responsáveis por uma relativização nunca antes vista da soberania, determinando-lhe um novo sentido² que implica, inclusive, a mudança de muitas regras internas dos sistemas penais nacionais – mesmo de princípios constitucionais.

Não é à toa que se celebra com tanto júbilo essa construção, bem como o reconhecimento de uma nova disciplina que se afirma cada vez mais de forma autônoma diante dos outros ramos que lhe deram berço. O Direito Penal Internacional é uma novidade bem-vinda que se constitui aos poucos como temática de estudos independentes e metodologicamente separada tanto do Direito Penal quanto do Direito Internacional. Seu objeto de análise, a justiça penal internacional, também é assunto que desperta o interesse acadêmico cada vez maior tanto pela natural curiosidade que o fenômeno incita quanto pela profundidade das consequências que acarreta.

Pois bem, o tema central da tese que se apresenta é justamente uma análise dessa justiça penal internacional segundo a sua conformação atual e a indicação de uma proposta corretiva para alguns dos problemas que nela são encontrados. De acordo com o que se defende neste trabalho, a justiça penal internacional dos dias de hoje manifesta-se

¹ BADINTER, Robert. La Cour Pénale Internationale. In: **Coloque “Droit et Démocratie”**. Paris: La Documentation Française, 1999, p. 05.

² REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. Nona edição, revisada. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 216.

de forma insatisfatória porque fundada apenas em uma justiça repressiva de matriz internacional que, por esses mesmos motivos, implica riscos sérios ao trato dos chamados crimes universais. Afinal, como proposta meramente repressiva construída no fervor da pretensão vindicatória pela violação de direitos humanos, a justiça penal internacional acaba incapaz de entregar o que promete e se constitui apenas em mais um instrumento de controle social que não serve, em nada, para a proteção dos direitos humanos.

Há muito se reconhecem as falhas de um modelo penal baseado em uma simples “política penal” que pretende resolver suas dificuldades apenas com a gestão da repressão. Em seu desenho contemporâneo, segundo BATISTA³, o campo da política criminal tem grande amplitude e não é mais visto como uma mera política social (pois embora tenha com ela uma relação íntima, são políticas de ordem diversas) nem apenas como uma simples política penal (pois a política penal é aquela pela qual a relação do Estado com o fenômeno da criminalidade se esgota na aplicação de mais ou menos pena, o que não é suficiente pela evidente amplitude da questão criminal).

De fato, uma política penal internacional de meros contornos penais pode se converter, rapidamente, em um modelo de controle que serve unicamente a atender aos interesses dos países que detém o poder na comunidade internacional. Essa condição mantém um *status quo* na exata forma que lhe dá ZOLO ao apontar a pretensão da construção de uma *Cosmópolis*⁴ em que nada se quer mudar, nem mesmo as condições que dão origem aos graves crimes de massa que assolam constantemente a comunidade internacional. Aliás, essa opção permite apenas uma justiça parcial, exercida contra alguns poucos desafortunados que restam caracterizados como os vencidos (submetidos a uma justiça de vencedores⁵) nos naturais conflitos de um estado de natureza internacional.

Nesse sentido, e porque a repressão é necessária, é essencial que se reveja essa condição para que à proposta repressiva se agreguem outras medidas de cunho prospectivo – essas sim com o condão de oferecerem soluções mais claras e funcionais aos conflitos que dão à luz os crimes universais. Para tanto, é essencial que se compreenda a própria natureza da pena internacional e, a partir daí, se elabore uma forma de compreensão do fenômeno de penalização internacional pelo que ele efetivamente representa, dando os limites adequados à busca pela evitação dos crimes universais.

³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Décima primeira edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 36-37.

⁴ ZOLO, Danilo. **Cosmopolis**. Milano: Feltrinelli Editore, 2008.

⁵ ZOLO, Danilo. **La Giustizia dei Vincitori: Da Norimberga a Baghdad**. Roma-Bari: Laterza, 2006.

Como é óbvio, a presente tese não tem qualquer pretensão de esgotamento dessa temática. Reconhecem-se muitos temas conexos que mereceriam, por si só, um outro trabalho de mesmo nível e de ainda maior profundidade. A investigação íntima dos efeitos preventivos que se reconhecem à pena ou de outros fins que se possam agregar à sanção penal, a utilidade de comissões de verdade e anistias, o papel dos envolvidos no processo penal internacional e, mesmo, as condições de possibilidade dessa espécie de processo, as necessidades e o sofrimento das vítimas e os limites das reparações que lhes são devidas, o alcance e os efeitos da jurisprudência dos tribunais penais internacionais, as relações políticas que animam a construção da justiça penal internacional, os princípios penais e as garantias aos direitos humanos por meio do processo de tribunalização penal internacional, enfim, existe um campo gigantesco de pesquisa que ainda precisa ser levada a cabo, mas que não pode ser e não será explorado neste trabalho por necessidade de outros estudos que não cabem nos limites de apenas uma tese.

Neste trabalho, mais do que se encontrarem soluções, o que se busca é uma análise crítica da temática, propondo-se, ao final, indicações gerais conclusivas dos estudos que seviram de base à pesquisa que agora se apresenta.

Nesses termos, a tese vem estruturada em quatro partes fundamentais. No primeiro capítulo serão lançadas algumas discussões sobre os limites da disciplina e da própria justiça penal internacional, com a pretensão de se indicarem as dificuldades inerentes à discussão e, além disso, esclarecerem-se quais os pontos de partida para a compreensão da temática. Na segunda parte do trabalho, exploram-se as bases históricas que dão origem ao fenômeno da repressão penal internacional a partir de um debate sobre as experiências prévias mais antigas e mais recentes, bem como a conexão evidente que o tema da justiça penal internacional tem com os direitos humanos e a sua proteção.

Na terceira parte da tese, apresentam-se os problemas dessa conformação atual. A partir de proposições de ordem crítica, tenta-se compreender como pode uma justiça penal construir-se sem estruturas executivas próprias e quais as consequências dessa condição. Além disso, exploram-se quais os fins que se buscam com a justiça penal internacional: se propostas retributivas ou repressivas são efetivamente úteis e como tais propostas podem ser problemáticas segundo a moderna teoria do Direito Penal e da Criminologia.

Finalmente, na porção final do trabalho, pretende-se resgatar a utilidade de uma justiça penal internacional baseada na construção de tribunais penais internacionais. Por meio da atuação dessas instituições segundo uma perspectiva de *ultima ratio*

juntamente com a adoção de um novo modelo de justiça penal aplicado em coligação com os órgãos da família das Nações Unidas, é possível que se recupere a dignidade da justiça penal internacional e que se garanta a ela uma configuração útil e protetiva de um modelo democrático e antropocêntrico. A partir da construção de uma proposta prospectiva, consegue-se constituir um novo modelo de justiça penal, agora de acordo com uma política criminal universal.

A – QUESTÕES FUNDAMENTAIS

1. Aspectos iniciais

Convém iniciar indicando que o tema de que se trata é de extrema complexidade. O fenômeno da internacionalização do Direito Penal é recente e foi produzido por um sem-número de elementos dificilmente associáveis de forma que pouca certeza se tem sobre a sua constituição e natureza. Dentro desse fenômeno, o próprio reconhecimento da justiça penal internacional passa por dificuldades conceituais que vão da confusão sobre a terminologia usada até o próprio conteúdo dessa terminologia. Sua expressão mais evidente e festejada, os tribunais penais internacionais, padece de um mal curioso: têm força e portento formidáveis, mas carecem da medida de seu alcance. Paradoxalmente, são vistos como a solução para uma série de problemas, mas não têm, sequer, como fazer cumprir pessoalmente suas decisões. A doutrina tateia a produção dessas instituições para tentar tirar conclusões que chegam sempre já tarde demais, frente ao avançado das consequências das decisões das cortes penais internacionais. Em suma: navega-se por mares revoltosos, e daí a necessidade de se indicar a real complexidade do tema sob o risco de se discutir levianamente a questão.

Assim, é essencial que se estabeleçam os limites deste trabalho, apontando de onde se parte e aonde se pretende chegar, delimitando claramente, também, as margens da discussão. Isso é condicionante de uma honestidade científica – não se arrisca dizer mais do que se pretende – e é essencial à construção de um trabalho que passeie em terreno onde não há fronteiras claras. Mais do que uma simples definição da temática talhada para este esforço, é imprescindível que o leitor conheça os marcos dogmáticos que animam a presente tese, identificando os limites, a direção e o sentido que se busca neste texto.

Convém mencionar que a confusão teórica e terminológica que cerca o tema é resultado da miríade de pontos de aproximação que está imiscuída na problemática destas páginas. Por exemplo, a adoção justificada do termo “Direito Penal Internacional” em lugar de “Direito Internacional Penal” não é mera perfumaria estilística (embora pareça), mas uma necessidade que tem efeitos claros na disciplina que se desenvolve. Afinal, o sentido (acepção) da expressão vai indicar o sentido (direção) em que ela pode ser usada e, no fim do percurso, tornar coeso o raciocínio sobre um ou outro fundamento. A partir dessa definição, será possível indicar como o Direito Penal Internacional pertence ao ramo

do Direito Penal e, assim, deve assumir um cariz de cunho limitador do poder internacional que pretende exercer o *ius puniendi* universal.

Justamente por conta dessa vinculação, o Direito Penal Internacional também se sujeita a outras limitações. Em primeiro lugar, deve adotar um imprescindível fundamento antropocêntrico, segundo o qual terá sempre o indivíduo como ponto pivotante. Isso garante que se trate de um ramo do Direito que não reifica o indivíduo de forma a violar a sua dignidade. Mais do que isso, e também por conta do seu caráter limitador, está diretamente vinculado à noção do bem jurídico, o que permite uma limitação do poder ainda mais rigorosa e eficiente.

Finalmente, convém indicar que o presente capítulo, a partir desses pontos de vista, pretende apontar quando é possível a intervenção repressiva internacional. Na medida em que o bem jurídico é um elemento de altíssima importância, é a partir dele que se reconhece o caráter de universalidade de um crime. Mas a atuação do *ius puniendi* internacional não se fundamenta apenas aí, pois é necessário um catalisador axiológico que indique a atuação internacional. Esse elemento é reconhecido no “direito a ter direitos” arendtiano e implica a compreensão de uma cidadania universal que protege a dignidade da pessoa humana e obriga o Direito Penal Internacional a uma atuação humanizadora e limitada.

Eis a importância do presente capítulo.

1.1. As dificuldades de uma justiça penal internacional em permanente construção

O Direito Criminal Internacional é uma disciplina legal complexa que consiste em diversos componentes ligados pela sua relação funcional na busca dos seus valores-objetivos. Esses objetivos incluem a prevenção e supressão da criminalidade internacional, reforço da responsabilização e redução da impunidade e estabelecimento da justiça criminal internacional.⁶

A frase que abre uma das obras do prestigiado autor do Direito Penal Internacional BASSIOUNI indica já no início uma das características mais importantes desse ramo do Direito, qual seja a sua multidisciplinariedade. Não deixa o mesmo autor, nas linhas seguintes, entretanto, de frisar que essa característica tem o condão de colocar em relação diversas disciplinas legais dificilmente conciliáveis. Há, inclusive, posicionamento na doutrina que indica ser o Direito Penal incapaz de lidar com mais essa complexidade – a

⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Adseley: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 01.

sua internacionalização⁷. Historicamente, também já foi reconhecida essa dificuldade até mesmo na jurisprudência: referindo-se à incompatibilidade entre Direito Penal e Direito Internacional, há o antigo precedente do caso *Phosphates du Maroc*, quando a *Permanent Court of International Justice* mencionou expressamente:

qual é o ramo do direito interno que apresenta as maiores diferenças para com o direito internacional que não o direito penal, o direito penal é que um direito de autoridade estabelecida em cada Estado segundo suas concepções próprias, o direito penal que encontramos em todos os Estados, mas ao qual nós não encontramos um equivalente na ordem jurídica internacional? (...) O direito penal, direito de hierarquia e de subordinação, pode dificilmente pode inspirar o direito internacional, direito de igualdade e de coordenação.⁸

Parece forçoso reconhecer, portanto, que se trata de um tema de alta complexidade e que tangencia diversas disciplinas legais, especialmente o Direito Internacional, o Direito Penal, o Direito Penal Comparado, o Direito Processual Penal, o Direito Processual Penal Comparado, o Direito Constitucional, o Direito dos Direitos Humanos (tanto nacional quanto internacional), entre outras. A problemática se constrói a partir da inter-relação funcional dessas disciplinas, de estrutura reticular e sistêmica, na forma nem tanto de uma disciplina coesa e coerente, mas, sim, com a face de um “*sistema de Direito Penal Internacional*”⁹.

Todavia, não parece mais ser possível defender a posição da Corte no caso *Phosphates du Maroc*, que certamente é apenas explicada pelo momento histórico da época, o longínquo ano de 1938, quando mesmo a possibilidade de se relativizar a soberania era ainda uma pretensão distante. Uma guerra mundial e um holocausto depois, certamente os julgadores não manteriam a mesma opinião, pois não parece possível ainda se pensar daquela forma: a história demonstra o imenso sucesso do casamento entre o Direito Internacional e o Direito Penal, como se comprova, nas últimas décadas, a profusa criação dos tribunais penais internacionais¹⁰.

Esse sistema tem origem eminentemente convencional e se fortalece especialmente após a Guerra Fria, animado pela recuperação de força da Organização das Nações Unidas

⁷ MAHIU, Ahmed. Les Processus de Codification du Droit International Pénal. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (dir.). **Droit International Pénal**. Paris: Editions A. Pedone, 2000 (p. 37-53), p. 39.

⁸ PCIJ. *Phosphates du Maroc*. In: **Série C : Plaidoiries, Exposés Oraux et Documents**, n. 85. Leiden: A. W. Sijthoff, 1938, p. 1060-1061. Também MAREK, Krystyna. Criminalizing State Responsibility. In: R. Provost (ed.). **State Responsibility in International Law**. Ashgate: Aldershot, 2002, p. 463 (tradução livre).

⁹ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Adslay: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 01.

¹⁰ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 19.

(ONU) e pelo imenso crescimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. De fato, esses elementos se coligam à necessidade de repressão à criminalidade transnacional (facilitada por novas condições tecnológicas e comerciais¹¹) e ao consenso universal sobre a necessidade de se evitarem os horrores das guerras mundiais¹². É nesse sentido que a criação de tribunais penais internacionais, especialmente o Estatuto de Roma, representa uma evidente e importante evolução.

Mas essa tendência não é de lida simples. A complexidade do chamado Direito Penal Internacional pode ser vislumbrada de diversos pontos de vista e, por vezes, implica consequências que tornam esse novo plano de atuação do direito de difícil aplicação. Mais do que isso, sua construção é de uma formidável pujança e sua complexidade, se manejada inadequadamente, pode produzir graves consequências à realização da justiça. Por conta disso, e para que se deixe claro o terreno pantanoso em que se pisa quando se trata dessa temática, é prudente que se mencionem algumas das características importantes que movimentam o Direito Penal Internacional.

(a). Em primeiro lugar, trata-se de um tema recente¹³. Embora se possa reconhecer a existência de traços da experiência do Direito Criminal Internacional em diversos momentos da História, e mesmo levando-se em consideração que o seu salto de desenvolvimento se dá a partir da Segunda Guerra Mundial, é certo que o Direito Penal Internacional e a justiça penal internacional se constituem efetivamente apenas há pouquíssimo tempo. Afinal, é apenas após a queda do muro de Berlim que essa experiência passa a ser discutida livremente e são identificáveis perspectivas de materialização. Ou seja, é uma disciplina que, na forma atual, tem pouco mais de vinte anos de vida e, por isso, ainda é fragmentária e apenas aos poucos está sendo consolidada¹⁴.

A falta de maior acumulação histórica desse ramo do direito também prejudica as instituições que produz, pois a estruturação de uma justiça penal internacional precisa ser feita *on the way* sem que exista um modelo estável no qual se espelhar. Por conta disso, e sobretudo em comparação com o Direito Penal doméstico, o Direito Penal Internacional

¹¹ Nesse sentido, ver, tratando do tema de forma genérica: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹² BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Adslsey: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 24.

¹³ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 16.

¹⁴ AMATI, Enrico; CACCAMO, Valentina; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela; VALLINI, Antonio. **Introduzione al Diritto Penale Internazionale**. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 23.

precisa ser considerado um sistema legal repleto de imperfeições¹⁵. É evidente, por exemplo, que por muito tempo os tribunais penais internacionais das Nações Unidas tiveram dificuldades para estabelecer um processo adequado, ao ponto de que o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia teve dezoito alterações de procedimento nos seus pouco mais de seis primeiros anos de vida¹⁶. Para um processo de justiça criminal, que se pretende garantidor dos direitos do acusado, sua construção é exageradamente instável.

O problema se repete em outros caracterizadores do Direito Penal Internacional, tais como os crimes que são seu objeto. Há muito se discute qual deve ser o real alcance desse ramo. Enquanto alguns defendem que o Direito Penal Internacional deve tratar apenas dos crimes mais graves (reconhecidos como *core crimes*¹⁷ e presentes na competência material do Estatuto de Roma), outros defendem que pode e deve alcançar outras espécies criminosas, tais como o terrorismo, o tráfico de drogas, a lavagem de dinheiro internacional, os crimes contra o meioambiente etc. A verdade é que existe uma gigantesca confusão sobre o que exatamente caracteriza um crime como de interesse do Direito Penal Internacional¹⁸ e mesmo as pretensões de codificação dessa criminalidade, conforme levadas a cabo pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, fracassaram. Como consequência, a competência material da disciplina não passa de um esparso conjunto de tratados¹⁹ que cria um grande número de dificuldades, especialmente quando confrontada com as jurisdições nacionais²⁰.

(b). Outra característica importante do Direito Penal Internacional é o seu caráter multifacetado. O Direito Penal Internacional é uma grande colcha de retalhos que

¹⁵ SLUITER, Göran; ZAHAR, Alexander. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. vii.

¹⁶ MUNDIS, Daryl A. From 'Common Law' Towards 'Civil Law': The Evolution of the ICTY Rules of Procedure and Evidence. In **Leiden Journal of International Law** n. 14, volume 2, ano 2004 (p. 367-382), p. 370.

¹⁷ AMBOS, Kai. **Temas de Derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales S.A, 2006, p. 271 e seg.

¹⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley: Transnational Publishers, 2003, p. 114.

¹⁹ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley: Transnational Publishers, 2003, p. 114.

²⁰ "Imagine a system of criminal Law that accepts the following anomaly: A soldier from one country intentionally kills an innocent civilian in another country during a war between those two states and is criminally responsible; but if he intentionally kills a civilian of his own nationality during a civil war, he has not committed a crime. Moreover, if, instead, he intentionally kills a political prisoner in peacetime, he is not guilty of a crime; but if he tortures that political prisoner, he is. If this sounds like a haphazard set of rules making arbitrary distinctions for holding individuals criminally responsible for human rights violations, one has come to see some of the core flaws of international criminal law as it has traditionally defines international crimes". RATNER, Stevens R. Schizophrenia of International Criminal Law. In: **Texas International Law Journal**, n. 33, ano 1998 (p. 237-256), p 237-238.

acondiciona aspectos internacionais e nacionais ao mesmo tempo, criando especiais dificuldades no plano processual²¹. Afinal, embora forjada no plano internacional, a disciplina mantém raízes nacionais, pois, sozinha, não tem história teórica e, assim, precisa aproveitar da evolução nacional dos institutos, importando-os para sua experiência²². Isso se pode ver com as argumentações de defesa dos acusados em processos penais internacionais que se fundamentam especialmente nas tradicionais figuras do Direito Penal, tais como a legítima defesa, o estado de necessidade, a falta de elemento intencional, o erro etc. Por conta disso, é natural que o Direito Penal Internacional também tenha admitidas na sua estrutura tais figuras. Todavia, copiar os mesmos institutos pode ser problemático, porque a experiência nacional do Direito Penal é sujeita às idiosincrasias de cada país e, assim, aplicado em outra realidade, pode ensejar dificuldades sérias. Não são poucas as vezes em que as cortes internacionais penais precisam dedicar grandes esforços para justificar suas posições justamente porque devem aplicar soluções penais desenhadas para o plano interno e não para o âmbito internacional.

Além disso, a disciplina é composta de argumentações jurídicas que provêm de uma interrelação entre ao menos três bastante complexas disciplinas: o Direito Penal, o Direito Internacional e o Direito dos Direitos Humanos. Amalgamadas em uma única linguagem, potencializam-se também as dificuldades²³ e exige-se do operador e do estudioso desse ramo um esforço extra para compreensão e solução dos problemas. Não é incomum, como consequência dessa dificuldade, que parte da doutrina ignore a complexa problemática envolvida nos conceitos de Direito Penal em favor da aplicação da pena ao

²¹ Notória é a dificuldade, no processo penal que caracteriza seus julgamentos, de compatibilizar em um mesmo modelo as figuras da experiência da *common law* e da *civil law*, bem como as características de um modelo acusatório ou inquisitório (ver MUNDIS, Daryl A. From ‘Common Law’ Towards ‘Civil Law’: The Evolution of the ICTY Rules of Procedure and Evidence. In: **Leiden Journal of International Law** n. 14, volume 2, ano 2004 (p. 367-382), p. 370). No caso dos tribunais das Nações Unidas, por exemplo, embora se aponte comumente que se trata de um modelo “único” e não um amálgama deles (MCDONALD, Gabrielle Kirk. Trial Procedures and Practice. In: MCDONALD, Gabrielle Kirk; SWAAK-GOLDMAN, Olivia (eds.). **Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p. 556), parece mais claro admitir-se que se trata de um modelo originalmente acusatório que migra, aos poucos, para um modelo inquisitório (nesse sentido: JONES, John R.W.D.; POWLES, Steven. **International Criminal Practice**. Third edition. Oxford/Ardley: Oxford University Press/Transnational Publishers, 2003, p. 466), sobretudo porque o modelo acusatório é mais lento e, assim, poderia prejudicar a eficácia dos tribunais (ORIE, Alphons. Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings Prior to the Establishment of the ICC and in the Proceedings Before the ICC. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R.W.D. **The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary**. Volume II. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1442).

²² BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Adslsey: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 08-10.

²³ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Adslsey: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 11.

caso concreto – como acontece com a absoluta crença na eficiência dos efeitos preventivos da repressão penal.

(c). O interesse internacional pela temática é inversamente proporcional à sua estruturação teórica. Como consequência dos fatores indicados anteriormente, a produção científica sobre o Direito Penal Internacional tem pouquíssima densidade doutrinária.

A rumorosa experiência dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, bem como os tribunais penais mistos, a retomada das questões outrora discutidas durante as experiências de Nuremberg e Tóquio, e, especialmente, a constituição de uma Corte penal permanente com o Estatuto de Roma potencializaram sobremaneira o interesse sobre o tema. Assim, cada vez mais surgem cursos de especialização sobre a temática e é farta a oferta de *summer courses* sobre a justiça criminal internacional. Como consequência, essa temática voltou a frequentar os painéis de congressos pelo mundo afora – sempre municiada por fartas fontes de fomento que permitem pesquisa intensiva.

Todavia, a produção doutrinária decorrente desse processo não é, certamente, sempre de alta qualidade – pelo contrário, é, em muitos momentos, superficial e repetitiva, quando não equivocada e confusa. Superficial porque deixa de tocar em questões importantes à temática. Raros, por exemplo, são os autores que se preocupam com analisar as condições de exercício do poder penal no plano internacional, sua problemática efetiva e seus efeitos – normalmente parte-se da ideia de justiça criminal internacional sem mesmo se dar conta da necessidade de discussão da organização dos poderes que a anima. A crítica das decisões dos tribunais também é incipiente, como se fosse temerário, ou impossível, fazê-la, embora se disponha de vasto material de pesquisa, comumente acessível inclusive eletronicamente. Causa espécie, finalmente, que os grandes doutrinadores da temática sejam eminentemente internacionalistas ou jus-humanistas, e não penalistas. A consequência é óbvia: a análise penal da temática – que deveria ser a primeira a ser feita por conta das consequências que a justiça penal internacional produz – resta esquecida ou, pior, maltratada²⁴. A produção teórica é também, e claramente, repetitiva. Muitos autores se limitam aos mesmos temas de sempre e à replicação de uma mesma linha metodológica que se configura em corriqueira ladainha. Um grande roteiro se impõe na produção científica e representa a demanda de mercado literário sobre o Direito Penal Internacional que se faz, muitas vezes, sobre a reedição de textos de autores ditos consagrados,

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El Marco Constitucional Iushumanista del Saber Penal. In: **Em Torno de la Cuestión Penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2005, (p. 121-130), p. 130.

normalmente acompanhada de uma tradução sofrível, porque feita às pressas. Preocupante nesse aspecto é o uso indiscutido do argumento de autoridade: a compilação das ideias do mesmo punhado de autores caracteriza o substrato das pequenas rapsódias que anexam estatutos ao fim dos livros para lhes darem equilíbrio. Muitas das vezes, ainda, essa produção científica padece de erros e confusões. Não são poucos os autores que cometem equívocos teóricos evidentes²⁵, o que só pode se imputar a uma revisão de certa forma superficial da teoria aplicável aos temas.

Também é conveniente lembrar que a análise científica desse tema é eminentemente realizada em países desenvolvidos e, assim, padece de certo elitismo: para além da barreira linguística (a produção é quase toda feita em inglês ou, quando muito, em francês), o acesso à bibliografia é difícil e caro. Essa condição tem uma evidente consequência, qual seja a centralização da produção científica no eixo Europa-América do Norte, o que dificulta o acesso dos países em desenvolvimento. No plano nacional, a produção doutrinária é extremamente rarefeita. Embora existam alguns poucos esforços no sentido da produção de literatura sobre o Direito Penal Internacional, não parece haver uma pesquisa sistemática sobre o tema. Boa parte da produção se fez na forma de traduções de artigos de um punhado de autores estrangeiros e a importação das discussões é a regra. Embora algumas questões sejam de grande importância para o Direito brasileiro, muito do que se disse passou pouco além do lugar comum. Ademais, como no plano internacional, também a doutrina brasileira que trata do Direito Penal Internacional é composta eminentemente por internacionalistas, constitucionalistas e jus-humanistas, permanecendo os penalistas normalmente alheios a discussões que lhes são extremamente importantes. Independente do excelente esforço de vários autores do Direito Internacional, do Direito Constitucional e dos Direitos Humanos, a carência de uma opinião a partir do Direito Penal é evidente.

Apesar dessas dificuldades e de toda a carência de produção científica que ainda cerca o Direito Penal Internacional, é certo que sua evolução rápida produziu resultados impressionantes. Em oposição a posicionamentos doutrinários mais antigos e que já

²⁵ Comuns equívocos técnicos como a confusão entre *duress* (coação irresistível) e *necessity* (estado de necessidade) na análise do caso inglês *Dudley v. Stephens*. Nesse sentido, ver CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 247.

colocaram a própria existência do Direito Penal Internacional em xeque²⁶, porque impossível²⁷, identificando a ideia de criação de uma corte penal internacional como “possivelmente utópica²⁸”, a altíssima adesão internacional ao Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma é evidência do seu sucesso. A discussão da casuística, embora ainda pequena, é cada vez maior, e a presença midiática e a produção de jurisprudência têm solidificado esse ramo como um dos temas mais importantes da agenda mundial.

No plano nacional, todavia, verificam-se alguns problemas. Dificuldades de adaptação do Direito Penal Internacional aos Direitos nacionais têm sido percebidas e têm ensejado um sem-número de respostas dos autores nacionais e estrangeiros. Questões como retroatividade de leis penais, admissão da pena de prisão perpétua, relativização da coisa julgada, extradição de nacionais, obrigação de cooperação, relativização da soberania, ampla defesa, aplicação do princípio do juiz natural, dentre tantas outras, têm sido apontadas na doutrina que se dedica ao tema. E se internacionalistas têm, em geral, se posicionado pela fácil adaptação das determinações do Direito Penal Internacional ao Direito pátrio, o mesmo não se pode dizer de alguns constitucionalistas e de vários penalistas. O despacho do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na Petição 4.625-1, sobre a obrigação de cooperação do Brasil para com o Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma no caso *Al-Bashir*, de 17 de julho de 2009²⁹, indica claramente essa problemática. Em suma, toda essa discussão ainda demandará muito debate.

Tudo indica, portanto, que não houve tempo para que o conhecimento sobre o Direito Penal Internacional decantasse. Restando partículas em suspensão nesse caldo, é natural que a visão que dele se tenha seja turva e que, ainda que se possa compreender o problema e as consequências, permaneçam as dificuldades. Além disso, a pesquisa implica passos extremamente cautelosos e uma verificação intensa dos argumentos apresentados em cada texto para que se evitem erros ou armadilhas teóricas. Finalmente, a falta de uma

²⁶ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Introdução à Teoria Geral do Direito Penal Internacional. In: KUEHNE, Maurício (org.). **Ciência Penal – Coletânea de Estudos**. Curitiba: JM Editora, 1999 (p. 245-254), p. 247.

²⁷ MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penal Italiano – Volume Primo**. Quinta edição. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1981, p. 162-178

²⁸ FRAGOSO, Heleno. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 159.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 4625** – República do Sudão. Relator Ministro Presidente Celso de Mello. Requerente: Tribunal Penal Internacional. Requerido: Omar Hassan Ahmad Al Bashir ou Omar Al Bashir ou Omar Al-Bashir ou Omer Hassan Ahmed El Bashire ou Omar Al-Beshir ou Omar El-Bashir ou Omer Albasheer ou Omar Elbashir ou Omar Hassan Ahmad El-Béshir (Presidente do Sudão). Decisão de 17 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>>. Acesso em: 08/08/2012.

compreensão adequada da problemática que engloba a questão dificulta a definição de uma metodologia de aproximação ao tema e torna os posicionamentos teóricos vacilantes, imprecisos ou aleatórios. A análise histórica que se fará adiante tentará esclarecer essa ocorrência e posicionar, a despeito das dificuldades, o presente trabalho.

1.2. A relação entre Direito Penal Internacional e justiça penal internacional

A necessidade de solução de conflitos sociais, no plano nacional, determinou a apropriação da violência privada pelo Estado em um processo histórico que se concatena com outras necessidades de fortalecimento do poder dominante e que porá fim à experiência medieval. Afinal, é nesse momento que se começa a construir a pretensão totalizante do poder público³⁰, sempre como forma de centralização de poder e de redesenho social, futuramente capaz de fomentar um racionalizado uso da força tanto internamente aos Estados quanto no plano externo. ZAFFARONI *et al.*, por exemplo, indicam que a necessidade de resolver os conflitos interestatais surge apenas a partir do momento em que a violência privada é contida e transferida para o poder público, pois aí se permite “a corporativização social e, com ela, o recrutamento de grandes exércitos para as guerras, geradoras do moderno direito internacional público³¹”.

Processo similar ocorre também no plano internacional, mas de forma mais delicada, pois nesse ambiente tanto a centralização das relações de poder, existentes de forma “difusa e espalhada³²”, quanto o surgimento do direito de punir, são mais difíceis por conta da inexistência de uma figura estatal que se possa apropriar do direito de vingança privada inerente à soberania das unidades estatais. Ademais, em um âmbito onde a complexidade internacional aumenta cada vez mais, como acontece desde o final do medievo, a violência tende a se sobrepor³³ e surge logo a demanda por um exercício de

³⁰ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 37 e seguintes.

³¹ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 325.

³² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. Segunda edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50.

³³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. Segunda edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 71.

poder ainda mais racionalizado e controlado, na exata medida em que em um moderno Estado de Direito, “o uso da violência é estritamente regulado³⁴”.

Pode-se dizer que, em oposição ao modelo Moderno, a Idade Média é caracterizada por uma unidade fundamental de viés político e religioso³⁵. Todavia, tanto a Reforma, no plano religioso, quanto os conflitos decorrentes da posse de terras novas, no plano político, fizeram ruir o conceito de unidade. Do ponto de vista político, os embates entre soberanias (tomadas como iguais em poder) demandaram o reconhecimento de algum conjunto de regras que tornasse possível a coexistência entre vários poderes igualmente soberanos. É nesse momento que nasce o Direito Internacional moderno, construído a partir da inter-relação entre entidades soberanas que precisavam regular seus conflitos. A paz da Westphalia é, evidentemente, fruto dessa necessidade de convivência entre os então surgentes Estados modernos europeus.

Evidencia-se, assim, que o Direito Internacional, de maneira similar àquela do Direito no plano interno, tem origem a partir das regulações dos conflitos sociais entre potências soberanas que exercem poder na esfera internacional onde competem pela coexistência. Nas palavras de PISTONE:

...dado o equilíbrio, isto é, a impossibilidade real de eliminar a soberania dos outros Estados os atores principais do sistema internacional tiveram, de reconhecer a necessidade de conviver de algum modo, mesmo sem renunciar à política de potência e à guerra como *extrema ratio*, e, conseqüentemente, de regular de alguma forma essa convivência de caráter anárquico, fazendo nascer um direito *sui generis*, na medida em que legitima o uso normal da violência. Em substância, se não existe um poder soberano que garanta o respeito pelo direito internacional, existe em todo caso uma situação de poder, embora instável como o equilíbrio entre as potências, que obtém de alguma maneira o mesmo efeito³⁶.

É nessa inter-relação de poderes, manifestados reticularmente em uma complexa estrutura internacional, que vai se constituir um *ius puniendi* internacional, na forma de uma justiça penal internacional. Essa construção de coordenação criada pelas entidades soberanas termina por estabelecer instâncias de julgamento (jurisdição) comuns a todos e com o condão de representar os interesses comuns. Nesse contexto, não é certamente possível pensar que tais manifestações jurisdicionais do poder internacional – pluricomposto e multifário – são posteriores ao Direito e, então, por ele criadas. A

³⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. Segunda edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 71.

³⁵ FASSÒ, Guido. **Storia della filosofia del diritto**. II. L'età moderna. Roma-Bari: Laterza, 2008, p. 71.

³⁶ PISTONE, Sergio. Verbete 'Relações Internacionais'. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Volume 2. Quinta edição. Brasília/São Paulo: Editora Universidade de Brasília/Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 1092.

existência de um poder internacional (e da conseqüente violência punitiva) independe de uma regulação prévia, pois é inerente ao próprio homem³⁷ e se manifesta nas suas instituições tanto no plano nacional quanto no plano internacional, sempre, sem dúvida, por meio de organizações capazes de neutralizar o uso da força ao mesmo tempo em que a legitimam³⁸.

Em suma, a anterioridade do poder ao Direito é especialmente evidente no plano internacional. Segundo ZAFFARONI,

não é possível pretender que primeiro se organize o Estado mundial e a seguir se estabeleça a jurisdição, na ordem em que pensamos nossas teorias do Estado, da perspectiva interna e da modernidade. Tampouco os Estados nacionais, como ensina a história, se formaram desse modo. A jurisdição tem origem pré-estatal, a não ser que se negue esse caráter em todas as sociedades não-estatais, o que, como já dissemos, não passa de uma manifestação de etnocentrismo³⁹.

O autor exemplifica seu raciocínio com as penas capitais aplicadas aos criminosos da Segunda Guerra Mundial: pode-se dizer que foi feita justiça tanto com os executados de Nuremberg quanto com a execução de Mussolini. Em ambos houve um exercício claro de poder⁴⁰. Mas enquanto no primeiro caso houve processo, sem represálias ou violência incontrolada⁴¹, o segundo se resumiu a um linchamento, caracterizado posteriormente, oficialmente, como um ato de guerra⁴².

Em outras palavras, na exata medida da separação necessária entre poder e Direito, existe, de fato, um poder de punir que se origina no plano internacional, pois existem forças internacionais capazes de aplicá-lo, separado do Direito que deve controlá-lo para que tenha legitimidade. É por isso que, paralelamente ao surgimento do poder penal internacional, surge um Direito Penal Internacional que, universalizando-o e esquematizando-o, o formaliza⁴³. Por isso, dada a importante função limitadora que se dá ao Direito, é essencial esclarecer que esse *ius puniendi* internacional não é sinônimo de

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. Segunda edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 71.

³⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. Segunda edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 64.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 183.

⁴⁰ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 329.

⁴¹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 169.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 184.

⁴³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. Segunda edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

Direito Penal Internacional. É certo que as duas coisas surgem a partir do poder internacional, mas elas coexistem em uma relação na qual o próprio poder de punir internacional é limitado pelo Direito Penal Internacional, identificando-se as duas ideias apenas quando a sanção penal internacional é aplicada de forma legítima⁴⁴.

Essa relação de limitação entre o *ius puniendi* internacional e o Direito Penal Internacional é tão complexa quanto aquela que se dá no plano nacional entre o poder de punir do Estado e o Direito Penal nacional que o conforma. É complexa porque não é unidimensional já que não se esgota, por exemplo, quando o poder é fundamentado apenas no império de alguma lei ou tratado. Tampouco se basta apenas por ser o poder exercido por alguma autoridade competente ou porque segue algum conjunto de princípios universalmente aceitos. Veja-se, por exemplo, que não é suficiente que o uso da violência seja estritamente regulado, pois grupos violentos podem também atender a uma regulação própria capaz de determinar como se dará o uso de uma violência não institucional (como as regras que regem um código de atuação de um grupo de extermínio). Nas palavras de FERRAZ JÚNIOR, referindo-se ao exemplo da *banda di briganti*⁴⁵,

o que distingue seus atos da ação do poder constituído é a presença de certos valores a informá-los. As instituições e as normas são avaliadas em nome de ideais que não são meras opiniões, às vezes irrealistas, mas que exercem a função social de servir de parâmetros para o julgamento social de ações⁴⁶.

Daí que o exercício do *ius puniendi* precisa pressupor tanto o império da lei, quanto ser exercido pela instituição adequadamente constituída para isso e seguindo valores aceitos pela sociedade. Do contrário, pode entrar na escalada da violência “à medida que seja baixa sua quota de legitimidade legal, institucional e valorativa⁴⁷”.

Pois bem, tratando-se o exercício e o controle do poder penal de uma relação similar nos dois planos – nacional e internacional –, é perfeitamente possível uma *domestic analogy*.

A expressão “Direito Penal” é usada comumente com três diferentes sentidos, ainda que essa pretensão unificadora de fenômenos que mereciam uma análise particularizada já

⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. Segunda edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 57.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria generale della politica**. Torino: Einaudi, 1999, p. 192.

⁴⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. Segunda edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 73.

⁴⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. Segunda edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 73.

tenha sido criticada na doutrina⁴⁸. De qualquer forma, pode significar o conjunto de normas que regula a aplicação da pena ou da medida de segurança aos fatos definidos e validados como crime – e, assim, costuma-se usar a expressão “direito penal objetivo”. Mas “Direito Penal” também pode ser usado como sinônimo da faculdade de se estabelecer quando a sanção penal poderá ser aplicada, além da sua efetiva aplicação e execução e, nesse sentido, trata-se do “direito penal subjetivo” ou *ius puniendi*⁴⁹. Nesse contexto, diz respeito a uma decorrência da soberania do Estado que deve ser exercida em função da proteção da ordem social⁵⁰, sempre, nos Estados modernos, em sujeição ao Direito⁵¹. Finalmente, a expressão “Direito Penal” pode ser usada para o estudo do direito penal, especificamente a “apropriação intelectual dos conhecimentos sobre aquele conjunto de normas jurídicas ou aquela faculdade do estado”, quando se fará referência à disciplina Direito Penal ou ao Direito Penal como ciência⁵².

Como é notório, o Direito Penal não se confunde com o poder de punir, ou *ius puniendi*, qual seja o poder de cominar, aplicar e executar sanções penais absorvido pelo Estado, em determinado momento histórico, com a pretensão de pôr fim à vingança privada. O eventual engano sobre o sentido das expressões parece ocorrer apenas por conta da confusão das acepções incompletas do termo “direito penal” e, sobretudo, por se pensar a disciplina como sinônimo de legislação penal (o direito penal objetivo)⁵³. Afinal, como a legislação penal é ato decorrente do poder político, entendê-la como o Direito Penal é

⁴⁸ PADOVANI, Tulio. Spunti in tema di identità e metodo della scienza penale. In: PAVARINI, Massimo (a cura di). **Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi**. Bologna: Monduzzi Editore, 2006, p. 131. Referindo-se especialmente à obra: DONINI, Massimo. **Il Volto Attuale Dell’Illecito Penale: La democrazia penal tra differenziazione e sussidiarietà**. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

⁴⁹ Não se ignora a posição crítica quanto à ideia de um direito subjetivo, de que seria detentor o Estado, de punir. Vários autores discutem essa condição indicando-a como irrealista na medida em que reconhece um direito a um ente abstrato como fundamento de toda uma relação de direito (de punir) e submissão (dever do particular de receber a pena). Nesse sentido, parece muito mais coerente entender que o Estado aplica a pena porque, soberanamente, pode e deve fazê-lo em defesa da convivência social – o que é muito mais realista. Afinal, é uma de suas funções, senão a principal. A ideia de um direito subjetivo do Estado de punir é ainda mais difícil de ser sustentada do ponto de vista internacional, justamente porque não existe Estado que pudesse ser o detentor desse direito de punir, mas, sim, uma abstrata e amorfa comunidade internacional. De qualquer forma, o que se pretende com o argumento apresentado, que é aceito por grande parte da doutrina, é simplesmente indicar a existência da expressão e do que ela indica. Nesse sentido, por todos, leia-se BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral – Tomo I**. Quinta edição. São Paulo: Forense, 2003, p. 8-11.

⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 24.

⁵¹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal – Volume I**. Campinas: Millennium, 2002, p. 133.

⁵² BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Quinta edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 50.

⁵³ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume I, Parte Geral**. Sexta edição. São Paulo: RT, 2006, p. 63; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 38.

imaginar que este decorre do, ou se confunde com, o próprio poder de punir⁵⁴, o que é evidentemente equivocado.

Por sua vez, a ciência penal tampouco se equivale ao *ius puniendi*, pois o risco de confundí-los é o evidente autoritarismo⁵⁵. O Direito Penal, como saber jurídico, tem o objetivo de explicar as relações, os efeitos e as condições do poder punitivo e fornecer aos juízes um instrumental interpretativo da legislação penal no sentido de orientar decisões contentoras do poder punitivo como única forma de garantir o Estado de Direito⁵⁶.

Como se vê, são três conceitos necessariamente diversos⁵⁷. A relação importante que existe entre eles é no sentido de que tanto o Direito Penal como ciência quanto o direito penal objetivo existem limitando o *ius puniendi* do Estado. É apenas nessa condição que se impede que o *ius puniendi* tome uma forma exagerada e acabe constituindo um Estado de polícia. Em outras palavras, um Estado de Direito existe, apenas, se o poder de punir estiver limitado pela lei e pela ciência do Direito Penal. ZAFFARONI *et al.* indicam essa realidade ao apontarem que o

direito penal deve programar o exercício do poder jurídico como um dique que contenha o estado de polícia, impedindo que afogue o estado de direito. Entretanto, as águas do estado de polícia se encontram sempre em um nível superior, de modo que ele tende a ultrapassar o dique por transbordamento. Para evitar isso, deve o dique dar passagem a uma quantidade controlada de poder punitivo, fazendo-o de modo seletivo, filtrando apenas a torrente menos irracional e reduzindo sua turbulência, mediante um complicado sistema de

⁵⁴ Não se pode esquecer, ademais, que essas três acepções da expressão direito penal – o direito penal subjetivo, o direito penal objetivo e o Direito Penal (como ciência) – estão presentes no assim chamado sistema penal. Este, por sua vez, é o que Eugênio Raúl ZAFFARONI chama, em sentido amplíssimo, de “controle social punitivo institucionalizado”, e que é composto por várias “agências” de cunho político, policial, judicial, penitenciário, comunicação, reprodução ideológica, enfim, de diversos matizes com fim de estabelecer e levar a cabo a criminalização primária e secundária. Essas agências vivem em concorrência pela distribuição de poder, o que as obriga, em maior ou menor grau, a legitimar este ou aquele discurso de forma a se aproximarem mais do poder direto. Veja-se o caso dos juristas, uma das agências que exerce o “*poder discursivo de legitimação do âmbito punitivo*”, um poder que normalmente sucumbe ao poder direto de outras agências, aquelas responsáveis pela efetiva criminalização (primária ou secundária), mas que é responsável pela orientação desse processo de criminalização. Nesse sentido, ver: PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume I, Parte Geral**. Sexta edição. São Paulo: RT, 2006, p. 63; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 63-64.

⁵⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Quinta edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 109.

⁵⁶ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume I, Parte Geral**. Sexta edição. São Paulo: RT, 2006, p. 63; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 40.

⁵⁷ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 38.

comportas que impeça a ruptura de qualquer uma delas e que, caso isto ocorra, disponha de outras que reassegurem a contenção⁵⁸.

Pois bem, se essa leitura do Direito Penal deixa claro o fato de que o Direito Penal não é o direito de punir do Estado, a analogia com a justiça penal internacional pode ser feita com mais facilidade.

Embora exista discussão sobre a natureza desse direito de punir no plano internacional e mesmo sobre a sua conveniência⁵⁹, não se pode negar que ele seja real. Basta, para tanto, acompanhar a evolução dos processos dos recentes Tribunais das Nações Unidas, do Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma e, em outra medida, mas também evidente, dos tribunais de Nuremberg e Tóquio, apenas para lembrar algumas das instituições jurisdicionais assim reconhecidas atualmente. É evidente, portanto, que no plano internacional há exercício do *ius puniendi*.

Todavia, tampouco se pode deixar de reconhecer que também no plano internacional existem limitações ao exercício desse direito de punir, construídas pelo direito costumeiro, pelos tratados internacionais e pela jurisprudência internacional⁶⁰. Nesse sentido, o Estatuto de Roma é um dos melhores exemplos, pois estabelece e garante a medida e o processo dentro do qual uma pena será aplicada a um acusado, explicitando garantias como a presunção de inocência, o direito ao devido processo legal, a anterioridade da lei penal etc. Ainda que a aplicação desses princípios possa ser problemática, como será discutido adiante neste trabalho, é certo que eles estão indicados e podem proteger o acusado diante da justiça penal internacional. A jurisprudência dos tribunais tem, inclusive, repetido *verbatim* esses direitos na forma pela qual foram reconhecidos internacionalmente nas Cartas de direitos humanos⁶¹.

⁵⁸ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 156-157.

⁵⁹ “*The inherent weakness of international law in an overriding system of power politics; an understandable temptation to hide this state of affairs from oneself and others by means of elaborate images; the inflated position of doctrine among the law-determining agencies in this field; and a revivalist movement towards a new naturalism which lacks so conspicuously the innocence of mind of the naturalists – all bear their measured share in producing the phenomenon of evangelist international lawyer*”. SCHWARZENBERGER, Georg. The Problem of an International Criminal Law. In: DUGARD, John; WYNGAERT, Christine Van Den. **International Criminal Law & Procedure**. Aldershot: Dartmouth, 1996 (p. 263-296), p. 263.

⁶⁰ ZAPPALÀ, Salvatore. **Human Rights in International Criminal Proceedings**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 3-4.

⁶¹ ICTY. *Prosecutor v. Dusko Tadic aka "DULE"*. Caso n. IT-94-1 (“*Prijedor*”). Appeals Chamber. **Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction**. Decisão de 02 de outubro de 1995, parágrafo 177.

Essas limitações existem e são oponíveis à pretensão de condenar um acusado de crimes internacionais na exata medida do exemplo do dique de ZAFFARONI *et al.* Embora se pretenda punir um genocida em um tribunal internacional, é preciso fazê-lo absolutamente segundo e na medida dos seus direitos que estão presentes nas fontes do Direito Internacional. Uma análise da história do Direito Penal Internacional demonstra como a sua evolução segue nesse sentido.

Finalmente, também no plano internacional pode-se encontrar, ainda que trôpega, porque jovem, uma ciência do Direito Penal Internacional que procura compreender o fenômeno da pena nesse plano, seus limites, suas formas e possibilidades. Imprecisa e claudicante, essa ciência está extremamente sujeita ao que ZAFFARONI *et al.* chamaram de “erosão do poder discursivo com os discursos paralelos das agências poéticas e de comunicação”⁶² (também mencionado por VILLEY com referência à inadmissão das críticas aos direitos humanos em alguns congressos internacionais⁶³). Afinal, uma doutrina crítica ou contrária à aplicação da justiça criminal internacional deslegitima o *ius puniendi* universal e, por isso, pode acabar por esse mesmo poder deslegitimada, com as consequências de praxe. De qualquer forma, é natural que a ciência se desenvolva aos poucos e, de passo em passo, ela se construa também, ao menos em parte, no sentido de limitar o direito penal subjetivo no plano internacional.

Por tudo isso, o que se convencionou chamar de Direito Penal Internacional é um conjunto de estruturas, efetivamente como quer BASSIOUNI, reunidas em um sentido que só pode ser a limitação do poder de punir no plano internacional. Não ao seu esgotamento, evidentemente, na medida em que ele é necessário, mas à sua contenção para que se possa tentar construir um ambiente minimamente democrático e não uma “comunidade internacional de polícia”. Não se pode falar de um Estado Internacional, embora comumente se reconheça uma cidadania internacional que decorreria da constituição do “direito a ter direitos” arendtiano⁶⁴, pois no plano internacional as relações ainda se dão, majoritariamente, em nível horizontal⁶⁵. Mas, na medida em que se constitui um poder universal de aplicação de pena – a forma mais violenta, como se sabe, de manifestação do

⁶² ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 64.

⁶³ VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 10.

⁶⁴ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 153-154.

⁶⁵ JO, Hee Moon. **Introdução ao Direito Internacional**. São Paulo: LTR, 2000, p. 43.

poder, é imperioso que ele seja efetivamente controlado dentro de parâmetros antropocentricamente orientados.

Assim, a relação entre o Direito Penal Internacional e a justiça penal internacional não pode ser outra que não de limitação. O Direito Penal existe para limitar o *ius puniendi* e, portanto, é o Direito Penal Internacional, com suas regras, princípios e construções, a estrutura capaz de evitar que o poder punitivo internacional se torne pura e simples manifestação de força. Não é outra a conclusão a que se chega quando se analisa o momento histórico de formação substancial do Direito Penal Internacional: ao começar a se afirmar no final da Segunda Guerra Mundial, tem a sua história coincidente com aquela do próprio Direito Penal que, de certa forma, é representado pelo ressurgimento de um Direito Penal liberal nesse mesmo momento histórico, em oposição ao Direito Penal fascista, nazista e soviético – mencionada como a oposição entre “direito penal liberal” e “direito penal autoritário”⁶⁶.

É esse direito, lembrando novamente o exemplo de ZAFFARONI, que constróem as diferenças entre os exercícios de poder determinados em Nuremberg e aqueles realizados em Dongo. Ainda que nas primeiras se possam reconhecer sérias imperfeições – na medida em que foram a justiça dos vencedores sobre os vencidos – “em Nuremberg, diferentemente de Dongo, não se executaram as amantes nem os cunhados nem tampouco todos os acusados foram condenados, nem se impôs a pena de morte a todos os condenados⁶⁷”. Isso, simplesmente, porque houve uma limitação ao *ius puniendi* determinada por algumas (então poucas) regras de Direito Penal Internacional.

Novamente, luminares as palavras do professor argentino, quando aponta que são incompatíveis os desenvolvimentos conjuntos do direito internacional, dos direitos humanos e do poder punitivo internacional, pois, ao crescer o Direito Internacional dos Direitos Humanos, deve necessariamente diminuir o poder punitivo internacional:

Na medida em que o direito internacional penal herde do direito penal dominante o discurso legitimante do poder punitivo e se converta ele mesmo em um discurso legitimante deste, será contraditório com os direitos humanos. Se tiver a sagacidade de assumir um discurso limitador e redutor, cumprirá uma função útil, não porque seja compatível com os direitos humanos considerados como discurso abstrato, mas porque poderá conter o poder punitivo dentro dos limites compatíveis com o meio de realização efetiva destes, em um determinado

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos. In: **Em Torno de la Cuestión Penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2005, (p. 153-177), p. 153.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 184.

momento histórico. Mas neste caso não será funcional ao poder hegemônico mundial, o que lhe trará sérias dificuldades.⁶⁸

Nesse sentido, um fundamento essencial do presente trabalho é este: o Direito Penal Internacional existe no sentido de conter o poder punitivo no plano internacional, poder esse que existe de qualquer forma e se agiganta cada vez mais, de acordo com as condições que serão desenvolvidas no corpo da tese. Nesse aspecto, portanto, o trabalho se desenvolve segundo um marco teórico como aquele defendido por ZAFFARONI, a partir do qual o Direito Penal precisa levar em conta sempre o indivíduo. Afinal, não há outra possibilidade para uma justiça penal internacional feita dentro de uma comunidade internacional que busque ser minimamente democrática e proteger os direitos humanos. O fetichismo, ou euforia, em torno da pena⁶⁹ que se vem desenvolvendo nos últimos anos é resultado de desvios inadequados em um Direito Penal Internacional orientado por parâmetros antropocêntricos, e precisa ser repensado.

2. Sobre como o nome afeta a função: a natureza do Direito Penal Internacional

2.1. O Direito Penal Internacional, o Direito Penal e uma definição terminológica essencial

As dificuldades enfrentadas pelo Direito Penal Internacional, evidentemente, refletem-se na sua própria natureza. A definição que lhe dá BASSIOUNI, citada anteriormente⁷⁰, segundo a qual o Direito Penal Internacional é composto por uma série de elementos ligados por uma relação funcional, demonstra claramente essa ideia. O mesmo autor aponta as consequências dessa circunstância: ao Direito Penal Internacional faltam a “coesão doutrinária e a coerência metodológica encontradas em outras disciplinas”, ainda que reconheça que a disciplina se compõe de um todo funcional⁷¹.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El Marco Constitucional Iushumanista del Saber Penal. In: *Em Torno de la Cuestión Penal*. Buenos Aires: Euros Editores, 2005, (p. 121-130), p. 130 (tradução livre).

⁶⁹ PASTOR, Daniel. Diritto Penale del Nemico e Potere Punitivo Internazionale. In DONINI, Massimo; PAPA, Michele. *Diritto Penale del Nemico*. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 205.

⁷⁰ BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. Adsley: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 01. Conforme a nota 8.

⁷¹ BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. Adsley: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 01.

Essa condição implica uma confusão terminológica na própria doutrina⁷², que acaba divergindo acerca da nomenclatura a ser utilizada na disciplina. Reconhecem-se diferentes propostas nominativas, podendo-se destacar aquelas que compreendem adequado referir-se ao Direito Penal Internacional, aquelas que a chamam de Direito Internacional Penal e, ainda, outras que indicam que os dois termos se aplicariam a porções diferentes da disciplina, de acordo, por exemplo, com a origem das regras que a alimentam. Finalmente, existe outra parte da doutrina que acredita que qualquer um dos termos pode ser livremente usado em referência a qualquer relação entre Direito Penal e Direito Internacional. Tenta-se, adiante, desenvolver melhor essas posições.

LA ROSA apoia a tese de que não há sentido em proceder a diferenciação terminológica. Segundo defende a autora, quando se inter-relacionarem o Direito Penal e o Direito Internacional, será o caso de chamar essa relação de Direito Penal Internacional, referindo-se ao “ramo do direito que rege o conjunto dos problemas penais que se põe no plano internacional⁷³”. Nesse sentido, define Direito Penal Internacional como o

conjunto de regras dizendo respeito à incriminação e à repressão de infrações que ou apresentam um elemento de estrangeirismo ou são de origem internacional. O elemento de estrangeirismo significa que o problema penal nacional está em contato com uma ordem jurídica estrangeira que resulta geralmente da nacionalidade estrangeira do autor ou do caráter extraterritorial da infração. A origem internacional da incriminação ou da repressão se refere às suas fontes convencionais ou costumeiras internacionais. Opõe-se às vezes o direito penal internacional (as regras anteriormente citadas de origem interna) e o direito internacional penal (as regras anteriormente citadas de origem internacional).⁷⁴

Em suma, a autora refuta a necessidade de divisão da disciplina, e entende adequada a definição do tema como um todo complexo, reconhecendo-o a partir de um *élément d'extranéité*, condição aceita por vários autores da linha francesa⁷⁵. Na doutrina nacional, na mesma linha segue ARAÚJO JÚNIOR, defendendo que:

O Direito Penal Internacional é o ramo do Direito que define os crimes internacionais (próprios e transnacionais); comina a eles as respectivas penas e

⁷² ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Introdução à Teoria Geral do Direito Penal Internacional. In: KUEHNE, Maurício (org.). **Ciência Penal** – Coletânea de Estudos. Curitiba: JM, 1999 (p. 245-254), p. 249-252.

⁷³ “*Mieux vaut garder celle de ‘droit pénal international’ pour désigner la branche du droit que règle l’ensemble des problèmes pénaux qui se posent au plan international*”. HUET, André e KOERING-JOULIN, Renée. **Droit Pénal International**. Paris: PUF, 1994, p.26.

⁷⁴ LA ROSA, Anne-Marie. **Dictionnaire de Droit International Pénal**. Paris: PUF, 1998, p. 36 (tradução livre).

⁷⁵ HUET, André; KOERING-JOULIN, Renée. **Droit Pénal International**. Lyon: PUF, 1994, p. 25.

estabelece as regras relativas: à aplicação extraterritorial do Direito Penal interno; à imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; à cooperação penal internacional em todos os seus níveis; às transferências internacionais de processos e de pessoas presas ou condenadas; à determinação da forma e dos limites de execução de sentenças penais estrangeiras; à existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais; bem como as relativas a qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo, que possa surgir no plano internacional.⁷⁶

Embora seja uma definição mais simplificadora, ela não parece dar conta da complexidade do problema, pois trataria sob a mesma rubrica temas tão diferentes quanto a extradição e o genocídio. Para os adeptos da necessidade da diferenciação, não se nega que tais temas têm conexões, justamente porque ambos podem ter um “elemento de estrangeirismo” – ou de internacionalização. Mas, como defendem, as duas coisas seriam absolutamente diferentes e não poderiam ser reduzidas – facilmente, e sempre – a um mesmo denominador comum. Por isso, essa parte da doutrina indica que uma diferenciação entre temas nesse campo seria bem-vinda porque esclarecedora e facilitadora da sua compreensão.

Dessa forma, seria adequado fazer uma diferenciação, opondo, segundo algum critério, o Direito Internacional Penal ao Direito Penal Internacional. Para grande parte da doutrina, portanto, pode-se dizer que enquanto a primeira espécie se liga aos efeitos penais do Direito Internacional, a segunda envolve os efeitos internacionais do Direito Penal. Ou seja, a diferenciação parece se dar, sobretudo, a partir das fontes determinadoras de cada uma das disciplinas: se a fonte é de ordem doméstica (o Código Penal brasileiro, ou a Constituição, por exemplo), então, estar-se-ia trabalhando com o Direito Penal Internacional – que é antes Direito Penal do que Direito Internacional e tem, portanto, um caráter centrífugo; se a fonte é internacional (tal como um tratado internacional), o tema que se discute é o Direito Internacional Penal, e, então, um direito de ordem centrípeta, pois é antes Direito Internacional do que Direito Penal. Importa reiterar, todavia, que essa diferenciação não é, de forma alguma, clara ou unânime.

CASSESE, notório partidário dessa divisão, define o Direito Internacional Penal (*International Criminal Law*), em oposição ao Direito Penal Internacional (*Criminal International Law*):

um corpo de regras internacionais destinadas tanto para proscrever crimes internacionais quanto para impor aos Estados a obrigação de processar e punir ao

⁷⁶ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Introdução à Teoria Geral do Direito Penal Internacional. In: KUEHNE, Maurício (org.). **Ciência Penal** – Coletânea de Estudos. Curitiba: JM, 1999 (p. 245-254), p. 246.

menos alguns desses crimes. Ele também regula os procedimentos internacionais para processar e julgar pessoas acusadas de tais crimes;⁷⁷

Segundo o professor italiano, a doutrina europeia continental tende a opor esse conceito ao de Direito Penal Internacional, pois este faria referência, novamente, à atuação das cortes nacionais no que toca à criminalidade internacional. Mas, cauteloso, não deixa de reconhecer que uma visão moderna rompe com essa separação, pois cada vez mais o Direito Internacional leva em consideração a atuação do direito doméstico no Direito Internacional Penal.

BASSIOUNI também anda nessa linha, encabeçando uma longa lista de autores⁷⁸ que entendem ser o Direito Internacional Penal o conjunto dos aspectos penais do Direito Internacional. Esse ramo teria origem, portanto, nas fontes primárias do Direito Internacional, quais sejam as “convenções”, ‘costumes’ e ‘princípios gerais do direito’, todos dentre as fontes dessa disciplina legal como enunciadas no Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁷⁹”, sempre que estabelecem os crimes internacionais, os aspectos procedimentais, a definição da responsabilidade criminal internacional etc. Esse papel do Direito Internacional seria exercido independentemente da atuação do Direito dos Estados, a partir exclusivamente da esfera internacional⁸⁰.

⁷⁷ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 15.

⁷⁸ Vejam-se, por exemplo: WERLE, Gerhard. **Principles of International Law**. The Hague: TMC Asser Institute, 2005, p. 25-26; CARACCILO, Ida. **Dal Diritto Penal Internazionale al Diritto Internazionale Penale: il Rafforzamento delle Garanzie Giurisdizionali**. Napoli: Scientifica, 2000, p. 46; MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de Droit Criminel – Tome I – Problème généraux de la science criminelle – Droit pénal général**. Septième édition. Paris: Cujas, p. 387; DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 109. CAVALLO também diferencia os termos indicando que: “...*il diritto penale internazionale che à costituito da quella parte del diritto penale nazionale che punisce i delitti contro gli Stati steri ed i loro rappresentanti ovvero i reati che attentano agli interessi dell’umanità, ed il diritto internazionale penale, che è composto di quel complesso di norme che considerano reati i fatti che offendono dei diritti che hanno valore internazionale e stabiliscono il modo di punirne gli autori*”. Todavia, continua, adiante, indicando que: “*il diritto penale si distingue dal diritto internazionale penale perchè questo, per la particolare materia che ha per oggetto, costituisce un diritto penal speciale di fronte al diritto penale comune o ordinario*”. Assim, embora chame a disciplina de Direito Internacional Penal, a denota como parte da disciplina de Direito Penal. CAVALLO, Vincenzo. **Diritto Penale – Parte Generale, Volume Primo – L’essenza del Diritto Penale**. Segunda edição. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1962, p. 170.

⁷⁹ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Adslay: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 04. O artigo 38 da Corte Internacional de Justiça, por sua vez, diz o seguinte: “1. *The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. 2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto*”.

⁸⁰ BASSIOUNI, Chérif. L’Origine et le Développement du Droit Pénal International dans une Perspective Historique. In **Revue Internationale de Droit Pénal – Projet de Code Pénal International**. Association Internationale de Droit Pénal. 52.o. année – Nouvelle Série, 1o. e 2o. trimestres, Éditions Erès, 1981, p. 46.

O mesmo autor indica que o campo do Direito Penal Internacional estaria vinculado aos aspectos internacionais do Direito Penal produzidos pelas normas com efeitos extraterritoriais ou de cooperação internacional, tenham elas origem em fontes nacionais (as leis domésticas), tratados bilaterais ou multilaterais de cooperação penal internacional e costumes internacionais.

Mas o autor não deixa de reconhecer que os dois ramos estão diretamente vinculados, pois existe entre eles uma “fertilização cruzada⁸¹” que torna muito difícil separar-lhes as fontes⁸². É nesse sentido que prefere desenvolver a divisão sobre dois grandes campos do que chama de Direito Internacional Penal: aquele da coação (*enforcement*) direta e, outro, da coação indireta.

Nessa questão diferem os campos de acordo com quem aplica o Direito, pois no caso direto, trata-se da própria ordem internacional atuando com capacidade para fazer valer suas decisões criminais, enquanto no caso indireto, quem realiza a justiça é o próprio Estado ou a ordem internacional, mas por meio do Estado e do seu sistema legal. Enquanto os tribunais de Nuremberg e de Tóquio foram exemplos do primeiro caso, a aplicação de uma condenação por crime de genocídio (que tem sua origem evidentemente internacional) no Brasil seria exemplo do segundo. Cortes como os Tribunais das Nações Unidas e o próprio Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma são figuras mais complexas, pois estariam em algum ponto entre os modelos: são internacionais na origem, mas dependem dos Estados-parte para fazerem valer suas decisões⁸³.

Verifica-se, portanto, o que é identificado claramente por CARACCILOLO⁸⁴, que não se trata de uma questão fechada na doutrina. As dificuldades encontradas pelos especialistas para estabelecer um critério válido e universal que efetivamente diferencie as disciplinas se alarga por conta da grande zona cinzenta entre elas. Embora pareça claro que a definição de critérios de extraterritorialidade da lei penal seja uma tarefa do Direito Penal nacional, e que a criação de uma Corte Penal Internacional faça parte do plano internacional, alguns autores conseguiriam – como lembrado por BASSIOUNI – encontrar traços inversos em cada uma das disciplinas. É por isso que o professor emérito da *De Paul*

⁸¹ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Adseley: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 05.

⁸² BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Adseley: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 08.

⁸³ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Adseley: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 19.

⁸⁴ CARACCILOLO, Ida. **Dal Diritto Penal Internazionale al Diritto Internazionale Penale: il Rafforzamento delle Garanzie Giurisdizionali**. Napoli: Scientifica, 2000, p. 01-59.

University afirma que os aspectos penais do direito internacional se expandiram de forma a se encontrarem com aspectos internacionais da lei penal nacional – o que parece indicar que o autor já não consegue mais diferenciar, em certa parte do contato, um ramo do outro⁸⁵.

É por causa dessa condição que HUET e KOERING-JOULIN indicam inadequada a diferenciação entre os campos e, mais do que isso, apontam o conceito de Direito Internacional Penal como inadequado⁸⁶. Para os autores, em primeiro lugar, a expressão deveria ser evitada porque é divergente na doutrina (alguns autores referem-se a ela apenas no que toca aos *core crimes*⁸⁷; outros incluem nessa rubrica os crimes de tráfico de drogas, a pirataria, a discriminação etc.). Em segundo lugar, afirmam os autores franceses que a expressão é ao mesmo tempo muito larga e muito estreita. Afinal, infrações internacionais não deixam de ser nacionais, pois boa parte delas já é definida nacionalmente como crime. Assim, o conceito de Direito Internacional Penal englobaria o que não deve (pois corresponderia à competência nacional) e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, deixaria de englobar algo que deveria (a proteção de alguns interesses internacionais já descritos na norma nacional). Por tudo isso, defendem os autores que “a denominação ‘direito internacional penal’ certamente não convém. É melhor que se use a expressão ‘direito penal internacional’ para designar o ramo do direito que regula o todo dos problemas penais que se colocam no plano internacional⁸⁸”.

A questão, complexa, como se vê, todavia, não se encerra apenas na nomenclatura da disciplina. Mais do que uma singela discussão sobre o posicionamento enciclopédico da matéria, dessa diferenciação decorre uma consequência importante: ser um ramo do Direito Internacional ou um ramo do Direito Penal é o que indicará algumas características do próprio Direito Penal Internacional, como seu objeto, seus limites e seus fundamentos.

Também nesse ponto a doutrina diverge, mas a maior parte dela parece tomar o Direito Penal Internacional como um ramo do Direito Internacional. É assim que entende CASSESE, por exemplo, que menciona expressamente ser o Direito Internacional Penal (a partir da definição há pouco mencionada) um ramo do Direito Internacional Público⁸⁹, bem

⁸⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Adslay: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 08.

⁸⁶ HUET, André; KOERING-JOULIN, Renée. **Droit Pénal International**. Lyon: PUF, 1994, p. 25-26.

⁸⁷ Refentes, comumente, aos crimes de agressão, de genocídio, aos crimes de guerra e aos crimes contra a humanidade.

⁸⁸ HUET, André; KOERING-JOULIN, Renée. **Droit Pénal International**. Lyon: PUF, 1994, p. 26.

⁸⁹ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 16.

como o fazem, no Brasil, a maioria absoluta dos autores⁹⁰. A postura de BASSIOUNI, além de demonstrar que se trata de uma temática confusa e pouco coesa devido à sua composição complexa, indica que o Direito Penal Internacional – ou Direito Internacional Penal na preferência do autor – é uma estrutura *sui generis* composta de muitas outras disciplinas. Nessa condição, como estrutura *sui generis* que é, não precisaria ser considerada como ramo do Direito Internacional. Aliás, o próprio autor reconhece isso, ao indicar que o “Direito Internacional Criminal não se encaixa exclusivamente nas disciplinas do direito internacional ou do direito criminal nacional ou nos seus ramos derivados”. Todavia, depois de indicar que pensadores tanto do Direito Penal quanto do Direito Internacional tendem a alocar o Direito Penal Internacional em suas disciplinas⁹¹, BASSIOUNI entende que a definição de crimes internacionais, elementos de responsabilização internacional criminal etc., são “aspectos penais do direito internacional⁹²”. É nesse sentido que se usa, mais comumente, a expressão Direito Internacional Penal em lugar de Direito Penal Internacional.

A presente tese entende adequado divergir desse posicionamento que inclui o Direito Penal Internacional como ramo do Direito Internacional. Afinal, se o Direito Penal Internacional deve ser entendido como limitador do poder penal internacional – para que este seja exercido de forma minimamente democrática e com vistas à garantia dos direitos humanos – então ele não pode ter outra natureza que não a mesma do Direito Penal. Por isso é que passa a ser essencial indicar esse ramo do Direito como um ramo do Direito Penal, já que é esse o único plano do Direito cuja ciência é capaz de esclarecer e entender o fenômeno da pena e os critérios adequados para a sua aplicação no sentido de limitar o poder de punir.

Obviamente não se trata de negar que o Direito Penal Internacional tem evidentes características internacionalizadoras na medida em que a sua gênese e a sua aplicação, em grande parte, ocorrem no plano internacional. Essa indiscutível relação já era reconhecida, tanto no plano Público quanto no plano Privado, na juventude da disciplina conforme foi indicado por DES VABRES ainda nos anos vinte. Mas o mesmo autor já era claro em sua

⁹⁰ Nesse sentido vejam-se: JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: Mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 08; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional Penal: Imunidades e Anistias**. Barueri: Manole, 2012, p. 01-04.

⁹¹ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Adseley: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 51.

⁹² BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Adseley: Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 04.

posição de que o Direito Penal Internacional é um ramo do Direito Penal⁹³. Aliás, historicamente, a disciplina sempre foi tratada pelos penalistas que, desde o final do século XIX e início do século XX, já incluíam em suas obras de Direito Penal o tema “Direito Penal Internacional”⁹⁴.

Além do caráter limitador do *ius puniendi* que se reconhece no Direito Penal, também a ciência penal tem peculiaridades próprias que implicam a pertença do Direito Penal Internacional ao ramo penal. Como já se disse, a ciência penal é o ramo do saber jurídico capaz de fornecer, ao julgador, um instrumental completo de conhecimento científico que lhe permite decidir de forma a limitar e reduzir o poder punitivo, reduzindo a arbitrariedade e a improvisação do seu exercício⁹⁵. Afinal, o exercício de poder punitivo, levado a cabo pelas agências executivas (polícia, sistema penitenciário, exército etc.) sempre de forma seletiva, mais ou menos arbitrária, é obrigatoriamente contido apenas pela atuação judicial. Esse saber jurídico também garante que tais decisões serão decorrentes de um sistema republicano e, portanto, racionais, não contraditórias para com o modelo jurídico vigente. E, ademais, ainda esclarece, a partir do sistema penal, o conceito de pena e o seu alcance, objeto que não existe em outros ramos do Direito, dando-se critérios para que a pena seja compreendida como lícita (constitucional) ou ilícita (inconstitucional). Em outras palavras é o saber penal que fornece o instrumental de conhecimento essencial para que o poder punitivo permaneça sob controle e não viole o Estado de Direito, fazendo-o descambar para o Estado de polícia⁹⁶. A obra de LAFER, lembrando a experiência do povo judeu, em geral, e de ARENDT, em especial, em um estado totalitário, demonstram bem

⁹³ Apesar do reconhecimento da enorme mudança do ambiente à qual a disciplina se aplica desde a época em que o professor francês escreveu sua obra e os dias de hoje, ainda valem as suas palavras: “*sans doute un jour viendra où, l'accord s'étant fait, universel, sur la répartition des compétences pénales, on devra lui reconnaître une nature différent. Mais au point actuel de son développement scientifique, il est impossible de voir en lui autre chose qu'un chapitre du droit criminel*”. DES VABRES, Donnadieu. **Les Principes Modernes du Droit Pénal International**. Paris: Sirey, 1928, p. 05.

⁹⁴ Nesse sentido, dentre os italianos, por exemplo, veja-se CARNEVALE, Emanuele. **Le Nuove Mete del Diritto Criminale**. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1935, especialmente p. 84 e seguintes. Também, MARSICO, Alfredo de. **Studi di Diritto Penale**. Napoli: Alberto Morano, 1930. Antes dele, ainda no século XIX, NOCITO, Pietro. **I Reati di Stato com Speciale Riguardo all'Alto Tradimento Esaminati nella Legislazione, nella Giurisprudenza e nella Storia**. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1893.

⁹⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Quinta edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 117.

⁹⁶ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume I, Parte Geral**. Sexta edição. São Paulo: RT, 2006, p. 63; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 40-42.

como se dá a transformação dessas agências executivas nesse contexto de desaparecimento do Estado de Direito⁹⁷.

Para além disso, o Direito Penal é vinculado a elementos ônticos que caracterizam sua evolução dogmática. Embora do ponto de vista valorativo seja difícil reconhecer um modelo penal comum⁹⁸, as questões da culpabilidade, da conduta, da autoria⁹⁹ e de toda a complexa construção teórica que as acompanha, por exemplo, referem-se a elementos que existem e que, portanto, são de validade universal. Nesse sentido, o próprio Direito Penal é uma ciência de cunho internacional – ou, nas palavras de SILVA SÁNCHEZ, “global¹⁰⁰”. Também não se pode deixar de lembrar a complexidade da temática penal e seus conceitos de altíssima precisão teórica, campo afeito tradicionalmente apenas aos penalistas.

Finalmente, é o Direito Penal o ramo do Direito que se diferencia de todos os outros justamente por regular a aplicação da pena¹⁰¹. Como a resposta estatal específica à violação da norma penal, a pena tem características que não são encontráveis em outros ramos do Direito: nas palavras de MARINUCCI e DOLCINI, “*la pena – la più dura e distruttiva sanzione utilizzabile da legislatore – è ciò che caratterizza il diritto penale rispetto agli altri settori dell’ordinamento*¹⁰²”. É certo que nessa atuação o Direito Penal sempre recebe o aporte de outros ramos do Direito e de ciências afins¹⁰³, mas deve manter consigo construção e desenvolvimento da dogmática que permite o reconhecimento da conduta criminosa e a aposição da competente pena dentro de limites que garantam a dignidade humana e a segurança jurídica, pois outros ramos não comportam o corpo de doutrinas necessárias ao *docere*¹⁰⁴ da mecânica penal. Assim, sendo o Direito Penal Internacional o campo onde o poder internacional responde a uma violação da norma com uma sanção penal, não é possível entender que não se trate de uma relação de Direito Penal.

⁹⁷ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 149.

⁹⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 87-93.

⁹⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Sobre las Posibilidades y Límites de una Dogmática Supranacional del Derecho Penal. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; SCHÜNEMANN, Berndt; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal**. Barcelona: J.M. Bosch, 1995 (11-16), p. 12.

¹⁰⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 84-85.

¹⁰¹ CANESTRARI, Stefano; CORNACCHIA, Luigi; DE SIMONE, Giulio. **Manuale di diritto penale – parte generale**. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 45.

¹⁰² DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Corso di Diritto Penale – 1**. Terza edizione. Milano: Giuffrè, 2001, p. 05.

¹⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 24-25.

¹⁰⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. Segunda edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 108.

Por outro lado, o Direito Internacional apresenta dificuldades em lidar com um sub-ramo de efeitos penais. As suas peculiaridades criam complicações razoáveis à administração da justiça penal que, inclusive, merecerão melhor análise adiante neste trabalho. Assim, sem querer levantar discussões futuras, por hora é conveniente apenas indicar alguns dos óbices que o Direito Internacional encontra quando invoca a jurisdição penal.

Em primeiro lugar, é conveniente lembrar que esse ramo do Direito não lida precipuamente com indivíduos, sendo que apenas há pouco tempo passou a se reconhecer que pessoas físicas são sujeitos de Direito Internacional – especialmente a partir do surgimento da noção de crimes internacionais¹⁰⁵ e da necessidade de proteção internacional dos Direitos Humanos. Ainda há, inclusive, doutrina que sequer reconhece essa possibilidade de atuação do indivíduo no plano internacional independentemente do seu país de origem¹⁰⁶.

A natureza prevalente de coordenação¹⁰⁷ do Direito Internacional é uma de suas características mais claras, pois envolve a produção de normas para a regência de uma estrutura internacional fundamentada em uma relação em eixo horizontal entre soberanias equivalentes – indicando que o Direito Internacional é muito menos afeito ao uso da coerção jurídica (embora seja certo reconhecer que tem evoluído recentemente para um Direito mais coercitivo). O Direito Penal, todavia, fundamenta-se em uma existência vertical e depende de um poder central – exercido pelo Estado – capaz de aplicar a sanção penal.

Para além do fato de ser a própria natureza do Direito Internacional debatida, essa falta de um claro poder central é agravante diante da pretensão de aplicação de uma pena, arriscando-se que a experiência penal se torne ferramenta para fins que não são claros e que podem desnaturar o uso do próprio Direito Penal¹⁰⁸. Basta que se vejam as condições atuais da dinâmica de poder no plano internacional, conforme são descritas por numerosa e

¹⁰⁵ CARACCILO, Ida. **Dal Diritto Penale Internazionale al Diritto Internazionale Penale** – il rafforzamento delle garanzie giuridizionali. Napoli: Scientifica, 2000, p. 120.

¹⁰⁶ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. Nona edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p.146.

¹⁰⁷ CARACCILO, Ida. **Dal Diritto Penale Internazionale al Diritto Internazionale Penale** – il rafforzamento delle garanzie giuridizionali. Napoli: Scientifica, 2000, p. 07-08.

¹⁰⁸ Por todos, nesse sentido, leia-se: ZOLO, Danilo. **La Giustizia dei Vincitori**: Da Norimberga a Bagdad. Roma-Bari: Laterza, 2006, especialmente p. 140-167.

reconhecida doutrina¹⁰⁹. Por isso, o uso do Direito Penal pelo Direito Internacional implica uma instrumentalização da pena que perverte os seus fins e produz graves consequências, o que parece explicar as violações de direitos dos acusados, a seletividade e a influência política no Direito Penal Internacional, apenas para indicar algumas das suas falhas. Embora até se possa justificar o uso do Direito Penal no plano internacional – justificado esse uso, evidentemente, na necessidade de realização de justiça penal para a garantia da segurança jurídica, com a brilhante fundamentação que lhe dão ZAFFARONI *et al.*¹¹⁰ e, a partir da obra de ARENDT, também LAFER¹¹¹ – não é certamente a técnica do Direito Internacional que parece apta a operá-lo.

Em suma, embora a sua construção se dê no plano internacional, de internacional ao Direito Penal Internacional deve-se reconhecer apenas o *locus* de criação e realização. Afinal, sua natureza, indicada pelas instituições com as quais lida e às quais se aplica, é de Direito Penal. Nesse sentido, por garantia de uma ordem jurídica internacional minimamente democrática e protetora dos direitos humanos, o Direito Penal Internacional deve ser nomeado a partir do critério de *ius sanguinis*, jamais do *ius soli*, pois isso o ligará diretamente ao Direito Penal e fará referência à sua real função.

Nessa linha, em adição aos argumentos de HUET e KOERING-JOULIN, é imperioso que a disciplina seja nominada por Direito Penal Internacional, pois somente assim se garantirá ao indivíduo – tanto ao agressor quanto à vítima – a proteção que o Direito Penal lhes dá. Portanto, sempre que o Direito Penal (no sentido de “limite ao *ius puniendi*”) se encontrar com o Direito Internacional, para garantia do indivíduo – que, no fim, é o que importa – deve-se dar à disciplina o nome de Direito Penal Internacional e não Direito Internacional Penal.

2.2. Consequências de ser um Direito Penal Internacional

¹⁰⁹ Dentre vários, por exemplo: HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Impero**: il nuovo ordine della globalizzazione. Quarta edizione. Milano: BUR, 2007; ZOLO, Danilo. **Cosmopolis**. Milano: Feltrinelli, 2008.

¹¹⁰ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 324-335.

¹¹¹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 182-183.

2.2.1. Obrigatoriedade de uma disciplina antropocentricamente fundamentada

Como se viu, não há outra possibilidade para o Direito Penal Internacional que não integrar o Direito Penal como seu ramo, ainda que, nessa condição, tenha que tangenciar outros ramos do Direito. Sua condição de Direito limitador do poder – e sobretudo pela condição de lidar com a aplicação da pena, elemento que não pode sequer ser pensado em outro ramo jurídico – implica consequências diversas a esse campo do Direito, cujo reconhecimento é essencial para que a justiça penal internacional seja construída de acordo com um modelo minimamente democrático. A primeira dessas consequências é que o Direito Penal Internacional precisa ser antropocentricamente orientado e fundamentado.

Embora se trate de um ramo jurídico tradicionalmente reconhecido no plano internacional, um ambiente mais afeito às relações entre Estados do que às relações entre indivíduos, o Direito Penal Internacional não é constituído para lidar com Estados. Aliás, nunca foi essa a sua proposta: inter-relacionado diretamente com a proteção internacional dos direitos humanos (ao ponto de ter sua construção diretamente ligada a esse outro ramo), o Direito Penal Internacional é orientado, como é notório, à responsabilização do indivíduo no plano internacional. Embora se tenha cogitado, por algum tempo, a responsabilização penal dos Estados – e, especialmente, a partir dos anos setenta, com a proposta de AGO junto à Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas¹¹² até meados dos anos noventa –, é certo que essa proposta jamais vingou¹¹³. Assim, restou ao Direito Penal Internacional apenas o indivíduo com quem trabalhar.

Não que esse ramo do Direito Penal deixe de ter qualquer relação com os Estados, pois é certo que as regras de Direito Penal Internacional também lhes determinam algumas obrigações. Todavia, tais obrigações são originadas de tratados internacionais e pouco diferem daquelas surgidas de outras espécies de tratados que não sejam de direitos humanos ou de natureza penal: vincular-se por exemplo a um acordo internacional que implique a aplicação do *aut dedere aut judicare* vai implicar as consequências de qualquer outro tratado na medida em que o desrespeito a tal regra determinará a responsabilização do Estado nas instâncias cabíveis. Mas, certamente, tal responsabilidade não é de natureza

¹¹² DUGARD, John. Criminal Responsibility of State. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International Criminal Law**. Volume I. Second edition. Irvington-on-Hudson: Transnational Publishers, 1999 (239-253), p. 240.

¹¹³ CRAWFORD, James. **The International Law Commission's Articles on State Responsibility**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 36.

penal. Veja-se, nesse sentido, o caso *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, julgado pela Corte Internacional de Justiça¹¹⁴.

Nesse sentido, portanto, é certo que o Direito Penal Internacional tem o indivíduo como seu centro de alcance e é precisamente por isso que uma fundamentação antropocêntrica é imprescindível. Guindado à condição de sujeito de deveres no plano internacional, e despatriado (pois perde a proteção de seu Estado de origem, muitas vezes obrigado à entrega dos nacionais), o indivíduo acusado de crimes universais – os mais hediondos que se possa imaginar – é colocado na condição de *hostis humani generis* e assim enfrenta um poder jurisdicional universal imenso que se lhe opõe a comunidade internacional. Essa sua condição representa uma curiosa inversão àquela em que passou a ocupar na Ilustração: se naquela época verificou-se a construção de um Direito que protegia o indivíduo dos abusos da coletividade, agora se protege a coletividade (universal) dos abusos do indivíduo. De qualquer forma, não é difícil perceber que o caráter antropocêntrico do Direito Penal Internacional é muito mais sensível e importante do que em qualquer outro ramo – primeiro porque é o último instrumento de proteção que resta ao acusado que perdeu até mesmo a proteção do seu Estado; segundo, porque mesmo o exercício do *ius puniendi* no plano internacional encontra na proteção do indivíduo a sua maior escusa de existência.

Como é notório, um Estado pode se aproximar mais ou menos de um sistema humanitário de acordo com a postura repressiva que adote. Da mesma forma como se reconhecem sistemas legais que levam em consideração a natureza humana como limite e fundamento – aqueles baseados em modelos minimamente humanistas e que garantem os direitos fundamentais – há outros modelos repressivos que identificam padrões de fundamento e limite de outra ordem, tais como os que ainda punem o adultério feminino com a lapidação. É de se perguntar qual é o indicativo que diferencia essas realidades, bem como cada uma das formas existentes entre os extremos desse espectro.

Pois bem, segundo ZAFFARONI, o Direito Penal, como ramo do Direito, não pode querer criar o homem, mas apenas reconhecê-lo. Nesse sentido, não pode ter função outra que não a “garantia externa de um âmbito de auto-realização humana”¹¹⁵ e, assim, será efetivo apenas quando permitir essa autorrealização do homem – o que somente se

¹¹⁴ ICJ. Caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. **Judgement**. Decisão de 26 de fevereiro de 2007. I.C.J. Reports 2007, p. 43.

¹¹⁵ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – volume 1 – Parte Geral. Sexta edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 315.

consegue dentro da coexistência. Em outras palavras, o Direito Penal não pode servir para outra coisa que a não a própria realização do indivíduo dentro da sociedade a partir da garantia dos “pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens”¹¹⁶.

Nesse sentido, o Direito Penal deve ser mais um garantidor de liberdade do que um supressor dela. Afinal, para que o Direito Penal possa ser tratado como um instrumento para a consecução dos fins de cada indivíduo – e, portanto, capaz de permitir que cada um realize suas escolhas de forma livre – precisa garantir um certo grau de segurança jurídica ao homem. A liberdade é por óbvio um exercício interno de cada um, mas é possível que se permita a construção de um ambiente em que cada um possa escolher ser como quer, ou seja, onde se realize a liberdade do indivíduo. Essa é a missão de consecução da segurança jurídica (reitere-se, *omne jus hominum causa introductum est*).

Evidentemente que essa liberdade não é total, mas o limite dela deve ser dado, na sua forma perfeita, pela própria coexistência e assim, no plano interno do indivíduo, pela alteridade – pelo reconhecimento do outro, critério fundamental para o reconhecimento da própria responsabilidade social e criminal, aliás¹¹⁷. Daí ZAFFARONI, referindo-se à função de seleção de bens jurídicos a serem protegidos através da pena:

em seu esforço por harmonizar a coexistência de todas as Antígonas, deva [o Direito Penal] selecionar certos entes cuja disponibilidade garante, consistindo nisto a segurança jurídica. O acerto ou desacerto da seleção depende, em grande medida, de circunstâncias histórico-culturais.¹¹⁸

Parece óbvio que essa realização individual encontra o seu limite, portanto, na própria coexistência social, especialmente, no *alter*, de forma que o reconhecimento desse *alter* é o próprio limite determinante da autorrealização. Essa abertura ao reconhecimento do outro – e dos bens jurídicos que lhe são pertinentes – é essencial, portanto, para um

¹¹⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32.

¹¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal** – Parte Geral. Segunda edição. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007, p. 286.

¹¹⁸ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – volume I – Parte Geral. Sexta edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 320. Em complemento à sua ideia e traçando uma condição existencial para as escolhas, o autor indica: “*daí que o direito penal apenas possa aspirar a proporcionar os pressupostos externos da liberdade, mas jamais a própria liberdade. A liberdade não pode ser imposta por qualquer legislador terreno, e sim encontrada por cada homem a partir de sua individuação frente à morte, para a qual é chamado por sua consciência e impulsionado por sua angústia*”. Idem, p. 320.

desenvolvimento humano completo¹¹⁹, mas é facilmente substituível por ídolos, tais como o Estado, a comunidade, valores fundamentais, bons costumes, revolução, cultura etc.¹²⁰

Eis um diferenciador essencial (dentre outros) capaz de separar um Direito Penal antropocentricamente fundamentado, de cunho garantidor do indivíduo e da sua construção livre, de um Direito Penal identificado como mero exercício de poder, ou um Direito Penal meramente repressivo. Modelos de Direito Penal repressivo tendem, em maior ou menor medida, a suprimir a liberdade e a conformar suas populações a parâmetros gerais, reificando o personagem central do Estado, o indivíduo, e transformando os cidadãos em súditos¹²¹. Essa espécie de Direito Penal atua de forma castradora pretendendo o controle social violento em lugar da garantia do cidadão. Mais do que isso, torna-se instrumento de limitação da liberdade e tende a esconder atrás de símbolos a sua conversão em instrumento de poder. Esses símbolos são facilmente identificados na convivência social ou inventados por uma estrutura de poder – a corporação administrativa da vez a exercer o poder penal¹²² – de forma a garantir que o poder geral não se perca e não se transfira. Obviamente, essa estrutura se beneficia desse Direito Penal repressivo e que não atende à liberdade como fundamento da cidadania.

Ao contrário, um Direito Penal antropocentricamente fundamentado promove o livre crescimento do cidadão a partir de suas escolhas, oferecendo-lhe a segurança jurídica necessária a partir de duas perspectivas: tanto garantindo os direitos fundamentais do cidadão (que promovem a sua condição de sujeito livre) das ingerências indevidas do Estado, quanto protegendo os bens jurídicos essenciais à existência do próprio cidadão por meio da sanção penal justa, humana e proporcional, capaz de garantir a coexistência social.

O Direito Penal apenas consegue assumir essa função de se posicionar como limite ao poder do Estado de punir e, assim, garantir ao indivíduo a segurança jurídica necessária ao seu amplo desenvolvimento.

Nessa condição (i) ele permite um ambiente amplo para as escolhas humanas com a garantia de um número mínimo de direitos capazes de fomentar a dignidade humana – os direitos humanos fundamentais (e aí é um Direito Penal humanitário e humanizador e não repressor). Mas também demanda (ii) o reconhecimento de bens jurídicos, atuando de

¹¹⁹ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – volume I – Parte Geral. Sexta edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 317.

¹²⁰ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – volume I – Parte Geral. Sexta edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 317-318.

¹²¹ ZOLO, Danilo. **Da Cittadini a Sudditi**: la Cittadinanza Politica Vanificata. Milano: Punto Rosso, 2007.

¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos. In: **Em Torno de la Cuestión Penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2005, (p. 153-177), p. 172.

forma repressiva apenas quando tais bens jurídicos são lesionados. Dessa forma, existe a certeza de que a repressão penal será acionada apenas quando tais bens forem efetivamente lesionados ou postos a perigo, justamente dando a dimensão dos interesses do *alter* em oposição àqueles do *ego*. É somente assim que, levando em consideração que o Direito Penal tem como função a “garantia externa de um âmbito de auto-realização humana¹²³”, o Direito Penal será tanto mais efetivo quanto permitir a realização individual dentro da coexistência, justamente porque a efetividade do Direito é a sua capacidade de realizar a sua função.

Assim, um Direito Penal efetivo é aquele que não frustra, ou seja, não deixa de fornecer ao indivíduo as condições necessárias (de segurança jurídica) às suas escolhas de autorrealização por meio da garantia da liberdade e da proteção adequada de bens jurídicos, pois não se configura em um Estado autoritário que determina as escolhas ao indivíduo, nem tampouco é um mero *Estado-gendarme*¹²⁴.

É bem verdade que um raciocínio antropocêntrico para o Direito Penal é muito mais evidente no plano nacional do que no plano internacional. Afinal, a vinculação do Direito Penal a uma Constituição tem o condão de submetê-lo aos direitos fundamentais então reconhecidos, indicados como limite e como sentido da própria política criminal¹²⁵, com todas as consequências que se pode reconhecer a essa relação hierárquica. Em outras palavras, o modelo verticalmente hierarquizado constitucional do Estado de Direito facilita esse reconhecimento.

Todavia, no plano internacional, embora essa orientação antropocêntrica do Direito Penal seja mais dificilmente reconhecível, ela é tanto importante quanto defensável, pois não há outra saída à construção de uma ordem jurídica minimamente controlada. Como proposta de atuação do Direito Penal Internacional, uma fundamentação antropocêntrica tem o condão de evitar que o Direito no plano internacional reifique o indivíduo usando-o

¹²³ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – volume 1 – Parte Geral. Sexta edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 315.

¹²⁴ Segundo ZAFFARONI e PIERANGELI, “a vigência deste direito penal depende apenas de sua potência repressiva. À medida que o direito penal perde efetividade, deve fazer um uso maior da força para conservar a sua vigência. Se nada interrompe o processo de ‘repressão’, este termina por aniquilar o direito penal que, em certo momento, deixa de ser direito, para ficar reduzido a um mero uso da força. A efetividade do direito penal é a mais importante questão que sempre se colocará à política penal, e o dogmático deve interpretar o direito penal vigente como efetivo, sempre que não haja elementos iniludíveis que lhe mostrem o contrário, em razão de que uma política penal repressiva – isto é, não fundamentada antropologicamente – será sempre suicida, o que nunca é possível presumir”. PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – volume 1 – Parte Geral. Sexta edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 324-325.

¹²⁵ VASSALI, Giuliano. Costituzione, sistema penale e diritti dell’uomo. In: MOCCIA, Sergio. **Diritti Dell’Uomo e Sistema Penale**. Volume I. Napoli: Scientifica Italiana, 2002 (p. 47-69), p. 48-49.

como meio para outros fins quaisquer. Ademais, o reconhecimento do indivíduo no plano internacional sempre se deu especialmente como centro de direitos que lhe eram negados pelo seu Estado de origem. A partir do “direito a ter direitos” arendtiano¹²⁶, é perfeitamente verificável como boa parte do desenvolvimento do Direito Internacional do século XX concentrou-se na construção de um sistema de garantias dos direitos humanos do cidadão que não dependesse de sua vinculação a um ou a outro Estado. Mesmo a busca pela paz e pelo desenvolvimento não tem sentido algum quando separada da garantia do indivíduo, pois tem neste o seu foco e objetivo.

A compreensão das regras do Direito Penal Internacional a partir de um paradigma antropocêntrico, portanto, além de andar de mãos dadas com essa nova percepção valorativa da ordem internacional, permite um caminhar no sentido desse adensamento axiológico e normativo, garantindo que o indivíduo seja também o centro interpretativo e fundamentador dessa justiça criminal internacional. Mais do que isso, como se viu, elas não são um mero idealismo, mas se fundamentam de forma empírica na medida em que se sustentam não em ideias construídas pela lei – em ídolos, como a ordem mundial ou um conceito etéreo ou desconhecido de paz – mas na realidade do indivíduo ao qual as regras penais se aplicam e que pretendem proteger como garantidor da segurança jurídica necessária à construção de um ser livre em coexistência.

Nessa mesma linha, não se ignora a estreitíssima relação entre um Direito Penal antropocentricamente fundamentado e a proteção internacional dos direitos humanos. É notório que o Direito Penal Internacional nasce e se desenvolve ao mesmo tempo em que floresce e é amplamente bem recebida a proteção internacional dos Direitos Humanos¹²⁷. Mais do que isso, também é certo, aos olhos da maior parte da doutrina, que é justamente essa proteção internacional dos direitos humanos que permite o reconhecimento de uma comunidade internacional¹²⁸ capaz de exercer um *ius puniendi* universal.

Tampouco há qualquer sentido em se deixar de reconhecer o caráter limitador do Direito Penal Internacional apenas por ser ele realizado no *locus* internacional. Especialmente para a doutrina que entende que a repressão de crimes internacionais é uma

¹²⁶ ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo: Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 330.

¹²⁷ VASSALI, Giuliano. Costituzione, sistema penale e diritti dell'uomo. In: MOCCIA, Sergio. **Diritti Dell'Uomo e Sistema Penale**. Volume I. Napoli: Scientifica Italiana, 2002 (p. 47-69), p. 62.

¹²⁸ MCINTYRE, Gabrielle. Defining Human Rights in the Arena of International Humanitarian law: Human Rights in the Jurisprudence of the ICTY. In: BOAS, Gideon; SCHABAS, William (eds.). **International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003 (193-238), p. 194.

extensão da repressão nacional ao plano internacional¹²⁹, o que é reiterado pela ampla aplicação contemporânea do princípio da subsidiariedade, a compreensão do Direito Penal Internacional como limite e baseado em um fundamento antropocêntrico é de ser mantida. Afinal, essas características são ainda mais importantes diante da confusa e complexa relação de forças existente na comunidade internacional. Diferentemente disso, existe o risco de ser apenas mais um violento sistema de controle social ou, na forma indicada por ZOLO, mero direito dos vencedores sobre os vencidos¹³⁰.

Racionalizar o exercício do poder penal, portanto, é uma necessidade imperiosa. E não há outro sentido em que possa andar essa racionalização que não a garantia dos direitos do homem, de forma que essa antropocentralização do poder punitivo é uma necessidade inescapável. Nas palavras de ZAFFARONI,

se o exercício do poder fosse racional, não haveria espaço para a guerra nem para o sistema penal. Esta, no entanto, é uma meta que se encontra no final do programa de transformação revolucionária enumerada, em linhas gerais, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.¹³¹

2.2.2. O bem jurídico penalmente protegido e o Direito Penal Internacional

Uma segunda consequência importante que se pode indicar ao Direito Penal Internacional por conta de sua natureza penal é a sua vinculação ao bem jurídico. Afinal, reconhecendo-o como limitador do poder de punir no plano internacional, a condição do bem jurídico é um dos instrumentos mais eficientes de que dispõe o Direito Penal para o controle desse *ius puniendi*. Aliás, a doutrina mais garantista indica que a função do Direito Penal não pode ser outra que não a exclusiva proteção subsidiária de bens jurídicos¹³². Por isso é conveniente que se tracem as linhas gerais segundo as quais essa vinculação se dá para que, em seguida, se apresentem as suas consequências ao Direito Penal Internacional.

¹²⁹ DE SENA, Pasquale. Giustizia Internazionale. In: **Jura Gentium**: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.juragentium.unifi.it/it/surveys/thil/desena.htm>>, visitado em 21/03/2011.

¹³⁰ ZOLO, Danilo. **La giustizia dei vincitori**: Da Norimberga a Bagdad. Roma/Bari: Laterza, 2006.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 200.

¹³² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal**: sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 157.

Pode-se definir bem jurídico, embora exista certa divergência conceitual a esse respeito¹³³, como as “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de um sistema social global estruturado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema”¹³⁴, e essa noção tem um papel essencial no Direito Penal. Embora a noção de bem jurídico já fosse conhecida anteriormente¹³⁵, ela ganha especial impulso na doutrina alemã do pós-guerra. Representava, assim, uma postura de reação ao modelo penal nazi-fascista que vigera até então, indicando a impossibilidade do Direito Penal proteger apenas “convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos”¹³⁶, o que indica que o Direito Penal deveria resumir sua atuação à proteção dos bens jurídicos pela repressão das lesões ou do risco de lesões a ele eventualmente provocadas, e jamais de meros deveres ou regras morais¹³⁷. Nessa mesma linha, diversas outras limitações ao poder de punir – especialmente no plano primário, ou de construção do próprio sistema legislativo-penal por meio da criação de tipos – encontram fundamento na doutrina do bem jurídico que impedirá, por exemplo, a punição de “rompimento de tabus” ou meros atentados contra a moral ou sentimentos pessoais (que podem ficar sujeitos às regras do Direito Administrativo, mas que não se encaixam nos fins do Direito Penal¹³⁸) e que arriscam a construção dos temerários “crimes possíveis”¹³⁹.

É nesse sentido que se reconhecem ao bem jurídico amplas funções limitadoras, pois atua como limite ao poder de punir do Estado, como fundamento teleológico e interpretativo da norma penal, como critério individualizador da pena e, ainda, como critério organizador ou sistemático para uma definição coesa dos crimes na legislação penal. Nas palavras de PRADO: “em suma a função limitadora opera uma restrição na tarefa própria do legislador, a função teleológica-sistemática busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição e a função individualizadora diz respeito à mensuração da

¹³³ PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 36 e 38.

¹³⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 56.

¹³⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 55.

¹³⁶ ROXIN, Claus. **A proteção do bem jurídico como função do Direito Penal**. Segunda edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 12.

¹³⁷ DONINI, Massimo. **Il Volto Attuale Dell’Illecito Penale: La democrazia penal tra differenziazione e sussidiarietà**. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 13.

¹³⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 52-53.

¹³⁹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 101.

pena/gravidade da lesão ao bem jurídico¹⁴⁰”. E assim, como limite evidente ao poder de punir, o bem jurídico é fundamento essencial para um Direito Penal liberal¹⁴¹, e uma lei penal que não proteja um bem jurídico de alguma lesão ou ameaça de lesão é de se entender como nula¹⁴².

É bem verdade que a noção de bem jurídico é criticada por parte da doutrina. Em primeiro lugar, trata-se de um conceito sem uma definição clara, pois desde a sua criação, com BIRNBAUM, ainda no século XIX¹⁴³ (a partir da construção original de FEUERBACH¹⁴⁴), a doutrina tenta em vão esclarecer a noção exata de bem jurídico. Em segundo lugar, o surgimento de novos objetos de proteção para o Direito Penal ensejou uma série de dificuldades à noção de bem jurídico, pois, segundo os críticos do conceito, ele não permitiria a adequada proteção das funções recentemente assumidas pelo Estado, tais como a proteção da ordem econômica, da ordem financeira, do meioambiente etc., todas figuras que carecem de materialidade. Assim, uma expansão – dita necessária – do Direito Penal o levaria para campos onde a vinculação à noção de bem jurídico o tornaria inoperacional, pois não daria conta de proteger interesses sociais que seriam lesionados apenas pela desobediência do agente (sem a necessária lesão material), ou representados como importantes pelo Direito Penal do risco.

Nesse sentido, GOMES e YACOBUCCI¹⁴⁵ resumem as críticas que são feitas ao conceito de bem jurídico: primeiro porque a repressão penal não deveria ser baseada no dano ao bem jurídico, mas, sim, no desvalor da conduta, pois o que se deve castigar é a inobservância dos valores da consciência jurídica (WELZEL); depois, porque a repressão penal prescinde do resultado material, já que a lesão ao Direito não depende apenas de uma lesão ao bem jurídico, mas, eventualmente, da execução de um ato, de forma que se deve privilegiar o desvalor da ação sobre a consequência lesiva (ZIELINSKI); ainda, porque o objeto do Direito Penal não pode ser a lesão ou risco de lesão a um bem jurídico, mas, sim, a violação da norma, já que o objetivo do Direito Penal seria a garantia das expectativas

¹⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 36 e 42.

¹⁴¹ ROXIN, Claus. **A proteção do bem jurídico como função do Direito Penal**. Segunda edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 26.

¹⁴² ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 63.

¹⁴³ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

¹⁴⁴ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26.

¹⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 71-93.

sociais normativas (JAKOBS) e não a proteção direta dos bens jurídicos; finalmente, porque o conceito de objeto de proteção do Direito Penal muda a partir de um Estado interventor que passa a usar a pena para proteger e fazer funcionar um complexo sistema de funções em vários planos.

De qualquer forma, embora sofra diversas críticas, o conceito de bem jurídico ainda se mantém em pé e é reconhecido pela doutrina amplamente majoritária como necessário simplesmente porque é a estrutura que melhor se adapta à prevenção de punições de condutas que não causam danos sociais e não põem em risco a segurança jurídica – tal qual uma simples imoralidade, por exemplo¹⁴⁶. Afinal, a vinculação a um conceito material de delito permitiu a recuperação de um Direito Penal voltado para o ontológico e vinculado à realidade.

Aliás, mesmo os seus críticos, como JAKOBS, entendem utilidade e necessidade do bem jurídico, mesmo que a título de indicador final da repressão, ou pela compreensão de que a sanção penal deve ser aplicada por conta da lesão do dever determinado pela norma, mas também por causa da lesão ao bem jurídico. Ademais, o conceito de bem jurídico não impede o legislador penal de reconhecer a necessidade de proteger outros objetos, como se percebe pela atual expansão do Direito Penal¹⁴⁷, pois o papel limitador do bem jurídico é exercido quando em cotejo com os demais princípios penais, como a lesividade, a proporcionalidade etc¹⁴⁸. Nas palavras de GOMES e YACOBUCCI:

já não é possível sustentar com segurança que o bem jurídico seja um conceito por si só capaz de limitar o legislador penal em seu labor de política criminal. Todavia, mercê de suas funções teleológicas e interpretativas, permite a valoração da decisão normativa, dando-lhe ou tirando-lhe legitimação.¹⁴⁹

Os autores concluem o lógico: embora o conceito de bem jurídico tenha sofrido transformações contundentes, não perdeu sua importância¹⁵⁰, sobretudo na construção de um Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, se o Direito Penal Internacional, como ramo do Direito Penal, pretende ser democrático e vinculado aos direitos humanos – como de outra forma não pode ser

¹⁴⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Renovar, p. 37.

¹⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal**: sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 175.

¹⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 96-97.

¹⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 97.

¹⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 98.

segundo a construção histórica e os fins que carrega – também ele deve se vincular diretamente à noção de bem jurídico e sobre essa condição erigir sua teoria, levando em consideração tanto a necessidade de lesão ou risco de lesão ao bem jurídico quanto os valores que animam a existência desse bem, sobretudo a dignidade da pessoa humana e os direitos individuais. Resta perguntar, todavia, como se dá essa relação.

A doutrina, novamente, é rarefeita e contraditória a esse respeito¹⁵¹. Essa dificuldade parece decorrer da própria indefinição do Direito Penal Internacional e se reflete, sobretudo, em uma caótica compreensão de qual é o gatilho que deve disparar a repressão penal no plano internacional. Se é verdade que em alguns momentos parece existir certo consenso no plano dessa definição, em outros, a pretensão de alcançar níveis exageradamente altos de proteção pela pena prejudica evidentemente a certeza, a clareza e a segurança que a definição do bem jurídico dá ao Direito Penal.

Há muito é firmada a noção de que alguns valores são universalmente aceitos e que violadores de tais interesses são considerados criminosos aos olhos de toda a comunidade internacional, como ocorre com a pirataria desde o século XVII. Conforme apontado por BASSIOUNI, o pirata foi um dos primeiros criminosos universais, ao qual se aplicou a expressão *hoste humani generis*, tomada da experiência clássica¹⁵². Embora se possa criticar a motivação de escolha desse bem jurídico como universal – na medida em que, obviamente, interessava apenas a uma pequena parcela da população e nem mesmo a todos os países, bastando lembrar a figura do corsário – é certo que do ponto de vista dos efeitos, e abstraindo-se a questão do poder, o crime era entendido como “violador dos interesses da humanidade”. De fato, a própria noção de direito natural permite a ideia de uma comunidade universal com valores universais, o que se percebe da leitura dos precursores do Direito Internacional, como no *ius inter gentes*, de Francisco de VITÓRIA, e na obra de Francisco SUAREZ¹⁵³, além do racionalismo de Hugo GRÓCIO¹⁵⁴. Em suma, daí decorre a existência de certos interesses da comunidade internacional que merecem proteção e cuja violação ensejaria uma obrigação internacional de “*aut dedere aut punire*”¹⁵⁵, adequadamente corrigida para *aut dedere aut judicare* em dias atuais.

¹⁵¹ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley: Transnational Publishers, 2003, p. 114.

¹⁵² BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley: Transnational Publishers, 2003, p. 109.

¹⁵³ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 47.

¹⁵⁴ AKEHURST, Michael. **Introdução ao Direito Internacional**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 17.

¹⁵⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley: Transnational Publishers, 2003, p. 111.

Obviamente, a definição desses interesses universais não é algo incontroverso, pois foi produzida sem que houvesse uma política legislativa internacional comum apta a lhe dar coesão¹⁵⁶ e é justamente essa falta de coesão que implica a dificuldade de uma definição e consequente codificação dos crimes universais. O exemplo do caso da agressão é notório, pois embora se tenha pretendido uma definição efetiva dos “crimes contra a paz” já nos tribunais de Nuremberg e Tóquio, foi preciso um longo caminho até que isso se produzisse. Um projeto de definição apresentado pela *International Law Commission* à Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1954, foi colocado em estado de espera até o ano de 1974¹⁵⁷, quando se reconheceu uma definição de agressão, mas não se identificou exatamente a sua criminalização. Por conta das questões políticas envolvidas, chegar a essa definição sempre foi muito difícil ao ponto de que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional optou por não fazê-lo diretamente.

Importa lembrar ainda que, até os dias de hoje, a *International Law Commission*, o órgão internacional das Nações Unidas encarregado de uma codificação do Direito Internacional, não conseguiu cumprir sua pretensão de produzir uma definição efetiva do que seja um crime ou um delito internacional ou, mesmo, de definir uma política criminal internacional¹⁵⁸.

Por outro lado, nos últimos duzentos anos desenvolveu-se certo consenso sobre algumas condutas que mereceriam ser consideradas crimes internacionais. Esse fenômeno fica mais evidente a partir do pós-guerra. Os horrores cometidos na Segunda Grande Guerra, identificados pelo ineditismo dos crimes contra a humanidade, caracterizaram a ruptura totalitária e ensejaram a necessidade de reconhecimento de valores universais que preservam a própria humanidade. Tal pretensão identifica-se com a noção de que existem “certas exigências fundamentais de vida na sociedade internacional” de ordem, portanto, pública internacional¹⁵⁹. É o exemplo do princípio da responsabilização criminal individual por “atos contra a dignidade humana¹⁶⁰”, surgidos da experiência de Nuremberg e

¹⁵⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley: Transnational Publishers, 2003, p. 111.

¹⁵⁷ UN. **General Assembly Resolution n. 3314 (XXIX)**. Resolução de 14 de dezembro de 1974. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314%28XXIX%29&Lang=E&Area=RESOLUTION>. Acesso em: 17/11/2012.

¹⁵⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley: Transnational Publishers, 2003, p. 113.

¹⁵⁹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 169.

¹⁶⁰ ABRAMS, Jason; RATNER, Steven. **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 15-16.

confirmados pelo Direito Internacional Público a partir de então. Notório é o exemplo da repressão ao crime de genocídio que ensejou, inclusive, um adensamento normativo internacional composto de *hard law*¹⁶¹ e jurisprudência que o fortalece (sobretudo da Corte Internacional de Justiça¹⁶²).

Todavia, certo é que a dignidade da pessoa humana, por si só, não é suficiente como bem jurídico a ser protegido. Afinal, nessa condição, conforme aponta ROXIN, assemelha-se à ideia de reprovabilidade moral¹⁶³, pois não implica, necessariamente, um dano à segurança jurídica – como exemplo, veja-se que o Direito Penal não poderia punir, como faz a norma penal alemã atual, aquela pessoa que se despoja da própria dignidade, como no caso da autolesão ou de práticas sexuais que contrariem a moral comum. O mesmo autor critica, aliás, o uso do argumento da dignidade da pessoa humana na restrição penal alemã à venda de órgãos (que poderia ser feita quando do falecimento do doador) e à manipulação genética (que poderia ser realizada, em certos casos, com o fim de garantir um melhor padrão de vida a doentes). Em ambos os casos, a repressão penal existente prejudica a própria dignidade da pessoa humana e seu uso como bem jurídico é inadequado porque envolve casos em que não haveria lesão alguma a ser objeto da repressão penal¹⁶⁴.

Ora, se a sanção penal apenas se justifica na garantia da segurança jurídica e da coexistência, somente quando esses interesses se encontrarem materialmente em xeque é que a pena pode ser aplicada. Dessa forma, a simples alegação de lesão à dignidade humana não é efetivamente capaz de ensejar a repressão penal – a menos que venha acompanhada de alguma lesão a algum bem jurídico. Nesse plano, as críticas que são feitas à doutrina dos direitos humanos a partir de um posicionamento multiculturalista, como no caso dos valores asiáticos, poderiam representar um sério problema ao Direito Penal Internacional.

Ainda assim, a dignidade humana desempenha um papel importante na definição dos crimes internacionais, pois, como se disse, representa justamente o conteúdo axiológico do consenso no plano internacional. Como equacioná-lo, então, dentro do

¹⁶¹ Vejam-se a Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (1948) e a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (1968), entre outras.

¹⁶² ICJ. Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium V. Spain)*. *Second Phase. Judgment*. Decisão de 5 de fevereiro de 1970. I.C.J. Reports 1970, p. 03, parágrafo 34. Também: ICJ. Caso *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Advisory Opinion of May 28th, 1951*. Decisão de 28 de maio de 1951. I.C.J. Reports 19-51, p. 15.

¹⁶³ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Segunda edição. Rio de Janeiro: Renovar, p. 38.

¹⁶⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Segunda edição. Rio de Janeiro: Renovar, p. 44.

conceito de bem jurídico se não deve ser tomado como o próprio bem jurídico a ser protegido ou, ao menos, como único bem jurídico protegido pela norma?

TAVARES bem desenha como se dá a vinculação do bem jurídico à necessária noção de Direito Penal mínimo e a um Estado democrático de Direito¹⁶⁵. O autor aponta que, a partir da definição habermasiana entre valor e norma, o bem jurídico deve ser entendido como valor, pois na condição de norma seria mero dever e, assim, se esgotaria em simples construção formal – o exato problema da colocação da dignidade humana como mera norma moral, conforme levantado por ROXIN na indicação feita há pouco. Entendido como valor, o bem jurídico permite seu posicionamento como finalidade ao Direito Penal e, especificamente, ao injusto, dando-lhe um alcance, agora sim, garantidor e protetor da pessoa humana – a efetiva serventia da ordem jurídica através do seu alcance como delimitador da norma¹⁶⁶. Nesses termos, o bem jurídico é:

um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social e nesse sentido pode ser entendido, assim, como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de referência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Por objeto de referência real se deve entender aqui o pressuposto de lesão ou de perigo de lesão, pelo qual se orienta a formulação do injusto. Não há injusto sem a demonstração de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico.¹⁶⁷

Em outras palavras, o bem jurídico liga-se diretamente com a atuação do Direito Penal como limitador do direito de punir exercido pelo Estado e, mais do que isso, com a fundamentação antropocêntrica que se deve reconhecer a esse ramo do Direito. Mesmo porque a mera proteção de bens jurídicos não é capaz de limitar o uso do *ius puniendi*, na medida em que o próprio *ius puniendi* pode dar o alcance que quiser a um bem jurídico que seja visto como mera norma, ao contrário do que explica TAVARES. Por isso, o Direito Penal precisa ir além, coligando-se aos valores superiores do ordenamento jurídico (que no plano nacional vêm determinados na Constituição): “a dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis e o livre desenvolvimento da humanidade¹⁶⁸”. Este é o papel da dignidade da pessoa humana como inspiradora do bem jurídico: no direito interno, está presente nas constituições dos Estados democráticos de Direito; no plano internacional,

¹⁶⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 180.

¹⁶⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 180.

¹⁶⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 179.

¹⁶⁸ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: Parte general**. Segunda Edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 44.

desvela-se no consenso universal encontrável como valor superior, como a *lingua franca* das relações internacionais.

Mas, repise-se, sempre será necessária a lesão ao bem jurídico. Veja-se a questão do crime de genocídio: embora se possa classificá-lo (e a doutrina o faz comumente) como um “crime contra os direitos humanos” ou “contra a dignidade humana”, essa condição não serve para o reconhecimento do crime em si que tem como seu bem jurídico, embora não sem disputa doutrinária, a integridade do grupo nacional, étnico, racial ou religioso – algo certamente mais facilmente verificável e materialmente perceptível¹⁶⁹.

Afinal, em um Estado democrático de Direito, que tem como fundamento a proteção dos direitos humanos, a limitação da atuação estatal repressiva é dada justamente pela necessidade estrita de impedimento às interferências de uns sobre o exercício dos direitos de outros e, mesmo assim, nem sempre através da pena, pois:

a proteção jurídica é direcionada à preservação dos direitos humanos e, por isso, a pena não tem legitimidade independente – ela somente se justifica quando for extremamente necessária. Daí que “inexiste um dever absoluto de punir. A punição criminal é unicamente uma contingência de ultima ratio. Deve-se concluir, então, que a noção de bem jurídico não pode ser posta como legitimação da incriminação, mas como sua limitação.¹⁷⁰

Em suma, no plano internacional a atuação repressiva é justificada por conta da direta vinculação do bem jurídico ao fundamento axiológico da própria atuação internacional: a garantia da dignidade da pessoa humana, verificada no próprio conceito de cidadania. Nessa condição, quando a lesão ao bem jurídico transcende o indivíduo ou o grupo de indivíduos que detém esse bem jurídico, violando também o conteúdo axiológico que o identifica como internacionalizado – qual seja a dignidade humana no plano internacional – justifica-se a resposta repressiva internacional porque a violação atinge também toda a coletividade humana. O que se dá na forma indicada adiante.

2.2.3. Crimes universais como objeto do Direito Penal Internacional em sentido estrito

¹⁶⁹ Por todos, veja-se ESTRADA, Cristina Fernández-Pacheco. **El genocidio en el Derecho Penal Internacional: Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

¹⁷⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 181.

Resta esclarecer, ainda, quando a violação do bem jurídico poderá reclamar a atenção do Direito Penal Internacional e, mais especialmente, quando deverá demandar a aplicação da justiça penal internacional porque, eventualmente, restou lesionado um bem jurídico que alcança a própria dignidade humana.

Não é certamente a pretensão deste trabalho – como já dito anteriormente – explorar profundamente a classificação dos crimes internacionais ou, o que seria ainda mais audaz, tentar estabelecer um critério novo ou definitivo para essa classificação. Mas é certo que a definição do bem jurídico desempenha uma função importante para que se defina o alcance da criminalidade objeto do Direito Penal Internacional e qual a reação do poder punitivo internacional quanto a tais crimes. Nesses termos, basta ao presente trabalho definir um critério e estabelecer os motivos pelos quais esse critério é válido e capaz de fundamentar tanto os limites quanto à metodologia adotada.

Pois bem, já se disse que aqui se opta pela denominação de Direito Penal Internacional por conta da especificação clara e da condição de garantia que permite reconhecer: é do âmbito do Direito Penal Internacional qualquer relação de Direito Penal que tenha um elemento de internacionalização, como mencionado pela doutrina francesa¹⁷¹. Essa definição é evidentemente ampla, pois abarca figuras tradicionalmente afeitas à esfera nacional tanto quanto alcança figuras reconhecidas apenas no plano internacional. Todavia, repise-se, é a forma mais efetiva de se impor um cunho garantista à temática, pois permite reconhecer que toda relação penal – seja ela nacional ou internacional – precisa ficar sujeita aos limites, objetivos e sentido do próprio Direito Penal.

É possível reconhecer diversas espécies de crimes internacionais em um espectro que vai desde genocídio e crimes contra a humanidade até crimes como corrupção de agentes públicos no plano internacional ou interferência em cabos submarinos ou tráfico de material obsceno, com uma variação evidente, portanto, quanto à gravidade. Em comum entre elas, existe o fato de que todas essas espécies (i) envolvem condutas que carregam consigo um elemento de internacionalização ou (ii) atingem bens jurídicos de interesse internacional. Seja porque são cometidas em condições que provocam conflitos de jurisdições ou porque demandam a cooperação internacional para sua repressão ou, ainda, porque a gravidade da conduta ou a natureza do bem jurídico despertam o interesse repressivo em vários países, sempre há alguma característica que implica a

¹⁷¹ Ver supra, em referência a HUET, André; KOERING-JOULIN, Renée. **Droit Pénal International**. Lyon: Ed. PUF, 1994, p. 25.

internacionalização do evento criminoso. Por isso, os crimes internacionais serão todos aqueles que tenham um elemento de internacionalização, qualquer que seja ele. Eis, portanto, o objeto de atenção do Direito Penal Internacional.

Mas é possível que um crime internacional não desperte o interesse de toda a comunidade internacional, simplesmente porque o seu elemento de internacionalização não é universalizado – em outras palavras, (i) não corresponde a uma conduta que interesse a toda a comunidade internacional ou (ii) não viola um bem jurídico que desperta o interesse universal. É o caso, por exemplo, de aplicações comuns do princípio da extraterritorialidade da lei penal: a um homicídio cometido em um país estrangeiro contra um brasileiro aplicam-se, provavelmente, as leis penais de ambos os países, mas, embora se trate de uma temática afeita ao Direito Penal Internacional, certamente não interessa a todos os países do globo, pois o conflito se dá entre jurisdições nacionais e sobre a violação de um bem jurídico individual, no caso, a vida.

Essa mera internacionalização que não amonta à universalidade pode ocorrer mesmo que o bem jurídico envolvido diga respeito a um grupo de indivíduos, quando, portanto, ultrapassará a mera titularidade individual – a isso se chama, tradicionalmente, de bem jurídico supraindividual (nessa área, embora não seja importante para o presente trabalho, a doutrina, sobretudo aquela referente ao Direito Penal Econômico, criou um variado e complexo âmbito de distinções e classificações, tais como os bens jurídicos referentes a interesses sociais gerais ou difusos¹⁷²). De qualquer forma, no caso de bens jurídicos supraindividuais, a solução será similar se algum elemento de internacionalização for verificado no bem jurídico ou na conduta criminosa, ocasião em que despertará o interesse do Direito Penal Internacional. É o caso, por exemplo, dos crimes de lavagem de dinheiro, onde o bem jurídico é coletivo ou supraindividual (a ordem financeira, a ordem tributária, a economia popular etc...) e a conduta criminosa, caracterizada por operações de colocação, ocultação e integração¹⁷³, normalmente se desenrolam em território de vários países. Ou, ainda, no caso do tráfico internacional de material obsceno, de armas ou de drogas. Em todos esses exemplos se vêem claros os elementos de internacionalização tanto nos bens jurídicos quanto nas condutas praticadas, de forma que há certo interesse do Direito Penal Internacional porque o elemento de internacionalização é evidente. Mas não

¹⁷² PÉREZ, Carlos Matínez-Buján. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**. Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 169.

¹⁷³ Sobre a questão, ver o *site* do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) do Ministério da Fazenda. Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1/fases>>. Acesso em: 22/03/2011.

há interesse universal, pois o bem jurídico, ainda que supraindividual, ou a conduta, mesmo praticada em vários países, não diz respeito a toda a humanidade.

Entretanto, há outras espécies criminosas que implicam um interesse de toda a coletividade internacional. Assim se pode reconhecer que os crimes internacionais eventualmente se referem a uma espécie diferente de crime, aquela que agride toda a coletividade internacional, o que pode ocorrer mesmo que seu alcance seja meramente local. Os crimes cometidos na Ruanda no ano de 1994 foram perpetrados contra ruandenses ou contra estrangeiros de algumas outras poucas nacionalidades nos território da Ruanda ou nas suas cercanias. Levando em consideração as regras nacionais de aplicação das leis penais no espaço, embora se tratassem de crimes internacionais, pois envolveriam o interesse repressivo de um punhado de países, não haveria, *a priori*, interesse de todos os países da comunidade internacional em reprimir os crimes ali cometidos. Todavia, ninguém negaria a necessidade da atuação repressiva internacional. O mesmo acontece com os crimes cometidos na antiga Iugoslávia de 1994 adiante.

Em outras palavras, parece haver algo além do local ou da forma de cometimento desses crimes que determina uma resposta do Direito Penal Internacional. Mais especificamente, esses crimes atingem interesses para além dos bens jurídicos violados (vida, patrimônio, liberdade sexual etc.) ou dos tipos praticados, pois os crimes são dirigidos contra interesses universais de que depende o próprio conceito de humanidade. Nessa condição, o elemento de internacionalização que implica o interesse do Direito Penal Internacional é ainda mais complexo e amonta à condição de um elemento de universalização.

Como ponto comum entre esses crimes, tais condutas não dizem respeito a um grupo maior ou menor de seres humanos, mas a toda a coletividade humana. É, aliás, essa condição que torna tais crimes, segundo BASSIOUNI, capazes de “chocar a consciência da humanidade”¹⁷⁴, como nos casos dos crimes contra a humanidade¹⁷⁵, que depois se separa o conceito de genocídio¹⁷⁶ –, crime este que, nas palavras de ARENDT, ataca “uma

¹⁷⁴ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley: Transnational Publishers, 2003, p. 115.

¹⁷⁵ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 180.

¹⁷⁶ CASSESE, Antonio. Genocide. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 335.

característica do ‘status humano’ sem a qual a simples palavra ‘humanidade’ perde o sentido”¹⁷⁷.

É por isso que nem todos os crimes internacionais, quais sejam aqueles dotados de elementos internacionalizadores, são capazes de dar ensejo a uma resposta originariamente internacional e daí a carregarem o conceito de “universais”. Serão universais apenas os crimes que violem o interesse universal e que, assim, tenham a dignidade da pessoa humana como interesse maior. Afinal, é essa espécie que põe “diretamente em perigo a ordem pública internacional e social, atacando aqueles interesses que são atualmente considerados fundamentais da Comunidade dos Estados: a manutenção da paz e da segurança internacionais e a tutela de valores humanitários fundamentais”¹⁷⁸.

Nesse contexto, devem ser considerados como crimes universais os crimes de agressão (ou crimes contra a paz), os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e o genocídio, já que são historicamente reconhecidos como crimes internacionais e existe um consenso sobre a sua danosidade social universal, o que é comprovado por comporem a competência material do Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma. É certo que existe um número muito maior de condutas criminosas que despertam o interesse da humanidade e que compõem diversas listagens de crimes internacionais. Veja-se, por exemplo, a já antiga pretensão do Direito Internacional de criar uma codificação de tais crimes, conforme foi tentado pelo trabalho da *International Law Commission*¹⁷⁹ em uma longa lista. Mas também não se pode negar que os demais crimes desse amplo rol padecem de dois grandes problemas: não estão adequadamente tipificados pelo Direito Penal Internacional ou não contam com a adesão de toda a coletividade internacional, o que evidencia que não atendem a um critério claro de universalização. Vários desses crimes são apenas transnacionais, como ocorre com a tentativa de agressão, a dominação colonial, o tráfico internacional de drogas ou mesmo o terrorismo internacional. Nas palavras de BOURDON, “é, entretanto, indispensável que a maioria dos Estados lembre que o caráter internacional dos crimes, fruto de uma globalização da economia e de uma circulação cada vez mais rápida de bens e de homens, não é evidentemente sinônimo do caráter universal

¹⁷⁷ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 291.

¹⁷⁸ CARACCILOLO, Ida. **Dal Diritto Penale Internazionale al Diritto Internazionale Penale: il Rottoramento delle Garanzie Giurisdizionali**. Napoli: Editoriale Scientifica s.r.l., 2000, p.157 (tradução livre)

¹⁷⁹ SUNGA, Lyal S. A Competência *Ratione Materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 (p. 191-219), p. 193.

desses crimes”¹⁸⁰. Essa diferença é evidente, ainda que apenas uma pequena parte da doutrina se encarregue de esclarecê-la, dividindo os crimes internacionais, portanto, entre os crimes transnacionais e os crimes universais¹⁸¹.

De qualquer forma, pelo que se vê, trata-se de uma escolha de cunho político que materializa, formalmente, algumas condutas típicas importantes, como objeto de atenção internacional absoluta. De fato, a opção por um certo grupo de crimes em consenso provém de escolhas realizadas no plano internacional de forma mais ou menos democrática e representa o que se pode chamar de uma forma de “criminalização primária” similar, em certa medida, àquela escolha realizada pelo legislador no plano nacional sobre quais condutas devem ser criminalizadas.

Finalmente, a partir deste ponto, resta responder quando é justificável a atuação da justiça penal internacional.

Como é notório, o fato de um crime ensejar uma violação a interesses universais não implica a necessidade da repressão por instâncias internacionais. Afinal, se o próprio Estado onde ocorreu o crime se encarregar de processar e julgar a conduta criminosa, não parece haver necessidade de atuação internacional, pois não importa se a resposta jurídica à violação do interesse universal se deu de forma centrífuga (de dentro do Estado para fora, por uma corte nacional com efeitos internacionais, como no caso da complementariedade) ou de forma centrípeta (de fora para dentro do Estado, por um Tribunal Penal Internacional, e.g.), desde que a justiça tenha sido realizada garantindo-se amplamente a segurança jurídica necessária à coexistência.

Daí a importância do princípio da subsidiariedade como garantia da soberania dos Estados: são eles que têm a primazia do julgamento dos crimes universais cometidos em seu território, reservando-se um papel secundário (e ao mesmo tempo de controle) às jurisdições internacionais. Essa é a proposta contemporânea, conforme reconhecida no preâmbulo e no artigo primeiro do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e que diverge diametralmente da experiência pregressa dos Tribunais Internacionais Penais das

¹⁸⁰ BOURDON, Willian; DUVERGER, Emmanuelle. **La Cour pénale internationale – Le statut de Rome**. Paris: Éditions du Seuil, 2000, p. 38.

¹⁸¹ Ida CARACCILO procede com essa diferenciação, chamando os crimes universais de “*crimes internacionais do indivíduo*” (originados na esfera internacional, posto que a todos os países dizem respeito), e os crimes transnacionais, pela expressão “*crimes de Direito interno internacionalmente impostos*” (porque respondem a determinações internacionais de cooperação, apesar de terem sua gênese, no Direito doméstico – e importando especialmente a este). CARACCILO, Ida. **Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale: il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2000, p. 161-163.

Nações Unidas, detentores de primazia em relação aos países aos quais se aplicam¹⁸². SCHABAS aponta, referindo-se ao Estatuto de Roma, que “de fato, o Estatuto deixa aos sistemas de justiça nacionais a primeira chance de julgar os presumidamente criminosos e é somente quando os mecanismos de justiça interna não são deflagrados que o Tribunal criminal internacional pode exercer a sua jurisdição”¹⁸³. Mas essa liberdade se manifesta em um poder-dever, pois a vinculação ao Estatuto também implica o reconhecimento da obrigação de processar e julgar os crimes de sua competência¹⁸⁴. Essa complementariedade é, evidentemente, um assunto difícil e que ensejará discussões, especialmente sobre o seu alcance¹⁸⁵, mas a sua adoção pelo Estatuto de Roma é uma evidente demonstração de apreço pela realização da justiça local.

Nesse sentido, o que torna necessária a atuação internacional não parece ser a natureza do bem jurídico ou a qualidade da conduta lesiva (quanto à sua forma, local, alcance etc.), senão a falta de atuação adequada das instâncias jurisdicionais no sentido de proteger a dignidade humana, garantindo, assim, a segurança jurídica que permite a coexistência. Fosse o bem jurídico ou fossem as especificidades da conduta o critério que dispara a atuação internacional, então qualquer genocídio seria julgado por tribunais penais internacionais ou similares, bem como homicídios em massa (uma chacina, por exemplo) e

¹⁸² Veja-se o artigo 9º, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Yugoslávia: “*Article 9. Concurrent jurisdiction. 1. The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991. 2. The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal*”. Assim também o artigo 8.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ruanda: “*Article 8. Compétences concurrentes. 1. Le Tribunal international pour le Rwanda et les juridictions nationales sont concurremment compétents pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d’États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994. 2. Le Tribunal international pour le Rwanda a la primauté sur les juridictions nationales de tous les États. À tout stade de la procédure, il peut demander officiellement aux juridictions nationales de se dessaisir en sa faveur conformément au présent statut et à son règlement*”. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, e <http://www.unictt.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf>, visitados em 23.03.2011.

¹⁸³ SCHABAS, William. La Cour criminelle internationale: un pas de plus contre l’impunité. In: **Proceedings 27th. Annual Conference October, 15-17, 1998, Canadian Council of International Law, “The Impact of International Law on the Practice of Law in Canada”**. Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 5.

¹⁸⁴ POLITI, Mauro. Le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: le point de vue d’un négociateur. In: **Révue General de Droit Internationale Public**, n. 4, 1999, p. 843.

¹⁸⁵ Nas palavras de DELMAS-MARTY : “...le principe de complémentarité posé par la Convention de Rome devrait sans doute être interprété comme une véritable complémentarité – de que veut dire que les sphères de compétence seraient différentes et non concurrentes –, et non comme une subsidiarité de fait au nom de laquelle on se résignerait à écarter la compétence de la CPI pour de simples raisons diplomatiques”. DELMAS-MARTY, Mireille. La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités). In: CASSESE, Antonio e DELMAS-MARTY, Mireille. **Jurisdictions nationales et crimes internationaux**. Paris: PUF, 2002, p. 653.

crimes transnacionais demandariam a aplicação do *ius puniendi* internacional. Da mesma forma, um genocídio cometido contra apenas uma pessoa (o que é reconhecido como possível pela experiência do Estatuto de Roma e pela doutrina¹⁸⁶, por exemplo) dentro do Estado do qual é nacional jamais, mesmo que a mando do governo, implicaria a atuação internacional.

Em outras palavras, é apenas quando falha o Estado na proteção do interesse universal que surge, no plano internacional, a necessidade de repressão das violações mais graves. Isso decorre, justamente, da conquista da universalidade dos direitos. Como explica LAFER tratando da obra de ARENDT, os homens não nascem todos iguais – a igualdade se lhes dá a condição de cidadania e, portanto, é a pertença a alguma ordem jurídica¹⁸⁷ que garante essa condição, o que depende diretamente da atuação – positiva, nesse caso – de um Estado. Faltante essa ordem, como no caso dos apátridas, dos refugiados e dos *displaced persons*¹⁸⁸, abrem-se as portas para a violação dos direitos humanos. É a cidadania, portanto, que permite a proteção de tais direitos, de forma que ela é a própria garantia da dignidade da pessoa humana. Faltante essa proteção no plano nacional, quando o Estado responsável por ela terá, então, descumprido suas obrigações internacionais deixando a descoberto a dignidade da pessoa humana, a ordem internacional precisa agir.

Esse é o principal efeito da ruptura totalitária que determinou o reconhecimento da universalidade e da necessidade de uma cidadania cosmopolita, pois a cidadania nacional pode ficar sujeita a contingências¹⁸⁹. É aí que surge a necessidade da garantia do “direito a ter direitos” arendtiano com a consequente adaptação da ordem jurídica internacional e do Direito Internacional Público, alterando-se o princípio da proteção diplomática para o princípio da proteção internacional. Nesse sentido, as palavras de LAFER:

o que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direito que a experiência

¹⁸⁶ CASSESE, Antonio. Genocide. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 349.

¹⁸⁷ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 150.

¹⁸⁸ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 156-158.

¹⁸⁹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 151.

totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece.¹⁹⁰

Esse abandono do Estado frente aos direitos humanos do seu cidadão – ou de qualquer pessoa dentro do seu território – na forma do rompimento do direito a ter direitos arendtiano, pode se dar de diversas formas. Por exemplo, por meio da exclusão do direito de cidadania em um Estado totalitário (como ocorre com apátridas ou com a determinação judicial da perda da nacionalidade). Também pode ser dar pelo abandono das garantias individuais do cidadão em um Estado que deixa de cumprir com o seu direito-dever de exercer jurisdição e, assim, de processar e julgar crimes universais. Mas também pode se dar pela própria personificação do Estado nas violações dos direitos humanos, como ocorre quando a máquina estatal é usada para a perpetração dos crimes universais. Em todos esses casos, não haverá garantia dada pelo Estado da segurança jurídica necessária ao desenvolvimento humano e à coexistência. E será esse o gatilho que deflagrará a necessidade da intervenção jurisdicional internacional, garantindo a cidadania, o direito a ter direitos e a própria segurança jurídica.

Nesse sentido, AMBOS aponta a “macrocriminalidade” como aquela em que existe ação ou omissão criminosa do próprio Estado e segundo a qual se verificam “*comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder o outro contexto de acción colectiva*”¹⁹¹. Em outras palavras, as violações criminosas encontram respaldo no sistema legal vigente e, assim, violam evidentemente a própria cidadania porque são “fortalecidas pelo Estado” ou se configuram em “crimes coletivos politicamente condicionados”¹⁹². Essa macrocriminalidade não precisa sequer ser exercida pelo Estado, por meio dos seus agentes, pois basta que seja tolerada por ele, ainda que exercida por particulares – caso em que a omissão do Estado em não impedir, evitar ou ao menos processar e punir os responsáveis implicará uma responsabilidade omissiva nas violações à cidadania do indivíduo.

Dessa forma, a atuação jurisdicional penal internacional encontra seu fundamento: diante de lesão ou risco de lesão de um bem jurídico de cunho universal com condições de

¹⁹⁰ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 166.

¹⁹¹ AMBOS, Kai. **Temas de Derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales S.A, 2006 (p. 19-37), p. 21.

¹⁹² AMBOS, Kai. **Temas de Derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales S.A, 2006 (p. 19-37), p. 22.

atingir a dignidade da pessoa humana porque não foi garantido o direito a ter direitos (a cidadania), será possível que a comunidade internacional reaja e exerça o seu *ius puniendi*, desde que o faça em uma perspectiva antropocêntrica. Dessa forma, a violação da cidadania é o que desperta o conteúdo axiológico, representado pela garantia da dignidade da pessoa humana, responsável pela justificativa universalizante da repressão penal. Sempre, todavia, também dentro dos limites garantidores da dignidade da pessoa humana, limites que não diferem em nada daqueles reconhecíveis a um Direito Penal antropocentricamente fundamentado em um Estado democrático de Direito.

Finalmente, a partir dos esclarecimentos realizados até agora, é possível definir a terminologia a ser usada no presente trabalho, que defenderá as seguintes proposições:

- (a). O Direito Penal Internacional é ainda um ramo em formação e que demanda aprofundamento. Essa condição permite entendê-lo como tábula, senão rasa, em processo de cinzelamento. Assim, é possível que se lhe dê os fundamentos claros e se permita uma definição de horizontes e de seu fim.
- (b). O Direito Penal Internacional é ramo do Direito Penal, ainda que realizado no *locus* do Direito Internacional, pois essa é a única condição que lhe permite se tornar garantidor dos direitos fundamentais e limitador de um poder de punir que, no plano internacional, pode ser exercido de forma arbitrária e violenta, lesionando a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a segurança jurídica. Como ramo do Direito Penal, portanto, está vinculado à sua forma de atuar e aos critérios interpretativos que lhe são inerentes.
- (c). Só existe sentido em um Direito Penal que esteja vinculado à garantia do indivíduo e que permita a coexistência, o que é feito pela garantia do bem jurídico de forma a deixá-lo à disposição do indivíduo, facultando-lhe, então, o seu livre desenvolvimento em sociedade. É apenas nesse sentido que pode existir um *ius puniendi* vinculado adequadamente a um Estado democrático de Direito, pois qualquer aplicação de pena deve ser feita segundo um fundamento antropocêntrico.
- (d). A título de nomenclatura, a expressão Direito Penal Internacional refere-se a toda manifestação do Direito Penal em que exista um elemento de internacionalização. Dentro desse gênero pode-se estar diante de um Direito Penal Internacional de coação indireta, definido como a atuação penal nacional com base em regras, instrumentos ou princípios originados da adoção de tratados ou convenções internacionais. Como outra espécie, pode-se reconhecer, ainda, um Direito Penal Internacional de coação direta, este calcado na aplicação de sanções penais por instituições internacionais ou internacionalizadas.

Repugna-se a expressão Direito Internacional Penal porque capaz de confundir o sentido e a natureza da sanção penal, violando garantias e direitos do indivíduo e servindo de fundamento à construção de um Estado de Polícia internacional.

(e). Por crimes internacionais entendem-se os crimes que contenham um elemento de internacionalização qualquer e que possam ou não implicar a atuação do Direito Penal Internacional Direto. Dentro desse gênero encontram-se duas espécies: os crimes transnacionais e os crimes universais. Serão universais os crimes que violem bens jurídicos universais, ou seja, aqueles que dizem respeito a toda a coletividade humana. Serão, por sua vez, transnacionais, os crimes que violem ou puserem em risco bens jurídicos individuais ou supraindividuais que não interessam a toda a coletividade, mas que, pelo elemento de internacionalização que comportam, despertam conflitos de aplicação da lei penal no espaço ou de cooperação internacional penal.

(f). Justifica-se a atuação do Direito Penal Internacional de coação direta quando, diante de violações de bens jurídicos universais, encontra-se violado também o “direito a ter direitos” de um ou mais cidadãos – sendo a expressão “cidadão” entendida com referência à cidadania universal do homem, aquela que lhe garante a universalização dos direitos humanos e, portanto, a sua garantia de coexistência. Faltante a proteção do Estado, nesses termos, a garantia da cidadania nacional que é a condição essencial para o exercício dos direitos fundamentais, existirá a escusa para a atuação o Direito Penal Internacional de coação direta.

B – ASPECTOS HISTÓRICOS DA DISCUSSÃO

1. A Relativização da Soberania: *from concreteness to normativity*

Os conflitos da década de noventa na ex-Iugoslávia e a resposta internacional que provocaram são um exemplo muito interessante da atual configuração do Direito Internacional no final do milênio e início do século XXI. De fato, a ex-Iugoslávia sempre foi uma região problemática e instável, condição potencializada desde o fim do governo de Tito¹⁹³. Campanhas e guerrilhas separatistas, sobretudo na região do Kosovo¹⁹⁴, bem como a brutal resposta do governo, caracterizada como uma limpeza étnica¹⁹⁵, são indicativos da gravidade do problema que se instalou na região no final do século passado.

A iminência de uma catástrofe humanitária de enormes proporções¹⁹⁶ (que foi reconhecida pelo Conselho de Segurança¹⁹⁷) e as imagens de presos morrendo de fome em campos de detenção junto às notícias de violência sexual em massa contra mulheres que correram o mundo a partir de 1992¹⁹⁸ impeliram a comunidade internacional a discutir a questão da necessidade de uma intervenção. Havia duas escolhas fundamentais a serem feitas. Uma, de cunho político, referia-se à decisão de apoiar ou o governo iugoslavo ou os separatistas. A segunda, de cunho ético, referia-se à difícil opção de ou iniciar um bombardeio, rompendo-se com um fundamento basilar do Direito Internacional determinado pela proscrição da guerra, ou respeitar o tradicional conceito e suportar os efeitos do certo genocídio que teria lugar.

Em determinado momento, a OTAN decidiu agir e iniciou, em 24 de março de 1999, a campanha aérea de bombardeio ao Kosovo. O ataque é extremamente discutido do ponto de vista da legalidade e representa um rompimento diante da experiência da invasão

¹⁹³ NATION, Craig R. **War in the Balkans 1991-2002**. Publicação eletrônica. Disponível em: <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pdffiles/PUB123.pdf>. Acesso em: 08/08/2012.

¹⁹⁴ WEDGWOOD, Ruth. NATO'S Campaign in Yugoslavia. In: **The American Journal of International Law** - Editorial Comments: NATO's Kosovo Intervention, vol. 93, 1999, p. 828-834.

¹⁹⁵ Sobre o tema, ver: LERNER, Natan. Ethnic Cleansing. In: DINSTEIN, Yoram; TABORY, Mala (eds.). **War Crimes in International Law**. Hague: Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 1996. Também: REISMAN, W. Michael. Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder. In: **Case Western Reserve Journal of International Law**, n. 40, (2007-2009), p. 57-85.

¹⁹⁶ NATION, Craig R. **War in the Balkans 1991-2002**. Publicação eletrônica, p. 231. Disponível em: <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pdffiles/PUB123.pdf>. Acesso em: 18/07/2012.

¹⁹⁷ Resoluções n. 1199 (23 de setembro de 1998) e 1203 (24 de outubro de 1998) do Conselho de Segurança, disponíveis em <<http://www.un.org/Docs/scres/1998/scres98.htm>>. Acesso em: 08/08/2012.

¹⁹⁸ ASKIN, Kelly Dawn. The ICTY: An Introduction to its Origins, Rules and Jurisprudence. In: MAY, R. et al. **Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald**, (p. 13-23). London: Kluwer Law International, 2001, p. 15-16.

ao Iraque em 1991¹⁹⁹. Afinal, o ataque, sem a autorização do Conselho de Segurança, foi evidentemente ilegal²⁰⁰, pois nenhuma das exceções para essa espécie de medida, diante do Direito Internacional, encontrava-se presente – “*Ergo*, o bombardeio foi ilegal”²⁰¹. Mas se tal ataque era “formalmente ilegal”, também se afirmou, à época, o conceito importante de “guerra humanitária²⁰²,” que justificava a medida: como opção excepcional que buscava evitar um desastre ainda maior, a intervenção seria justificável, pois, diante de uma catástrofe humanitária, a comunidade internacional não poderia ficar inerte. Essa condição acabou, inclusive, reconhecida pelo próprio Conselho de Segurança, posteriormente: o projeto de uma Resolução do Conselho de Segurança para condenar a ação da OTAN e qualificá-la como ilegal pela violação do artigo 2º (4) da Carta da ONU foi largamente rejeitado pelo Conselho²⁰³.

KOSKENNIEMI²⁰⁴ reconhece nesse episódio uma importante mudança do Direito Internacional, caracterizada por uma “crescente desformalização acompanhada por uma virada à ética”, segundo a qual se formou um posicionamento (embora disputado na

¹⁹⁹ Segundo HARRIS (HARRIS, D. J. **Cases and Materials on International Law**. Sixth edition. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 990), pretendendo recuperar o que seria o “grande Iraque” e sob o fundamento de que houvera um convite por parte de um grupo político kuaitiano de oposição que lutava pela recomposição da ordem no país, as tropas de Saddam invadem o Kuwait no dia dois de agosto de 1990. A desaprovação pela comunidade internacional foi imediata e expressada explicitamente pelas Nações Unidas: a Resolução n. 660 (1990) do Conselho de Segurança condenou a invasão iraquiana, requereu a retirada imediata das tropas invasoras e pleiteou pela discussão pacífica entre os dois países envolvidos, classificando a invasão como “quebra da paz”. Em seguida, o Conselho de Segurança ainda autorizaria o uso da força na região (Resolução n. 679). Em 16 de Janeiro de 1991 iniciou-se a bem-sucedida operação militar da Coalizão formada por vários países e liderada pelos Estados Unidos da América com vistas à recuperação do território kuaitiano. A rápida guerra, de médias proporções e marcada especialmente pelo uso de altíssima tecnologia pelas forças aliadas, acabaria com um cessar-fogo formal determinado pela Resolução n. 687 de três de Abril de 1991. Autorizada pelo Conselho de Segurança e levada a cabo dentro dos limites formais estabelecidos pelo sistema normativo internacional, há poucas dúvidas na doutrina de que o ataque militar da Coalizão contra a invasão iraquiana deva ser qualificado como uso legal da força. Nesse sentido, ver: BOBBIO, Norberto. **O Problema da Guerra e as Vias da Paz**. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 117 e seguintes; LAFER, Celso. O problema da guerra e os caminhos da paz na reflexão de Norberto Bobbio. In CARDIM, Carlos Henrique (org.), **Bobbio no Brasil – um retrato intelectual (89-96)**. Brasília: Editora UnB/Imprensa Oficial, 2001, p. 71.

²⁰⁰ O posicionamento dos países que compunham o Conselho de Segurança, à época, pode ser verificado nos registros das manifestações, em: UN. **Security Council 3988th Meeting**. Registros da reunião de 23 de Março de 1999. Disponível em: <<http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/scact1999.htm>>, documento UN Doc S/PV 3988>. Acesso em: 17/11/2012.

²⁰¹ KOSKENNIEMI, Martti. The Lady Doth Protest Too Much’, Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law. In: **The Modern Law Review**, vol. 65, n. 2, March 2002 (159-175), p. 163.

²⁰² CHARNEY, Jonathan I. Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo. In: **The American Journal of International Law** - Editorial Comments: NATO’s Kosovo Intervention, vol. 93, 1999 (834-841), p. 836.

²⁰³ HARRIS, D. J. **Cases and Materials on International Law**. Sixth edition. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 956.

²⁰⁴ KOSKENNIEMI, Martti. The Lady Doth Protest Too Much’, Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law. In: **The Modern Law Review**, vol. 65, n. 2, March 2002 (159-175), p. 163.

doutrina²⁰⁵) que entendia a operação como formalmente ilegal, mas moralmente necessária, colocando em xeque as noções de regra e de exceção no Direito Internacional. Essa *desformalização* de cunho *ético* contradiz a tradicional posição internacional que desenvolveu um Direito destinado a limitar a soberania através da construção de um complexo arcabouço normativo impeditivo da *raison d'État*. De fato, a abertura da norma para uma “virada à ética” (segundo menciona KOSKENNIEMI) como ocorrido no bombardeio ao Kosovo revela, eficientemente, o dilema do Direito Internacional dos dias de hoje: como usar o material normativo produzido no tabuleiro internacional diante da complexidade das questões políticas que o animam?

A resposta a essa pergunta é fulcral e tem especial importância na questão da justiça penal internacional e do Direito Penal Internacional. Nesse sentido, a presente porção do trabalho pretende indicar como se deu a evolução dessa complexa estrutura. Primeiro, será analisada a limitação da soberania que caracteriza o Direito Internacional contemporâneo. Depois, discute-se como esse processo influencia a conformação de uma surgente justiça penal internacional que se manifesta em duas propostas essenciais: a limitação da soberania dos Estados no plano penal a partir de regras internacionais de proteção dos direitos humanos e o processo de tribunalização que cria organismos internacionais com jurisdição penal compulsória.

1.1. A demanda pela relativização da soberania: do interestatal ao internacional

1.1.1. Sobre a noção de soberania

Originalmente, é a recuperação do conceito de soberania imperial romana por BODIN que vai permitir a constituição do fundamento original de desenho da soberania moderna e, assim, determinar o surgimento do próprio Direito Internacional. A fundamentação de poder que anima essa soberania bodiniana tem substrato natural e se

²⁰⁵ Nesse sentido, vejam-se, por exemplo, os seguintes textos: FERRAJOLI, Luigi. Guerra ‘ética’ e diritto. In: **Jura Gentium** – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale (2005). Publicação eletrônica. Disponível em: <www.juragentium.unifi.it/it/surveys/wlgo/ferrajol.htm>. Acesso em: 12/01/2012; MEGGLE, Georg. Nato morality and the Kosovo-War: an ethical commentary – ex post. In: **Jura Gentium** – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale (2005). Publicação eletrônica. Disponível em: <www.juragentium.unifi.it/it/surveys/wlgo/ferrajol.htm>. Acesso em: 12/01/2012; ZOLO, Danilo. Dalla guerra moderna alla guerra globale: l’uso della forza internazionale dalla guerra del Golfo alla guerra contro l’Iraq (1989-2002). In: **Jura Gentium** – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale (2005). Publicação eletrônica. Disponível em: <www.juragentium.unifi.it/it/surveys/wlgo/ferrajol.htm>. Acesso em: 12/01/2012.

confunde com o poder divino, mas a adaptação desse conceito à laicidade do Direito moderno reconfigura o poder soberano para a matriz racional e, em seguida, democrática que irá basear o modelo de poder apto à constituição da ordem internacional que tem os Estados como unidade estrutural fundante – o que a vincula à modernidade²⁰⁶.

De fato, a noção de soberania que interessa diretamente ao Direito Internacional é aquela que se adapta ao modelo de Estado moderno e que, originalmente, se fundava em um poder que não poderia ter instância maior: a soberania era um poder absoluto e perpétuo e, conseqüentemente, ilimitado, indivisível, inalienável e imprescritível. Ainda que esse raciocínio se adapte, posteriormente, aos cânones democratizantes iluministas, mesmo nessa construção mais democrática indica uma soberania, no plano internacional, irrepreensível e absoluta. Esse conceito, assim desenhado, veio afirmar o poder dos nascentes Estados e confirmar a força do soberano na sua luta tanto contra os inimigos internos (o feudalismo) quanto contra os inimigos externos (o Papado e o Império)²⁰⁷. Realiza-se, no Estado, “a máxima unidade e coesão política²⁰⁸”.

Assim, deter o “monopólio da força legítima²⁰⁹” é “condição necessária, mas não suficiente, para a existência de um grupo político que possa ser definido como ‘Estado²¹⁰’”. É nesse contexto que surge o Direito Internacional clássico, filosoficamente refinado pela produção teórica decorrente do Iluminismo.

Diante da superioridade absoluta da soberania, é inescapável o reconhecimento da igualdade internacional entre Estados, o que permite a constituição de acordos

²⁰⁶ Por certo, não se ignora a existência de doutrina que aponta a noção de soberania como reconhecível ainda no medievo. A partir da crise vivenciada nos dias de hoje pelo conceito de Soberania, Pietro COSTA, doutrinador italiano, procurou aprofundar a historicidade do seu conceito. Assim, apresenta a noção de soberania como algo de natureza histórica eminentemente moderna. Todavia, reconhece também que não se pode pensar uma teoria do Estado sem a noção de soberania, mas, dependendo do conceito que se tenha do termo “soberania”, o contrário é possível, ou seja, a soberania existiria mesmo na ausência do Estado moderno. Para tanto, COSTA apresenta que algumas definições metalinguísticas do termo devem ser estipuladas para compreender este “discurso de soberania” no medievo. Assim, deve-se desprender de qualquer correlação com a pirâmide de poder onde existe um único vértice para compreender a soberania como uma “posição de excelência” no modelo político que se estuda. Assim, a soberania escapa ao modelo moderno de “ordem de iguais”, pois as estruturas de poder podem estar subordinadas a outros níveis de superioridade. Nesse sentido, para COSTA, é “a partir de uma ordem involuntária, indisponível e composta de partes hierarquicamente dispostas, que se desenvolve o discurso medieval da soberania”. COSTA, Pietro. **Soberania, representação e democracia: Ensaio de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 103 e 104.

²⁰⁷ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 44.

²⁰⁸ MATTEUCCI, Nicola. Verbete Soberania. In: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 5.ª edição. 2 volumes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000 (p. 1179-1188), p. 1179-1180.

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 544.

²¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 137.

internacionais, tais como aqueles que constituíram a “Paz da Westphalia”, certamente o primeiro passo na direção do Direito Internacional porque representa o nascimento de uma complexa comunidade especialmente desenhada com fins de limitação da violência – ainda que este último fim estivesse, àquela época, fadado ao fracasso²¹¹.

Inaugura-se, nesse momento, o modelo de soberania baseado no absolutismo. A confusão do Estado com o soberano, fundamentada no plano filosófico pela nascente doutrina de autores como MAQUIAVEL e HOBBS, indica que nada pode limitar a vontade do Estado senão a sua própria vontade, o que acaba por construir um sistema de relações internacionais em que a guerra é o modelo essencial de solução de conflitos²¹². Esse conceito absolutista de soberania desenha um modelo interestatal de relações internacionais fundamentado, portanto, no assim chamado “princípio do equilíbrio” entre potências.

1.1.2. O surgimento de um poder internacional: o primeiro passo para a internacionalização

Em um modelo maquiavélico-hobbesiano em que a plenitude absoluta da soberania dita as regras, a única lei do sistema internacional é a da sobrevivência, na medida em que não existe, no plano internacional, um poder unificado²¹³. Assim, desenhado, um poder internacional não é reconhecível *per se*, mas apenas como extensão dos poderes dos Estados. Nas palavras de KOSKENNIEMI, segundo o modelo da Westphalia, “se existe um ‘comunidade internacional’, não é uma associação teleológica, mas prática (...) para a coordenação dos objetivos das comunidades existentes²¹⁴”. Nesse modelo, havia na Europa (e nas colônias europeias) um modelo de relacionamento

²¹¹ Nas palavras de CASSESE, “*the Peace of Westphalia testified to the rapid decline of the Church (...) and to the de facto disintegration of the Empire. By the same token it recorded the birth of an international system based on a plurality of independent States, recognizing no superior authority over them. The two treaties signed in 1648 also set up a scheme for collective security, which remained, however, a dead letter*”²¹¹. CASSESE, Antonio. **International Law**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 24-25.

²¹² DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 45.

²¹³ LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 147.

²¹⁴ Nesse sentido, complementa KOSKENNIEMI: “*to say that international law is for ‘peace’, ‘security’ and ‘justice’ is to say that it is for peace, security and justice as agreed and understood between the members of the system*”. KOSKENNIEMI, Martii. What is International Law For?. In EVANS, M. (eds.). **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003 (p. 89-116), p. 90-91.

internacional no qual a condição de rivalidade entre os países era o determinante da igualdade entre eles e o critério essencial para que nenhum deles se sobressaísse entre os demais²¹⁵.

O desenvolvimento do Direito Internacional nesse momento é notório, como se demonstra pela nascente multilateralidade e pela conclusão de tratados importantes, como aquele da Sagrada Aliança. Emboa o Direito Internacional que nascia naquele momento se caracterizaria especialmente por ter matizes eurocêntricos e cristãos, e por ser baseado na ideologia do *laissez faire*, sempre com vistas à proteção dos europeus, alguns esforços (mormente ineficientes) já se desenvolviam no sentido de limitar esse modelo eurocêntrico, como no caso das doutrinas *Calvo* e *Drago*²¹⁶. É nesse contexto que começam a se desenvolver conceitos importantes para o Direito Internacional em si (como a proteção diplomática dos cidadãos), para o Direito Humanitário e para a proteção dos direitos humanos, tais como a proscrição da escravidão e ao controle e proibição de uso de determinadas armas em conflitos armados.

Talvez o mais importante a se configurar no plano internacional é o reconhecimento de que há algo em comum a toda a coletividade. Nas palavras de DIHN, DAILLER e PELLET, “o que é novo e que, ao se amplificar, não desaparece da vida internacional, é a tomada de consciência, em quase todos os domínios, da existência dos interesses comuns, em suma, da *solidariedade internacional*”²¹⁷. Esse *sprit d'internationalité*²¹⁸ do fim do século XIX se desenvolve substancialmente, mas acaba cedendo diante dos eventos históricos da época, marcados pelo recrudescimento dos nacionalismos e do racismo, bem como pelo aferramento dos Estados ao clássico modelo de soberania. Ainda assim, todavia, desenhavam-se os esboços de uma ordem internacional que era profusamente discutida no meio acadêmico nas mais variadas perspectivas e já se produzia, durante o século XIX, um razoável número de tratados internacionais importantes, mais em algumas áreas do que em outras. De fato, essa produção normativa se fez especialmente no sentido do controle da guerra (ainda entendida como direito de cada Estado), da comunicação internacional, do

²¹⁵ CASSESE, Antonio. **International Law**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 24-28.

²¹⁶ Ambas as doutrinas servem à limitação do poder dos países mais fortes contra os países mais fracos, especialmente ex-colônias. CASSESE, Antonio. **International Law**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 24-30-31.

²¹⁷ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 53.

²¹⁸ A expressão de ASSER é lembrada por KOSKENNIEMI. KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 57.

direito humanitário e do direito comercial²¹⁹. No plano humanitário, vejam-se especialmente a proscricção da escravidão e o controle de armas²²⁰. No que toca especialmente à guerra, são importantes a Convenção da Cruz Vermelha, de 1864, e as Convenções de Haia, de 1899 e de 1907.

Sem desconsiderar o valor do desenvolvimento do *jus in bello* da época, as organizações internacionais são um dos mais importantes resultados desse processo e sua atuação acaba se tornando o meio de compensação da falta de uma autoridade internacional global²²¹. Nesse momento, portanto, inicia-se uma conformação grociana da ordem internacional, por meio do reconhecimento de interesses comuns com a construção de um mínimo de governança internacional. É essa condição que vai determinar a tônica das relações internacionais até, certamente, a Primeira Guerra Mundial²²², evento que será essencial, junto de outros como o surgimento da União Soviética e o fim da era da expansão colonial, para a conformação do poder internacional sugente.

A Primeira Guerra Mundial, ainda que de uma forma sinistra²²³, desempenhou um papel importante para a união internacional, pois demonstrou como existem temas e eventos que demandam a atenção de todas as nações em conjunto²²⁴. Passa-se a reconhecer que a horizontabilidade absoluta dos entes internacionais, todos com direito de ir à guerra, pode terminar em catástrofe. Isso indica a demanda por um aumento de governança e a necessidade de organismos internacionais de coordenação. Inicialmente, é a Sociedade das Nações que dará corpo a essa pretensão, órgão que, embora não tenha produzido os efeitos que dele se esperavam, consolidou um passo importante na constituição de uma ordem internacional.

Assim, começam a se delinear os primeiros traços de um efetivo poder internacional, para além de um mero potencial de sociabilidade, especialmente porque se inicia um processo de verticalização nas relações internacionais, do qual a existência de um

²¹⁹ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 64.

²²⁰ CASSESE, Antonio. **International Law**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 24-31.

²²¹ SCHERMERS, Henry G.; BLOKKER, Niels M. **International Institutional Law**. Fourth edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 02.

²²² DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 62-63.

²²³ CASSESE, Antonio. **International Law**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 34.

²²⁴ Um desses temas era evidentemente o controle do *jus ad bellum* que seria, aos poucos, progressivamente limitado – como se vê das disposições das Conferências de Haia, nas manifestações da Sociedade das Nações e, depois, no próprio Pacto de Kellogg-Briand, de 1928.

poder de supervisão de alguns organismos internacionais torna-se o maior exemplo²²⁵. Obviamente, embora exista um potencial democrático no sistema, esse poder internacional não é exercido de forma democrática, pois sempre foi, desde sua origem, dominado por grandes potências que se constituem o “governo de fato” da sociedade internacional, a que se denominam as “potências dominantes” e que rompem com a ideia da igualdade entre Estados. Nas palavras de DINH, DAILLER e PELLET, “este ‘poder’ atenuaria, pois, a carência institucional da sociedade dos Estados soberanos e a sua emergência poderia ser interpretada como uma fase de transição para a organização internacional e o ‘superestatismo de direito’; os mesmo autores, realisticamente, concluem em seguida que “longe de favorecer a organização internacional numa base universal, esta concentração do poder internacional entre algumas grandes potências, torna-a, com efeito, particularmente aleatória e precária²²⁶”.

Embora pouco democrático, é interessante que nesse processo esses Estados se tornam conscientes de suas responsabilidades e acabam exercendo ações coletivas no interesse geral²²⁷. Ademais, já no século XX inicia-se uma tendência à abertura do modelo para a participação das “potências interessadas” em processos de resolução coletiva de conflitos internacionais. Todavia, a tendência ao governo mundial por um pequeno grupo de países potentes se estabelecia e se manteria por décadas, e mesmo nos dias de hoje, segundo um processo no qual “as ‘grandes potências’ concedem a si próprias um papel decisivo na condução dos assuntos mundiais²²⁸”.

Talvez seja por esse motivo que se pode reconhecer que no início do século XX as relações internacionais se davam em um ambiente de opostos. Afinal, conviviam ao mesmo tempo as demonstrações de força e o recurso à guerra como forma de solução de conflitos (características de um modelo de soberania absoluta), a regulamentação mais ou menos respeitada do *jus in bello* e de certas regras comerciais e de comunicação (como a proteção de interesses comuns entre os Estados) e um grande potencial de sociabilidade demonstrado pela busca de um mínimo de governança comum (com o surgimento de organismos internacionais). Portanto, na divisão idealizada por WIGHT, essa situação

²²⁵ SCHERMERS, Henry G.; BLOKKER, Niels M. **International Institutional Law**. Fourth edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 1211.

²²⁶ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 58.

²²⁷ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 58.

²²⁸ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 60.

fazia coabitarem características maquiavélico-hobbesianas e grocianas, ponteadas, todavia, por temas globais identificadores de um “horizonte kantiano²²⁹”. Esse conteúdo axiológico que passa a animar as relações internacionais a partir de então é demonstrado aos poucos, mas é claro na busca pela paz determinada no Tratado de Versailles, na construção da Sociedade das Nações, na elaboração do pacto de Kellog-Briandt etc.

De qualquer forma, caminhando no sentido da substituição do modelo maquiavélico-hobbesiano por um modelo grociano, mas com aspirações kantianas, a construção da Sociedade das Nações é uma proposta sem precedentes e que representa uma vitória, ainda que efêmera, do modelo internacional. De fato, mesmo sem a proscricção da guerra, o Tratado de Versalhes pretendia a constituição de um organismo internacional apto a lidar com os conflitos através da mediação e da evitação de conflitos pela definição de princípios de garantia da integridade territorial e independência política. Nos debates para a constituição da Sociedade das Nações, até mesmo o tema dos direitos humanos ocupou uma posição de muita importância. É certo que o texto final do acordo constituinte da organização foi muito mais modesto na referência ao tema²³⁰, todavia o simples fato de que o tema tenha sido debatido avidamente indica a preocupação internacional com a temática, como, por exemplo, o recrudescente problema dos refugiados²³¹, que no período entre-Guerras tornou-se particularmente sensível²³². Fato é que a preocupação com a garantia e a manutenção da paz materializava-se cada vez mais. Pactos adicionais à Sociedade das Nações foram feitos para limitar a guerra²³³, sendo que o mais importante deles, porque capaz de lançar a guerra para a ilegalidade, foi o Pacto Kellog-Briand, de 1928.

A história indica, todavia, que esses esforços foram em vão. Os crescentes nacionalismos europeus, as pretensões de expansão territorial, as crises econômicas e o surgimento de movimentos totalitários fadavam a paz ao desaparecimento. O conflito veio formidável e implicou, como conta a história, um número assustador de mortos, feridos e refugiados. Diferenciou-se especialmente do primeiro conflito mundial do século XX por

²²⁹ LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 149.

²³⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 29.

²³¹ LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 153.

²³² LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, especialmente p. 139-145.

²³³ DINSTEIN, Yoram. **Guerra, Agressão e Legítima Defesa**. Terceira edição. Barueri: Manole, 2004, p. 115.

não se ter constituído em uma mera guerra de anexação de território, mas também em um conflito deflagrado

com base em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores, lembrando os episódios de conquista das Américas a partir dos descobrimentos. Demais, o ato final da tragédia – o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em 6 e 9 de agosto de 1945, respectivamente – soou como um prenúncio de apocalipse: o homem acabara de adquirir o poder de destruir toda a vida na face da Terra.²³⁴

Nesse sentido, a comunidade internacional, ainda assustada com o “magma de negatividade²³⁵” que assolou a Europa nos primeiros quarenta anos do século, especialmente com a experiência da Segunda Guerra Mundial, entendeu por bem construir de um novo modelo de Direito Internacional capaz de proscrever, de uma vez por todas, a guerra como meio de solução de controvérsias e de constituir uma limitação axiológica à liberdade soberana dos Estados.

1.1.3. O “eclipse da soberania”

O final da Segunda Guerra Mundial deixou evidentes os riscos da soberania absoluta clássica, dando forças ao processo da sua relativização que já se iniciara anteriormente. De fato, é a erosão do conceito de soberania que vai tornar possível o surgimento de um poder internacional diferenciado. Esse novo modelo era até inevitável na medida em que os Estados se haviam tornado de tal forma dependentes que, isolados, nem mesmo conseguiam cumprir suas funções clássicas, tal qual a preservação da segurança nacional²³⁶. O controle da guerra e a regulamentação das relações comerciais dentro do território europeu lançaram as bases para um processo de coesão internacional que é comandado pelas grandes potências da época e que visa, diretamente, além de uma melhor e mais fácil convivência comum, a manutenção do sistema liberal no plano internacional²³⁷. Assim, a soberania, outrora absoluta, passa a ser “o espaço de liberdade

²³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Terceira edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 210.

²³⁵ LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: MAGNOLI, Demétrio (org.). **História da Paz**. São Paulo: Contexto, 2008 (p. 297-329), p. 305.

²³⁶ SCHERMERS, Henry G.; BLOKKER, Niels M. **International Institutional Law**. Fourth edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 01.

²³⁷ Sobre a configuração liberal do Direito Internacional, ver KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, especialmente p. 71 a 157.

privada que o direito internacional deixou ao Estado²³⁸”, segundo a Corte Permanente Internacional de Justiça, no caso *S.S. Wimbledon*²³⁹, ao reconhecer que a vinculação a obrigações internacionais era, justamente, um atributo da soberania. De fato, o conceito de soberania absoluta entra em crise tanto no plano teórico quanto no plano prático.

No plano prático, a modernização dos meios de comunicação e de transporte iniciada na segunda metade do século XIX bem como a abertura internacional que então se iniciava, sobretudo na Europa, põem o conceito em xeque. Mas também a crise da ligação entre soberania europeia e civilização tende a erodir o conceito, já que o processo de colonização da África deixou claras as suas falhas: “a situação do Congo demonstrou que soberania e civilização não andavam automaticamente de mãos dadas, e isso porque a soberania não tinha um sentido determinado”²⁴⁰. Enfim, demonstrava-se a contrariedade popular europeia frente ao “império formal”²⁴¹.

No plano teórico, é o constitucionalismo que vai limitar o absolutismo do conceito, dando-lhe novos contornos e limitações com vistas à eliminação da arbitrariedade. Afinal, a falta de um sentido unívoco e definido para o conceito de soberania torna-o perigoso e acaba por demandar um identificador político e filosófico mais claro, daí a sua vinculação à noção de poder. Na definição de REALE, por exemplo, soberania passa a ser “poder que tem uma nação de organizar-se livremente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões para a realização do bem comum”²⁴².

Esse novo modelo facilita aos Estados a submissão a tratados internacionais porque permite, essencialmente, uma autolimitação. A manifestação de vontade de um Estado no plano internacional vincula-o a respeitar os acordos que assina e coloca-o como sujeito passível de sanções por conta da violação desses tratados. Essa teoria da autolimitação do poder o Estado se torna a saída honrosa para o conceito de soberania no início do processo de internacionalização das relações entre Estados, pois consegue ao mesmo tempo sustentar a nova ordem internacional nascente e manter quase intactos os efeitos da soberania no plano interno. Em certa medida, é essa a proposta vigente nos dias de hoje,

²³⁸ KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 173.

²³⁹ PCIJ. Caso *S.S. "Wimbledon"*. **United Kingdom, France, Italy & Japan v. Germany Judgment**. Julgamento de 17 de agosto de 1923, parágrafo 35. Disponível em: <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.htm>. Acesso em: 17/11/2012.

²⁴⁰ KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 169.

²⁴¹ KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 171.

²⁴² REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5.ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 140.

ainda que adaptada ao processo de internacionalização. Nas palavras de DINH, DAILLER e PELLET, “é necessário notar que a organização internacional tal como ela é concebida hoje em dia não nega a soberania nem mesmo a limita: é a na vontade dos Estados que ela encontra o seu fundamento e visa somente permitir uma coexistência das soberanias tão harmoniosa quanto possível”²⁴³.

Esse novo modelo exige dos Estados que racionalizem suas autonomias e que repensem suas decisões diante dos efeitos que produzirão – especialmente porque são monitoradas pela coletividade de Estados. Esta, por sua vez, pode aprovar ou não o movimento de um Estado e do resultado disso podem advir vantagens ou desvantagens. Segundo BOBBIO, por exemplo, “os novos meios de comunicação de massa possibilitam a formação de uma opinião pública mundial que exerce, às vezes com sucesso, uma pressão especial para que um Estado aceite, mesmo não querendo, negociar a paz”²⁴⁴. Nesses termos, o processo de internacionalização que se dá diante das novas características do mundo contemporâneo implica não uma submissão do Estado mas um reconhecimento de igualdade diante de outros Estados²⁴⁵ e, conseqüentemente, um repensar da soberania no plano prático – um processo que se poderia chamar de soberania pragmática.

Enfim, por força própria dos Estados e, evidentemente, por consequência das vicissitudes vividas pelas desgraças determinadas pelas guerras mundiais, abria-se o campo para um novo momento do Direito Internacional em que a soberania jamais seria vista da mesma forma e as relações internacionais seriam conduzidas a partir de um *tertius* que falaria uma linguagem comum a todos os atores globais – cujo número, também, aos poucos, aumentava. Caminha-se, assim, a partir de uma interestatização, no sentido de uma efetiva internacionalização.

1.2. O processo de universalização dos direitos humanos: a norma e a limitação da política

Se o controle da guerra pode ser reconhecido como uma das primeiras tentativas de construção de um arcabouço normativo internacionalizante capaz – ou com pretensão de sê-lo – de criar obrigações aos Estados, a internacionalização da necessidade de proteção

²⁴³ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 58.

²⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 5.ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 1187.

²⁴⁵ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. Nona edição, revisada. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 216.

dos direitos humanos vai se consubstanciar no idioma universal que estabelece os debates nos dias de hoje. De fato, parece que se forma, aos poucos e tendo como ápice do processo a virada do século XX, um consenso sobre a existência, a necessidade e a defesa dos direitos humanos que vai ter consequências importantes no sentido de moldar o próprio Direito Internacional em que se vive no século XXI. Para tanto, a constituição da Organização das Nações Unidas foi um passo essencial.

1.2.1. A internacionalização e seus efeitos para os direitos humanos

Embora seja notória a dificuldade de definição ou de compreensão da natureza dos direitos humanos, a sua vinculação ao Direito e ao Estado é inevitável na história do Estado moderno. De fato, originalmente, a noção de direitos humanos vincula-se ao processo de constitucionalização dos Estados e aos limites inerentes a um Estado democrático e social de Direito. Todavia, o reconhecimento de que essa vinculação apenas no plano nacional não é suficiente indica a importância que o tema adquire no plano internacional.

Segundo a classificação de BOBBIO, podem-se apontar três momentos importantes na evolução dos direitos humanos. O primeiro delas é caracterizado por um desenho filosófico dos direitos humanos, a partir do jusnaturalismo moderno, segundo o qual a igualdade dos homens é um ideal a ser perseguido na forma de um “dever ser” e não em um “ser”²⁴⁶. O segundo momento é caracterizado pelo acolhimento dessas ideias pelos legisladores nas constituições do século XVIII. Nesse processo, a limitação do Estado, que não é mais absoluto, abre as portas para um sistema de direitos positivos e efetivos, mas ainda não universal, pois tal sistema é adotado regionalmente e, portanto, se limita territorialmente. Nesse sentido, ganha-se em concretude, mas perde-se em universalidade.

O terceiro momento é sem dúvida o mais importante deles para o desenho do Direito Internacional e constitui-se no processo de universalização dos direitos humanos, que teve início no pós-Segunda Guerra Mundial e que se tornou efetivo a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Nesse contexto, a “afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva²⁴⁷”: universal porque os destinatários não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado – são os “cidadãos do mundo”;

²⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nona Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 49.

²⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nona Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 49.

positiva porque representa uma fase em que os direitos não são mais apenas proclamados e idealizados, mas também efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado.

Embora se possam reconhecer eventos pretéritos importantes para a proteção dos indivíduos, especialmente no *ius in bello* (e.g., a Declaração de São Peterburgo, de 1868, impeditiva de uso de balas explosivas; as Convenções de Genebra e de Haia, dentre outras), não se pode ignorar que tais eventos não tinham o mesmo sentido que passaram a ter a partir do processo de universalização. Segundo LAFER, “embora resultassem em proteção aos seres humanos, tais princípios era aplicados seletivamente e à luz de outras considerações”²⁴⁸.

No pós-guerra, constituem-se duas grandes limitações à soberania dos Estados, que se vão tornar o centro do Direito Internacional a partir de então: a garantia da paz por meio da proscrição da guerra e da proteção dos direitos humanos. No que toca ao controle da guerra, a Carta das Nações Unidas trouxe um novo e contundente modelo, pois limitou claramente aquilo que até então era um direito soberano dos Estados e constituiu o recurso à força como violação grave do Direito Internacional. Seguindo a proposta central das Nações Unidas, caracterizada pela manutenção da paz e da segurança internacionais²⁴⁹, a fórmula do artigo 2º, parágrafo 4º, da Carta das Nações Unidas deixa claro que todos os seus membros devem se abster do uso da força nas relações internacionais (salvo raras exceções), limitando-se substancialmente o *jus ad bellum*. Verifica-se, assim, uma importante evolução no sentido da proscrição da guerra, que tinha chegado ao seu ponto máximo²⁵⁰, ainda que no aspecto prático não se possa dizer o mesmo, dado que de 1945 até os dias de hoje o recurso ao uso da força foi uma constante. Daí as muitas críticas lançadas contra o modelo da Carta da ONU, especialmente por contribuir para a manutenção de um *status quo* e para a garantia do poder de um punhado de Estados²⁵¹.

Em um segundo plano, também a garantia dos direitos humanos tornou-se um tema central para as Nações Unidas. Se esse não era o seu foco principal em 1945, é certo que a discussão foi assumindo um papel central com os passar das décadas em um processo que constitui, nos anos noventa, os direitos humanos como tema onipresente nas discussões internacionais, especialmente depois da Guerra Fria.

²⁴⁸ LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 151.

²⁴⁹ CASSESE, Antonio. **International Law**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 320.

²⁵⁰ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 821.

²⁵¹ Nesse sentido, por todos, veja-se: ZOLO, Danilo. **La Giustizia dei Vincitori. Da Norimberga a Baghdad**. Roma: Laterza, 2006.

Pode-se dizer, todavia, que especialmente os efeitos depressivos da Segunda Guerra foram os motores da proteção internacional dos direitos humanos. A perseguição nazista às minorias, os campos de concentração, o deslocamento de civis, os bombardeios a áreas residenciais, as *comfort stations*, o uso de armas nucleares, enfim, um sem-número de atrocidades demonstra a direta inter-relação entre a guerra e a destruição da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a guerra passa a ser proscrita não mais apenas porque viola regras de Direito Internacional mas também porque é nociva aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. É por isso que, nas palavras de TOMUSCHAT, o pós-Segunda Guerra Mundial foi, para os direitos humanos, um “grande salto adiante”²⁵² especialmente porque a proteção dos direitos humanos se internacionaliza ao ultrapassar a “jurisdição doméstica” ou o “domínio reservado dos Estados”²⁵³.

Nesse sentido, tem razão RAMOS²⁵⁴, ao entender que é nesse momento que nasce o Direito Internacional dos Direitos Humanos e que se dá o primeiro passo para a universalização desses direitos. Efetivamente, é com a Carta da ONU e, depois, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se constrói uma cultura internacional de defesa dos direitos humanos e, também, de uma importante *opinio juris* internacional que é capaz de congrega as diferentes aspirações políticas que compunham o universo das relações internacionais. Embora o foco da Carta de São Francisco seja o da garantia da paz, ela não ignora a necessária ligação desse tema com a proteção dos direitos humanos. Nas palavras de LAFER, a Carta da ONU

vai além da paz e da segurança coletiva, tratadas apenas no relacionamento interestatal. Aponta para uma comunidade internacional não só de Estados igualmente soberanos, mas de indivíduos livres e iguais. Nesta linha, a Carta da ONU internacionaliza os direitos humanos e insere, de maneira abrangente, a sua temática na construção da ordem mundial.²⁵⁵

²⁵² O autor complementa a ideia, explicando-a: “*Never again could it be maintained that human beings were placed, by law, under the exclusive jurisdiction of their home state. It had been learned during the horrendous years from 1933 to 1945 that a state apparatus can turn into a killing machine, disregarding its basic function to uphold and defend de human dignity of every member of the community under its power*”. TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights: Between Idealism and Realism**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 22.

²⁵³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 30.

²⁵⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 50.

²⁵⁵ LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, Demétrio (org.). **História da Paz**. São Paulo: Contexto, 2008 (p. 297-329), p. 298. Em outra obra, ainda, LAFER complementa a importância da Carta da ONU, classificando-a como “uma vitória militar. É um ‘direito novo’, fruto do resultado da Segunda Guerra Mundial. Representa uma nova tentativa, depois do insucesso do Pacto da Sociedade das Nações, de ‘constitucionalizar’ as relações internacionais, ou seja, de conferir estabilidade ao sistema internacional, delimitando juridicamente o exercício do poder. Em outras palavras, a

Nesse contexto, as Nações Unidas diferem substancialmente da prévia experiência da Sociedade das Nações especialmente porque essa construção internacional, embora importante, limitava-se ao controle da guerra e à busca pela paz. Ao contrário, as Nações Unidas destinam-se a ser, ainda, a “organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer, portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana”²⁵⁶. Nesse sentido a Carta de São Francisco reconhece os direitos humanos (mencionando-os, expressamente, inclusive, em alguns momentos) e os erige à importante condição de valores a seres seguidos²⁵⁷, existindo a obrigação, aos Estados-parte, de promoção e observância desses direitos (artigos 55 e 56 da Carta). Em outras palavras, ao indicar que tais direitos são, inclusive, e expressamente, dignos de fé, a Carta da ONU é capaz de determinar um *parâmetro axiológico* importante para a construção das relações internacionais e do próprio Direito Internacional. Segundo LAFER, como consequência, a Carta proclama que “algum tipo de controle internacional faz-se necessário para conter o mal ativo e passivo prevalecentes no mundo”, o que se dá pela “incorporação da idéia kantiana do direito à hospitalidade universal, sem o qual nenhum ser humano pode, diante da soberania estatal, sentir-se à vontade e em casa no mundo”²⁵⁸.

A nova proposta internacional para os direitos humanos não para no desenho da Carta, pois o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas ficou responsável pelo avanço desses direitos e, para isso, constituiu a Comissão de Direitos Humanos sob os auspícios do artigo 68 da Carta. Esse órgão era formado por representantes de 53 Estados-

Carta de São Francisco tem como objetivo civilizar o anárquico ‘estado de natureza’ da guerra de todos contra todos, que o ‘realismo’ da visão maquiavélico-hobbesiana identifica como sendo a característica definidora da vida internacional. É por conta desta anarquia que, no sistema internacional, a guerra é o termo forte, pois a paz é usualmente definida como a ausência de guerra”. LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 141

²⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Terceira edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 210.

²⁵⁷ Diz o preâmbulo da Carta das Nações Unidas: “*Nós, os povos das Nações Unidas, decididos: (...) a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas*”. E no seu artigo primeiro está expresso que: “*os objetivos das Nações Unidas são: (...) Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;(...)*”. UN. **United Nations Charter**. Versão de 26 de junho de 1945 atualizada. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/charter>>. Acesso em: 17/11/2012 (tradução livre).

²⁵⁸ LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 154.

membros da ONU, o que o tornou um “animal altamente político”²⁵⁹, com os reflexos que se pode esperar dessa condição. De qualquer forma, por meio da atuação dessa comissão e da especificação normativa que seguiu à sua criação, as Nações Unidas construíram um modelo universal de proteção de direitos humanos composto de comissões temáticas que, no futuro, iriam inclusive receber comunicações e processar casos de violações de direitos humanos²⁶⁰. Mesmo que essas comissões e esse sistema como um todo não tenham sido propriamente funcionais e ativos (diante de um número gigantesco de violações de direitos humanos, esses organismos atuaram muito pouco e produziram ainda menos, mesmo porque sua constituição por representantes dos Estados, e não por *experts*, impedia uma atuação mais efetiva²⁶¹), representaram uma vitória se comparados com a inexistência de algo similar nas décadas anteriores. Abriam-se as portas para o efetivo processo de internacionalização, com a universalização dos direitos humanos e, mais do que isso, com a criação de instrumentos jurisdicionais capazes de compelir os Estados à proteção dos direitos humanos por meio da coação.

1.2.2. A universalização dos direitos humanos: novos limites para a soberania

i. O surgimento de um consenso internacional

Como desdobramento da Carta das Nações Unidas²⁶², a Declaração Universal dos Direitos Humanos amplia os horizontes dos direitos humanos. De fato, a Declaração pretende “explicitar”²⁶³ quais são os direitos a serem garantidos por uma ordem internacional. A experiência dos refugiados e dos apátridas – consequência de diversos

²⁵⁹ HARRIS, D. J. **Cases and Materials on International Law**. Sixth edition. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 658.

²⁶⁰ Se no início não era possível às comissões (especialmente a Comissão de Direitos Humanos) se manifestarem sobre a conduta dos Estados, depois da Resolução 1235 do Conselho Econômico e Social a Comissão de Direitos Humanos (e suas sub-comissões) passou a poder examinar informações sobre “*gross violations of human rights and fundamental freedoms, as exemplified by the policy of apartheid as practised in the Republic of South Africa and in the Territory of South West Africa under the direct responsibility of the United Nations and now illegally occupied by the Government of the Republic of South Africa, and to racial discrimination as practised notably in Southern Rhodesia*” e se manifestar sobre tais casos, recomendando medidas a serem tomadas pelas Nações Unidas. Ver UN. **Economic and Social Council Resolution 1235 (XLII)** - U.N. Doc. E/4393 (1967). In: 42, U.N. ESCOR Supp. (No. 1), p. 17. Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/procedures/1235.html>. Acesso em: 03.01.2012.

²⁶¹ DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. Third edition. Boulder: Westview press, 2007, p. 80-81.

²⁶² LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, Demétrio (org.). **História da Paz**. São Paulo: Contexto, 2008 (p. 297-329), p. 298.

²⁶³ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 51.

fatores e evidenciada após a Primeira Guerra Mundial²⁶⁴ – demonstrava como a proteção estatal dos direitos humanos e a condição de cidadania não eram suficientes para a garantia do indivíduo. Por isso a pretensão de que país algum fosse capaz de excluir qualquer ser humano da proteção dos seus direitos, donde um mínimo de direitos precisava ser universalmente reconhecido. Daí que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, juntamente com os pactos internacionais de direitos humanos (1966), constituiu um complexo sistema internacional de direitos humanos que serve a condicionar as opções dos Estados. Por exemplo, Estado algum está autorizado a aplicar a regra *rebus sic stantibus*, negando-se a reconhecer ou respeitar direitos humanos em favor de um Estado que não os tenha aplicado ou que os tenha diretamente violado²⁶⁵.

A grande característica desse documento foi a criação de um “direito novo”, de um *ius cosmopolitanum* capaz de afastar a *raison d’État* em favor da tutela universal da pessoa humana²⁶⁶. A proteção do indivíduo, agora, não dependeria mais do texto das constituições nacionais, mas, sim, de preceitos universalizantes determinados internacionalmente. Reinaram no documento a igualdade e a liberdade como elementos essenciais, tudo sob a coroação da democracia como modelo ideal de compatibilidade para a proteção dos direitos humanos em qualquer Estado²⁶⁷.

Essa condição foi favorecida pelo processo de discussão do texto, que se deu a partir dos trabalhos de uma comissão com ampla representatividade geográfica e de variados fundamentos teóricos e filosóficos. É certo que essa universalidade no processo de criação é criticada, com certa razão, por parte da doutrina internacional que aponta que a amplitude das discussões não foi assim tão grande e que o texto reflete um modelo eminentemente ocidentalizado e evidentemente liberal²⁶⁸. Também é certo que as discussões foram facilitadas pelo desenvolvimento de uma noção particular de direitos humanos no bloco soviético²⁶⁹. Mas o debate foi certamente realizado em um plano de universalidade nunca antes alcançado, e apenas essa condição já representa um avanço extraordinário que, aliás, vai se ampliar em documentos posteriores.

²⁶⁴ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, especialmente p. 139-145.

²⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El Marco Constitucional Iushumanista del Saber Penal. In: **Em Torno de la Cuestión Penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2005, (p. 121-130), p. 124.

²⁶⁶ LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, Demétrio (org.). **História da Paz**. São Paulo: Contexto, 2008 (p. 297-329), p. 306.

²⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Terceira edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 225-231.

²⁶⁸ DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**. Portland: Hart Publishing, 2000, p. 123.

²⁶⁹ LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 155.

Certo é que, nesse contexto, os direitos humanos tornaram-se um denominador comum entre as nações. Ainda que em um processo lento²⁷⁰, os direitos humanos constituíram-se com um status de *consensus omnium gentium*²⁷¹. Foi essa *lingua franca*²⁷² internacional que permitiu a realização de eventos importantes tais como a Convenção de Viena de 1993, sobre o tema dos direitos humanos, que declarou “a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e o inter-relacionamento de todos os direitos humanos”²⁷³ dentre tantos outros tratados com a mesma temática²⁷⁴ que foram produzidos nos últimos cinquenta anos do milênio, conectando os países que compõem a comunidade internacional na busca desse fim pelo direcionamento de suas legislações no sentido da proteção e garantia da humanidade.

O período da Guerra Fria foi paradoxal no que toca à proteção internacional dos direitos humanos. Se por um lado o eterno estado de pré-guerra e as dezenas de conflitos que ocorriam pelo globo sob os auspícios das duas grandes potências da época ensejavam a corriqueira violação dos direitos humanos, por outro, a produção normativa de textos capazes de indicar, especificar, regionalizar e garantir os direitos humanos foi profusa. Além disso, organismos internacionais surgiram em grande número e passaram a desenvolver um papel importante no reconhecimento e no controle das violações dos direitos humanos, como acontece com os tribunais internacionais de direitos humanos.

No seio das Nações Unidas, e especialmente por meio da Comissão de Direitos Humanos do Conselho Econômico e Social, a partir da década de cinquenta estabelecem-se dois planos de atuação na proteção dos direitos humanos: tanto os sistemas de verificação baseados na Carta da ONU quanto os procedimentos de constituição de tratados.

Embora os sistemas de verificação tenham-se engrandecido em atuação com o passar dos anos, parece claro que sua atuação permaneceu pálida. Apesar de alguns assuntos terem sido debatidos e documentados – o que, por si só, é importante –, tanto na análise de comunicações de violações de direitos humanos quanto nas comissões temáticas da Comissão de Direitos Humanos, a influência política desempenhou seu papel e os

²⁷⁰ ABRAMS, Jason; RATNER, Steven. **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 332.

²⁷¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nona edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 46.

²⁷² IGNATIEFF, Michael. **Whose Universal Values – The Crisis in Human Rights**. Amsterdam: Praemium Erasmianum Foundation, 1999, p. 12.

²⁷³ LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005, p. 26.

²⁷⁴ Nesse sentido, ver LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

resultados foram pífios na medida em que os casos a serem tratados foram selecionados cuidadosamente a partir de critérios de poder²⁷⁵.

No que toca à construção de tratados, entretanto, o resultado foi mais produtivo. A ONU foi capaz de coordenar a elaboração de diversos tratados multilaterais de direitos humanos ao servir de foro de debate para eles. Um dos primeiros tratados dessa espécie foi a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, ainda inspirado pelas dores da Segunda Guerra Mundial. Mas além dele, podem-se mencionar, com especial e reconhecida importância, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ambos dando obrigatoriedade e certa justiciabilidade internacional àqueles direitos que já haviam sido mencionados na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O mesmo processo é pontado, também, pelos fenômenos da especificação e da regionalização dos direitos humanos. O primeiro deles já é reconhecível pelo próprio processo de produção normativa encabeçado pelas Nações Unidas, ao se reconhecerem minorias que demandam especial proteção. Ora, tanto quanto as Nações Unidas, outros organismos internacionais estão atentos a essa realidade e têm-se esmerado em manter atualizada a Declaração Universal dos Direitos Humanos com a expedição de vários documentos complementares que visam à proteção particularizada de certos grupos, singularizando os direitos humanos e reconhecendo-se as especificidades, por exemplo, da proteção das crianças, das mulheres, dos refugiados etc.²⁷⁶

O segundo processo também é importante e demonstra como a especificação regional dos direitos humanos pode representar um esforço de sucesso na garantia desses direitos: a criação dos sistemas europeu, interamericano e africano de proteção dos direitos humanos constitui-se na forma mais efetiva de proteção internacional dos direitos humanos que se pode ter notícia. Ora, se o sistema universal das Nações Unidas deixou muito a desejar no processamento e responsabilização estatal das violações de direitos, os sistemas regionais – especialmente o europeu – têm sido um símbolo evidente de sucesso nessa seara. Na Europa, a constituição de tratados internacionais e de órgãos jurisdicionais regionais bem como uma jurisprudência intercambiável importante são evidências da confirmação dos direitos humanos internacionalizados e independentes da atuação dos Estados. Embora os direitos expressos nas cartas regionalizadas não variem muito

²⁷⁵ HARRIS, D. J. **Cases and Materials on International Law**. Sixth edition. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 660.

²⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nona Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 52 e seguintes.

(reconhecem-se algumas especificidades, mas em geral não se trata de nada propriamente novo), os processos adotados de garantia desses direitos são algo importante, sobretudo, por exemplo, os poderes decisórios das Cortes regionais²⁷⁷.

Em comparação com o sistema europeu, o sucesso do sistema interamericano é relativamente menor. Isso se explica pela falta de cooperação dos governos com a Comissão Interamericana e pela dificuldade de relação da Comissão com a Organização dos Estados Americanos, como fica evidenciado na experiência de alguns países, como o Chile²⁷⁸. Todavia, não se pode ignorar que, embora o sistema não tenha o mesmo efeito do sistema europeu, já se verificam vitórias que aumentam progressivamente na medida em que a cooperação dos Estados com a Comissão e, mais do que isso, com a Corte tem aparentemente aumentado. No que toca ao sistema africano, ele ainda luta por se estabelecer adequadamente. Embora a Carta de Banjul traga novidades – especialmente o reconhecimento dos direitos dos povos – a falta de compromisso em fazer o sistema funcionar parece ser a regra no continente. Assim, ainda há muito que desenvolver para que o sistema seja minimamente eficiente.

Finalmente, convém mencionar o valor da Convenção da ONU de Viena sobre Direitos Humanos que, realizada em 1993, desempenhou um papel ainda mais importante nessa evolução por vários motivos, dos quais dois merecem especial atenção.

Em primeiro lugar, a Convenção de Viena foi responsável pela criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, órgão que veio substituir a caelejada Comissão de Direitos Humanos que sofria consideravelmente por questões políticas. O Alto Comissariado pretende uma proposta interessante de atuação: por meio da coleta de informações e da coordenação dos Estados, o Alto Comissariado foi constituído para atuar, com mandato para tanto, diretamente com os governos, e pretendendo apoiá-los na sua proteção aos direitos humanos – e sem os problemas políticos que engessavam a atuação da Comissão. Sua autoridade, no que toca aos direitos humanos, é reconhecida amplamente e é uma fonte confiável de informação sobre a temática²⁷⁹. Mas a Convenção de Viena também é importante por outra razão: ainda preservando a soberania dos Estados e a não-interferência, o texto reconhece e reafirma o caráter universal dos direitos humanos

²⁷⁷ DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. Third edition. Boulder: Westview press, 2007, p. 95.

²⁷⁸ DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. Third edition. Boulder: Westview press, 2007, p. 97-98.

²⁷⁹ DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. Third edition. Boulder: Westview press, 2007, p. 80-84.

e explicita-lhes claramente a prioridade e o seu reconhecimento como indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados²⁸⁰.

Os eventos históricos do último quartel do século XX são de extrema importância para esse processo de universalização. É nesse momento, especialmente, que se verifica uma mudança de foco e um ruir contundente da soberania, ao menos no campo teórico, no sentido da migração da questão dos direitos humanos para o plano internacional²⁸¹. Para RAMOS, fica evidente que nesse processo histórico a alegação de “competência exclusiva dos Estados’ ou mesmo de ‘violação da sagrada soberania estatal” já não mais tem lugar quando se tratam de direitos humanos, dadas as décadas de concordância dos Estados com um sistema normativo internacional de proteção do indivíduo²⁸². É esse processo, aliás, que TRINDADE chamou de “humanização do Direito Internacional”²⁸³: o Direito das Gentes muda de foco, reconhecendo não mais o Estado como o seu único e preferencial destinatário direto, mas erigindo o indivíduo ao ponto de referência de toda a construção jurídica internacional.

Segundo LAFER, com recurso a BOBBIO, a construção dos direitos humanos no plano internacional atende a uma demanda ética essencial à convivência dos Estados. Se os elementos políticos que permitem a convivência entre Estados se determinam pelo princípio da reciprocidade, a fundamentação ética das relações internacionais se dá com base na alteridade, fundamental à democracia. Assim,

assentam-se, em termos kantianos, na ‘razão prática’ do que é eticamente devido a todo ser humano na sua individualidade. A construção da tolerância, nestes moldes, passa pela afirmação da indivisibilidade dos direitos humanos e, neste sentido, poder-se dizer que a agenda dos direitos humanos é um dos ingredientes da governabilidade do sistema internacional dos nossos dias. É por esse motivo que os direitos humanos são, hoje, efetivamente um *tema global*²⁸⁴

²⁸⁰ HARRIS, D. J. **Cases and Materials on International Law**. Sixth edition. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 657.

²⁸¹ Segundo Harris, “...as a result to a large extent of the Commission’s work, the idea that the treatment of a state’s own nationals is a matter within its domestic jurisdiction has been abandoned. The practice of the Commission shows clearly the acceptance by states, as they respond without question to allegations against them, that the protection of human rights is now within the domain of international law”. HARRIS, D. J. **Cases and Materials on International Law**. Sixth edition. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 660.

²⁸² RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 78.

²⁸³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006 (p. 109-118).

²⁸⁴ LAFER, Celso. Prefácio. In: ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos como tema global**. Segunda edição. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. XLIV.

O mesmo autor, em seu parecer no caso Ellwanger²⁸⁵, indica que a atual configuração internacional representa uma nova “política do Direito” que foi “axiologicamente sensível ao horror *erga omnes* do mal da descartabilidade do ser humano, produto do ineditismo da violência do racismo nazista”²⁸⁶. Efetivamente, depois de eras de separação entre o Direito e a moral, determinada pelo modelo westphaliano, com o fim da Guerra Fria “o elemento moral reaparece com evidência na teoria dos direitos humanos: são eles o bem moral que deve ter tutela jurídica, com ajuda da (boa) política contra a (má) política”²⁸⁷.

Nessa toada, afirmaram-se, portanto, os direitos humanos como sustentáculo da ordem internacional por fatores de ordem “objetiva” e “subjativa”. No que toca ao aspecto objetivo, a construção normativa indicada anteriormente, composta de tratados, organismos internacionais, instâncias de recurso, tribunais, cortes, comissões etc., compõe uma estrutura palpável que representou, especialmente no plano teórico, a vitória de um corpo de direitos determinantes como limitadores aos Estados. As constituições da esmagadora maior parte dos países do globo contam com mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, e boa parte da população do globo dispõe, hoje, de instâncias internacionais de controle de violações de direitos humanos.

No plano subjetivo, consubstanciou-se uma *opinio juris* comum acerca dos direitos humanos. Não há mais Estado nos dias atuais que se afirme contrário aos direitos humanos. Mesmo aqueles violadores da dignidade da pessoa humana buscam justificativas para suas opções que contornem ou justifiquem as violações de direitos humanos. O conceito de guerra humanitária, por exemplo, deixa evidente tal condição: embora a guerra, em si, seja uma violação de direitos humanos, ela seria necessária à proteção desses mesmos direitos. O raciocínio pode até não convencer, mas a própria busca da justificativa demonstra que essa é mesmo a língua franca universal dos dias de hoje.

²⁸⁵ LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. São Paulo: Manole, 2005, p. 33-88. Tratando profundamente do tema, ainda: LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

²⁸⁶ LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. São Paulo: Manole, 2005, p. 62.

²⁸⁷ GALLI, Carlo. Il Tribunale Penale Internazionale: Osservazioni su Diritto, Politica e Morale. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008 (p. 185-190), p. 186 (tradução livre).

Para RAMOS²⁸⁸, vários fatores explicam essa admissão dos direitos humanos pelos Estados: a repugnância de uma herança maldita que precisa ser evitada a qualquer custo (o repúdio necessário dos regimes autoritários das décadas de trinta e quarenta na Europa); a necessidade de se conseguir legitimidade política no plano internacional; a necessidade de um diálogo internacional entre os povos a partir de um conteúdo ético comum, para o que a vinculação a um modelo de direitos humanos serve muito bem; a motivação econômica, na medida em que a vinculação a tratados internacionais de direitos humanos pode servir como moeda de troca na comunidade internacional; a atuação da sociedade civil organizada, como forma de pressão para a vinculação dos Estados aos tratados de direitos humanos; finalmente, a “mobilização da vergonha”, pela qual a comunidade internacional como um todo se manifesta contrariamente à violação pontual dos direitos humanos em alguma comunidade, criando situações políticas desagradáveis que os governos querem evitar a qualquer custo. Ao final, por tudo, os direitos humanos teriam assumido proeminência normativa sobre as regras jurídicas internacionais, compondo o “núcleo essencial de normas que compõe o ordenamento jurídico internacional contemporâneo”²⁸⁹.

Todavia, embora exista consenso, é importante que se reconheça que a noção de direitos humanos é resultado de uma *tensa* concordância. Afinal, há um razoável número de países recalcitrantes ao reconhecimento amplo e irrestrito da necessidade de proteção dos direitos humanos como obrigação internacional, mesmo diante das posições de tribunais internacionais, como a Corte Internacional de Justiça²⁹⁰, indicando que a proteção internacional dos direitos humanos é obrigação internacional oponível a todos os países do globo. Mas é também nesse sentido que BOBBIO reconhece a vitória dos direitos humanos: uma vitória por consenso, e não por fundamento, mesmo porque, para o professor italiano, não é sequer possível a conquista do fundamento dos direitos humanos. Ademais, uma “língua franca”, como reconhece HUNTINGTON, não homogeneiza as

²⁸⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 59-68.

²⁸⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos na Integração Econômica**. São Paulo: Renovar, 2008, p. 30.

²⁹⁰ Nesse sentido, os pareceres da Corte Internacional de Justiça nos casos *Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, especialmente p. 23 e seguintes* (ICJ. Caso *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Advisory Opinion of May 28th, 1951*. Decisão de 28 de maio de 1951. I.C.J. Reports 19-51, p. 15) e *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parágrafo 79 e seguintes (Caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion of 8 July 1996*. Decisão de 8 de julho de 1996. I. C. J. Reports 1996, p. 226). Ver também RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 56-57.

culturas diversas, pois indica, justamente, a necessidade de uma ponte entre elas, não de um substitutivo²⁹¹.

Em suma, desde a Carta da ONU e especialmente na Declaração Universal dos Direitos do Homem relativiza-se a soberania e promove-se o respeito universal aos direitos humanos com a criação de uma *vis directiva*²⁹² internacional. Obviamente, a distribuição desigual de poder entre os países implica dificuldades nesse processo, fazendo com que a aplicação das normas de direitos humanos não seja fácil nem linear, pois fica submetida a “razões de Estado” que, por vezes, subjugam-na. Assim, para LAFER, lembrando a expressão de WALZER, trata-se de um consenso frágil (*thin morality*) sobre os direitos humanos que ainda demanda adensamento jurídico, mas que se configura em um grande passo evolutivo²⁹³ e um importante “adquirido axiológico” desvendado pelo ‘senso majestoso da História’ como diria José Guilherme Merquior, na sua análise da relação entre os valores e a História na obra de Miguel Reale²⁹⁴.

ii. Efeitos do consenso internacional na justiça penal

Esse mesmo processo é também responsável pela construção de um sistema paralelo, indireto, de proteção dos direitos humanos por meio da repressão penal que toma forma a partir da identificação de princípios específicos como a máxima *aut dedere aut judicare*, as regras gerais de cooperação e a assistência legal entre países, o reconhecimento de sentenças estrangeiras etc. Nesse sentido, existiria um construído internacional que obrigaria – na medida dos limites possíveis – a cooperação internacional para a universalização da repressão penal em nome da proteção dos direitos humanos, pois acredita-se que existe uma estreita relação entre a proteção dos direitos humanos e a aplicação da pena para certas condutas criminosas, seja ela realizada nacional ou internacionalmente.

²⁹¹ HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997, p. 72.

²⁹² LAFER, Celso. Parecer. O caso Ellwanger. In: LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos. Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. São Paulo: Manole, 2005 (p. 33-88).

²⁹³ LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: MAGNOLI, Demétrio (org.). **História da Paz** (p. 297-329). São Paulo: Contexto, 2008, p. 326.

²⁹⁴ LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos. Reflexões sobre uma experiência diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 194-195.

Embora parte da doutrina considere duvidosa essa conexão direta²⁹⁵, e embora também exista uma parte da doutrina que vê essa relação como uma redução muito simplista²⁹⁶, cedo já se levantou esse raciocínio pela repressão para a proteção dos direitos humanos. Segundo CASSESE, as Nações Unidas foram responsáveis pela mudança de um conceito estático de direitos humanos, concebidos apenas como meios para a paz, para uma doutrina dinâmica de busca por “justiça social e respeito pela dignidade humana”²⁹⁷. Aliás, esse mesmo autor indica que a cada vez maior importância da doutrina dos direitos humanos foi o fator que deu ênfase à justiça penal internacional: “a necessidade de respeito pela dignidade humana e conseqüentemente de se punirem todos aqueles que ataquem seriamente tal dignidade, deu início, ou ao menos, um robusto impulso, à justiça penal internacional”²⁹⁸.

Também é importante, nesse sentido, a forte herança deixada pela experiência dos crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos durante a Segunda Guerra Mundial. Os tribunais de Nuremberg e Tóquio representaram, a despeito das diversas críticas, um exercício de justiça e marcaram a história da comunidade internacional pela imagem da necessidade de repressão aos agentes responsáveis pelas mais graves violações do Direito Humanitário Internacional em sua relação direta para com os direitos humanos. Nos “Princípios de *Nuremberg*”, no Princípio I, restou afirmado que “qualquer pessoa que cometa um ato que constitua um crime Segundo a lei internacional é por ele responsável e fica, assim, sujeito à punição”²⁹⁹. Todavia, aguardar que os Estados tomassem as medidas para determinar a punição de tais criminosos nem sempre se constituía em uma espera

²⁹⁵ WERLE, Gerhard. **Principles of International Criminal Law**. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005, p. 28; 40 e seguintes.

²⁹⁶ THAN e SHORTS, por exemplo, parecem verificar a relação apenas no que toca aos direitos processuais, sem desenvolver a questão de fundamento da justiça penal internacional. Isso se verifica na asserção de que “*there is clear, visible cross-pollination and cross-referencing between international criminal law, international humanitarian law and international human rights, the first and last of which are really different perspectives on the same problem. The ICTY and ICTR judgements expressly refer to human rights cases and Conventions. For example, in Furundzija’s appeal, both sides and the Appeal Chamber made repeated reference to the ECHR and in particular to the case law on the Art. 6 right to a fair hearing, with its entwined more specific obligations*”. DE THAN, Claire; SHORTS, Edwin. **International Criminal Law and Human Rights**. London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 12

²⁹⁷ CASSESE, Antonio. **International Law**. Second edition, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 397 (tradução livre).

²⁹⁸ CASSESE, Antonio. **International Law**. Second edition, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 455 (tradução livre).

²⁹⁹ UN. International Law Commission. Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal (1950). In: **Yearbook of the International Law Commission**, ano 1950, vol. II, p. 374 – Part III - Formulation of the Nürnberg Principles. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_12.pdf>. Acesso em: 17/11/2012.

frutífera. E se na Guerra Fria seria impossível levar a cabo essa pretensão punitiva, com a queda do Muro de Berlim o quadro muda completamente.

De fato, é a partir da proteção internacional dos direitos humanos que se estabelece um aparente rol de obrigações para os Estados no sentido de exercer seus poderes punitivos com o fim da proteção dos direitos humanos. Assim, segundo o que se tem reconhecido na doutrina majoritária e na jurisprudência de diversas cortes internacionais, a repressão penal representaria um instrumento importante na prevenção dos crimes mais graves, pois a simples tipificação penal seria capaz de um efeito dissuasório essencial à salvaguarda dos direitos humanos. Assim, no que se refere ao plano subjetivo dessas obrigações, o Estado deve reconhecer que os indivíduos e grupos têm certos direitos intocáveis; no tocante às obrigações objetivas, os Estados estão constrangidos a efetivamente proteger tais direitos³⁰⁰, inclusive por meio da proteção penal. Seriam os chamados “mandados de criminalização” aos Estados que conectariam a proteção internacional dos direitos humanos e a repressão penal de uma forma intrínseca. Embora de origem centenária (ligada especialmente ao combate à pirataria, à falsificação de moedas e à escravidão), esses mandados de criminalização teriam recebido especial impulso com a experiência do pós-Segunda Guerra mundial³⁰¹.

Essa função da repressão penal, segundo aponta doutrina importante, estaria replicada e reconhecida na jurisprudência internacional de forma evidente, como na posição da Corte Interamericana de Direitos do Homem. Nas palavras de RAMOS,

esse dever de prevenção consiste, para a CIDH, no conjunto de todos os meios de natureza legal, política, administrativa e cultural que promova a proteção de DH e assegura que todas as violações sejam consideradas e tratadas como atos ilícitos, os quais, como tais, acarretam punição dos responsáveis e na obrigação de indenizar as vítimas.³⁰²

O mesmo autor aponta a jurisprudência latino-americana pertinente³⁰³: os casos *Velazquez Rodriguez*³⁰⁴, *Villagrán Morales* e *Genie Lacayo* na Corte Interamericana de

³⁰⁰ RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 62, nov-dez 2006 (09/55), p. 21.

³⁰¹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2007, p. 56.

³⁰² RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 62, nov-dez 2006 (09/55), p. 22.

³⁰³ RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 62, nov-dez 2006 (09/55), p. 37 e seguintes.

Direitos Humanos são paradigmáticos nesse sentido. Também a Corte Europeia de Direitos Humanos, ainda que em julgamento razoavelmente antigo (26 de março de 1985) decidiu nesse sentido, indicando a legislação holandesa como insuficiente diante dos parâmetros das obrigações criminalizadoras assumidas pelo Estado, o que levou a Holanda a modificar o seu sistema penal e indenizar as vítimas em caso de proteção insuficiente de delitos contra a liberdade sexual cometidos contra uma jovem deficiente mental (caso *X and Y v. The Netherlands*³⁰⁵). Há, ainda, outros casos da Corte Europeia que poderiam ser mencionados em sentido próximo, ainda que não exatamente o mesmo tema, tais como os casos *Osman v. UK*³⁰⁶ e *Siliadin v. France*³⁰⁷. Na experiência brasileira, merece especial importância o caso *Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil*³⁰⁸, reconhecendo a Lei de Anistia brasileira (Lei n. 6683/79) como contrária à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, matéria já tradicional na jurisprudência da mesma Corte Internacional sobre temas similares, como se vê nos casos *Almonacid Arellano versus Chile*³⁰⁹ e *La Cantuta versus Peru*³¹⁰.

³⁰⁴ “155. *The forced disappearance of human beings is a multiple and continuous violation of many rights under the Convention that the States Parties are obligated to respect and guarantee. The kidnapping of a person is an arbitrary deprivation of liberty, an infringement of a detainee's right to be taken without delay before a judge and to invoke the appropriate procedures to review the legality of the arrest, all in violation of Article 7 of the Convention which recognizes the right to personal liberty by providing that:(...) 166. The second obligation of the States Parties is to "ensure" the free and full exercise of the rights recognized by the Convention to every person subject to its jurisdiction. This obligation implies the duty of States Parties to organize the governmental apparatus and, in general, all the structures through which public power is exercised, so that they are capable of juridically ensuring the free and full enjoyment of human rights. As a consequence of this obligation, the States must prevent, investigate and punish any violation of the rights recognized by the Convention and, moreover, if possible attempt to restore the right violated and provide compensation as warranted for damages resulting from the violation*”. INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Judgment of 29 July 1988 (Merits)*. Decisão de 29 de julho de 1988. Serie C, n. 07, parágrafos 155 e 166. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf>. Acesso em: 17.11.2012.

³⁰⁵ OVEY, Claire; WHITE, Robin C.A. **Jacobs & White: The European Convention on Human Rights**. Fourth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 234.

³⁰⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso *Osman v. The United Kingdom*. Caso n. 87/1997/871/1083. **Judgement**. Decisão de 28 de outubro de 1998. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58257>. Acesso em: 19/07/2012.

³⁰⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso *Siliadin v. France*. Application n. 73316/01. **Judgement**: 26/07/2005. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69891>. Acesso em: 19/07/2012.

³⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*, parágrafo 174. Decisão de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.doc. Acesso em: 19/07/2012.

³⁰⁹ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso *Almonacid-Arellano et al. v. Chile. Judgement of September 26, 2006 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*. Decisão de 26 de setembro de 2006. Serie C, n. 154. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_ing.pdf. Acesso em: 19/07/2012.

³¹⁰ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso *La Cantuta v. Perú. Judgment of November 29, 2006 (Merits, Reparations and Costs)*. Decisão de 29 de novembro de 2006. Serie C, n. 162. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_ing.doc. Acesso em: 19/07/2012.

Também seriam evidências desse efeito as diversas alterações do sistema penal nacional pelo legislador, que incluiu tipos específicos, estabeleceu modificações processuais, aumentou penas e criou dispositivos punitivos próprios atendendo aos tratados internacionais aos quais se vinculou³¹¹ – outra saída não teria, na verdade, sob pena de acabar mesmo sendo responsabilizado na esfera internacional pelo descumprimento de tratados³¹². É esse o modelo de Direito Penal Internacional a que BASSIOUNI chama de “indireto”: baseado em normativas de ordem internacional, o próprio Estado se encarrega da aplicação da lei penal por um processo de incorporação das normas internacionais e da cooperação com outros entes³¹³.

Mas também segundo um plano *direto* de atuação, a relação dos direitos humanos com a repressão penal vem sendo reconhecida tanto por parte da doutrina quanto pela jurisprudência internacional, como se identifica expressamente na pristina jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, no caso TADIC³¹⁴.

Alguns autores têm entendido, inclusive, que a fundamentação do próprio poder internacional de punir e do Direito Penal Internacional seria a proteção dos direitos

³¹¹ Exemplos são os casos da criminalização da tortura (com a edição da lei 9455/97 o Brasil atende especialmente às determinações da Convenção da Tortura), da discriminação racial e os “*hate crimes*” que lhe são conexos (vejam-se a lei 7716/89 e as alterações ao Código Penal determinadas pelas leis 9459/97 e 10741/03), da violência contra a mulher (da Convenção de Belém do Pará decorreu o tratamento específico destinado à violência doméstica (lei 10886/2004) e à violência doméstica contra a mulher (Lei n. 11.340/2006 – a famosa “Lei Maria da Penha”), e a já antiga criminalização do genocídio (criação da lei 2889/56, provocada pela Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948).

³¹² Essa responsabilidade internacional do Estado existe e é amplamente reconhecida. Neste sentido, RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2004. No que toca ao complicado tema da responsabilidade criminal do Estado no plano internacional, apesar de se tratar de debate que renasceu a partir da Segunda Guerra Mundial (DUGARD, John. Criminal Responsibility of State. In: BASSIOUNI, Cherif (ed.). **International Criminal Law**. Vol. I (239-253). New York: Transnational Publishers, Inc., 1999, p. 240), trata-se de espécie de responsabilidade do Estado que definitivamente não é pacificamente reconhecida.

³¹³ BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley: Transnational Publishers, 2003, p. 333.

³¹⁴ “*Fourthly, the impetuous development and propagation in the international community of human rights doctrines, particularly after the adoption of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, has brought about significant changes in international law, notably in the approach to problems besetting the world community. A State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach. Gradually the maxim of Roman law *hominum causa omne jus constitutum est* (all law is created for the benefit of human beings) has gained a firm foothold in the international community as well. It follows that in the area of armed conflict the distinction between interstate wars and civil wars is losing its value as far as human beings are concerned. Why protect civilians from belligerent violence, or ban rape, torture or the wanton destruction of hospitals, churches, museums or private property, as well as proscribe weapons causing unnecessary suffering when two sovereign States are engaged in war, and yet refrain from enacting the same bans or providing the same protection when armed violence has erupted “only” within the territory of a sovereign State? If international law, while of course duly safeguarding the legitimate interests of States, must gradually turn to the protection of human beings, it is only natural that the aforementioned dichotomy should gradually lose its weight*”. ICTY. *Prosecutor v. Dusko Tadic aka “DULE”*. Caso n. IT-94-1 (“*Prijedor*”). Appeals Chamber. **Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction**. Decisão de 02 de outubro de 1995, parágrafo 97.

humanos. AMBOS, por exemplo, defende que o fundamento para o poder punitivo internacional são justamente os “direitos humanos interculturalmente reconhecidos”³¹⁵. Segundo o autor, com apoio em doutrina alemã (HÖFFE), esse grupo de direitos humanos reconhecidos internacionalmente garante a todos a liberdade frente à arbitrariedade e à opressão por meio da proteção do corpo, da vida e da liberdade. Assim, existiria uma cidadania mundial, baseada em uma república mundial, que, para proteger seus cidadãos, daria vida a um direito penal mundial. Essa proteção mínima dos direitos humanos no plano mundial é, portanto, ao mesmo tempo, a legitimação e a limitação do direito penal internacional. Nesse sentido, haveria um “poder penal transcultural”, de modo que esse “Direito penal mundial formaria parte ‘do escudo de proteção dos direitos humanos e da visível solidariedade da cidadania mundial para com as vítimas das violações dos direitos humanos’”³¹⁶. Segundo o autor, esse é um consenso internacional que constrange o Estado à proteção dos direitos humanos e à repressão penal das suas violações, pois a dignidade humana é o ponto de partida de toda a compreensão da coletividade, e é também o ponto de partida para todo o Direito Penal. É por isso que “não se pode mais colocar em dúvida que o Estado e a comunidade internacional estão chamados forçosamente a proteger essa dignidade humana com o Direito Penal”³¹⁷.

CASSESE também concorda com essa condição, ao apontar que o Direito dos Direitos Humanos dá ao Direito Penal Internacional os valores a serem protegidos³¹⁸. Já

³¹⁵ AMBOS, Kai. **Temas de Derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales S.A, 2006, p. 25.

³¹⁶ AMBOS, Kai. **Temas de Derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales S.A, 2006, p. 26 (tradução livre).

³¹⁷ AMBOS, Kai. **Temas de Derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales S.A, 2006, p. 28.

³¹⁸ CASSESE deixa ainda mais clara essa relação ao mencionar a seguinte passagem: “...it should be specified that international crimes may be held cumulatively to embrace the following: 1. Violations of international customary rules (as well as treaty provisions, where such provisions exist and either codify or spell out customary law or have contributed to its formation). 2. Rules intended to protect values considered important by the whole international community and consequently binding all States and individuals. These values are not propounded by scholars or thought up by starry-eyed philosophers. Rather, they are laid down, although no always spelled out in so many words, in international instruments, the most important of which are the 1945 Charter, the 1948 Universal Declaration of Human Rights, the 1950 European Convention on Human Rights, the two 1966 UN Convenants on Civil and Political Rights, and on Economic, Social and Cultural Rights, the American Convention on Human Rights of 1969, the UN Declaration on Friendly Relations of 1970, the 1981 African Charter on Human and People’s Rights. Other treaties also enshrine these values, although from another viewpoint: they do not proclaim the values directly, but prohibit conduct that infringes them: for instance, the 1948 Convention on Genocide, the 1949 Geneva Conventions on the protection of victims of armed conflict and their two Additional Protocols of 1977, the 1984 Convention Against Torture, and the various treaties providing for the prosecution and repression of specific form of terrorism”. CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 23.

para BASSIOUNI³¹⁹, a relação entre o Direito Penal Internacional e os direitos humanos é direta e intrínseca ao ponto de comporem os dois lados de uma mesma moeda. O mesmo autor, a seguir, passa a fazer uma lista de todos os crimes referentes ao Direito Penal Internacional, compondo-os em 28 grupos para concluir que, de todos eles, apenas o *furto de material nuclear e a interferência em cabos submarinos internacionais* têm objeto de proteção diferente dos direitos humanos³²⁰.

De fato, parece existir certo consenso internacional sobre a necessidade de repressão de algumas espécies criminosas. Essa concordância repressiva internacional a certas condutas, ainda que sob outros paradigmas, tem origens históricas antiquíssimas, sendo que BASSIOUNI indica a existência dessas experiências em tempos distantes como no Antigo Egito e na Grécia³²¹. Segundo SCHWARZENBERGER, desde a Idade Média já “era costumeiro entre os príncipes da Cristandade se vincularem a tratados recíprocos para prevenir e punir a pirataria e o saqueio de naufrágios”³²². De fato, não se pode ignorar que certas experiências históricas animam algum espírito de universalização, como ocorreu com a pirataria, um dos mais tradicionais consensos repressivos internacionais. Crime por natureza cometido fora do território de um Estado e, mais do que isso, em momentos históricos onde sequer o conceito de território estava plenamente desenvolvido, o pirata constituiu-se convenientemente como primeiro *hostes humani generis*. A repressão desse importante criminoso que punha a risco os cofres do Estado demandou uma cooperação internacional primitiva segundo a qual se construíram conceitos como a jurisdição penal universal.

Outro importante exemplo é o dos crimes contra a humanidade. É tratado como pacífico (e infinitamente repetido) na doutrina internacional que a expressão “crimes contra a humanidade” surge pela primeira vez em 1915, na declaração conjunta de 28 de

³¹⁹ “Where human rights law is the shield, ICL is the sword. The former is declarative or prescriptive, the latter is proscriptive. The rise of human rights law from statements of values to articulations of penal proscriptions for the protection of such values has generally occurred through an unsystematic process. Over time, violations of many of the fundamental human rights norms protecting life, liberty, personal integrity, and physical safety have been criminalized by ICL”. BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 135.

³²⁰ BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 135.

³²¹ BASSIOUNI, Chérif. L’Origine et le Développement du Droit Pénal International dans une Perspective Historique. In: **Revue Internationale de Droit Pénal** – Projet de Code Pénal International. Association Internationale de Droit Pénal. 52.o. année – Nouvelle Série, 1o. e 2o. trimestres, Éditions Erès, 1981, p. 43 a 71.

³²² SCHWARZENBERGER, Georg. The Problem of an International Criminal Law. In: SIMPSON, Garry (ed.). **War Crimes Law – Volume I**. Hants/Burlington: Dartmouth/Ashgate, 2004, p. 266. Ver, ainda, BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **La justice pénale internationale**. Paris: Presses Universitaires de France, 2000, p. 16 e seguintes.

Maio de 1915 dada pelos governos francês, inglês e russo em referência ao genocídio armênio³²³. Todavia, o sentido (e expressão similar) já era usado comumente na doutrina ao menos no final do século XIX: segundo o italiano NOCITO, dentre uma série de outros crimes comumente lembrados, a escravidão era classificável como um “crime de lesa-humanidade”,³²⁴.

É certo que o conceito de crime com algum caráter internacional à época deveria ser entendido como uma manifestação daquelas condutas que de alguma forma lesionavam o Estado na sua relação com outros Estados, como se pode ver da leitura do autor indicado³²⁵, o que andava absolutamente de acordo com a construção do Direito à época. Aliás, NOCITO engloba na expressão “crimes contra o direito das gentes” uma série bastante larga de condutas que, de alguma forma, tem um caráter internacionalizado, demonstrando que a confusão sobre essa espécie de crime é mais antiga do que se imagina. Mas não se pode deixar de reconhecer que essa era a proposta universalmente aceita da relação penal-internacional à época – e adiante, ao menos até a Segunda Guerra mundial – segundo a qual os crimes internacionais (ou, na expressão do autor, “contra o direito das gentes”) seriam aqueles que envolveriam, de alguma forma, a responsabilidade do Estado. A declaração conjunta de 1915 também era construída nesse sentido e, por isso, certamente ao menos no conceito de “crime contra a humanidade” em nada foi inovadora, porquanto a doutrina italiana já citasse o texto havia um quarto de século antes.

É nessa toada que se constrói o conceito de crimes de *jus cogens*. O reconhecimento do especial caráter desumanizador de algumas violações permitirá o desenvolvimento dos chamados “Princípios de Nuremberg” em 1950, pela *International Law Commission*³²⁶, com a conseqüente elevação da dignidade humana à condição de

³²³ Segundo afirma CASSESE, que resume a história do tema sobre o assunto, a proposta original era que a expressão fosse “crimes contra a Cristianidade e a civilização”, mas o governo francês entendeu descabido por conta dos problemas que poderiam surgir nas suas colônias islâmicas e indicou a nova proposta “crimes contra a humanidade”, prontamente aceita pelos demais. CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 67.

³²⁴ NOCITO, Pietro. **I Reati di Stato com Speciale Riguardo all’Alto Trattamento Esaminati nella Legislazione, nella Giurisprudenza e nella Storia**. TORINO: Unione Tipografico-Editrice, 1893, p. 540.

³²⁵ Nas suas palavras, “*comprendiamo bene che in questo reato ci sia qualche cosa di più che un semplice attentato alla libertà individuale, perchè questo è un fatto passeggero e precario e non riduce l’uomo ad una mercanzia che si contratta si manda e si riceve, e se ne dispone come di qualsiasi carico. Il commercio degli schiavi è un vero delitto contro l’umanità, perchè non è più un individuo che viene privado della sua libertà, ma sono intere famiglie, interi popoli, divenuto armenti di bipedi allevati ed accoppiati per il lavoro e per il piacere e per la riproduzione*” (grifou-se). NOCITO, Pietro. **I Reati di Stato com Speciale Riguardo all’Alto Trattamento Esaminati nella Legislazione, nella Giurisprudenza e nella Storia**. TORINO: Unione Tipografico-Editrice, 1893, p. 539.

³²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. International Law Commission. **Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal**

interesse universal – e a tipificação de condutas que a lesionam – erigindo tal interesse à diferenciada condição de *jus cogens*³²⁷. Nas palavras do Juiz LAUTERPACH:

a proibição do genocídio, diferentemente de outros temas tratados pela Convenção de Montreal sobre o caso Lockerbie, para o qual os termos do artigo 103 poderiam ser diretamente aplicados, foi geralmente aceita como tendo status não de uma regra ordinária de direito internacional, mas de *jus cogens*.³²⁸

Por conta de toda essa construção, e como resultado fundamental dela, uma parcela importante da doutrina nacional e internacional identifica a materialização de direito representativo do mínimo repressivo ao qual toda a comunidade internacional estaria obrigada³²⁹ e que comporia, nessa matéria, a essência dos conceitos de *jus cogens* e obrigação *erga omnes*³³⁰. E, assim, tais crimes seriam reconhecidos internacionalmente como conceitos contra os quais nenhuma determinação de direito nacional ou nenhum acordo internacional poderia ser oposto³³¹, ainda que os próprios conceitos de *jus cogens* e de obrigação *erga omnes* sejam amplamente discutíveis e criticáveis por uma série de fatores quando tocam outros temas³³².

A lista desses crimes é variável de autor para autor, como variáveis são o próprio conceito e o conteúdo do *jus cogens*³³³. Para BASSIOUNI, por exemplo, seria possível reconhecer que “alguns crimes afetam os interesses da comunidade mundial como um todo porque violam a paz e a segurança da comunidade e porque chocam a consciência da humanidade”³³⁴, reconhecendo necessários, portanto, para que um crime se considere nessa condição, dois elementos: a “violação da paz e segurança” e o “choque da consciência mundial”. Como especialmente no primeiro deles está implícita uma política estatal, os

(1950). Disponível em: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf. Acesso em: 10.10.2012.

³²⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley: Transnational Publishers, 2003, p. 121.

³²⁸ ICJ. Caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. **Further Requests for the Indication of Provisional Measures. Order of 13 September 1993**. Opinião separada do Judge *ad hoc* Lauterpacht. Decisão de 13 de setembro de 1993. I.C.J. Reports 325, p. 440, p. 119 da decisão, parágrafo 100 (tradução livre).

³²⁹ Nesse sentido, por todos, veja-se RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, especialmente p. 165-177.

³³⁰ SHELTON, Dinah. International law and ‘relative normativity’. In: EVANS, M. (ed.). **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003 (p. 145-172), p.149.

³³¹ WEIL, Prosper. Towards Relative Normativity in International Law?. In: **American Journal of International Law**, n. 77, 1983 (p. 413-442), p. 424.

³³² WEIL, Prosper. Towards Relative Normativity in International Law?. In: **American Journal of International Law**, n. 77, 1983 (p. 413-442), p. 441.

³³³ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley: Transnational Publishers, 2003, p. 171.

³³⁴ BASSIOUNI, M. Chérif. International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes. In: **Law and Contemporary Problems**, vol 59, n. 4, Autumn 1996 (63-74), p. 69.

crimes de *jus cogens* seriam crimes que, em essência, decorrem de políticas estatais ou suas condutas. Não existindo esse elemento, o crime pode até ser internacional, mas se classificaria na condição de norma imperativa. Aliás, esse mínimo de normas imperativas internacionais envolveria, para o autor, modernamente, os crimes contra a humanidade, o crime de genocídio, os crimes de guerra, entre outros, bem como figuras reconhecidas mesmo na jurisprudência internacional – especialmente de ordem penal³³⁵, mas também na jurisprudência da própria Corte Internacional de Justiça³³⁶.

De qualquer forma, para BASSIOUNI, em suma, os crimes de *jus cogens* seriam a agressão, o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, a pirataria, a escravidão e as práticas similares e a tortura³³⁷. CASSESE propõe um alcance ligeiramente diferente e que abarca quase os mesmos crimes: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, tortura, genocídio, agressão e algumas formas de terrorismo, mas expressamente exclui a pirataria e *apartheid*³³⁸. SHELTON reconhece como existente um *jus cogens* no plano de crimes internacionais reconhecidos no corpo de algumas violações de direitos humanos, especialmente o genocídio, o apartheid, as graves violações das Convenções de Genebra de 1949 e dos seus Protocolos de 1977, e, no sistema interamericano, os desaparecimentos forçados³³⁹.

De toda sorte, a experiência internacional parece confirmar essa compreensão restritiva e a redução a um núcleo duro de crimes universais composto pelos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. São, afinal,

³³⁵ Ver, por exemplo, a jurisprudência do TPII. ICTY. *Prosecutor v. Anto Furundzija*. Caso n. IT-95-17/1-T (“Lasva Valley”). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 10 de dezembro de 1998, parágrafo 144 e seg.

³³⁶ Nesse sentido, ver o caso “*Nicaragua v. United States: Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*”, aceitando-se o *jus cogens* como um princípio fundamental do Direito Internacional – ainda que sem muita efetividade: ICJ. *Caso Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. **Merits, Judgement**. Julgamento de 27 de Junho de 1986. I. C. J. Reports, 1986, p. 14, parágrafo 190 e seg. Também, em sentido similar, reconhecendo o caráter especial da proibição do crime de genocídio no plano internacional, ver a opinião consultiva da Corte em *Reservations to the Convention on the Prevention and the Punishment of the Crimes of Genocide*: ICJ. *Caso Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. **Advisory Opinion of May 28th, 1951**. Decisão de 28 de maio de 1951. I.C.J. Reports 19-51, p. 15, especialmente p. 23 e seguintes. Em certa monta, mesmo o “*Barcelona Traction Case*” discute a questão em nível similar, ao opor os conceitos de *jus cogens* e *obligatio erga omnes*: ICJ. *Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium V. Spain)*. **Second Phase. Judgement**. Decisão de 5 de fevereiro de 1970. I.C.J. Reports 1970, p. 03, parágrafos 33 e seguintes. Finalmente, convém mencionar que, recentemente, o conceito da existência de valores oponíveis *erga omnes* no plano internacional parece inegável para a Corte, como se pode ver no Caso *East Timor*: ICJ. *Caso East Timor (Portugal v. Australia)*. **Judgment**. Decisão de 30 de junho de 1995. I.C.J. Reports 1995, p. 90, parágrafo 29.

³³⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley: Transnational Publishers, 2003, p. 172.

³³⁸ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 24-25.

³³⁹ SHELTON, Dinah. *International Law and ‘Relative Normativity’*. In: EVANS, M. (eds.). **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003 (p. 145-172), p. 163.

os crimes reconhecidos nos mencionados Princípios de Nuremberg e são também eles que fizeram parte da competência material das jurisdições penais internacionais até hoje criadas.

Embora esse rol seguro de crimes pareça curto, ele certamente é amplo o suficiente para abarcar as diversas condutas mais graves, pois envolvem tipos compostos desenhados segundo uma técnica tradicionalmente usada no Direito Penal Internacional segundo a qual no *caput* do artigo são apresentados os elementos gerais da conduta e do elemento intencional e, nos incisos, as formas pelas quais o crime pode ser cometido. Daí que as descrições dos crimes são efetivamente bastante longas ao ponto, mesmo, de provocarem dúvidas quanto ao princípio da reserva legal.

Ademais, outros elementos complicam a clareza da definição de uma lista de crimes universais, especialmente o fato de serem eles figuras muito próximas e que, por vezes, diferem apenas quanto aos aspectos subjetivos do autor. Por isso, a lista dos crimes reconhecidos como *core crimes* é normalmente definida segundo um critério eminentemente formal e variável de acordo com a fonte pesquisada: sejam os tribunais de Nuremberg³⁴⁰ e Tóquio³⁴¹, os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia³⁴² e para a Ruanda³⁴³ ou, finalmente, o Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma³⁴⁴.

De toda forma, e ainda assim, trata-se de matéria extremamente controversa. Aliás, as posições de publicistas e de penalistas nessa área divergem significativamente,

³⁴⁰ “Article 6: (...) The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility: (a) Crimes Against Peace (...); (b) War Crimes (...); (c) Crimes Against Humanity (...)”. WYANGAERT, Christine Van Den (ed.). **International Criminal Law: a Collection of International and European Instruments**. Third edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 35-41 (grifou-se).

³⁴¹ “Article 5: Jurisdiction over persons and offences. The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organizations are charged with offences which include Crimes against Peace. The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility: a. Crimes against Peace (...); b. Conventional War Crimes (...); c. Crimes against Humanity (...)”. WYANGAERT, Christine Van Den (ed.). **International Criminal Law: a Collection of International and European Instruments**. Third edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 35-41 (grifou-se).

³⁴² “Article 2. Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949(...). Article 3. Violations of the laws or customs of war (...). Article 4. Genocide (...). Article 5. Crimes against humanity (...)”. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Acesso em: 23.03.2011 (grifou-se).

³⁴³ “Article 2: Génocide (...). Article 3: Crimes against Humanity (...). Article 4: Violations of Article 3 Common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II (...)”. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf>>. Acesso em: 23.03.2011 (grifou-se).

³⁴⁴ “Article 5. Crimes within the jurisdiction of the Court. 1. The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes: (a) The crime of genocide; (b) Crimes against humanity; (c) War crimes; (d) The crime of aggression”. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rome+Statute.htm>>. Acesso em: 23.03.2011 (grifou-se).

especialmente no tocante a como um crime internacional atinge o status de *jus cogens* e de quais maneiras isso satisfaria o princípio da legalidade. A principal questão: o status de *jus cogens* de um crime implica obrigações *erga omnes* aos Estados ou apenas lhes dá alguns direitos para atuar contra perpetradores de tais crimes? Porque, afinal, há diferença substancial entre a existência de um direito ou a existência de uma obrigação legal vinculante.

Para BASSIOUNI, o fato de ser *jus cogens* implica a obrigação e não apenas um direito opcional, pois, do contrário, o *jus cogens* não seria uma norma peremptória no direito internacional – portanto, não são derogáveis nem em tempo de guerra, nem em tempo de paz. Daí decorreriam obrigações de processar ou extraditar, de não criação de limites nacionais para tais crimes ou da exceção de chefe de Estado e, mesmo, a possibilidade de aplicação da jurisdição universal. Especialmente, “a caracterização de certos crimes como *jus cogens* implica aos estados a obrigação *erga omnes* de não permitir impunidade para responsáveis por tais crimes”³⁴⁵.

De qualquer forma, ainda que exista dúvida quanto à completa lista dos crimes universais, como se viu, o consenso parece indicar que o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão são certamente passíveis de inclusão na categoria de crimes universais. Veja-se que, nos dias de hoje, não há país que admita a prática desses crimes em seu território, de forma que as dificuldades quanto a esses crimes no plano internacional – e mesmo no nacional – não existem quanto ao seu *consensus omnium* sendo, sempre, portanto, de outras ordens.

Todavia, também BASSIOUNI indica a crua realidade da espécie no plano internacional: o Direito Penal Internacional não tem uma definição clara sobre esses crimes e a prática dos Estados não reflete o consenso – pelo contrário, não há uma prática de universalidade, de modo que a impunidade tem sido admitida para crimes de *jus cogens* e as obrigações de extraditar ou processar não têm sido adequadamente aplicadas. Nesse tema, portanto, “a lacuna entre as expectativas legais e a realidade legal é, assim, bastante larga”³⁴⁶.

³⁴⁵ BASSIOUNI, M. Chérif. International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes. In: **Law and Contemporary Problems**, vol. 59, n. 4, Autumn 1996 (63-74), p. 66 (tradução livre).

³⁴⁶ BASSIOUNI, M. Chérif. International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes. In: **Law and Contemporary Problems**, vol 59, n. 4, Autumn 1996 (63-74), p. 66 (tradução livre).

2. A Justiça penal internacional para a proteção da dignidade humana

O consenso internacional para a repressão de certas condutas implicou, além de obrigações aos Estados de exercerem suas jurisdições penais nacionais em determinados casos, também o nascimento de um poder punitivo de ordem internacional, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial.

De fato, diante da inação dos Estados diante dos crimes universais, a tendência estabelecida foi a de constituição de experiências internacionais para substituir a deficitária atuação estatal nesse plano. Esse processo se inicia em experiências isoladas e eminentemente dedicadas à afirmação do poder global, como ocorre com os julgamentos de Nuremberg, mas se vai refinar e adquirir uma faceta diferente nos anos noventa, culminando com a constituição definitiva de uma estrutura punitiva internacional forte e aparelhada³⁴⁷. Convém, portanto, compreender essa evolução e demonstrar como se alterna de uma manifestação bruta de poder internacional, na metade do século XX, para uma construção da mesma espécie, mas muito mais refinada e lapidada, segundo se defende, pelo cinzel dos direitos humanos.

2.1. Experiências prévias: da justiça penal interestatizada ao *ius puniendi* internacional

2.1.1. Experiências penais internacionais?

Não é incomum que a doutrina em geral aponte que a origem do que hoje se costuma chamar de Direito Penal Internacional se dá em experiências bastante antigas, em um processo que parece inexoravelmente ligado à noção do controle da guerra e de “crimes de guerra”³⁴⁸. Isso não deve causar estranheza, na medida em que é notória a existência de certos princípios de controle da violência bélica com traços comuns nas experiências ocidentais e orientais: Grécia antiga, China, Índia, mundo muçulmano e hebraico, todos desenvolveram em determinada monta conceitos gerais de limitação dos conflitos

³⁴⁷ Sobre esse processo, ver, em geral, LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 167-172; ABRAMS, Jason; RATNER, Steven. **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 336 e seguintes; CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 447 e seguintes.

³⁴⁸ McCORMACK, Timothy. From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime. In: McCormack, Timothy L. H.; SIMPSON, Gerry (eds.). **The Law of War Crimes: National and International Approaches**. The Hague: Kluwer Law International, 1997 (p. 31-63), p. 32.

armados³⁴⁹. McCORMACK³⁵⁰ aponta a obra de BASSIOUNI e demonstra como Heródoto comenta a posição de Xerxes diante do assassinato de emissários diplomáticos pelos atenienses e espartanos, recusando-se a fazer o mesmo porque se tratava de uma violação das leis da raça humana³⁵¹. Na Ásia, é comumente relebrada a obra *Sun Tzu*³⁵², que já estabelecia comportamentos adequados em tempo de guerra, identificando inclusive a necessidade de se pouparem os não-beligerantes. Da mesma forma, o Código de Manu regulava as obrigações para o soldado na guerra bem como o procedimento e as sanções aplicáveis a quem descumprisse tais determinações³⁵³. Na história de Roma, havia também indicações no mesmo sentido³⁵⁴. Parece evidente a existência de uma “convergência de valores e políticas” sobre as regras da guerra em todo o mundo antigo³⁵⁵.

Durante a Idade Média, a mesma experiência continua. No mundo islâmico, os guerreiros que lutavam a guerra santa deveriam seguir também um complexo quadro de determinações. Os cristãos, por sua vez, também estavam constringidos a uma série de limitações, como se vê em concílios cristãos³⁵⁶ que limitavam o uso de determinadas armas e a realização da guerra em determinados dias santos³⁵⁷.

Julgamentos famosos também são apontados como os precursores da justiça penal pelo apelo aos princípios da justiça comuns a todos os seres humanos – mesmo em casos onde o julgamento se deu dentro das fronteiras de um único país. Nesse sentido, os autores

³⁴⁹ COSTI, Matteo; AMATI, Enrico; FRONZA, Emanuela. Introduzione. In: AMATI, Enrico; CACCAMO, Valentina; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela; VALLINI, Antonio. **Introduzione al Diritto Penale Internazionale**. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 03.

³⁵⁰ McCORMACK, Timothy. From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime. In: McCORMACK, Timothy L. H.; SIMPSON, Gerry (eds.). **The Law of War Crimes: National and International Approaches**. The Hague: Kluwer Law International, 1997 (p. 31-63), p. 32.

³⁵¹ BASSIOUNI, Chérif. L'Origine et le Développement du Droit Pénal International dans une Perspective Historique in *Revue Internationale de Droit Pénal – Projet de Code Pénal International*. **Association Internationale de Droit Pénal**. 52.o. année – Nouvelle Série, 1o. e 2o. trimestres, Éditions Erès, 1981, p. 51.

³⁵² BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 26.

³⁵³ McCORMACK, Timothy. From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime. In: McCORMACK, Timothy L. H.; SIMPSON, Gerry (eds.). **The Law of War Crimes: National and International Approaches**. The Hague: Kluwer Law International, 1997 (p. 31-63), p. 35.

³⁵⁴ McCORMACK, Timothy. From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime. In: McCORMACK, Timothy L. H.; SIMPSON, Gerry (eds.). **The Law of War Crimes: National and International Approaches**. The Hague: Kluwer Law International, 1997 (p. 31-63), p. 35-36.

³⁵⁵ BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 26.

³⁵⁶ Veja-se o texto do II Concílio de Latrão, de 1139, especialmente o cânone 12 que estabelece a “Trégua de Deus”. Disponível em: <http://www.fordham.edu/halsall/basis/lateran2.asp>. Acesso em: 23/07/2012.

³⁵⁷ FERRO, Ana Luiza Almeida. **O Tribunal de Nuremberg**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 22.

costumam apontar o julgamento de Conradin Von Hohenstoufen, em 1268³⁵⁸, condenado à morte porque teria iniciado uma guerra injusta em Nápoles e violado as regras de guerra então vigentes, e, especialmente, por “pisotear as leis de Deus e dos homens”³⁵⁹. Embora não tenha sido propriamente *internacional*, representou um julgamento por crimes de guerra e, então, um apelo àquele mínimo comum de regulamentação de conflitos então vigente, que se manifestava em construções normativas de alguns países³⁶⁰.

Vários autores, na esteira de BASSIOUNI³⁶¹, apontam como o primeiro julgamento criminal de cunho efetivamente internacional aquele de Peter Von Hagenbach, na Alemanha, em 1474³⁶². O acusado foi responsabilizado, diante de uma corte internacional composta por diversos juízes do Sacro Império Romano-Germânico, por atrocidades cometidas contra a população de Breisach, na Áustria, para que se submetessem ao poder que representava³⁶³.

Já a partir do século XVI torna-se razoavelmente comum que nações europeias adotem legislações dando conta de crimes contra as leis de guerra. BASSIOUNI identifica essa tendência originalmente espanhola como influência que a construção filosófica de autores como VITORIA, SUAREZ, AYALA e GENTILI, e, mais tarde, GROTIUS teria sofrido das prescrições muçulmanas para a guerra na península Ibérica e no sul da Itália³⁶⁴. Essa tendência, aliás, ficou eternamente marcada em diversas legislações nacionais³⁶⁵. O

³⁵⁸ BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 24.

³⁵⁹ WILLIAMS, Sharon. Light out of darkness: the new International Criminal Court. In: Canadian Council of International Law. **The impact of International Law on the Practice of Law in Canada**, Proceedings of 27th Annual Conference – October 15-17 1998 (p. 23-29). The Hague: published by Kluwer Law International, 1999, p. 24 (tradução livre).

³⁶⁰ McCORMACK, Timothy, *From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime*. In: McCORMACK, Timothy L. H.; SIMPSON, Gerry (eds.). **The Law of War Crimes: National and International Approaches**. The Hague: Kluwer Law International, 1997 (p. 31-63), p. 37.

³⁶¹ BASSIOUNI, M. Chérif. The Time has Come for an International Criminal Court. In: **Indiana International & Comparative Law Review**, n. 1 (p. 1-43), 1991.

³⁶² No Brasil, veja-se, por exemplo, DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 171

³⁶³ BASSIOUNI, Chérif. L'Origine et le Développement du Droit Pénal International dans une Perspective Historique in *Revue Internationale de Droit Pénal – Projet de Code Pénal International*. In: **Association Internationale de Droit Pénal**. 52.o. année – Nouvelle Série, 1o. e 2o. trimestres, Éditions Erès, 1981, p. 54.

³⁶⁴ BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 26-27.

³⁶⁵ McCORMACK aponta alguns exemplos: “*the Free Netherlands adopted The Articles of War in 1590, and in 1621, King Gustavus Adolphus of Sweden promulgated his Articles of Military Lawwes [sic] to be Observed in the Warres [sic]*”. McCORMACK, Timothy. *From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime*. In: McCORMACK, Timothy L. H.; SIMPSON, Gerry (eds.). **The Law of War Crimes: National and International Approaches**. The Hague: Kluwer Law International, 1997 (p. 31-63), p. 39. Ver, também, SZUREK, Sandra. *Historique – La Formation du Droit International Pénal*. In: ASCENSIO, Hervé ; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. **Droit International Pénal** (p. 07-22). Paris: A. Pedone, 2000, p. 16.

mesmo autor apresenta como essa tendência de codificação das regras da guerra³⁶⁶ se espalha pela Europa, especialmente a Inglaterra, e acaba por influenciar, nos séculos XVIII e XIX, até mesmo a experiência americana, dando origem à jurisprudência, por exemplo, da responsabilidade de comando no plano criminal e à construção do famoso *Lieber Code*, de 1863³⁶⁷.

Nos Estados Unidos da América, um importante processo de regulamentação da guerra inicia-se em 1775 com a determinação da disciplina aplicável aos oficiais que não obrigassem seus subordinados a respeitarem as regras da guerra, reforça-se em 1806 e se manifesta, finalmente, com o “*Instruction for the Government of the United States in the Field by Order of the Secretary of War*”, de 24 de abril de 1863³⁶⁸. Como resultado dessa normatização americana produz-se um razoável número de importantes casos que firmam uma congruente jurisprudência sobre a temática³⁶⁹.

Todavia, embora tentadora a tendência de se reconhecer nessas experiências as fundações da justiça penal internacional, essa não parece a melhor proposta porque representam não mais do que a manifestação do poder jurisdicional penal interno, ainda que tenham sido inspiradas por construções similares de outros Estados. Mesmo o caráter internacional do julgamento de *Peter Von Hagenbach* já foi criticado³⁷⁰. Aliás, porque episódica, uma justiça penal internacional não pode ser efetivamente reconhecida antes do século XX e, segundo BASSIOUNI, firma-se apenas depois das experiências da Segunda Guerra Mundial³⁷¹.

³⁶⁶ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 38.

³⁶⁷ McCormack, Timothy. From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime. In: McCormack, Timothy L. H.; SIMPSON, Gerry (eds.). **The Law of War Crimes: National and International Approaches**. The Hague: Kluwer Law International, 1997 (p. 31-63), p. 40 e seguintes.

³⁶⁸ BASSIOUNI, Chérif. L’Origine et le Développement du Droit Pénal International dans une Perspective Historique in *Revue Internationale de Droit Pénal – Projet de Code Pénal International*. In: **Association Internationale de Droit Pénal**. 52.o. année – Nouvelle Série, 1o. e 2o. trimestres, Éditions Erès, 1981, p. 52.

³⁶⁹ BASSIOUNI, Chérif. L’Origine et le Développement du Droit Pénal International dans une Perspective Historique in *Revue Internationale de Droit Pénal – Projet de Code Pénal International*. In: **Association Internationale de Droit Pénal**. 52.o. année – Nouvelle Série, 1o. e 2o. trimestres, Éditions Erès, 1981, p. 55.

³⁷⁰ McCORMACK, Timothy. From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime. In: McCORMACK, Timothy L. H.; SIMPSON, Gerry (eds.). **The Law of War Crimes: National and International Approaches**. The Hague: Kluwer Law International, 1997 (p. 31-63), p. 38. Importa lembrar que o próprio autor indica que tais críticas foram repelidas pela doutrina, identificando, por exemplo, a posição de Georg SCHWARZENBERGER.

³⁷¹ Segundo BASSIOUNI, três fatores podem ser opostos a essa crença: primeiro, porque seria duvidoso se as condutas impostas ao criminoso se caracterizariam como “crimes de guerra”, já que seus crimes teriam sido cometidos fora de um contexto de guerra; depois, porque os juízes teriam sido escolhidos internacionalmente e, sim, dentre um grupo de Estados que compunha uma coletividade única (o Sacro Império Romano); finalmente, porque não é certo que a norma aplicada fosse internacional, já que sua origem seria mais uma proposta de cunho religioso comum a uma coletividade e não uma construção internacionalizada capaz de responsabilizar alguém no plano criminal. BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 24.

Não era de se esperar algo diferente, dada a noção absoluta de soberania que se tinha até meados do século XX. Daí que as experiências internacionais, especialmente no plano penal, anteriores a esse período não podem ser reconhecidas como universalizantes, mas, sim, decorrentes de uma eventual e tópica colaboração entre comunidades diversas. E mesmo assim, essa cooperação tem pouco de similar com a ideia de um Direito Internacional, especialmente porque Estados como conhecidos atualmente sequer existiam antes do século XV³⁷². As figuras de crimes internacionais, ainda pouco claras na primeira metade do século XX, relacionavam-se especialmente com a vinculação da responsabilidade dos Estados devido à conduta de seus cidadãos ou por crimes cometidos em seus territórios, tais como o assassinato de representantes estrangeiros, a violação de tratados ou, nessa categoria onipresente, a pirataria.

Em suma, embora a reconstrução histórica da disciplina possa variar de autor para autor³⁷³, parece certo crer que as experiências penais ininterstatais precedentes ao século XX, levando em consideração uma historiografia contemporânea e não linear e cumulativa, não configuram a constituição de uma justiça penal internacional. Afinal, a relativização da soberania, processo necessário para esse avanço, ainda não havia amadurecido adequadamente. A pretensão de tribunalização internacional, por exemplo, não pode sequer ser cogitada antes do século XX³⁷⁴.

É a ocorrência de um grande número de conflitos armados no século XX bem como a concretização definitiva de um processo de globalização, especialmente da informação³⁷⁵, que permitiram a união da comunidade internacional em torno da necessidade de repressão internacional. Daí criarem-se tratados prevendo os crimes mais graves e estabelecerem-se tribunais internacionais para julgar alguns dos autores desses

³⁷² CASSESE, Antonio. **International Law**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 23.

³⁷³ SZUREK, Sandra. Historique: La Formation du Droit International Pénal. In: ASCENCIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (dir.). **Droit International Pénal**. Paris: Pedone, 2000 (p. 7-22), p. 7.

³⁷⁴ Segundo BASSIOUNI, “o estabelecimento de uma corte criminal internacional comum é uma ideia que se desenvolveu essencialmente depois da Primeira Guerra Mundial. Antes disso, existiram apenas alguns esforços para desenvolver um fórum para regular disputas internacionais. Esforços esses que foram constituídos no sentido de estabelecer tribunais arbitrais ou fóruns para a solução pacífica de disputas entre estados. Todavia, nenhum dessas tentativas pré-Primeira Guerra Mundial visavam à criação de um tribunal criminal internacional permanente comum para julgar indivíduos ou estados ou ambos por violações surgidas a partir do direito internacional”. BASSIOUNI, M. Cherif. Introduction to the History of Establishing an International Criminal Court. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International Criminal Law – Enforcement**. V. III (p. 181-185). New York: Transnational Publishers Inc., 1987, p.181.

³⁷⁵ Segundo DOTTI, “no mundo moderno, que se transformou em uma aldeia global como já foi dito com propriedade, o impacto transnacional de certos crimes faz com que o público telespectador, os ouvintes de rádio e os leitores de jornais e revistas se perguntem interiormente: ‘Haverá punição para isso?’ Ou outra indagação mais específica: ‘Qual o tribunal que julgará os responsáveis por esses tipos de delito?’”. DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 170-171.

delitos. Por óbvio não se trataram com equidade os criminosos, e algumas dessas instituições pecam por questões políticas e econômicas, como será visto adiante. Todavia, lançavam-se as bases para uma justiça penal internacional ativa, e, especialmente, para a criação do Tribunal Penal de Roma. Começava, então, o que DELMAS-MARTY chamou de *mundialização do direito*³⁷⁶.

Com isso não se quer dizer que a soberania se tenha esvaído completamente. Não se pode negar que o modelo atual de Direito Internacional ainda se fundamenta no exercício de soberania pelos Estados³⁷⁷ e a valoração da soberania é reconhecida em cada tratado internacional que é aberto às assinaturas e ratificações bem como, expressamente, em vários outros tratados (veja-se a Convenção de Viena de 1993 e a Convenção de Bangkok, do mesmo ano). A própria Carta da ONU, aliás, assim se constrói. Mas parece certo uma relativização do conceito ao menos no ponto de permitir a criação de consensos normativos comuns e pretensões gerais que fundamentam a justiça penal internacional. É nesses termos, e nesse momento, que se constitui, aos poucos, um *ius puniendi* internacional.

2.1.2. *Versailles* e a pretensão frustrada de internacionalização da justiça penal

Não é incomum que se entendam também as experiências da Primeira Guerra Mundial, e o Tratado de *Versailles*, como um primeiro traço de justiça penal internacional, dada a pretensão de “tribunalização” do artigo 227, com base no qual se pretendia julgar o Kaiser Guilherme II. Todavia, essa não parece ser a melhor compreensão, especialmente por causa do resultado falho do dispositivo diante da negativa da Holanda à extradição do kaiser com base na escusa da acusação por crimes políticos.

É bem verdade, também, que as conferências de paz preliminares a *Versailles* criaram a “*Commission on the Responsibilities of the Authors of War and on Enforcement of Penalties*”³⁷⁸ para investigar e reportar os crimes de guerra e suas responsabilidades para que, então, se realizasse o processamento dos acusados. Os trabalhos da Comissão foram intensos e produziu-se bom material, indicando nomes de responsáveis pelas

³⁷⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. L’Europe, laboratoire de la mondialisation du droit. In: **Séminaire Francophone d’Asie du Sud-Est**. Singapour, 2001.

³⁷⁷ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 58.

³⁷⁸ COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF THE WAR AND ON ENFORCEMENT OF PENALTIES. Report Presented to the Preliminary Peace Conference (19 March 1919). In: **American Journal of International Law**, Vol 14, n.1/2, January-April, 1920, p. 95-154.

violações das leis e costumes da guerra, mas o prosseguimento dos trabalhos deixou claro que não havia intenção de se produzir justiça, mas de se “usar símbolos de justiça para atingir objetivos políticos”³⁷⁹. O mesmo se deu com a Corte Suprema do *Reich*, criada pela Alemanha, em Leipzig. Recusando-se a extraditar os seus nacionais, a potência vencida entendeu adequada a criação do órgão especial para o julgamento dos acusados que foram selecionados a partir de uma lista produzida por uma comissão dos Aliados, segundo permitia o artigo 229 do Tratado de Versalhes. A publicação veio em 3 de abril de 1920, e dos 896 nomes indicados, por razões políticas, selecionaram-se apenas 45, dos quais a Corte alemã julgou 12, sendo que 6 acabaram absolvidos³⁸⁰. Em uma guerra que durou de agosto de 1914 a setembro de 1919, com mais de 8,7 milhões de mortos, os resultados finais parecem pífios e indicam que a política desempenhou um claro papel na irresponsabilização dos acusados, assim como em todo do Tratado de Versalhes.

De fato, as questões políticas não podem ser ignoradas. BASSIOUNI identifica como o texto do Tratado de Versailles não foi desenhado para permitir a punição do Kaiser. Seja porque não seria politicamente conveniente ou porque, naquele momento, a comunidade internacional não tinha condições de criar um precedente de punição de um chefe de Estado, o texto evidentemente evita a expressão “crimes contra a humanidade” ou o que o valesse, pretendendo deixar claro que se trata de uma espécie de crime político e, assim, abrindo as portas para que a Holanda não extraditasse (o que nem sequer foi requerido) o poderoso acusado³⁸¹.

Mas não apenas isso precisa ser lembrado. O genocídio armênio também foi ignorado pelos Aliados no pós-guerra por conveniência política. Ainda que a Comissão de 1919 tenha sido desenhada também para apontar esses crimes e efetivamente o tenha feito, mesmo que precariamente com base na “*Martens Clause*”³⁸² que, se não identificava

³⁷⁹ BASSIOUNI, M. Chérif. From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court. In: **Harvard Human Rights Journal**, n. 10, Spring 1997 (p. 11-62), p. 15.

³⁸⁰ BASSIOUNI, M. Chérif. From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court. In: **Harvard Human Rights Journal**, n. 10, Spring 1997 (p. 11-62), p. 15

³⁸¹ BASSIOUNI, M. Chérif. From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court. In: **Harvard Human Rights Journal**, n. 10, Spring 1997 (p. 11-62), p. 18-19.

³⁸² Segundo BASSIOUNI, “*That clause states: Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience*”. A cláusula, que figurou no preâmbulo das Convenções de Haia de 1907, teria servido, inclusive, para indicar a responsabilidade de oficiais turcos por crimes contra a humanidade. BASSIOUNI, M. Chérif. From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years:

crimes contra a humanidade, ainda assim, permitia a validade de importantes costumes de guerra e determinado grau de proteção, a responsabilização dos criminosos turcos foi deixada de lado. Ora, se o Tratado de Sévres de 1920, nunca ratificado ou implementado, obrigava que a Turquia entregasse os responsáveis pelo genocídio armênio, o seguinte Tratado de Lausanne, de 1923, ainda que de forma velada, concedeu anistia aos criminosos turcos que compunham a nova elite do país – tudo por causa de interesses políticos que mantinha o ocidente no território turco à época³⁸³.

Por tudo isso, de fato, não se pode tomar o caso como um início auspicioso para a justiça penal internacional tanto pelo fracasso das pretendidas punições quanto pelo fundamento que elas assumiam. Ademais, sequer a argumentação jurídica subjacente aos eventos pós-Primeira Guerra Mundial estavam ligados à noção contemporânea da justiça penal internacional. Veja-se que aquela “pretensão penal” surgia não da violação de um bem jurídico ou, quando muito, do rompimento de direitos humanos, mas, sim, da violação de um tratado. Como é notório, o Kaiser seria punido não exatamente por crimes internacionais como entendidos atualmente, mas “pela ofensa à moral internacional e à autoridade sagrada dos tratados, e por violação das leis e costumes da guerra”³⁸⁴. Ou seja, embora mereça menção, o Tratado de Versalhes ainda não se encaixava adequadamente no modelo de justiça penal internacional que surgiria com a Segunda Guerra Mundial, pois ainda estava atrelado a um modelo westphaliano de justiça internacional, fundamentado na soberania entre as nações e na “santidade” dos tratados

Após a Primeira Grande Guerra, embora desvinculado da prática, a justiça penal internacional beneficiou-se do florescimento da discussão acerca da criação de uma Corte Internacional Permanente, com o fim de julgar criminosos responsáveis por crimes de guerra e contra a humanidade. Conforme apontado por ANA FERRO³⁸⁵, já em 1920, a Sociedade das Nações foi responsável pela nomeação de um número de juristas com o fim da criação de um projeto para o estabelecimento de uma Corte Permanente de Justiça Internacional (com dois juristas brasileiros: Clóvis Beviláqua e, posteriormente, Raul Fernandes). A proposta resultante orientava pela criação de uma “Alta Corte de Justiça

The Need to Establish a Permanent International Criminal Court. In: **Harvard Human Rights Journal**, n. 10, Spring 1997 (p. 11-62), p. 16.

³⁸³ BASSIOUNI, M. Chérif. From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court. In: **Harvard Human Rights Journal**, n. 10, Spring 1997 (p. 11-62), p. 17.

³⁸⁴ MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de Droit Criminel**. Paris: Cujas, 1997, p. 477 (tradução livre).

³⁸⁵ FERRO, Ana Luiza Almeida. **O Tribunal de Nuremberg**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 31 e seguintes.

Internacional”, distinta da Corte Permanente original, responsável pelo julgamento dos crimes cometidos contra a ordem pública nacional e contra o Direito universal, proposta que acabou afastada pela Sociedade das Nações sob a explicação de que ainda não existia um Direito Penal Internacional com eficiente e suficiente substância a embasar a pretensão. Em 1937, em Genebra, a Sociedade das Nações reuniu-se para a preparação dos projetos de uma Corte Penal Internacional e de repressão de crimes praticados com fins de terrorismo político. A convenção acabou assinada por apenas 13 Estados e não foi ratificada.

Apesar do aparente fracasso, muito foi produzido em torno do tema. Os debates e os estudos realizados, juntamente com os projetos de Código Penal Internacional³⁸⁶ e tribunais penais internacionais, resultaram trabalhos memoráveis e que deram sustento ao futuro do Direito Penal Internacional que viria a produzir os modernos tribunais internacionais. Para isso contribuíram diversos estudiosos e muitas organizações³⁸⁷, que deixaram marcas indeléveis no Direito Internacional e no Direito Penal. Mas na Segunda Guerra Mundial, o destino dessa forma de justiça muda drasticamente.

2.1.3. Considerações sobre os tribunais de Nuremberg e de Tóquio

i. Aspectos gerais sobre os tribunais internacionais penais da Segunda Guerra

O término da Segunda Guerra Mundial deixou marcas fortes na história humana. Na medida em que as tropas aliadas avançavam dentro do território que outrora estivera sob o controle alemão, encontravam-se os terríveis resultados do nazismo, fartamente documentados em provas coletadas por equipes especializadas, como indica HAGAN apresentando a experiência de FERENCZ³⁸⁸. O fim da guerra no Pacífico permitiu o mesmo processo com relação aos crimes cometidos pelas autoridades japonesas.

Tratando-se de um momento histórico *sui generis*, a condição política então vigente permitiu que as potências da época iniciassem processos diante de tribunais militares criados para o julgamento dos criminosos vencidos. De fato, como fruto do Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945, firmado por Estados Unidos, URSS, Grã-Bretanha e

³⁸⁶ Podemos tomar como exemplo o memorável trabalho, nesse sentido, de QUINTILIANO SALDAÑA.

³⁸⁷ Veja-se, por exemplo, o papel desempenhado pela Associação Internacional de Direito Penal.

³⁸⁸ HAGAN, John. **Justice in the Balkans: Prosecuting War Crimes in the Hague Tribunal**. Chicago/London: The University of Chicago Press, 2003, p. 18 e seg.

França, e que, por sua vez, teve suas origens na Declaração de Moscou³⁸⁹, foi criado, finalmente, o que se pode chamar do primeiro Tribunal Penal Internacional. Apesar das muitas críticas que sofreu, não se pode deixar de reconhecer o caráter revolucionário dessa instituição, que pode ser entendida como um dos primeiros passos em direção à criação do tribunal penal internacional permanente do Estatuto de Roma. Posteriormente ao Acordo de Londres, uma declaração do Comandante Supremo das Forças Aliadas (General MacArthur), de 19 de janeiro de 1946³⁹⁰, criaria o segundo tribunal dessa natureza, o Tribunal Militar Internacional de Tóquio. Ainda outros tribunais penais militares foram criados para julgamento de criminosos de baixa patente nas zonas de ocupação, segundo a Lei n.º 10 do Conselho de Controle, de 20 de dezembro de 1945.

Quando comparado com o artigo 227 do Acordo de Versalhes, o Acordo de Londres, embora sucinto, é uma evidente evolução. Ao estabelecer algumas definições essenciais e princípios gerais para o processo repressivo, o documento indica o traçado a ser seguido, dali para diante, pelo Direito Penal Internacional e pela justiça penal internacional. São, aliás, suas determinações que vão inspirar toda a construção conduzida posteriormente pelas Nações Unidas sobre a temática.

O Tribunal de Nuremberg era composto por quatro juízes, provenientes das quatro maiores potências que venceram a guerra (Estados Unidos, URSS, Inglaterra e França) e tinha competência para julgamento de crimes contra a paz³⁹¹, crimes de guerra³⁹² e crimes contra a humanidade³⁹³ por meio de um procedimento que mesclava a experiência processual dos países vencedores. Por conta disso, trata-se de uma proposta mista entre *common law* e *civil law* que indica substancialmente a estrutura dos procedimentos que seriam adotados em tribunais penais internacionais futuros. Durante os trabalhos do

³⁸⁹ Declaração de Moscou, feita pelos Aliados em 30 de outubro de 1943.

³⁹⁰ Este, portanto, baseado na Declaração de Potsdam de 23 de julho de 1945.

³⁹¹ “...a direção, a preparação e o desencadeamento ou o prosseguimento de uma guerra de agressão ou de uma guerra de violação dos tratados, garantias ou acordos internacionais ou a participação num plano concertado ou num conluio para a execução de qualquer um dos atos precedentes;” – artigo 6.º, “a”, do Estatuto de Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

³⁹² “...violações de leis e costumes de guerra. Essas violações compreendem, sem serem limitadas nas leis e costumes, os assassinatos, maus-tratos ou deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim, das populações civis nos territórios ocupados, assassinato ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou de pessoas no mar, execução de reféns, pilhagem de bens públicos ou privados, destruição sem motivo de cidades e aldeias, ou devastações que as exigências militares não justifiquem”, artigo 6.º, “b”, do Estatuto de Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

³⁹³ “...assassinato, exterminação, redução à escravidão, deportação e qualquer outros ato desumano cometido contra populações civis, antes e durante a guerra; ou então, perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, quer tenham ou não constituído uma violação do direito interno dos países onde foram perpetrados, tenham sido cometidos em consequência de qualquer outro crime que entre na competência do Tribunal ou em ligação com esse crime.”, artigo 6.º, “c”, do Estatuto de Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

tribunal, iniciados em 20 de novembro de 1945, foram acusadas 24 pessoas físicas e seis organizações criminosas³⁹⁴. Ao final, em 1.º de outubro de 1946, apesar dos protestos da defesa, foram condenados 19 dos acusados, sendo 12 deles à pena de morte e 9 à prisão perpétua ou a tempo determinado (houve, ainda, 3 absolvições ou processos encerrados antes do seu fim). Condenaram-se, também, o Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães, as SS e a GESTAPO.

Nos tribunais constituídos em paralelo ao Tribunal de Nuremberg, ainda foram condenadas, pelos Estados Unidos, 1.814 pessoas, com 450 execuções; pela Grã-Bretanha, 1.085 pessoas, com 240 execuções; pela França, 2.107 pessoas, com 109 execuções. A URSS condenou cerca de 10.000 pessoas, mas o número de execuções levadas a cabo por ela é desconhecido³⁹⁵.

Terminado o *front* do Pacífico, também lá se instauraram instâncias criminais desenhadas pelas potências vencedoras, especialmente os Estados Unidos, para o julgamento dos criminosos de guerra. É comum que se dividam esses tribunais militares, também, em duas espécies: as Comissões Militares Especiais criadas nas Filipinas pelos Estados Unidos para julgamento e punição de oficiais japoneses acusados de crimes de guerra, e o Tribunal de Tóquio.

A pretensão americana de levar os acusados de crimes a uma “justiça severa”³⁹⁶ foi materializada por uma proclamação especial do Comandante Supremo das Forças Aliadas no Extremo Oriente, em 19 de janeiro de 1946, que instituiu o Tribunal Militar Internacional de Tóquio. Tal organismo foi composto por onze juízes dos Estados Unidos, Austrália, China, URSS, França, Canadá, Holanda, Nova Zelândia, Índia e Filipinas, bem como por um Procurador Geral e outros promotores. Como era de se esperar, a experiência asiática seguiu o modelo de Nuremberg, tanto nos procedimentos quanto na competência: julgava crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade³⁹⁷ então cometidos pelas autoridades japonesas.

³⁹⁴ O Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães, as SS, as SA, o Governo do Reich, o Estado Maior e a GESTAPO e os seus serviços de segurança.

³⁹⁵ BASSIOUNI, Chérif. L’Origine et le Développement du Droit Pénal International dans une Perspective Historique in *Revue Internationale de Droit Pénal – Projet de Code Pénal International*. In: **Association Internationale de Droit Pénal**. 52.o. année – Nouvelle Série, 1o. e 2o. trimestres, Éditions Erès, 1981, p. 57

³⁹⁶ “Déclaration de Potsdam” de 26 de julho de 1945, conforme citada por HIRSCH, Herbert. Procès de Tokyo pour crimes de guerre. In CHARNY, Israel W. (dir.). **Le livre noir de l’humanité – Encyclopédie mondiale des génocides** (p. 450-452). Toulouse: Privat, 2001, p. 450.

³⁹⁷ É importante notar que, embora a competência material no que toca à designação dos crimes de competência dos dois tribunais fosse igual, o conteúdo dos crimes variava substancialmente, tanto em alcance quanto em estrutura típica, o que parece revelar tipos específicos desenhados com as características dos

Vinte e oito pessoas foram acusadas nos procedimentos do Tribunal de Tóquio, iniciados em 29 de abril de 1946 e terminados em 12 de novembro de 1948. Todos os acusados acabaram condenados³⁹⁸: sete deles à morte e os demais à pena de prisão perpétua ou à prisão por tempo determinado. Aqueles que cumpriam pena privativa de liberdade acabaram liberados em 7 de abril de 1958. Das condenações, foram interpostos recursos ao Comandante Supremo das forças no pacífico e, finalmente, à Corte Suprema dos Estados Unidos, todos negados³⁹⁹. Nos processos levados a cabo nas Comissões Militares Especiais e em tribunais similares, “5700 japoneses foram julgados por crimes de guerra convencional, dos quais 920 foram condenados à morte”⁴⁰⁰.

ii. O resultado dos tribunais internacionais penais da Segunda Guerra Mundial

Convém lembrar que é apenas com a nova soberania, inspirada por um modelo grociano de relações internacionais, que se poderá cogitar a repressão penal comum. É por isso que o primeiro momento em que essa repressão penal se exerce é no pós-Segunda Guerra Mundial com as experiências de Nuremberg e Tóquio, pois se trata do momento em que a *lógica de Lotus* é colocada em xeque⁴⁰¹.

Os julgamentos de Nuremberg materializam o resultado de um acordo comum de repressão do inimigo vencido que sobrepujou a pretensão de simples execução dos maiores criminosos de guerra⁴⁰², identificando um horizonte internacionalizante nessas experiências da época. Mas também foi além, evidenciando que havia algo a mais nos crimes cometidos que implicava uma responsabilidade pela violação de interesses que não eram apenas das potências vencedoras, mas, também, de qualquer ser humano sobre a face da terra. Embora houvesse riscos de que os processos se tornassem uma propaganda nazista, ou permitissem a criação de mártires, os valores importantes que se pretendiam

crimes cometidos em cada região. LA ROSA, Anne-Marie. **Dictionnaire de Droit International Penal**. Paris: PUF, 1998, p.101.

³⁹⁸ LA ROSA, Anne-Marie. **Dictionnaire de Droit International Penal**. Paris: PUF, 1998, p.102.

³⁹⁹ BASSIOUNI, Chérif. L’Origine et le Développement du Droit Pénal International dans une Perspective Historique in *Revue Internationale de Droit Pénal – Projet de Code Pénal International*. In: **Association Internationale de Droit Pénal**. 52.o. année – Nouvelle Série, 1o. e 2o. trimestres, Éditions Erès, 1981, p. 57.

⁴⁰⁰ MINEAR, Richard H. *Victor’s Justice: The Tokyo War Crimes Trials*. Princeton: Princeton University Press, 1971, citado por HIRSCH, Herbert. Procès de Tokyo pour crimes de guerre. In CHARNY, Israel W. (dir.). **Le livre noir de l’humanité – Encyclopédie mondiale des génocides** (p. 450-452). Toulouse: Privat, 2001, p. 452.

⁴⁰¹ Nesse sentido, ver a obra de PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional Penal: Imunidades e Anistias**. Barueri: Manole, 2012.

⁴⁰² BASSIOUNI, M. Chérif. From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court. In: **Harvard Human Rights Journal**, n. 10, Spring 1997 (p. 11-62), p. 23.

proteger com o processamento dos acusados e com as suas condenações prevalecia sobre qualquer risco⁴⁰³ e, portanto, ensejou que os processos fossem levados até o fim e representassem uma vitória, também, de interesses universais que se manifestariam, mais claramente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948⁴⁰⁴.

Todavia, não parece certo reconhecer-se que as punições de Nuremberg e Tóquio, ainda que feitas através de tribunais internacionais, caracterizam-se como uma manifestação universalizada de poder punitivo. Afinal, o que parece ter ocorrido é uma organização entre as potências para que, em comum, exercessem a punição dos acusados. Ora, se houvesse uma efetiva internacionalização, os tribunais criados não o seriam por um pequeno grupo de Estados vencedores e exclusivamente para as potências do Eixo, na Europa, e para o Japão, no Pacífico, como consta no próprio texto do Acordo. Como se sabe, não se ignora que crimes foram cometidos também pelas potências vencedoras da guerra, mas esses crimes não foram investigados, processados ou punidos nesse contexto ou do ponto de vista “universal”⁴⁰⁵. Se o que se pretendia era a proteção da paz por meio da repressão daqueles que tinham cometido crimes contra a paz, contra a humanidade e crimes de guerra (artigo 6º do Estatuto de Nuremberg), porque se tratavam de conceitos de cunho universal, então a repressão deveria ter sido, também ela, universal.

A simples leitura da Carta de Nuremberg⁴⁰⁶ e do texto do Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945⁴⁰⁷ indicam essa condição: embora existisse a pretensão de criação de um

⁴⁰³ BASSIOUNI, M. Chérif. From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court. In: **Harvard Human Rights Journal**, n. 10, Spring 1997 (p. 11-62), p. 24.

⁴⁰⁴ Segundo Eugenio Raúl ZAFFARONI, são essas massivas violações de direitos humanos que promovem a importante mudança de paradigma internacional. É assim que se constrói a Declaração Universal dos Direitos Humanos como limite positivo às ideologias de controle social em todo o planeta como aspiração da “*positivación internacional de los derechos humanos es el establecimiento de una antropología jurídica mínima y de controles jurisdiccionales internacionales que tiendan a preservar sus pautas em todo el planeta*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El Marco Constitucional Iushumanista del Saber Penal. In: **Em Torno de la Cuestión Penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2005, (p. 121-130), p. 123.

⁴⁰⁵ MINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence**. Boston/Massachusetts: Beacon Press, 1998, p. 30.

⁴⁰⁶ O estatuto do tribunal pode ser visto em WYNGAERT, Christine Van Den (ed.). **International Criminal Law: A Collection of International and European Instruments**. Third edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

⁴⁰⁷ “*London Agreement of August 8th 1945. AGREEMENT by the Government of the UNITED STATES OF AMERICA, the Provisional Government of the FRENCH REPUBLIC, the Government of the UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND and the Government of the UNION OF SOVIET SOCIALIST REPUBLICS for the Prosecution and Punishment of the MAJOR WAR CRIMINALS of the EUROPEAN AXIS WHEREAS the United Nations have from time to time made declarations of their intention that War Criminals shall be brought to justice;(…) NOW THEREFORE the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics (hereinafter called "the Signatories") acting in the interests of all the United Nations and by their representatives duly authorized thereto have concluded this Agreement (...)*” (grifos no original). LONDON

tribunal internacional, trata-se de um acordo celebrado apenas entre as potências vencedoras (é assinado apenas pelos Estados Unidos, pela URSS, pela Inglaterra e pelo governo provisório da França) “atendendo aos interesses de todas as nações unidas”, exclusivamente para julgamento dos países do Eixo. Do Tribunal de Tóquio ainda menos universalização se pode esperar, já que foi criado por uma proclamação especial do Comandante das Forças Aliadas no Extremo Oriente, não por um tratado internacional tradicional⁴⁰⁸. Ademais, embora contasse com juízes de vários países, foi dominado pela atuação americana, apenas utilizando-se da experiência e da construção teórica internacional. Tinha um cunho tão nacionalizado que os condenados, como se viu, chegaram a apresentar recursos para a Suprema Corte Americana mas, como era de se esperar, não foram bem sucedidos⁴⁰⁹, pois a própria Corte, no caso Hirota, e em pragmática contradição, reconheceu que o Tribunal de Tóquio não era uma corte americana⁴¹⁰.

Do ponto de vista da justiça penal internacional, portanto, as experiências do pós-Segunda Guerra Mundial no campo da aplicação de sanções penais não se constituíram em julgamentos universalizados, mas, apenas, em julgamentos internacionalizados, sendo, em si, tribunais grocianos. Afinal, não foram constituídos para atender aos interesses universais, mas, sim, aos interesses das potências vencedoras que, em grande parte, é verdade, eram os mesmos da comunidade internacional. Mas, de qualquer forma, as experiências jurisdicionais de Nuremberg e de Tóquio não espelhavam perfeitamente o substrato filosófico que se desenvolvera a partir da lógica da ruptura⁴¹¹. De fato, essa manifestação de poder punitivo internacional precisa ser entendida como o que realmente foi: um exercício de poder que se lançou a partir dos vencedores sobre os vencidos e, portanto, tem as limitações naturais de um exercício como esse.

AGREEMENT OF AUGUST 8TH 1945. **Agreement by the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis.** Acordo celebrado em 8 de agosto de 1945. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>>. Acesso em: 24/07/2012.

⁴⁰⁸ SLUITER, Göran; ZAHAR, Alexander. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 05.

⁴⁰⁹ BASSIOUNI, Chérif. L'Origine et le Développement du Droit Pénal International dans une Perspective Historique in *Revue Internationale de Droit Pénal – Projet de Code Pénal International*. In: **Association Internationale de Droit Pénal**. 52.o. année – Nouvelle Série, 1o. e 2o. trimestres, Éditions Erès, 1981, p. 57.

⁴¹⁰ A Corte não reconheceu a natureza “Americana” do tribunal, embora tivesse sido criado por ordens militares americanas. Como se se pode referir a ela como uma construção propriamente internacional, o problema de fundamento e natureza é evidente. SLUITER, Göran; ZAHAR, Alexander. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 06.

⁴¹¹ Sobre a “lógica da ruptura”, ver LAFER, Celso **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 80-114 e 117-145.

Mas apesar das críticas que se podem fazer a esses tribunais, não se pode negar que é nesse momento que se constrói um fundamento teórico e filosófico que daria ao Direito Internacional o substrato necessário para a sua evolução e para a apropriação dos instrumentos penais. Além do consenso que representaram, os Tribunais militares da Segunda Guerra Mundial serviram a indicar os caminhos mais claros para a evitação de crimes universais. O todo de regras, procedimentos, jurisprudência, experiência humana e política e a doutrina dos tribunais da Segunda Guerra foram repetidos, discutidos e digeridos durante toda a Guerra Fria e permitiram um enorme avanço no Direito Penal Internacional.

Um dos maiores avanços foi representado pelo reconhecimento da responsabilidade individual no plano internacional independentemente daquela dos Estados, especialmente no plano penal⁴¹². Afinal, superando o paradigma de que o Direito Internacional era o campo onde se relacionavam apenas os Estados, segundo a lógica da Westphalia, Nuremberg é um indicador claro do bem-sucedido processo de responsabilização do indivíduo e da sua inclusão como agente no plano internacional⁴¹³.

Efetivamente, nos dias de hoje, apesar de importantes posicionamentos apresentados em sentido contrário⁴¹⁴, quase não se discute mais a questão da possibilidade da representação individual no plano internacional e parece certo que atualmente reconheceu-se que o indivíduo em separado do seu Estado originário tem responsabilidade para com a coletividade mundial. Segundo HIRSCH, “o processo de Nuremberg permite estabelecer uma ligação direta entre a reponsabilidade individual e o direito das gentes”⁴¹⁵.

⁴¹² LAFER, Celso. **Reflexões sobre a atualidade da análise de Hannah Arendt sobre o processo Eichmann**. 2011. Exposição apresentada no Colóquio Eichmann em Jerusalém – 50 anos depois: antissemitismo e genocídio entre Memória e História. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 11 de novembro de 2011.

⁴¹³ Para MANTOVANI, “*O direito internacional clássico não conhecia – como é notório – nenhuma responsabilidade dos indivíduos, pela reiterada incapacidade deles de serem sujeitos de direito internacional. Só o direito penal estatal (...) podia tutelar as normas do direito internacional. A partir da primeira guerra mundial afirmou-se, sobretudo no estrangeiro, uma tendência a conceber, dentro de certos limites, o indivíduo singular como sujeito de direitos e deveres de direito internacional e que as mais graves transgressões a determinadas normas primárias de tal direito fossem de ser consideradas delitos internacionais, puníveis já segundo o mesmo direito internacional nos confrontos dos indivíduos autores*”. MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale. Terza Edizione**. Padova: Cedam, 1992, p. 959 e 960 (tradução livre).

⁴¹⁴ A posição de REZEK, para quem “*não têm personalidade jurídica de direito internacional os indivíduos, e tampouco as empresas, privadas ou públicas*”, pois, “*(...)é ilusória a ideia de que o indivíduo tenha deveres diretamente impostos pelo direito internacional público, independentemente de qualquer compromisso que vincule seu Estado patrial, ou seu Estado de residência*”. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. Nona edição, revisada. São Paulo: Saraiva, 2002, p.146 e 147, respectivamente.

⁴¹⁵ HIRSCH, Herbert. Procès de Nuremberg et procès postérieurs. In: CHARNY, Israel W. (dir.). **Le livre noir de l’humanité – Encyclopédie mondiale des génocides** (p. 448-450). Toulouse: Privat, 2001, p. 449

É essa “personalização internacional” do indivíduo que garante a repressão dos acusados em Nuremberg. Afinal, a defesa de que atuavam em nome do Estado ou em cumprimento de ordens superiores precisava ser desfeita – para o que serviu adequadamente a separação entre indivíduo e seu Estado de origem, constituindo-se a noção de que os crimes então julgados são cometidos por homens, e não por entidades abstratas, tais como o Estado.

Reconheceu-se, também, a natureza costumeira do Direito Penal Internacional, “que retira sua origem de tratados, decisões, jurisdições, princípios internacionalmente reconhecidos e, inclusive, da doutrina”⁴¹⁶. Ao se afirma o caráter consuetudinário do Direito Penal Internacional, permite-se uma nova compreensão do princípio *nullum crimen sine lege*, base para qualquer sistema penal codificado, indicando que sua aplicação não deveria ser feita como é realizada nos países de *civil law*. Esse raciocínio em Nuremberg permitiu justamente a criação dos tipos penais pós-fato e a consequente fundamentação jurisprudencial e normativa dos tipos penais que caracterizam o campo de atuação do Direito Penal Internacional. Assim se lançaram as bases definidoras do crime de genocídio, dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e dos crimes contra a paz (que dariam corpo ao atual crime de agressão).

Finalmente, a instituição de tribunais internacionais penais militares respondeu à vontade da população mundial que clamava por uma atuação positiva contra as desumanidades da guerra. Ainda que tenha sido instituído por uma forma antidemocrática, representou um símbolo de luta contra a violência que anula os direitos individuais, que reifica o homem e que representa a essência da desumanidade. Portanto, ao lado da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção de Genocídio, tudo em

(tradução livre). Aliás, a título de responsabilização penal, não é a responsabilidade individual que está a perigo, mas, sim, a responsabilidade do Estado, que tradicionalmente sempre foi o único agente no plano internacional.⁴¹⁵ Por isso que SPINEDI inicia assim seu texto a respeito da responsabilidade criminal do Estado: “o tema mais debatido em matéria de responsabilidade internacional dos Estados nos últimos vinte anos é aquele da existência de fatos ilícitos dos Estados que seriam classificados em uma categoria diferente daquela aonde são classificadas todos os outros fatos internacionalmente ilícitos, fatos que foram denominados ‘crimes internacionais dos Estados’”. SPINEDI, Marina. *La Responsabilité de L’État pour “Crime”*: Une Responsabilité Pénale? In: ASCENCIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. **Droit International Penal** (p. 93-114). Paris: Pedone, 2000, p. 93. É certo que, a esse respeito a própria Comissão de Direito Internacional da ONU, em 1976, já adotara uma definição de crimes cometidos pelo Estado. Assim, conforme RAMOS PEREIRA, “a CDI [Comissão de Direito Internacional – ONU] definiu ‘crime internacional’ como ‘o fato ilícito internacional que resulta de uma violação por um Estado, de uma obrigação internacional tão essencial para a salvaguarda de interesses fundamentais da Comunidade Internacional, que a sua violação está reconhecida como um crime por essa Comunidade, no seu conjunto constitui um crime internacional’” (PEREIRA, Luiz César Ramos. **Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas consequências no direito internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado**. São Paulo: LTr, 2000, p.322). Todavia, mais recentemente esse posicionamento caiu em desuso, como atesta, por exemplo, a determinação presente no artigo 25 (4) do Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional que exclui, veementemente, a responsabilidade criminal do Estado.

⁴¹⁶ MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de Droit Criminel**. Paris: Cujas, 1997, p. 492.

profundo contato com a Carta das Nações Unidas, a experiência de Nuremberg e de Tóquio era vista como a representação de uma nova ordem internacional, centrada no indivíduo e na garantia dos direitos humanos.

De todo esse processo, era necessário extrair um substrato essencial para que se evitasse o vazio normativo anterior às experiências de Nuremberg e Tóquio. Daí a constituição do que veio a se chamar de “Princípios de Nuremberg”, na forma requerida pelas Nações Unidas⁴¹⁷ e desenhada pela Comissão de Direito Internacional no relatório da sua segunda sessão, de 5 de junho de 1950⁴¹⁸, que se manifestaria como o “prelúdio decisivo para a nova ordem jurídica internacional”⁴¹⁹.

Logo após os tribunais da Segunda Grande Guerra, os doutrinadores esforçaram-se para resolver os problemas surgidos nesses julgamentos, pois os argumentos levantados pela defesa nos plenários de Nuremberg e de Tóquio – e mesmo nos julgamentos que os sucederam – eram perfeitamente sustentáveis do ponto de vista do Direito Penal. Segundo BASSIOUNI⁴²⁰, os principais argumentos foram acerca da falta de respaldo no Direito Internacional para a criação de tais tribunais e as violações da legalidade, tanto na definição dos crimes quanto das penas.

De fato, à época não havia clareza no que era “crime de agressão” e, nos crimes de guerra, nada impedia a alegação corrente da ordem hierárquica. E, de fato, nunca houve definição acerca da pena a ser aplicada a tais crimes. Para evitar tais argumentações, a Carta de Nuremberg (e a de Tóquio, já que esta se baseou naquela) determinou expressamente⁴²¹ que os chefes de Estado responsabilizados não poderiam se utilizar, em suas defesas, do argumento da ordem superior hierárquica (*respondeat superior*) retirada da doutrina do Ato do Estado. Entretanto, tais determinações foram efetivamente feitas *ex*

⁴¹⁷ Resolução da Assembléia das Nações Unidas n. 177 (II), parágrafo “a”, de 21 de novembro de 1947. UN. **General Assembly Resolution n. 177 (II)**. Resolução de 21 de novembro de 1947. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/84/IMG/NR003884.pdf?OpenElement>>.

Acesso em: 17/11/2012.

⁴¹⁸ “em 11 de dezembro de 1946, a Assembléia Geral das Nações Unidas afirmava à unanimidade os princípios de direito internacional que decorriam da Carta de Nuremberg. Aos nossos dias esses princípios, tais como foram redigidos pela comissão de direito internacional das Nações Unidas, têm valor de lei. Esse Estatuto de Nuremberg e os princípios que dele decorrem inspiraram e permitiram a criação dos tribunais penais internacionais que vieram à luz, como o tribunal penal internacional para a Antiga Iugoslávia, instituído em 1991”. BAZILER, Michael. Procès pour génocides et crimes de guerre. In: CHARNY, Israel W. (dir.). **Le livre noir de l’humanité – Encyclopédie mondiale des génocides**. Toulouse: Privat, 2001, p. 445 (tradução livre).

⁴¹⁹ BAZILER, Michael. Principes de Nuremberg, 1946. In: CHARNY, Israel W. (dir.). **Le livre noir de l’humanité – Encyclopédie mondiale des génocides**. Toulouse: Privat, 2001, p. 446.

⁴²⁰ BASSIOUNI, Chérif. L’Origine et le Développement du Droit Pénal International dans une Perspective Historique in Revue Internationale de Droit Pénal – Projet de Code Pénal International. In: **Association Internationale de Droit Pénal**. 52.o. année – Nouvelle Série, 1o. e 2o. trimestres, Éditions Erès, 1981, p. 59.

⁴²¹ Artigos VII e VIII da Carta de Nuremberg.

post facto, pois quando do cometimento dos crimes as referidas regras ainda não existiam. Essa, aliás, foi uma das críticas veementes do Juiz PAL RADHABINOD, do Tribunal de Tóquio, à justiça penal do pós-guerra⁴²².

Assim, os princípios gerais de Nuremberg, em número de sete, identificavam, em suma: (a) a responsabilidade penal internacional do indivíduo e a necessidade de que se punam os responsáveis pelos crimes internacionais, ainda que a lei nacional não estabeleça tal conduta como criminosa (princípios I e II); (b) a irrelevância da qualidade de chefe de Estado ou de alta posição hierárquica, ou da existência de ordem superior hierárquica, no estabelecimento da responsabilidade criminal, ainda que essas condições possam ser usadas como determinantes da culpabilidade (princípios III e IV); o direito a um julgamento justo na repressão de crimes internacionais (princípio V); as definições gerais dos crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade (princípio VI); e o reconhecimento da cumplicidade como forma de responsabilização criminal por crimes internacionais⁴²³.

Esses princípios acabaram por formar os fundamentos da justiça penal internacional e foram repetidos, com ajustes e adaptações, nos estatutos dos tribunais internacionais posteriores tanto quanto em documentos internos de diversos países. Mais do que isso, esses princípios tiveram o importante papel de propelar a justiça penal internacional adiante, garantindo-lhe um substrato quase-normativo mínimo em que se escorar, ainda que a experiência pós-Nurember, segundo parte da doutrina, não tenha representado um consenso tão absoluto como se defende⁴²⁴.

2.2. O novo fôlego da justiça penal internacional: fim da Guerra Fria e ares humanizadores

⁴²² Ao apontar que a criminalização das condutas foi realizada “*ex post facto*”, o juiz Radhabinod PAL menciona expressamente que “I do not see what is there in these provisions which authorizes such a revolutionary creation of *ex post facto* international law. Of course, law can also be created illegally otherwise than by the recognized procedures – *ex injuria jus oritur*: Any law NOW created in this manner and applied WILL perhaps be the law *henceforth*”. NAKAMURA, Akira. Foreword. In: PAL, Radhabinod. **International Military Tribunal for Far East – Dissident Judgement of Justice Pal**. Tokyo: Kokusho – Kankokai Inc., 1999, p. 30 (grifos no original). Disponível em: http://www.sdh-fact.com/CL02_1/65_S4.pdf. Acesso em: 27.06.2012.

⁴²³ Conforme: UN. International Law Commission. **Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal (1950)**. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf>. Acesso em: 10.10.2012.

⁴²⁴ MINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence**. Boston/Massachusetts: Beacon Press, 1998, p. 34 e seguintes.

Em paralelo ao modelo indireto de justiça penal internacional que se formava com a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, construiu-se também um sistema direto baseado em um importante processo de tribunalização decorrente das experiências de Nuremberg e Tóquio⁴²⁵. De fato, a repressão aos crimes universais pode se dar nacional ou internacionalmente a partir de uma matriz normativa comum. No primeiro caso, a fonte jurisdicional é nacional, ainda que a base normativa provenha do plano internacional, como acontece com um país que se vincula ao princípio da jurisdição penal universal⁴²⁶. No segundo caso, a fonte é externa e se caracteriza por uma substituição do Estado na aplicação da justiça. Uma corte penal internacional ou um organismo similar se encarrega da investigação, do processamento e, eventualmente, da condenação e execução dos acusados de crimes universais – como ocorre, por exemplo, no caso do Tribunal Penal Internacional para a Ruanda ou para a ex-Iugoslávia.

É o que se pretende apresentar nesta parte do trabalho, indicando como se comporta a justiça penal internacional durante a Guerra Fria e identificando como se constrói e se materializa o processo de tribunalização penal internacional.

2.2.1. A justiça penal internacional no pós-guerra: a Guerra Fria

A polarização do poder durante a Guerra Fria modifica substancialmente o exercício do poder internacional e impede, quase por completo, a aplicação do *ius puniendi* nesse plano. Passada a experiência dos tribunais de Nuremberg e Tóquio, o mundo

⁴²⁵ Sobre a diferença entre os sistemas direto e indireto de justiça penal internacional, ver especialmente BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley: Transnational Publishers, 2003, p. 333 e seguintes.

⁴²⁶ RANIERI trata desse princípio, que já foi apontado como forma de atenuação do princípio da territorialidade, indicando-o, na lei italiana, da seguinte forma: “*è applicabile la legge italiana anche a fatti commessi all'estero, per il riconoscimento del loro valore criminoso, che supera i confini di uno Stato particolare e preoccupa la generalità degli Stati*” (p. 79-80). Entrariam nessa categoria crimes aos quais especiais disposições legais ou convenções internacionais determinam a aplicação da lei italiana. São, por exemplo, os crimes: “*la tratta di donne e di minori*” (Convenção de Nova York de 21.03.50); redução à condição de escravo, tráfico e comércio de escravos; danificação de cabos telefônicos submarinos (convenção internacional de 14.03.1884); pirataria; etc. RANIERI, Silvio. **Manuale di Diritto Penale – Volume Primo, Parte Generale**. Quarta Edizione. Padova: CEDAM, 1968, p. 79-80. Na construção histórica de BETTIOL, o critério da universalidade, que se contrapõe ao critério da territorialidade, é aquele pelo qual “*la legge penale di uno Stato dovrebbe trovare applicazione anche al di fuori del territorio dello Stato sempre che il caso lo richieda: è una tendenza che mira, in ultima analisi, alla creazione di un codice penale universale per un'efficace lotta contro la delinquenza, ma che suppone l'abbandono di una politica e di una legislazione penale autonome e quindi per gli Stati un sacrificio sua pure parziale della sovranità in materia legislativa penale*”. BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penale, Parte Generale**. Terceira edição. Palermo: G. Priulla Editore, 1955, p. 121. Sobre o tema, consultar, ainda, JANKOV, Fernanda Florentino F. **Direito Internacional Penal: Mecanismo de Implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

precisaria esperar décadas até a efetivação dos tribunais penais internacionais. Não que o Direito Penal Internacional se tenha estagnado, entretanto, a criação de um órgão apto a julgar os responsáveis por crimes universais e, portanto, materializar diretamente o poder punitivo internacional teria que esperar até a década de noventa.

Segundo HOBBSAWN⁴²⁷, a Guerra Fria foi responsável pela mudança do panorama internacional em três aspectos principais: 1) eliminou todos os conflitos anteriores à Segunda Guerra Mundial e substituiu-os por apenas um: o bloco comunista contra o bloco capitalista (a título de exemplo, o eterno conflito entre Alemanha e França foi definitivamente encerrado simplesmente porque “sua filiação comum no campo americano e a hegemonia de Washington sobre a Europa não deixariam a Alemanha escapar do controle”⁴²⁸; 2) congelou uma formação mundial geográfica e politicamente instável, senão na Europa, em diversos outros lugares, como na Iugoslávia e no Oriente Médio⁴²⁹. Essa condição, especialmente, seria a responsável pelo enorme número de conflitos desde 1945⁴³⁰; 3) finalmente, “encheu o mundo de armas num grau que desafia a crença”⁴³¹, resultado direto da corrida armamentista durante mais de quarenta anos.

Durante esse período, os trabalhos nas Nações Unidas e seus órgãos lançaram as bases para uma efetiva jurisdição internacional. Em especial na Resolução 260 de 9 de dezembro de 1948, debateu-se a questão da necessidade de um Tribunal Internacional com competência para o julgamentos dos acusados de genocídio. A Assembleia das Nações Unidas, nesse documento, fez uma solicitação para que sua então recém-criada Comissão de Direito Internacional realizasse estudos sobre a eventual criação de um órgão judicial internacional com competência para julgamento das pessoas que cometessem crimes de genocídio⁴³², e os trabalhos da referida comissão chegaram à produção de um projeto para

⁴²⁷ HOBBSAWN, Eric J. **Era dos Extremos**: o breve século XX, 1914-1991. Segunda edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 248 e seg.

⁴²⁸ HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX, 1914-1991. Segunda edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 248.

⁴²⁹ O exemplo do Iraque deixa essa condição muito clara: “*as reivindicações do Iraque contra o Kwait – o pequeno protetorado britânico rico em petróleo, no topo do golfo Pérsico, independente desde 1961 – eram antigas e constantemente reafirmadas. Só levaram à guerra quando o golfo Pérsico deixou de ser um quase automático ponto explosivo de confronto entre as superpotências. Antes de 1989, é certo que a URSS, principal fornecedora de armas ao Iraque, teria desencorajado vigorosamente qualquer aventureirismo de Bagdá naquela área*”. HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX, 1914-1991. Segunda edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 249.

⁴³⁰ BOBBIO, Norberto. As Nações Unidas Quarenta Anos Depois. In: BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente**: Ensaios e Discursos sobre a Paz e a Guerra. Barueri: Manole, 2009, p. 120.

⁴³¹ HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX, 1914-1991. Segunda edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 250.

⁴³² UN. **General Assembly Resolution n. 260 (III)**. Resolução de 21 de novembro de 1947. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/1295963.82379532.html>>. Acesso em: 08/08/2012.

tanto em 1951 que chegou a ser revisado em 1953⁴³³, mas não tiveram seguimento justamente pelo advento da Guerra Fria. Nesse sentido, a ONU, adiante, pela Assembleia Geral, negou por duas vezes a criação de uma Corte Penal Internacional⁴³⁴.

Ora, com o mundo dividido em dois grandes blocos não era possível exercer a punição internacional contra acusados de graves crimes, pois os conflitos onde os crimes eram cometidos durante o período estavam invariavelmente sob a guarda e área de interesse de uma das duas superpotências envolvidas, que, por óbvio, não admitiam a ideia de um Tribunal que pudesse julgá-los e a seus nacionais por crimes de genocídio ou similares. Mesmo porque as duas superpotências evitavam choques a qualquer custo e “trabalhavam com base na suposição de que a coexistência pacífica entre ambas era possível a longo prazo”⁴³⁵.

Embora se fale de justiça penal internacional em casos como Eichmann e Demjanjuk, em Israel, e os demais julgamentos do pós-guerra, como também em outros casos mais recentes, tais como *Barbie, Touvier e Papon*, na França, *Stangl, Han, Lischka, Schamberger e Barth*, na Alemanha, *Priebke e Hass*, na Itália⁴³⁶, é difícil classificar tais casos como internacionais porque neles ocorreu, de regra, uma justiça penal segundo a territorialidade⁴³⁷. É certo que tais julgamentos atendem ao interesse da comunidade internacional, mas isso indica, apenas, que existe uma concordância de todos em favor da punição de tais criminosos, tanto quanto em outros casos de criminosos domésticos. Não implica um caráter internacional e, mais do que isso, esses julgamentos parecem ainda resquícios da justiça como foi exercida na Segunda Guerra Mundial, pois não houve, durante toda a Guerra Fria, casos de julgamentos internacionais efetivamente “novos”, embora crimes contra a humanidade e crimes de guerra – ou mesmo os antigos “crimes contra a paz” – fossem cometidos compulsivamente.

⁴³³ BASSIONI, M. Chérif. L'Expérience des Premières Jurisdictions Pénales Internationales. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. **Droit International Pénal**. Paris: Pedone, 2000 (p. 635-659), p. 653-654.

⁴³⁴ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 293-294.

⁴³⁵ HOBBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991**. Segunda edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 225.

⁴³⁶ Sobre tais casos, ver BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **La justice pénale internationale**. Paris: PUF, 2000, p. 45-51.

⁴³⁷ “*Les procès conduits en France contre Klaus Barbie, Paul Touvier, Maurice Papon et peut-être un jour contre Aloïs Brunner ne sont pas directement liés à la question du juge pénal international et son même strictement nationaux. Cependant, ils indiquent quel est le sens de l'évolution des idées permettant ainsi de faire un parallèle avec ce qui se passe à la fois dans d'autres pays ou au plan international*”. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **La justice pénale internationale**. Paris: PUF, 2000, p. 50.

O caso Eichmann, por exemplo, é emblemático. Embora seja comum que se aponte tratar-se de justiça penal internacional, o acusado foi preso (um caso clássico de abdução) e processado pelo Estado de Israel, sem qualquer participação internacional. Com ARENDT, pode-se dizer a internacionalização do caso Eichmann decorre, do ponto de vista prático, da sua prisão realizada em violação do Direito Internacional⁴³⁸, pois em geral pouco se diferenciava dos outros julgamentos nacionais de criminosos nazistas que, numerosos, ocorreram depois da guerra⁴³⁹.

De fato, sequer se pode dizer que a acusação era pela prática de crimes internacionais, pois a lei aplicada foi uma lei nacional israelense de 1950 que, inclusive, reconhecia a jurisdição israelense para o acusado “mesmo que já tenha sido julgada no estrangeiro, seja perante um tribunal internacional, seja perante um tribunal de um Estado estrangeiro, pelo mesmo crime”⁴⁴⁰. Por isso, Eichmann foi condenado não apenas por crimes contra a humanidade, mas, sobretudo, por crimes contra o povo judeu, ponto que ensejou a veemente discordância de ARENDT⁴⁴¹.

Ora, dado o interesse universal no caso Eichmann, já que se tratavam de crimes que violavam o sentimento de humanidade, ARENDT critica a nacionalização do caso. Conforme discute em *Eichmann em Jerusalém*, a fundamentação para o julgamento do acusado deu-se por uma aplicação amalgamada de três princípios completamente opostos a justificar o exercício jurisdicional penal⁴⁴² (territorialidade, personalidade passiva e jurisdição universal). Em sua opinião, embora a autora preferisse o julgamento por uma corte internacional (o que evitaria o problema da personalidade passiva e o julgamento *forum patriae victimae*⁴⁴³), apenas a territorialidade, segundo uma interessante interpretação do princípio⁴⁴⁴, justificaria a jurisdição penal de forma muito mais lógica e

⁴³⁸ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: Um Relato sobre a Banalidade do Mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 286.

⁴³⁹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: Um Relato sobre a Banalidade do Mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 282.

⁴⁴⁰ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: Um Relato sobre a Banalidade do Mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 268.

⁴⁴¹ Nas palavras da autora, “*Eichmann, porém, foi acusado principalmente de crimes contra o povo judeu, e sua captura, que a teoria de jurisdição universal pretendia desculpar, certamente não se devia ao fato de ele ter também cometido crimes contra a humanidade, mas exclusivamente a seu papel na Solução Final do problema judeu*”. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: Um Relato sobre a Banalidade do Mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 284.

⁴⁴² ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: Um Relato sobre a Banalidade do Mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 283.

⁴⁴³ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 177.

⁴⁴⁴ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 180.

defensável. De qualquer forma, para a autora, com quem se concorda, tratou-se de caso de aplicação de lei nacional, e não internacional, mesmo porque Israel desde o início pretendeu descartar uma corte internacional, já que se tratava de uma vitória política (e histórica) importante o julgamento de Eichmann por uma corte nacional judaica⁴⁴⁵.

Todavia, se a aplicação do direito de punir internacional sequer existiu durante a Guerra Fria, o Direito Penal Internacional evoluiu substancialmente, pois a doutrina esmerou-se em desenvolver fundamentos teóricos para conformar os princípios de Nuremberg às práticas mais corriqueiras da jurisdição penal. Desse esforço se beneficiaram tanto o Direito Penal Internacional quanto o Direito Penal doméstico. Vejam-se, por exemplo, as discussões sobre a autoria e o domínio do fato que seguiram ao caso Eichmann⁴⁴⁶. Destaca-se, também a preciosa contribuição ao Direito Penal Internacional determinada pela jurisprudência dos tribunais nacionais que lidaram com questões que envolviam crimes universais ou internacionais. O mesmo se pode apontar na jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos que aos poucos foi capaz de sedimentar um mínimo de princípios limitadores da repressão universal. Um exemplo evidente é que não se cogita, nos dias de hoje, a constituição de um tribunal penal internacional que venha a aplicar a pena de morte aos seus condenados, ainda que a pena de prisão perpétua seja normalmente definida nos estatutos dessas cortes.

Se até os anos oitenta a criação de uma efetiva justiça penal internacional não encontrava condições de se materializar por conta de impedimentos eminentemente políticos, é certo que o fim da Guerra Fria, bem como a construção de um ambiente internacional que falava a língua dos direitos humanos, permitiu um grau de coesão política internacional que ensejou o surgimento de tribunais penais internacionais e desenhou a forma do novo modelo internacional repressivo.

A derrocada do bloco soviético vai obrigar a comunidade internacional a lidar com uma nova distribuição das relações de poder e com esse novo quadro político – confuso e instável – que se instaura durante os anos oitenta e noventa⁴⁴⁷. O vácuo do conflito, todavia, vai ensejar uma centralização do poder internacional que permite uma recuperação

⁴⁴⁵ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 294.

⁴⁴⁶ ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal – Parte General**. Segunda edición. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 780.

⁴⁴⁷ “O fim da Guerra Fria retirou de repente os esteiros que sustentavam a estrutura internacional (...) e o que restou foi um mundo em desordem e colapso parcial, porque nada havia para substituí-los⁴⁴⁷”. HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991**. Segunda edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 251.

da força das Nações Unidas e, finalmente, sob certo aspecto, a colocação em vigor, pela primeira vez, daquele modelo originalmente estabelecido na Carta das Nações Unidas que, até então, ficara submetida ao modelo da paz de império⁴⁴⁸. Como contavam com uma quase universal participação dos países na sua Assembleia Geral, as Nações Unidas eram o candidato natural sobre o qual recairia a regulação da comunidade internacional. É nesse caldo de indefinição, também, que surgem possibilidades novas de regulação da ordem internacional. Segundo LAFER,

a oportunidade política, para asseverar a indivisibilidade e a interdependência dos direitos, perante o *comum* do *auditório universal* e superar as descontinuidades de seletividade, surge com o fim da Guerra Fria, que deu início a um sistema internacional de polaridades indefinidas. Este sistema está sendo conformado pelo movimento de duas forças contraditórias: as centrípetas que impõem à globalização, e as centrífugas que favorecem a fragmentação.⁴⁴⁹

Nesse contexto multifacetado de conflitos Leste/Oeste e Norte/Sul, seria natural que o debate fosse levado para um foro mais amplo – e a Assembleia das Nações Unidas era certamente o lugar mais indicado. Especialmente, aliás, porque os Estados Unidos saíram da Guerra Fria como os vencedores e tiveram confirmado seu status de única superpotência, era certo que o mundo se encontrava de alguma forma alinhado ao modelo americano a tal ponto que não havia qualquer razão para se colocar em xeque essa assunção de poder pelas Nações Unidas. Uma comunidade internacional mais alinhada certamente também permitiria um desenvolvimento econômico mais garantido e menos arriscado, especialmente porque seguiria, então, e em geral, a linha liberal norte-americana. Essa posição hegemônica se modificaria no futuro, especialmente do final dos anos noventa adiante, com novas forças atuando nos planos econômico e militar internacional, obrigando os Estados Unidos a demonstrações evidentes de força⁴⁵⁰, mas em geral, o modelo americano não encontra opositores⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ BOBBIO, Norberto. As Nações Unidas Quarenta Anos Depois. In: BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente: Ensaio e Discursos sobre a Paz e a Guerra** (p. 119-138). Barueri: Manole, 2009, p. 128.

⁴⁴⁹ LAFER, Celso. Prefácio. In: ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos como tema global**. Segunda edição. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. XLII.

⁴⁵⁰ Se durante a primeira Guerra do Golfo, em 1990-1991, os Estados Unidos desempenharam seu papel nos estritos limites delineados pela ONU, em 1999, quando do bombardeio do Kosovo levado a cabo pela OTAN e encabeçado pelos Estados Unidos, já não havia autorização para tanto e, finalmente, tanto no caso do Afeganistão quanto do Iraque as invasões foram levadas adiante em total contrariedade ao modelo da ONU de controle da guerra.

⁴⁵¹ Segundo DIHN, DAILLER e PELLET, “À ‘diarquia’ americano-soviética sucedeu, a partir dos finais dos anos 80, um sistema unipolar no seio do qual, à falta de contrapeso, os Estados Unidos fazem triunfar os seus pontos de vista, graças à sua indiscutível superioridade militar – como se demonstrou com a ‘guerra do Golfo’ em 1990-1991 – mesmo que a sua supremacia econômica, esmagadora ao sair da Segunda Guerra

É por isso, certamente, que o fim da Guerra Fria permitirá, finalmente, uma aplicação da Carta das Nações Unidas como fora arquitetada originalmente. É emblemático, inclusive, que seja apenas na primeira Guerra do Golfo em que, pela primeira vez, as determinações da Carta tenham sido aplicadas quase literalmente⁴⁵².

Por outro lado, o consenso sobre a necessidade de proteção dos direitos humanos também desempenhou um papel essencial nesse contexto. Afinal, se é certo que a ONU historicamente falhou na sua pretensão de manter a paz e a segurança, garantir o desarmamento e construir uma ponte entre países ricos e pobres⁴⁵³, seu sucesso no suporte à construção de um modelo internacional de direitos humanos onde os Estados não são os únicos agentes foi crucial, sendo possível afirmar ter sido ela o organismo internacional responsável pelo novo *ethos* humanista internacional⁴⁵⁴.

É nesse sentido, dentro de um novo contexto e diante de uma nova configuração política internacional que as Nações Unidas vão conseguir tomar as rédeas do poder de punir. Não é estranho, portanto, que tenham sido engendrados no seio das Nações Unidas, pela primeira vez, tribunais penais internacionais com apoio universal. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) e o Tribunal Penal Internacional para a Ruanda (TPIR) são criados pelo Conselho de Segurança da ONU a partir das definições teóricas que a disciplina desenvolvera nos braços do Direito Penal Internacional e a partir de toda a discussão que até então se instalada sobre a questão.

Além da Guerra Fria, vários fatores dariam ensejo à criação dos tribunais da ONU⁴⁵⁵, mas três deles tiveram especial importância. Em primeiro lugar, a recuperação de poder pelas Nações Unidas foi um indicador importante, pois permitiu, dentro do consenso mundial, que o poder punitivo fosse exercido de forma direta no plano internacional. O

Mundial, seja equilibrada pelo aumento do poder de que dispõem a Europa, o Japão e mesmo certos Estados da Ásia como a Coreia do Sul". DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 60.

⁴⁵² Segundo DINH, DAILLER e PELLET, é só na primeira Guerra do Golfo (1990-1991) que o modelo de controle de paz determinado pelas disposições da Carta das Nações Unidas vai poder se usado. DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 871.

⁴⁵³ CASSESE, Antonio. **International Law**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 336

⁴⁵⁴ "it has gradually brought about a sort of Copernican revolution: while previously the whole international system hinged on State sovereignty, at present individual make up the linchpin of that community. To be sure, States still play a crucial role in international dealings. However, now they are no longer looked upon as perfect and self-centered entities. They are now viewed as structures primarily geared to the furtherance of interests and concerns of individuals. Only a universal intergovernmental organization of the caliber of the UN could have achieved this momentous result". CASSESE, Antonio. **International Law**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 333.

⁴⁵⁵ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 335.

segundo fator, talvez ainda mais importante, foi certamente a globalização da informação. Com os combates sendo televisionados via satélite para todo o mundo, que, em grande parte, o recebia sem o filtro da censura, a Guerra da Iugoslávia tornou-se um fenômeno *pop* e assombrou a população mundial⁴⁵⁶, de modo que a pressão popular para tomada de posições diante do conflito já não mais podia ser ignorada⁴⁵⁷. Por outro lado, o próprio fato de que o Conselho de Segurança tomara uma medida diante desse conflito e a presença de representantes da Ruanda como membros temporários do Conselho foram elementos que implicaram a criação de um tribunal também para o conflito africano.

Mas certamente desempenhou um papel importante o fato de que o conflito da Iugoslávia se deu às barbas da Europa. Segundo MERLE e VITU,

foi preciso que a Europa fosse ela mesma atingida pelos massacres realizados em 1991-1995 na Bósnia-Herzegovina e que outros massacres ainda mais graves tivessem lugar na Ruanda para que, enfim, a Comunidade internacional agisse e que fossem criados dois tribunais penais internacionais para julgar os responsáveis pelas atrocidades cometidas.⁴⁵⁸

Nesse sentido, e ao cabo de um longo processo, o fim da guerra fria seria também, nos anos noventa, portanto, o catalisador da nova geopolítica do Direito Penal Internacional⁴⁵⁹ e da justiça penal realizada no plano internacional.

2.2.2. O processo de tribunalização: reforço do sistema repressivo direto de justiça penal internacional.

⁴⁵⁶ “In 1992, pictures of emaciated detainees starving behind barbed wire fences and reports that women were enslaved for systematic rape in detention camps in the former Yugoslavia stunned the world community, evoking images of World War II’s Nazi concentration camps in Europe and the sexual slavery of the former ‘comfort women’ by the Japanese Imperial Army in Asia”. ASKIN, Kelly Dawn. *The ICTY: An Introduction to its Origins, Rules and Jurisprudence*. In: MAY, Richard, et al (eds.). **Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honor of Gabrielle Kirk McDonald**. The Hague: Kluwer Law International, 2001 (p. 13-23), p. 15.

⁴⁵⁷ “A new public awareness also resulted from televised and eyewitness accounts of atrocities in the Balkans and later in Rwanda. The tacit acceptance of human rights violations on both sides of the cold war divide became simultaneously more visible and less tolerable. Human rights and women’s organizations were able to work on their own and later through a UN commission of experts (...) to establish the International Criminal tribunal for the Former Yugoslavia and later for Rwanda. This and the 1998 Rome Treaty to establish a permanent international criminal court were major steps toward the goals of liberal legalism (...)”. HAGAN, John. **Justice in the Balkans: Prosecuting War Crimes in the Hague Tribunal**. Chicago: Chicago University Press, 2003, p. 29.

⁴⁵⁸ MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de Droit Criminel**. Paris: Cujas, 1997, p. 477 (tradução livre).

⁴⁵⁹ HAGAN, John. **Justice in the Balkans: Prosecuting War Crimes in the Hague Tribunal**. Chicago: Chicago University Press, 2003, p. 29.

De fato, na medida em que permitiu que a doutrina dos direitos humanos se universalizasse, o fim da guerra fria, juntamente com a recuperação do prestígio da ONU que passa a ser, agora, um centro unificador no plano internacional, vai constituir o *ethos* adequado ao Direito Penal Internacional que encontra sua razão de ser. Nesse sentido, é a doutrina dos direitos humanos no plano internacional que vai servir de ponto de virada da justiça penal internacional pelo reconhecimento de que a repressão penal desempenha uma função importante na sua garantia⁴⁶⁰.

Todavia, como não se pode sempre esperar que todos os Estados atuem no sentido esperado pela comunidade internacional surge a demanda para que se desenvolvam, no pós-Guerra Fria, um sistema de responsabilização criminal individual diante de tribunais penais internacionais⁴⁶¹, constituído pelas experiências do TPII e do TPIR e, depois, o TPI do Estatuto de Roma, compondo um sistema direto de justiça penal internacional.

Importa lembrar que se havia pretensão de criação de uma justiça penal internacional eficiente e de um Direito Penal Internacional atuante, o processo de tribunalização era essencial, pois apenas ele seria capaz de dar corpo universal à repressão criminal. Afinal, segundo FRONZA, a constituição original das regras de Direito Penal Internacional tem característica de Direito Internacional, especialmente através da pretensão de coordenação entre Estados pela definição de regras gerais segundo as quais deveria ser realizada a repressão penal (Convenção de Genocídio, por exemplo). Assim desenhadas, as determinações internacionais não têm caráter de norma penal⁴⁶², com preceitos primários e preceitos secundários, impostas por um organismo jurisdicional próprio. São, na verdade, delineadoras de reconhecimento de interesses gerais a serem protegidos internacionalmente por um sistema indireto de proteção, ou seja, aplicadas pelos Estados e suas legislações, o que não parece dar conta da necessidade da legalidade. É só com os tribunais penais internacionais dos anos noventa que essa construção muda e é

⁴⁶⁰ “*Since the Universal Declaration of Human Rights in 1948, the development of human rights norms, institutions and enforcement mechanisms has been driven by the international legal community. As a result of this perspective it is not surprising that during this time, human rights activists, representatives of multilateral organizations, scholars, and diplomats increasingly have employed a legal framework—justice—to respond to gross human rights violators and war criminals. This paradigm of justice calls for perpetrators to answer for their crimes in a court of law. Precisely because wrongdoers, particularly the intellectual authors of the crimes, subvert the orderly functioning of civil society by instigating or unleashing mass horror, the use of law to restore appropriate social norms has assumed heightened importance*”. FLETCHER, Laurel E.; WEINSTEIN, Harvey M. Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation. In: **Human Rights Quarterly**, 2002, vol. 24 (p. 574-639), p. 582.

⁴⁶¹ DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory & Practice**. Second edition. Ithaca: Cornell University Press, 2003, p. 150.

⁴⁶² FRONZA, Emanuela. Le Sanzioni. In: AMATI, Enrico; CACCAMO, Valentina; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela; VALLINI, Antonio. **Introduzione al Diritto Penale Internazionale** (p. 273-312). Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 278.

a partir de então que se pode reconhecer um sistema direto de aplicação de tais regras, agora a partir de uma proposta efetivamente – e dogmaticamente – penal. Até esse momento, portanto, era um “Direito Penal de coordenação” e não um Direito Penal diretamente repressivo.

Ademais, a justiça de Nuremberg, como se sabe, é notoriamente qualificada como “justiça dos vencedores”, pois não foi constituída à época por meio um organismo internacionalmente aceito e, portanto, com um fundamento minimamente democrático, padecendo de evidentes problemas de retroatividade, de politização e de seletividade⁴⁶³. Parece evidente que as Nações Unidas não deviam, nos anos noventa, seguir a mesma metodologia, mesmo porque a justiça penal internacional não se lançava mais contra os nazistas e, mais do que isso, a princípio, não se dirigia mais ao vencido no conflito. E sequer precisava fazê-lo, pois diante do fenômeno da universalização dos direitos humanos, o objetivo da justiça penal internacional muda do vencido na guerra para o criminoso que “viola gravemente os direitos humanos”.

Nesse sentido, o contexto de criação dos tribunais da ONU era muito diferente daquele em que havia sido realizada a justiça de Nuremberg. Quando de tais tribunais, o processo de internacionalização apenas se iniciava e a relativização do conceito de soberania não achara, ainda, um fundamento claro – aliás, disso tampouco precisava, pois a reafirmação do poder e a pretensão de vingança deram o tom da justiça à época. Mais do que isso, o Direito Internacional à época não havia incluído o indivíduo como claro sujeito de direitos e deveres no plano internacional e, já por isso era possível perceber a natureza excepcionalíssima de uma justiça penal internacional. Mesmo a Convenção de Genocídio de 1948, a resposta internacional mais direta ao Holocausto⁴⁶⁴, veio depois dos julgamentos de Nuremberg.

Não é o caso da década de noventa. Os tribunais da ONU já foram criados em um modelo de relações internacionais onde a língua franca dos direitos humanos se instalara plenamente e ditava a argumentação jurídica. Nesse sentido, a sistemática internacional atual aproxima-se muito de um horizonte kantiano do que na década de quarenta, ainda que as “forças centrípetas” do Direito Internacional se tenham apoiado naquela experiência

⁴⁶³ MINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence**. Boston/Massachusetts: Beacon Press, 1998, p. 30-31.

⁴⁶⁴ DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory & Practice**. Second edition. Ithaca: Cornell University Press, 2003, p. 150.

para a construção de consensos que marcou a primeira fase do pós-Guerra Fria⁴⁶⁵. Mais do que isso, é também nesse momento que se evidencia uma retomada do legalismo liberal que dá fundamento ao compromisso com a lei que a justiça penal internacional demanda⁴⁶⁶.

Assim, em 1993 e 1994 foram criados, respectivamente, os Tribunais Penais Internacionais da Antiga Iugoslávia e da Ruanda, para a investigação, persecução e punição dos crimes mais graves cometidos nessas regiões do globo⁴⁶⁷. São obras das Nações Unidas, por meio do seu Conselho de Segurança, e se constituem em um marco internacional da luta contra os crimes mais graves de que se tem notícia⁴⁶⁸. Em que pesem as diferenças entre as regiões a que se destinam, são figuras muito semelhantes na constituição e na ideologia.

Tais instituições foram criadas para atuar de forma independente e sob as determinações de seus Estatutos⁴⁶⁹ que retiram seus fundamentos e determinações do Direito consuetudinário internacional e dos diversos tratados de Direito Internacional até então criados. A competência territorial desses Tribunais é restrita: para a antiga Iugoslávia, dita competência se resume ao país para o qual foi criada a Corte; no caso da

⁴⁶⁵ LAFER, Celso. Prefácio. In: ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos como tema global**. Segunda edição. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. XLII.

⁴⁶⁶ HAGAN, John. **Justice in the Balkans: Prosecuting War Crimes in the Hague Tribunal**. Chicago: Chicago University Press, 2003, p. 31-32 e seguintes.

⁴⁶⁷ A Resolução 808 do Conselho de Segurança instituiu, em 22 de fevereiro de 1993, o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, com o fim de julgar as “*peças presumidamente responsáveis por violações graves do direito humanitário internacional cometidas sobre o território da Antiga Iugoslávia desde 1991*” (artigo 1.º da Resolução 808 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de 22 de fevereiro de 1993 – a aprovação do Estatuto desse Tribunal veio com a Resolução n.º 827, de 25 de maio de 1993). Quanto ao Tribunal Penal Internacional para a Ruanda, foi criado pela Resolução 955 do Conselho de Segurança, de 8 de novembro de 1994, “*encarregado unicamente de julgar as peças presumidamente responsáveis de atos de genocídio ou de outras violações graves do direito internacional humanitário cometidas sobre o território da Ruanda, e os cidadãos ruandenses responsáveis por tais atos ou violações cometidas em territórios de Estados vizinhos, entre 1.º de janeiro e 31 de dezembro de 1994...*” (artigo 1.º da Resolução 955 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de 8 de novembro de 1994). UN. **Security Council Resolution n. 808** (1993). Resolução de 22 de fevereiro de 1993. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/1795844.73371506.html>>, visitada em 17/11/2012.

⁴⁶⁸ “*May, 25, 1993 may be recalled as a milestone date for international law. On that day, the United Nations Security Council adopted a report by the Secretary-General of the United Nations proposing an International Tribunal to prosecute persons responsible for war crimes in the former Yugoslavia*”. SHESTACK, Jerome J. A review and critique of the Statute of the International Tribunal. In: DINSTEIN, Yoram; TABORY, Mala (eds.). **War Crimes in International Law** (p. 197-210). Hague: Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p.197.

⁴⁶⁹ Assim aponta Karibi-Whyte “*each of the Tribunals is a composite unit and the enforcement arm of the Security Council. Although vested with both prosecutorial and judicial powers, there is a rigid statutory separation of the respective organs, to avoid the interference by one in the performance of the functions of the other*”. KARIBI-WHYTE, Alphonsus G. Appeal Procedures and Practices. KIRK MCDONALD, Gabrielle; SWAAK-GOLDMAN, Olivia (eds.). **Substantive and procedural aspects of international criminal law – the experience of international and national courts**. Volume I (p. 627-649). The Hague-Burgess Hill: Kluwer Law International, 2000, p. 636.

Ruanda, a Corte respectiva ainda tem atuação nos crimes cometidos “em território de Estados vizinhos”, mas apenas isso. São compostos por juízes de diversos países, e ambos atuam concorrentemente com os tribunais nacionais, contando, entretanto, com preferência, podendo tomar para si, de forma obrigatória, os processos em curso nas jurisdições nacionais⁴⁷⁰, preservando sempre, todavia, o princípio do *ne bis in idem*⁴⁷¹. Ambos tendem, ou ao menos são obrigados pelos seus estatutos, a garantir aos seus acusados a igualdade, a presunção de inocência, a ampla defesa e um julgamento público e justo⁴⁷².

Trata-se de uma evolução evidente do Direito Penal Internacional. São tribunais que, apesar de se configurarem em instituições *ad hoc* e *post factum*, não sofreriam dos males daquelas cortes que lhes antecederam, mormente a pecha de serem a justiça dos vencedores contra os vencidos. Obviamente padecem de diversas críticas, mas representam uma evolução evidente quando analisados em comparação à justiça de Nuremberg.

No caso do TPII, importa lembrar que a região da antiga Iugoslávia sempre esteve envolvida em conflitos, especialmente de ordem étnica, tanto por conta do fato de ser formada por um mosaico de raças e religiões quanto porque sua posição geográfica se apresenta na fronteira entre o mundo capitalista e o socialista, região, portanto, propícia a conflitos. Já no início da Segunda Guerra se inicia o processo de “limpeza étnica”⁴⁷³ levado a cabo na Iugoslávia. Mas o poder centralizado na figura do General Tito manteve uma razoável estabilidade na região até a sua morte em 1980. A partir de então, e juntamente com a queda socialista e o conseqüente surgimento de movimentos nacionalistas, a instabilidade política começa a se instalar. Com a subida ao poder de representantes da minoria sérvia, instaura-se a guerra civil na região, que culmina em conflitos étnicos proporções terríveis.

As imagens quase instantâneas do que ocorria no *front* serviram de catalisador para ensejar a pressão popular de um conflito que, às portas da Europa, certamente trouxe à memória as imagens do holocausto. A resposta da comunidade internacional, portanto, foi

⁴⁷⁰ Art. 9.º do Estatuto do TPII e 8.º do TPIR.

⁴⁷¹ Art. 10.º do Estatuto do TPII e 9.º do TPIR.

⁴⁷² Art. 21 do Estatuto do TPII e 20 do TPIR.

⁴⁷³ Segundo LERNER, Natan, “limpeza étnica” (“ethnic cleansing”) é um termo que tem vários sentidos e se aplica em conexão com uma série de crimes, atualmente sob a competência do TPI. Segundo o autor, o termo se refere a condutas que podem se encaixar em tipos descritivos de formas de genocídio, de crimes de guerra, de crimes contra a humanidade e, como chama o autor, de “crimes de ódio” (é espécie de crime em alguns sistemas legais, mas normalmente o termo é entendido como um motivo específico para a prática de um crime – que enseja aumento da pena – como, por exemplo, nos Estados Unidos). Em LERNER, Natan. *Ethnic Cleansing*. In: DINSTEIN, Yoram; TABORY, Mala. **War Crimes in International Law** (p. 103-117). The Hague: Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p.114.

a instituição, em 1993, do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia com competência para julgar crimes que fossem considerados quebras da convenção de Genebra de 1949 (art. 2.º), violações às leis e costumes de guerra (art. 3.º), genocídio (art. 4.º) e crimes contra a humanidade (art. 5.º), cometidos dentro do espaço territorial da Antiga Iugoslávia, desde 1991.

A história do tribunal é saudabilíssima, especialmente por ter sido capaz de concretar estudiosos e juristas de todos os lugares do mundo em torno da nova experiência da justiça penal internacional. A produção de jurisprudência é incessante desde o primeiro caso e a instituição como um todo serviu de tubo de ensaio para o Direito Penal Internacional e para a justiça penal internacional. Formou-se um corpo importante de operadores jurídicos e as pesquisas teóricas puderam ser realizadas em campo prático. A evolução, portanto, é imensa.

Até o presente momento⁴⁷⁴, foram processadas 161 acusações, sendo atualmente levados adiante 35 casos. Dos 126 processos que já terminaram, houve 13 absolvições, 64 condenações, 13 casos transferidos e 36 casos não chegaram ao fim porque as acusações foram retiradas ou os acusados morreram durante o processo⁴⁷⁵.

No que toca à situação ruandesa, como aponta MAIA⁴⁷⁶, trata-se de evidente consequência da política colonialista europeia no continente africano. A aplicação de um modelo “europeu” de política uniu em territórios desenhados por esquadros caucasianos diversas etnias rivais que só se mantinham em relativa paz sob a espada do colono. Com o fim, na década de 60, das colonizações europeias, libertos, os países africanos iniciaram um processo político independente que tinha tudo para iniciar guerras civis. Além disso, a luta pelo poder de grupos e etnias diferentes, aliada à carência econômica africana, originou diversos embates terrivelmente sangrentos, e que se podem ver ainda nos dias atuais.

No caso da Ruanda, a partir da década de 60 a etnia hutu passa a tomar o poder progressivamente, determinando que a etnia rival, a tutsi, fosse obrigada a se refugiar nos países vizinhos. Ao fim do processo, instalou-se uma ditadura na Ruanda. Mas, na década de 90, inicia-se um processo de democratização e os tutsis começam a retornar ao país, invadindo-o pelo norte. Acordos de paz entre os grupos, após a entrada no poder de um

⁴⁷⁴ Início do ano de 2012.

⁴⁷⁵ Esses números, que estão em constante modificação, podem ser localizados no *site* do TPII, em <<http://www.icty.org/sections/TheCases/KeyFigures>>. Acesso em: 10/01/2012.

⁴⁷⁶ MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional**: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

governo de transição, permitem e facilitam a volta dos tutsis, mas radicais de ambos os lados rejeitam o acordo e dão início a uma sangrenta guerra civil. Aumenta a violência a morte do presidente ruandês em um acidente de avião, e, a partir de então, tem lugar um violento movimento de repressão aos tutsis, levado a cabo pela etnia hutu, que se encontrava, então, no poder⁴⁷⁷.

Os massacres desencadeados têm uma proporção dantesca. Em um processo massivo quase inexplicável, grupos inteiros participaram de assassinados em massa de grupos rivais em um processo *low tech* em que machetes substituíram os tradicionais fuzis e onde em pouco mais de 3 meses milhões de pessoas foram assassinadas. Como resposta a esse conflito, e reconhecendo a ocorrência de crimes de interesse da comunidade internacional, o Conselho de Segurança cria o Tribunal Penal Internacional para a Ruanda, estabelecendo-o em Arusha, na Tanzânia, com o fim de julgar as atrocidades ocorridas no território ruandês e dos países vizinhos a ele. Atualmente, o tribunal conta com 6 casos em progresso, tendo 69 casos já completados, sendo 10 absolvições⁴⁷⁸.

Embora tais tribunais internacionais sejam de extrema importância para o Direito Penal Internacional, bem como representam um marco histórico na evolução tanto do Direito Penal quanto do Direito Internacional, não se pode deixar de reconhecer que tais jurisdições têm defeitos. Afinal, a justiça não deveria ser seletiva e, mais do que isso, é de ser absolutamente independente, e não determinada por órgãos especialíssimos como é, por exemplo, o Conselho de Segurança das Nações Unidas. O termo *ad hoc* e a fonte originária (determinações do Conselho de Segurança em lugar de um tratado internacional) dos tribunais tiram-lhes, evidentemente, um pouco da certeza de justiça que se deve esperar dessas instituições ao julgar os crimes mais graves que se pode imaginar. Embora seja evidente que a melhor solução para tais tribunais fosse a criação por um tratado internacional, a certeza da falta de um consenso e o fato de que havia certa urgência, indicou que o Conselho de Segurança agisse de forma rápida⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Para uma completa descrição do processo envolvido no genocídio da Ruanda, ver GOUREVITCH, Philip. **We wish to inform you that tomorrow we will be killed with our families – Stories from Rwanda**. London: Picador, 1999.

⁴⁷⁸ Dados disponíveis do *site* do TPIR, passível de visita no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.unict.org/Cases/StatusofCases/tabid/204/Default.aspx>>. Acesso em: 10/01/2012.

⁴⁷⁹ “*the Tribunal is the first international criminal court established since the Nuremberg and Tokyo trials. While the normal process for the creation of such a tribunal should have been an international treaty, it became clear that this would be impossible under the present circumstances. The Security Council acted thus, moved by considerations of urgency and expediency*”. LERNER, Natan. *Ethnic Cleansing*. In: DINSTEN, Yoram; TABORY, Mala. **War Crimes in International Law**. The Hague: Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p.114.

Nesse contexto, justifica-se a criação de tribunais dessa espécie, mas também é certo que essa experiência não se deveria repetir no futuro. Aliás, são as críticas a essas instituições que ensejaram os derradeiros movimentos para a criação de um tribunal penal internacional permanente com competência para julgamento de crimes universais⁴⁸⁰. É assim que, apoiado nas experiências dos tribunais militares de Nuremberg e Tóquio, ultrapassando a pretensão da repressão penal dos Estados, e impulsionado pelos tribunais penais internacionais criados pelo Conselho de Segurança na década de noventa para a ex-Iugoslávia e para a Ruanda, nasce o Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma. A seu favor fala o acordo de mais de uma centena de países para com um tratado internacional multilateral, debatido e celebrado em Roma no ano de 1998 – onde o consenso não foi fácil, mas decorreu da pluralidade de vozes que buscavam um acordo na Conferência de junho-julho de 1998, em Roma⁴⁸¹.

Dito tratado criou um Tribunal Internacional com poder jurisdicional que deu corpo à tendência do Direito Internacional no século XX: dar personalidade jurídica no campo internacional também aos indivíduos e não mais, apenas, aos Estados. Assim, estabeleceu-se em Haia, na Holanda, a portentosa estrutura física do TPI que conta com um grande corpo de funcionários auxiliando 18 juízes de diversos países, divididos em câmaras de instrução, de julgamento e de recurso, mais um escritório do procurador e uma secretaria, tudo encimado pela própria assembléia geral do TPI. A atuação dessa complexa instituição é regulada pelo Estatuto de Roma, bem como por uma série de documentos autoreferendados, dentre os quais destacam-se as “Regras de Processo e Prova” e os “Elementos dos Crimes”.

Trata-se de um tribunal especialíssimo. Tem muito bem definida sua competência justamente para que não sofra dos males de seus similares históricos. Por isso, sua atuação é limitada aos crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crime

⁴⁸⁰ Segundo FERENCZ, “tribunais temporários ad hoc, criados depois dos eventos com jurisdição limitada para julgar apenas alguns crimes em certas áreas e apenas dentro de um breve espaço de tempo constituem importante reconhecimento de que tais crimes não podem ser tolerados, e que, em uma escala limitada, os seus perpetradores podem ser levados à justiça. É, certamente, um passo à frente. Mas não é bom o suficiente. Lei, para merecer este nome, precisa ser aplicada igualmente a todos, em qualquer lugar. O próximo passo lógico na evolução do direito penal internacional é a criação de um tribunal penal internacional permanente para condenar os crimes que atacam a paz e a segurança da humanidade – em qualquer lugar e a qualquer tempo”. FERENCZ, B.B. *The Crime of Aggression*. In: KIRK MCDONALD, Gabrielle; SWAAK-GOLDMAN, Olivia (eds.). **Substantive and procedural aspects of international criminal law – the experience of international and national courts**. Volume I (p. 33-61). The Hague-Burgess Hill: Kluwer Law International, 2000, p.55 (tradução livre).

⁴⁸¹ Nesse sentido, ver KIRSCH, Phillippe QC; ROBINSON, Darryl. Reaching agreement ant the Rome Conference. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2002 (p. 67-91).

de agressão, e apenas quando o país diretamente interessado, que tem primazia na aplicação do direito, não atuar ou atuar mal na realização da justiça (o sentido fundamental do assim chamado princípio da subsidiariedade). O tribunal atua com uma competência territorial limitada a um mínimo de aceitação de seus Estados parte e, para atender ao juízo natural, o TPI somente tem jurisdição sobre os crimes cometidos após 1º de julho de 2002 – assim, não sofre das mesmas críticas aplicáveis aos tribunais da ex-Iugoslávia e da Ruanda, criados “pós-fato” e, portanto, de evidente exceção.

Como é reconhecido à exaustão, o Tribunal Penal Internacional estabelece um grande salto para a justiça penal internacional. Hoje se pode reconhecer uma instituição independente, lícita e lúcida apta a alcançar os terríveis crimes que até então não tinham foro para processamento. Mais do que isso, a comunidade internacional demonstra, com a ampla aceitação do TPI, e ainda que haja vozes dissonantes, um compromisso evidente para com a idéia da proteção dos direitos humanos através da repressão dos crimes mais graves.

Da mesma forma como se evidenciam nos tribunais penais internacionais para a ex-Iugoslávia e para a Ruanda, os princípios de Nuremberg fazem parte da construção do Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma, o que se evidencia de uma singela análise do próprio Estatuto do tribunal. Todavia, e salutarmente, são justamente as diferenças entre o TPI e as instituições que o precederam que salvaguardam a utilidade, justiça e eficiência do TPI⁴⁸².

2.2.3. Os tribunais mistos

⁴⁸² Segundo o crítico ZOLO, “*Non si può negare che questa Corte si differenzia profondamente dalla tradizione novecentesca dei Tribunali penali internazionali. Essa non è, come furono invece i Tribunali di Norimberga e di Tokyo, una 'maschera crudele' della giustizia. Hans Kelsen, il massimo giurista del secolo scorso, ebbe parole durissime contro i tribunali che erano stati organizzati dai vincitori del secondo conflitto mondiale per umiliare e degradare moralmente gli sconfitti. In forme apparentemente giudiziarie - in realtà ispirate da un desiderio di vendetta - queste corti avevano operato senza alcuna autonomia e indipendenza politica. Ed è importante sottolineare che la nuova Corte penale internazionale si differenzia anche dai Tribunali dell'Aia e di Arusha, istituiti dieci anni fa dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite per la ex-Iugoslavia e il Ruanda, e ancora oggi in funzione. Questi 'Tribunali speciali' hanno dato sinora pessima prova di sé. La loro legalità internazionale è stata contestata poiché il Consiglio di Sicurezza non aveva alcun titolo per creare organismi giudiziari ad hoc. Il Tribunale dell'Aia, in particolare, ha violato sia il principio della irretroattività del diritto penale, sia l'eguaglianza dei soggetti di fronte alla legge penale, come è riuscito a sostenere con buoni argomenti persino l'imputato eccellente Slobodan Milosevic*”. ZOLO, Danilo. **Luce e ombra della International Criminal Court**. Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/icc.htm>>. Acesso em: 10/10/2012.

Em uma nova tendência evolutiva, a justiça penal internacional tem criado novas instituições de caráter misto. Conhecidos como “Tribunais Penais Internacionais Mistos” ou “Cortes Penais Internacionalizadas”, esses tribunais são o resultado mais evidente de coligação entre o Direito doméstico e as experiências internacionais no plano penal.

De fato, diante da relutância do Conselho de Segurança em criar outros tribunais similares aos TPII e TPIR, dado o altíssimo custo e aos demorados processos⁴⁸³, a proposta foi desenhada no sentido de um modelo misto de tribunalização para a experiência do Camboja. A experiência se repetiu, de forma similar, para Serra Leoa e, depois, ainda, para o Kosovo e o Timor Leste.

Importa lembrar que não há uma forma específica para essas experiências. Às vezes, compõem-se câmaras especiais de julgamento dos crimes universais (Camboja e Timor Leste, por exemplo); em outras, são criadas cortes especiais para tanto (como no caso de Serra Leoa). De regra, tais instituições provêm de negociações entre os poderes nacionais envolvidos e o Secretariado das Nações Unidas⁴⁸⁴ pelo estabelecimento de jurisdições especializadas na temática (vejam-se as experiências de Serra Leoa e do Camboja) ou a partir da administração especial e temporária exercida pelas Nações Unidas em territórios específicos (como nos casos do Kosovo e do Timor Leste), que misturam juízes nacionais e juízes internacionais e aplicam legislações nacionais e internacionais de acordo com critérios predeterminados. Dessa condição caótica decorre que não é exatamente clara a natureza desses tribunais e, mesmo, não se compreende exatamente a caracterização legal dos processos penais então desenvolvidos, o que enseja muitas dúvidas na doutrina⁴⁸⁵.

A proposta tem vantagens muito interessantes, dado o fato de que esses tribunais custam muito menos e são mais próximos da realidade nacional. Isso permite que a população envolvida no conflito participe ativamente e reconheça, com mais facilidade, os efeitos dos julgamentos, bem como acompanhe a execução das sentenças. Embora produzam um sem-número de dificuldades no que toca a alguns princípios de ordem penal

⁴⁸³ SHRAGA, Daphna. The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions. In: ROMANO, Cesare P. R.; NOLLKAEMPER, André; KLEFFNER, Jann (eds.). **Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia** (p. 15-38). Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 15.

⁴⁸⁴ Veja-se, por exemplo, no caso do Camboja, a Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas n. 52/135, de 12 de dezembro de 1997 (UN Doc A/RES/52/135). UN. **General Assembly Resolution n. 52/135**. Resolução de 27 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/52/135&Lang=E>. Acesso em: 17/11/2012.

⁴⁸⁵ SLUITER, Göran; ZAHAR, Alexander. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 12.

e processual penal⁴⁸⁶, já foram apontados pela doutrina internacional como um dos mais efetivos instrumentos para a repressão dos crimes universais à disposição dos juristas internacionais⁴⁸⁷.

3. Conclusões preliminares sobre a evolução histórica

A evolução histórica apresentada no presente capítulo pretendeu demonstrar dois grandes argumentos.

Em primeiro lugar, o processo de construção da justiça penal internacional e do próprio Direito Penal Internacional acompanha a evolução do Direito Internacional Público no sentido da limitação da soberania. De fato, as regras da justiça penal internacional representam uma vitória da normatividade das fontes diante da concretude da soberania. A construção de um arcabouço normativo denso e cada vez mais apto a congregar um número maior de Estados sob sua égide é sinal evidente do desenvolvimento de um modelo de justiça comum desenhado sobre parâmetros que seriam universalmente aceitos. Esse conteúdo evolutivo contrariaria o puro poder da soberania dos Estados ao modelo normativo e impediria o abuso do poder – que seria sempre passível de sanções internacionais, o que é evidenciado pela farta jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos.

Em segundo lugar, e especialmente no final do século XX, a doutrina da proteção internacional dos direitos humanos tomou conta do discurso internacional e materializou-se na pretensão de repressão penal dos responsáveis pelos aqui denominados crimes universais. Efetivamente, nem mesmo o mais empedernido dos realistas poderia contestar a evidente evolução da comunidade internacional no sentido da proteção dos direitos humanos e da garantia da dignidade da pessoa humana que teve lugar na segunda metade do século XX e adiante⁴⁸⁸. Segue esse raciocínio a crença de que os crimes universais são violações de direitos humanos e que, portanto, para que se protejam direitos humanos é

⁴⁸⁶ Nesse sentido, veja-se a importante mudança jurisprudencial das Câmaras Especializadas do Tribunal para o Timor Leste no sentido do reconhecimento da inadequação da aplicação da legislação internacional em detrimento da legislação nacional (de origem portuguesa) existente previamente aos crimes universais que estavam sendo julgados. TIMOR LESTE. Tribunal de Recursos. **Acórdão do Processo n. 36/CO/2010/TR**. Relator Rui Manoel Barata Penha. Julgado em 28/05/2010.

⁴⁸⁷ CASSESE, Antonio. The Role of Internationalized Courts and Tribunals on the Fight Against International Criminality. In ROMANO, Cesare P. R.; NOLLKAEMPER, André; KLEFFNER, Jann (eds.). **Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia** (p. 03-13). Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 15.

⁴⁸⁸ BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 50.

essencial reprimir as condutas criminosas que os afetam, de forma que a justiça penal internacional ganhou uma força nunca antes vista e tornou-se possível a constituição de tribunais penais internacionais que gozam de grande prestígio⁴⁸⁹. Nesse sentido, o Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma evidencia-se, para doutrina representativa nacional, como uma vitória absoluta da legalidade, da universalidade e da independência⁴⁹⁰.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que o atual modelo de justiça penal internacional e de Direito Penal Internacional é desenhado segundo uma matriz internacional e se destina, fundamentalmente, à proteção dos direitos humanos e das regras de Direito Humanitário Internacional. Ademais, o adensamento normativo internacional nesse sentido justifica a obrigação aos membros da comunidade internacional de se submeterem a instâncias jurisdicionais externas se pretenderem interagir com outros países segundo propostas adequadas de justiça internacional. De fato, a competição entre dois modelos de Direito Penal Internacional (um direto e outro indireto) é apenas *aparente*, pois o modelo direto (e, portanto, de matriz internacional) tende a se sobrepor ao modelo nacional pouco a pouco. Veja-se a complementaridade do Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma: é certo que ela dá ao Estado-parte a opção de fazer justiça, mas essa opção deve seguir parâmetros internacionais, justamente aqueles estabelecidos no Estatuto de Roma. Do contrário (ou seja, se o próprio Tribunal entender que esse parâmetro não foi seguido), o Tribunal pode assumir o caso, julgando-o novamente se se tratar de aplicação “inadequada” da justiça ao caso concreto⁴⁹¹.

Evidente, portanto, que o modelo internacional prevalece sobre o modelo nacional. A dependência da cooperação para com as instâncias internacionais é o que pode provocar a transformação dos tribunais penais internacionais em um leão sem dentes, mas essa é condição ligada à concretude da soberania e não à normatividade das fontes. Mas, ao menos no plano teórico, essa evolução histórica revigora as pretensões monistas em torno da relação entre os planos nacional e internacional e implica a crítica aos países não-

⁴⁸⁹ Ver, nesse sentido, COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Terceira edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 445-469.

⁴⁹⁰ Por todos, leia-se PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Décima-primeira edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 232-233.

⁴⁹¹ Artigo 17 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

alinhados a esse modelo. O consenso sobre a proposta penal internacional repressiva é, portanto, notório e inunda os discursos de qualquer potestade internacional⁴⁹².

Diante de tal sucesso, é de se perguntar por qual motivo há tantas dificuldades inerentes a esse modelo de justiça penal internacional. Há um sem número de conflitos internacionais e de violações de direitos humanos que permanecem sem resposta. Ditaduras ainda existem em número razoável – constitucionais ou não – e continuam responsáveis por perseguições políticas, raciais ou religiosas que permanecem, e permanecerão, impunes. Há casos clássicos nesse sentido, como o caso *Pinochet* e, mesmo, no Brasil, a falta de repressão dos crimes cometidos durante a ditadura militar. Dentre todas as grandes catástrofes humanitárias das últimas décadas, apenas algumas, pontuais, foram escolhidas para receber tratamento internacional. Décadas depois de sua idealização, o crime de agressão ainda depende de uma definição e uma série de crimes de guerra cometidos nos últimos vinte ou trinta anos não são sequer investigados. A seletividade dos tribunais penais internacionais atualmente em vigência é loquaz: tanto no conflito da ex-Iugoslávia quanto na Ruanda a repressão criminal foi setorizada a uma ou outra parte do conflito. As críticas a esses tribunais são corrosivas, pois tais cortes, fundamentalmente seletivas, parecem servir a não mais do que uma demonstração de força, a todo custo, em defesa de valores ocidentais. Nesse sentido, mesmo o Tribunal Penal Internacional seleciona pontualmente os alvos de seus processos, segundo critérios adotados por um criticado procurador que não são tão claros para a comunidade internacional⁴⁹³. Aliás, há quase dez anos o Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma atua e até o momento produziu-se uma única sentença, de que ainda pende recurso⁴⁹⁴.

De qualquer forma, esse conflito notório entre a teoria e a prática historicamente constituída da proteção internacional penal dos direitos humanos se dá, evidentemente, por conta da oposição entre os conceitos de concretude e normatividade em uma situação que não parece evidentemente resolvida. Embora o adensamento normativo seja claro e produzido por vontade exclusiva dos próprios Estados-parte dos tratados (pois, de outra

⁴⁹² Nesse sentido, e sob uma perspectiva crítica, ver REISMAN, W. Michael. Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder. In: **Case Western Reserve Journal of International Law** (2007-2009), n. 40 (p. 57-85).

⁴⁹³ AMBOS, Kai. Balanço Pobre Após Nove Anos de Luis Moreno como Promotor Chefe do TPI, sua Sucessora Somente Pode Fazer Melhor. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)**, Ano 20, n. 235, Junho/2012 (p. 03-04).

⁴⁹⁴ ICC. *Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Caso n. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I. **Judgement pursuant to article 74 of the Statute**. Julgamento de 14 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

forma, não existiria a norma internacional), a soberania dos Estados se permite interpretações específicas e negativas de vigência a esses tratados em diversas situações, quando seus interesses assim demandam.

Nessa condição, o papel do internacionalista ou do penalista internacional torna-se difícil, pois precisa tentar casar questões opostas, o que é especialmente sensível na questão dos direitos humanos. Isso se evidencia no apoio incondicional que a esmagadora maioria da doutrina dispensa à instituição do Tribunal Penal Internacional – e na perplexidade argumentativa diante das dificuldades naturais dessa opção, já que a adoção de pesos e medidas diversas e de raciocínios pouco claros ou menos garantistas passa a ser uma constante no apoio a repressão penal internacional. A título de exemplo, a questão da pena de prisão perpétua pelo Estatuto de Roma pode ser lembrada. Como se sabe, o Estatuto de Roma permite a aplicação da pena de prisão perpétua aos seus condenados⁴⁹⁵, o que é expressamente vetado pela Constituição Federal brasileira de 1988⁴⁹⁶ – condição que é reconhecida pela doutrina penal nacional como manifestação do princípio da humanidade das penas⁴⁹⁷. Pois bem, como se já não houvesse conflito suficiente nessa *evidente e expressa* oposição, a doutrina tende a construir justificativas teóricas para localizar uma coesão entre os dispositivos evidentemente inconciliáveis, tais como a adoção de posicionamento jurisprudencial nacional antigo e já abandonado⁴⁹⁸ ou a impossibilidade de transnacionalidade das próprias garantias fundamentais do cidadão brasileiro estabelecidas constitucionalmente⁴⁹⁹, como se o sistema constitucional brasileiro perdesse a validade fora das fronteiras – o que não acontece nem mesmo com a legislação infraconstitucional, como se nota pela reconhecida extraterritorialidade da lei penal. A defesa de tal posição, além de evidentemente contra-antropocêntrica, ignora princípios que a mesma doutrina reconhece como necessários à garantia dos direitos humanos, tais como a impossibilidade de regressão: ora, se é impossível voltar atrás na garantia de direitos fundamentais e, portanto, *regredir* na proteção dos indivíduos, o Brasil estaria impedido, até mesmo, de se

⁴⁹⁵ Estatuto do Tribunal Penal Internacional, art. 77 (1), “b”.

⁴⁹⁶ Constituição Federal, art. 5º, XLVII.

⁴⁹⁷ Por todos, veja-se SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal – Parte Geral**. Segunda edição. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007, p. 29-30.

⁴⁹⁸ PIOVESAN e IKAWA se apoiavam em jurisprudência antiga para explicar a possibilidade de entrega (e de extradição) de um indivíduo a país que pretenda aplicar-lhe a pena de prisão perpétua – posição do STF que não existe mais (ver os julgados do STF: EXT 1234, julgado em 08/11/2011; EXT 1133, julgado em 09/08/2011; dentre outros). PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003 (p. 147-187), p. 174-175.

⁴⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Terceira edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 469.

filiar a tratado internacional, sem possibilidade de ressalvas, que obrigue à submissão de qualquer pessoa (cidadão ou não) à aplicação da pena de prisão perpétua porque a Constituição Federal de 1988 expressamente vetou essa possibilidade em cláusula pétreia como garantia da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o princípio da *proibição do retrocesso* simplesmente impede a submissão de qualquer pessoa ao simples risco de prisão perpétua. E, indubitavelmente, determina que a extradição – e provavelmente a entrega – se dê na forma condicionada à limitação das penas aplicáveis ao acusado.

E mais do que isso – o que denota certa conflitualidade da própria construção normativa da proteção internacional dos direitos humanos – há tratados internacionais, aos quais o Brasil está vinculado⁵⁰⁰, que indicam a prevenção especial como única função aplicável à pena criminal, justamente porque é a mais humanizadora. Como se sabe, e é reconhecido pela mesma doutrina jus-humanista⁵⁰¹, essa determinação é absolutamente incompatível com a aplicação da pena de prisão perpétua.

O que parece ocorrer, portanto, é que a própria pretensão/necessidade de repressão internacional de crimes universais carrega consigo, na sua essência, uma contradição argumentativa inescapável, em sendo adotados os critérios clássicos de garantia do indivíduo baseados em direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos, e em direitos humanos, internacionalmente normativizados. A repressão a todo custo dos crimes universais, como pretendida por grande parte da doutrina que celebra a tribunalização da justiça penal internacional acriticamente, parece terminar, sempre, na violação de direitos fundamentais do acusado. Esse posicionamento não causa constrangimento, todavia, na medida em que expedientes argumentativos ou interpretativos das normas garantidoras dos direitos humanos do acusado (mesmo aqueles que desafiam um raciocínio jurídico mais claro) são utilizados para justificar as “violações brandas”. Nesse sentido, “limitações” a direitos dos acusados de crimes universais (legalidade, devido processo, dignidade, humanidade etc – note-se, não se trata de limitações nacionais à repressão de crimes universais, mas de direitos reconhecidos universalmente no plano internacional) são

⁵⁰⁰ Artigo 5º, parágrafo 6º, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): “*As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e readaptação social dos condenados*”. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **American Convention of Human Rights**. Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969. Convenção adotada em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁵⁰¹ PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003 (p. 147-187), p. 176.

admitidas e racionalizadas positivamente como necessárias à proteção de direitos humanos, o que constitui um contrasenso. Segundo COMPARATO, por exemplo, é possível reconhecer oponível o direito do acusado de crimes universais à pretensão de que se defende “o interesse da humanidade”, pois esse interesse, segundo pondera o autor “sobrepuja, em regra, o da pessoa ou pessoas que comparecem perante o Tribunal Penal Internacional na condição de indiciadas ou acusadas”⁵⁰². O raciocínio é assustador tanto porque o autor esquece o sacrossanto (e internacionalmente garantido) princípio da presunção de inocência ao permitir restrições aos direitos fundamentais do acusado antes da sua condenação, quanto porque seu raciocínio se aproxima perigosamente de conceitos históricos como o “são sentimento do povo alemão”. Raciocínios dessa espécie, aliás, são absolutamente comuns nesse meio, como identifica a doutrina mais crítica⁵⁰³.

Importa lembrar que, ao mesmo tempo em que parece indiscutível a existência desse consenso sobre os direitos humanos como parâmetro aceitável de limitação da soberania no plano internacional, essa mesma condição não resta isenta de críticas.

Segundo parte da doutrina, toda a construção internacional dos direitos humanos seria largamente criticada porque caracterizaria um modelo de limitação à soberania estatal desenhado apenas para o exercício do controle de alguns Estados sobre outros⁵⁰⁴. Alguns autores, como KENNEDY⁵⁰⁵, apontam, inclusive, que os direitos humanos padecem de uma série de graves problemas que terminam por limitar os Estados a poucas opções de atuação. E, nesse sentido, a existência de um “consenso obrigatório” produzido no plano

⁵⁰² COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Terceira edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 468.

⁵⁰³ “Although few, if any, legal scholars believe criminal trials should be the only or entire response to mass atrocity, many ascribe considerable transformative potential to such trials. This potential echoes in other scholarly constituencies ranging from historians to moral philosophers. The community of international human rights activists supports the expansion of the international criminal justice paradigm and, according to William Schabas, thereby has “adjusted its historic predisposition for the rights of the defense and the protection of prisoners to a more prosecution-based orientation.” This community is particularly disposed to triumphantly view the imperative to adjudicate international crimes and the concomitant proliferation of criminal justice institutions as self-evident causes for celebration”. DRUMBL, Mark. Collective Violence and Individual Punishment. In: **Northwestern University Law Review**, vol. 99 (2005), n. 2 (p. 539-611), p. 546.

⁵⁰⁴ No que toca especialmente aos direitos humanos, DOUZINAS os indica como “a major tool for legitimising nationally and internationally the post-war order, at a point at which all principles of state and international organisation had emerged seriously weakened from the war. The supposed contradictory principles of human rights and national sovereignty, schizophrenically both paramount in post-war international law, served two separate agendas of the great powers: the need to legitimize the new order through its commitment to rights, without exposing the victorious states to scrutiny and criticism about their own flagrant violations. (...) Human rights became an instrument for underpinning the power of states”. DOUZINAS, Costas. **Human Rights and Empire: The political philosophy of cosmopolitanism**. Abingdon: Routledge-Cavendish, 2007, p. 179.

⁵⁰⁵ Por todos, ver KENNEDY, David. **The Dark Sides of Virtue**. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.

internacional, bem como de toda a sistemática apresentada anteriormente de controle e desenvolvimento dos direitos humanos, representa um entrave ao próprio desenvolvimento dos indivíduos e das suas potencialidades. Mesmo o modelo da ONU não passa imune: veja-se que mesmo a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, nos anos noventa, constituiu-se, nas palavras de DONNELLY, em um constrangedor *abusers club*, pois era composta por um enorme grupo de países hostis aos direitos humanos (Sudão, Zimbábue, Cuba, Paraguai, Arábia Saudita e Paquistão)⁵⁰⁶.

Enquanto a Convenção de Viena reconhecia a universalidade, unidade, interdependência e demais características dos direitos humanos, a Declaração de Bangkok, também de 1993, indicava que os Estados asiáticos não eram veementes defensores dessas ideias, pois entendiam que os direitos humanos, tais como apresentados na Convenção de Viena, eram, na verdade, determinados por uma concepção claramente ocidental – daí a necessidade de se sopesarem tais direitos dentro dos contextos nacionais e regionais dos países asiáticos, sem que se esquecesse da necessidade de garantia da soberania e não-interferência. Condição que deixa à evidência uma fratura do prolatado consenso sobre os direitos humanos. Nesse sentido, uma crescente doutrina contra-hegemônica se lança contra a idéia dos direitos humanos – menos contra o seu valor como princípio, e mais contra a sua ligação a um modelo liberal apenas pretensamente universal e oficial, e especialmente contra a despolitização dos direitos humanos que os afasta da condição de mais uma ideologia política⁵⁰⁷.

Embora uma verificação honesta desses elementos pudesse dar conta dos limites possíveis, jurídicos e justos do Direito Penal Internacional e da justiça penal internacional, não se pode ignorar que todos esses conflitos surgem de boa-fé. De fato, a defesa intransigente da garantia dos direitos humanos através da repressão criminal não surge da pretensão de se violarem direitos humanos, mas, sim, justamente do seu contrário.

Toda essa conflitualidade natural do Direito Internacional fez desenvolver uma fundamentação para esse ramo do Direito que se poderia chamar de “*eclético pragmatismo*”, pois se tenta localizar em um meio termo entre o *rule approach* e o *political approach* buscando o reconhecimento de uma ordem jurídica internacional em convivência com o apoio em uma política, história e moralidade extraegais⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. Third edition. Boulder: Westview press, 2007, p. 83.

⁵⁰⁷ MUTUA, Makau Wa. The Ideology of Human Rights. In: **Virginia Journal of International Law Association** (p. 589-657), n. 36 (1996).

⁵⁰⁸ KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law. In: **European Journal of International Law**, n. 1, 1990 (p. 04-32), p. 12.

O exemplo do bombardeio ao Kosovo pela OTAN em 1999 dá conta dessa complexidade. Como se viu, embora o ataque tenha sido evidentemente ilegal do ponto de vista formal, ele foi considerado também justo de um ponto de vista ético⁵⁰⁹, o que demonstra o conflito, no plano teórico, entre os formalistas e os idealistas – daí a ampla discussão sobre a legalidade do ataque da OTAN, que opõe diversos estudiosos da questão⁵¹⁰, para não dizer os vários Estados que debateram o assunto na arena internacional. Mas em geral, os internacionalistas – e mesmo o Conselho de Segurança que, depois do bombardeio, não tachou o ataque como ilegal, como se viu – abraçaram uma terceira via que admite as duas fundamentações como harmonicamente conviventes. Para KOSKENNIEMI, esse é um caminho suicida, pois abarcar as duas posições contraditórias implica conflitos internos à própria teoria que sempre demandarão solução com um ou outro critério e, então, o posicionamento será sempre utópico ou apologético ao mesmo tempo. A pretensão acaba por se resolver como uma teoria *ad hoc* que busca soluções para cada caso concreto – mas, aí, já não se trata mais de um sistema. Segundo o autor, “a doutrina moderna, como Philip Allott demonstrou, usa uma mistura de positivismo e naturalismo, consensualismo e não-consensualismo, argumentos teleológicos, práticos, políticos, lógicos e factuais em uma feliz confusão, sem se dar conta da suas contradições internas”⁵¹¹. É o caminho que parece seguir a doutrina que, acriticamente, apoia a justiça penal internacional.

É nesse contexto contraditório que vive um Direito Internacional e uma justiça penal internacional que se precisa construir dentro do conflito. A pretensão de controle da soberania dos Estados somente se consegue com a construção de um arcabouço normativo capaz de limitar a política. Ao mesmo tempo, essa solução normativa emperra as soluções de conflitos que nem sempre se encaixam adequadamente nesse contexto legal e que demandam por soluções práticas e de cunho político, o que só se constrói no plano da soberania dos Estados. O resultado é uma construção normativa que abusa de termos amplos e aspirações éticas que indicam interesses da comunidade internacional, mas que não têm um conteúdo definido adequadamente. O conceito de paz na Carta das Nações Unidas, por exemplo, embora positivado, é contraditório e “esquizofrênico”, porque a própria Carta permite o recurso à força em determinados casos, de forma que a aplicação

⁵⁰⁹ KOSKENNIEMI, Martti. The Lady Doth Protest Too Much’, Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law. In: **The Modern Law Review**, vol. 65, n. 2, March 2002 (159-175).

⁵¹⁰ Veja-se, por exemplo, a oposição das opções de Norberto BOBBIO e Danilo ZOLO nesse tocante.

⁵¹¹ KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law. In: **European Journal of International Law**, n. 1, 1990 (p. 04-32), p. 12 (tradução livre).

da lei depende sempre de uma escolha política: “direito não é sobre paz ou justiça, liberdade ou segurança, estabilidade ou mudança, mas sempre sobre ambos e nenhum deles simultaneamente”⁵¹². Por isso a “virada à ética” apontada por KOSKENNIEMI como a aposta na questão do bombardeio ao Kosovo apontada no início do presente capítulo: a lei não basta – é por isso é necessário buscar as aspirações éticas e abraçar-se uma *relative normativity*⁵¹³.

A questão preocupante para o presente trabalho é como essas conflituosas relações jurídicas e os instrumentos normativos construídos no plano internacional podem vir a compor uma estrutura de base humanista para a justiça penal internacional – que se forma nesse ambiente impregnado pela noção de proteção dos direitos humanos. Nessa condição, o próximo capítulo fará uma análise da justiça penal internacional na sua condição atual, demonstrando em que situação termina essa construção histórica do século XX e quais os riscos envolvidos na sua aplicação, sobretudo a partir de uma perspectiva antropocêntrica.

⁵¹² KOSKENNIEMI, Martii. What is International Law For?. In: EVANS, M. (ed.). **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 1993 (p. 89-116), p. 100 (tradução livre).

⁵¹³ Sobre o tema da normatividade relative, veja-se WEIL, Prosper. Towards Relative Normativity in International Law?. In: **American Journal of International Law**, n. 77 (1983), p. 413-442. Também SHELTON, Dinah. International Law and ‘Relative Normativity’. In: EVANS, M. (ed.). **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003 (p. 145-172).

C – DIFICULDADES DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL REPRESSIVA

O presente capítulo apresenta as principais dificuldades enfrentadas pelo atual modelo internacional de justiça penal baseado em uma proposta eminentemente repressiva de origem internacional. Nesse contexto, as dificuldades parecem decorrer da própria estrutura da regulação da ordem internacional pelo Direito e são aqui apresentadas em três partes essenciais: na primeira, acumulam-se as discussões referentes às dificuldades enfrentadas por um sistema que pretende aplicar penas sem ter a necessária força para tanto; no segundo, indicam-se as dificuldades de um poder repressivo que não sabe exatamente para que existe e, portanto, qual caminho tomar; finalmente, em uma terceira porção demonstram-se os riscos em que incorre uma proposta penal assim desenhada.

De fato, por depender de força política para a sua aplicação e porque não tem um sentido único, restando como categoria aberta que suporta qualquer justificação, a justiça penal internacional acaba por se constituir em um Direito Penal do Inimigo e termina por realizar um papel de simples Direito Penal simbólico.

1. Sob a ótica do Direito Internacional: pena sem força?

1.1. Dificuldades estruturais da justiça penal internacional: a pena horizontal

1.1.1. O problema da horizontalidade da justiça penal internacional: entre a ineficácia e o descontrole

i. O Direito Penal e a necessidade da verticalidade

Força, como tradicionalmente é concebida, refere-se à intervenção física justa, que preserva a ordem social ou persegue o bem comum, em oposição à violência que se caracteriza como a intervenção física injusta, destruidora da ordem social e impeditora do

bem comum⁵¹⁴. Tratam-se de termos ambivalentes, mas por vezes acabam sendo usados como sinônimos⁵¹⁵.

Pois bem, como se sabe, a constituição do poder jurisdicional na forma contemporânea se dá pela restrição pública ao exercício de justiça particular. Nesse mesmo momento, o Estado assume a obrigação da prestação jurisdicional: embora possa fazer justiça quando entende necessário, deverá fazê-lo quando solicitado a tanto de forma a garantir a solução aos conflitos sociais. Essa é condição essencial para que a modernidade deixe para trás o medievalismo e se torna característica evidente do Estado moderno⁵¹⁶.

Da mesma forma, o atual modelo de justiça penal fundamenta-se na substituição do sistema privado de solução de conflitos (fundamentalmente, variações da luta entre as partes) pelo confisco total (ou quase total) dos conflitos pelo poder constituído. Embora se possa reconhecer que essa apropriação é visível já no período imperial romano (pelo aumento dos *delicta publica* e diminuição dos *delicta privata*), ela se mostra definitiva e fundamental para o modelo moderno de justiça penal a partir apenas do século XII ou XIII⁵¹⁷, especialmente em um processo de “doutorização” da justiça penal⁵¹⁸. Nesse contexto, é importante a mudança do conflito: de uma lesão à vítima, passa-se a ter o delito como *crimen laesae maiestatis* e, assim, os criminosos deixam de ser tratados como indivíduos na sociedade e passam a ser apresentados como inimigos do poder instituído⁵¹⁹. Depois desse processo pelo qual se transferem ao soberano os poderes penais, a constitucionalização os transfere para os órgãos jurisdicionais⁵²⁰, primeiro submetidos ainda à autoridade do rei (que intervem ou avoca), depois, ao fim do *ancien régime*, pelo do afastamento completo da atuação do Executivo e na materialização absoluta de um poder jurisdicional que passa a exercer o poder penal sempre nos moldes da lei⁵²¹ e em separado dos poderes legislativo e executivo.

⁵¹⁴ STOPPINO, Mario. Força. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** (p. 503-504). 5.ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 503.

⁵¹⁵ STOPPINO, Mario. Força. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** (p. 503-504). 5.ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 504.

⁵¹⁶ Sobre os vários processos de “unificação” necessários à construção do Estado moderno, veja-se: BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000, especialmente, p. 18-19.

⁵¹⁷ ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Segunda edición. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 230-232.

⁵¹⁸ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1995, p. 13.

⁵¹⁹ ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Segunda edición. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 235-236.

⁵²⁰ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1995, p. 10.

⁵²¹ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1995, p. 13.

Essa tomada de poder de punir e a sua absoluta publicização implicam uma concentração evidente de força. Porque precisa de força tanto para executar a pena judicialmente ditada, determinando o cumprimento pelo apenado e pela sociedade, quanto para evitar que a sociedade retome à força o poder de punir e aplique a *Lei de Lynch* ao acusado, a repressão penal demanda um aparato acessório capaz de execução processual e penal – elemento indispensável mesmo ao Estado mínimo. Trata-se de um processo que se imiscui àquele da constituição das noções de soberania e de governo⁵²² onde o poder que se pretende unissubsistente assume o poder de polícia e se torna a instituição capaz de uso monopolizante da força.

Segundo HASSEMER, o monopólio estatal da violência demanda a capacidade de “dobrar uma vontade rebelde e submetê-la à vontade estatal. E isso deve ser válido para qualquer vontade, independentemente de quanto poderosa, reconhecida ou ampla seja”⁵²³. É por isso que esse monopólio não é condição suficiente, mas é necessária, para uma ordenação justa da sociedade, pois “sem a força estatal essa ordem não é possível, como tampouco o é uma proteção através do Direito”⁵²⁴.

ii. Justiça penal internacional entre a ineficácia e o descontrole

No plano internacional, todavia, o exercício desse poder punitivo padece de muitas dificuldades que são inerentes à própria natureza do Direito Internacional, onde inexistem um aparato prático de apoio ao *ius puniendi*⁵²⁵. Assim, embora não se possa reconhecer que o Direito Internacional divirja do Direito nacional no que toca à qualidade das suas normas (ambas são de natureza jurídica e, portanto, a diferença é apenas de “grau”⁵²⁶), é certo que as especificidades do Direito Internacional tornam mais difícil o exercício de um poder hierarquizado. Porque desenhado originalmente como um instrumento de

⁵²² CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: Teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009, p. 59.

⁵²³ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 251 (tradução livre).

⁵²⁴ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 252 (tradução livre).

⁵²⁵ Essa diferença é demonstrada por BOBBIO, ao referir que: “Limite-me a chamar a atenção para a diferença fundamental, mesmo que seja uma banalidade: no que se refere aos seus cidadãos, o Estado detém o monopólio da força legítima, enquanto não o detém no que se refere aos outros Estados. Nas relações internacionais, a força como fonte do poder é usada em regime de livre concorrência, livre, entenda-se, como é toda forma de concorrência que nunca se estabelece entre entidades perfeitamente iguais”. BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 544.

⁵²⁶ BRIERLY, J. L. **The Law of Nations**: an Introduction to International Law of Peace. Sixth edition. Oxford: Clarendon Press, 1967, p. 42.

coordenação⁵²⁷, pode-se dizer que o Direito Internacional ainda se encontra em um estágio anterior àquele do Direito nacional, onde as células mínimas (indivíduos) se organizaram em uma estrutura vertical na qual a tomada do poder por alguns criou as condições para a hierarquização da estrutura política e de centralização do poder. O mesmo não ocorre, de regra, no plano internacional, pois suas células mínimas (eminentemente, os Estados) não abrem mão, de regra, da sua soberania em favor de órgãos superiores. Isso, obviamente, não significa que esse plano do Direito seja menos desenvolvido, apenas indica uma construção diferenciada que atende a outros padrões de desenvolvimento. De fato, o Direito Internacional se fundamenta em uma imperatividade diferente daquela existente no plano nacional, pois se pode entender que internacionalmente, o Direito se respeita como manifestação direta da vontade das partes envolvidas a partir de uma *voluntary compliance*⁵²⁸ capaz de justificar o gigantesco número de decisões, acordos, normas que compõem o Direito Internacional e que dão prova de sua existência. É nessa forma jurídica desenhada segundo uma construção originalmente horizontal que o Direito Internacional se desenvolve, a partir do rompimento com o modelo da Westphalia, segundo uma proposta predominantemente igualitária e que aceita qualquer forma de Estado/governo, mesmo aquelas não democráticas⁵²⁹.

É por isso que, no plano internacional, a falta de uma estrutura centralizadora, à qual se opõem os Estados, zelosos de suas soberanias⁵³⁰, indica que o poder ainda está fragmentado e disperso. Embora eventuais convergências de interesses tenham permitido o surgimento de focos de poder, eles nunca se tornaram uma estrutura permanente e absoluta e essa é a principal característica de horizontalidade do Direito Internacional⁵³¹. Nesse contexto, e diante da falta insuperável de uma estrutura tripartida de poder que poderia determinar o controle jurídico em uma construção verticalizada⁵³², a própria criação do Direito é determinada voluntariamente pelos Estados, seja através da elaboração de tratados, seja através da construção de um Direito costumeiro. Mais do que a existência da

⁵²⁷ CRAWFORD, James. Democracy and International Law. In: **British Yearbook of International Law** (1993), n. 64 (p. 113-133). Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 119.

⁵²⁸ MORGENTHAU, Hans. **Politics Among Nations: the Struggle for Power and Peace**. Sixth edition. New York: McGraw-Hill, 1985, p. 313.

⁵²⁹ CRAWFORD, James. Democracy and International Law. In: **British Yearbook of International Law** (1993), n. 64 (p. 113-133). Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 117.

⁵³⁰ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 67.

⁵³¹ CASSESE, Antonio. **International Law**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 05.

⁵³² KÖCHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003, p. 13.

sanção (condição de eficácia, não de existência do Direito⁵³³), o Direito Internacional confia no sentimento de obrigação que a construção comunitária de suas normas produz na comunidade internacional. Essa proposta é importante mas, como evidencia a prática, não é sempre suficiente⁵³⁴.

A dificuldade essencial do Direito Penal Internacional reside nessa questão. Porque exercido no plano internacional e pelas regras do Direito Internacional, o poder de punir que se pretende universal padece da falta de eficácia. Essa falha se torna ainda mais aguda pelo fato de que o poder de punir internacional se exerce ao mesmo tempo sobre Estados e sobre indivíduos. Se a natureza internacional da norma pode, na maior parte dos casos, confiar sua eficácia na *compliance* dos Estados (porque as vantagens da adesão à norma são evidentes e diretas), certamente não pode esperar o mesmo dos indivíduos, que atendem ao Direito especialmente por conta da verticalidade da norma ou por um altíssimo grau, incomum, de concordância ética para com o conteúdo da norma. Inexistente a verticalidade, a justiça penal internacional acaba carecendo de eficácia, que é condição da sua própria existência, pois ela não se basta em soluções de compromisso. De fato, “nenhum Direito pode contar unicamente com a força moral para se fazer respeitar”, pois, “ele não se impõe efectivamente aos seus sujeitos recalcitrantes se não construir também uma ordem de coação”⁵³⁵. Essa condição é especialmente grave no plano penal, pois a aplicação da pena existe “para que algo se realize, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais”⁵³⁶.

Nesse sentido, em que pese o processo de tribunalização, o Direito Penal internacionalizou-se muito mais no plano normativo do que no plano institucional dado o fato de que os Estados “conservam o monopólio da acção repressiva⁵³⁷”. Por conta disso, a executividade da justiça penal internacional ainda está dependente da atuação dos Estados que compõem as jurisdições penais internacionais criadas e, eventualmente, de organismos

⁵³³ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 83.

⁵³⁴ Segundo MORGENTHAU, “*the problem of enforcement becomes acute, however, in that minority of important and generally spectacular cases, particularly important in the context of our discussion, in which compliance with international law and its enforcement have a direct bearing upon the relative power of the nations concerned*”. Nesses casos, complete o autor, “*considerations of power rather than of law determine compliance and enforcement*”. MORGENTHAU, Hans. **Politics Among Nations: the Struggle for Power and Peace**. Sixth edition. New York: McGraw-Hill, 1985, p. 313.

⁵³⁵ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 585.

⁵³⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Décima primeira edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 20.

⁵³⁷ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 585.

internacionais que se disponham a prestar auxílio. Essa é a notória *faiblesse* das jurisdições penais internacionais cuja constituição não foi acompanhada do assenhramento do poder necessário ao exercício jurisdicional e, por isso, podem ser reconhecidas como *potestas* sem poder físico, como um *giant without arms and legs*⁵³⁸. Nem os tribunais da ONU, nem o TPI do Estatuto de Roma foram agraciados pelos seus estatutos com um aparato para implementação de suas decisões, não tendo, de regra, como prender pessoas ou produzir provas⁵³⁹ autonomamente, pois lhes falta uma polícia judiciária para tanto.

Aliás, ao não desenvolver concomitantemente os meios necessários para a consecução dos fins a que se propõe a repressão internacional direta, o poder internacional demonstra muito claramente como adotou a repressão penal como instrumento simbólico para a busca dos seus fins. Ao criar um organismo internacional jurisdicional sem poder de executividade para além daquele que reside na vontade colaborativa dos Estados, o Direito Internacional submeteu a justiça penal internacional a uma condição de evidente ineficácia – ou, caso se queira ser mais expresso, de eficácia politicamente contida.

1.1.2. Soluções possíveis: o modelo supra-Estados, o modelo entre-Estados e a complementaridade

Como se sabe, a própria noção de cooperação internacional é fundante do Direito Penal Internacional e lança as bases da sua existência. Em um contexto de absoluta competição entre jurisdições estatais, há pouco espaço para a justiça penal internacional que, portanto, depende de políticas de boa vizinhança para ser materializada. Nesse sentido, e a partir da divisão proposta por CASSESE, pode-se reconhecer que essas relações se dão segundo dois modelos: o modelo entre-Estados e o modelo supra-Estados⁵⁴⁰.

Ao que tudo indica a opção do TPI do Estatuto de Roma é uma proposta diferente que fundamentada em um meio-termo entre ambas, característica da complementariedade

⁵³⁸ CASSESE, Antonio. On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law. In: **European Journal of International Law** (1998), n. 9 (p. 02-17), p. 13.

⁵³⁹ SWART, Ben. General Problems. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Volume II (p. 1497-1534). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1589.

⁵⁴⁰ CASSESE, Antonio. The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections. In: **European Journal of International Law**, (1999), n. 10 (p. 144-171), p. 164.

que baseia a sua atuação. Assim, convém apresentar as três propostas em separado para que se entendam as qualidades e dificuldades de cada uma delas.

i. O modelo entre-Estados: a experiência tradicional fundamentada na cooperação internacional

O primeiro modelo apresentado por CASSESE é aquele padrão das relações internacionais. De regra, não há obrigação alguma a um Estado de cooperar com as *solicitações* de outro Estado ou instituição internacional. Suas obrigações surgem apenas a partir de tratados que venha a ratificar ou de obrigações similares. É verdade que, conforme visto anteriormente, parecem existir no plano internacional exceções a essa regra de absoluta soberania, determinadas pela eventual constituição de institutos de *jus cogens*. Mas no mais das vezes, a cooperação internacional se exaure na vontade do próprio Estado e não será incomum que um país opte por negar a solicitação de outro por conta da segurança nacional ou decida ele mesmo exercer sua jurisdição em um caso. É certo que experiências internacionalizantes como a existência do Modelo de Tratado das Nações Unidas sobre Extradução e a cooperação internacional penal em diversos blocos têm mudado essa característica, mas ainda assim não é certo que um país possa sempre contar com a cooperação internacional de seus pares no combate ao crime⁵⁴¹.

Essa proposta não parece adequada à justiça penal internacional e, especialmente, aos tribunais penais internacionais. Afinal, nesse modelo, diante da eventual dificuldade de contar com a cooperação dos Estados e da falta de força direta, a justiça penal internacional poderia simplesmente não funcionar⁵⁴². Na medida em que a atuação dos Estados para com organismos internacionais tende a ser paradoxal⁵⁴³ (pois apoiam suas constituições, mas negam-lhes eficácia quando seus interesses estão em jogo), o sistema padece de uma séria carência de efetividade que põe em risco o seu próprio sentido de existência.

Primeiro, é conveniente imaginar que os Estados podem ser recusar definitivamente a cooperar. Nesse caso, na medida em que a justiça penal internacional depender das

⁵⁴¹ SWART, Ben. General Problems. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Volume II (p. 1497-1534). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1592.

⁵⁴² CASSESE, Antonio. The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections. In: **European Journal of International Law**, (1999), n. 10 (p. 144-171), p. 164.

⁵⁴³ DAILLER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 402.

jurisdições nacionais desde a produção de provas que ensejem a abertura de um caso até a localização de testemunhas e a prisão de acusados, a justiça penal internacional seria bloqueada *ab ovo*. E essa condição não é propriamente uma exceção à regra da cooperação – parece ser, na verdade, o que ocorre no mais das vezes. E dita falha não é nova, podendo-se trazer à tona o exemplo histórico da negativa holandesa em extraditar o Kaiser Guilherme I na Primeira Guerra Mundial, tornando absolutamente inoperante o artigo 228 do Tratado de Versailles. Mais recentemente, o caso *Al Bashir*, junto ao TPI evidencia essa realidade às escâncaras⁵⁴⁴.

Dessa forma, as peculiaridades da justiça penal internacional implicam a impossibilidade de adoção um modelo entre-Estados, demandando-se, portanto, a revisão dos conceitos de mera cooperação. Essa proposta cooperativa é ineficiente e produziria uma justiça penal internacional circunstancial e incapaz, na medida em que não pode forçar os Estados a cooperarem de forma alguma⁵⁴⁵. É esse o motivo pelo qual o modelo supra-Estados foi adotado pelos tribunais penais internacionais *ad hoc* criados pelo Conselho de Segurança.

ii. O modelo supra-Estados: a experiência dos TPI *ad hoc*

O modelo supra-Estados parece superar as dificuldades de inoperância do modelo entre-Estados. Segundo essa nova proposta, existiria, em alguns casos, hierarquia entre organismos de forma a obrigar os Estados a cooperarem no combate ao crime, reconhecendo-se uma verticalização de poder que rompe com a igualdade entre sujeitos internacionais e com a soberania tradicional.

É assim que são constituídos os dois tribunais penais internacionais *ad hoc* criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas⁵⁴⁶. Na medida em que o TPII e o TPIR

⁵⁴⁴ O presidente do Sudão, país que não é parte da Corte e, portanto, não está obrigado à cooperação, é investigado pela Corte pela prática, em tese, de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio e teve contra si emitido um mandado de prisão em março de 2009. Todavia, o empecilho reside no cumprimento desse mandado, pois sendo o acusado o próprio presidente do país, é de se entender impossível a sua prisão em seu território – e é de se esperar, inclusive, que tente manter o poder a todo custo para evitar uma prisão no futuro, o que pode ensejar mais crimes da mesma espécie. Ademais, diversos países têm se recusado a cooperar com o TPI, o que permite que *Al Bashir* se desloque com frequência por alguns países africanos. ICC. *Situation in Darfur, Sudan. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (“*Omar al Bashir*”). Caso n. ICC-02/05-01/09. Pre-Trial Chamber I. **Warrant of Arrest for Omar Hassan Admad Al Bashir**. Decisão de 04 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁵⁴⁵ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 356.

⁵⁴⁶ Nas palavras de CASSESE, explicando o modelo dos tribunais da ONU, “*This more progressive model presupposes that the international judicial body is vested with sweeping powers not only vis-à-vis individuals*

existem em decorrência de uma determinação do Conselho de Segurança, os Estados estão obrigados a cooperar com o tribunal e, assim, devem prover a instituição internacional com os serviços necessários às suas funções, tais como a prisão de acusados, a produção de provas, a condução de testemunhas etc., sob pena de sanções pelo próprio Conselho de Segurança. É inclusive reconhecida a possibilidade de que os TPI e TPIR direcionem suas ordens a pessoas específicas, que estariam obrigadas a atendê-las⁵⁴⁷. Mais do que isso, é reconhecida a prevalência de jurisdição dos tribunais internacionais sobre as instituições jurisdicionais nacionais, com as quais competem na realização da justiça penal.

Tal condição vem estampada nos artigos dos Estatutos dos tribunais (no caso do TPII, no artigo 9⁵⁴⁸; no caso do TPIR, no artigo 8⁵⁴⁹). Evidentemente, a concorrência de jurisdições ensejou debates e problemas, tendo o TPII desenvolvido, inclusive, um sistema de testes para definir-se quando o TPII poderia requisitar que processos fossem transferidos da jurisdição nacional para a jurisdição internacional⁵⁵⁰. A jurisprudência internacional também confirmou essa condição de verticalidade, como se vê no caso *PROSECUTOR v. Tihomar BLASKIC*⁵⁵¹.

subject to the sovereign authority of states, but also towards states themselves. Under this model the international court is empowered to issue binding orders to states and, in case of non-compliance, may set in motion enforcement mechanisms. What is no less important, the international court is given the final say on evidentiary matters: states are not allowed to withhold evidence on grounds of self-defined national interests or to refuse to execute arrest warrants or other courts' orders. In short, the international court is endowed with an authority over states that markedly differentiates it from other international institutions". CASSESE, Antonio. The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections. In: **European Journal of International Law** (1999), n. 10 (p. 144-171), p. 164-165.

⁵⁴⁷ SWART, Ben. General Problems. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Volume II (p. 1497-1534). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1594.

⁵⁴⁸ "Article 9. Concurrent jurisdiction. 1. The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991. 2. The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal". UN. **Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. Versão atualizada conforme a Resolução do Conselho de Segurança n. 1800 de 20 de Fevereiro de 2008.

⁵⁴⁹ "Article 8: Concurrent jurisdiction. 1. The International Tribunal for Rwanda and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens for such violations committed in the territory of the neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994. 2. The International Tribunal for Rwanda shall have the primacy over the national courts of all States. At any stage of the procedure, the International Tribunal for Rwanda may formally request national courts to defer to its competence in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for Rwanda". UN. **Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda**. Versão atualizada conforme a Resolução do Conselho de Segurança n. 1901 de 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/English%5CLegal%5CStatute%5C2010.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁵⁵⁰ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 349.

⁵⁵¹ "The Appeals Chamber holds the view that the spirit of the Statute, as well as the purposes pursued by the Security Council when it established the International Tribunal, demonstrate that a Judge or a Chamber is

Para além dos próprios Estados que, portanto, ficam obrigados à cooperação com essas instituições, os tribunais ainda podem se socorrer de organismos internacionais, tais como a *International Criminal Police Organization* (a INTERPOL) para a consecução dos fins do tribunal⁵⁵². Aliás, organizações internacionais foram comumente usadas na experiência do TPII, especialmente a IFOR (*NATO Implementation Force*), a SFOR (*Stabilization Force in Bosnia and Herzegovina*), a KFOR (*Kosovo Force*) a UNTAES (*United Nations Transitional Authority in Eastern Slavonia, Baraja and Western Sirmium*) e, ainda mais diretamente, a própria OTAN⁵⁵³, sem qualquer dificuldade de cooperação, na medida em que essas organizações atuavam em nome do próprio Conselho de Segurança como forças de estabilização/paz na antiga Iugoslávia. Aliás, o Conselho de Segurança se manifestou informando a obrigação dos organismos internacionais de cooperarem com a atuação do TPII em mais de uma das suas resoluções⁵⁵⁴. A situação no que toca ao TPIR é similar na relação com a UNAMIR (*United Nations Assistance Mission for Rwanda*), a força da ONU que acompanhou o conflito e permaneceu na Ruanda depois dele.

Parece evidente que a proposta supra-Estados é mais interessante e claramente mais eficiente. Afinal, pela força política de que o Conselho de Segurança dispõe, a cooperação

vested with the authority to summon witnesses, to compel the production of documents, etc. However, the basis for this authority is not that, as the International Tribunal enjoys primacy over national criminal courts, it cannot but possess at least the same powers as those courts. Such an argument is flawed, for the International Tribunal exhibits a number of features that differentiate it markedly from national courts. (...). ICTY. *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*. Caso n. IT-95-14-T (“Lasva Valley”). Appeals Chamber. **Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997**. Decisão de 29 de outubro de 1997, parágrafo n. 47.

⁵⁵² Rule 39, do Regulamento de Procedimento e Prova, do TPII: “*In the conduct of an investigation, the Prosecutor may: (i) summon and question suspects, victims and witnesses and record their statements, collect evidence and conduct on-site investigations; (ii) undertake such other matters as may appear necessary for completing the investigation and the preparation and conduct of the prosecution at the trial, including the taking of special measures to provide for the safety of potential witnesses and informants; (iii) seek, to that end, the assistance of any State authority concerned, as well as of any relevant international body including the International Criminal Police Organization (INTERPOL); and (iv) request such orders as may be necessary from a Trial Chamber or a Judge*”. UN. **International Criminal Court For The Former Yugoslavia. Rules of Procedure and Evidente of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (1994)**. Regras adotadas em 11 de fevereiro de 1994, revisadas até 28 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.icty.org/sid/136>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁵⁵³ As determinações referentes às autorizações para o uso da força e auxílio ao TPII provinham de diversos documentos, entre eles o Dayton Peace Agreement, o General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina e várias Resoluções do Conselho de Segurança. Nesse sentido, ver CIAMPI, Annalisa. *The Obligation to Cooperate*. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Volume II (p. 1497-1534). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1618.

⁵⁵⁴ Assim, as Resoluções do Conselho de Segurança de n. 1037 (1996) e 1244 (1999). UN. **Security Council Resolution n. 1037 (1996)**. Resolução de 15 de janeiro de 1996. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/007/55/PDF/N9600755.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 17/11/2012; UN. **Security Council Resolution n. 1244 (1999)**. Resolução de 10 de junho de 1999. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 17/11/2012.

é certa e, quando, não, fica sujeita a sanções. Dessa forma, a efetividade das instituições jurisdicionais do mesmo porte dos tribunais *ad hoc* é certa e garante a realização da justiça penal internacional. Determinações que demandem ordens judiciais ou que sejam impedidas de alguma forma (por exemplo, a abertura de sigilo bancário ou a prisão de um acusado) ficam dependentes do próprio Estado ou de forças internacionais eventualmente presentes em campo⁵⁵⁵, mas deverão ser obrigatoriamente cumpridas. Obviamente, todavia, essa construção não fica isenta de críticas, especialmente porque submete a realização da justiça ao jogo político tradicional no tabuleiro internacional. Os tribunais internacionais acabam tendo que negociar com os Estados para ter suas pretensões atendidas. Segundo DE LOS REYES, no caso do TPIR, especialmente a partir do caso *Barayagwiza*⁵⁵⁶, isso se tornou uma constante – enquanto o Estado se negava a prestar diversos auxílios requeridos, a Corte, ainda que solicitada a fazer a referência do caso ao Conselho de Segurança (como permitido pelo Estatuto), deixava de fazê-lo para que não houvesse melindres por parte do Estado Ruandês no sentido de atender a outras futuras demandas, o que, por certo, lhe mina a imparcialidade⁵⁵⁷.

No caso do TPII, é de se lembrar que apesar de graves acusações de crimes de guerra cometidos pela OTAN, nunca houve sequer investigação aberta para a apuração da veracidade dos fatos⁵⁵⁸. De fato, sendo a OTAN a força que permitia o cumprimento dos mandados e buscas do TPII, a abertura de um processo contra seus generais significaria perda importante de executoriedade do tribunal internacional.

iii. A complementaridade do TPI: um novo modelo intermediário de cooperação?

Uma nova proposta surge com o modelo do Estatuto de Roma, diferenciando-se tanto daqueles modelos prévios identificados na experiência dos tribunais *ad hoc* quanto do tradicional sistema de cooperação entre Estados, ainda que constituindo um modelo

⁵⁵⁵ COSTI, Matteo. Indagini e Processo in um Diritto Penale Fuori dallo Stato. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008 (p. 167-173), p. 168.

⁵⁵⁶ ICTR. *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze*. Caso n. ICTR-99-52-T. Trial Chamber I. **Judgement and Sentence**. Decisão de 03 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Nahimana/judgement/Judg&sent.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

⁵⁵⁷ DE LOS REYES, Charmaine. State Cooperation and its Challenges for the International Criminal Tribunal for Rwanda. In: DECAUX, Emmanuel; DIENG, Adama; SOW, Malick. **From Human Rights to International Criminal Law: Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laïty Kama**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007 (p. 55-88), p. 83.

⁵⁵⁸ A esse respeito, ver especialmente ZOLO, Danilo. **La giustizia dei vincitori: Da Norimberga a Baghdad**. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 35-36.

intermediário entre eles. Em primeiro lugar, o modelo do TPI é mais bem detalhado do que as figuras dos tribunais da ONU, ainda que não menos impositiva. De fato, embora se tenha apoiado na experiência dos seus antecessores *ad hoc* e sua forma de constituição não provenha de uma ordem do Conselho de Segurança, mas de um consenso internacional⁵⁵⁹, o Estatuto de Roma ainda está desenhado para atuar de forma similar ao TPII e TPIR. Sua condição de tratado (que, ademais, não admite ressalvas⁵⁶⁰) implica a aceitação dos seus termos de forma ampla e, portanto, determina a responsabilidade internacional do Estado-parte quando do descumprimento das determinações do tratado. Nesses termos, ao estabelecer a obrigação de cooperação de forma ampla e razoavelmente completa⁵⁶¹, o TPI garante que os países-parte do tratado de Roma cooperarão com as determinações do Tribunal. Além disso, a adoção de uma terminologia específica no seu texto (vejam-se os termos “entrega” em lugar de “extradição”, “outras formas de assistência”, em lugar de “assistência mútua”, ou “ordens” em lugar de “requisições”⁵⁶²) identifica a pretensão de criação de uma nova proposta e antecipa problemas futuros com os quais os tribunais *ad hoc* não precisavam lidar, tais como a possibilidade de exceções à jurisdição do TPI⁵⁶³ ou a própria complementaridade⁵⁶⁴.

Sem controvérsias, a condição de complementaridade do TPI foi reconhecida facilmente durante os debates do Estatuto de Roma e ficou plasmada no seu preâmbulo, com a indicação da preferência de que os próprios Estados exerçam a jurisdição nos casos de crimes universais. Essa posição de prioridade à jurisdição nacional identifica o caráter de subsidiariedade ou complementaridade do TPI e dá conta da sua atuação apenas em casos especialíssimos, caso o Estado-parte não queira ou não possa reprimir aqueles crimes. Ao mesmo tempo, essa condição tem outra consequência: reafirma a obrigação dos Estados de lutar contra a impunidade dos crimes universais.

⁵⁵⁹ CASSESE, Antonio. The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections. In: **European Journal of International Law** (1999), n. 10 (p. 144-171), p. 165.

⁵⁶⁰ Conforme o artigo 120 do Estatuto de Roma. É certo, todavia, que alguns países têm incluído, na aceitação do Estatuto, “declarações interpretativas” que têm efeito próximo a ressalvas, como no caso da França que incluiu uma declaração interpretativa na aceitação do Estatuto de Roma segundo a qual o uso de armas nucleares não estaria incluído no alcance dos crimes de guerra. Sobre o tema, ver: KÖCHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003, especialmente p. 47-48.

⁵⁶¹ Parte 9, artigos 86 e seguintes do Estatuto do TPI.

⁵⁶² SWART, Ben. General Problems. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Volume II (p. 1497-1534). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1595.

⁵⁶³ Conforme disposto no artigo 93, n. 4, e seguintes do Estatuto do TPI.

⁵⁶⁴ Conforme disposto no artigo 17, n. 1, “a”, do Estatuto do TPI.

Assim, os Estados são a primeira escolha de jurisdição⁵⁶⁵, reforçando-se o sistema indireto de justiça penal internacional e a própria soberania, já que indica que a jurisdição internacional “não deve intervir desde que as jurisdições internas exerçam suas competências”,⁵⁶⁶. SCHABAS⁵⁶⁷ aponta os casos em que o TPI poderá exercer sua jurisdição: quando o Estado não tem forças para exercer sua jurisdição (porque o acusado está em situação de poder que não permite tal exercício); se o sistema judiciário não estiver mais funcional; se o processo vem sendo protelado ou é tornado de alguma forma ineficaz para fazer-se subtrair o acusado de sua responsabilidade; e quando o processo não tenha sido levado a cabo de maneira independente ou imparcial, demonstrando a falta de vontade de se fazer justiça⁵⁶⁸. Como se vê, essas possibilidades de atuação indicam uma subsidiariedade diferenciada que não significa apenas a concorrência de jurisdições, onde o exercício de uma delas esgota e impede a outra, mas, sim, uma concorrência efetivamente complementar, em que uma delas *completa* a outra⁵⁶⁹.

Como decorrência dessa característica de complementariedade peculiar, uma segunda consequência vem à tona: ao mesmo tempo em que a soberania dos países-parte é respeitada, ela também é limitada pelo compromisso assumido no Estatuto de exercer justiça nos casos dos crimes universais. Afinal, o Estatuto do TPI implica a obrigação de julgar e punir os acusados dos crimes de sua competência⁵⁷⁰. É o que se lê do artigo 17⁵⁷¹

⁵⁶⁵ “*en effet, le Statut laisse aux systèmes de justice nationaux la première chance de juger les criminels présumés et, c’est seulement lorsque les mécanismes de justice interne ne sont pas échenchés que la Cour criminelle internationale peut exercer sa jurisdiction*”. SCHABAS, William. *La Cour criminelle internationale: un pas de plus contre l’impunité*. In: **Proceedings 27th. Annual Conference October, 15-17, 1998, Canadian Council of International Law, “The Impact of International Law on the Practice of Law in Canada”**. Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 5.

⁵⁶⁶ SUR, Serge. *Vers une Cour Penale internationale: la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Securite*. In: **Révue Général de Droit International Public**, 1999-2, p. 42 (tradução livre).

⁵⁶⁷ SCHABAS, William. *La Cour criminelle internationale: un pas de plus contre l’impunité*. In: **Proceedings 27th. Annual Conference October, 15-17, 1998, Canadian Council of International Law, “The Impact of International Law on the Practice of Law in Canada”**. Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 5-6.

⁵⁶⁸ SCHABAS, William. *La Cour criminelle internationale: un pas de plus contre l’impunité*. In: **Proceedings 27th. Annual Conference October, 15-17, 1998, Canadian Council of International Law, “The Impact of International Law on the Practice of Law in Canada”**. Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 6 (tradução livre).

⁵⁶⁹ Segundo DELMAS-MARTY, “...*le principe de complémentarité posé par la Convention de Rome devrait sans doute être interprété comme une véritable complémentarité – de que veut dire que les sphères de compétence seraient différentes et non concurrentes –, et non comme une subsidiarité de fait au nom de laquelle on se résignerait à écarter la compétence de la CPI pour de simples raisons diplomatiques*”, DELMAS-MARTY, Mireille. *La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)*. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. **Jurisdictions nationales et crimes internationaux**. Paris: PUF, 2002, p. 653.

⁵⁷⁰ “*un principe qui vient souligner l’existence d’une obligation étatique non formelle (...) de poursuivre, sur le plan national, les violations du droit humanitaire*”. POLITI, Mauro. *Le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: le point de vue d’un négociateur*. In: **Révue General de Droit Internationale Public**, 1999-4, p. 843.

do Estatuto do TPI, que indica a competência do tribunal para atuar como *guardião* da justiça internacional ao verificar se os países atuaram dentro dos princípios gerais indicados pelo próprio Estatuto.

Em suma, trata-se de uma novidade que implica ao tribunal, segundo FRONZA⁵⁷², uma dúplice função: na condição de tribunal que julga indivíduos acusados dos crimes de sua competência, atuará como “juiz do fato”; todavia, na condição de verificador da aplicabilidade da justiça pelo Estado-parte ao caso em mesa, atuará como “juiz da adequação do direito nacional” aos padrões internacionais. Daí ser reconhecido como um modelo intermediário entre o modelo vertical dos tribunais *ad hoc* e aquele horizontal das relações entre-Estados⁵⁷³.

Essa nova metodologia adotada pelo TPI, todavia, não elimina as tradicionais dificuldades da cooperação internacional, pois a dependência da voluntariedade dos Estados ainda existe. De qualquer forma, o Estatuto do TPI regulou com cuidado essa condição e reservou aos juízes uma amplitude de atuação bastante razoável, pois várias determinações sobre as obrigações de cooperação serão estabelecidas dentro do caso concreto, com apoio da prática internacional na área e especialmente com a jurisprudência construída pelos tribunais penais internacionais precedentes⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ Do Estatuto do TPI, no seu artigo 17: “Artigo 17. *Questões Relativas à Admissibilidade. 1.Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se: a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou não tenha capacidade para o fazer; b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer; c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 20; d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.”*

⁵⁷² FRONZA, Emanuela. Principio di Complementarità, Esercizio della Giurisdizione e Adeguamento a Livello Interno. In: AMATI, Enrico; CACCAMO, Valentina; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela; VALLINI, Antonio. **Introduzione al Diritto Penale Internazionale** (p. 35-65). Milano: Giuffrè, 2006, p. 48.

⁵⁷³ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 358.

⁵⁷⁴ Segundo CASSESE, “*the specific practice as it relates to arrest warrants and orders for transfer of an accused, requests for assistance, subpoenas — to whom they may be addressed, the required breadth and specificity — the penalties available for a non-cooperative state, and many related questions, were left to the Judges to define. This happened in due course in the Blaskic’ case when a Trial Chamber issued subpoenas to Croatia and one of its senior ministers; a decision which was later overturned on appeal, confining subpoenas to individuals acting in a private capacity, while allowing binding orders to be directed to states. In contrast to the ICTY and ICTR, which are creatures of the Security Council moulded into their present shape in large part by the Judges, states have had the opportunity, in drawing up the ICC Statute, to express themselves, in no uncertain terms, about how they wish international justice to work, and they have adopted a mostly state-oriented approach*”. CASSESE, Antonio. The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections. In: **European Journal of International Law**, (1999), n. 10 (p. 144-171), p. 165.

A regra, portanto, é a da obrigação de cooperar. Assim, nos casos iniciados pelo Conselho de Segurança (artigo 13, “b”, do Estatuto do TPI) não deve haver diferenças substanciais nas obrigações de cooperação em comparação com aquelas propostas dos tribunais *ad hoc*, dada a característica de *imperium* natural às Resoluções do Conselho de Segurança. Todavia, a questão da segurança nacional no TPI merece menção especial.

O Estatuto, no § 4.º do artigo 93, criou uma válvula de escape à obrigação de cooperação, pois permite a recusa a pedidos do Tribunal pela alegação de que a produção dos documentos ou provas poderia ser atentatória à segurança nacional. Embora exista um dispositivo dedicado sobre a questão (artigo 72, que regra a *Proteção de Informação Relativa à Segurança Nacional*), o Estatuto não determina o que é ser atentatório à segurança nacional, o que deixa uma inegável lacuna e razoável liberdade ao Estado-parte. Instalado tal impasse, e no caso de se tratar de uma solicitação que é entendida pelo Tribunal como essencial para a determinação da culpa ou inocência do acusado, a Corte poderá “remeter a questão nos termos do parágrafo 7º. do artigo 87, especificando as razões da sua conclusão”⁵⁷⁵, ou seja, para a Assembleia dos Estados-Parte ou para o Conselho de Segurança da ONU, quando este tiver dado início ao procedimento. Essa é a única sanção que pode ser imposta ao Estado-membro – a princípio, exígua, apesar das possíveis consequências.

Embora seja possível um ajuste entre o Estado e o Tribunal para que se tentem conciliar os interesses conflitantes⁵⁷⁶ – uma determinação de bom alvitre que permitiu a aceitação do Estatuto por um maior número de países, mas que constitui uma importante relativização da obrigação de cooperar – a recusa de cooperação por parte do Estado membro cria um problema substancial. Em ocorrendo, “o Tribunal poderá elaborar um relatório e remeter a questão à Assembléia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o fato ao Tribunal”⁵⁷⁷. Se se tratar de um Estado não membro, não há qualquer tipo de sanção estabelecida, de forma que a aproximação para com o modelo entre-Estados é evidente. Todavia, a situação se diferencia substancialmente no caso de se tratar de um Estado-membro, quando a negativa de auxílio ao Tribunal será comunicada à Assembleia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, quando tiver sido este o órgão responsável pela

⁵⁷⁵ Conforme o artigo 72, § 7.º, letra “a”, ii, do Estatuto do TPI.

⁵⁷⁶ Esse ajuste pode ser realizado na forma do parágrafo 5º, do artigo 93, do Estatuto do TPI, por exemplo, pela modificação do pedido, pela obtenção das informações a partir de outra fonte ou por determinação de outra data para a cooperação.

⁵⁷⁷ Conforme o artigo 87, § 7º, do Estatuto do TPI.

submissão do fato ao Tribunal. No primeiro caso, a sanção nada mais será do que uma provável recomendação. Já no segundo caso a situação muda de figura, pois importa lembrar que o Estatuto não afastou a possibilidade de aplicação dos procedimentos militares do Conselho de Segurança da ONU nos casos de ameaça da paz⁵⁷⁸. Se a negativa de cooperação do Estado membro for considerada uma ameaça à paz ou à segurança internacional, portanto, o Conselho de Segurança poderia, sem problemas, determinar medidas militares, como a ocupação com tropas das Nações Unidas dentro do país recalcitrante⁵⁷⁹.

Sem dúvida se trata de questão que pode produzir diversas consequências políticas e essa porção do Estatuto do TPI, muito debatida, afastou alguns Estados da assinatura do instrumento. Entre eles, e importante, a Índia, que ao lado da contrariedade à complementaridade do Estatuto, apontou justamente o papel relevante do Conselho de Segurança como motivo para a sua recusa na assinatura⁵⁸⁰.

Também é importante mencionar os riscos de uma cooperação *parcial* que pode ser perigosa ou, ao menos, politicamente danosa. Em lugar de negar a cooperação, os Estados podem permitir investigações seletivas ou mesmo selecionar acusados para entrega ao TPI. É possível que a coleta parcial de provas seja dirigida de modo a responsabilizar um acusado e não outro ou, ainda, direcionada para a absolvição de algum acusado. Afinal, o Estatuto do TPI permite, embora exista a obrigação aos Estados-parte de cooperarem,

⁵⁷⁸ Nos casos de ameaça da paz, segundo o Capítulo V e seguintes, em especial o artigo 42, da Carta das Nações Unidas, o Conselho de Segurança pode usar de tropas terrestres, aéreas ou marítimas, tomando as medidas necessárias ao restabelecimento ou manutenção da paz e da segurança internacional (“...*toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales*”).

⁵⁷⁹ BOURDON expõe a situação: “com efeito, os mecanismos instaurados pelo Estatuto do TPI não aboliram os procedimentos ‘clássicos’ de movimentação do Conselho de segurança em caso de ameaça contra a paz e a segurança nacionais. Em última instância, só o Conselho de segurança dispõe de meios de ação coercitivos estabelecidos no capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Sejam operações de manutenção se desenvolvendo sobre o território do país refratário e/ou a Comunidade internacional ali engajada militarmente – nesta hipótese o estado da sanção estará ultrapassado já que o mais comum é que as forças militares receberão mandato de executar as ordens de prisão (como o que aconteceu no Kosovo)”. BOURDON, William e DUVERGER, Emmanuelle. **La Cour pénale internationale: le statut de Rome**. Paris: Éditions du Seuil, 2000, p. 246-247 (tradução livre). Ainda, segundo DULAIT, “*une force de paix déployée dans un Etat en crise interne ou en conflit avec un voisin pourrait se voir légitimement confier par le Conseil de sécurité de l’ONU, explicitement, la tâche de rechercher et d’arrêter les auteurs de crimes relevant la compétence de la Cour, surtout si c’est ce même Conseil qui aurait saisi la Cour. Mission que n’est évidemment pas sans danger et qui supposerait d’intégrer des fonctions de police dans les taches militaires traditionnelles d’une force d’interposition*”. DULAIT, André. La Cour Pénale Internationale: quel nouvel équilibre entre souveraineté, sécurité et justice pénale internationale? In: **Les Rapports du Senat de la Comission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur la Cour pénale internationale**, n.º 313, Paris: Editora do Senado Francês, 1999, p. 35-36 (grifos no original).

⁵⁸⁰ DULAIT, André. La Cour Pénale Internationale: quel nouvel équilibre entre souveraineté, sécurité et justice pénale internationale? In: **Les Rapports du Senat de la Comission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur la Cour pénale internationale**, n.º 313, Paris: Editora do Senado Francês, 1999, p. 13.

segundo o artigo 88⁵⁸¹, que o próprio Estado estabeleça os procedimentos legais de cooperação. O uso dirigido ou parcial dessa legislação poderia criar dificuldades substanciais à justiça penal internacional – mais do que isso, poderia ensejar o uso político interno do próprio TPI. Nesse sentido, basta que se oponham os casos *Lubanga Dyilo*⁵⁸² e *Al Bashir*⁵⁸³: naquele, porque acusado de liderar uma frente liberadora rebelde, o acusado teve a sua prisão prontamente cumprida pelas forças governamentais da República Democrática do Congo quando determinada pelo TPI; neste, sua condição de presidente do país não permite acreditar em qualquer espécie de cooperação.

A recente situação da Líbia também identifica esse quadro. Não é este o palco para uma análise da assim chamada “Primavera Árabe”, mas é importante lembrar que o TPI iniciou prontamente uma investigação sobre o caso da Líbia ainda no início do conflito, para apurar a responsabilidade do dirigente líbio e de seus familiares e assessores⁵⁸⁴. A morte prematura do principal investigado e ditador da Líbia esfriou os ânimos sobre o caso, que segue, todavia, com a investigação de dois outros acusados de crimes contra a humanidade (*Abdullah Al-Senussi* e *Saif Al-Islam Gaddafi*).

De qualquer forma importa mencionar que não parecem ter ocorrido crimes contra a humanidade apenas por parte do exército líbio, como foi amplamente mencionado pela imprensa durante o conflito. Mais do que isso, a existência de crimes contra a humanidade ou de crimes de guerra parece ter sido verificada como perpetrada também por parte das forças revolucionárias que tomaram o poder sob os auspícios e auxílio direto dos países ocidentais, mormente da OTAN. No que toca à responsabilidade dos guerrilheiros atualmente no poder (os *Thuwar*), o Relatório da Comissão das Nações Unidas para investigação do caso da Líbia indica claramente a ocorrência de condutas que caracterizam crimes de guerra e contra a humanidade⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ “Article 88 - Availability of procedures under national law - States Parties shall ensure that there are procedures available under their national law for all of the forms of cooperation which are specified under this Part”. ICC. **International Criminal Court Statute**. Versão atualizada do texto aprovado em 17 de julho de 1998. United Nations Treaty Series, v. 2187, n. 38544. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>>.

Acesso em: 17/11/2012.

⁵⁸² ICC. *Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga DYILO*. Caso n. ICC-01/04-01/06.

⁵⁸³ ICC. *Situation in Darfur, Sudan. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al BASHIR*. Caso n. ICC-02/05-01/09.

⁵⁸⁴ O *referral* do caso foi feito pelo Conselho de Segurança à Procuradoria do TPI logo após o início dos conflitos. UN. **Security Council Resolution n. 1970 (2011)**. Resolução de 26 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/081A9013-B03D-4859-9D61-5D0B0F2F5EFA/0/1970Eng.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁵⁸⁵ UN. Human Rights Council. **Report of the International Commission to investigate all alleged violations of international human rights law in Libya**. Doc. n. A/HRC/19/68, parágrafos 810/811.

Apesar disso, o próprio Procurador do TPI indicou a impossibilidade de investigações adicionais sobre o caso da Líbia por conta de falta de fundos para tanto⁵⁸⁶. Se investigações forem feitas, entretanto, certamente não serão realizadas pelo novo governo líbio contra seus próprios militares (aliás, já se prepara uma lei de anistia para o caso⁵⁸⁷) e, portanto, novamente, a atuação do TPI será parcial, pois apenas as provas contra os vencidos serão produzidas voluntariamente pelo Estado.

Ademais, outro problema grave deve ser lembrado. Note-se que a investigação, e a consequente produção de provas no sistema do TPI, é baseada na colaboração do Estado-parte que deve permitir, eventualmente, a atuação da acusação do TPI na busca por provas. Em um sistema processual confuso em que há traços acusatórios (modelo no qual as partes não podem ser compelidas à busca de provas para a parte contrária) e inquisitórios (quando a busca por provas é em geral conduzida por órgãos públicos imparciais e que produzem provas para acusação e defesa concomitantemente)⁵⁸⁸, a acusação tem a obrigação de dividir com a defesa as provas que encontrar em favor do Acusado. Em suma, se a obrigação de cooperação implica aos Estados auxiliarem na investigação da acusação, essa determinação não é certa no que diz respeito à defesa⁵⁸⁹, o que a obriga a solicitar auxílio da Corte para a produção das provas essenciais, como aconteceu na jurisprudência do

Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session19/Pages/ListReports.aspx>. Acesso em: 05/03/2012.

⁵⁸⁶ HAMILTON, Rebecca. Member countries fight over international court's budget. **Reuters**, New York, 20 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://af.reuters.com/article/commoditiesNews/idAFN1E7BJOC420111220?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0>. Acesso em: 17/11/2012.

⁵⁸⁷ “802. *The Commission notes that the Libyan authorities have begun to take steps to address some of those issues. The creation of a National Human Rights Council is a positive development, which could play an important role in the strengthening of accountability through legislative and institutional reform, and in assisting victims of human rights violations to seek redress.* 803. *The Commission also views the adoption of the Transitional Justice Law as a positive step. However, it is concerned at the lack of an independent and impartial process for the appointment of members of the National Fact-Finding and Reconciliation Commission. The Commission also notes that, while the Transitional Justice Law disqualifies individuals who were previously affiliated with Qadhafi era military or security agencies from membership of sub-committees, the Law does not disqualify persons who have been responsible for human rights violations, a criteria that should be applied to all Government institutions to ensure a commitment to human rights*”. UN. Human Rights Council. **Report of the International Commission to investigate all alleged violations of international human rights law in Libya**. Doc. n. A/HRC/19/68, parágrafos 802/803. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session19/Pages/ListReports.aspx>. Acesso em: 05/03/2012.

⁵⁸⁸ Sobre a questão, ver: AMBOS, Kai. ¿Es el Procedimiento Penal Internacional “Adversarial”, “Inquisitivo” o Mixto?. In: AMBOS, Kai. **Temas de Derecho penal internacional y europeo** (p. 375-413). Madrid: Marcial Pons, 2006.

⁵⁸⁹ SWART, Ben. General Problems. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Volume II (p. 1497-1534). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1603.

TPII⁵⁹⁰, por exemplo. No caso do TPI, essa disposição consta expressamente no seu Estatuto, como se pode ver no artigo 57 (3), “b”⁵⁹¹. Ainda assim o problema da cooperação dos Estados permanece, pois a execução da ordem do tribunal dependerá da vontade do Estado. Na experiência ruandesa, levando em consideração que a Acusação pode contranger o Estado à busca de provas e acaba ainda auxiliada, nesse trabalho, por ONGs e por jornalistas, fica evidente o déficit em desfavor da defesa que provoca a clara disparidade de armas entre as partes do processo⁵⁹². Note-se, ainda, que a interação entre manifestações do Estado – que pode pretender proteger suas informações de segurança nacional, restringindo o *cross examination*, por exemplo – na busca pelas provas pode prejudicar ou até mesmo impedir a produção de provas pela defesa, violando gravemente o direito à ampla defesa e ao *due process*⁵⁹³.

Diante dessa inoperância executiva do Estado diante do próprio TPI e das instituições repressivas internacionais similares, é necessário o recurso à execução “terceirizada” – ou seja, o uso, quando é possível, de organismos militares de Estados que

⁵⁹⁰ “A difficulty encountered by both parties has been their limited access to evidence in the territory of the former Yugoslavia, due in no small part to the unwillingness of the authorities of the Republika Srpska to cooperate with the International Tribunal. While witnesses called by the Prosecution, mainly Muslims and former residents of Bosnia, were now living in Western European or North American countries, most Defence witnesses, almost all Serb, were still resident in Republika Srpska. A number of steps have been taken by the International Tribunal to assist the parties.(...) These steps did appear to alleviate the inherent difficulties of the situation”. ICTY. *Prosecutor v. Dusko Tadic aka "DULE"*. Caso n. IT-94-1-T (“Prijedor”). Trial Chamber II. **Opinion and Judgement**. Decisão de 07 de maio de 1997, parágrafos 530-531. A *Trials Chamber* manifestou-se, inclusive, estabelecendo certos critérios e testes para a verificação da violação da paridade de armas quando da produção de provas em uma decisão posterior. Nesse sentido, ver: icty. *Prosecutor v. Dusko Tadic aka "DULE"*. Caso n. IT-94-1-A (“Prijedor”). Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 15 de julho de 1999, parágrafos 29-36.

⁵⁹¹ Conforme o Estatuto do TPI, no artigo 57 (3), “b”：“(...) 3. In addition to its other functions under this Statute, the Pre-Trial Chamber may: (...) (b) Upon the request of a person who has been arrested or has appeared pursuant to a summons under article 58, issue such orders, including measures such as those described in article 56, or seek such cooperation pursuant to Part 9 as may be necessary to assist the person in the preparation of his or her defence”. ICC. **International Criminal Court Statute**. Versão atualizada do texto aprovado em 17 de julho de 1998. United Nations Treaty Series, v. 2187, n. 38544. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁵⁹² DE LOS REYES, Charmaine. State Cooperation and its Challenges for the International Criminal Tribunal for Rwanda. In: DECAUX, Emmanuel; DIENG, Adama; SOW, Malick. **From Human Rights to International Criminal Law: Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laïty Kama**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007 (p. 55-88), p. 62; 74.

⁵⁹³ No caso *Prosecutor v. Milan MILUTINOVIC et al*, junto ao TPII, a *Trials Chamber* rejeitou o pedido da Acusação para a inclusão do testemunho de Wesley Clark (general comandante da OTAN quando dos combates no Kosovo em 1999), importante testemunha para a condenação dos acusados, porque os Estados Unidos autorizavam a manifestação do militar apenas se fosse determinada a restrição do *cross examination* pela defesa. Como haveria evidente limitação da ampla defesa, a Corte foi obrigada e excluir o testemunho. ICTY. *Prosecutor v. Milan Milutinovic, Nicola Sainovic, Dragoljub Ojdanic, Nebojsa Pavkovic, Vladimir Lazarevic, Sreten Lukic*. Caso n. IT-05-87-T. Trial Chamber. **Decision on Prosecution Motion for Leave to Amend Its Rule 65 ter Witness List to add Wesley Clark**. Decisão de 15 de janeiro de 2007.

se ofereçam a tanto, de organizações internacionais que disponham de recursos militares ou de milícias privadas.

A questão ensejou debate no que toca ao Estatuto do TPI⁵⁹⁴. A solução de compromisso determinou a redação do artigo 54, III (c)⁵⁹⁵, que permite a cooperação de organizações intergovernamentais em geral, mas atuando elas apenas nos limites de seus estatutos. Em sendo a atuação do TPI determinada pelo Conselho de Segurança, parece certo que o uso de forças das Nações Unidas ou similares será também obrigatório, de forma a garantir o sucesso do mandado.

Mas essa condição enseja problemas graves de ordem política, como já aconteceu anteriormente. A dependência dos Estados para o cumprimento da decisão dos tribunais, como restou claro no caso *Al Bashir* (e na demora para as prisões dos acusados *Milosevic*⁵⁹⁶, *Karadic* e *Mladic*, junto ao TPII), demonstra como é difícil a executividade da justiça penal internacional.

1.2. Consequências da pena sem força: a politização da repressão

Se é certo que a imperatividade da justiça penal internacional encontra melhor guarida nas propostas adotadas pelos tribunais penais internacionais, tanto no modelo dos tribunais *ad hoc* quanto no modelo do TPI, é certo também que essa forma de atuação implica consequências de natureza política que não podem ser ignoradas.

A independência do judiciário é essencial para que a justiça seja atingida. Nos modelos nacionais essa independência se constrói a partir de um sistema de freios e contrapesos, característico da separação dos poderes, que deve ser buscado como princípio democrático essencial. Esse elemento para o exercício racional do poder é historicamente reconhecido, constituindo-se como um corolário do Estado democrático de Direito que se

⁵⁹⁴ CIAMPI, Annalisa. The Obligation to Cooperate. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Volume II (p. 1497-1534). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1621.

⁵⁹⁵ Conforme o Estatuto do TPI, no artigo 54 (3), “c”: “Article 54 - Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations (...) 3. The Prosecutor may: (...) (c) Seek the cooperation of any State or intergovernmental organization or arrangement in accordance with its respective competence and/or mandate; (d) Enter into such arrangements or agreements, not inconsistent with this Statute, as may be necessary to facilitate the cooperation of a State, intergovernmental organization or person”. ICC. **International Criminal Court Statute**. Versão atualizada do texto aprovado em 17 de julho de 1998. United Nations Treaty Series, v. 2187, n. 38544. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁵⁹⁶ Nesse caso, inclusive, importa lembrar que *compensações financeiras* teriam sido necessárias para permitir a prisão do ex-presidente iugoslavo. TODOROV, Tzevan. Os Limites da Justiça. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (org). **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Barueri: Manole, 2004, p. 40.

manifesta, segundo CANOTILHO, nas formas positiva e negativa. Na sua vertente negativa (a divisão de poderes), garante a limitação do poder e, assim, a determinação da justa medida de poder na atuação estatal. Na forma positiva (a separação de poderes), é responsável por uma racionalização administrativa, ou uma “justa e adequada ordenação das funções do estado”⁵⁹⁷. Como consequência, garante-se a liberdade e a autonomia daqueles que ocupam órgãos no governo, que acabam sujeitos, apenas, às determinações constitucionais e legais⁵⁹⁸.

Essa questão é muito mais aguda no plano internacional, onde a separação de poderes simplesmente não existe. A consequência é uma impossibilidade de um “Estado de direito internacional”, segundo KÖCHLER, dado o fato de que, nesse âmbito, o “poder político entra em jogo e o ‘supremo interesse nacional’ toma o lugar dos grupos de lobby e de pressão”⁵⁹⁹. Nesse contexto, seria ingênuo imaginar que a atuação da justiça penal no plano internacional estaria isenta desses interesses políticos e, assim, seria capaz de garantir a *rule of law*. De fato, se no plano nacional a relação política-criminalização já é sensível, a delicada harmonia de poderes que se desenrola no tabuleiro global torna ainda mais complicada essa interrelação quanto à justiça penal internacional⁶⁰⁰. Mais do que isso, a difícil divisão de poderes no âmbito internacional, por compartilhamento instável, é responsável por uma miríade de valores, característicos de um modelo universal, que não se resume a propostas mais ou menos claras como aquelas existentes dentro das fronteiras nacionais. Especialmente diante da atuação da acusação da justiça repressiva internacional essa condição é evidente: os Procuradores precisam, além de garimpar fundamentos jurídicos e provas suficientes para os seus casos, lidar com considerações de cunho político que põem em xeque sua liberdade de atuação⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Quinta edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 250.

⁵⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. Sétima edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46.

⁵⁹⁹ KÖCHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003, p. 22.

⁶⁰⁰ Nas palavras de ZAPPALÁ: “*The unique nature of international crimes inevitably highlights the tormented relationship between politics and criminal justice. The interplay between criminal justice and politics is naturally well known even at the national level. It is, however, more evident in international criminal proceedings, given the classes of crimes within the jurisdiction of international Tribunals and the Court*”. ZAPPALÁ, Salvatore. **Human Rights in International Criminal Proceedings**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 43.

⁶⁰¹ Nas palavras de CÔTÉ: “*International Prosecutors often state publicly that their decision to indict is only legal, ‘based on evidence only’ or is part of a purely academic exercise. But these statements should not conceal the eminent political dimension of the exercise of prosecutorial discretion, particularly on the international scene, where conflicts are ongoing. Judge Goldstone, when asked about the indictments of Karadzic and Mladic on the eve of the Dayton Peace Accords, had this enigmatic response: ‘[Goldstone] says he did not worry much about incurring the Security Council’s wrath: ‘You know, obviously it would be*

Percebe-se, portanto, que o exercício da justiça penal internacional acaba sujeito a escolhas políticas independentes de critérios claros ou previsíveis, o que pode tornar esse modelo de justiça um sistema de controle político e não jurídico, com os riscos que lhe são inerentes. Para demonstrar essa condição, convém analisar as experiências reais da justiça penal internacional repressiva atualmente em desenvolvimento para que se verifique como os critérios políticos de seletividade indicam e fomentam uma justiça eventualmente parcial – a mesma que já foi identificada em Nuremberg como a justiça seletiva dos vencedores. Afinal, se a seletividade da justiça penal já é um sério problema no plano interno, no plano internacional é certamente uma das maiores dificuldades a serem enfrentadas, especialmente pela carga política que carrega⁶⁰². Aliás, é isso a que CASSESE já chamou de “síndrome de Nuremberg”⁶⁰³ e que merece ser indicada nas próximas páginas.

1.2.1. Sob a “Síndrome de Nuremberg” nos tribunais ad hoc

Embora se possa reconhecer a contribuição importantíssima herdada dos julgamentos de Nuremberg, é certo que permanece também um resíduo negativo daquela experiência e que, por garantia de uma evolução adequada da Justiça penal internacional, não pode ser esquecido. É bem verdade que serviram como instrumentos de realização de justiça internacional, aplicando penas àqueles que certamente abusaram do poder para provocar calamidades humanas. Todavia, a experiência dos tribunais militares é criticável

naive not to take into account all realities. But it was really done as, if you like, as an academic exercise.’’ Shortly after, he added, on the same topic: ‘The real lesson I learned from the Karadzic indictment is that Prosecutors should not take any account of political considerations in issuing their charges. Apart from being professionally inappropriate, neither the Prosecutors nor their advisors have the political expertise on which to base such decisions.’ Despite the official line, as taken in press conferences, it is difficult to argue that the exercise of prosecutorial discretion is always done without any political considerations’. CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. In: **Journal of International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2005, n. 3 (p. 162-186), p. 171.

⁶⁰² *“Discretion underpins the operation of law even in a robustly ordered and purportedly egalitarian domestic polity. That said, the contingency of international criminal law is particularly acute. For the moment, selectivity poses a far greater challenge to international criminal law than to national criminal law. The nub of the challenge is the reality that only a few conflicts ever become judicialized. There is no principled moral basis for judicializing conflicts in Bosnia, but not in Chechnya, Tibet, or Kashmir. Moreover, even in those places where atrocity is criminalized, the scope of the criminal law attaches to a tiny set of perpetrators. Sometimes, as is the case with the ICTR and the East Timor panels, the jurisdiction of the tribunal is deliberately limited to an artificial and politically convenient time-frame. Large numbers of killers and killings are therefore left unexamined”.* DRUMBL, Mark. Collective Violence and Individual Punishment. In: **Northwestern University Law Review**, vol. 99 (2005), n. 2 (p. 539-611), p. 581.

⁶⁰³ CASSESE, Antonio. Il Processo a Sadam e i Nobili Fini della Giustizia. **La Repubblica**, 19 de outubro de 2005, p. 23. Disponível em: <<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2005/10/19/il-processo-saddam-nobili-fini-della-giustizia.html>>. Acesso em: 17/11/2012.

por várias de suas características, sobretudo porque se tratam de tribunais *ad hoc*, retroativos e desenhados mais para a vingança do que para a justiça, o que torna a justiça de Nuremberg meramente *accidental*.

Em primeiro lugar, a própria forma de criação dos tribunais é criticável (uma declaração dos países vencedores da guerra, no caso de Nuremberg, e uma declaração do comando das forças aliadas, no caso de Tóquio). Afinal, tais cortes representam uma manifestação unilateral e não universalizada que mina a segurança e independência que se espera de um tribunal penal internacional⁶⁰⁴. Além disso, tribunais estabelecidos pós-fato violam a segurança jurídica porque podem ser desenhados para serem seletivos, dependentes e parciais, aumentando substancialmente o risco de parcialidade dos julgamentos e de manifestação do espírito de vingança mais do que de justiça.

A seletividade dos acusados também é um problema substancial pelo critério político adotado, já que a justiça foi evidentemente unilateral e violadora da igualdade⁶⁰⁵. Ora, também os Aliados também cometeram atos que mereceriam, ao menos, processamento – quando não condenação. Os lançamentos das bombas atômicas sobre as cidades de Hiroshima e Nagasaki, em 06 e 09 de agosto de 1945, são evidentes excessos na guerra, na medida em que eram desnecessários⁶⁰⁶ ao fim do conflito⁶⁰⁷. Da mesma forma, a evitação da repressão dos industriais alemães, ou a minimização de suas responsabilidades pelos crimes cometidos, dada a necessidade de seu apoio contra o crescimento da ameaça

⁶⁰⁴ “*Temporary ad hoc tribunals, created after the events with only limited jurisdiction to deal with only a few crimes in certain areas and only within a brief time frame, constitute important recognition that such crimes cannot be tolerated, and that, on a limited scale, the perpetrators can be brought to justice. It is certainly an important step forward. But it is not good enough. Law, to be worthy of its name, must apply equally to everyone, everywhere. The next logical step in the evolution of international criminal law is the creation of a permanent international criminal court to condemn crimes that threaten the peace and security of humankind – anywhere and any time*”. FERENCZ, B.B. *The Crime of Aggression*. In: KIRK MCDONALD, Gabrielle e SWAAK-GOLDMAN, Olivia (eds.). **Substantive and procedural aspects of international criminal law – the experience of international and national courts** (p. 33-61). Volume I. The Hague-Burgess Hill: Kluwer Law International, 2000, p.55.

⁶⁰⁵ Como reconhece ZOLO, era evidente a “*lesão do princípio da igualdade frente à lei penal, pois os imputados eram selecionados com base em critérios juridicamente arbitrários, como o seu nível na hierarquia política, financeira e militar do regime nazista*”⁶⁰⁵. ZOLO, Danilo. **Da Norimberga a Bagdad**: La Giustizia dei Vincitori. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 146.

⁶⁰⁶ “*Or, elles savaient que le Japon cherchait à négocier les conditions de sa reddition, avant même le bombardement d’Hiroshima. Le 18 juillet 1945, le président Truman notait dans son journal intime: ‘Staline a fait état au PM (le Premier ministre Winston Churchill) d’un télégramme de l’empereur japonais, qui demande la paix.*” KRIEGER, David. Nagasaki. In: CHARNY, Israel W. (Dir.). **Le livre noir de l’humanité – Encyclopédie mondiale des génocides**. Toulouse: Privat, 2001, p. 393.

⁶⁰⁷ Nas palavras de SIMPSON: “*For some observers, Nagasaki is viewed as the symbol of the death of an idea at its birth: the idea of universal application of international criminal law to all offenders regardless of affiliations, status or nationality*”. SIMPSON, Gerry J. *War Crimes: A Critical Introduction*. In: McCORMACK, Timothy L. H; SIMPSON, Gerry J. (eds.). **The Law of War Crimes – national and international approaches**. The Hague: Kluwer Law International, 1997, p. 04.

do bloco soviético⁶⁰⁸ são sinais ainda mais claros da parcialidade do processo. KOSKENNIEMI identifica como se reinterpretou a aplicabilidade de dispositivos legais então vigentes para reintegrarem-se socialmente industriais nazistas como “leais cidadãos da República de Bonn”⁶⁰⁹. O que resta evidente, portanto, é que esses tribunais foram criados apenas para o julgamento das forças do Eixo, não em busca da *justiça* pós-guerra. Materializou-se, então, também nos tribunais, a primeva pretensão vindicatória de Churchill de caçar e punir os criminosos de guerra, com toda a arbitrariedade que a expressão encerra⁶¹⁰ – o que, aliás, foi levado a cabo no campo de batalha, com a morte dos alemães que eram encontrados nos campos de concentração quando da chegada de americanos e russos⁶¹¹.

No que toca ao resultado dos tribunais de Tóquio, da mesma forma, as críticas são evidentes e ficaram eternizadas no corajoso voto dissidente do Juiz PAL RADHABINOD, indiano, que compunha a corte e que traduziu em palavras aquilo que identificou como a justiça dos vencedores. Seu voto dissidente, preparado em livro depois dos julgamentos, foi, inclusive, proibido por muitos anos pelas forças Aliadas que controlavam os territórios pacíficos no pós-guerra⁶¹².

Certo é que a contaminação mútua dos elementos do oxímoro justiça-política esteve exageradamente presente na justiça penal internacional da Segunda Guerra, o que é reconhecido vastamente pela doutrina⁶¹³. Segundo ZOLO, as consequências dessa postura

⁶⁰⁸ AARONS, Mark. *Justice Betrayed: Post-1945 Responses to Genocide*. In BLUMENTHAL, David A.; McCORMACK, Timothy L.H. (eds.). **The legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutional Vengeance?** (p. 71-97). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 77.

⁶⁰⁹ KOSKENNIEMI, Martti. *Between Impunity and Show Trials*. In: KOSKENNIEMI, Martti. **The Politics of International Law** (p. 171-197). Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 181.

⁶¹⁰ “It has been argued that the legacies of Nuremberg were compromised, among other reasons, because Nuremberg did not follow through on its original vision: to vindicate and enforce the rights of human beings no matter when these are violated or by whom. David Luban, for instance, has argued that by limiting the scope of Nuremberg to crimes committed in the course of aggressive war by those defeated in that war, and not, for example, prosecuting crimes committed in Germany before the onset of war or by Allied war criminals, the creators of Nuremberg undermined their intended legacy”. ALVAREZ, José E. *Nuremberg Revisited: The Tadic Case*. In: **European Journal of International Law**, n. 7, vol. 2 (1996), p. 245-264, p. 260.

⁶¹¹ HAGAN, John; RYMOND-RICHMOND, Wenona. **Darfur and the Crime of Genocide**. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 20-21.

⁶¹² NAKAMURA, Akira. Foreword. In: PAL, Radhabinod. **International Military Tribunal for Far East – Dissident Judgement of Justice Pal**. Tokyo: Kokusho – Kankokai Inc., 1999, p. III. Disponível em: http://www.sdh-fact.com/CL02_1/65_S4.pdf. Acesso em: 27.06.2012.

⁶¹³ Mesmo KELSEN não deixou de reconhecer essa falha da justiça de Nuremberg, conforme lembra ZOLO: “Punishing war criminals, Kelsen declares, should be an act of justice and not the continuation of hostilities through formally legal instruments aimed in fact at satisfying a thirst for revenge. And it was incompatible with the idea of Justice for only the defeated states to be obliged to subject their citizens to the jurisdiction of an international court for the punishment of war crimes. Only if the victors subjected themselves to the same law they intended to impose on the defeated states, warned Kelsen, would the legal nature — that is, the generality — of the punitive norms and the very idea of international justice be saved. ZOLO, Danilo. Hans

na experiência de Nuremberg e Tóquio são diretas: um juízo político identifica a culpa também por conta de caracteres políticos e antecipa o juízo penal de forma que a justiça acaba absorvida pela política, subalternizada, e o processo não é mais do que a “teatrização ritual da luta política, a personalização e a estigmatização do inimigo, a legitimação processual das medidas que se pretendem tomar contra ele (inclusive a eliminação física), o sacrifício expiatório”⁶¹⁴.

De fato, pela tribunalização do processo vindicatório travestiu-se com roupagem jurídica uma pretensão política de afirmação das potências vencedoras do conflito no plano internacional, civilizando-se a vingança, o que identifica uma inescapável “justiça dos vencedores”⁶¹⁵. Daí as pertinentes críticas, à justiça de Nuremberg, feitas, segundo ZOLO, por autores como ARENDT, KELSEN e RÖLING⁶¹⁶, no sentido da construção de um troféu representativo do poder das potências que então surgiam e que construiriam o sistema contemporâneo de Direito Internacional fundado na ONU.

Assim, a proposta punitiva de Nuremberg e de Tóquio sempre se fundamentou em um resultado retributivo de vingança – algo dificilmente relacionável com uma justiça penal desenhada segundo as conquistas iluministas⁶¹⁷. Parafraseando ZOLO, no caso de Nuremberg, a pena não passa de “uma exemplificação intimidatória que parece desenhada muito menos a prevenir o cometimento de outros crimes que a celebrar a potência dos vencedores – esses mesmos responsáveis por gravíssimos crimes internacionais – exatamente como, na era pré-moderna, o ‘esplendor’ do suplício do condenado era uma celebração coletiva da majestade do rei ou do imperador”⁶¹⁸. Daí a experiência de Nuremberg ser rememorada por CASSESE quando os Estados Unidos iniciam o estabelecimento de um tribunal militar especial para julgar os crimes cometidos por Saddam Hussein no Iraque em manifestação direta da “síndrome de Nuremberg”, caracterizada, entre outras coisas, pela seletividade⁶¹⁹.

Kelsen: International Peace Through International Law. In: **European Journal of International Law**, n. 9, vol. 2, 1998, p. 306-324, p. 319.

⁶¹⁴ ZOLO, Danilo. **La Giustizia dei Vincitori – Da Norimberga a Baghdad**. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 146.

⁶¹⁵ HAGAN, John; RYMOND-RICHMOND, Wenona. **Darfur and the Crime of Genocide**. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 22.

⁶¹⁶ ZOLO, Danilo. **La Giustizia dei Vincitori. Da Norimberga a Baghdad**. Roma: Laterza, 2006, p. 142-145.

⁶¹⁷ ZOLO, Danilo. **La Giustizia dei Vincitori – Da Norimberga a Baghdad**. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. p. 147.

⁶¹⁸ ZOLO, Danilo. **La Giustizia dei Vincitori – Da Norimberga a Baghdad**. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 148.

⁶¹⁹ “*Chi può però ignorare le molte ombre che gravano sul tribunale iracheno? Questo tribunale soffre di un male oscuro: la ‘sindrome di Norimberga’.* (...) *Ma tutti sanno che Norimberga si macchiò di una grave*

A construção jurisprudencial realizada pelos tribunais da Segunda Guerra tampouco é irreprochável, pois nem sempre foi marcada pelo preciosismo jurídico que caracteriza a responsabilização criminal. Em primeiro lugar, a proibição arbitrária de certas linhas argumentativas à defesa, em outros planos, perfeitamente defensáveis em juízo⁶²⁰, caracteriza óbvia violação da ampla defesa dos acusados. Como é notório, as dificuldades de refutação de certos argumentos defensivos que haviam sido levantados nos julgamentos da Primeira Guerra Mundial (especialmente a falta de definição de um “crime de agressão” oponível à Alemanha à época e, no caso do crime de guerra, a alegação da ordem hierárquica) determinaram a proibição de tais argumentos de forma expressa⁶²¹ na Carta de Nuremberg (e a de Tóquio, já que esta se baseou naquela)⁶²². Em segundo lugar, não foi incomum que se passasse sobre os princípios do Direito Penal para se permitir

*colpa: vennero processati e puniti solo i vinti. Uno dei 22 imputati riuscì a far parlare dei crimini degli alleati solo di sfuggita. L'ammiraglio Doenitz invocò il principio tu quoque per discolparsi dell'accusa di aver fatto colare a picco dai sottomarini tedeschi le navi commerciali delle Potenze alleate senza previo avvertimento, e di non aver salvato i naufraghi; egli dunque abilmente fece interrogare dalla corte l'ammiraglio statunitense Nimitz, il quale ammise che anche gli americani si erano comportati nello stesso modo. Nell'insieme però il processo finì per costituire il prolungamento giudiziario della vittoria militare, anche se poi i giudici pronunciarono sentenze eque. Lo stesso accadde a Tokyo con il processo dei maggiori criminali giapponesi”. Depois, referindo-se ao tribunal iraquiano, complementa o autor dizendo que “Tutto ciò che è avvenuto durante e dopo l'occupazione (compresi i crimini degli occupanti, degli insorti e dei terroristi) è escluso dalla competenza del tribunale: creato dunque solo per sottoporre a processo penale il passato regime. Pensate che un tribunale così costituito possa fare giustizia in modo equo? Viene in mente quel che un generale statunitense disse nel 1946 a Roling, il membro olandese del Tribunale internazionale di Tokyo, a proposito di alcuni generali giapponesi: “Faremo loro un bel processo, un processo equo, e poi li impiccheremo”. CASSESE, Antonio. Il Processo a Sadam e i Nobili Fini della Giustizia. **La Repubblica**, 19 de outubro de 2005, p. 23. Disponível em: <<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2005/10/19/il-processo-saddam-nobili-fini-della-giustizia.html>>. Acesso em: 17/11/2012.*

⁶²⁰ Segundo BASSIOUNI, os principais argumentos foram: 1) que o tribunal fora criado por um decreto dos Aliados, e sua formação não tinha qualquer respaldo no Direito Internacional de então; 2) que os crimes em tese cometidos violavam o princípio da legalidade, já que foram criados “*ex post facto*”; 3) as sanções impostas atacavam os princípios da legalidade “*nulla poena sine lege*”. BASSIOUNI, Chérif. L'Origine et le Développement du Droit Pénal International dans une Perspective Historique in *Revue Internationale de Droit Pénal – Projet de Code Pénal International*. In: **Association Internationale de Droit Pénal**, 52.o. année – Nouvelle Série, 1^{er}. e 2^{ème} trimestres. Paris: Éditions Erès, 1981, p. 59.

⁶²¹ Artigos 7º e 8º da Carta de Nuremberg. CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL (1945). Londres, 8 de agosto de 1945. In: WYANGAERT, Christine Van Den (ed.). **International Criminal Law: a Collection of International and European Instruments** (p.35-41). Third edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. Da mesma forma, o artigo 6º da Carta do Tribunal de Tóquio. CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST (1945). Tóquio, 19 de janeiro de 1946. In: WYANGAERT, Christine Van Den (ed.). **International Criminal Law: a Collection of International and European Instruments** (p.43-47). Third edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

⁶²² Chefes de Estado responsabilizados não poderiam se utilizar, em suas defesas, do argumento da ordem superior hierárquica (“*respondeat superior*”) retirada da doutrina do Ato do Estado. Entretanto, tais determinações foram efetivamente feitas “*ex post facto*”, pois quando do cometimento dos crimes as referidas regras ainda não existiam, de forma a romper-se o princípio da legalidade penal. Ademais, até então nunca existira determinação de pena para ditos delitos – e aí a violação do “*nulla poena sine lege*”. Aliás, sequer havia uma determinação clara dos tipos penais que foram impostos aos acusados, construídos, pós-fato, com base no inconstante e impreciso costume internacional.

responsabilizações. O caso do General Yamashita deixa isso evidente: ao final foi condenado pelos atos de seus soldados, não por crimes que ele mesmo tivesse cometido, despersonalizando-se a pena e a própria responsabilidade criminal⁶²³.

De tudo isso, evidencia-se que o totalitário do direito, ao que parece, não acabou com a queda da Alemanha Nazista, mas estendeu-se um pouco adiante, pelo menos até o fim dos julgamentos de Nuremberg. De qualquer forma, a pergunta que permanece é: ficaram para a experiência da Justiça penal internacional apenas os princípios positivos ou segue, junto, a tal síndrome? Para essa análise, convém discutir a experiência dos tribunais penais internacionais *ad hoc*, criados pelo Conselho de Segurança da ONU, atualmente em vigor e, depois, a experiência do TPI do Estatuto de Roma.

A atuação dos tribunais *ad hoc* foi pensada para ser seletiva, com atuação apenas nos casos de maior efeito ou alcance. A questão difícil, todavia, não é essa, pois a seletividade que preocupa não é aquela jurídica, segundo a qual se setoriza primariamente a seletividade. Qualquer sistema jurídico é seletivo nesse sentido, pois é necessário punir apenas algumas condutas que são, sempre, selecionadas segundo critérios políticos, a que se chama de “criminalização primária”. As dificuldades surgem apenas quando, dentro da competência estabelecida segundo um critério jurídico, selecionam-se casos a serem

⁶²³ Trata-se o julgamento de um oficial japonês do 14.º agrupamento do Exército Imperial Japonês, instalado nas Filipinas, que rendeu em 3 de setembro de 1945 e terminou como prisioneiro dos Estados Unidos, acusado de ter autorizado os soldados sob seu comando à prática de atrocidades. Nas palavras de HIRSCH, a acusação, contestada pelo pleito de “*not guilty*”, era de que o acusado teria autorizado “*homens sob seu comando*’ a ‘*cometer atrocidades bestiais*’ quais sejam ‘*uma série de atos, cento e vinte no total*’ considerados como ‘*um plano e uma intenção deliberadas para massacrar e exterminar uma parte importante da população da província de Batangas, e para devastar e destruir os bens públicos, privados e religiosos, ao curso do que 25000 homens, mulheres e crianças, todos civis sem armas e não combatentes, foram selvagememente maltratados e mortos, sem razão ou formalidade, comunidades inteiras estando devastadas ou destruídas gratuita e inutilmente*” (tradução livre). O veredicto da comissão militar formada por cinco oficiais do exército, no caso *Yamashita*, foi no sentido de condenar o acusado pela prática dos crimes praticados pelos seus subordinados, uma vez que o general japonês recusou-se a assumir as suas responsabilidades e controlar os homens que estavam sob suas ordens, autorizando-os, portanto, ao cometimento de atrocidades contra os inimigos e contra a população civil que se encontrava sob o jugo japonês. Mas a situação é curiosa. Afinal, o réu foi condenado pelos crimes cometidos pelos seus subordinados – e não por crimes que ele mesmo tivesse cometido. Não se tratou de uma condenação em decorrência de um “tipo” especial segundo o qual o crime seria o fato de permitir que subordinados cometessem ilícitos, ou de um tipo de crime omissivo ou “comissivo por omissão”. Foi, sim, a materialização de uma responsabilização criminal pelo fato de terceiro, responsabilização reflexa, hoje tão execrada no Direito Penal de todo o mundo. Como escreveu HERBERT HIRSCH: “*On voit pourquoi l’affaire Yamashita est passée à la trappe des souvenirs: elle crée une jurisprudence (sans doute unique au monde) sur la responsabilité des officiers supérieurs, qui devraient répondre des actes commis par leurs soldats*”, tradução do autor de trecho tirado do texto de HIRSCH, Herbert. Procès de Tokyo pour crimes de guerre. In: CHARNY, Israel W. (Dir.). **Le livre noir de l’humanité – Encyclopédie mondiale des génocides** (p. 450-452). Toulouse: Privat, 2001, p. 451. A decisão do caso Yamashita pode ser localizada em: UN. United Nations War Crimes Commission. Trial of Tomoyuki Yamashita. Caso n. 21. In: **Law Reports of Trials of War Criminals**, vol. 4, p. 1-96. London: Published for the United Nations War Crimes Commission by his Majesty’s Stationery Office, 1948. Disponível em: <http://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-4.pdf>. Acesso em: 17/11/2012.

processados e punidos de acordo com critérios políticos – e, assim, não claros. Grosso modo, é como se, criminalizada a conduta caracterizadora do homicídio, selecionassem-se quais homicídios seriam punidos⁶²⁴.

No plano dos tribunais *ad hoc*, essa seletividade decorre especialmente da possibilidade de seleção dos casos pela acusação, o que torna a escolha dos próprios procuradores uma questão de vital importância política⁶²⁵. Nos estatutos das duas instituições, os procuradores podem selecionar quais casos serão submetidos ao tribunal e não há instrumento que os obrigue à submissão de algum caso à Corte (pelo contrário, há critérios para avaliação dos casos submetidos, mas não sobre os casos não submetidos). Essa condição permite a escolha política dos acusados segundo critérios que não ficam claros, mas que identificam a exclusão dos mesmos de acordo com a estrutura de poder que os sustenta, segundo o que ZOLO chamou de um *doppio binario* do sistema repressivo internacional⁶²⁶, fundamentalmente determinada pela vontade do Conselho de Segurança e dos países que o compõem⁶²⁷, colocando a justiça internacional assim feita sob a sombra de Nuremberg: parcial, seletiva e dependente.

De fato, como é comum na justiça penal internacional (e ao contrário do que ocorre nas experiências nacionais) a regra válida é a do princípio da oportunidade no que se refere à atuação da acusação (*l'opportunité des poursuites*⁶²⁸): a Procuradoria tem liberdade de escolher contra quem lançará seu poder investigativo e sua ação penal. Essa proposta segue

⁶²⁴ Qualquer sistema punitivo é seletivo – por exemplo, nem todos os homicídios cometidos em um país são punidos. Todavia, a seleção de quais crimes de mesma espécie, uma vez cometidos, serão punidos, não é, *a priori*, um exercício político, pois está sujeita a critérios jurídicos claros: não se pune porque não há provas; não se pune porque o acusado está foragido; etc. Assim, todos os homicídios *devem* ser punidos. Nesse sentido, é importante diferenciar a criminalização primária (a seleção das condutas que serão reprimidas, o que se faz no processo legislativo) da criminalização secundária (a seleção dos crimes que podem ser punidos, realizado de forma administrativa pelos órgãos repressivos): na primeira a seletividade é política; mas, na segunda, não pode sê-lo, sob risco de o Direito Penal proteger certos grupos de pessoas que cometam crimes. Por exemplo, os homicídios (criminalizados pela lei penal), *todos*, são puníveis, embora apenas aqueles acerca dos quais se tenha um mínimo de provas e elementos venham a dar inícios a inquéritos policiais, processos e aplicação de penas. Mas uma vez que o homicídio esteja sustentado por um mínimo de provas e elementos procedimentais, as autoridades estão *obrigadas* a processá-lo, não se tratando de uma escolha. Para a compreensão da diferença entre criminalização primária e secundária, leia-se ZAFFARONI *et al.*: ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.

⁶²⁵ Nas palavras de KÖCHLER, “*the prosecutor of these tribunals is de facto a political appointee*”. KÖCHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003, p. 23.

⁶²⁶ ZOLO, Danilo. **La Giustizia dei Vincitori. Da Norimberga a Baghdad**. Roma: Laterza, 2006, p. 33.

⁶²⁷ KÖCHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003, p. 44.

⁶²⁸ CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. In: **Journal of International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2005, n. 3 (p. 162-186), p. 165.

a regra tradicional da excepcionalidade da justiça penal internacional e, portanto, materializa a seletividade dos tribunais penais internacionais. Nesses termos, a acusação é livre para decidir quem será Réu. Presume-se, obviamente, que essa escolha seja feita segundo critérios de importância dos crimes cometidos, mas não existe qualquer espécie de garantia nesse sentido, como a análise de dois casos específicos, TPII (a) e outro do TPIR (b), parecem indicar.

(a). Para além da legalidade do ataque da OTAN ao Kosovo, o que por si só já ensejou grande discussão, há também outra discussão importante que põe em xeque a própria independência do TPII. Em 24 de março de 1999, como é notório, a OTAN iniciou operações militares de bombardeio contra o território do Kosovo sob a alegação da necessidade de uma intervenção humanitária na região, pois havia risco de um iminente desastre humanitário não fosse tomada a medida indicada.

Assim agindo, os países que participaram do bombardeio acabaram por se colocar sob a jurisdição do TPII. Afinal, a competência do TPII⁶²⁹ é determinada para o julgamento dos graves crimes cometidos desde 1991 no território da ex-Iugoslávia: como o bombardeio teve lugar nesse território e depois de 1991, se caracterizasse crimes sob a competência material da Corte, o TPII poderia julgar a questão e, eventualmente, condenar os responsáveis pelos crimes universais ali cometidos.

O ataque da OTAN foi tão controverso e despertou tanto debate no plano internacional que não é estranho que a opinião pública acompanhasse de perto os danos provocados. De fato, em pouco tempo várias organizações internacionais de peso (*Human Rights Watch*⁶³⁰, Anistia Internacional⁶³¹ etc.) apresentavam à Procuradoria do TPII uma série de documentos comprovando a prática de crimes graves que poderiam ser julgados pelo TPII. É de se notar o notório uso, nos bombardeios por parte da OTAN, de munição

⁶²⁹ Do Estatuto do TPII, no seu preâmbulo: “*Having been established by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (hereinafter referred to as “the International Tribunal”) shall function in accordance with the provisions of the present Statute*”. No seu artigo 1º, confirma-se a sua competência territorial: “*Article 1 - Competence of the International Tribunal: The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute*”.

⁶³⁰ HUMAN RIGHTS WATCH. **Civilian Deaths in NATO Air Campaign**, volume 12, n. 1 (D). Relatório de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.hrw.org/reports/2000/nato>>. Acesso em: 22/02/2012.

⁶³¹ AMNESTY INTERNATIONAL. **NATO/Federal Republic of Yugoslavia - “Collateral Damage” or Unlawful Killings?** Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force. Relatório de junho de 2000 (Doc. AI Index: EUR 70/18/00). Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR70/018/2000/en/e7037dbb-df56-11dd-89a6-e712e728ac9e/eur700182000en.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

de urânio empobrecido e direcionamento de ataques a alvos civis, o que constitui, como se sabe, crime de guerra⁶³². Diante do quadro, o Procurador do TPII poderia ter iniciado o caso, procedido com outras investigações ou determinado o seu arquivamento. Optou, dada a qualidade política do caso, por criar uma comissão para a análise da questão, assim aplicando um movimento “bifásico”: a partir da coleta de informações (constantes nos relatórios), iniciar uma investigação⁶³³.

O assunto era delicado, afinal, havia muito que a OTAN era “os braços e as pernas” do TPII e, assim, justamente o órgão que permitia que suas funções fossem exercidas adequadamente. Nesse sentido, havia uma clara relação de dependência entre a OTAN e o TPII e, portanto, iniciar um caso para a apuração das responsabilidades de comandantes de operações da OTAN junto ao TPII seria um golpe e tanto no funcionamento do tribunal.

A posição da Procuradoria do TPII decepcionou profundamente. No seu relatório apresentado diretamente ao Conselho de Segurança, o Procurador determinou o arquivamento das informações e indicou duas razões para isso: não haveria um caso propriamente dito a ser investigado (o que é decidido pelo Juízo, não pela Acusação) e porque as investigações não produziram provas suficientes para ensejar as responsabilizações criminais⁶³⁴.

Em outras palavras, embora seja possível que não tenham ocorrido crimes, diante das provas e das informações constantes seria necessário o início de um processo criminal para averiguá-las ou, ao menos, a sua apresentação aos juízes para que decidissem se haveria ou não um caso a ser processado⁶³⁵. Salta evidente aos olhos a parcialidade do

⁶³² KÖCHLER, Hans. Memorandum on the Indictment of the President of the Federal Republic of Yugoslavia, the Presidente of the Republic of Serbia and Other Officials of Yugoslavia by the ‘International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. In: KÖCHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads** (p. 353-356). Wien: Springer-Verlag, 2003, p. 355.

⁶³³ CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. In **Journal of International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2005, n. 3 (p. 162-186), p. 181.

⁶³⁴ “On the basis of the information reviewed, however, the committee is of the opinion that neither an in-depth investigation related to the bombing campaign as a whole nor investigations related to specific incidents are justified. In all cases, either the law is not sufficiently clear or investigations are unlikely to result in the acquisition of sufficient evidence to substantiate charges against high level accused or against lower accused for particularly heinous offences”. ICTY. Office of the Prosecutor. **Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia**. Decisão de 13 de junho de 2000, parágrafo 90.

⁶³⁵ Referindo-se aos argumentos da Procuradoria do TPII, diz CÔTÉ: “The first one resembles what is known as a ‘non liquet’, with the small difference that it arrives even before a Judge is seized of the matter. It made it impossible to settle that question of law in a definite way. As a critic rightfully said: ‘Difficulties in interpretation are not good excuse for not starting an investigation.’ The second reason – anticipating difficulties to obtain evidence while no investigative means have yet been deployed by the Prosecutor – is

tribunal que serve para julgar os vencidos no conflito, mas se nega a discutir a responsabilidade dos vencedores.

Nesse sentido, a crítica acertada de ZOLO é fulminante⁶³⁶. Em primeiro lugar, convém mencionar que o TPII deu várias provas de ser dependente da OTAN e, indiretamente, dos países que o sustentam e financiam. As forças da OTAN atuam estreitamente ligadas com o TPII e desde 1996 diversas tratativas foram celebradas entre a OTAN e o TPII, sobretudo na pessoa do procurador, para que a primeira atuasse como polícia judiciária a favor do tribunal. A contraprestação veio com a resposta da Procuradoria ao bombardeio da OTAN: os crimes de guerra e contra a humanidade eventualmente cometidos nos ataques ao Kosovo, em 1999, apesar de fartamente documentados, foram arquivados. O que, obviamente, se adéqua perfeitamente à experiência de Nuremberg, mas em um problema agravado, pois o TPII foi instituído pela ONU e não por uma Aliança de Guerra vencedora.

(b). Também no TPIR a cooperação internacional dos Estados é um problema que produz dificuldades consideráveis. Embora exista um razoável complexo de normas que definem como se dará essa cooperação – especialmente pela determinação de que os países estão obrigados a atender ao Tribunal e de como fazê-lo – ainda existem questões que demandam especificação e esclarecimento. Diferentemente do que ocorreu com o TPII, que optou pelas emendas ao seu estatuto, o TPIR entendeu adequado estabelecer esses ajustes de acordo com a jurisprudência⁶³⁷, de forma que a liberdade de escolha dos casos, no TPIR, é muito mais ampla e praticamente não fica sujeita ao controle jurisdicional⁶³⁸,

even more worrisome and raises serious questions of credibility. The Committee recognized candidly that its sources of information were limited and came essentially from NATO, the organization responsible for the alleged crimes". CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. In: **Journal of International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2005, n. 3 (p. 162-186), p. 181.

⁶³⁶ ZOLO, Danilo. La Giustizia dei Vincitori – Da Norimberga a Baghdad. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 151-152. Ver, especialmente: ZOLO, Danilo. Il doppio binario della Giustizia Penale Internazionale. In: **Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale** (2005). Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/double.htm>>. Acesso em: 26/03/2012.

⁶³⁷ DE LOS REYES, Charmaine. State Cooperation and its Challenges for the International Criminal Tribunal for Rwanda. In: DECAUX, Emmanuel; DIENG, Adama; SOW, Malick. **From Human Rights to International Criminal Law: Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laïty Kama**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007 (p. 55-88), p. 61.

⁶³⁸ Artigo 17 do Estatuto do TPIR: “*Article 17: Investigation and preparation of indictment; 1. The Prosecutor shall initiate investigations ex-officio or on the basis of information obtained from any source, particularly from Governments, United Nations organs, intergovernmental and non-governmental organisations. The Prosecutor shall assess the information received or obtained and decide whether there is sufficient basis to proceed. 2. The Prosecutor shall have the power to question suspects, victims and*

pois as decisões da acusação de não iniciar investigações ou processos é absoluta, na medida em que apenas as decisões de iniciar um processo é que podem ser discutidas pela Corte⁶³⁹.

Assim, os critérios adotados pela procuradoria para a seleção dos casos são mais nebulosos do que o de costume. De fato, já com a avançada história que caminha para os vinte anos, o TPIR, apesar das determinações generalizantes do seu Estatuto⁶⁴⁰ e da Resolução que o criou⁶⁴¹, serviu apenas para julgar os crimes de Hutus cometidos contra os

*witnesses, to collect evidence and to conduct on-site investigations. In carrying out these tasks, the Prosecutor may, as appropriate, seek the assistance of the State authorities concerned. 3.If questioned, the suspect shall be entitled to be assisted by counsel of his or her own choice, including the right to have legal assistance assigned to the suspect without payment by him or her in any such case if he or she does not have sufficient means to pay for it, as well as necessary translation into and from a language he or she speaks and understands. 4.Upon a determination that a prima facie case exists, the Prosecutor shall prepare an indictment containing a concise statement of the facts and the crime or crimes with which the accused is charged under the Statute. The indictment shall be transmitted to a judge of the Trial Chamber". UN. **Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.** Versão atualizada conforme a Resolução do Conselho de Segurança n. 1901 de 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/English%5CLegal%5CStatute%5C2010.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.*

⁶³⁹ Artigo 18 do Estatuto do TPIR: "*Article 18: Review of the Indictment; 1.The judge of the Trial Chamber to whom the indictment has been transmitted shall review it. If satisfied that a prima facie case has been established by the Prosecutor, he or she shall confirm the indictment. If not so satisfied, the indictment shall be dismissed.2.Upon confirmation of an indictment, the judge may, at the request of the Prosecutor, issue such orders and warrants for the arrest, detention, surrender or transfer of persons, and any other orders as may be required for the conduct of the trial*". UN. **Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.** Versão atualizada conforme a Resolução do Conselho de Segurança n. 1901 de 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/English%5CLegal%5CStatute%5C2010.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁶⁴⁰ No preâmbulo do Estatuto consta que: "*Having been established by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994 (hereinafter referred to as "The International Tribunal for Rwanda") shall function in accordance with the provisions of the present Statute*" No artigo primeiro do Estatuto está expresso que: "*Article 1: Competence of the International Tribunal for Rwanda; The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994, in accordance with the provisions of the present Statute*". Não há, portanto, qualquer restrição à prática de crimes. UN. **Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.** Versão atualizada conforme a Resolução do Conselho de Segurança n. 1901 de 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/English%5CLegal%5CStatute%5C2010.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁶⁴¹ No texto da Resolução n. 955 (1994) do Conselho de Segurança das Nações Unidas consta o seguinte: "*hereby, having received the request of the Government of Rwanda (S/1994/1115), to establish an international tribunal for the sole purpose of prosecuting persons responsible for genocide and other serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring states, between 1 January 1994 and 31 December 1994 and to this end to adopt the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda annexed hereto*". UN. **Security Council Resolution n. 955** (1994). Resolução de 08 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://daccess-dds-un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement>>, visitada em 17/11/2012.

Tutsis em um quadro de violência generalizada em que não se podem reconhecer vítimas e perpetradores em apenas um dos lados⁶⁴².

Em primeiro lugar, convém mencionar que, diante de um conflito que dura décadas e se espalha por uma grande número de países africanos, a própria definição de um tribunal penal internacional para atuar sobre os crimes cometidos em um curtíssimo espaço de tempo e em um pequeno território, por si só, já é danosa. Especialmente porque o Estatuto do TPIR indica como de seu interesse apenas aqueles crimes cometidos no ano de 1994, arrisca-se simplificar levemente um complexo quadro de violência intertribal de quase cinquenta anos à parcial experiência do genocídio cometido por apenas um dos grupos envolvidos em apenas um país⁶⁴³.

De fato, não são poucas as indicações de que o grupo político atualmente no poder, e que controla a *Rwandese Patriotic Front* (RPF) e a *Rwandese Patriotic Army* (RPA), já vinha cometendo crimes universais desde o início da década de noventa⁶⁴⁴ e que também os cometeu durante o período de atuação do TPIR⁶⁴⁵, de forma que poderiam ensejar investigação e processamento pelo TPIR. A mudança do procurador do TPIR em 2003, determinada pelo Conselho de Segurança⁶⁴⁶, justamente quando a então procuradora abertamente iniciava investigações sobre crimes cometidos também pelas forças da RPF e RPA, é um indicativo grave de influência política⁶⁴⁷. Tais investigações contrariavam os interesses do governo ruandês⁶⁴⁸ e a troca da procuradoria parece indicar uma possível submissão do Conselho de Segurança às pretensões políticas locais do poder vigente –

⁶⁴² Sobre o tema, ver GOUREVITCH, Philip. **We wish to inform that tomorrow we will be killed with our families: stories from Rwanda**. London: Picador, 1998.

⁶⁴³ REYDAMS, Luc. The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm? In: **Journal of International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2005, n. 3 (p. 977-988), p. 980.

⁶⁴⁴ Nesse sentido, veja-se o relatório do *International Panel of Eminent Personalities (IPEP) to Investigate the 1994 Genocide and the Surrounding Events*, elaborado para a União Africana, especialmente os capítulos 6 e 22. AFRICAN UNION. **International Panel of Eminent Personalities (IPEP) to Investigate the 1994 Genocide and the Surrounding Events**. Disponível em: <http://www.africanunion.org/official_documents/reports/report_rowanda_genocide.pdf>. Acesso em: 21/02/2012.

⁶⁴⁵ Assim, veja-se o trabalho que a Anistia Internacional produziu nesse sentido: *Rwanda: Reports of killings and abductions by the Rwandese Patriotic Army, April-August 1994*. AMNESTY INTERNATIONAL. **Rwanda: Reports of killings and abductions by the Rwandese Patriotic Army, April-August 1994**. Relatório de 14 de outubro de 1994. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/info/AFR47/016/1994/en>>. Acesso em: 21/02/2012.

⁶⁴⁶ Conforme a Resolução n. 1503 (2003) do Conselho de Segurança: UN. **United Nations Security Council Resolution n. 1503 (2003)**. Resolução de 21 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/481/70/PDF/N0348170.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 22/02/2012.

⁶⁴⁷ REYDAMS, Luc. The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm? In: **Journal of International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2005, n. 3 (p. 977-988), p. 979.

⁶⁴⁸ REYDAMS, Luc. The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm? In: **Journal of International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2005, n. 3 (p. 977-988), p. 979.

talvez travestidas da pretensão de não se comprometer a delicada paz conquistada atualmente.

Por conta disso, mesmo depois de anos de investigação, os crimes cometidos pelas forças da RPF e RPA foram ignorados ou negligenciados pela promotoria. E diante do quadro de que os processos pelo genocídio concentram-se apenas contra a etnia Hutu, classificável como inimiga do grupo atualmente no poder da Ruanda, a conclusão a que se chega é a da evidente parcialidade da acusação do TPIR⁶⁴⁹. Essa parcialidade, comumente reconhecida pela doutrina mais esclarecida⁶⁵⁰, também é reconhecida por operadores e Procuradores do sistema de justiça penal internacional⁶⁵¹. Parece claro que o TPIR estaria evitando problemas políticos: dependente do auxílio do governo ruandês (ligado à RPF e RPA), a procuradoria do TPIR opta por não investigar/processar nenhum partidário desse governo e, assim, restam como acusados apenas aqueles vencidos no processo todo. Novamente, nesse sentido, se revive a justiça dos vencedores sobre os vencidos.

Não há dúvidas, portanto, de que a síndrome de Nuremberg parece assombrar os tribunais *ad hoc* criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

1.2.2. O Estatuto de Roma e os riscos da seletividade e da dependência

Não se nega que o TPI resolveu diversos problemas que representavam motivos de críticas para seus antecedentes⁶⁵², mas os problemas da seletividade e da autonomia ainda persistem. É certo que a constituição de um tribunal penal internacional permanente é um passo de gigante, mas é preciso que “seja efetivamente dado”⁶⁵³. Mais do que sua

⁶⁴⁹ Nesse sentido, é inevitável concordar com as palavras de REYDAMS, “*so far, my conclusion is that instead of openly and thoroughly addressing the RPF issue, the Prosecutor tiptoes around it in rather general terms and has evidenced a somewhat disturbing partiality by calling the RPF offensive a ‘war of liberation’*”. REYDAMS, Luc. *The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm?* In: **Journal of International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2005, n. 3 (p. 977-988), p. 986.

⁶⁵⁰ CASSESE, Antonio. *Il Processo a Sadam e i Nobili Fini della Giustizia*. **La Repubblica**, 19 de outubro de 2005, p. 23. Disponível em: <<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2005/10/19/il-processo-saddam-nobili-fini-della-giustizia.html>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁶⁵¹ Segundo CÔTE, de dentro da promotoria do Tribunal Penal Internacional Misto de Serra Leoa, “*as hard as one can try to explain the lack of eagerness on the part of the Prosecutor to initiate investigations about crimes committed by members of the Rwandan Patriotic Front, no explanation will seem satisfactory in the eyes of the vanquished. Beyond the appearance of bias raised by this issue, that situation also challenges the image of independence of the Prosecutor*”. CÔTE, Luc. *Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law*. In: **Journal of International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2005, n. 3 (p. 162-186), p. 176-177.

⁶⁵² KÖCHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003, p. 24.

⁶⁵³ CONDORELLI, Luigi. *La Cour Pénale Internationale: Un pas de géant (pourvu qu’il soit accompli)*. In: **Révue Général de Droit International Public** (p. 7-21), n. 2. Paris: Pedone, 1999, p. 8.

capacidade de frear a criminalidade e a violação aos direitos humanos, são preocupantes as barreiras políticas construídas a partir da sua atuação (veja-se a dificuldade para se fazer o TPI atuar fora da África) que podem acabar se materializando em um verdadeiro “direito penal do inimigo”⁶⁵⁴. Por conta disso, é conveniente reconhecer, embora se alegue comumente o contrário, que também o TPI fica gravemente sujeito a problemas da pressão política.

i. A questão da seletividade

Convém mencionar que a Corte do Estatuto de Roma sempre pretendeu a escolha seletiva de alguns criminosos mais importantes, justamente para que se pudesse julgar com qualidade e efetividade apenas alguns casos, deixando os demais sob a responsabilidade dos próprios Estados-parte, justamente como manifestação do princípio de subsidiariedade. Essa limitação está referida em vários momentos do Estatuto de Roma, mas, especialmente, verifica-se no seu preâmbulo⁶⁵⁵. Todavia, e da mesma forma que os tribunais *ad hoc* da ONU, também é verdade que não são estabelecidos quais os critérios pelos quais seria determinada a escolha dos casos a serem enfrentados e, na falta de critérios jurídicos claros, resta apenas o recurso à política como determinante da seleção dos investigados.

Com algumas diferenças das experiências anteriores, no caso do TPI, a seletividade processual também fica a cargo do seu próprio Procurador. De fato, o poder de que dispõe a acusação é enorme. A opção adotada no estatuto quando da sua elaboração em Roma foi desenhada no sentido de que os Estados-parte, e mesmo o Conselho de Segurança, pudessem apresentar apenas “situações” (em que um ou mais crimes estivessem, em tese, sendo cometidos), e não “casos”, ao Procurador. A pretensão dessa determinação é no sentido de se evitarem indicações de pessoas a serem submetidas ao

⁶⁵⁴ DONINI, Massimo. Diritto Penal di Lotta. Ciò che il Dibattito sul Diritto Penale del Nemico non Deve Limitarsi a Esorcizzare. In : *Studi sulla Questione Criminale: La Giustizia Penale Ostile*, anno II, n. 2 (p. 55-87). Roma: Carocci, 2007, p. 71.

⁶⁵⁵ Do preâmbulo do Estatuto do TPI: “*Affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation*” (grifo no original). A mesma disposição se encontra no artigo 5º, quando esclarece que “*the jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole...*”. ICC. **International Criminal Court Statute**. Versão atualizada do texto aprovado em 17 de julho de 1998. United Nations Treaty Series, v. 2187, n. 38544. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

TPI, o que evitaria perseguições por parte dos Estados, mas também tem o efeito de poupar os próprios Estados de realizarem investigações internas – trabalho que acaba, portanto, transferido para a própria Procuradoria do TPI⁶⁵⁶. De qualquer forma, é o próprio Procurador quem decidirá quais casos apresentar, dentro dos limites do Estatuto, filtrando as indicações feitas ao Tribunal.

Importa lembrar, ainda, que além desses tradicionais *trigger mechanisms* indicados pela atuação dos Estados-parte e do Conselho de Segurança, o próprio Procurador pode iniciar um caso de forma independente, o que lhe dá poderes muito maiores do que aqueles que cabiam aos Procuradores dos tribunais *ad hoc* da ONU⁶⁵⁷.

A falta de uma definição do que seja uma “situação” implica o fato de que a Acusação poderá decidir quais os seus limites: podem ser geográficos e temporais, mas também, eventualmente, podem tratar de condições de nacionalidade (como ocorre no TPIR, com a sua atuação definida para os crimes cometidos por ruandeses nos Estados vizinhos⁶⁵⁸), origem ou vinculação a uma ou outra parte de um conflito⁶⁵⁹, o que abriria as portas para uma seletividade menos honrosa do Tribunal.

Depois de muito debate na Conferência de Roma, entendeu-se adequada a proposta segundo a qual a atuação do Procurador seria sujeita a um sistema de freios e contrapesos determinado pela verificação prévia da *Pre-Trial Chamber* sobre a existência de um caso efetivo⁶⁶⁰. Nesse sentido, é preciso reconhecer que o Estatuto do TPI evoluiu substancialmente em comparação ao controle do poder da Procuradoria na medida em que estabelece a possibilidade de que os juízes do tribunal revejam sua decisão de não

⁶⁵⁶ KIRSCH, Phillippe QC; ROBINSON, Darryl. Referral by States Parties. In CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D (Eds.). **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002 (p. 619-625), p. 623.

⁶⁵⁷ KIRSCH, Phillippe Q. C.; ROBINSON, Darryl. Initiation of Proceedings by the Prosecutor. In CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D (Eds.). **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002 (p. 657-664), p. 658.

⁶⁵⁸ Artigo 1o do Estatuto do TPIR: “*Article 1. The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994, in accordance with the provisions of the present Statute*” (grifou-se). UN. **Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda**. Versão atualizada conforme a Resolução do Conselho de Segurança n. 1901 de 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/English%5CLegal%5CStatute%5C2010.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁶⁵⁹ KIRSCH, Phillippe QC; ROBINSON, Darryl. Referral by States Parties. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002 (p. 619-625), p. 625.

⁶⁶⁰ KIRSCH, Phillippe QC; ROBINSON, Darryl. Initiation of Proceedings by the Prosecutor. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002 (p. 657-664), p. 660.

prosseguir com uma investigação⁶⁶¹. Todavia, também é notável que essa possibilidade se dá apenas quando o Procurador aponta fundamentos no sentido de que tais procedimentos inquisitivos feririam “interesses da justiça”, pois se a fundamentação da acusação for na falta de provas ou na sua inadmissibilidade geral (artigo 17 do Estatuto), então não há como se verificar a decisão de não prosseguir adiante com um caso. E na exata medida em que a investigação preliminar, como dito anteriormente, seria levada a cabo pelo próprio Procurador, e menos pelos Estados, parece evidente que ele tem em mãos a possibilidade de iniciar casos contra quem entender pertinente bem como de não iniciá-los quando quiser, bastando para tanto se fundamentar nos incisos (1), letras “a” e “b”, e (2), letras “a” e “b”, do artigo 53 do Estatuto⁶⁶², casos em que não há possibilidade de recurso. Ademais desses casos, a única obrigação do Procurador é aquela de informar a fonte das informações sobre a “situação” de que não existe uma base razoável para iniciar um processo⁶⁶³, mantendo, todavia, o direito de rever a questão no futuro. Desse modo, é

⁶⁶¹ Artigo 53 (3), “b” do Estatuto do TPI. UN. **Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. Versão atualizada conforme a Resolução do Conselho de Segurança n. 1800 de 20 de Fevereiro de 2008.

⁶⁶² “Article 53 - Initiation of an investigation. 1. The Prosecutor shall, having evaluated the information made available to him or her, initiate an investigation unless he or she determines that there is no reasonable basis to proceed under this Statute. In deciding whether to initiate an investigation, the Prosecutor shall consider whether: (a) The information available to the Prosecutor provides a reasonable basis to believe that a crime within the jurisdiction of the Court has been or is being committed; (b) The case is or would be admissible under article 17; and (c) Taking into account the gravity of the crime and the interests of victims, there are nonetheless substantial reasons to believe that an investigation would not serve the interests of justice. If the Prosecutor determines that there is no reasonable basis to proceed and his or her determination is based solely on subparagraph (c) above, he or she shall inform the Pre-Trial Chamber. 2. If, upon investigation, the Prosecutor concludes that there is not a sufficient basis for a prosecution because: (a) There is not a sufficient legal or factual basis to seek a warrant or summons under article 58; (b) The case is inadmissible under article 17; or (c) A prosecution is not in the interests of justice, taking into account all the circumstances, including the gravity of the crime, the interests of victims and the age or infirmity of the alleged perpetrator, and his or her role in the alleged crime; the Prosecutor shall inform the Pre-Trial Chamber and the State making a referral under article 14 or the Security Council in a case under article 13, paragraph (b), of his or her conclusion and the reasons for the conclusion. 3.(a) At the request of the State making a referral under article 14 or the Security Council under article 13, paragraph (b), the Pre-Trial Chamber may review a decision of the Prosecutor under paragraph 1 or 2 not to proceed and may request the Prosecutor to reconsider that decision. (b) In addition, the Pre-Trial Chamber may, on its own initiative, review a decision of the Prosecutor not to proceed if it is based solely on paragraph 1 (c) or 2 (c). In such a case, the decision of the Prosecutor shall be effective only if confirmed by the Pre-Trial Chamber. 4. The Prosecutor may, at any time, reconsider a decision whether to initiate an investigation or prosecution based on new facts or information”. UN. **Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. Versão atualizada conforme a Resolução do Conselho de Segurança n. 1800 de 20 de Fevereiro de 2008.

⁶⁶³ Article 15 (6) do Estatuto do TPI: “If, after the preliminary examination referred to in paragraphs 1 and 2, the Prosecutor concludes that the information provided does not constitute a reasonable basis for an investigation, he or she shall inform those who provided the information. This shall not preclude the Prosecutor from considering further information submitted to him or her regarding the same situation in the light of new facts or evidence”. ICC. **International Criminal Court Statute**. Versão atualizada do texto aprovado em 17 de julho de 1998. United Nations Treaty Series, v. 2187, n. 38544. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

possível um controle judicial da atuação da Acusação apenas “positiva”, pois somente os casos apresentados serão controlados. A não-apresentação de um caso será controlada apenas quando o argumento para tanto for o “interesse da justiça” – nos demais casos, bastará o arquivamento pela Procuradoria.

É certo que o complexo sistema de controle que existe no Estatuto do TPI poderia permitir um futuro melhor à despolitização da justiça penal internacional. Mas isso depende de uma atuação clara e honesta da Procuradoria, definida segundo critérios amplos e preestabelecidos – o que ainda não existe. Ademais, não há motivo para se confiar *mais* na procuradoria do TPI do que nos tribunais da ONU, especialmente quando se verifica como se dá a própria atuação política dentro dos tribunais⁶⁶⁴ e diante das críticas que são direcionadas à própria pessoa que ocupou o cargo de Procurador do TPI⁶⁶⁵. Nesse sentido, se o Procurador do TPI agir de forma tão honesta e honrada quanto agiram os demais Procuradores dos tribunais da ONU que o precederam, não há por que se esperar que o quadro da politização da justiça penal internacional mude de alguma forma, o que não é, certamente, um bom sinal.

ii. O problema da dependência

A questão da autonomia do TPI, portanto, nesse momento, desempenha um papel essencial. Afinal, se a Corte consegue ser autônoma, diferentemente dos tribunais *ad hoc*, a possibilidade de maior realização de justiça penal internacional aumenta substancialmente. Infelizmente, essa condição de autonomia não parece ser a regra na atuação do TPI, como identifica a possibilidade de ingerência política na atuação da Procuradoria e como demonstra a recente experiência prática, o que se vê na questão do crime de agressão e a relação que existe entre o Conselho de Segurança das Nações Unidas e o TPI.

⁶⁶⁴ O TPI foi condenado, em julgamento pelo Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho, a indenizar um funcionário do próprio escritório do Procurador que foi perseguido pelo mesmo depois de realizar uma denúncia de abuso sexual contra o Sr. Moreno-OCAMPO. Segundo consta na decisão, o Procurador do TPI teria influenciado pessoalmente para que o funcionário fosse demitido por conta de uma acusação feita de boa-fé. Tudo isso pode ser lido no julgamento n. 2757, do *International Labour Organization Administrative Tribunal*. UN. International Labour Organization Administrative Tribunal. **Judgement n. 2757**. Julgamento de 09 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.fullText?p_lang=en&p_judgment_no=2757&p_language_code=EN&p_word=icc>. Acesso em: 04/03/2012.

⁶⁶⁵ Resumindo as críticas que são comumente feitas ao Procurador do TPI, Moreno-Ocampo, veja-se a importante doutrina de AMBOS, Kai. Balanço Pobre Após Nove Anos de Luis Moreno como Promotor Chefe do TPI, sua Sucessora Somente Pode Fazer Melhor. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)**, Ano 20, n. 235, Junho/2012 (p. 03-04).

(a). Uma prova de que o TPI não está imune a aspectos políticos é justamente a impossibilidade da Convenção de Roma de atingir uma definição do que seja o crime de agressão. Aponta-se como sua origem as definições do Pacto de Kellog-Briand, de 27 de agosto de 1928, em que as partes determinaram como condenável o recurso à guerra como forma de solução de conflitos internacionais e de exercício de política internacional. Definido no Estatuto de Nuremberg, a agressão era uma das espécies do gênero “crimes contra a paz” (no artigo 6.º, letra “a”) e tem aí a sua origem, apesar da dificuldade envolvida em sua clara definição.

É certamente o crime com maior conteúdo político incluído na competência do Tribunal. Historicamente, os Estados sempre preferiram evitar uma definição exata do que fosse a espécie, justamente para que não acabassem limitados em suas ações internacionais. Aliás, as décadas de 50 e 60 representaram muito bem essa vontade política – apesar da vontade internacional de definir o crime de agressão, as guerras que se iniciavam impediam os movimentos nesse sentido⁶⁶⁶. Figura fugidia e de difícil consenso entre os Estados, a definição do crime de agressão foi determinada pela Assembléia Geral das Nações Unidas apenas em 1974⁶⁶⁷. Todavia, essa definição é muito mais próxima da determinação da responsabilidade do Estado pela agressão⁶⁶⁸ e por isso certamente não serviria à definição de um tipo penal, dedicado à responsabilização individual. A dificuldade persistiu no Estatuto de Roma e, por questões políticas, não se conseguiu

⁶⁶⁶“*In 1956, war between North and South Vietnam was about to explode. Soviet troops invaded Hungary. Israel and Egypt accused each other of flagrant aggression. French and British troops invaded Suez. (...) The Cuban Missile Crisis blocked de definition of aggression for a few more years. (...) Cambodia complained of U.S. aggression in 1964. Pakistan and India accused each other of aggression in 1965 and the soviets accused the United States of aggression in the Dominican Republic. Obviously, it was easier to commit aggression than do define it or to curb it*”. FERENCZ, B.B. *The Crime of Aggression In: KIRK MCDONALD Gabrielle; SWAAK-GOLDMAN, Olivia (eds.). Substantive and procedural aspects of international criminal law – the experience of international and national courts*. Volume I. The Hague-Burgess Hill: Kluwer Law International, 2000, p. 52.

⁶⁶⁷ Conforme a Resolução n.º 3314 da Assembléia Geral da ONU, no seu anexo I: “*a agressão é o emprego da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de um outro Estado, ou de qualquer outra maneira incompatível com a Carta das Nações Unidas, da forma que se entende a partir da presente definição*”⁶⁶⁷ (definição que segue adiante apresentando especificações acerca de vários outros pontos). UN. **General Assembly Resolution n. 3314 (XXIX)**. Resolução de 14 de dezembro de 1974. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314%28XXIX%29&Lang=E&Area=RESOLUTION>. Acesso em: 17/11/2012.

⁶⁶⁸ Esse é um dos motivos pelos quais é extremamente difícil a responsabilização individual pela prática do crime de agressão. Normalmente a “punição” fica para o Estado agressor, e não aos seus representantes. Veja-se, por exemplo, o caso do Iraque ao invadir o Kuwait. As medidas repressivas (em especial as sanções econômicas) foram tomadas contra o Estado, mas as autoridades responsáveis pela agressão restaram incólumes. O exemplo é apontado em: GAJA, Giorgio. *The long journey toward repressing aggression*. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D. (Eds.). **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I, p. 427-441. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 428.

chegar a um consenso acerca do tipo envolvido no crime de agressão, dado o risco de se abrir uma *caixa de Pandora*⁶⁶⁹, de forma que o Estatuto de Roma restou pusilânime por muito tempo na questão, permanecendo válida apenas a referência ao respeito obrigatório à Carta das Nações Unidas e, portanto, à autoridade do Conselho de Segurança.

Conforme previra o Estatuto do TPI, no seu artigo 123, realizou-se a Convenção de Revisão do Estatuto de Roma, em Kampala, Uganda, em 2010. Dito encontro tinha como uma das suas missões a definição do crime de agressão. Ao final dos trabalhos, chegou-se a uma definição muito próxima daquela determinada pela ONU em 1974. Assim, o Estatuto de Roma será complementado com a inclusão de uma versão de agressão que, em termos gerais, criminaliza o planejamento, preparação, início e execução de um ato de agressão que, por seu caráter de gravidade e alcance, viola a Carta da ONU devido ao uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial e independência política de outro Estado⁶⁷⁰. O tipo ainda detalha as formas específicas desse ato de agressão, descrevendo várias condutas em seus parágrafos.

Importa lembrar que a competência do TPI será exercida sobre esse crime apenas após a ratificação do texto pelos países-parte e somente depois de 2017, a partir de nova decisão sobre o tema. Mas, talvez o mais importante, a Convenção definiu que o Conselho

⁶⁶⁹ “*em d’autres termes, engager une discussion sur la définition du crime d’agression aurait impliqué, aux yeux de nombreux États, le risque d’ouvrir une véritable boîte de Pandore*”. BOURDON, William et DUVERGER, Emmanuelle. **La Cour pénale internationale – Le statut de Rome**. Paris: Éditions du Seuil, 2000, p. 37.

⁶⁷⁰ “*Article 8 bis - Crime of aggression: 1. For the purpose of this Statute, “crime of aggression” means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations. 2. For the purpose of paragraph 1, “act of aggression” means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression: (a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof; (b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State; (c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State; (d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State; (e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement; (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State; (g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein*”. ICC. **International Criminal Court Statute**. Versão atualizada do texto aprovado em 17 de julho de 1998. United Nations Treaty Series, v. 2187, n. 38544. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

de Segurança, órgão da ONU competente para tratar da questão da agressão por conta de sua atuação segundo o capítulo VII da Carta da ONU, mantém seu valor nesse tocante, pois, caso o TPI entenda adequado processar um acusado por esse crime, o seu procurador deverá obrigatoriamente levar o caso ao Conselho de Segurança que autorizará ou não o processo. Só então, ou se o órgão levar mais de seis meses para decidir, o TPI poderá processar o acusado.

O resultado da Conferência de Kampala é decepcionante. Sob a pretensão de se não politizar o TPI, e independentemente da definição do próprio tipo em si (que neste caso é o menos importante), deixou-se ao Conselho de Segurança a opção de autorizar ou não um processamento pelo crime de agressão. Em suma, por conta do poder de veto, a Convenção de Revisão criou uma evidente imunidade procedimental aos países mais poderosos do globo: Estados Unidos, Rússia, China (que sequer são parte do TPI), Inglaterra e França.

Pior do que “politizar a corte” – note-se que a realização da justiça exige a tomada de posições e, nesse sentido, sempre haverá politização na função do juiz – a decisão submete o TPI a uma decisão externa de ordem política: pode processar autores de agressão, mas apenas quando os países que determinam o *status quo* assim o permitirem. Fica definida a vinculação do celebrado TPI aos interesses de um punhado de países, o que viola a característica mais cara ao exercício jurisdicional: a independência. Afinal, ainda que sejam independentes os juízes, o próprio Estatuto deixa de sê-lo, pois garante imunidade aos países mais poderosos do globo, o que certamente constitui um golpe violento contra a proclamada independência do tribunal. Além disso, manifesta o que ZOLO chamou de “duplo binário” da justiça criminal internacional que serve a punir os pobres, mas não funciona contra os mais afortunados⁶⁷¹.

(b). Mas a ingerência do Conselho de Segurança das Nações Unidas não termina na definição do crime de agressão. Pelo contrário, propaga-se sobre toda a atuação do TPI,

⁶⁷¹ “Ma il dissenso più grave riguardava un altro punto, e cioè il rapporto fra i poteri della Corte e quelli del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Gli Stati Uniti, opponendosi alla maggioranza degli Stati che partecipavano ai negoziati, intendevano subordinare l'attività della procura della Corte in tema di crimine di aggressione alle decisioni del Consiglio di Sicurezza. In altre parole la Corte non avrebbe dovuto svolgere indagini sulla responsabilità di singoli individui per il crimine di aggressione senza il consenso del Consiglio di Sicurezza e cioè senza che fosse quest'organo a dichiarare, con una sua risoluzione, l'esistenza dell'aggressione. E questo avrebbe di fatto subordinato le iniziative della Procura della Corte alla volontà dei membri permanenti del Consiglio di Sicurezza”. ZOLO, Danilo. Il doppio binario della Giustizia Penale Internazionale. In: **Jura Gentium** – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale (2005). Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/double.htm>>. Acesso em: 26/03/2012.

pois as determinações do artigo 16 do Estatuto⁶⁷² permitem que o Conselho de Segurança determine a suspensão de um caso diante do TPI por um período de doze meses a contar da data da solicitação, sendo renovável o pedido sem limites do número de vezes.

Essa possibilidade implica a suspensão de procedimentos investigativos ou de processos em curso e parece estar limitada à manutenção da paz, dependente, portanto, das determinações do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas e devendo durar apenas enquanto houver risco para a paz causado pela atuação do TPI. Daí o prazo de doze meses, cuja renovação é possível, mas dependerá de nova resolução e, portanto, de arejamento dos debates⁶⁷³. De qualquer forma, não existe ainda uma precisa compreensão das consequências desse direito de ingerência do Conselho de Segurança sobre o TPI, mas diversos problemas podem ser identificados, segundo CONDORELLI e VILLALPANDO⁶⁷⁴, tais como a violação dos direitos dos acusados por conta da excessiva demora do processo.

É certo que a proposta adotada no Estatuto de Roma pode ser considerada a menos danosa na medida em que a suspensão exigirá um consenso dos membros do Conselho de Segurança de forma a limitar o uso do poder de veto. Mas a o direito que ingerência do Conselho de Segurança na atuação do Tribunal parece um risco claro à atuação do tribunal, pois se trata de uma ingerência indevida⁶⁷⁵ de um órgão político na independência da função jurisdicional da Corte.

Aliás, o Conselho de Segurança já se manifestou nesse sentido, como se vê pelos efeitos da sua Resolução 1422 (2002), lançada logo após a entrada em vigor do TPI e no sentido de garantir imunidade para os membros de forças de paz das Nações Unidas que fossem originários de países não-parte do TPI. KÖCHLER indica como o Conselho de

⁶⁷² Article 16, ICC Statute: “Article 16 - Deferral of investigation or prosecution: No investigation or prosecution may be commenced or proceeded with under this Statute for a period of 12 months after the Security Council, in a resolution adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations, has requested the Court to that effect; that request may be renewed by the Council under the same conditions”. ICC. **International Criminal Court Statute**. Versão atualizada do texto aprovado em 17 de julho de 1998. United Nations Treaty Series, v. 2187, n. 38544. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁶⁷³ CONDORELLI, Luigi; VILLALPANDO, Santiago. Referral and Deferral by the Security Council. In CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D (Eds.). **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. (p. 627-655). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 649.

⁶⁷⁴ CONDORELLI, Luigi; VILLALPANDO, Santiago. Referral and Deferral by the Security Council. In CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D (Eds.). **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. (p. 627-655). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 653.

⁶⁷⁵ CONDORELLI, Luigi; VILLALPANDO, Santiago. Referral and Deferral by the Security Council. In CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D (Eds.). **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. (p. 627-655). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 648.

Segurança atuou inclusive com má-fé ao determinar essa Resolução (renovada em 2003, mas não em 2004), resultado de intenso lobby dos EUA⁶⁷⁶. De fato, ao lançar uma Resolução retroativa (alcançava fatos anteriores à sua edição, posterior à entrada em vigor do TPI) e em contrariedade com o próprio disposto no artigo 16 do Estatuto (que fala em casos individualizados em investigação ou processo, não em vedações generalizantes, coletivas, como aquela da Resolução, e feitas de forma preventiva), o Conselho de Segurança demonstra como poderá atuar quando seus interesses contrastarem com aqueles do TPI.

É de se notar que a pretensão de se garantir imunidade a determinados grupos de agentes, como pretendeu fazer o Conselho de Segurança, vai diretamente contra um dos mais importantes princípios do próprio TPI, que ressoa os antigos princípios de Nuremberg: a exclusão de qualquer forma de imunidade pela prática dos crimes mais graves⁶⁷⁷. De fato, o dispositivo mencionado é absolutamente criticável, dado o poder político de que dispõe o Conselho de Segurança e seus membros, especialmente aqueles com poder de veto. ZOLO identifica aí, mais uma vez, uma manifestação dos Direito dos vencedores sobre os vencidos no duplo binário da justiça penal internacional⁶⁷⁸.

Em suma, como se viu, a justiça penal internacional repressiva padece de problemas provocados pela estrutura em que se localiza. De fato, no plano internacional, onde não existe um poder central colocado em posição hierárquica *claramente* superior, o exercício do poder punitivo não segue a proposta tradicional do Direito Penal moderno, que demanda verticalização. Mais do que isso, ao depender de uma construção horizontal para que a existência da pena internacional seja possível, a materialização da justiça penal torna-se dependente de um jogo de forças que pode desnaturar a proposta penal e, mais do que isso, pode torná-la um mero exercício de poder antidemocrático. Afinal, a politização

⁶⁷⁶ KÖCHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003, p. 255.

⁶⁷⁷ KÖCHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003, p. 256.

⁶⁷⁸ ZOLO menciona, lembrando GAJA, que: *“Il risultato finale, come ha sostenuto Giorgio Gaja, è che la qualificazione della guerra di aggressione come crimine internazionale, presente nell'art. 5 dello Statuto di Roma, è destinata a restare priva di qualsiasi rilievo pratico finché la Corte penale internazionale non sarà stata dotata di competenza giurisdizionale in materia. Secondo una concezione realistica del diritto internazionale, un comportamento per il quale non è operante alcuno strumento di repressione non può essere considerato un comportamento criminale. A parere di Gaja è inoltre assai probabile che anche in futuro la Corte penale internazionale resti priva, in tema di guerra di aggressione, di un potere giurisdizionale che sia autonomo rispetto alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite”*. ZOLO, Danilo. **Il doppio binario della Giustizia Penale Internazionale**. In: **Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale** (2005). Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/double.htm>>. Acesso em: 05/03/2012.

da repressão é a característica mais marcante da justiça penal internacional e não parece possível – ou ao menos não é certo que se consiga – afastar-se desse modelo seletivo.

2. Na ótica do Direito Penal: pena para quê?

Segundo a lição de PAVARINI e GUAZZALOCA, qualquer análise científica do Direito Penal e dos seus efeitos deve necessariamente ser realizada sob à luz dos fins da pena, pois é reprovável a tendência a se ignorar a consequência do crime quando se estuda a questão criminal⁶⁷⁹. Não é por outro motivo, aliás, que se adota preferencialmente a expressão “Direito Penal” a “Direito Criminal” no sistema da *civil law*: a pena é o característico principal do Direito Penal e, como “ponto de referência comum a todos os preceitos penais”, é a própria pena que define o ramo⁶⁸⁰. Nem poderia ser diferente: não é possível discutir o uso da força penal se não se compreendem os objetivos a que se destina – do contrário, será um mero exercício de força que não se coaduna com o exercício do *ius puniendi* de um Direito democrático.

O fim da pena é um debate que se materializa especialmente a partir do processo Iluminista e que pretende rediscutir o direito do Príncipe de punir. A partir desse momento, inicia-se um processo histórico em que se separava a ideia de pena em concreto (primeiro) e pena em abstrato (depois): enquanto a primeira, no século XVIII, em um mundo agora laico, determinava a existência da pena como utilitária e, portanto, indicava a necessidade da pena como uma forma de prevenção geral, a segunda, em meados do século XIX, indicava o limite da punição, que se exprimia em uma relação de retribuição ao mal causado pelo apenado de forma que a pena não fosse exagerada e, assim, se mostrasse equivalente⁶⁸¹. Nasciam aí as propostas fundamentais da pena: a prevenção e a retribuição.

O mesmo processo é identificável recentemente no plano internacional com a forte demanda por penalização e segue a mesma linha. De fato, “*proprio perché ancora così ‘puro’, il diritto penale sopranazionale si lascia apprezzare per la sua capacità di*

⁶⁷⁹ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 27.

⁶⁸⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1997, p. 41.

⁶⁸¹ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 4-6.

rappresentare le ragione 'forti' del potere punitivo"⁶⁸². Assim, as mesmas propostas clássicas da pena, punitivas e retributivas, permeiam também a pena internacional e por isso demandam análise dedicada neste trabalho.

Por outro lado, não é nova a crítica criminológica que se faz ao Direito Penal como instrumento de controle social, o que influencia diretamente a compreensão dos fins da pena. Desde que a Sociologia e a Filosofia, em processo que não é recente, se encarregaram de escrutinar o poder punitivo e suas relações com o controle social, a questão vem sendo debatida de uma ótica diferenciada e, portanto, permitindo-se compreender quais são os efetivos fins que a instituição da pena cumpre na sociedade contemporânea (aspecto filosófico da questão) e quais as funções a que se presta esse mesmo instituto (o viés sociológico do tema)⁶⁸³.

Nesse contexto, é importante notar-se que a pena tem duas dimensões identificadas pela Sociologia Jurídico-Penal: aquelas funções declaradas pelo poder público instituído, identificadas como as pretensões de conseguir a retribuição ou a prevenção a partir da aplicação da sanção penal àqueles que violaram o preceito primário da norma penal; e aquelas funções reais da pena, identificadas apenas a partir de uma profunda compreensão do processo de penalização, bem como da sua condição de instrumento de controle social máximo, dado que esse controle não se realiza apenas por meio da pena, mas também a partir de outros institutos de natureza repressiva de ordem secundária (especialmente a polícia, mas também as cadeias, os manicômios, as agências de comunicação social, as universidades, organismos internacionais etc.)⁶⁸⁴. Como essas críticas são essenciais para que se compreendam o fenômeno da pena na sua integralidade bem como as suas consequências, também é conveniente que sejam apresentadas neste trabalho, o que permitirá uma compreensão da criminalização internacional mais completa e honesta.

2.1. Os fins tradicionais da pena

⁶⁸² PAVARINI, Massimo. La Penal Come 'Fatto Sociale' nel Sistema di Giustizia Penale Internazionale. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008, p. 191-196. Bologna: Bononia University Press, 2008, p. 193.

⁶⁸³ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 3.

⁶⁸⁴ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 60-61.

Em geral, os fins da pena são discutidos *pari passu* aos fins do próprio Direito Penal. Segundo ZAFFARONI⁶⁸⁵, há duas respostas usualmente dadas nesse sentido pela doutrina clássica tradicional (comumente tratadas como excludentes), indicando que o objetivo da legislação penal ou é a segurança jurídica ou a defesa social. Para os partidários da segurança jurídica, Direito Penal se destina à sociedade em geral, ou seja, àqueles que não delinquiram, de forma que a pena assume uma proposta de prevenção geral. No que toca à defesa social, a pena existe para o delinquente, evitando a sua recidiva, e, assim, se trata de uma pretensão de prevenção especial. No primeiro caso, a pena tem um viés retributivo, pois retribui ao delinquente o dano social causado; no segundo, meramente preventivo por meio da reeducação do delinquente. O debate sobre a função do Direito Penal indicaria, ademais, se ele deveria se preocupar com a proteção de bens jurídicos ou valores ético-sociais.

Ainda segundo o professor argentino⁶⁸⁶, a oposição dessas ideias não parece adequada, pois decorre de uma interpretação parcial e deslocada da estrutura e funcionamento da própria disciplina. Afinal, o Direito é um “instrumento de viabilização da existência humana”⁶⁸⁷ e, portanto, destina-se a garantir a coexistência humana. Nesse sentido, para a coexistência humana é essencial que exista a segurança jurídica. Mas se a sociedade é justamente a coexistência humana, pois não há sentido em se imaginar que a sociedade é algo superior à coexistência (o que levaria a uma concepção antropomórfica da sociedade e que arriscaria o próprio conceito de direitos humanos por colocar figuras sociais – como o Estado – acima dos indivíduos), a defesa social é um conceito muito próximo à segurança jurídica: se esta é o asseguramento da coexistência (o social) e aquela é a defesa da sociedade (coexistência), os conceitos, na verdade, se sobrepõem⁶⁸⁸. E, nesse contexto, a pena assumiria um cariz ao mesmo tempo preventivo e retributivo, o que já se explicou pelas teorias ditas positivas da pena, a seguir apresentadas

⁶⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Volume I. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 43.

⁶⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Volume I. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 44.

⁶⁸⁷ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume I, Parte Geral**. Sexta edição. São Paulo: RT, 2006, p. 84.

⁶⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Volume I. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 48.

2.1.1. As teorias positivas: a prevenção e a retribuição

i. A proposta retribucionista

As teorias retribucionistas, também chamadas de absolutas, encontram suas raízes nas primeiras respostas históricas penais e se mantêm quando da construção de um Direito Penal Clássico. Com um fundamento no passado (o fato praticado pelo criminoso) e uma proposta de atuação funcional para o futuro (a sanção como uma resposta), a pena retributiva “representa a imposição de um mal *justo* contra o mal *injusto* do crime, necessária para realizar justiça ou restabelecer o Direito, segundo a conhecida fórmula de SENECA: *punitur, quia peccatum est*”⁶⁸⁹. Acompanham, portanto, a ideia de que a uma conduta de acordo com as regras sociais, segue-se uma ampliação das possibilidades jurídicas do sujeito, enquanto a uma conduta antissocial, segue-se uma redução dessas possibilidades⁶⁹⁰.

A referida teoria se fundamenta na ideia de que a pena está desvinculada do seu efeito social⁶⁹¹ e, assim, não precisa buscar fim algum – não precisa, portanto, ser utilitária, já que se compõe em um fim em si mesmo, posto que sua aplicação é suficiente para fazer justiça social. Grande força se deu à proposta retributiva por conta da filosofia idealista alemã, tanto por um viés ético quanto por um viés mais jurídico⁶⁹²: enquanto para KANT a pena retributiva representava um imperativo categórico, para HEGEL ela deveria ser retributiva porque se compunha como a negação da negação ao Direito provocada pelo crime⁶⁹³ e, nesse sentido, recomporia o tecido social arrebatado pela conduta criminosa. Ademais, a retribuição tem um condão importante que não pode ser ignorado. Afinal, na medida em que a pena deve corresponder ao crime praticado, sua magnitude deve ser tal que não destoe do dano social provocado pela conduta. Em outras palavras, a retribuição é um limite importante ao poder de punir do Estado que não poderá sancionar uma injúria com a pena de morte, porque essa pena violaria a medida do crime – e daí o conceito de limite da pena pela culpabilidade do agente. Porque garantidora da dignidade da pessoa

⁶⁸⁹ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 453/454.

⁶⁹⁰ MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 1992, p. 718.

⁶⁹¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1997, p. 82.

⁶⁹² MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 58/59.

⁶⁹³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1997, p. 82-83.

humana, ao passo em que reconhece a sanção como resposta à liberdade de escolha e de ação do homem e porque limita a resposta penal aos efeitos dessa escolha antisocial, garantindo o princípio da culpabilidade, a pena retributiva tem seu mérito reconhecido na história do Direito Penal⁶⁹⁴.

Essa justificativa à pena é criticável em vários aspectos. Em primeiro lugar, porque sequer é uma teoria dos fins da pena⁶⁹⁵: na medida em que a pena é um fim em si mesma, trata-se de uma “teoria” viciada pela tautologia e não explica coisa alguma, de forma que acaba por entender necessário algo que devia fundamentar. Em segundo lugar, essa teoria não se sustenta cientificamente, pois se baseia na pena como resposta à conduta humana animada pelo livre arbítrio que é indemonstrável – dessa forma, sustenta-se em um ato de fé (nem democrático, nem científico⁶⁹⁶), segundo o qual a conduta criminosa precisa ser retribuída independentemente de qualquer outro fim.

Independentemente das críticas, tem-se revigorado a fundamentação retributiva da pena a partir de algumas propostas criminológicas contemporâneas que se sustentam em um evidente apoio popular à retribuição⁶⁹⁷. O “neoretribucionismo” moderno modifica cosmeticamente a proposta hegeliana com a adoção da idéia “meritocrática” de *desert* proposta por ventos neoliberais – a consequência é a adoção de uma pretensão retributiva da pena coligada àquela de prevenção geral⁶⁹⁸ ou à prevenção especial⁶⁹⁹, como seus limites. Especialmente clara é a modificação do sentido do retribucionismo: se anteriormente se via na retribuição uma forma de limite, pois a pena estaria limitada ao necessário para retribuir o dano causado, agora o critério de determinação da retributividade está vinculado ao “senso comum das pessoas”, de forma que a “pena justa” é aquela que a sociedade entende como tal⁷⁰⁰.

⁶⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal Sobre a Doutrina Geral do Crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 70.

⁶⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal Sobre a Doutrina Geral do Crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 70.

⁶⁹⁶ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 455.

⁶⁹⁷ Embora cause espanto que uma proposta fundamentada em pura compensação e na vingança ainda seja apoiada no Direito contemporâneo, SANTOS indica que há várias justificativas para essa popularidade: a psicologia popular é vingativa e retributiva; a tradição religiosa judaico-cristã é também retributiva, bem como o é a filosofia ocidental de cunho idealista; finalmente, também o sistema legal penal demanda, normalmente, uma pena necessária e suficiente para a reprovação do crime, como o faz a lei penal brasileira (art. 59 do Código Penal). A respeito, ver: DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 454/455.

⁶⁹⁸ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 80.

⁶⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Volume I. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 88-89.

⁷⁰⁰ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 19.

Todavia, desvinculada de um critério claro, e especialmente no caso de crimes de grande gravidade, a resposta retributiva pode assumir nuances evidentemente violadoras do princípio da humanidade e, ainda que de forma equivalente ao mal causado, e justamente por isso, tomar formas que ultrapassam a racionalidade e a proporcionalidade que se espera de um modelo democrático de respostas penais.

ii. A proposta preventiva

Entendendo-se que é inadequada uma pena “sem utilidade” prática, como ocorre com uma pena meramente retributiva, as tendências utilitaristas passaram a orientar a repressão penal no sentido da prevenção (seja por produzir efeito na sociedade em geral, seja por fazê-lo no criminoso, individualmente), pois assim, de fato, a resposta ao crime serviria para alguma coisa: a evitação de novos crimes ou, em outras palavras, a defesa social⁷⁰¹.

Esse efeito preventivo pode ser conquistado de duas formas básicas: a prevenção geral (com foco na sociedade) e a prevenção especial (centrada no indivíduo). Nas palavras de ZAFFARONI, “a *prevenção* será *geral* quanto o meio com o qual se quer prevenir – a pena – seja entendido como exemplificação diante do resto da população, de forma tal que reforce os valores éticos dos habitantes; neste conceito, a pena terá como principais destinatários aqueles que não são autores de delitos”⁷⁰². No segundo, a pena aplicada evitará que o próprio delincente volte à prática do crime, logo, o foco da pena é aquele que violou a lei penal, “para que aprenda a conviver sem perturbar ou impedir a existência alheia”⁷⁰³. As duas espécies da prevenção são didaticamente divididas para melhor compreensão quanto aos seus efeitos em positivas e negativas.

(a). A prevenção geral negativa pretende atuar na sociedade a partir do efeito dissuasivo que a pena pode ter em todos os membros da sociedade – é o que se refere, especialmente, ao chamado efeito *deterrence*. Levando em consideração o indivíduo como *homo aeconomicus*⁷⁰⁴, entende-se que a pena produz seus efeitos a partir de um cauteloso

⁷⁰¹ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 08.

⁷⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Volume I. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 67 (tradução livre).

⁷⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Volume I. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 67.

⁷⁰⁴ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 08.

sopesamento entre o sofrimento de uma eventual condenação e o prazer proporcionado pela conduta criminosa⁷⁰⁵. Dependente diretamente da possibilidade institucional da aplicação da pena, essa forma de coação psíquica⁷⁰⁶ se explicaria pelas complexas relações existentes entre *ego*, *superego* e *id*, segundo as quais o indivíduo respeitador da norma se frustra diante do fato de que reprimiu desejos que outro indivíduo não reprimiu, de forma que, diante da não aplicação da penal ao segundo, o controle do primeiro se enfraquece⁷⁰⁷.

De todas as formas de prevenção, é aquela que mais se aproxima da simples retribuição ou das teorias absolutas, pois o limite entre o que serve de exemplo e o que serve à vingança não é facilmente reconhecível. Para produzir um limite nesse espectro, os defensores dessa teoria buscam na idéia de retribuição como limiar divisor entre o exemplo e a vingança, algo que não é claro o suficiente⁷⁰⁸.

De qualquer forma, essa teoria encontra ainda diversas outras críticas. Primeiro, a seletividade da criminalização secundária, ao punir apenas parte das condutas, implicaria a perda da efetividade do exemplo, pois não dissuade da prática do delito e sim, apenas, da inabilidade da execução⁷⁰⁹. Segundo, a prevenção geral negativa acredita que todos são capazes de entender o imperativo da pena e acaba por confundir o poder punitivo com a totalidade da cultura, como se o poder punitivo fosse capaz de compor-se perfeitamente com toda a ética social⁷¹⁰. Nesse sentido, destacam-se a inutilidade e a ineficácia das penas cruéis aplicadas sobre certos indivíduos⁷¹¹ que foram selecionados, dentre todos os que cometem crimes similares, para servir de exemplo estatal. A coisificação do indivíduo – que passa a ser um instrumento estatal para um fim e, portanto, deixa de ser um fim em si mesmo – viola a dignidade do sujeito pela instrumentalização da humanidade.

Terceiro e mais importante para um Estado de Direito: pertinente crítica que se faz a essa crença sobre a pena quanto ao risco do terrorismo estatal: para equilibrar a equação de sopesamento, a sanção deve ser violenta o suficiente para contrabalançar os efeitos da

⁷⁰⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1997, p. 90.

⁷⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Volume I. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 68.

⁷⁰⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1997, p. 91.

⁷⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Volume I. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 68.

⁷⁰⁹ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 117.

⁷¹⁰ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 118.

⁷¹¹ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 459.

conduta. O poder público encarregado da punição pode aumentar exageradamente a sanção com a pretensão de que se evitem quaisquer condutas criminosas, produzindo, então, um Estado de terror⁷¹². Ademais, não se crê possível imaginar adequado – diante do modelo de Direito moderno que se representa fundado na igualdade e na dignidade do indivíduo – um poder público que se firme ou que afirme seus preceitos diante da capacidade de impor medo aos cidadãos, característica evidente de um Estado de polícia, totalitário, não de um Estado democrático.

Finalmente, embora festejada e contando com certo apoio teórico e dogmático, também é importante lembrar que não há conclusões claras sobre os efeitos da *deterrence* e do *quantum* de pena necessário para que se produza o efeito desejado pela proposta. Segundo BARATTA, resumindo uma conclusão que é notória entre criminólogos, não é possível afirmar cientificamente que a ameaça da pena sirva de motivação para a evitação do crime pelo indivíduo⁷¹³. Aliás, diversos estudos vêm sendo feitos corriqueiramente sobre os efeitos da adoção de penas maiores indicando que elas não têm relação alguma com a redução da criminalidade⁷¹⁴. E mesmo outros estudos que indicam o contrário – que a existência de risco de punição tende a evitar o crime – precisam lidar com uma diversidade enorme de fatores de pesquisa que tornam conclusões sobre essa questão extremamente difíceis e complexas⁷¹⁵.

(b). A prevenção geral positiva como teoria a justificar os fins da pena tem conquistado grande prestígio no Direito Penal contemporâneo, especialmente a partir do seu desenvolvimento funcional levado a cabo pela doutrina penal alemã no final do século XX. Segundo essa proposta a pena serve de estabilizadora do sistema social, para orientação das ações e para a institucionalização das expectativas⁷¹⁶. Centrada na idéia de confiança institucional⁷¹⁷, e com bases firmes nas propostas sistêmicas de LUHMANN, a pena se

⁷¹² DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 459.

⁷¹³ BARATTA, Alessandro. I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva. In: MOCCIA, Sergio. **Diritti dell’Uomo e Sistema Penale – Volume I**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002 (p. 327-345), p. 335.

⁷¹⁴ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 27.

⁷¹⁵ VON HIRSCH, Andrew; BOTTOMS, Anthony E.; BURNEY, Elizabeth; WIKSTRÖM, P-O. **Criminal deterrence and sentence severity: an analysis of recent research**. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 45-49.

⁷¹⁶ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 09.

⁷¹⁷ PAVARINI, Massimo. **I Nuovi Confini della Penalità: Introduzione alla sociologia della pena**. Seconda edizione. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 1996, p. 83.

justifica pelo rompimento da confiança que a sociedade deposita no indivíduo, devendo servir, portanto, a recompor a crença social no próprio sistema jurídico.

A pena, portanto, tem a função de recompor a confiança no próprio Direito, já que o crime produz um efeito negativo na integridade que o sistema jurídico dá à comunidade. Nas palavras de PAVARINI e GUAZZALOCA, “*se il reato è in sé – a prescindere dell’interesse protetto dalla norma violata – una minaccia alla integrità e alla stabilità sociale in quanto espressione simbolica di una mancanza di fedeltà, la pena deve essere espressione simbolica contraddittoria rispetto a quella rappresentata dal reato*”⁷¹⁸.

Nesse sentido, o fundamento da pena é evidentemente simbólico, característico da produção da confiança no sistema social, em especial no sistema penal⁷¹⁹, sobre os não-criminalizados e dissuadindo-os, assim, da prática de novos crimes. Nas palavras de ZAFFARONI *et al.*:

o poder punitivo supera a perturbação produzida pelo aspecto comunicativo do fato delituoso, que seria o único que interessa, exprimindo-se na perturbação da vigência da norma, imprescindível para a existência de uma sociedade. Em última instância, o delito seria uma má propaganda para o sistema, e a pena seria a expressão através da qual o sistema faria uma publicidade neutralizante.⁷²⁰

As recentes propostas de prevenção geral positiva têm sido divididas em duas vertentes: uma de ordem relativa e outra de ordem absoluta. A primeira opção, ainda vinculada à noção de bem jurídico, é liderada informalmente por ROXIN e defende que a prevenção tem um caráter integrativo, pois agrega o cidadão ao contexto jurídico na medida em que lhe dá a confiança necessária na inviolabilidade do Direito, confirmando a confiança e a fidelidade jurídica do povo e, assim, garantindo a pacificação social⁷²¹. A segunda vertente é de um funcionalismo mais radical e é capitaneada por JAKOBS que defende que a função absoluta da pena é a defesa da própria validade da norma violada. Em outras palavras, a pena tem como bem jurídico a ser protegido não um bem da vida (vida, integridade física, patrimônio etc.), mas, sim, a própria norma penal, fazendo com que a norma penal substitua o conceito de bem jurídico⁷²². Essa posição, além de redesenhar radicalmente um neocontratualismo pela pretensão de criar cidadãos

⁷¹⁸ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 09.

⁷¹⁹ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 121.

⁷²⁰ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 122.

⁷²¹ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 460.

⁷²² DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 461.

absolutamente vinculados à fidelidade jurídica, ainda mantém a sanção penal separada de fundamentos materiais, abrindo as portas para uma construção desvinculada do mundo real. Ademais, as propostas preventivo-positivas, portanto, se agarram à idéia de que “a efetividade da função ético-social se vincula ao grau de firmeza com que a ação estatal pretende fortalecer os valores”⁷²³, tornando-se dependentes de um modelo de penalização que seja considerado absolutamente atuante, quando não infalível, pois apenas a certeza da repressão é capaz de afirmar a crença na própria norma penal.

Não são poucas as críticas que se lançam contra essa proposta da pena. Note-se que tal teoria poderia produzir quadros de rompimento da lógica clássica da proporcionalidade da pena. Ora, na medida em que tal teoria fundamenta os fins da pena na estabilização das expectativas normativas, quando tais expectativas já são existentes (nos crimes de grande gravidade – por exemplo, um parricídio – onde a sociedade já crê na danosidade da conduta antisocial) as penas deveriam ser pequenas, pois não demandam reafirmar o direito contra a conduta realizada. Além disso, o contrário também é certo: quando a conduta é pouco reprovada socialmente, como o aborto ou o consumo de drogas leves, o Direito precisaria lançar mão de pesadas penas para afirmar o valor da norma, o que violaria a própria lesividade⁷²⁴.

Ademais, como é notório, essa proposta inverte a lógica do Direito Penal, pois põe como centro do crime não a conduta ou o bem jurídico lesionado e, sim, o próprio sistema penal – o sujeito deixa de ser o foco, passando a sê-lo, a confiança no Direito, de forma a provocar “o deslocamento do sujeito humano de centro e fim do direito a objeto de abstração normativa e instrumento de funções sociais”⁷²⁵. Em outras palavras, essa grave inversão anti-Iluminista tem o condão de instrumentalizar o indivíduo⁷²⁶.

Tampouco se ignora que os veículos mediáticos podem ter uma influência perversa na construção de um Direito que tenha por fim da pena a prevenção geral positiva. Afinal, como é claro atualmente, a mídia (especialmente aquela com alta penetração social, como a televisiva) poderia criar demandas artificiais de expectativas normativas independentes

⁷²³ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 124.

⁷²⁴ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 65-66.

⁷²⁵ BARATTA, Alessandro. Integrazione-prevenzione. Una ‘nuova’ fondazione della pena all’interno della teoria sistemica. In: **Dei Delitti e Delle Pene**, Anno II, n. 1, gennaio-aprile 1984 (p. 05-30), p. 24 (tradução livre).

⁷²⁶ PAVARINI, Massimo. **I Nuovi Confini della Penaltà: Introduzione alla sociologia della pena**. Seconda edizione. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 1996, p. 84-85.

de substratos materiais. Assim, em um modelo político democraticamente imperfeito, o atendimento a expectativas normativas demandadas socialmente poderiam requerer atuações penais do Estado onde elas não são necessárias. Essa inversão do processo, já que o Direito Penal não estaria reforçando, na sociedade, um princípio ético de ordem normativa, mas atendendo a uma demanda moralizante pela criação de norma penal, poderia, ao fim e ao cabo, violar direitos fundamentais (como acontece, atualmente, com a pretensão de redução da maioria penal ou, ainda, a sempre temerária demanda pela pena de morte). De qualquer forma é notório o apoio a essas propostas, construídas dentro da teoria sistêmica luhmanniana, entre os países centrais “onde o poder gerou um nível mínimo de bem-estar e no qual a pena de prisão parece recair – salvo em poucos países –, cada vez mais, sobre minorias étnicas”⁷²⁷.

(c). Com foco no indivíduo, a prevenção especial também assume uma perspectiva positiva e outra negativa. Segundo a pretensão da prevenção especial positiva, o agente criminoso comete o crime porque sofre uma espécie de déficit, seja ele econômico, intelectual, cultural ou mesmo ético, o que demanda um processo de reintegração social⁷²⁸. Com matriz na Escola Positiva do Direito Penal, especialmente atuante durante o século XIX, primeiro a partir de um modelo moral (especialmente religioso) e, depois, de um modelo médico-policial, a proposta preventiva especial positiva se identifica com a necessidade de recomposição social terapêutica do criminoso⁷²⁹.

A pena se compõe de uma expiação coligada às “ideologias re⁷³⁰” (ressocialização, reincorporação, repersonalização etc.) que pressupõem a internação em estabelecimentos dessocializantes em tese capazes de preparar o indivíduo para o convívio na sociedade. A pena seria levada a cabo através do trabalho de um pequeno exército de especialistas (médicos, psicólogos, assistentes sociais, agentes penitenciários, pedagogos etc.)

⁷²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 88.

⁷²⁸ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 10

⁷²⁹ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 125.

⁷³⁰ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 126.

responsáveis pela ortopedia moral do criminalizado segundo a lógica do *punitur, ne peccetur*⁷³¹.

Essa proposta, como se pode imaginar, sempre despertou forte crítica filosófica, pois tenta conciliar o inconciliável: a necessidade de justiça e a vontade a auxílio social⁷³², e, assim, foi atacada porque “iliberal ao repropor a confusão entre ética e direito; ou seja, [atacada] porque impraticável em uma sociedade pluralista e conflitual; em outras palavras, temível, porque capaz de invocar fantasmas orwellianos”⁷³³. FOUCAULT, especialmente, foi capaz de desmistificar o tema da recomposição do indivíduo pela pedagogia da alma⁷³⁴.

Para além de submeter o condenado ao controle do Estado pelo tempo indeterminado necessário à “correção” (o que demandou seu casamento conflituoso com perspectivas retributivas⁷³⁵), a prevenção geral positiva tampouco produziu prova alguma de sua capacidade de reduzir a criminalidade. Mormente em países subdesenvolvidos, onde o sistema carcerário não passou pela necessária evolução pós-medieval, atingir a recomposição do cidadão criminalizado é uma quimera, embora insista, o atual modelo penitenciário (e provavelmente apenas ele), que essa utopia é efetivamente possível.

(d). Na prevenção especial negativa, o foco essencial é a neutralização do criminoso. Como “um mal para a pessoa, *que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social*”⁷³⁶, é certamente o fim da pena mais facilmente executável porquanto a eliminação, a incapacitação ou a exclusão física do criminoso é proposta atingível segundo diversos meios que dependem apenas da criatividade do poder público⁷³⁷ (transitando da pena capital ao mero controle eletrônico do condenado, passando pelas perigosas propostas da castração química de condenados sexuais, que remontam à antiga lobotomia dos criminosos). A pretensão da pena, portanto, é evitar que o criminoso volte a delinquir pela sua incapacitação, sem se preocupar com a sua reintegração social.

⁷³¹ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 457.

⁷³² GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 10.

⁷³³ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 10 (tradução livre).

⁷³⁴ Nesse sentido, especialmente: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. Décima nona edição. Petrópolis: Vozes, 1997.

⁷³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Volume I. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 90.

⁷³⁶ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 127.

⁷³⁷ Veja-se o espirituoso texto “O Cardápio da Morte”, de BATISTA. BATISTA, Nilo. O Cardápio da Morte. In: BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos: Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 20-33.

Embora tal fim para a pena seja justificável em um modelo de defesa social limítrofe e normalmente defendido quando aplicado em conjunto com outras propostas, como a prevenção individual positiva, por exemplo, essa fundamentação, isolada, não se sustenta atualmente. A crítica evidente é que uma proposta desta magnitude à pena não se coaduna, do ponto de vista ético-político, com um sistema liberal e democrático⁷³⁸. Afinal, essa “pena fundamentalista”⁷³⁹ causa certa e clara a violação ao princípio da humanidade das penas, um dos sustentáculos da própria dignidade da pessoa humana. Ademais, estudos criminológicos têm demonstrado que o afastamento social do condenado, normalmente em estabelecimentos prisionais, tem efeitos muito mais nefastos à sociedade (aumento da drogadição, construção de carreiras criminais, estigmatização social etc.)⁷⁴⁰ do que qualquer vantagem que aparente oferecer.

iii. As propostas unificadoras

Como é indicado pelo próprio nome da proposta, a pena assume, nesse caso, diversos matizes: é ao mesmo tempo preventiva e retributiva, adotando caracteres positivos e negativos da primeira espécie, normalmente se vinculando às características da segunda como limitação do poder de punir do Estado.

É, sem dúvida, a proposta que mais ressoa na experiência penalística contemporânea. Com efeito, tanto o sistema da *common law* como o sistema da *civil law* adotam teorias mistas da pena, ora com maior apego a alguma proposta preventiva, ora vinculando-se a outra. Na proposta dos mais importantes autores do funcionalismo alemão, ROXIN⁷⁴¹ e JAKOBS⁷⁴², as teorias ecléticas são a resposta, coligando a pretensão utilitarista da prevenção positiva (mais radical em JAKOBS, mais democrática em ROXIN) à limitação pela culpabilidade que lhe garante a retribuição.

Como é de se esperar, tais modelos têm as vantagens de todas as opções que adotam, mas também padecem dos defeitos em conjunto. Ademais, constituem-se em forte argumento retórico, pois o poder público se pode aferrar a uma ou outra proposta conforme

⁷³⁸ INSOLERA, G.; MAZZACUVA, N.; PAVARINI, M.; ZANOTTI, M. (a cura di). **Introduzione al Sistema Penale**. Volume I. Terza edizione. Torino: Giappichelli Editore, 2006, p. 359.

⁷³⁹ PAVARINI, Massimo. Della penologia fundamentalista. In: **Iride**, Anno XIV, n. 32 (gennaio-aprile, 2001), p. 87-102. Bologna: Il Mulino, 2001.

⁷⁴⁰ HAGAN, John; RYMOND-RICHMOND, Wenona. **Darfur and the Crime of Genocide**. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 197.

⁷⁴¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1997, p. 103.

⁷⁴² JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal – Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 34-37.

mais conveniente lhe seja. De qualquer forma, no moderno penalismo cada uma das fases da dinâmica da repressão penal “especializa-se” em algum dos fins indicados pelas teorias em especial: enquanto na cominação das penas, o que se pretende é a prevenção negativa, na aplicação busca-se a retribuição e a prevenção geral positiva e, finalmente, na execução se pretende a prevenção especial positiva⁷⁴³.

O resultado é uma proposta de pena que não tem objetivo claro e que transita entre diversas escusas tanto quanto os ventos políticos indicam ou demandam. Os riscos ao modelo democrático e aos direitos humanos ficam claros, pois a instrumentalização do criminoso é a regra.

2.1.2. Outras propostas para a pena: teorias críticas e o utilitarismo contemporâneo

i. a crise do sistema penal e das teorias da pena

Reconhecida a crise do sistema penal e os conflitos sociais que movem o mundo, diversas teorias críticas passaram a discutir a questão da pena. Nesse sentido, o giro criminológico se dá especialmente a partir da proposta sociológica de Émile DURKHEIM, depois desenvolvida por Robert MERTON⁷⁴⁴. Partindo da ideia de que o crime não decorre de fenômenos biológicos ou naturais ou mesmo de situações de anormalidade social, mas é um fenômeno social normal de *devianza* das regras sociais que apenas depois de ultrapassar certos limites e em certas condições (a “anomia”) se torna efetivamente danoso, passa-se a compreender a condição social que caracteriza a criminalidade e, portanto, abre-se novo plano importante de estudos sobre a temática.

A partir desse ponto, as teorias marxistas também vão se lançar sobre o Direito Penal e serão capazes de descortiná-lo como elemento de controle, passando a nele reconhecer um signo da luta de classes. Novas temáticas como a “criminalidade do colarinho branco”, de SUTHERLAND, abrem outros caminhos para a Criminologia e são capazes de identificar um oceano de temas para o Direito Penal. As teorias penais, a partir de então, jamais conseguiriam ignorar as visões críticas sobre seu objeto e atualmente a questão é profusamente estudada no próprio Direito Penal. Aliada às novas propostas teóricas, a falha evidente do Direito Penal no controle da criminalidade e, especialmente, o

⁷⁴³ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 464.

⁷⁴⁴ BARATTA, Alessandro. Introduzione alla Sociologia Giuridico-Penale: Criminologia critica e critica del diritto penale. In: **Dispense del ciclo de lezioni tenute alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna** – marzo-aprile 1980 (compilate con la collaborazione del dottor Gabriele Casella). Bologna: Lorenzini, 1980, p. 61.

reconhecimento da incapacidade da pena na solução dos problemas sociais mais graves vai indicar à ciência penal uma nova proposta, muito mais ampla e profunda. Assim, ao Direito Penal clássico, construído no modelo liberal do Iluminismo, se passa a opor um Direito Penal crítico capaz de identificar, no uso da pena pelo poder constituído, uma outra dimensão de existência⁷⁴⁵.

É assim, partindo do afastamento do modelo etiológico da Criminologia, que se discutem criticamente as propostas da pena, identificando-se-lhes as funções reais (e não apenas declaradas) a que se prestam. Daí a compreensão que a pena serve a outros fins que não apenas a prevenção ou a retribuição, reconhecidos como seus fins “declarados”, o que abriu caminho a outro campo de investigação que identifica o Direito Penal, sobretudo a partir das análises sociológicas e filosóficas da pena, como um modelo de controle e manutenção do *status quo* social.

Como consequência desse processo crítico, instauram-se um sem-número de teorias ditas abolicionistas, todas aquelas que contestam o próprio direito penal na sua essência ou nas suas consequências⁷⁴⁶, normalmente advogando por propostas menos danosas de solução dos mesmos conflitos que o Direito Penal tenta dirimir. Simplificando-se de certa forma exageradamente para os fins do presente trabalho, duas grandes propostas existem nesse sentido: as teorias críticas materialistas/dialéticas da pena criminal e a teoria negativa/agnóstica da pena criminal. Algum comentário sobre as primeiras propostas será feito neste momento, mas da teoria negativa/agnóstica se ocupará adiante.

ii. a resposta crítica materialista/dialética da pena criminal

Segundo a proposta materialista/dialética (de cunho eminentemente marxista e fundada na idéia da luta de classes e de que a pena é, ela mesma, um instrumento de

⁷⁴⁵ Nas palavras de BARATTA, “*considerando i criminali come soggetti aventi caratteristiche bio-psicologiche anormale rispetto agli individui integri e rispettosi della legge, si giustificava l'intervento repressivo o curativo dello Stato in difesa di una maggioranza normale, nei confronti di una minoranza anormale. La mancanza di una adeguata dimensione sociale dell'ingagine (o la mera e acritica giustapposizione di fattori sociali accanto ai presunti fattori biopsicologici) aveva come conseguenza il fatto che la criminologia positivista era costretta a mutuare in modo irriflesso dal diritto la definizione di criminale. In altre parole, l'oggetto dell'indagine eziologica veniva ad essa prescritto dalla legge e dalla dommatica penale*”. BARATTA, Alessandro. Introduzione alla Sociologia Giuridico-Penale: Criminologia critica e critica del diritto penale. In: **Dispense del ciclo de lezioni tenute alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna** – marzo-aprile 1980 (compilate con la collaborazione del dottor Gabriele Casella). Bologna: Lorenzini, 1980, p. 147.

⁷⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 200.

manutenção do *status quo* da burguesia sobre o proletariado) a explicação da pena não se apóia na função de prevenção ou em fundamentações filosóficas ou antropológicas. A pena tem um caráter político que se fundamenta em uma “retribuição equivalente *da pena criminal correspondente aos fundamentos materiais e ideológicos das sociedades fundadas na relação capital/trabalho assalariado, porque existe como ‘forma de equivalência’ jurídica fundada nas relações de produção das sociedades capitalistas contemporâneas*”⁷⁴⁷. Identificando a evolução e os principais autores, SANTOS⁷⁴⁸ apresenta como a partir de PASUKANIS⁷⁴⁹ a visão marxista passa a criticar a pena como instrumento da luta de classes. O processo se inicia com RUSCHE e KIRCHHEIMER⁷⁵⁰, identificando como o controle social se dá dentro da fábrica para aqueles inseridos no mercado de trabalho, e na prisão, para aqueles desempregados, tudo como forma de produção e desconstrução da força de trabalho de acordo com a demanda de mercado. Mais tarde avança com FOUCAULT⁷⁵¹, discutindo amplamente a pena como forma de controle social. Segundo essa crítica, a pena não é considerada pela repressão que provoca, mas, sim, pela sua condição de instrumento político de docilização social do indivíduo para adaptação ao mercado de trabalho. Finalmente, a demonstração de como o sistema penal serve especialmente para o controle social no modelo capitalista com a criação de um capital variável é essencial na obra dos bolonheses MELOSSI e PAVARINI⁷⁵². Ao final, tudo se agrupa na obra de BARATTA⁷⁵³, apontando o resultado como a assim chamada Criminologia Crítica – disciplina que não pode ser ignorada no estudo honesto do Direito Penal.

Como fundamental relação do capitalismo, a representação da igualdade formal se identifica a partir da sanção penal como a retribuição equivalente entre o tempo de liberdade do criminalizado e a prática da conduta reprovada. A principal utilidade do sistema se produz como forma de manutenção da desigualdade social e opressão das classes desfavorecidas, travestido, todavia, das funções tradicionais da pena representadas como a prevenção especial ou geral, positiva ou negativa.

⁷⁴⁷ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 469.

⁷⁴⁸ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 469-471.

⁷⁴⁹ PASUKANIS, Evgeny. **Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

⁷⁵⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and Social Structure**. New Jersey: Transaction Publishers, 2003.

⁷⁵¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. Décima nona edição. Petrópolis: Vozes, 1997.

⁷⁵² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

⁷⁵³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Terceira edição. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Editora Revan, 2002.

Como resultado dessas críticas, compreendeu-se que o sistema da pena legal é ideologicamente injustificável e instaurou-se o “pessimismo penológico”⁷⁵⁴ cujo resultado mais evidente foram as teorias abolicionistas. Segundo o abolicionismo penal, a repressão baseada na pena e realizada pela estrutura punitiva geral é nefasta e dispensável em uma sociedade avançada, pois seu caráter utilitário não se sustenta sobre aspecto algum. Diante das falhas e da seletividade do sistema, é melhor que o instituto da pena sequer exista. Nas palavras de GUAZZALOCA e PAVARINI, “*la pena non può essere un mezzo per risolvere problemi, perché essa stessa è un problema sociale*”⁷⁵⁵.

Mas o abolicionismo – que propõe formas alternativas de solução de conflitos sociais diferentes da pena – é também ele criticado. Afinal, pretende se livrar do sistema de Direito Penal baseado na noção de pena e, assim, justamente, deixa indefesa parcela da população para a qual a sanção penal é a única forma de proteção de seus interesses. Afinal, o próprio *ius puniendi* do Estado surge a partir da apropriação do direito de violência privada na sociedade que, como se sabe, era exercido pelos mais fortes contra os mais fracos. A substituição do indivíduo mais forte pelo Estado é capaz de construir alguns limites e regras (legalidade, culpabilidade, humanidade) dentro dos quais é possível a aplicação de uma pena legítima e eficaz.

Ao regular, limitar e controlar o poder punitivo, o Direito Penal deixa claras as consequências do crime e, ao menos, garante as partes envolvidas no conflito social. Nessa medida, se se pretender substituir o Direito Penal por conta de suas deficiências e características de controle, é necessário que se apresente uma proposta melhor do que ele – ou que, ao menos, garanta o cidadão em uma medida mínima. Esse não é exatamente o forte das teorias críticas, que se manifestam sobretudo no sentido da desconstrução, sem, em geral, indicarem-se propostas construtivas que se tornem aptas à garantia da coexistência.

iii. o novo paradigma da justiça restaurativa: ainda novas funções ao Direito Penal

⁷⁵⁴ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 20.

⁷⁵⁵ GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 21.

Falida a busca pelo fundamento da pena, especialmente a partir das teorias críticas, passa-se a tentar localizar novas formas de justificação da expansão do controle social. Uma das mais celebradas propostas é aquela da justiça restaurativa.

Surgida dentro do modelo penitenciário em meados dos anos setenta e transportada para o plano penal⁷⁵⁶, compôs-se como forma de legitimar um combalido Direito Penal que padecia das críticas da Criminologia. Sua proposta fundamental, que substitui a violência da pena pela ternura da composição, implica uma reconstrução simpática da justiça penal que pretende a reestruturação social pela reconsideração mútua do passado entre autor e vítima.

Exercida através de processos de conciliação (composição pelas partes) ou de mediação (composição mediada por um terceiro), a justiça restaurativa apresenta-se como um discurso efetivamente muito sedutor que é comumente adjetivada como “*informale, dolce, intelligibile, semplice, mite, di prossimità*”⁷⁵⁷. De fato, na medida em que esse modelo de justiça substitui a repressão direta, é uma proposta menos violenta e não humilhante e capaz de incluir a vítima de forma efetiva no processo penal em um processo que aponta no sentido da valorização da prevenção especial sem a violência da pena. Nas palavras de MAZZUCATO, o Direito Penal da mediação é “*um diritto penale ‘fecondato’ dalla freschezza de dalla serietà di queste pratiche, un diritto penale comunicativo-dialogico, non umiliante, coinvongente in modo diretto e responsabile tutti i protagonisti della vicenda criminale*”⁷⁵⁸.

Importa mencionar, todavia, que a proposta prática da justiça restaurativa não corresponde exatamente ao desenho ideal que dela se faz. A bem da verdade, ela representa um novo modelo de controle social a justificar a expansão do direito penal sobre a sociedade e carrega consigo um número enorme de conflitualidades e problemas que colocam em dúvida a sua efetividade e a apresentam como uma ingênua proposta em vários aspectos.

Em primeiro lugar, a proposta restaurativa pretende substituir um modelo jurisdicional pleno de garantias por uma negociação que *presume* possível a composição de

⁷⁵⁶ PAVARINI, Massimo. *La ‘penitenziarizzazione’ della giustizia penale*. In MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 175.

⁷⁵⁷ PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul Governo della Penalità: Letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizione Martina, 2007, p. 75.

⁷⁵⁸ MAZZUCATO, Claudia. *Mediazione e Giustizia Riparativa in Ambito Penale: Spunti di riflessione tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*. In PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una Giustizia Penale “Conciliativa”: Il Volto Delineato dalla Legge Sulla Competenza Penale del Giudice di Pace** (p. 85-134). Milano: Giuffré, 2002, p. 92.

vontades. Mais do que isso, a justiça restaurativa imagina lidar com partes iguais em capacidade técnica e econômica que, portanto, seriam capazes de negociar adequadamente – ou imagina, ainda, que um terceiro seria capaz de calibrar indiferenças entre as partes. Ora, essa realidade não é senão ideal e poucas vezes pode ser reconhecida no embate de qualquer espécie de processo, mormente em realidades menos favorecidas economicamente como em países do terceiro mundo.

O afastamento da jurisdição penal pela composição também tem problemas essenciais, pois corresponde a um modelo que pretende desafogar o Judiciário pela assunção de que procedimentos velozes de composição são capazes de realizar justiça. Mais do que isso, a agilidade dos procedimentos não permite a construção de corpos eficientes de prova que dêem um mínimo de plausibilidade às versões em conflito no procedimento – em outras palavras, é necessário negociar sem que se saiba exatamente o que se negocia.

A justiça restaurativa, portanto, é campeã na violação de princípios processuais essenciais à jurisdição ao misturar a figura penal com outras propostas mais afeitas à justiça civil. De fato, violam-se os princípios da jurisdicionalidade, da inderrogabilidade do juízo, separação das atividades de julgar e acusar, da presunção de inocência, do contraditório e a fundamentação das decisões judiciais⁷⁵⁹.

Mais do que isso, podem existir momentos em que a negociação seja simplesmente impossível e que, de fato, se compõem de situações problemáticas e conflituais que não admitem uma solução conciliatória⁷⁶⁰ – ou, pior do que isso, onde a proposta restaurativa pode terminar por escamotear necessidades de ordem mais profunda por ignorar a gênese do conflito.

Finalmente, a justiça restaurativa, por pretender resolver os problemas decorrentes de condutas criminosas todos de um só golpe, acaba arrastando para o campo do Direito Penal, pretensões que ao Direito Penal nunca se reservaram. À aplicação da pena (no caso, em tese, pois, falhando a restauração, a pena é sempre a ameaça que constrange o acusado ao acordo) se reconhecem utilidades diversas, especialmente aquela de solucionadora de problemas sociais que mereceriam maior investimento de atenção e recursos por parte do Estado. De fato, pretende-se que esse ramo do Direito seja capaz de solucionar os conflitos

⁷⁵⁹ Nesse sentido, ver LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal** (p. 116-126). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁷⁶⁰ PAVARINI, Massimo. **I Nuovi Confini della Penalità: Introduzione alla sociologia della pena**. Bologna: Edizioni Martina, 1996, p. 108.

sociais, reforçando-se o processo de panpenalização ou de *crescita elefantiaca*⁷⁶¹ do controle penal. Por tudo isso, é uma proposta que, no plano nacional, constituiu uma realidade que vem sendo extremamente criticada⁷⁶².

2.2. A pena internacional em busca de identidade

Por mais que se defenda que a simples transposição das figuras do Direito Penal nacional para o Direito Penal Internacional seja difícil e indesejável, é indubitável que este permanece como uma cópia “deformada e, assim, irreconhecível”⁷⁶³ daquele. De fato, e não se pode ignorar, os dois ramos representam um exercício de poder penal e, nisso, em nada diferem. Daí não ser estranho que, embora o Direito Penal Internacional trate de figuras especialíssimas, nas palavras de DRUMBL, “as suas modalidades de punição, de teoria da aplicação da pena e o processo de determinação da culpa ou da inocência do acusado permanecem decepcionantemente ordinárias”⁷⁶⁴.

De fato, em especial porque desenhada principalmente para ser aplicada pela justiça penal nacional⁷⁶⁵, a Justiça penal internacional não conseguiu dela se distanciar e, assim, desenvolver propostas autônomas de fins da pena melhores do que a retribuição e a prevenção. A jurisprudência dos tribunais internacionais, sobretudo aquela do TPII e do TPIR, “parece apoiar a prevenção e a retribuição como os mais importantes, senão os únicos, fatores de penalização para os crimes internacionais”⁷⁶⁶. Isso, aliás, é expressamente reconhecido em diversos julgados dos dois tribunais das Nações Unidas⁷⁶⁷.

⁷⁶¹ PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul Governo della Penalità: Letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizione Martina, 2007, p. 75.

⁷⁶² Sobre as críticas à justiça restaurativa, por todos, leia-se HARTMANN, Érica. **Processo Penal e Rito Democrático: A simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa**. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2010, especialmente p. 30 e seguintes.

⁷⁶³ PAVARINI, Massimo. La Penal Come ‘Fatto Sociale’ nel Sistema di Giustizia Penale Internazionale. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008 (p. 191-196), p. 191.

⁷⁶⁴ DRUMBL, Mark. Collective Violence and Individual Punishment. In: **Northwestern University Law Review**, vol. 99 (2005), n. 2 (p. 539-611), p. 541 (tradução livre). O autor ainda completa, reiterando a ideia, que os criminosos dessa espécie são punidos da mesma forma que qualquer ladrão de carros (p. 542).

⁷⁶⁵ BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 320.

⁷⁶⁶ JONES, John R. W. D.; POWLES, Steven. **International Criminal Practice**. Third edition. Ardsley/Oxford: Transnational Publishers/Oxford University Press, 2003, p. 771 (tradução livre).

⁷⁶⁷ E. g., *DELALIC et al. case Appeals Judgement*. “...On the contrary, the Appeals Chamber (and Trial Chambers of both the Tribunal and the ICTR) have consistently pointed out that two of the main purposes of sentencing for these crimes are deterrence and retribution”. ICTY. *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka “PAVO”), Hazim Delic and Esad Landžo (aka “ZENGA”)*. Caso n. IT-96-21-A (“*Celebici Camp*”). Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 20 de fevereiro de 2001, parágrafo 806. Veja-se, no

Essa transposição teórica do nacional para o internacional pode produzir problemas. Veja-se que, por exemplo, a prevenção geral no plano nacional não tem os mesmos efeitos da prevenção geral no plano internacional⁷⁶⁸, especialmente porque no direito interno existem instituições (polícia e tribunais, e.g.) que dão aplicabilidade às normas penais, o que falta no plano internacional. Esses problemas se refletem na jurisprudência internacional que, embora faça referência expressa às ideias de prevenção geral, prevenção especial e retribuição, indicam-nas de forma normalmente imprecisa, incompleta e, até, tecnicamente controversa.

É por isso que se torna essencial que essa construção teórica seja levada a cabo com urgência, sob o risco de que as penas aplicadas no futuro se revertam em violações de direitos humanos dos acusados porque desproporcionais ou inadequadas, simplesmente porque não foram devidamente racionalizadas⁷⁶⁹. Justamente por isso, é absolutamente conveniente que se expliquem as razões pelas quais as variadas formas de retribuição e prevenção não parecem produzir os efeitos que se buscam por meio da pena – mormente quando se discute a aplicação da pena no plano internacional.

2.2.1. As dificuldades da retribuição

i – a adoção da retribuição como fim da pena internacional

O retribucionismo, no plano internacional, goza de amplo apoio doutrinário e já se defendeu, mesmo, que seria o primeiro fundamento da repressão universal⁷⁷⁰. Todavia, essa condição não costuma estar expressa no direito positivo internacional, ao contrário do que acontece com a prevenção. Veja-se que nos estatutos dos tribunais penais internacionais até então criados a retribuição não é mencionada diretamente, ainda que

mesmo sentido, o *FURUNDZIJA case Trial Judgement: ICTY. Prosecutor v. Anto Furundzija*. Caso n. IT-95-17/1-T (“Lasva Valley”). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 10 de dezembro de 1998, parágrafo 288.

⁷⁶⁸ BASSIOUNI, M. Chérif. *The Philosophy and Policy of International Criminal Justice*. In: VORAH, L.C.; BOHLANDER, Michael (Eds.). **Man’s Inhumanity to Man**. The Hague: Kluwer Law International, 2003 (p. 65-126), p. 101; BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 320.

⁷⁶⁹ Nas palavras de HENHAM, “*there is common agreement that current international sentencing practice is characterized by tension at the levels of ideology, policy and structure. Failure to rationalize philosophical justifications for international sentencing, the politicization of process and an absence of accountability limit not only the potential for the rational development of sentencing jurisprudence at the international level, but also de constructive engagement with alternative sentencing justifications and paradigms*”. HENHAM, Ralph. *The Philosophical Foundations of International Sentencing*. In: **Journal of International Criminal Justice**, vol. 1 (2003), n.1 (p. 64-83), p. 65.

⁷⁷⁰ BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 681.

possa ser inferida dos textos em geral, o mesmo acontecendo com as resoluções do Conselho de Segurança que antecedem os tribunais da ONU. Da mesma forma, tratados internacionais também a mencionam pouco, ainda que tratem, comumente, da prevenção como seu objetivo⁷⁷¹.

Ao contrário, a jurisprudência internacional deixa evidente que a retribuição é efetivamente uma preocupação dos tribunais internacionais e fundamento para as suas decisões⁷⁷². Partindo de Nuremberg, a retribuição como fundamento da pena foi a regra indiscutível, mas essa postura, que se manteve nos primeiros julgamentos dos tribunais da ONU, aos poucos perde espaço para a prevenção, embora ainda se mantenha vigente nas decisões⁷⁷³. Aliás, apesar das críticas que sofrem as teorias absolutas e embora tenha crescido essa consciência favorável à prevenção, não parece haver um afastamento absoluto da retribuição para a prevenção, pois instada a se manifestar acerca de uma “tendência contemporânea ao afastamento da retribuição”, a Corte de Apelação do TPII negou expressamente essa possibilidade⁷⁷⁴.

Segundo a maior parte da doutrina, não é certamente apenas a retribuição que justifica a intervenção penal internacional, mas é certo que ela é especialmente importante sob três aspectos: (i) como forma de afirmar a desaprovação internacional aos atos cometidos pelos grandes criminosos, (ii) como elemento limitador das penas aplicadas e (iii) como determinante de agravamentos e reduções da pena.

No que toca à primeira função da retribuição, entende-se que a punição com fins de retribuição tem o papel simbólico de redimensionamento do que é certo e do que é errado

⁷⁷¹ Veja-se, por exemplo, a Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948, que, além do título, faz referência à prevenção no seu artigo VIII.

⁷⁷² No TPII, vejam-se: Todorovic Trial Judgement, parágrafos 28 e 29 (ICTY. *Prosecutor v. Stevan Todorovic*. Caso n. IT-95-9/1-S (“*Bosanski Šamac*”). Trial Chamber. **Sentencing Judgement**. Decisão de 31 de julho de 2001); Aleksovski Appeals Judgement, parágrafo 185 (ICTY. *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*. Caso n. IT-95-14/1-A (“*Lasva Valley*”). Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 24 de março de 2000); Kupreskic Trial Judgment, parágrafo 848 (ICTY. *Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic and Vladimir Santic*. Caso n. IT-95-16-T (“*Lasva Valley*”). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 14 de janeiro de 2000); Kordic and Cerkez Trial Judgement, parágrafo 847 (ICTY. *Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez*. Caso n. IT-95-14/2-T (“*Lašva Valley*”). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 26 de fevereiro de 2001); etc. No TPIR, vejam-se: Serushago trial judgement, parágrafo 20 (ICTR. *The Prosecutor v. Serushago*. Caso n. ICTR-98-39-S. Trial Chamber I. **Sentence**. Decisão de 5 de fevereiro de 1999); Kambanda trial judgement, parágrafo 28 (ICTR. *The Prosecutor v. Kambanda*. Caso n. ICTR-97-23-S. Trial Chamber I. **Judgement and Sentence**. Decisão de 4 de setembro de 1998).

⁷⁷³ DRUMBL, Mark. Collective Violence and Individual Punishment. In: **Northwestern University Law Review**, vol. 99 (2005), n. 2 (p. 539-611), p. 560.

⁷⁷⁴ Nesse sentido, veja-se a decisão da *Appeals Chamber* do ICTY no caso *Kunarac*, parágrafo 385: “*The case-law of both this Tribunal and the ICTR is consistent in taking into account the factor of retribution, retribution being “interpreted by the Trialg [sic] Chamber as punishment of an offender for his specific criminal conduct”*. ICTY. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*. Caso n. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (“*Foca*”). Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 12 de junho de 2002.

diante da comunidade internacional⁷⁷⁵. Embora os tribunais entendam evidente a necessidade de afastamento da pretensão de vingança, tendendo a deixar claro que não é essa a proposta da sanção penal, a retribuição seria capaz de expressar o ultraje da comunidade internacional diante de tais crimes, como expresso pelo TPII no caso *Erdemovic*, após reconhecer a necessidade tanto da prevenção quanto da retribuição⁷⁷⁶.

Também se reserva à retribuição uma segunda função, essa coincidente com a clássica limitação da sanção penal. Ora, se a pena é uma retribuição, é, pelo próprio sentido da palavra, uma resposta equivalente. Disso decorrem que não se podem admitir penas exageradas diante de pequenos danos sociais – e assim também têm decidido os tribunais penais internacionais⁷⁷⁷.

Finalmente, a retribuição é usada como instrumento de determinação da pena em aspectos mais práticos, especialmente para definir agravamentos e atenuações⁷⁷⁸. Diante da inexistência de critérios absolutos e claros para definição da pena, a jurisprudência foi obrigada a definir elementos nesse sentido. Se nos tribunais da ONU essa verificação é jurisprudencial, no TPI ela já tem um desenho mais acabado, mas ainda é insuficiente⁷⁷⁹, pois apesar da existência de alguns elementos positivados segundo os quais a pena deve ser aumentada ou diminuída⁷⁸⁰, essa definição ainda dependerá de aproximação com a

⁷⁷⁵ BORNEMAN, John. Reconciliation After Ethnic Cleansing: Listening, Retribution, Affiliation. In: **Public Culture**, 14(2): 281–304, 2002, p. 297.

⁷⁷⁶ Veja-se a decisão da *Trial Chamber* do ICTY no caso *Erdemovic*, parágrafo 64: “*One of the purposes of punishment for a crime against humanity lies precisely in stigmatising criminal conduct which has infringed a value fundamental not merely to a given society, but to humanity as a whole*”. ICTY. *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*. Caso n. IT-96-22-T (“*Pilica Farm*”). *Trial Chamber. Sentencing Judgement*. Decisão de 29 de novembro de 1996.

⁷⁷⁷ Nesse sentido, a decisão da *Appeals Chamber* do ICTY no caso *Aleksovski*, parágrafo 182: “*Consideration of the gravity of the conduct of the accused is normally the starting point for consideration of an appropriate sentence. The practice of the International Tribunal provides no exception. The Statute provides that in imposing sentence the Trial Chambers should take into account such factors as the gravity of the offence. This has been followed by Trial Chambers. Thus, in the Celebici Judgement, the Trial Chamber said that “[t]he most important consideration, which may be regarded as the litmus test for the appropriate sentence, is the gravity of the offence*”. In the *Kupreškic Judgement*, the Trial Chamber stated that “[t]he sentences to be imposed must reflect the inherent gravity of the criminal conduct of the accused. The determination of the gravity of the crime requires a consideration of the particular circumstances of the case, as well as the form and degree of the participation of the accused in the crime”. The *Appeals Chamber endorses these statements*”. ICTY. *Prosecutor v Zlatko Aleksovski*. Caso n. IT-95-14/1-A (“*Lasva Valley*”). *Appeals Chamber. Judgement*. Decisão de 24 de março de 2000.

⁷⁷⁸ DRUMBL, Mark. Collective Violence and Individual Punishment. In: **Northwestern University Law Review**, vol. 99 (2005), n. 2 (p. 539-611), p. 561. Para indicações precisas de como a retribuição é usada na agravação ou redução da pena nos tribunais da ONU e em outros tribunais, uma visita ao referido artigo é essencial, especialmente das páginas 559 a 566.

⁷⁷⁹ BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 331.

⁷⁸⁰ ICC. Rules of Procedure and Evidence, article 145.

experiência nacional dos juízes⁷⁸¹. Aliás, essa é uma clara e perigosa falha da justiça penal internacional: a falta de um método jurídico capaz de guiar as opções do julgador⁷⁸².

ii – as críticas à retribuição internacional

Enfim, é certo que a retribuição, ainda que não tenha apoio normativo no plano internacional, é comumente usada como determinante do fim da pena (normalmente em conjunto com a pretensão de prevenção) e, especial e expressamente, como limitação dela. Resta perguntar quais são os riscos e a utilidade dessa proposta.

Em primeiro lugar, é importante não esquecer que a linha entre retribuição e vingança é muito tênue. É bem certo que os julgados internacionais e a doutrina tendem a confirmar que as duas espécies não se misturam⁷⁸³, mas o uso proposital da expressão “estigmatização” em algumas decisões⁷⁸⁴ deixa em dúvida se é possível evitar essa confusão. De fato, se o “estigma” não é carregado pelo crime em si (que, figura metafísica, não sente o peso da reprovação social), mas, sim, pelo criminoso que o comete, parece claro que um mínimo sentido de vingança social se estabelece na retribuição. Em algumas decisões, inclusive, a retribuição é rechaçada justamente porque se reconhece que ela se aproxima demais da vingança e, assim, se afasta da proposta original desenhada pelas Nações Unidas para os tribunais *ad hoc*⁷⁸⁵.

Não se ignora, evidentemente, que a retribuição seja capaz de produzir um efeito de catarse social importante⁷⁸⁶. Mas essa catarse não é, necessariamente, um efeito positivo da

⁷⁸¹ BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 332.

⁷⁸² BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 588.

⁷⁸³ Conforme a decisão da *Appeals Chamber* do ICTY, no caso *Aleksovski*, parágrafo 185: “An equally important factor is retribution. This is not to be understood as fulfilling a desire for revenge but as duly expressing the outrage of the international community at these crimes. This factor has been widely recognised by Trial Chambers of this International Tribunal as well as Trial Chambers of the International Criminal Tribunal for Rwanda”. ICTY. *Prosecutor v Zlatko Aleksovski*. Caso n. IT-95-14/1-A (“*Lasva Valley*”). Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 24 de março de 2000.

⁷⁸⁴ Como na decisão do ICTY no caso *Erdemovic*, apresentado na nota 773.

⁷⁸⁵ Veja-se a decisão da Trial Chamber do ICTY no caso *Delalic et al.* (16/11/1998), parágrafo 1231: “A consideration of retribution as the only factor in sentencing is likely to be counterproductive and disruptive of the entire purpose of the Security Council, which is the restoration and maintenance of peace in the territory of the former Yugoslavia. Retributive punishment by itself does not bring justice”. ICTY. *Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (aka “PAVO”), Hazim Delic and Esad Landžo (aka “ZENGA”)*. Caso n. IT-96-21 (“*Celebici Camp*”). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 16 de novembro de 1998.

⁷⁸⁶ Segundo BORNEMAN: “A ritual efficacy is thus the measure of the success of nonarbitrary institutions of law that are positioned above individual men and women and as independent of particular social groups. Such legal institutions, if they make good-faith efforts at justice, nurture networks of trust among disparate individuals and between citizens and the state. This trust, in turn, relieves victims, or victimized groups, of

repressão penal, pois a pena não deveria servir para satisfazer sentimentos irracionais tendentes ao alívio social. Afinal, em separada dos fins preventivos, a mera catarse social não se sustenta porque é absolutamente *irracional*. E mesmo que servisse para algo, a demora do processo – especialmente aquele de cunho internacional –, indispensável para uma reconstrução dos fatos minimamente verossímil, implica normalmente uma resposta que vem atrasada e que fica sujeita a complicações de ordem política⁷⁸⁷, de forma que mesmo essa vingança catártica, se ocorrer, será produzida em momento longamente separado dos fatos sociais danosos que lhe deram ensejo.

Ademais, nem mesmo essa vingança catártica, se não fosse criticável pelo espírito acientífico que a movimenta, estaria isenta de outras críticas. No caso dos tribunais da ONU, ainda, a retribuição realizada para os crimes universais assumiu um contexto de manifestação simbólica de hegemonia⁷⁸⁸ que, se tem a vantagem de representar uma resposta universal à questão, tem também o defeito de separar as vítimas diretas do processo de vindicação. Nesse sentido, é uma vingança desencarnada do contexto social em que os danos foram produzidos – até mesmo no plano da argumentação técnica e jurídica, o que é muito sensível no caso do TPIR⁷⁸⁹. A legitimação do julgador, dada por um organismo internacional distante e inatingível, tem cunho universal, bem se sabe, mas também desconstitui o aspecto democrático do processo judicial – justamente o elemento capaz de lhe garantir um efeito eventualmente útil à retribuição.

Outras dificuldades da retribuição penal internacional são de ordem mais prática. A seletividade da justiça penal internacional coloca um problema de igualdade muito sério. Afinal, indiciados pela prática do mesmo crime podem ser processados, julgados e condenados por organismos jurisdicionais diversos, que competem nas esferas nacional e internacional. A adoção de institutos como o *plea bargaining* da *common law* por tribunais internacionais pode permitir que as penas aplicadas por tribunais internacionais fiquem muito abaixo do que aquelas aplicadas pela justiça nacional. Daí uma contradição grave na retribuição e na pena como um todo: o líder e maior criminoso envolvido em um crime

the need to take justice into their own hands—that is, it takes away one of the prime motives for personal or collective revenge”. BORNEMAN, John. Reconciliation After Ethnic Cleansing: Listening, Retribution, Affiliation. In: **Public Culture**, 14(2): 281–304, 2002, p. 298.

⁷⁸⁷ BORNEMAN, John. Reconciliation After Ethnic Cleansing: Listening, Retribution, Affiliation. In: **Public Culture**, 14(2): 281–304, 2002, p. 297.

⁷⁸⁸ HENHAM, Ralph. The Philosophical Foundations of International Sentencing. In: **Journal of International Criminal Justice**, vol. 1 (2003), n.1 (p. 64-83), p. 68.

⁷⁸⁹ HENHAM, Ralph. The Philosophical Foundations of International Sentencing. In: **Journal of International Criminal Justice**, vol. 1 (2003), n.1 (p. 64-83), p. 67-68.

universal poderá ser condenado a uma pena substancialmente menor do que aquele que apenas cumpriu suas ordens, julgado pela justiça nacional⁷⁹⁰.

Essa situação não é teórica, pois se trata de uma discussão importante que teve lugar diante de diversos tribunais penais internacionais. Graves crimes como genocídio e crimes contra a humanidade ficam sujeitos a penas menores do que aquelas aplicadas em muitas jurisdições nacionais. No caso do TPIR essa realidade ficou muito evidente: enquanto a justiça local indicava a pena de morte para os crimes cometidos pelos acusados do genocídio ruandês, o TPIR não aplicava nada além da pena de prisão perpétua e, ainda assim, muito raramente. Dessa forma, líderes do genocídio ficavam sujeitos a penas muito mais leves do que aquelas aplicadas pela *Gacaca* ruandesa a um simples homicídio. A própria prisão (provisória ou definitiva) dos condenados nos dois modelos é em si um problema à partes, pois os condenados pelo TPIR ficam em condições muito melhores do que os condenados na própria Ruanda. DRUMBL⁷⁹¹ apresenta uma curiosa situação exemplificativa: muitos dos acusados e condenados pelos crimes graves na Ruanda são portadores do vírus HIV. Na condição de processados e condenados, têm direito a um excelente tratamento médico e a medicamentos de ponta. As suas vítimas, em grande número, também portadoras do vírus HIV (algumas, inclusive, infectadas pela prática dos crimes que são julgados pelo TPIR), não têm, nem de longe, a mesma sorte.

Finalmente é de se perguntar se é possível retribuir sinalagmaticamente, por exemplo, um genocídio⁷⁹². Ora, se a resposta penal deve ser dada de forma proporcional ao mal causado, a pena consubstanciada em uma prisão – mesmo a prisão à perpetuidade, ainda que não violasse a dignidade da pessoa humana – seria inadequada à reprovação da conduta⁷⁹³.

⁷⁹⁰ DRUMBL, Mark A. **Atrocity, Punishment and International Law**. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 150.

⁷⁹¹ DRUMBL, Mark. Collective Violence and Individual Punishment. In **Northwestern University Law Review**, vol. 99 (2005), n. 2 (p. 539-611), p. 578-579.

⁷⁹² Nas palavras de PAVARINI, comentando a obra de DONINI e fazendo referência a FOULCAULT: “*Come possono mai essere retribuiti per equivalente quegli estremi delitti? Quale la pena “giusta”, perché proporzionata per equivalenti, al crimine del genocidio? Un paradosso però alquanto rilevatore di una concezione premoderna della pena giusta. Che i delitti estremi alla fine non possano essere mai retribuiti in senso etico è una vecchia questione, la medesima che portò in epoca premoderna ad aggravare con ulteriori sofferenze l’estremo supplizio. (rinvio alla descrizione foucaultiana del supplizio di Damiens nelle prime pagine di Sorvegliare e punire)*”. PAVARINI, Massimo. **Un Diritto Penale Senza Stato**. Conferência junto à Universidade de Bologna para apresentação da obra “Introduzione al diritto penale internazionale”, de Amati-Caccamo-Costi-Fronza-Vallini (Giuffrè, Milano, 2006). Em 12 de março de 2007.

⁷⁹³ Sobre o tema, ver: DONINI, Massimo. La Condanna a Morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul Divieto di Pena Capitale e sulla ‘Necessaria Sproporzione’ della Pena nelle Gross Violations. In **Diritti Umani e Diritto Internazionale**, n. 1, 2007 (p. 343-367).

Por conta disso tudo, e especialmente porque pouco se evoluiu da sua configuração pré-moderna⁷⁹⁴, causa certo desconforto a adoção do critério da retribuição como fim da pena internacional. Como exposto anteriormente, a retribuição se confunde com a origem do Direito Penal contemporâneo e passa por um grande número de críticas da doutrina criminológica especializada. Como fim em si mesmo, isola-se da própria construção jurídica e se esgota independentemente de qualquer vantagem que possa trazer. Embora sirva como limitação à pena, não se sustenta do ponto de vista científico, porque se baseia na idéia de que a pena é resultado da escolha livre do homem (o “livre arbítrio”) que é, como se sabe, indemonstrável⁷⁹⁵.

A manutenção de uma pretensão retributiva nas sentenças internacionais, porque vinculada a uma pretensão de vingança, como já ocorre no plano nacional, pode levar a uma “cultura da condenação”⁷⁹⁶ que segue em detrimento evidente da garantia e proteção dos direitos humanos. Todavia, também é certo que isso parece inevitável. Como será apresentado adiante, essa tendência à vingança como instrumento simbólico parece ser uma condição inevitável no processo de penalização em qualquer plano.

2.2.2. As dificuldades da prevenção

i – a adoção da prevenção como fim da justiça penal internacional

Historicamente, essa sempre foi uma pretensão oficial buscada pela repressão criminal internacional, o que persiste nos dias de hoje. Embora nas primeiras experiências do Direito Penal Internacional houvesse principalmente a vontade de retribuição, é certo que aos poucos – especialmente com o reconhecimento dos danos provocados pela violência em larga escala e pelas críticas que sempre foram lançadas contra as teorias absolutas da pena – a vontade de prevenção de crimes teve seu lugar garantido. A

⁷⁹⁴ PAVARINI, Massimo. La Penal Come ‘Fatto Sociale’ nel Sistema di Giustizia Penale Internazionale. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008 (p. 191-196), p. 194.

⁷⁹⁵ Daí as importantes críticas de ALIMENA, lançadas ainda no início do século passado: “*Poi, il far convergere la penaltà verso il fine mitico della retribuzione trasforma, inutilmente, la funzione umana in una funzione trascendentale, impiglia, subito, la genesi del diritto punitivo in complicatissime questioni etiche e teologiche, viene a fondarsi su di una inconcepibile espiazione coatta, mentre la stessa teologia cattolica non parla che di espiazione spontanea – quella del purgatorio –, e chiama la pena dello inferno, invece, non altro che vendetta e ira di Dio*”. ALIMENA, Bernardino. **Note Filosofiche d’um Criminalista**. Modena: A.F. Formiggini, 1911, p. 07.

⁷⁹⁶ HENHAM, Ralph. The Philosophical Foundations of International Sentencing. In: **Journal of International Criminal Justice**, vol. 1 (2003), n.1 (p. 64-83), p. 72.

Convenção para a *Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*, de 1948, tem no seu nome essa realidade. A pretensão de prevenção também está impressa nas Resoluções do Conselho de Segurança que criaram os Tribunais da ONU⁷⁹⁷ e vem repetida nos Estatutos dos tribunais penais internacionais: *e.g.* o Preâmbulo do Estatuto de Roma, criador do TPI, refere expressamente a prevenção de crimes como foco principal⁷⁹⁸.

Boa parte dos penalistas internacionais, igualmente, aponta esse como o principal foco da justiça penal internacional, como se vê na vasta produção bibliográfica de autores como CASSESE e BASSIOUNI, os dois maiores representantes da disciplina. Enquanto o primeiro entende que as regras de Direito Penal Internacional têm um importante papel preventivo de evitação de condutas criminais que podem criar risco de grandes danos⁷⁹⁹, o segundo também reconhece a importância da prevenção da vitimização⁸⁰⁰, ainda que prestigie a retribuição como principal fim da justiça penal internacional, desde que coligada à ideia de prevenção⁸⁰¹.

A jurisprudência internacional não destoa dessa argumentação, pois segue unânime no sentido de sempre apontar a prevenção de novos fatos no futuro como objetivo da

⁷⁹⁷ A Resolução n. 827, de 25/05/1993, do Conselho de Segurança das Nações Unidas menciona, expressamente, que “...*Believing that the establishment of an international tribunal and the prosecution of persons responsible for the above-mentioned violations of international humanitarian law will contribute to ensuring that such violations are halted and effectively redressed*” (UN. **Security Council Resolution n. 827** (1993). Resolução de 25 de maio de 1993. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement>>, visitada em 17/11/2012, grifos no original). A Resolução n. 955, de 08/11/2004, do Conselho de Segurança das Nações Unidas menciona, quase nos mesmos termos, que: “...*Believing that the establishment of an international tribunal for the prosecution of persons responsible for genocide and the other above-mentioned violations of international humanitarian law will contribute to ensuring that such violations are halted and effectively redressed*” (UN. **Security Council Resolution n. 955** (1994). Resolução de 08 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement>>, visitada em 17/11/2012, grifos no original).

⁷⁹⁸ Do Estatuto de Roma, no seu preâmbulo: “**Determined to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes**” (grifos no original). ICC. **International Criminal Court Statute**. Versão atualizada do texto aprovado em 17 de julho de 1998. United Nations Treaty Series, v. 2187, n. 38544. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁷⁹⁹ Segundo CASSESE: “*The rationale behind this legal regulation is that – as in this area criminal conduct is normally of great magnitude and seriously offends against fundamental values – international humanitarian and criminal rules aim not only at protecting persons as far as possible from unlawful conduct, but also at criminalizing any actions that may carry a serious risk of causing grave harm, that is those rules also have a preventative role*”. CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 22.

⁸⁰⁰ BASSIOUNI, M. Chérif. Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability. In: **Law and Contemporary Problems** (1996), vol. 59, n. 4 (p. 09-28), p. 18 e seg.

⁸⁰¹ BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 696.

sanção penal⁸⁰². Seja porque a punição seria capaz de evitar que outros indivíduos cometessem crimes similares no futuro, seja porque ela impediria que o próprio criminoso voltasse a cometer novos crimes, a prevenção é efetivamente entendida como um importante fim da pena.

(a). Embora não haja menção expressa da prevenção especial nos documentos normativos internacionais sobre Direito Penal Internacional, a jurisprudência internacional garantiu seu espaço nas suas formas negativa e positiva, ainda que esse escopo não seja nem de longe o principal efeito de uma pena internacional.

Não é, efetivamente, de se estranhar tal posição. O asseguramento do apenado por um crime internacional é raramente – se alguma vez o foi – necessário. As formas de prática dos crimes de genocídio, dos crimes de guerra ou dos crimes contra a humanidade, e especialmente a seletividade que vigora no plano internacional de aplicação de penas, indicam que ao ser julgado pelos crimes que cometeu, e eventualmente condenado, já não há espaço em geral para que o acusado cometa novos crimes da mesma espécie. Condições políticas e militares impediriam essa ocorrência. Por isso, não existe sentido em se defender que a prevenção especial negativa possa ser um dos objetivos da justiça penal internacional⁸⁰³.

Todavia, *a contrario sensu* há posicionamento doutrinário dedicando à prevenção especial negativa um importante papel quando se trata de impedir a vida política do acusado – a que se chama de “incapacitação política”. Como é lembrado por STAHN, os indiciamentos dos acusados Mladic e Karadzic pelo TPII em 1995 impediram-lhes a vida

⁸⁰² Assim reconhecido pela *Appeals Chamber* do TPII no *TADIC case*, parágrafo 48 (ICTY. *Prosecutor v. Dusko Tadic aka "DULE"*. Caso n. IT-94-1-A e IT-94-1-Abis. Appeals Chamber. **Judgement in Sentencing Appeals**. Decisão de 26 de janeiro de 2000). A importância da *deterrence* é onipresente nas decisões do TPII, havendo debate apenas quanto aos seus efeitos. Nesse sentido, vejam-se: *Aleksovski case*, parágrafo 185 (ICTY. *Prosecutor v Zlatko Aleksovski*. Caso n. IT-95-14/1-A. Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 24 de março de 2000); *Kupreskic case*, parágrafo 848 (ICTY. *Prosecutor v Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic and Vladimir Santic*. Caso n. IT-95-16-T. Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 14 de janeiro de 2000); *Delalic case*, parágrafo 806 (ICTY. *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, aka "PAVO", Hazim Delic and Esad Landžo, aka "ZENGA"*. Caso n. IT-96-21-A. Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 20 de fevereiro de 2001).

⁸⁰³ Assim a decisão da Trial Chamber no caso KUNARAC, junto ao TPII, parágrafo 843: “*Unless it can be shown that a particular convicted person has the propensity to commit violations of international humanitarian law, or, possibly, crimes relevant to such violations, such as “hate” crimes or discriminatory crimes, it may not be fair and reasonable to use protection of society, or preventive detention, as a general sentencing factor. Violations of international humanitarian law, by their very nature, can be committed only in certain contexts which may not arise again in the society where the convicted person, once released, may eventually settle*”. ICTY. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*. Caso n. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (“*Foca*”). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 22 de fevereiro de 2001.

pública e, assim, teriam deslegitimado as ideologias políticas e evitado que posicionamentos políticos que dão origem a crimes universais pudessem perpetuar⁸⁰⁴.

Além da óbvia crítica inerente aos riscos que uma proposta penal como essa pode revelar, é importante lembrar que, embora se trate de um efeito que pode ser bem-vindo como consequência de uma condenação criminal, é certo que a

punição deve ser justificada como uma resposta apropriada ao crime, não como um conveniente mecanismo para promoção de ‘mudança de regime’. Não é por acaso que o uso de sanções penais para a deposição de inimigos políticos é historicamente associada com violentos regimes autoritários, nenhum dos quais se constitui como um modelo de poder desejável que a comunidade internacional deva procurar imitar.⁸⁰⁵

Por outro lado, a prevenção especial positiva, desenhada para o processo de ressocialização do apenado, é timidamente admitida como fim da pena na jurisprudência do TPII. É de se notar que os criminosos responsáveis pelos crimes universais são normalmente pessoas extremamente respeitáveis na sociedade (onde normalmente ocupam posições de destaque) e, assim, são perfeitamente capazes de conviver socialmente⁸⁰⁶. Por causa disso, provavelmente, justifica-se a posição conflituosa da jurisprudência internacional nessa temática. Veja-se que o TPII já reconheceu que a reabilitação é um fim importante e que deve ser considerado quando da elaboração da sentença, especialmente tomando-se em conta a idade do apenado⁸⁰⁷. Em outras decisões, todavia, embora considerando que a reabilitação do apenado é importante em um sistema penal harmônico para com os direitos humanos, o TPII entendeu que a especificidade dos julgamentos de tribunais internacionais indica que não se deve dar muito peso à prevenção especial

⁸⁰⁴ STAHN, Carstens. The Future of International Criminal Justice. In: **The Hague Justice Portal**, The Hague, 09 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=11106>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁸⁰⁵ “*Punishment must be justified as an appropriate response to crime, not as a convenient mechanism for promoting ‘regime change’.* It is no accident that the use of penal sanctions to dispose of political enemies is associated historically with ruthlessly authoritarian regimes, none of which constitute desirable role-models for the international community to seek to emulate”. ROBERTS, Paul; CARVER, Lucy. **Penal Law and Global Justice**. Draft Paper for Association for Legal and Social Philosophy Conference on *Global Justice*, University of Nottingham Centre for the Study of Social and Global Justice, 27-29 March 2008. No prelo. Citação autorizada pelos autores.

⁸⁰⁶ OSIEL, Mark J. Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity. In: **Human Rights Quarterly**, (2000) v. 22 (p. 118-147), p. 129-130.

⁸⁰⁷ “*Finally, none of the above should be taken to detract from the Trial Chamber's support for rehabilitative programmes in which the accused may participate while serving his sentence; the Trial Chamber is especially mindful of the age of the accused in this case*”. ICTY Prosecutor v. Anto Furundzija. Caso n. IT-95-17/1-T (“Lasva Valley”). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 10 de dezembro de 1998, parágrafo. 291.

positiva⁸⁰⁸. Além disso, já decidiu, também, que esse não é um fim digno de ser perseguido, na medida em que a prisão, em si, não teria capacidade para reabilitar alguém⁸⁰⁹.

(b). A prevenção geral é certamente o fim mais importante da pena internacional, seja na sua forma negativa – a que se costuma referir como *deterrence*, ou seja, a evitação de novos crimes pela comunidade em geral pela demonstração da aplicação da pena no criminoso – quanto na sua versão positiva, consubstanciada na pretensão de criar uma consciência internacional em favor da proteção dos valores expressos nos direitos humanos e no Direito Humanitário Internacional. Umbilicalmente ligadas, as duas espécies apresentam diferenças sutis e se amoldam a modelos intrinsecamente diferentes.

A doutrina internacional reconhece a prevenção geral negativa como o fim essencial da pena internacional⁸¹⁰, indicando que:

[responsabilização] pode sinalizar para os futuros violadores de direitos humanos que suas ações não serão simplesmente esquecidas por algum compromisso político. A exata forma de responsabilização é menos importante do que a existência de um processo para estigmatizar o agente, auxiliar a vítima, informar a sociedade e garantir que ajustes políticos e transições dêem conta dos abusos dos direitos humanos.⁸¹¹

⁸⁰⁸ “806. *The cases which come before the Tribunal differ in many respects from those which ordinarily come before national jurisdictions, primarily because of the serious nature of the crimes being prosecuted, that is “serious violations of international humanitarian law”. Although both national jurisdictions and certain international and regional human rights instruments provide that rehabilitation should be one of the primary concerns for a court in sentencing, this cannot play a predominant role in the decision-making process of a Trial Chamber of the Tribunal. (...) Accordingly, although rehabilitation (in accordance with international human rights standards) should be considered as a relevant factor, it is not one which should be given undue weight*”. ICTY. *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka “PAVO”), Hazim Delic and Esad Landžo (aka “ZENGA”)*. Caso n. IT-96-21-A (“*Celebici Camp*”). Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 20 de fevereiro de 2001, parágrafo 806.

⁸⁰⁹ “*Experience the world over has shown that it is a controversial proposition that imprisonment alone – which is the only penalty that a Trial Chamber may impose – can have a rehabilitative effect on a convicted person. The Trial Chamber is therefore not convinced that rehabilitation is a significant relevant sentencing objective in this jurisdiction*”. ICTY. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*. Caso n. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (“*Foca*”). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 22 de fevereiro de 2001, parágrafo 844.

⁸¹⁰ JONES, John R. W. D.; POWLES, Steven. **International Criminal Practice**. Third edition. Ardsley/Oxford: Transnational Publishers/Oxford University Press, 2003, p. 774.

⁸¹¹ “[accountability] can signal to future violators of human rights that their actions will not simply be forgotten in some political compromise. The exact form of accountability is less important than the existence of some process for stigmatizing the offender, aiding the victim, informing the society, and ensuring that political settlements and transitions take account of human rights abuses”, embora os mesmos autores reconheçam, em seguida, que “*accountability alone is no deterrent to future atrocities*”. RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason. **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 336.

A jurisprudência dos tribunais internacionais não destoava desse sentido da doutrina. Partindo das determinações do próprio Conselho de Segurança⁸¹², o principal objetivo da repressão penal é a prevenção geral negativa pela indicação e afirmação de que a comunidade internacional não mais tolerará os crimes graves de competência das cortes⁸¹³.

A pretensão de *deterrence* como limite da pena, todavia, enseja debate e não existe posicionamento claro dos tribunais sobre a questão. De fato, quando confrontado com a noção de que a *deterrence* não produziu os efeitos esperados, e por isso não poderia servir de fim da pena (apesar do processamento de diversos criminosos de guerra da Iugoslávia por atos cometidos no início da década de noventa, outros crimes similares ocorreram na região do Kosovo no final da mesma década indicando o insucesso da proposta), o TPI decidiu apenas dando conta do peso variável da *deterrence* em cada caso⁸¹⁴.

No que toca à prevenção geral positiva, sua presença na aplicação da justiça penal internacional é quase intrínseca. Como resultado da evolução das experiências surgidas na Segunda Guerra Mundial, um corpo de valores a serem preservados cristalizou-se e daria ensejo à pena internacional, justificando-a. Ao que tudo indica, a falha das demais propostas justificadoras da pena (retributivas ou preventivas) bem como um caminhar do Direito Penal europeu para um funcionalismo da disciplina parecem ter dado bases para o prestígio dessa proposta: menos pela evitação de novos crimes no futuro e mais pelo reforço dos valores internacionais do fim do século é que a pena se justifica.

Segundo BASSIOUNI, esses valores estariam expressos na doutrina do *jus cogens* e nos crimes dele decorrentes, que implicariam a necessidade de repressão na medida em que tais condutas são aceitas universalmente como perniciosas⁸¹⁵. AMBOS reconhece essa realidade, indicando que a aplicação da pena internacional

⁸¹² ICTY. *Prosecutor v. Dusko Tadic aka "DULE"*. Caso n. IT-94-1 ("Prijedor"). Appeals Chamber. **Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction**. Decisão de 02 de outubro de 1995, parágrafo 72.

⁸¹³ "Deterrence is probably the most important factor in the assessment of appropriate sentences for violations of international humanitarian law. Apart from the fact that the accused should be sufficiently deterred by appropriate sentence from ever contemplating taking part in such crimes again, persons in similar situations in the future should similarly be deterred from resorting to such crimes. (...) Punishment of high-ranking political officials and military officers will demonstrate that such officers cannot flout the designs and injunctions of the international community with impunity". ICTY. *Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (aka "PAVO"), Hazim Delic and Esad Landžo (aka "ZENGA")*. Caso n. IT-96-21 ("Celebici Camp"). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 16 de novembro de 1998, parágrafo 1234.

⁸¹⁴ ICTY. *Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (aka "PAVO"), Hazim Delic and Esad Landžo (aka "ZENGA")*. Caso n. IT-96-21-A ("Celebici Camp"). Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 20 de fevereiro de 2001, parágrafos 799-806.

⁸¹⁵ BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 698-704.

é considerada como necessária para a restauração da confiança pública na integridade da administração da justiça penal. Esse raciocínio pode ser interpretado como expressão de uma certa proximidade da teoria da prevenção integradora, desde o momento em que tanto esses crimes como seus autores específicos estão situados em um contexto mais amplo da luta internacional contra a impunidade e da busca da justiça e da paz para a comunidade mundial considerada como um todo.⁸¹⁶

À mesma conclusão chega WERLE, reconhecendo que a prevenção geral positiva é efetivamente a função mais importante da justiça penal internacional⁸¹⁷. Ademais, é essencial deixar clara a vantagem que a prevenção geral positiva leva sobre a negativa: enquanto esta se fundamenta na aplicação da pena como proposta de terror (a ameaça à coletividade) e, portanto, no uso da força certa, aquela, que se fundamenta na validade do sistema legal, depende mais da aplicação de um sistema como um todo e, portanto, na sanção penal limitada por direitos humanos e princípios gerais do direito. Em outras palavras, a prevenção geral positiva tem menor risco de produzir um Estado de polícia no plano internacional. A jurisprudência internacional confirmou esse raciocínio, como se pode ver no caso DELALIC *et al.* do TPII⁸¹⁸.

Nem poderia ser diferente. Se a justiça penal internacional se construiu no sentido de elevar certos princípios importantes à universalização dos direitos humanos e à garantia da paz, isso estaria certamente representado na jurisprudência dos tribunais penais internacionais.

ii – as dificuldades da prevenção

⁸¹⁶ “...considerada como necesaria para la restauración de la confianza pública en la integridad de la administración de justicia penal. Este razonamiento puede ser interpretado como expresión de una cierta proximidad a la teoría de la prevención integradora, desde el momento que, tanto estos crímenes como sus autores específicos, son situados en el contexto más amplio de la lucha internacional contra la impunidad y de la búsqueda de la justicia y la paz para la comunidad mundial considerada como um todo”. AMBOS, Kai; STEINER, Christian. Sobre los Fines de la Pena al Nivel Nacional y Supranacional. In AMBOS, KAI, **Temas de Derecho penal internacional y europeo**, (p. 59-77). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 73.

⁸¹⁷ WERLE, Gerhard. **Principles of International Criminal Law**. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005, p. 31.

⁸¹⁸ “Public confidence in the integrity of the administration of criminal justice (whether international or domestic) is a matter of abiding importance to the survival of the institutions which are responsible for that administration. One of the fundamental elements in any rational and fair system of criminal justice is consistency in punishment. This is an important reflection of the notion of equal justice. The experience of many domestic jurisdictions over the years has been that such public confidence may be eroded if these institutions give an appearance of injustice by permitting substantial inconsistencies in the punishment of different offenders, where the circumstances of the different offences and of the offenders being punished are sufficiently similar that the punishments imposed would, in justice, be expected to be also generally similar”. ICTY. *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka “PAVO”), Hazim Delic and Esad Landžo (aka “ZENGA”)*. Caso n. IT-96-21-A (“*Celebici Camp*”). Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 20 de fevereiro de 2001, parágrafo n. 756.

A prevenção especial enfrenta uma série de dificuldades importantes no plano internacional que potencializam aquelas já existentes na sua versão doméstica. Quando analisada na sua forma negativa, parece evidente que a prevenção especial produz poucos resultados, pois há pouca utilidade em se assegurar um criminoso cujas condutas, dificilmente, dadas suas natureza e condições, voltarão a ser praticadas. Salvo casos limítrofes – especialmente naqueles em que o condenado poderia ser erigido à condição de mártir ou que possa praticar *hate speech* – a prisão do condenado não produzirá asseguração social alguma e, portanto, não terá qualquer efeito prático de ordem preventiva. Mais do que isso, se o asseguração não é definitivo (pela prisão perpétua – rara – ou pela pena de morte – inaplicável), terminada a pena, os riscos de retorno e reiteração dos crimes sempre existem.

Além disso, como neutralização política absoluta do criminoso, trata-se de uma pena fundamentalista que remonta a pretensão da *Bastille* francesa, trazendo à tona as mesmas críticas pelas quais aquela foi derrubada. É uma proposta antidemocrática e correspondente a uma visão medieval do Direito que vê na pena o instrumento adequado de controle social para a evitação de contaminação do corpo social. Também é nociva porque se baseia na crença de que o criminoso irá voltar a delinquir e que o processo penal pelo qual passou, bem como o peso moral da condenação que lhe foi impingida, não é capaz de produzir-lhe qualquer efeito benéfico.

No que toca à prevenção especial positiva, a reeducação do apenado internacional não parece ser possível – e por vários fatores. Primeiro, porque não é necessária, já que os apenados são normalmente figuras distintas na sociedade e, portanto, perfeitamente educados e capazes de discernir o certo do errado. Segundo, não se acredita possível que a pena internacional seja capaz de reeducar. As palavras de PAVARINI deixam isso muito claro: “que os diligentes administradores da solução final da questão judaica pudessem ser socialmente reeducados pareceu, e parece hoje ainda mais, honestamente improvável; melhor (e é mais interessante), isso é absolutamente irrelevante com respeito à função do castigo”⁸¹⁹.

⁸¹⁹ “*Che i diligenti amministratorie della soluzione finale della questione ebraica potessero socialmente essere rieducati sembrò e sembra tuttora ai più onestamente improbabile; meglio (ed è più interessante) assolutamente irrilevante rispetto alla funzione del castigo*”. PAVARINI, Massimo. La Penal Come ‘Fatto Sociale’ nel Sistema di Giustizia Penale Internazionale. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008 (p. 191-196), p. 193.

No que toca à prevenção geral negativa, fundamentada em uma reflexão geral do criminoso diante do fato na condição de análise *custo-benefício* da conduta/pena⁸²⁰, ela tampouco parece produzir os efeitos desejados. Ora, em geral, trata-se de uma espécie de crime em que “seus autores costumam ser fanáticos, não levando em consideração a ameaça da pena ou considerando-a um estímulo”⁸²¹. Segundo KOSKENNIEMI, é por isso que se pode dizer que a crença na *deterrence* carrega consigo algumas implausíveis generalizações psicológicas: nos crimes universais, o acusado não cogita a repressão antes de cometer a conduta ou porque se trata de um crime cuja radicalidade do mal provocado impede a reflexão ou porque o crime é cometido em busca de um bem maior – um programa ideológico, por exemplo – que se desenha como necessário para alguma espécie de bem-estar⁸²². Na medida em que esses crimes são cometidos em condições *especiais* (catástrofes, guerras, conflitos) em que em geral há perigo pessoal de alguma espécie, não se pode esperar que os agentes consigam se comportar heroicamente, e sempre, como o *homo aeconomicus*, sendo capaz de levar em consideração os efeitos da *deterrence* e limitar suas condutas.

Ademais, essa proposta se funda na certeza da punição, pois, para que o efeito *deterrence* funcione é essencial que a sanção seja certa⁸²³ – o que, infelizmente, não é a regra no plano internacional. Mais do que isso, não se pode imaginar que o efeito repressivo provocado por processos internacionais tenha um alcance absoluto. Aqueles criminosos que se encontram dentro de um aparato institucionalizado e que, por isso mesmo, cumprem o “dever criminoso”, não são facilmente alcançados pela *deterrence*⁸²⁴ por absoluta falta de conhecimento dos elementos que caracterizam a repressão criminal internacional. Em segundo lugar, não parece possível acreditar que a informação sobre

⁸²⁰ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 117.

⁸²¹ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 118.

⁸²² KOSKENNIEMI, Martii. Between Impunity and Show Trials. In: KOSKENNIEMI, Martii. **The Politics of International Law** (p. 171-197). Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 176.

⁸²³ Essa condição não é nova, pois BECCARIA já a mencionava no seu clássico raciocínio jurídico-penal: “Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas a infalibilidade delas e, por consequência, a vigilância dos magistrados e aquele severidade de um juiz inexorável que, para ser uma útil virtude, deve estar acompanhada de uma branda legislação. A certeza de um castigo, ainda que moderado, causará sempre uma melhor impressão que o temor de um outro mais terrível, unido à esperança da impunidade”. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Prefácio de René Ariel Dotti. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 83.

⁸²⁴ AMBOS, Kai. **Temas de Derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales S.A., 2006, p. 72.

processamentos internacionais chegue universalmente a todas as pessoas: quando uma gigantesca parte da humanidade não é capaz de ler ou escrever, porque não tem acesso a qualquer educação formal (sem que se esqueça daqueles que têm uma educação seletiva, porque ideologizada), imaginar que a informação sobre processamentos e condenações internacionais seja conhecida e compreendida e, assim, tenha o efeito dissuasório pretendido é um idealismo absolutamente ingênuo que pretende comparar toda a humanidade à bem educada população do primeiro mundo. Aliás, a crença na *deterrence* existe a partir de uma generalização do seu efeito para a pequena criminalidade, e não é possível aferir se esse efeito de prevenção decorre da pena ou da estigmatização social que sofre o criminoso nesses casos (que são coisas evidentemente diferentes – o adúltero, hoje, não mais sofre pena alguma, mas pode ser estigmatizado socialmente em alguns ambientes)⁸²⁵. Assim, não se pode verificar se esse efeito é passível de extensão para crimes mais graves onde a desaprovação social desempenha um papel diferenciado.

Também tem relevo o fato de que essa proposta penal instrumentaliza o próprio indivíduo, pois a pena lhe é aplicada não para si, mas para alcançar outras pessoas que compõem a sociedade, o que revela um grave dilema moral de fundo kantiano⁸²⁶. Essas críticas já foram reconhecidas até mesmo pela própria jurisprudência internacional, como no caso FOCA, junto ao TPII⁸²⁷. Por conta disso, o TPII também decidiu no sentido de que o efeito *deterrence* não pode ser usado como fundamento para a determinação da pena, na medida em que os crimes, por si só, já se compõem de graves condutas⁸²⁸.

Finalmente, a proposta preventiva geral negativa arrisca, também no plano internacional, a aplicação de violência exagerada a alguns poucos indivíduos, em

⁸²⁵ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 118.

⁸²⁶ JONES, John R. W. D.; POWLES, Steven. **International Criminal Practice**. Third edition. Ardsley/Oxford: Transnational Publishers/Oxford University Press, 2003, p. 772.

⁸²⁷ “*Whether the Appeals Chamber considers special or general deterrence or both to be a main general sentencing factor is therefore not entirely clear. Given that uncertainty, this Trial Chamber considers it appropriate to express its view that special deterrence, as a general sentencing factor, is generally of little significance before this jurisdiction. The main reason is that the likelihood of persons convicted here ever again being faced with an opportunity to commit war crimes, crimes against humanity, genocide or grave breaches is so remote as to render its consideration in this way unreasonable and unfair. As to general deterrence, in line with the view of the Appeals Chamber, it is not to be accorded undue prominence in the assessment of an overall sentence to be imposed. The reason is that a sentence should in principle be imposed on an offender for his culpable conduct - it may be unfair to impose a sentence on an offender greater than is appropriate to that conduct solely in the belief that it will deter others*”. ICTY. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*. Caso n. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (“Foca”). Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 12 de junho de 2002, parágrafo 840.

⁸²⁸ JONES, John R. W. D.; POWLES, Steven. **International Criminal Practice**. Third edition. Ardsley/Oxford: Transnational Publishers/Oxford University Press, 2003, p. 774.

desacordo com os princípios defendidos pelos direitos humanos, por conta da pretensão dissuasória. Afinal, se a proposta é de construir na população mundial o terror diante da norma, então é necessário que a sanção seja exemplar e pública, de modo a garantir o vigor do Direito. É por isso que, nas palavras de ZAFFARONI *et al.*, “*as únicas experiências de efeito dissuasivo do poder punitivo passíveis de verificação são os estados de terror, com penas cruéis e indiscriminadas*”⁸²⁹.

Várias dessas críticas também se aplicam à festejada prevenção geral positiva, especialmente a sua inefetividade diante da seletividade da justiça penal internacional. Porque pode descambar para a violência estatal, também a falta de limites na aplicação da pena pode ser um risco para a garantia dos direitos humanos. Além de arriscarem o princípio da lesividade, e porque se fundamentam na valoração das expectativas normativas, as aplicações preventivo-integrativas focam-se na garantia do direito e não na conduta dos acusados. A consequência é uma aplicação jurídica que se descontextualiza da realidade e que existe como conceito metafísico que desgarrado do ontológico.

Nesse sentido, o processo de proteção dos direitos humanos pela repressão penal internacional, com a pretensão de que se construa um *ethos* em torno desses interesses, corresponde a um abandono do limite garantidor do bem jurídico. Assim,

Embora essa *versão eticizante* propusesse também a proteção de bens jurídicos (tendo em vista que o fortalecimento do valor que orienta a conduta de acordo com o direito diminui a frequência das ações que o ferem), a função básica seria a primeira: *o fortalecimento da consciência jurídica da população*. Ambas as versões se combinaram na fórmula segundo a qual a *tarefa do direito penal é a proteção de bens jurídicos mediante a proteção de valores ético-sociais de ação elementares*⁸³⁰

Efetivamente, a adoção da prevenção geral positiva pelo Direito Penal Internacional é um retorno ao passado, pois essa proposta remonta teorias há muito abandonadas que justificam a punição exemplar de um bode expiatório com o fim da construção do consenso social⁸³¹.

⁸²⁹ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 118 (grifos no original).

⁸³⁰ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 124 (grifos no original).

⁸³¹ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 122.

Assim, a crença produzida pela prevenção geral positiva quando aplicada como fundamento da pena não necessariamente serve a aumentar a capilaridade social dos direitos humanos e de teorias democráticas, embora seja isso que se defenda. Ela serve, sobretudo, a produzir a crença de que o sistema penal internacional é efetivo e funcional e, mais, que é capaz de resolver a problemática que envolve os crimes universais. Em um processo comunicacional segundo o qual o poder internacional – representado pela jurisdição capaz de aplicar sanções – demonstra a inquebrantabilidade de certos valores, mais fulgura a pretensa certeza da punição e crença no funcionamento do sistema do que os próprios valores em si. Esse processo, portanto, não serve tanto a garantir direitos humanos, mas a reforçar o poder que aplica a sanção, dando legitimidade ao modelo atual de Direito Internacional e à distribuição contemporânea de força nas relações internacionais.

Assim, descentraliza-se o indivíduo do próprio processo de criminalização, pois o que passa a importar é a realização da justiça e não mais a solução do conflito social que gera o problema a ser criminalizado. Nesse modelo, afasta-se a figura central do indivíduo, colocando-se como centro da discussão o sistema penal – como resultado, instrumentaliza-se não apenas o acusado, mas também a vítima, cujos sofrimentos servem de escora à estrutura de poder que exerce a punição⁸³².

Veja-se, ainda, que em um contexto como o apresentado por HAGAN e RYMOND-RICHMOND, em que o processo de criminalização que ocorre no “Norte global”, pelo qual o poder punitivo serve a excluir socialmente uma parcela menos favorecida da população, repete-se no “Sul global” pela vitimização criminosa (genocida) de grupos étnicos e sociais inteiros⁸³³. Dessa forma, o centro do problema social que cria o fenômeno da criminalidade universal (genocídios, crimes contra a humanidade e crimes de guerra) é sumariamente ignorado. Se a pretensão da prevenção negativa é a *deterrence*, aquela da pretensão positiva é a *diverging* pelo evidente desvio de atenção que provoca do problema penal para a resposta penal⁸³⁴.

⁸³² Nas palavras de GUAZZALOCA e PAVARINI, ocorre o “*ribaltamento del centro della soggettività del sistema sociale, dall’individuo al sistema stesso: la teoria sistemica conduce, infatti, al attribuire più valore per la stabilità del sistema sociale alla produzione del consenso che al principio della valutazione degli individui*”. GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 09.

⁸³³ HAGAN, John; RYMOND-RICHMOND, Wenona. **Darfur and the Crime of Genocide**. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 197.

⁸³⁴ Segundo SANTOS, ainda que se referindo à questão no plano nacional: “na verdade, a função de prevenção geral *positiva* é fenômeno contemporâneo ao Direito Penal *simbólico*, produzido pela pressão corporativista de sindicatos, associações de classe, partidos políticos, organizações não-governamentais etc.,

Dessa forma, a pena serve especialmente para o atendimento de grupos vitimizados, no processo já identificado de vindicação do sofrimento causado pelo crime, e para a criação no imaginário popular de uma imagem de eficiência do poder instituído. Por meio da “luta contra o crime” e da aplicação seletiva, mas bem posicionada, da repressão penal simbólica, transmite-se a impressão da solução do problema social que criou o evento criminoso e que, todavia, permanece insolucionado. A proteção dos direitos humanos através da aplicação da pena, portanto, nesse contexto simbólico, arrisca ser um grande embuste para que se evite ter que resolver questões graves e importantes.

Uma última consideração importa ser feita. No que toca à adoção das teorias mistas, é desnecessário mencionar as críticas já apresentadas anteriormente. A tendência à adoção das propostas mistas de justificação da pena é evidente na doutrina e na jurisprudência, como se vê nos julgados dos tribunais internacionais que mencionam, ao mesmo tempo, tanto as pretensões preventivas (em todas as suas formas) quanto as pretensões retributivas. Não é de se estranhar essa opção. Embora se justifique que as teorias mistas seriam adotadas porque representariam os muitos valores que orientam a Justiça penal internacional⁸³⁵, parece evidente que a falta de uma justificativa clara para a pena internacional e as dificuldades teóricas na busca por tal justificativa explicam a adoção por todas e por nenhuma ao mesmo tempo.

2.2.3. Outras funções para a pena internacional

Finalmente, é conveniente mencionar que ainda outras funções são reconhecidas à pena internacional – para além das tradicionais prevenção e retribuição. Tratam-se de “novas” propostas, algumas velhas conhecidas dos penalistas, outras, novidades que trazem, como é de se supor, novos problemas e novas dúvidas.

Via de regra, é comum que se pretenda reconhecer à pena internacional uma proposta utilitarista de busca pelo bem comum. Nessa toada, costuma-se apontar à pena, fins que se confundem com pretensões e com desejos muito mais do que com a rarefeita possibilidade efetiva da sanção penal. É nesse sentido que se reconhecem como fins da

representado pela criminalização de *situações sociais problemáticas* nas áreas da economia, da ecologia, da genética e outras, em que o Estado não parece interessado em soluções sociais *reais*, mas em soluções penais *simbólicas*, com frequente subordinação de direitos humanos a exigências de funcionalidade do sistema econômico, ecológico etc., como denunciava BARATTA”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 482.

⁸³⁵ BASSIOUNI, M. Chérif. **Introduction to International Criminal Law**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2003, p. 698.

pena, como aplicada pela justiça penal internacional, a busca pela verdade ou a personalização da criminalidade⁸³⁶. De fato, a teoria dos fins do Direito Penal não chega a classificar essas pretensões como fins autônomos, e sim como consequências dos demais fins de prevenção e retribuição, quando se é possível produzir alguma delas.

Tais propostas são extremamente criticáveis. Em primeiro lugar, personalizar o crime indicando a responsabilidade de um agente como o autor efetivo de determinado crime universal não significa que a responsabilidade pelo crime se esgote nele. Veja-se que essa personificação corresponde especialmente à construção de um dado que pretende simplificar a realidade complexa que normalmente é encontrável nos conflitos que dão origem aos crimes universais. Por outras palavras, substitui-se uma realidade por outra mais *conveniente*: é como se o tribunal fosse capaz de identificar que o mal se esgota nessa sentença e que as alegadas violações de direitos humanos ou estão remediadas ou não acontecerão mais.

Por outro lado, segundo alguns autores, dentre eles, por exemplo, SCHABAS, a busca pela verdade é, talvez, o principal objetivo implícito de um tribunal penal internacional⁸³⁷. De fato, a jurisprudência, especialmente do TPII, já reconheceu essa função às sentenças da justiça penal internacional, como se vê na decisão do caso ERDEMOVIC⁸³⁸, tratando-a como uma das pedras fundamentais da vigência do Direito no plano internacional.

Em que pese a força que se dá à ideia da busca pela verdade, ela parece evidentemente deslocada no lugar onde se encontra e traveste-se de uma ingenuidade tremenda. Ora, *confundir* o resultado de um processo penal, especialmente um sujeito às limitações naturais da justiça penal internacional, com a efetiva produção da verdade não parece ser um resultado saudável a se esperar da pena internacional. De fato, essa pretensa

⁸³⁶ WERLE, Gerhard. **Principles of International Criminal Law**. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005, p. 31-32.

⁸³⁷ SCHABAS, William A. Penalties. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Volume II (p. 1497-1534). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1520.

⁸³⁸ “*The International Tribunal, in addition to its mandate to investigate, prosecute and punish serious violations of international humanitarian law, has a duty, through its judicial functions, to contribute to the settlement of the wider issues of accountability, reconciliation and establishing the truth behind the evils perpetrated in the former Yugoslavia. Discovering the truth is a cornerstone of the rule of law and a fundamental step on the way to reconciliation: for it is the truth that cleanses the ethnic and religious hatreds and begins the healing process*”. ICTY. *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*. Caso n. IT-96-22-Tbis (“*Pilica Farm*”). Trial Chamber. **Sentencing Judgement**. Decisão de 05 de março de 1998, parágrafo 21.

“produção da verdade” fica sujeita a duas graves críticas⁸³⁹. Primeiro, não é necessária uma sanção penal para que se produza a verdade e, portanto, punir-se para que se descubra algo é instrumentalizar o indivíduo desnecessariamente. De fato, se a pretensão é a busca pela verdade, instrumentos cíveis ou administrativos são muito mais eficientes porque não estão contidos dentro dos estreitos limites de um processo criminal. Para esse fim, uma “comissão da verdade”, por exemplo, embora ainda assim sujeita a um enorme número de críticas, serviria de forma mais apropriada. Em segundo lugar, a teoria do Processo Penal já colocou sob crítica a possibilidade de produção da verdade por meio do processo, segundo a tradicional diferenciação entre verdade formal e verdade material⁸⁴⁰. Ora, o máximo a que um procedimento criminal consegue chegar é a *uma* das verdades possíveis, pois não é possível ouvir todas as testemunhas, produzir todas as perícias ou apreender todos os elementos que conduziriam à realidade – simplesmente porque o evento que dá origem ao processo *ficou no passado* e não pode ser reconstruído como ocorreu. O resultado final será sempre um simulacro da verdade, muitas vezes extremamente distante da realidade. Note-se que se essas críticas são realizadas nos processos nacionais, com muito mais vigor podem ser tecidas nos processos de crimes universais, dadas as complexidades intermináveis da produção das provas envolvidas nessas espécies e, especialmente, à seletividade da espécie⁸⁴¹.

Também é comum que se reconheça que a justiça penal internacional tem a função de permitir a restauração – o foco essencial da justiça restaurativa – pela aproximação das partes envolvidas ou pela inclusão das vítimas no processo. Acredita-se que o fato de se dar às vítimas do crime uma participação e, eventualmente, o ressarcimento pelos danos causados seria a função principal, por exemplo, de um processo criminal.

Para além das críticas que já foram feitas anteriormente à justiça restaurativa como proposta fundamental da aplicação da pena, no plano internacional, especialmente, parece

⁸³⁹ Sobre excelentes críticas feitas à busca pela verdade na justiça penal internacional, leia-se TODOROV, Tzevan. Os Limites da Justiça. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (org). **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Barueri: Manole, 2004.

⁸⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. Diritto e ricerca della verità. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, vol. V (p. 222-224), 1950; CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. XX, p. 4-9, 1965; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francisco Carnelutti, para os operadores de direito. In: **Revista de estudos criminais**, n. 14, abr./jun. 2004. Porto Alegre: Notadez, 2004, p. 77-94.

⁸⁴¹ Segundo FERRAJOLI, “A ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pele que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

pouco provável que a justiça penal possa servir a esse fim. Afinal, a seletividade dessa forma de justiça torna impossível um processo de restauração, porque a punição de alguns poucos acusados não ensejará reconstrução social alguma⁸⁴².

Pretender que a condenação criminal de alguns criminosos, mesmo dos mais importantes, seja capaz de produzir reconciliação social nos complexos cenários que envolvem genocídios, crimes de guerra e crimes contra a humanidade é certamente uma ingenuidade substancial, pois se trata de uma solução que se baseia em uma única dimensão do problema⁸⁴³. Isso é especialmente verdadeiro quando se pretende, com a justiça criminal internacional, a proteção dos direitos humanos: imaginar que dois ou três condenados em um conflito resolvam questões de violação de direitos humanos pode satisfazer o sentimento de culpa dos países desenvolvidos, mas chega a ser ultrajante para as próprias vítimas.

Para além disso, como parece óbvio sobretudo no modelo jurídico da *civil law*, a participação da vítima decompõe o tradicional modelo “bipolar” de justiça, com as consequências de desequilibrar o processo e, mais do que isso, romper com garantias processuais⁸⁴⁴.

Não se pode esquecer, ainda, que se a proposta for alguma espécie de reparação material, ela é impraticável, pois a justiça penal não parece ser o lugar para melhor

⁸⁴² Segundo STAHN, “*reality is more complex. ‘Victims’ have a wide range of divergent interests. The interests of immediate ‘victims of crime’ do not necessarily coincide with the interests of the broader ‘victims of the situation’. Both constituencies may, in fact, have conflicting prerogatives. The first proceedings at the ICC demonstrate this. Accountability is often a priority for the former, but of less immediate concern for the latter. This is vividly illustrated by the practice in the situation in Darfur. In this situation, different groups of victims have presented motions for and against the issuance of warrants of arrest before the Court. This adds a new dimension to criminal proceedings, and requires judges to adjudicate issues which are situated at the borderline of peace and justice*”. STAHN, Carstens. *The Future of International Criminal Justice*. In: **The Hague Justice Portal**, The Hague, 09 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=11106>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁸⁴³ FLETCHER, Laurel E.; WEINSTEIN, Harvey M. *Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation*. In: **Human Rights Quarterly**, 2002, vol. 24 (p. 574-639), p. 636.

⁸⁴⁴ Nas palavras de DAMASKA, “*La difficoltà di integrare la voce delle vittime all’interno del processo è la ragione principale per cui alle vittime viene assegnato un ruolo che va oltre quello di testimoni solo nella fase di determinazione della sentenza – ovvero quando i procedimenti perdono il loro carattere bipolare e alla fine si trasformano in una inchiesta dominata dal giudice. È vero che gli ideatori del sistema delle corti penali internazionali – molti dei quali erano giuristi continentali, abituati ad ampliare il ruolo delle vittime – hanno messo a punto un sistema nel quale le corti sono autorizzate a permettere alle vittime o ai loro rappresentanti di partecipare alle attività processuali in modi diversi dal rendere testimonianza. Ma rimane da vedere se questo compromesso può essere realizzato senza danneggiare l’anima dei processi bipolari convertendoli, sub rosa, in sistemi di accertamento dei fatti dominati dal giudice*”. DAMASKA, Mirjan. *L’Incerta Identità delle Corti Penale Internazionali*. In: **Criminalia**, ano 2006. Pisa: Edizione ETS, 2007, p. 26.

reconhecer a necessidade de reparação dos danos⁸⁴⁵, o que, por si só, é impossível quando pensado a partir da condenação de um pequeno grupo de pessoas. Afinal, dada a extensão dos danos causados, é certamente inviável que as posses dos condenados permitam os ressarcimentos financeiros. E se o ressarcimento, portanto, é de ser separado da condenação criminal e ficar sob encargo do Estado envolvido, então não há necessidade de processo criminal ou, ao menos, essa ligação não é necessária.

No que toca à necessidade de satisfação pessoal das vítimas com a condenação dos acusados, não se trata de nada além de vingança travestida de retribuição, criticada, já, anteriormente, e descabida em sede de um modelo de justiça que se diga moderno e democrático.

2.3. Conclusões: o descrédito na pena e a ineficácia da repressão internacional

Se as dificuldades referentes à falta de força e à incapacidade de definição clara de um fim, por si mesmas, já prejudicam a justiça penal internacional, o que dizer das duas condições em conjunto?

Como é notório, a executividade das sentenças penais é essencial para que todo o sistema penal possa existir – o que não é diferente no plano internacional⁸⁴⁶. A falta dessa condição prejudica o sistema como um todo, mas especialmente cria o descrédito sobre a pena e os fins por ela buscados, situação ainda pior quando não se sabe exatamente o que se quer com a sanção penal. Veja-se o que acontece no caso *Al Bashir*, onde a impossibilidade de cumprimento de ordens judiciais implica uma evidente perda de confiança na própria justiça criminal: o problema não é que a denúncia sobre o presidente congolês possa trazer efeitos ruins, mas, sim, que talvez pode “não trazer efeito algum”⁸⁴⁷, prejudicando substancialmente a imagem do TPI e do Estatuto de Roma.

⁸⁴⁵ GALLI, Carlo. Il Tribunale Penale Internazionale: Osservazioni sul Diritto, Politica e Morale. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008 (p. 185-190), p. 188.

⁸⁴⁶ KRESS, Claus; SLUITER, Göran. Preliminary Remarks. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D (Eds.). **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I.I (p. 1497-1534). Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1752-1753.

⁸⁴⁷ CLARK, Phil. Darfur, Bashir and the International Criminal Court (p. 49-50). In: **Oxford Transitional Justice Research: Debating International Justice in Africa**. University of Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society, 2008-2010, p. 49-50. Disponível em: <http://www.fljs.org/uploads/documents/Justice_in_Africa.pdf>. Acesso em: 16/02/2012.

De fato, a inefetividade prejudica diretamente o pretendido efeito *deterrence*, tido como a principal proposta da pena internacional⁸⁴⁸. O que já era conhecido há muito pela Criminologia nacional⁸⁴⁹ agora vem sendo reconhecido por alguns internacionalistas e penalistas internacionais⁸⁵⁰: os efeitos positivos da prevenção geral não são assim tão certos – e ainda que o fossem, não haveria segurança alguma, para além da crença na estatística, de que a punição evitará um novo crime universal⁸⁵¹. Nas palavras de PAVARINI, a crença na prevenção geral, especialmente na forma negativa, não passa de um delírio coberto de boas intenções⁸⁵².

Para além da inefetividade, a feroz seletividade das jurisdições penais internacionais, mencionada por PAVARINI⁸⁵³, que implica uma escolha cautelosa dos criminosos que serão expostos ao processo penal e, mais ainda, à pena⁸⁵⁴, também reforça

⁸⁴⁸ WIPPMAN, David. Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice. In: **Fordham International Law Journal**, n. 23, 1999-2000, p. 473-488, p. 474.

⁸⁴⁹ BARATTA, Alessandro. I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva. In: MOCCIA, Sergio. **Diritti dell’Uomo e Sistema Penale – Volume I**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002 (p. 327-345), p. 335. Ainda: GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 18.

⁸⁵⁰ WIPPMAN, David. Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice. In: **Fordham International Law Journal**, n. 23, 1999-2000, p. 473-488, p. 474/475.

⁸⁵¹ “*But even assuming that ex post punishments do, in some statistical sense, deter the future commission of many of the same sort of crimes, that promise of deterrence suffers from the problem common to the individualization of all statistical projections: there can be no assurance that the punishments-no matter how notorious they may be and how high the statistical probability of deterrence-will deter their commission in our individual case!*”. REISMAN, W. Michael. Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder. In: **Case Western Reserve Journal of International Law** (2007-2009), n. 40 (p. 57-85), p. 58.

⁸⁵² “*So bene che in più occasioni dal processo di Norimberga ai tribunali penali internazionali ad hoc, fino allo statuto della Corte Penale Internazionale, da più versanti si è insistito che castigare severamente delitti così gravi possa o debba servire a ridurre il senso di impunità che è alla base degli “orrori della guerra”. Ma credo proprio che chi a rischiato il ridicolo con simili affermazione, in cuor suo fosse consapevole di esprimere solo un augurio... in sé certo apprezzabile, come tutti i buoni sentimenti*”. PAVARINI, Massimo. Um Diritto Penale Senza Stato. **Conferência junto à Universidade de Bologna para apresentação da obra “Introduzione al diritto penale internazionale”**, de Amati-Caccamo-Costi-Fronza-Vallini (Giuffré, Milano, 2006). Em 12 de março de 2007.

⁸⁵³ PAVARINI, Massimo. La Penal Come ‘Fatto Sociale’ nel Sistema di Giustizia Penale Internazionale. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008 (p. 191-196), p. 193.

⁸⁵⁴ O Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma é exemplar nessa seletividade. Depois de mais de onze anos e meio de atividade, o Tribunal Penal Internacional conta com apenas 26 acusados sendo processados. Segundo o sítio do próprio tribunal, são os seguintes os casos: (i) Uganda (4 acusados): *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwe*; (ii) República Democrática do Congo (5 acusados): *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*; *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*; and *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*; (iii) Darfur, Sudão (6 acusados): *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”)* and *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*; *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*; *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*; *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*; (iv) República Centro Africana (1 acusado): *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*; (v) República do Quênia (6 acusados): *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*; *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*; (vi) Líbia (3 acusados): *Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam*

essa inutilidade da justiça penal internacional. Poucos serão processados e menos, ainda, serão condenados. Finalmente, dos condenados, uma mínima porção responderá pelos seus crimes. O que acaba punido, portanto, não é tanto a conduta delituosa, mas, sim, a inabilidade em praticá-la.

Como ocorre com a prevenção geral negativa, a prevenção-integração, que busca a crença em valores penais e no sistema que os defendem, também depende da absoluta e infalível aplicação da pena. Note-se que a proposta se sustenta exatamente da certeza inarredável de punição, pois apenas a crença na repressão é impeditiva dos crimes. Mas se a justiça penal internacional é pusilânime e seletiva, o requisito essencial para o seu funcionamento se aniquila⁸⁵⁵. A consequência é a provocação da debilidade na proteção dos próprios preceitos éticos pretensamente protegidos pela repressão penal. Portanto, a seletividade e inoperância estruturais da justiça penal internacional é justamente a sua sentença de morte. Afinal, nessa condição, o que se evita é o crime universal que não tenha sido *bem-feito*: o genocídio que deixe vítimas, o crime de guerra sem escusa militar, a agressão que não seja “preventiva” ou qualquer crime que não seja protegido politicamente pelo Conselho de Segurança poderá ser aquele não reprimido.

Enfim, ao se reconhecer como seletiva e sem força, a justiça penal internacional também reconhece a impossibilidade de cumprimento de seus próprios e reconhecidos fins, sejam eles a prevenção dos crimes mais graves cometidos internacionalmente ou o reforço dos valores historicamente reconhecidos como importantes pela comunidade internacional. De fato, como se disse, a experiência da ex-Iugoslávia deixou claro que a punição seletiva não tem impedido crimes e, assim, a prevenção pela aplicação da pena internacional não tem apresentado resultados que justifiquem os esforços feitos⁸⁵⁶. Segundo WIPPMAN, “Da

Gaddafi and Abdullah Al-Senussi; (vii) Costa do Marfim (1 acusado): *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases>>. Acesso em: 06/02/2012.

⁸⁵⁵ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 124. Aliás, os autores ainda indicam que não há exatamente muita diferença entre a proposta preventiva negativa e aquela positiva: “em última análise, as duas versões da prevenção geral não se encontram tão distantes: enquanto a negativa considera que o medo provoca a dissuasão, a positiva chega a uma dissuasão provocada pela satisfação de quem acha que, na realidade, são castigados aqueles que não controlam seus impulsos e, por conseguinte, acha também que a convém continuar controlando-os. Quanto às consequências sociais de sua lógica, a prevenção geral positiva não difere da negativa: quanto mais conflituosa for uma sociedade, em razão de sua injustiça estrutural, haverá menos consenso, e logo maiores penas serão aplicadas para produzir o nível de consenso necessário ao sistema”. ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 122-123.

⁸⁵⁶ Não fosse evidente pela situação do Kosovo após os conflitos da Iugoslávia e a instalação do TPII, um estudo da Cruz Vermelha demonstrou que os efeitos da repressão criminal são mínimos: “*In this regard, the recent survey conducted by the International Committee of the Red Cross ("ICRC") is illuminating, if depressing. The ICRC interviewed a significant cross-section of the population in six war-torn countries, in*

mesma forma, mesmo após Milosevic ter sido indiciado, forces sob seu controle cometeram numerosas atrocidades no Kosovo apesar dos frequentes avisos do TPII, do Conselho de Segurança e de Estados de que perpetradores seriam processados⁸⁵⁷. Aliás, segundo tem sido mencionado pela imprensa internacional, nem mesmo o ideário e os posicionamentos políticos da era *Milosevic* restam esquecidos, pois antigos aliados do presidente têm recebido grande apoio político⁸⁵⁸ – o que demonstra a ineficiência do exemplo.

O mesmo acontece na África. Embora seja o palco de todos os casos processados atualmente no TPI, reiniciam-se problemas étnicos na região do novo Sudão do Sul, com centenas de mortos⁸⁵⁹. De fato, essa situação parece um reflexo da característica do Tribunal de Arusha ser ainda pior no que toca a seletividade⁸⁶⁰: embora as cortes nacionais ruandesas tenham julgado um altíssimo número de casos de genocídio e apesar dos

an effort to ascertain, among other things, why combatants violate international humanitarian law. Some of those responsible for committing atrocities may have been a pathological criminal fringe, given license by civilian authorities to commit mayhem. But the vast majority of combatants in Bosnia were probably more or less representative of the civilian population of the communities from which they came. They understood in general terms the limits imposed on warfare by international humanitarian law. They accepted the legitimacy of such norms, and they believed that such norms should generally be followed. But at the same time, most did not view their own actions - even when they involved attacks on civilians - to be wrongful". WIPPMAN, David. Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice. In: **Fordham International Law Journal**, n. 23, 1999-2000, p. 473-488, p. 477.

⁸⁵⁷ WIPPMAN, David. Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice. In: **Fordham International Law Journal**, n. 23, 1999-2000, p. 473-488, p. 480.

⁸⁵⁸ Nesse sentido, veja-se: PORTES, Thierry. Un ex-bras droit de Milosevic aux affaires en Serbie. **Le Figaro**, 26 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.lefigaro.fr/international/2012/07/26/01003-20120726ARTFIG00644-un-ex-bras-droit-de-milosevic-aux-affaires.php>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁸⁵⁹ Vejam-se as seguintes notícias: South Sudan. **New York Times**, World, 05 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://topics.nytimes.com/top/news/international/countriesandterritories/south-sudan/index.html>>. Acesso em: 17/11/2012; TRAN, Mark. South Sudan appeals for humanitarian aid after fighting. **The Guardian**, Global Development, 05 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/global-development/2012/jan/05/south-sudan-appeal-humanitarian-aid>>. Acesso em: 17/11/2012; GARANG, Ngor Arol. Warrap minister resigns over tribal assault. **Sudan Tribune**, 05 de fevereiro de 2012. Disponível: <<http://www.sudantribune.com/Warrap-minister-resigns-over,41517>>. Acesso em: 17/11/2012.

Ainda, no sítio oficial do próprio governo do Sudão do Sul informa-se que: “*President Kiir called upon the youth of Lou Nuer who are currently occupying Murle villages claiming they are perusing their stolen cattle, abducted children and women to leave the Murle villages and return to the Lou Nuer villages urging that the Government must be the one to pursue the stolen cattle, abducted children and women. He also called on the Murle tribe to desist themselves from the culture of stealing cattle and abducting children and women of their neighbours and ensure that the cattle they had taken and the children and women they abducted are returned to joint their families. The President strongly directs the Lou Nuer to move out from the Murle villages and has equally ordered the Sudan People’s Liberation Army (SPLA) to move in and protect the civilians. He also warned politicians and community leaders encouraging this lawlessness act through cattle rustling to stop. President Kiir was blunt that any politician or community leader whose statement would be construed as encouraging ethnic hostility will be made accountable*”. SOUTH SUDAN. **President Kiir: The New Year brings new hope of building a peaceful nation**. Disponível em: <<http://www.goss.org>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁸⁶⁰ WIPPMAN, David. Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice. In: **Fordham International Law Journal**, n. 23, 1999-2000, p. 473-488, p. 482.

juízos do TPIR, muitos *genocidaires* continuam a perpetrar atrocidades no território da Ruanda e em países vizinhos⁸⁶¹.

Fica claro que a sanção penal aplicada não parece ter o efeito que se espera dela. Alguns autores têm apontado que o caminho para que a *deterrence* passe a ter efetividade é o aumento drástico de punições internacionais⁸⁶². Mas dadas as dificuldades existentes, que envolvem condições políticas, econômicas e financeiras, é pouco provável que essa condição se veja realizada. Assim, se a pretensão dos tribunais penais internacionais era a de evitar crimes universais e massacres dessa espécie pelo exemplo da punição ou pelo reforço na crença dos direitos humanos, então há evidências de que falharam miseravelmente em seu intento.

Mas sabendo-se que, apesar das críticas, essas são as propostas da pena internacional reconhecidas, inclusive, na jurisprudência dos tribunais penais internacionais e por toda a doutrina que escreve sobre o tema, é conveniente investigar que consequências essa justiça penal internacional assim desenhada tem. Ou, mais precisamente, que características ela assume.

3. Consequências essenciais

3.1. Um Direito Penal Internacional do Inimigo

Embora a noção de inimigo no Direito Penal possa-se reconhecer como milenar na história humana⁸⁶³, o conceito de Direito Penal do Inimigo especifica-se doutrinariamente de forma independente a partir da obra do alemão Gunther JAKOBS, que, no final do século XX, o desenvolve como proposta completa capaz de elevar a visão funcionalista do sistema penal à sua máxima potência.

⁸⁶¹ WIPPMAN, David. Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice. In: **Fordham International Law Journal**, n. 23, 1999-2000, p. 473-488, p. 482.

⁸⁶² Nesse sentido, ver MERON, Theodore. From Nuremberg to the Hague. In: **Military Law Review**, 1995, n. 149, 1995, p. 107-112, p. 110.

⁸⁶³ Apontando a questão na arte, o saboroso texto de ECO: “*Na mesma medida em que Satanás desdramatiza seus traços, cresce, paralelamente, a demonização do inimigo, que ganha características satânicas. Embora o mundo moderno vá se ocupar particularmente deste inimigo (que tomará o lugar de Satanás), ele, no entanto, sempre existiu. Desde a Antiguidade, o inimigo sempre foi antes de tudo o Outro, o estrangeiro (...). Para não falar dos sons incompreensíveis de uma língua estrangeira. Os gregos, de fato, definiam como bárbaros (ou seja, gente que balbucia) todos aqueles que não falavam grego e, na escultura romana, os bárbaros derrotados pelas legiões exibem bárbaras incultas e narizes achatados*”. ECO, Umberto (org.). **História da Feiúra**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007, p. 185-190.

Segundo defende o professor alemão da Universidade de Bonn, para a harmonização do Direito Penal com a proteção dos direitos humanos é necessária a construção de um Direito Penal de duas velocidades: o Direito Penal democrático, preservador dos direitos humanos e o Direito Penal do Inimigo, com restrições às garantias materiais e processuais. O primeiro seria destinado às “pessoas”, ou seja, aqueles cidadãos que atendem às expectativas normativas; o segundo, às “não-pessoas”, ou seja, aqueles que não oferecem garantias aos demais cidadãos de atuação de acordo com o sistema normativo. Para JAKOBS, “somente é pessoa aquele que oferece uma garantia cognitiva suficiente para o comportamento pessoal”⁸⁶⁴, sendo o exemplo do terrorista a essência do inimigo, ou “não-pessoa”, cuja conduta precisa ser impedida tão cedo quanto possível, mesmo antes do crime⁸⁶⁵.

Dessa forma, permite-se que as necessárias restrições às garantias individuais, essenciais à efetividade do Direito Penal para algumas pessoas que não se comportam como cidadãos (os responsáveis pela criminalidade econômica, pelo terrorismo e pelo tráfico ilegal de entorpecentes e outras formas de crime organizado⁸⁶⁶), não alcancem o Direito Penal democrático, garantista, desenhado aos cidadãos.

A partir de uma análise bastante literal das propostas contratualistas de Kant, Hobbes e Rousseau, JAKOBS “demonstra” como há indivíduos que desrespeitam o contrato social de forma a se tornarem párias do Direito e que acabam por arriscarem a própria *destruição do ordenamento jurídico*⁸⁶⁷. O Direito Penal do inimigo deve reconhecê-los dessa forma e, assim, tratá-los diferentemente, pois “quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está *autorizado* a tratá-lo como pessoa”⁸⁶⁸. AMBOS, explica as consequências do conceito:

o destinatário das assim ditas previsões do direito penal do inimigo – que se caracterizam por uma antecipação da punibilidade, por se tratar de uma legislação de luta assim como uma legislação penal, e pela supressão de garantias penais – se transforma em um inimigo que não goza do status de cidadão.⁸⁶⁹

⁸⁶⁴ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19.

⁸⁶⁵ JAKOBS, Gunther. Diritto penale del nemico. In: DONINI, Massimo; PAPA, Michele (a cura di). **Diritto Penale del Nemico: un dibattito Internazionale** (p. 5-28). Milano: Giuffrè, 2007, p. 19.

⁸⁶⁶ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 38.

⁸⁶⁷ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17.

⁸⁶⁸ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17.

⁸⁶⁹ AMBOS, Kai. Il Diritto Penale del Nemico. In: DONINI, Massimo; PAPA, Michele (a cura di). **Diritto Penale del Nemico: un dibattito Internazionale** (p. 29-64). Milano: Giuffrè, 2007, p. 42.

Como conclusão, intutucionaliza-se um tratamento penal desigual entre as pessoas a partir da ideia de que o Direito Penal do inimigo restando delimitado seria menos perigoso porque evitaria a contaminação totalitária do Direito Penal garantidor “na perspectiva de um Estado de direito”⁸⁷⁰.

A construção do “inimigo”, que não é considerado como pessoa com autonomia ética, mas, sim, como ente perigoso ou daninho⁸⁷¹, é determinada, obviamente, por critérios políticos que se espalham mundialmente, alimentados pela mídia que deles também se aproveita, em um processo sem precedentes históricos. De fato, o avanço da tecnologia da comunicação, em um modelo de demonização do inimigo, “permite que se espalhe pelo planeta um discurso único, de características autoritárias, antiliberais, que estimula o exercício do poder punitivo muito mais repressivo e discriminatório, agora em escala mundial”⁸⁷². Trata-se de uma consequência natural do sistema penal moderno que gira sempre em torno de dois elementos: a garantia dos direitos do cidadão frente ao poder punitivo e a necessária proteção do cidadão frente à criminalidade. Esses são os pólos de uma “tensão estrutural, mas não dialética, enquanto incapaz de produzir uma síntese”⁸⁷³ que produz, necessariamente, o conceito de inimigo, pois, para que se garanta a segurança é sempre necessária uma lesão à liberdade.

Como se sabe, a pretensão de evitação de danos a bens jurídicos impulsiona o Estado à repressão penal cada vez mais antecipada, punindo, por exemplo, em lugar das lesões, os perigos de lesão, constituindo-se um Direito Penal do risco. É nesse momento em que a tensão segurança-liberdade demanda o reconhecimento prévio dos possíveis e prováveis indivíduos que podem pôr em risco os bens jurídicos. Esse indivíduo considerado “perigoso ou daninho” é, em geral, e historicamente, o estrangeiro, figura que, nos dias atuais, assumiu um conceito mais amplo: “o estrangeiro (*hostis alienigena*) é o núcleo troncal que abarcará todos os *que incomodam o poder*, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como *estranhos*, são desconhecidos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por

⁸⁷⁰ JAKOBS, Gunther. Diritto penale del nemico. In: DONINI, Massimo; PAPA, Michele (a cura di). **Diritto Penale del Nemico: un dibattito Internazionale** (p. 5-28). Milano: Giuffrè, 2007, p. 27.

⁸⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 12.

⁸⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 53.

⁸⁷³ PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un'introduzione. In: **Studi Sulla Questione Criminale**. Bologna: Carocci Editore, anno II, n. 2, 2007 (p. 7-20), p. 8 (tradução livre).

serem potencialmente perigosos”⁸⁷⁴. Esse estrangeiro *latu sensu* não pode ser tratado como pessoa, pois, se o for, se lhe deve ser reconhecida a liberdade que poderá implicar a insegurança⁸⁷⁵. Daí o surgimento, segundo PAVARINI⁸⁷⁶, de um Direito Penal de garantias para os cidadãos ao lado de outros sistemas penais para aqueles que não podem ser considerados como “pessoas”, porque perigosos.

Em geral, segundo ZAFFARONI⁸⁷⁷, trata-se de uma “proposta tática de contenção” segundo a qual a diferenciação entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), determinando para estes um “compartimento estanque do direito penal”, resguardaria todo o restante do Direito Penal liberal de intrusões nocivas e anti-garantistas, de forma a criar uma “quarentena penal do inimigo”. Em suma, pelo endurecimento legislativo da resposta ao inimigo se defende, em JAKOBS, a garantia de proteção do Direito Penal liberal⁸⁷⁸.

Essa espécie de resposta não é nova, pois toda a repressão penal se dá dessa forma. Segundo PAVARINI, seletiva que é, a justiça penal escolhe, trata e pune aqueles que são construídos socialmente como inimigos: a missão da justiça penal é “prevalentemente aquela de transformar os transgressores da norma penal em criminosos, ou seja, sujeitos perigosos e, portanto, em inimigos”. Dessa forma, o sistema penal é um construtor de criminosos e é justamente essa a razão pela qual a pena aplicada é sempre recebida com hostilidade⁸⁷⁹. É por isso que, para PAVARINI, a construção de JAKOBS somente se equivoca em identificá-la como a porção excepcional do Direito Penal: afinal, quase todo o Direito Penal é desenhado para a repressão do inimigo que, nas palavras do professor de

⁸⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 22-23.

⁸⁷⁵ JAKOBS indica como reconhecer o inimigo: “para aquele que orienta sua vida por estruturas criminosas de modo imputável e relativamente duradouro desmantela-se – não totalmente, mas setorialmente, com certeza – a presinção de um comportamento fiel ao Direito e, por conseguinte, uma condição de seu *status* de sujeito de direito. O criminoso organizado pode até ser um pai de família tranquilo e um motorista cuidadoso, odiar a violência e amar os animais, mas seria meramente estúpido simplesmente esperar para ver tudo que sua organização pode produzir como crime. Um inimigo não precisa ser necessariamente um inimigo total; ele pode muito bem ser um inimigo parcial. O mesmo se aplicada a agentes, em relação aos quais se pode suspeitar que se afastaram do Direito não apenas de forma passageira, mas sim de modo *postural* ou, mais precisamente, por falta de compostura (...)”. JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 38.

⁸⁷⁶ PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un’introduzione. In **Studi Sulla Questione Criminale**, anno II, n. 2, p. 7-20. Bologna: Carocci Editore, 2007, p. 9.

⁸⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 156.

⁸⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 157.

⁸⁷⁹ PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un’introduzione. In: **Studi sulla Questione Criminale: La Giustizia Penale Ostile**, anno II, n. 2, p. 7-20. Roma: Carocci, 2007, p. 11.

Bologna, é a “velha canalha produzida pela exclusão social (...) os sujos, feios e maus”⁸⁸⁰. Por isso se pode dizer que o “direito penal do cidadão”, que JAKOBS entende ser a regra geral, na verdade é a exceção, e se constitui em um direito que não funciona⁸⁸¹.

Como a Criminologia Crítica se encarregou de demonstrar, o objeto do sistema repressivo é aquele que se quer excluir do convívio comum, de forma que a *vecchia canaglia* de PAVARINI é o objetivo da legislação penal hostil e se constitui nos excluídos da sociedade – aqueles que não trabalham e não consomem, a quem se reserva um sistema de reconstrução do cidadão, mas que, dada a impossibilidade de ressocialização, contenta-se em mantê-lo longe, nas penitenciárias ou nas favelas. É por isso que, segundo GALLI, a proposta de JAKOBS, do ponto de vista histórico-político se constitui em “uma grave descontinuidade prática e de princípio com respeito à modernidade. Não tanto proque aquilo que Jakobs propõe seja uma ordem verdadeiramente nova, mas porque é uma deformação autoritário-estatal do velho”⁸⁸². A guerra de Jakobs é, como se vê, um retorno ao direito do *ancién régime*.

De fato, o anti-humanismo da proposta chega a assustar. Com a construção jakobniana, confirma-se indisfarçadamente a ingênua pretensão de divisão social entre os bons e os maus. Não se pode negar que a construção do inimigo pelo alemão JAKOBS e a sua legitimação de um Direito Penal mortal reservado ao diferente e ao bárbaro (coincidentemente no momento em que a Europa é “invadida” por estrangeiros) remonta posição que indica que ao menos parte da doutrina alemã se esquece das históricas pretensões hitlerianas.

Ainda assim, esse novo raciocínio é perigosamente abraçado pela desavisada comunidade internacional como uma solução adequada ao fenômeno da criminalidade limítrofe que caracteriza os crimes universais. Pelo que se lê e ouve, comumente, constrói-se um estado de perene emergência⁸⁸³ no direito que implica a necessidade de medidas drásticas, como limitação de direitos fundamentais universalmente reconhecidos do “inimigo”. O exemplo do terrorismo identifica claramente essa realidade. Ora, o modelo de

⁸⁸⁰ PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un'introduzione. In: **Studi sulla Questione Criminale: La Giustizia Penale Ostile**, anno II, n. 2, p. 7-20. Roma: Carocci, 2007, p. 11.

⁸⁸¹ “Solo un diritto penale che non funziona – se non simbolicamente – perché gli attori sociali coinvolti posseggono sufficiente immunità o capacità di resistenza dal/al sistema, può permettersi il lusso di essere un diritto del cittadino”. PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un'introduzione. In: **Studi sulla Questione Criminale: La Giustizia Penale Ostile**, anno II, n. 2, p. 7-20. Roma: Carocci, 2007, p. 13.

⁸⁸² GALLI, Carlo. Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto. In: GAMBERINI, Alessandro; ORLANDI, Renzo (a cura di). **Delitto politico e diritto penale del nemico** (p. 45-60). Bologna: Monduzzi Editore, 2007, p. 60.

⁸⁸³ Sobre o tema: MOCCIA, Sergio. **La Perenne Emergenza – Tendenze Autoritarie nel Sistema Penale**. Seconda edizione. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1997.

poder atualmente instalado clama por instrumentos de lida com essa “nova” realidade. Embora o combate ao crime universal e a luta contra o terrorismo demandem, de fato, medidas efetivas, é esse mesmo argumento que permite a criação de normativas limitadoras das garantias do indivíduo que podem terminar em uma desumanização em massa de certos grupos sociais⁸⁸⁴.

O Direito Penal Internacional é, certamente, a epítome do Direito Penal do Inimigo. Como se viu a partir da seletividade institucional e política desse ramo do Direito, ele é desenhado para uma punição localizada e especialíssima de forma a garantir que a “realização da justiça” seja capaz de pacificar a comunidade internacional.

O processo que explica a noção de emergência pela qual se cria um processo paranóico de repressão criminal, especialmente sensível no plano internacional, é explicado por ZAFFARONI em recente obra⁸⁸⁵. Segundo o professor argentino, a prática do crime universal (ao qual se refere como *crímenes de masa*) implica ao autor um estado de “perda de paz” (*friedlosigkeit*) que justifica a sua repressão sem limites e acaba caracterizando um Direito Penal do inimigo na sua forma extremada⁸⁸⁶. A inevitável seletividade da repressão penal tem a função de projetar o poder punitivo como neutralizador do “mal social”, canalizando freudianamente⁸⁸⁷ a vingança social para a sanção penal em um processo de comunicação de massa⁸⁸⁸ destinado ao sacrifício do réu.

JAKOBS explica como se dá essa construção no plano internacional, tratando explicitamente dos “crimes contra os direitos humanos”. Segundo defende, os direitos humanos são protegidos apenas no plano nacional, pois o monopólio do poder que detém o

⁸⁸⁴ “A nova emergência pretende justificar exigências internacionais de adoção de legislação penal e processual penal autoritária em todos os países do mundo. A necessidade de defender-se, *por certo não mais dos atos concretos de homicídio em massa e indiscriminados*, mas sim do nebuloso terrorismo, legítima não apenas as *guerras preventivas* de intervenção unilateral como também legislações autoritárias com poderes excepcionais, que incluem a privação de liberdade indeterminada de pessoas que não se acham em condição de prisioneiros de guerra nem de réus processados, seja sob o pretexto de que não são cidadãos dos Estados Unidos ou de que não se encontram privados de liberdade em seu território”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 66.

⁸⁸⁵ ZAFFARONI foi agraciado em 2009, juntamente com o sociólogo e criminólogo da *Northwestern University* John Hagan, com o *Stockholm Prize in Criminology*, oferecido pelo Ministério da Justiça sueco e conhecido como o “prêmio Nobel da Criminologia mundial”. Disponível em: http://www.criminologyprize.com/extra/pod/?id=55&module_instance=3&action=pod_show&navid=55. Acesso em: 10/02/2012. A obra em comento é: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010

⁸⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 38.

⁸⁸⁷ Conforme lembra PAVARINI, não parece ser à toa que os processos de Nuremberg se iniciam vinte e quatro horas depois do bombardeio atômico da cidade de Hiroshima. PAVARINI, Massimo. La Penal Come ‘Fatto Sociale’ nel Sistema di Giustizia Penale Internazionale. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008 (p. 191-196), p. 195.

⁸⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 40.

Estado permite a garantia das expectativas normativas, em especial, dos direitos humanos, constituindo um “Estado funcional⁸⁸⁹” capaz de oferecer segurança às vítimas. Todavia, a mesma situação não existe no plano internacional, onde os direitos humanos são apenas um programa sem eficácia (por isso, são tão comumente violados), o que justifica o tratamento, como inimigos, daqueles que cometem os crimes contra a humanidade⁸⁹⁰. Nesse sentido, para o autor alemão, e expressamente, “a punição internacional ou nacional de violações dos direitos humanos após uma revolução política tem feições típicas de Direito Penal do Inimigo, mas nem por isso é ilegítima”⁸⁹¹.

Assim, para JAKOBS, a inexistência de um sistema perfeito de proteção de direitos humanos no plano internacional justifica a despersonalização do “criminoso contra os direitos humanos”. Segundo defende, o princípio, tradicional no Estado de Direito⁸⁹², segundo o qual todos devem ser tratados como pessoas com direitos é *demasiadamente abstrato*, de modo que essa noção demandaria o reconhecimento do comportamento da outra parte⁸⁹³. Sua justificativa é simples: “que todos *devem* ser tratados como pessoa é um mero *postulado*, um *modelo* para uma sociedade, mas nem por isso constitui parte de uma sociedade *realmente operante*”⁸⁹⁴.

O resultado de tal raciocínio é nefasto. A pretensão de luta absoluta e infalível contra a criminalidade universal permitiria, como de fato acontece, a violação “controlada” de direitos humanos, bem como a despersonalização dos acusados, o que viola toda a construção da universalidade dos direitos humanos e abre as portas para as *raisons d’État*. Os teóricos dessa tradição “chegam à conclusão prática de que os governantes do Estado

⁸⁸⁹ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 21.

⁸⁹⁰ “O mesmo não acontece com a eficácia global dos direitos humanos. Não se pode falar em um estado mundial de eficácia jurídica concretizada, mas apenas de um postulado de concretização (...). Em outras palavras, não se trata exatamente de *preservar* o ‘estado comunitário-legal’, mas, antes de tudo, de *fabricá-lo*. O estado anterior à fabricação do estado ‘legal de civilidade’ é o estado natural, e, neste, não existe personalidade ou, em todo caso, não existe personalidade consolidada. Por isso, contra os infratores dos direitos humanos – que, mesmo para si, não oferecem qualquer garantia suficiente de serem pessoas – permite-se, em princípio, tudo o que for necessário para proteger o âmbito ‘comunitário legal’, e isso também acontece quando se faz a guerra antes de tudo, em vez, por exemplo, de enviar imediatamente a polícia para cumprir um mandato de prisão”. JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 21.

⁸⁹¹ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 23.

⁸⁹² A uma curiosa conclusão chega JAKOBS sobre o Estado de Direito, como quem explica as desvantagens dessa configuração política: “e quem pensa que, num Estado de Direito, *tudo* deve ser sempre realizado, sem concessões, deveria saber que esse ‘tudo’ é acompanhado, na realidade concreta, por um ‘ou nada’, tanto mais que um Estado de Direito perfeito ofereceria, para terroristas, uma ‘vantagem geográfica’ tão imensa que ela o convidaria, justamente, a demorar-se em seu âmbito de eficácia, mais exatamente: a tornar-se ativo”. JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50.

⁸⁹³ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 27.

⁸⁹⁴ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 28.

não devem descurar nenhum meio – mesmo da mais despietada violência e do engano – para atingir esse fim”⁸⁹⁵.

O exemplo da guerra contra o terror identifica essa realidade, pois, no plano nacional americano ensejou a restrição grave das liberdades individuais (especialmente do direito à liberdade de movimento, de garantia de sigilo, da dignidade da pessoa humana, de garantias processuais etc.) em um país com uma venerável história de garantia dos direitos fundamentais. No plano internacional, a “vontade de potência” e a tomada de medidas irrestritas, *contra legem*, no combate aos *rogue countries*, ensejou o rompimento das regras internacionais e a violação das garantias individuais dos cidadãos de outros países. Essa mesma luta contra o terror ainda fundamenta outros riscos às garantias construídas penosamente pelo Direito Internacional durante o século XX, como a pretensão de alteração das regras criadas pelo Direito Internacional Humanitário. Acuados pela dificuldade de lutar contra guerrilheiros e terroristas, alguns países vêm apontando a ocorrência de uma “guerra assimétrica”⁸⁹⁶ em que os Estados respeitadores das Convenções de Genebra e de Haia ficam incapacitados de combater inimigos que não as respeitam, como os terroristas e guerrilheiros. Assim, as leis de Genebra estariam ficando obsoletas e a sua “idolatria”⁸⁹⁷ precisaria ser revista. A solução vem rápida: propõe-se a modificação do Direito Internacional, afastando as regras do Direito Humanitário e permitindo, assim, o combate de “igual para igual” entre as partes envolvidas por meio de um *jus in bello* mais “realista”⁸⁹⁸ em um raciocínio que joga por terra uma das maiores conquistas da comunidade internacional no século XX – o *jus in bello*.

Efeito semelhante se dá no plano da justiça penal internacional pela construção do “*hostis humani generis* e pela busca, a qualquer preço, da condenação de alguns bodes expiatórios, ainda que isso enseje a restrição de direitos fundamentais universalmente reconhecidos, tanto no plano material quanto processual. A seletividade indicada anteriormente deixa isso claro, bem como fica evidente nas restrições aos direitos dos acusados nos tribunais *ad hoc*.

⁸⁹⁵ PISTONE, Swergio. Razão de Estado. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Quinta edição. Volume 2. Brasília: Imprensa Oficial/Editora UnB, 2000, p. 1067.

⁸⁹⁶ PFANNER, Toni. Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action. In: **International Review of Red Cross**, vol. 87, número 857, p. 152.

⁸⁹⁷ STEPHENS, Dale; LEWIS, Michael W. The Law of Armed Conflict – a Contemporary Critique. In: **Melbourne Journal of International Law** (2005), vol. 6, Issue 1, (55-85), p. 57.

⁸⁹⁸ STEPHENS, Dale; LEWIS, Michael W. The Law of Armed Conflict – a Contemporary Critique. In: **Melbourne Journal of International Law** (2005), vol. 6, Issue 1, (55-85), p. 57.

É bem certo, como já se disse, que o TPI do Estatuto de Roma andou adiante e representou uma importante evolução na proteção dos direitos do acusado. Mas como a constituição do inimigo se trata de uma condição fundamental da justiça penal internacional, a evolução do TPI não evita escorregões que lhes mostram os dentes. O caso Lubanga Dyilo⁸⁹⁹ revela essa situação. Primeiro caso do tribunal e primeira sentença lançada, o destino de Dyilo parecia selado desde o início. O réu, congolês, envolvido com as guerras civis que se estenderam no seu país durante anos, é acusado de ser o fundador da *Union des Patriotes Congolais* (UPC) e das *Forces Patriotiques pour la libération du Congo* (FPLC), da qual teria sido “comandante em chefe” desde setembro de 2002 até, pelo menos, o final de 2003. Preso por ordem do TPI em 17 de março de 2006, acabou acusado e processado por diversos crimes, especialmente o alistamento forçado de crianças⁹⁰⁰.

A sua condenação foi lançada em 14 de março de 2012, tendo o réu ficado preso durante todo o seu processo. Em outras palavras, sua prisão processual (ainda pende recurso da decisão condenatória) já dura mais de seis anos – duração que viola, evidentemente, qualquer padrão civilizado de duração do processo⁹⁰¹ e cria diversos problemas desnecessários ao acusado⁹⁰².

⁸⁹⁹ ICC. *Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Caso n. ICC-01/04-01/06.

⁹⁰⁰ As acusações são de “alistamento e conscrição de crianças menores de 15 anos nas FPLC e uso ativo delas nas hostilidades que tiveram lugar no contexto de um conflito armado internacional desde o início de setembro de 2002 até 2 de junho de 2003 (punível segundo o artigo 8 (2) (b) (xxvi) do Estatuto de Roma)” bem como por “alistamento e conscrição de crianças menores de 15 anos na FPLC e uso ativo delas nas hostilidades que tiveram lugar no contexto de um conflito armado não-internacional desde 2 de junho de 2003 até 13 de Agosto de 2003 (punível segundo o artigo 8 (2) (e) (vii) do Estatuto de Roma)”. Segundo consta nas acusações que são impostas ao réu, DYILO teria participado ativamente e com conhecimento pleno, por conta de sua posição hierárquica, dos alistamentos de crianças nas forças armadas da FPLC. Tais crianças, uma vez conscritas e alistadas, passavam por um período de pesado treinamento e, armadas, eram enviadas ao campo de batalha, tendo participado de diversas hostilidades. Tudo isso se caracteriza como crime internacional e consta precisamente nas definições típicas de crimes de guerra no Estatuto de TPI. A fonte das informações é a do sítio do próprio TPI, Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0104/Related+Cases/ICC+0104+0106/Democratic+Republic+of+the+Congo.htm>>. Acesso em: 14 de novembro de 2009.

⁹⁰¹ Sobre a demora da prisão preventiva que devora boa parte da vida do acusado, veja-se CORDERO, Franco. **Criminalia**: Nascita dei sistemi penali. Roma-Bari: Laterza, 1986, especialmente p. 98-99.

⁹⁰² Exemplo dessa questão são as discussões sobre a possibilidade de realização de direitos dos acusados ainda não condenados, tais como a visita da sua família quando nem ele ou os familiares têm condições de pagar por viagens entre seus países (normalmente, na África) e a sede do Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma, em Haia, na Holanda. Por exemplo: “*Seminar on the right of detainees to family visits (ICC-CPI-20080620-PR327)*. *The Registrar of the International Criminal Court will organise a seminar on 8 and 9 July 2008 at the seat of the Court on the right of indigent detainees to receive family visits. During the seminar, experts, representatives of international organisations and the registries of the other international criminal tribunals will have an opportunity to present their points of view on the subject and on various aspects of detention. At its plenary session in December 2007, the Assembly of States Parties expressed its desire for the Registrar of the ICC to conduct a study into the right of detained persons to receive visits from*

De fato, não parece que esse período longuíssimo seja abraçado pela noção de prazo *razoável* dentro do qual deve ocorrer o julgamento e que se considera limite para a prisão cautelar, determinada em documentos de direitos humanos⁹⁰³. A Corte Europeia já decidiu (embora seja certo que esse prazo pode variar por diversos fatores inerentes aos casos criminais), por exemplo, que o prazo de mais de dois anos e meio para o processo já caracterizaria uma violação ao direito de julgamento dentro de um prazo razoável⁹⁰⁴. Essa mesma prisão processual ainda impõe uma série de limites e dificuldades para a concessão da liberdade durante o correr do processo, como, por exemplo, a necessidade de ouvida do país hospedeiro do tribunal no caso de pedidos de liberdade⁹⁰⁵ (no caso do TPII, a Holanda, que já se havia manifestado sobre dificuldades referentes à concessão de vistos e permissões de permanência⁹⁰⁶).

O reconhecimento de condições “especiais” para os tribunais penais internacionais em comparação àquelas condições da justiça penal nacional, como a falta de poder coercitivo⁹⁰⁷ ou a gravidade dos crimes e as circunstâncias especiais dos tribunais⁹⁰⁸, apenas identifica o caráter também excepcional da justiça penal internacional e fomenta a

family members during their incarceration (...). ICC. Seminar on the rights of detainees to family visits. **Press Release n. ICC-CPI-20080620-PR327**. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/press%20releases%20%282008%29/seminar%20on%20the%20right%20of%20detainees%20to%20family%20visits>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁹⁰³ Veja-se o artigo 9º (3) do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos: “*Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença*”. No mesmo sentido vão o artigo 5º (3) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o artigo 7º (5) da Convenção Americana dos Direitos Cívicos e Políticos.

⁹⁰⁴ ECHR. Caso *Punzelt v. Czech Republic*. Caso n. App. 31315/96. **Judgement**. Decisão de 25 de Abril de 2000.

⁹⁰⁵ Artigo 65, do Estatuto do TPII: “*Article 65. Provisional Release. (...) (B) Release may be ordered at any stage of the trial proceedings prior to the rendering of the final judgement by a Trial Chamber only after giving the host country and the State to which the accused seeks to be released the opportunity to be heard and only if it is satisfied that the accused will appear for trial and, if released, will not pose a danger to any victim, witness or other person. The existence of sufficiently compelling humanitarian grounds may be considered in granting such release*”. ICTY. **Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. Versão atualizada conforme a Resolução do Conselho de Segurança n. 1800 de 20 de Fevereiro de 2008.

⁹⁰⁶ ICTY. *Prosecutor v. Blaskic. Case n. IT-95-14-T. Letter to Registrar* de 18/07/1996. Conforme citado por MARTINEZ, Jenny; WALD, Patricia. Provisional Release at the ICTY: A Work in Progress. In: MAY, R. et al. **Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald**, (p. 231-250). London: Kluwer Law International, 2001, p. 235.

⁹⁰⁷ “*Unlike national courts the Tribunal [refere-se ao Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia] does not have its own coercive power to enforce its decisions, and for this reason pre-trial detention seems de facto to be rather the rule at the Tribunal*”. TOCHILOVSKY, Vladimir. **Jurisprudence of the International Criminal Courts: Procedure and Evidence**. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2006, p. 411.

⁹⁰⁸ ICTY. *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka “PAVO”), Hazim Delic and Esad Landžo (aka “ZENGA”)*. Caso n. IT-96-21 (“*Celebici Camp*”). Trial Chamber. **Decision on Motion for Provisional Release Filed by the Accused Zejnil Delalic**. Decisão de 25 de setembro de 1996, parágrafos 19-20.

tese do Direito Penal Internacional do Inimigo. E, certamente, não pode servir a justificar qualquer espécie de violação de direitos humanos internacionalmente reconhecidos em um Estado de Direito.

A conduta do Procurador, no caso *Dyilo*, também merece reprovação, o que foi feito pelos próprios juízes da Câmara de Julgamento, através da determinação de uma suspensão do caso e da soltura do acusado conforme determinada pela Câmara de Julgamento em 10 de junho de 2008, decisão que acabou modificada em recurso pela Câmara de Apelação. As medidas haviam sido determinadas porque a acusação não respeitou as regras do próprio estatuto e escondeu provas com efeitos exculpatórios que estariam em sua posse. Segundo as determinações do artigo 53 do Estatuto de Roma, o Procurador deve, obrigatoriamente, dar vistas à defesa de todos material com potencial exculpatório que tenha em seu poder, e a jurisprudência internacional, inclusive do próprio TPI, já confirmou o absoluto direito do acusado às provas potencialmente exculpatórias⁹⁰⁹. Portanto, ao não fazê-lo, apresentando apenas os documentos que sustentavam a sua acusação, o Procurador causou dano evidente à defesa do acusado.

A leitura da decisão indica que, por acordos de confidencialidade com testemunhas, o Procurador não podia apresentar os documentos de defesa no tribunal. De fato, por menção expressa do próprio Estatuto de Roma, o Procurador pode realizar essa espécie de acordo e conseguir documentos em confidencialidade. Todavia, esses documentos não podem ser usados no Tribunal – podem apenas ser usados para conseguir outros documentos que, esses sim, sejam apresentados à Corte e permitam o contraditório. Isso não é duvidoso no texto do Estatuto e nem mesmo se trata de um “engano” por parte da acusação que já havia se manifestado declarando ter entendido perfeitamente o alcance desse dispositivo⁹¹⁰. Sua postura, portanto, de usar esses documentos no tribunal revela, senão má-fé (pois litiga de forma expressamente contrária ao texto do Estatuto), pelo

⁹⁰⁹ ICC. *Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Caso n. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I. **Decision on Disclosure Issues, Responsibilities for Protective Measures and other Procedural Matters – Annex 2**. Decisão de 8 de maio de 2008, parágrafo 94. Ainda, em seguida: *Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Caso n. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I. **Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008**. Decisão de 13 de junho de 2008, parágrafo 60.

⁹¹⁰ ICC. *Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Caso n. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I. **Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008**. Decisão de 13 de junho de 2008, parágrafo 72.

menos um descompromisso com o princípio da lealdade processual⁹¹¹. Essa postura da acusação não é, nem de longe, o que se espera de um Procurador do TPI. Todavia, é tão comum que *pre-Trial Chambers* já solicitaram de procuradores no TPII, por exemplo, que atestassem por escrito que sabiam das obrigações de informação à defesa das provas que lhes pudessem beneficiar⁹¹². Pelo visto, no afã de condenar o réu, é comum que a acusação passe por cima (como de fato passou no caso Dyilo) até mesmo da lei aplicável ao caso.

Não pode ser outra a conclusão de que existe um esforço de criação do inimigo contra quem direcionar os esforços da justiça criminal internacional repressiva. Por isso tudo, pouco parece haver de mudança no modelo repressivo internacional desde o pós-Segunda Guerra e o paradigma de Nuremberg permanece vivo também no modelo do Tribunal Penal Internacional⁹¹³.

Não que se considere novidade essa atuação da acusação do TPI ou, mesmo, a condenação de *Lubanga Dyilo*. A própria assessoria de imprensa do tribunal já o considerava como condenado desde o início do processo, como se pode ver das *press releases* oficiais da Corte. Ora, como não poderia deixar de ser por conta do princípio da presunção de inocência, a acusação apenas indicava, na sua peça acusatória, ser ele membro das tais FPLC e UPC⁹¹⁴, o que, certamente, deveria ser devidamente provado no

⁹¹¹ A decisão-chave da questão indica essa condição e merece ser aqui parcialmente transcrita: “*Therefore, although the Chamber does not have the information necessary to analyse the circumstances in which each of the individual documents was supplied to the prosecution, the overall picture is clear: the prosecution’s general approach has been to use Article 54(3)(e) to obtain a wide range of materials under the cloak of confidentiality, in order to identify from those materials evidence to be used at trial (having obtained the information provider’s consent). This is the exact opposite of the proper use of the provision, which is, exceptionally, to allow the prosecution to receive information or documents which are not for use at trial but which are instead intended to “lead” to new evidence. The prosecution’s approach constitutes a wholesale and serious abuse, and a violation of an important provision which was intended to allow the prosecution to receive evidence confidentially, in very restrictive circumstances. The logic of the prosecution’s position is that all of the evidence that it obtains from information-providers can be the subject of Article 54(3)(e) agreements” (grifou-se). ICC. *Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Caso n. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I. **Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008**. Decisão de 13 de junho de 2008, parágrafo 73.*

⁹¹² ICTY. *Prosecutor v. Mirolad Krnojelac*. Caso n. IT-97-25 (“*Foca*”). Trial Chamber II. **Decision on Motion by Prosecution to Modify Order for Compliance with Rule 68**. Decisão de 01 de novembro de 1999.

⁹¹³ As palavras de PAVARINI, novamente, são úteis: “*La pena nel sistema di diritto penale internazionale è quindi genuina espressione del potere punitivo allo stato puro. Essa infatti esalta la sua funzionalità nella messa in scena di rappresentazioni mediatiche di degradazione dei vinti, autori di colpe estreme e pertanto imperdonabili. Da ultimo si ri-consideri criticamente il processo, la condanna e il supplizio di Sadam Hussein*”. PAVARINI, Massimo. **Um Diritto Penale Senza Stato**. Conferência junto à Universidade de Bologna para apresentação da obra “*Introduzione al diritto penale internazionale*”, de Amati-Caccamo-Costi-Fronza-Vallini (Giuffrè, Milano, 2006). Em 12 de março de 2007.

⁹¹⁴ Do pedido: “*Alleged founder of Union des Patriotes Congolais (UPC) and the Forces patriotiques pour la libération du Congo (FPLC); Alleged former Commander-in-Chief of the FPLC, since September 2002 and at least until the end of 2003. Alleged president of the UPC*”. ICC. *Situation in the Democratic Republic of*

correr do processo. Todavia, nas primeiras notas da imprensa do TPI, o Réu foi identificado como o efetivo líder dessas organizações. As *press releases* do TPI insistiam em tratá-lo como “o fundador e líder da União dos patriotas congolese”⁹¹⁵, em um exercício de duvidosa ética jornalística que parece querer, desde o início do processo, criar o inimigo que precisava ser condenado⁹¹⁶.

Tais violações dos direitos dos acusados em processos penais internacionais não são novas e não deveriam causar espanto quando os próprios tribunais, expressamente, ainda que, aos poucos e de forma discreta, reconhecem-se como casos de exceção diante dos instrumentos de direitos humanos. Essa condição é reconhecida e repetida na atuação do TPII e do TPIR, especialmente no que toca ao déficit reservado à atuação da defesa diante do portento da acusação⁹¹⁷. O caso *DELALIC et al., e. g.*, diante do TPII, em porção já mencionada neste trabalho⁹¹⁸, reconheceu expressamente que, apesar de diversos

Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Caso n. ICC-01/04-01/06. **Prosecution Application for a Warrant of Arrest**. Requerimento de 12 de janeiro de 2006.

⁹¹⁵ Ver, por exemplo, as *press releases*, entre outras, de n. ICC-CPI-20080313-PR297 e de n. ICC-CPI-20080616-PR324; ICC. The trial in the case of Thomas Lubanga Dyilo will commence on 23 June 2008. **Press Release n. ICC-CPI-20080313-PR297**. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/press%20releases/the%20trial%20in%20the%20case%20of%20thomas%20lubanga%20dyilo%20will%20commence%20on%2023%20june%202008>>. Acesso em: 17/11/2012; ICC. Trial Chamber imposes a stay on the proceedings of the case against Thomas Lubanga Dyilo. **Press Release n. ICC-CPI-20080616-PR324**. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/press%20releases/trial%20chamber%20imposes%20a%20stay%20on%20the%20proceedings%20of%20the%20case%20against%20thomas%20lubanga%20dyilo>>. Acesso em: 17/11/2012.

⁹¹⁶ Todavia, um final comentário a esse triste episódio merece ser feito. Da mesma forma que a atuação do Procurador revela o Direito Penal do Inimigo no TPI, a salvaguarda dos direitos feita pela Câmara de Julgamento merece ser comemorada. É de se notar que os juízes, ao decidirem a questão, negaram e reprimiram a conduta da acusação, dando o efeito que se devia esperar em um sistema de justiça penal adequado: suspenderam o processo e determinaram de imediato a soltura do acusado. Por isso, a decisão da Câmara de Julgamento do TPI merece vivas: representa a vitória da justiça sobre a mera pretensão de condenação penal do inimigo. Infelizmente, o suspiro de democracia da Corte durou pouco: a decisão do imediato recurso interposto pela acusação manteve, como era de se esperar, o réu preso enquanto o processo se desenrolava. A decisão pode ser encontrada no site do TPI. ICC. *Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Caso n. ICC-01/04-01/06 OA 12. **Judgement on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled “Decision on the release of Thomas Lubanga Dyilo”**. Julgamento de 21 de outubro de 2008. A decisão não foi unânime: houve um julgador vencido (pela soltura do acusado), o *Judge* Georghios M. Pikis, cujo voto dissidente é localizado na mesma decisão, às p. 19-26.

⁹¹⁷ Nesse tocante, ver especialmente as discussões quanto à ocultação de provas importantes pela acusação no caso *Furundzija*, no que foi referido por BOHLANDER como uma “*serious prosecutorial misconduct*” por parte da Procuradoria do TPII. BOHLANDER, Michael. The Defence. In BOAS, Gideon; SCHABAS, William. **International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY** (p. 35-74). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 74.

⁹¹⁸ *DELALIC et al. case Appeals Judgement*: “Although both national jurisdictions and certain international and regional human rights instruments provide that rehabilitation should be one of the primary concerns for a court in sentencing, this cannot play a predominant role in the decision-making process of a Trial Chamber of the Tribunal”. ICTY. *Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (aka “PAVO”), Hazim Delic*

documentos nacionais e internacionais de direitos humanos identificarem a reabilitação do condenado como o fim essencial da pena, essas determinações não podem representar um papel importante na atuação dos tribunais penais internacionais por conta da sua especialidade e da grave natureza dos crimes de violação do Direito Humanitário Internacional⁹¹⁹. Resta perguntar que poder é esse de uma Corte de Apelação de um Tribunal Penal Internacional que se permite excepcionar a aplicação de documentos de direitos humanos universalmente aceitos.

A principal consequência de uma justiça penal internacional que voluntária e abertamente abraça o Direito Penal do Inimigo é indicado por ZAFFARONI e materializado no risco evidente de criação de um Estado internacional de exceção pelo paulatino agigantamento da violência.

De fato, a constituição do poder punitivo em autor de crimes universais é reconhecível em um processo histórico cíclico que remonta a constituição do próprio poder punitivo nos séculos XI e XII, eternamente caracterizado pela busca e constituição de inimigos públicos⁹²⁰. Essa modificação do Estado limitado ao Estado violento se dá pela própria construção paranóica do inimigo que justifica a constituição do estado de emergência e do Direito que o segue⁹²¹: um Estado paranóico e amoral que consegue justificar a plena tomada do poder para si e a eterna luta contra o inimigo (em um processo que confunde reais danos sociais com danos hipotéticos, potenciais e, mesmo, delirantes) –

and Esad Landžo (aka “ZENGA”). Caso n. IT-96-21-A (“*Celebici Camp*”). Appeals Chamber. **Judgement.** Decisão de 20 de fevereiro de 2001, parágrafo n. 806 (grifou-se).

⁹¹⁹ E. g., *DELALIC et al. case Appeals Judgement*: “The cases which come before the Tribunal differ in many respects from those which ordinarily come before national jurisdictions, primarily because of the serious nature of the crimes being prosecuted, that is “serious violations of international humanitarian law”. Although both national jurisdictions and certain international and regional human rights instruments provide that rehabilitation should be one of the primary concerns for a court in sentencing, this cannot play a predominant role in the decision-making process of a Trial Chamber of the Tribunal. On the contrary, the Appeals Chamber (and Trial Chambers of both the Tribunal and the ICTR) have consistently pointed out that two of the main purposes of sentencing for these crimes are deterrence and retribution. Accordingly, although rehabilitation (in accordance with international human rights standards) should be considered as a relevant factor, it is not one which should be given undue weight. Given the findings which were made as to Mucic’s culpability, the Appeals Chamber finds no error in the fact that the Trial Chamber does not specifically refer to rehabilitation in sentencing Mucic nor in its general statement cited above”. ICTY. *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka “PAVO”), Hazim Delic and Esad Landžo (aka “ZENGA”).* Caso n. IT-96-21-A (“*Celebici Camp*”). Appeals Chamber. **Judgement.** Decisão de 20 de fevereiro de 2001, parágrafo n. 806 (grifou-se).

⁹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa.** Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 41.

⁹²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa.** Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 42-47.

afinal, “o único estado forte seria o delirante e, por isso, absoluto, porque, como todo delírio, não admite correção”⁹²².

A pretensão repressiva como fenômeno de reforçamento do poder instituído, como expressão de poder punitivo em estado puro⁹²³ especialmente no plano internacional, não é um processo novo, há apenas circunstâncias novas no seu entorno e que o elevaram à escala planetária⁹²⁴. Também hoje se elege um inimigo a partir de critérios políticos que são capazes de reconhecer, dentre os possíveis inimigos, aquele mais apto no momento a encarnar o mal da sociedade, transformando-o em vítima de um sacrifício cerimonial. Sacrificado o inimigo-vítima, está reconhecida a sua culpa por conta do retorno, ainda que temporário e simbólico, da paz e da ordem⁹²⁵. Daí que a função central do poder punitivo é esta: a canalização da violência social (pela passagem da vingança privada à vingança pública) como processo catártico⁹²⁶ sobre os inimigos eleitos⁹²⁷. Todavia, há um ponto de saturação desse processo, onde a violência estatal toma proporções tão grandes que não pode mais ser racionalizada – assim, irracional, o poder penal perde legitimidade e precisa usar de mais força para se firmar e produzir paz, dando origem ao Estado como o próprio centro da violência de massa⁹²⁸, na forma do Estado de polícia.

Não demora o surgimento do processo de negação do próprio poder e, até mesmo, de martirização dos inimigos sacrificados, exigindo que o poder instituído crie novos inimigos indefinidamente. Esse ciclo eterno é o que se precisa evitar para a construção de um Estado de Direito, com a definição de um Direito Penal Internacional que sirva de limite a esse processo de criminalização do inimigo⁹²⁹.

⁹²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 48.

⁹²³ PAVARINI, Massimo. La Penal Come ‘Fatto Sociale’ nel Sistema di Giustizia Penale Internazionale. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008 (p. 191-196), p. 195.

⁹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 60.

⁹²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 67.

⁹²⁶ CORDERO, Franco. **Criminalia: Nascita dei sistemi penali**. Roma-Bari: Laterza, 1986, p. 13.

⁹²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 68.

⁹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 70.

⁹²⁹ Nas palavras de ZAFFARONI, “*la tesis del sacrificio de la víctima expiatoria también explica por qué un sistema penal internacional tendrá poca fuerza preventiva frente a los homicidios de masa. Cuando la venganza se canaliza hacia la víctima expiatoria y ésta es sacrificada se restablece la paz y el orden, pero la víctima comienza a cobrar carácter sagrado, surge su ambivalencia, de encarnación de mal pasa a la del bien, se introduce el componente mítico, el próprio sacrificador comienza a ser candidato a víctima expiatoria, que es en alguna medida el destino del héroe y en ocasiones, del autócrata – del rey –, y las nuevas contradicciones que reintroducen la violencia se canalizarán hacia él, por lo que la teoría política*

Esses riscos estão claramente presentes no modelo atual de justiça penal internacional baseado unicamente em uma proposta repressiva. Acusados de “violações de direitos humanos” são tratados como inimigos e o processo é apenas o caminho inevitável para a apoteose da vindicação. A transformação em inimigo, tradicional do processo de guerra, note-se, não precisa de responsabilidade penal no seu sentido técnico, pois se trata de uma condição a ser apenas reconhecida, de forma que a presunção de inocência é, na verdade, mais um impedimento do processo, não um princípio fundamental.

De fato, esse não é um processo propriamente novo do ponto de vista histórico. O caso Eichmann, por exemplo, teria sido exemplar nesse sentido⁹³⁰. Analisando o caso, ARENDT demonstra como argumentos jurídicos e raciocínios lógicos tiveram de ser adaptados ou violados para justificar a condenação do acusado – como no caso da adoção de um estranho princípio *in dubio contra reum* para se justificar a responsabilidade do acusado pela deportação de judeus dos guetos poloneses para centros de extermínio próximos⁹³¹, ou como na criação de dificuldades para a defesa do acusado que, no que toca às provas produzidas oficialmente, “recebeu as migalhas da mesa do rico”⁹³². Em suma, uma das principais falhas do julgamento de Eichmann, para ARENDT, foi justamente “o problema da pré-definição da justiça na corte dos vitoriosos”⁹³³.

Como se viu, o mesmo já havia acontecido na Segunda Guerra Mundial com os tribunais militares e acontece ainda hoje com as jurisdições penais internacionais em funcionamento, dada a mencionada *síndrome de Nuremberg*. Isso, obviamente, não exclui a responsabilidade dos processados e condenados pelos crimes que cometeram, mas

del Estado absoluto le aconseja crear un nuevo enemigo, lo que no siempre consigue. Lo único que el derecho penal internacional puede hacer entonces es limitar o contener la nueva ola de venganza, tal como lo expresamos al señalar su fuente de legitimidad”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 74.

⁹³⁰ “Em Israel, como na maioria dos países, uma pessoa que se apresenta na corte é considerada inocente até prova em contrário. Mas no caso de Eichmann isso era uma evidente ficção. Se ele não fosse considerado culpado antes de aparecer em Jerusalém, culpado além de toda dúvida, os israelenses jamais teriam ousado, nem desejado, raptá-lo. (...) Ao contrário das prisões de casos criminosos comuns, onde a suspeita de culpa tem de ter provas substanciais e razoáveis, mas não além de toda dúvida – isso é tarefa do julgamento subsequente –, a captura ilegal de Eichmann podia ser justificada, e foi justificada aos olhos do mundo, tão-somente pelo fato de o resultado do julgamento poder ser seguramente antecipado”. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 230-231.

⁹³¹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 234.

⁹³² ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 242.

⁹³³ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 297.

certamente identifica que são objetos de um processo de *inimização* necessário à catarse internacional.

Aliás, o rompimento da isonomia de tratamento contradita o Estado de Direito. Ao romper com a igualdade de tratamento determinada pela lei e pelos direitos humanos, por qualificar a criminalidade universal como especialíssima, a justiça penal internacional exclui do alcance normal da lei o acusado pelos crimes universais e, assim, o transforma em *novo apátrida* diante das garantias universalmente reconhecidas pelos direitos humanos. Afinal, se é certo acreditar que “o primeiro direito humano é o *direito a ter direitos*”, o que significa “pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade”⁹³⁴, a construção penal do inimigo põe a perder, na justiça penal internacional, toda a penosa história da proteção internacional dos direitos humanos.

Ora, a exclusão de alguns para serem julgados como *hostis humani generis*, segundo regras que divergem das regras comuns aplicadas aos demais cidadãos por alguma *contingência*, é a essência do Estado totalitário⁹³⁵ e uma evidente violação dos programas de humanização desenhados internacionalmente, especialmente da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹³⁶. Daí o risco do Direito Penal Internacional do Inimigo: “o ser humano privado de suas qualidades acidentais – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos *outros* como um *semelhante*”⁹³⁷.

Aceitar passivamente a conformação do Direito Penal Internacional a esse modelo é um risco, especialmente levando-se em consideração que se trata de um modelo internacionalizado pelos Estados de forma a modificar-lhes o Direito nacional,

⁹³⁴ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 153/154.

⁹³⁵ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 100-101.

⁹³⁶ Essa condição, como um todo, é exemplificada especialmente na guerra contra o terror onde países tradicionalmente envolvidos com a proteção dos direitos humanos apenas não se converteram em contumazes violadores humanitários porque os seus respectivos poderes judiciários tentaram (às vezes com maior, às vezes com menor sucesso) limitar essas tendências. A esse respeito, ver: DELMAS-MARTY, Mireille. Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l'inumano?. In: **Studi Sulla Questione Criminale**, anno II, n. 2, p. 21-37. Bologna: Carocci Editore, 2007, p. 25-27.

⁹³⁷ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 151.

provocando, depois de um processo longo e difícil de limitação dos Estados pelas suas respectivas constituições, como é exemplo o Brasil, a “renacionalização do inumano”⁹³⁸.

É bem certo que os crimes que caracterizam a responsabilidade penal internacional – como um crime de genocídio – são crimes que desafiam o contexto de razoabilidade, como menciona LAFER⁹³⁹. Mas o processamento desses acusados e suas eventuais condenações pela comunidade internacional não podem seguir o caminho do arbitrário e do totalitário (como defende JAKOBS), pois, dessa forma, *prolonga-se a exceção* que caracteriza o ato criminoso como especial e, assim fazendo, em nada diferem os julgadores, bem como o “modelo democrático” que os anima, da intenção genocida do criminoso. O processo judicial não se pode caracterizar, como o crime ou por causa dele, como um desafio à razoabilidade. Como processo de reconstrução humanitária, o julgamento dos crimes universais precisa, justamente porque quer refazer o humano, seguir estritamente as garantias do indivíduo, humanizando-o – o que não se consegue pela sua caracterização como *hostis humani generis* e pela adoção do Direito Penal do inimigo. Do contrário, é mais fácil (e menos danoso) executar o acusado como inimigo, diretamente, sem processo, como aponta ARENDT a se referir ao caso Eichmann⁹⁴⁰.

Nesse contexto, diante do crescimento da justiça penal internacional do inimigo, há apenas duas possibilidades em conflito: “*a dos direitos humanos e da negociação, por um lado, e, por outro, a da solução violenta que arrasa com os direitos humanos e, mais cedo ou mais tarde, acaba no genocídio*”⁹⁴¹.

3.2. Um Direito Penal Internacional Simbólico

O segundo grande risco da justiça penal internacional repressiva é a sua transmutação em instrumento simbólico e, portanto, sem eficácia na evitação e combate ao crime universal.

⁹³⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l’inumano?. In: **Studi Sulla Questione Criminale**, anno II, n. 2, p. 21-37. Bologna: Carocci Editore, 2007, p. 22.

⁹³⁹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 179.

⁹⁴⁰ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um Relato sobre a Banalidade do Mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 287.

⁹⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 17 (tradução livre).

Como é notório, embora à visão clássica de um Direito Penal destinado à proteção de bens jurídicos⁹⁴² e à contenção da violência privada se oponha um posicionamento crítico que defende ser a aplicação da sanção penal nada mais do que um sistema de manutenção do *status quo* (para a Criminologia Marxista, aliás, um instrumento capitalista para a luta de classes⁹⁴³) não se discute mais que o Direito Penal e a pena se materializam como evidente instrumento de controle social. Para tanto, àquelas finalidades clássicas da sanção penal os poderes instituídos acrescentem-lhes outras funções específicas que identificam as reais propostas do sistema penal. É nesse sentido que se podem reconhecer as assim chamadas “funções manifestas” e “funções latentes” do sistema penal⁹⁴⁴. Quanto às manifestas, são especialmente mencionadas, porque importantes, a função instrumental e a função promocional: para a primeira, o sistema punitivo é usado para a proteção, subsidiária e de *ultima ratio*, dos bens jurídicos mais importantes da sociedade; para a segunda, o sistema penal também serve para reforçar positivamente alguns valores, na proposta de que são eles essenciais para a construção ética da convivência social⁹⁴⁵.

Todavia, para além das funções instrumental e promocional do sistema penal, reconhece-se, ainda, a sua função simbólica. Segundo essa proposta, e em áreas onde a atuação penal não é *essencial*, mas pode ser *desejável*, o poder punitivo é usado para a projeção de símbolos na população de forma a produzir-se a satisfação com a atuação do poder institucionalizado, construindo no imaginário do cidadão em geral a ilusão de que o poder está agindo na contenção da criminalidade. Assim, inteligentemente se consegue conquistar o apoio popular e reforçar o próprio poder instituído – condição que se potencializa pela adoção da prevenção geral positiva (característica dos atuais sistemas funcionalistas do Direito Penal) como fim da pena.

Esse reforço da crença popular no sistema de poder instituído, por sua vez, permite um avanço dessa função penal, meramente simbólica, de setores onde o Estado não pretende efetivamente desempenhar um papel ativo, mas apenas produzir uma regulação jurídico-penal cosmética (como na área econômica ou financeira, por exemplo), a outras áreas mais sensíveis (especialmente a criminalidade violenta) a partir do clamor social por

⁹⁴² BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Décima primeira edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 116.

⁹⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 09.

⁹⁴⁴ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 87 e seg.

⁹⁴⁵ DOTTEI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Terceira edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 70.

atuação institucional⁹⁴⁶. Todavia, independentemente da extensão que assuma, essa função simbólica jamais perde essa sua característica de placebo, pois “o direito penal *simbólico* não teria função instrumental – ou seja, não existiria para ser efetivo –, mas teria função meramente política, através da criação de *imagens* ou de *símbolos* que atuariam na psicologia do povo, produzindo determinados efeitos úteis⁹⁴⁷, dentre os quais, especialmente, a manutenção de um sistema de desigualdade social.

Nessa condição, o aumento da repressão penal justifica a guerra contra o crime e se justifica, por sua vez, pela perene emergência da situação de insegurança. Justificam-se mais penas, mais tribunais, mais presídios e mais estrutura de controle do Estado que se fortalece a partir do próprio aumento da criminalidade, ao mesmo tempo em que as reais falhas estruturais da sociedade, que efetivamente causam a criminalidade, são sumariamente ignoradas. Como o aumento da repressão não é, obviamente, capaz de diminuir as *causas* do crime, o ciclo vicioso é eterno e a função simbólica, portanto, não resolve o problema da criminalidade, mas reforça o Estado de forma substancial enquanto convence a população de que “o poder está agindo” e que o problema da criminalidade existe apenas porque o poder institucionalidade não é forte o suficiente para enfrentá-lo. Assim, a demanda por mais força penal é eterna.

Como fica claro do quadro desenhado, a função simbólica é evidentemente antidemocrática e é responsável pelo descalabro do atual aumento constante do apoio popular à eterna pretensão de mais punição⁹⁴⁸. A aparente eficácia repressiva (produzida por uma incessante publicação de números, quadros, índices e tabelas, que reduzem o fenômeno da criminalidade a aspectos objetivo-matemáticos), sustentada na necessidade de uma luta incessante contra o crime produz efeitos nefastos. Em primeiro lugar, não se concentram esforços na solução dos problemas reais que produzem a criminalidade – sequer suas causas são estudadas e contextualizadas de forma a serem *compreendidas* e, depois, *solucionadas*. Em segundo lugar, a função simbólica do sistema repressivo induz na opinião pública (especialmente pela importante atuação da mídia) o alarme social que é capaz de produzir a integração social na luta contra o crime, como inimigo comum, o que

⁹⁴⁶ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – v. 1:** Parte Geral. Sexta edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70.

⁹⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Política Criminal:** Realidades e Ilusões do Discurso Penal. In: Instituto de Criminologia e Política Criminal. Publicação eletrônica. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf. Acesso em: 03/04/2012.

⁹⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral.** Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 482.

retira o foco dos reais problemas sociais⁹⁴⁹. Finalmente, a função simbólica induz o aumento eterno dos instrumentos diretos de repressão do Estado, que acaba por fundamentar a sua atuação na violência e no controle, os principais atributos de um Estado de polícia e/ou totalitário, uma figura hedionda carregada com o “Direito Penal do Terror” que tem as seguintes características:

produção, por parte do aparelhamento estatal e da mídia, de um verdadeiro ‘clima’ de guerra, no qual o delinquente, pertencente a uma classe social escassamente privilegiada, é encarado como um adversário a ser eliminado através de respostas penais draconianas, discurso penal assinalado pela demagogia, a criação de tipos penais sem qualquer critério científico e para atender necessidade circunstancial – ou, muito pior, para obter, da população, condutas ou omissões de condutas – entre outras.⁹⁵⁰

A perspectiva simbólica da repressão penal é certamente inevitável. Todavia, diante desses riscos, não pode ser defedida como “útil” ou “admissível” e precisa ser controlada para que não se torne a função essencial – declarada ou omitida – do sistema penal.

No plano internacional, esses efeitos simbólicos são especialmente sensíveis, dada a configuração contemporânea do poder internacional, que intensifica cada vez mais a distância entre países ricos e pobres pela concentração de riqueza e, especialmente, valora soluções pragmáticas para a questão criminal⁹⁵¹ centradas, especialmente, na absoluta necessidade de repressão direta.

Como é apresentado por ZOLO, o atual modelo internacional não parece demonstrar sucesso claro no propósito do pós-guerra de garantir a paz e a proteção dos direitos humanos. No atual desenho internacional hierarquizado em que se encontram no

⁹⁴⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Terceira Edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 204.

⁹⁵⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Inconstitucionalidade do “Direito Penal do Terror”**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 55.

⁹⁵¹ “Assiste-se hoje a uma dinâmica muito particular do poder mundial, em que: a) os estados perdem parte de seu poder de decisão, sitiados por algumas centenas de macrocorporações transnacionais que operam com cálculos de rendimento imediato; b) a concentração de riqueza se acentua e assume características estruturais; c) a distância entre o centro e a periferia do poder mundial se amplia; d) o poder se contenta com mercados que excluem setores das populações cada vez maiores; e) a capacidade de planejamento a longo prazo acha-se neutralizada; f) o discurso penal inquisitório torna-se revestido por critérios que pretendem prescindir de ideologias (erradamente chamados de pragmáticos); g) no plano internacional assiste-se a atos de franca intervenção punitiva e a Suprema Corte dos Estados Unidos, consagrando o princípio *male captus bene detentus*, legítima a competência para o sequestro em território estrangeiro; os organismos internacional se encontram em uma perigosa situação de fragilidade. Perante tais circunstâncias, convém perguntar-se se a utilidade possível de um tribunal penal internacional, contendo e limitando o hoje desregulamentado exercício do poder punitivo internacional, não estará comprometida por um não-descartável alinhamento da corte ao empreendimento político-internacional da conjuntura, cujas características foram acima alinhavadas”. ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 333-334.

vértice as maiores potências internacionais com capacidade política e militar de definir a licitude dos casos de uso da força militar, “escarço relevo é dado a outras possíveis formas de coesão ou, ao menos, de cooperação internacional e nenhuma pertinência vem reconhecida às instituições internas dos vários países”⁹⁵².

Nesse modelo, é de se perguntar a que serve o reforço das propostas repressivas diretas (o exercício internacional do *ius puniendi*) diante da sua evidente inefetividade na consecução dos fins a que se propõe. De fato, a criação dos Tribunais Penais Internacionais – especialmente o Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma – não é obviamente, como se viu anteriormente, de evitar novos crimes no futuro. Tampouco resolve os problemas de violações de direitos humanos que comumente grassam no globo, pois sua eficácia nesse sentido é mínima e o alcance de seus julgados mal ultrapassa de forma débil o meio acadêmico ou jurídico especializado, sendo certamente incapaz de educar como pretende. A seletividade política das cortes internacionais impede a penetração nacional originalmente pretendida e as cortes pouco fazem em favor dos países em que atuam. Além disso, servem, como já se disse, à criação de um perigoso Estado de exceção internacional que arrisca a segurança jurídica, tanto em nível global quanto nacional, pelo carcomer das históricas regras materiais e processuais no plano penal (legalidade, culpabilidade, humanidade etc.) que sempre serviram à garantia do cidadão. Nesse sentido, se a proposta do poder punitivo internacional for a de proteger bens jurídicos ou de reforçar valores importantes (as funções instrumental e promocional do sistema penal), que são as tradicionais propostas de um sistema repressivo democrático, não há justificativa clara para tamanho investimento de tempo e dinheiro internacionais.

Todavia, a justiça penal internacional justifica-se do ponto de vista simbólico tanto por (a) disfarçar a realidade dos problemas que enfrenta quanto porque (b) é capaz de legitimar o poder que a aplica.

(a) Como se sabe, o tabuleiro internacional apresenta uma disposição de extrema complexidade que revela relações íntimas entre uma miríade de agentes que não são mais apenas os Estados. Dessa condição, eventos de interesse internacional não decorrem de apenas um fator isolado, mas tendem a ser reflexos de um conjunto quase indefinível de posições econômicas, políticas e sociais. Por conta disso, podem-se encontrar elementos preponderantes na determinação de eventos internacionais, é certo, mas a causalidade

⁹⁵² ZOLO, Danilo. *Cosmopolis*. Milano: Feltrinelli Editore, 2008, p. 32.

nunca é direta ou unívoca e a implicação dessa condição é a absoluta incapacidade de se reconhecer, com certeza, que fatores engendraram um evento (especialmente aqueles de grande porte), tornando inviável apreender de que é feita a realidade internacional.

Essa condição é especialmente importante no plano da criminalidade universal. Uma análise realista dos crimes universais demonstra que os agentes responsáveis pelos mais graves crimes dificilmente agem fora de um contexto maior em que interesses variados tentam conquistar espaço. Assim, a responsabilização criminal individual no plano internacional tende a simplificar quadros complexos e a escamotear essa riquíssima condição. É notório, por exemplo, o papel que a política de países europeus como a Bélgica e a França desempenhou nos conflitos da Ruanda⁹⁵³. Da mesma forma, os conflitos na Iugoslávia e os crimes daí decorrentes não foram atos descontextualizados dos interesses ocidentais na região⁹⁵⁴. Toda a argumentação *tu quoque* da defesa no caso Milosevic, junto ao TPII, demonstra o esforço de redução de crises de proporções continentais à responsabilização criminal de uns poucos cidadãos, ofuscando-se o envolvimento de um grande número de atores internacionais⁹⁵⁵. Pretende-se, evidentemente, *personalizar* em um ou poucos acusados os resultados de crimes universais massivos, desviando-se o foco da responsabilidade comum e geral⁹⁵⁶.

Não é à toa que se reconhece aos julgamentos dos tribunais penais internacionais o fim de busca pela verdade com propostas “didáticas”, tudo aliado à necessidade de constituição do que se chama de *show trials*. O poder simbólico da condenação de alguns poucos indivíduos por crimes de enormes proporções e de responsabilidades difusas estabelece a inocência do resto do mundo e garante a vigência das propostas então fundantes do modelo político estabelecido. Esse processo, aliás, não é novo: ARENDT criticou o caso Eichmann exatamente por essa pretensão: a de se tornar um *show trial* em que a proposta não era a de realizar justiça (definir um acusado como culpado ou inocente,

⁹⁵³ Sobre o tema, veja-se GOUREVITCH, Philip. **We wish to inform that tomorrow we will be killed with our families: stories from Rwanda**. London: Picador, 1998. Também DRUMBL, Mark. Sclerosis, a Retributive Justice and the Rwandan Genocide. In: **Punishment & Society** (2000), vol. 2, n. 3 (p. 287-307). London: Sage Publications, 2000.

⁹⁵⁴ Discutindo a questão, veja-se KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials. In: KOSKENNIEMI, Martti. **The Politics of International Law** (p. 171-197). Oxford: Hart Publishing, 2011. Ainda, ver DRUMBL, Mark. Remarks. In: BISCHOFF, James L.; RATNER, Steven (Eds.). **International War Crimes Trials: Making a Difference? Proceedings of an International Conference Held at the University of Texas School of Law, November 6-7, 2003**. Austin: University of Texas School of Law, 2004, p. 30.

⁹⁵⁵ KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials. In: KOSKENNIEMI, Martti. **The Politics of International Law** (p. 171-197). Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 171.

⁹⁵⁶ SKOUTERIS, Thomas. The New Tribunalism: Strategies of (De)Legitimation in the Era of International Adjudication. In: **Finnish Yearbook of International Law** (p. 307-356), Volume XVII, 2006, p. 354.

pois, como se viu, Eichmann estava condenado desde antes de sua abdução⁹⁵⁷), mas, sim, mas auferir resultados educativos, políticos e históricos⁹⁵⁸.

Ainda que se diga que essa proposta “didática” do julgamento penal seletivo pode ter efeitos positivos de reconstituição histórica e de catarse popular, é certo que tais efeitos existem apenas se o processo se dá em nível nacional ou local. Nesse plano, como parte de uma proposta reconstrutiva característica da justiça transicional, a repressão seletiva de apenas alguns acusados, embora violadora da igualdade, pode servir como final ritual de um processo de reconstrução de uma verdade hegemônica pacificadora – desde que aliada a propostas positivas, como a determinação de anistias e a concessão de indenizações. O mesmo efeito no plano internacional é impensável, pois a condenação de alguns poucos não é acompanhada pelos aspectos prospectivos que caracterizam a justiça transicional nem, tampouco, como lembra KOSKENNIEMI, da construção de uma “moral comunitária” para além daquilo que é desejado por uma inapreensível comunidade internacional⁹⁵⁹.

Além disso, a verdade produzida pelo processo internacional é prejudicada pela existência de verdades contextuais, pois idealiza uma delas como a “verdade” definitiva, normalmente aquela exposta pela acusação, que tende a se sobressair⁹⁶⁰. Ora, a individualização da justiça penal internacional não é neutra nos seus efeitos, pois não toca nas causas estruturais e suas condições – mais do que isso, funciona como um alibi para a

⁹⁵⁷ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 230-231.

⁹⁵⁸ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 15 e 20.

⁹⁵⁹ KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials. In: KOSKENNIEMI, Martti. **The Politics of International Law** (p. 171-197). Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 178.

⁹⁶⁰ Nesse sentido, o exemplo do caso Milosevic, lembrado por KOSKENNIEMI: “*the narrative of ‘Greater Serbia’ collided head-on with the self-determination stories of the seceding population, while historical assessments of ‘socialism’ and ‘nationalism’ competed with long-term historical and even religious frames of explanation. Much of Western view depends on a (liberal) understanding of the somber effects of the atavistic irrationalism underlying the different Balkan identifications – a view that dramatically plays down the political aspects of the conflict and the role of interest-groups (including the liberal one) in fomenting ethnic hostility*”. A delicada questão política acerca das macro-questões é de certa forma, substituída: “*focusing on the individual abstracts the political context, that is to say, describes that context in terms of the actions and intentions of particular, well-situated individuals. (...) The truth, however, is not necessarily served by an individual focus. On the contrary, the meaning of historical events often exceeds the intention or actions of particular individuals and can be grasped only by attention to structural causes, such as economic or functional necessities, or a broad institutional logic through which the actions by individuals create social effects*”. KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials. In: KOSKENNIEMI, Martti. **The Politics of International Law** (p. 171-197). Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 180.

população como um todo se livrar da responsabilidade, processo evidenciado na Alemanha do pós-guerra⁹⁶¹.

Cada julgamento internacional tem potencial de ser uma “lição de história”. Efetivamente, desde que o julgamento internacional permita ao acusado falar, a história dos eventos pode ser construída de forma mais clara. Por isso a importância da “tese de ruptura” de Milosevic, no TPII, atacando a acusação em lugar de debater os fatos⁹⁶². Essa posição se compunha como condição necessária de oposição a um modelo que já partia do pressuposto de que o ocidente tinha razão, e nenhuma responsabilidade, ao colocar o ex-presidente iugoslavo sob julgamento⁹⁶³.

Nesse sentido, há um paradoxo importante nos julgamentos internacionais. Conquistas processuais históricas implicam que os acusados falem e sejam levados a sério, mesmo que isso arrisque a verdade individualizada do tribunal e aponte a responsabilidade de outros agentes nos crimes universais. Mas, dessa forma, abrem-se as portas para a verdade contextual – e não aquela individual – arriscando-se ver o próprio julgador enredado na responsabilidade histórica, como ocorreu no caso Milosevic⁹⁶⁴. Para se evitar essa responsabilização dos julgadores, é necessário que não se inicie processo algum, o que leva à impunidade de crimes universais – risco a que KOSKENNIEMI chama da *Scylla*. Por outro lado, há outro risco, indicado como a *Charybdis* pelo autor finlandês, que é o dos

⁹⁶¹ KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials. In: KOSKENNIEMI, Martti. **The Politics of International Law** (p. 171-197). Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 181. Sobre os efeitos da justiça penal internacional na Alemanha do pós-guerra, ver, ainda: KARSTEDT, Susanne. The Nuremberg Tribunal and German Society: International Justice and Local Judgement in Post-Conflict Reconstruction. In: BLUMENTHAL, David A.; McCORMACK, Timothy L.H. (eds.). **The legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutional Vengeance?** Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 13-35.

⁹⁶² Na ruptura com a verdade individualizada residiria o valor da ruptura de Milosevic: “*by turning his accusing finger against the Tribunal and the forces that lay behind its creation and his own downfall, Milosevic, too, sought to write the history of the most recent Balkan wars as a continuation of the Great Power policy that had over again torn the peninsula into pieces, throwing its peoples against each other as part of a ruthless game of European domination*”. KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials. In: KOSKENNIEMI, Martti. **The Politics of International Law** (p. 171-197). Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 194.

⁹⁶³ “*the fact that Milosevic was on trial, and not Western leaders, presumed the correctness of the Western view of the political and historical context. As the context is part of the political dispute, the trial of Milosevic could only, from the latter’s perspective, be a show trial participation in which will already mean the admission of Western victory*”. KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials. In: KOSKENNIEMI, Martti. **The Politics of International Law** (p. 171-197). Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 184.

⁹⁶⁴ ICTY. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*. Caso n. IT-02-54-T (“*Kosovo, Croatia and Bosnia*”). Trial Chamber. **Decision on Assigned Counsel Application for Interview and Testimony of Tony Blair and Gerhard Schröder**. Decisão de 09 de dezembro de 2005. Sobre outras figuras mencionadas por Milosevic em sua defesa, veja-se: Milosevic files witness wish list. **BBC**, 14 de abril de 2004. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/3623985.stm>>. Acesso em: 05/04/2012.

show trials, caracterizados pela aceitação incontestada dos argumentos da acusação, justamente para se evitar a responsabilização de outros agentes internacionais⁹⁶⁵.

Diante desses problemas, torna-se necessário restringirem-se direitos de acusados em processos por crimes universais e, mais do que isso, criarem-se responsabilizações prévias dos acusados, garantindo uma opinião pública simbolicamente movida para a condenação e que torna impossível uma defesa eficiente pelo acusado. Por isso também é necessária a ritualização do processo, com a “pompa e a circunstância” inerentes ao processo penal internacional como *spettacolo* que é⁹⁶⁶. É inegável que a função simbólica do sistema repressivo induz na opinião pública (especialmente pela importante atuação da mídia) o alarme social capaz de produzir a integração social na luta contra o crime, como inimigo comum, o que retira o foco dos reais problemas sociais⁹⁶⁷.

Em suma, a individualização processual pode prejudicar a própria verificação da verdade na medida em que exonera da responsabilidade estruturas maiores do que o indivíduo, também responsáveis diretamente pelos crimes em julgamento⁹⁶⁸. Nas palavras de GALLI, “essa pretensão de justiça internacional com fortes tons morais mistifica e esconde as verdadeiras injustiças do planeta”⁹⁶⁹ e, porque seletiva, ignora contextos maiores de violência que permanecem inalterados. Essa condição restou evidente na atuação do TPI: ao julgar o caso Lubanga Dyilo, puniu-o por crimes menores (há acusação de outras condutas muito mais graves) e, portanto, mais fáceis de serem provados, garantindo um fácil primeiro sucesso ao Tribunal, e ignorou a violência em outros locais do mesmo país, onde a população ainda imagina se a justiça algum dia virá⁹⁷⁰.

⁹⁶⁵ KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials. In: KOSKENNIEMI, Martti, **The Politics of International Law** (p. 171-197). Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 185.

⁹⁶⁶ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1995, p. 7.

⁹⁶⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Terceira Edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 204. Na mesma linha: “*l’immagine della criminalità propagandata nel e attraverso il carcere, e la percezione di essa come minaccia per la società – minaccia addebitata al comportamento dell’individuo e non all’esistenza di conflitti sociali – fa deviare l’attenzione del pubblico più verso il ‘pericolo criminalità’ o verso le cosiddette ‘classe pericolose’ che alla violenza strutturale*”. BARATTA, Alessandro. I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva. In: MOCCIA, Sergio. **Diritti dell’Uomo e Sistema Penale – Volume I**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002 (p. 327-345), p. 338.

⁹⁶⁸ KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials. In: KOSKENNIEMI, Martti. **The Politics of International Law** (p. 171-197). Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 182.

⁹⁶⁹ GALLI, Carlo. Il Tribunale Penale Internazionale: Osservazioni sul Diritto, Politica e Morale. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008 (p. 185-190), p. 187.

⁹⁷⁰ CLARK, Phil. In the Shadow of the Volcano: Democracy and Justice in Congo. In: **Dissent: a Quarterly of Politics and Culture**. Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=724>>. Acesso em: 17/02/2012.

(b) Ao mesmo tempo em que a aplicação da justiça penal internacional, pela sua função simbólica, tem o condão de dispersar a atenção dos problemas e individualizar a verdade na personalização da responsabilidade criminal, ela também é capaz de concentrar o poder internacional pelo reforço do *status quo* nas relações de poder. Ao se constituir como única forma imprescindível de resolução dos conflitos internacionais, a justiça repressiva tende a monopolizar o discurso do poder através de um argumento de inevitável apelo ideológico: a necessidade do inevitável *rule of law* para a manutenção artificial de uma ordem pretensamente *natural*⁹⁷¹.

Como resultado, segundo ZOLO, reforça-se uma estrutura internacional estática, o que já havia se tornado evidente com a proscricção da guerra no modelo das Nações Unidas. De fato, a substituição do modelo da Westphalia por outro que centraliza o poder decisório no seio das Nações Unidas tanto é incapaz de evitar a guerra quanto se desenvolve no sentido de direcioná-la contra inimigos comuns, usando a própria justiça penal internacional para isso. O exemplo da Iugoslávia (e a transformação dos “piratas em corsários”⁹⁷², com o uso das forças da OTAN de forma legítima na guerra) e a sua seletividade deixa isso muito claro: organismos internacionais criados para evitar a guerra acabam receitando-a e convalidando-a sob rubricas tais como as temerárias *pre-emptive measures*. Daí as consequências graves como a dificuldade em definir-se o que seja o crime de agressão e a revisão do arcabouço normativo internacional desenhado para a proteção do indivíduo contra a atuação injusta do Estado⁹⁷³.

Aqui, a doutrina dos direitos humanos concede um aporte substancial ao papel simbólico da justiça penal internacional, pois se constitui em fundamento ideológico que justifica a aplicação da pena. Pela aproximação dos conceitos, constrói-se a crença de que a repressão penal é essencial à proteção dos direitos humanos, o que termina em um raciocínio lógico contrário de fácil assimilação: é a falta de repressão que causa as violações de direitos humanos.

A noção equivocada de “crimes contra os direitos humanos” provém dessa comum confusão, pois aproxima, como se fossem iguais, os conceitos de “direitos humanos” e “bem jurídico penal”. É importante que se esclareça que as duas coisas *podem* se confundir em um mesmo objeto, mas não são *necessariamente* iguais. O crime universal, por sua vez, não pode existir porque viola direitos humanos, mas, sim, porque viola bens jurídicos

⁹⁷¹ PAVARINI, Massimo. **I Nuovi Confini della Penalità**: Introduzione alla sociologia della pena. Seconda edizione. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 1996, p. 40-41.

⁹⁷² ZOLO, Danilo. **La Giustizia dei Vincitori. Da Norimberga a Baghdad**. Roma: Laterza, 2006, p. 19.

⁹⁷³ ZOLO, Danilo. **La Giustizia dei Vincitori. Da Norimberga a Baghdad**. Roma: Laterza, 2006, p. 03-47.

penalmente protegidos que, por razões históricas mais do que filosóficas, são universalmente aceitos como de proteção necessária – daí a identificação histórica de interesses a serem respeitados *universalmente*. Ademais, diante da complexidade e heterogeneidade do conceito, ao se dizer que o crime foi cometido contra os direitos humanos é essencial que se diga contra *quais* direitos humanos ele foi praticado, pois a proteção penal de uma categoria tão ampla como essa é, inclusive, violadora da taxatividade da lei penal.

Não é à toa que os crimes universais são caracterizados mais pela forma de execução e pelo dolo do que pelas suas condutas: na definição desses crimes, a um *caput* onde se dão as características gerais que compõem essa espécie criminosa seguem-se as formas pelas quais o crime é cometido – formas essas que em nada diferem de outros crimes comuns. O genocídio é uma espécie de homicídio, sequestro, lesões corporais, enfim, crimes comuns (que podem ser cometidos em massa ou não) animados por um especial intento; os crimes de guerra são crimes comuns cometidos em determinadas circunstâncias; os crimes contra a humanidade não passam de graves crimes cometidos, na forma do TPI, por exemplo, “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”⁹⁷⁴. As “violações de direitos humanos”, portanto, demandam um suporte fático onde se possam reconhecer, pois, sozinhas, a partir do termo “violações de direitos humanos” não querem dizer quase nada – certamente, nada do ponto de vista do Direito Penal.

Mas é inegável o importante apelo simbólico da expressão. Ao ser vinculada ao conceito de direitos humanos, a violação penal enseja a revolta unânime da coletividade e submete o acusado à condição especial de inimigo de toda a humanidade. Ora, embora se possa reconhecer a extrema gravidade dos crimes universais, não resta claro o que, exatamente, as qualifica como violações de direitos humanos. Veja-se que nem mesmo os documentos que dão supedâneo à justiça penal internacional mencionam a expressão “violações de direitos humanos”, “crimes de direitos humanos”, sendo os termos muito mais afeitos à doutrina e à jurisprudência internacional. Em outras palavras, essa é designação não legal, mas política, que acompanha a manifestação de juízes, governantes, operadores, pesquisadores etc., usada como instrumento poderoso capaz de justificar a justiça penal internacional como algo especial e excepcional, capaz de afastar, inclusive, os direitos humanos reconhecidos universalmente aos acusados de tais crimes.

⁹⁷⁴ Artigo 7º, do Estatuto do TPI.

Daí a função simbólica da expressão. De fato, os direitos humanos não encontram proteção *direta, efetiva e necessária* no sistema penal, funcionando apenas como símbolo que permite a justificação cosmética e o aumento desmedido do poder em geral (e do poder punitivo, em especial). Isso não quer dizer, obviamente, que uma atuação *consistente e limitada* dessa função simbólica não possa ser útil aos direitos humanos⁹⁷⁵. Nesse sentido, é até possível que a repressão penal possa servir à proteção de direitos humanos, mas não de forma direta, e sim, tangencial, pois os crimes não são cometidos contra a nebulosa idéia de direitos humanos (que são históricos, conflituosos e antinômicos, segundo BOBBIO⁹⁷⁶), mas, sim, contra bens jurídico-penais. Aliás, a tendência à ligação direta entre direitos humanos e proteção penal é extremamente arriscada, pois pode levar à criação de requisitos adicionais ao reconhecimento dos direitos humanos e seus efeitos, bem como conduz fatalmente a uma inflação penal⁹⁷⁷.

É por isso que é preferível falar em *ilícitos jushumanistas*, não em “crimes contra os direitos humanos”. Afinal, segundo ZAFFARONI, apenas Estados são capazes de violações de direitos humanos – contrariando, aqui, no plano penal, a chamada “eficácia horizontal” dos direitos humanos. De fato, segundo defende, os ilícitos jus-humanistas (*ilícitos iushumanistas*) têm sempre um componente de Estado, pois é ele (ou beligerantes que façam as vezes de Estado) quem viola as obrigações internacionais que assumiu ao deixar que o particular cometa crimes contra outras pessoas (lesionando, o particular, portanto, bens jurídicos), de ordem nacional ou internacional⁹⁷⁸.

Ao confundir os conceitos de direitos humanos e de bem jurídico – ainda que apenas segundo uma proposta política da doutrina e da jurisprudência – a atual justiça penal internacional segue em equivocado caminho, justamente porque maquia a utilidade de sua atuação por meio da simbólica pretensão de proteção dos direitos humanos universalmente aceitos. Nas palavras do professor argentino:

neste momento, o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos como uma espécie de *droit de droits* e o do poder punitivo internacional são incompatíveis, como sempre é o *iushumanismo* e o poder punitivo. No plano ideológico, os direitos humanos retomam os limites penais do século XVIII, ou

⁹⁷⁵ BARATTA, Alessandro. I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva. In: MOCCIA, Sergio. **Diritti dell’Uomo e Sistema Penale – Volume I**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002 (p. 327-345), p. 341.

⁹⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Décima edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992, especialmente p. 15-24.

⁹⁷⁷ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 141.

⁹⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Torno de la Cuestión Penal**. Buenos Aires: B deF, 2005, p. 124-125.

seja, de um movimento diacrônico (historicamente incompatível) com a *inquisitio* do século XIII, que é o caminho por onde caminha o poder punitivo internacional nos nossos dias (...) Na medida em que o direito internacional penal herde do direito penal dominante, o discurso legitimante do poder punitivo e se converta ele mesmo em um discurso legitimante dele, será contraditório com os direitos humanos.⁹⁷⁹

Portanto, a assunção de uma função simbólica é o caminho por onde o Direito Penal Internacional dos dias de hoje não pode ir. Se assim segue, é porque se trata de “um campo dominado por pessoas com treinamento alheio ao saber penal, ou seja, proveniente de agência políticas diplomáticas e das burocracias internacionais”⁹⁸⁰. Mas ao fazê-lo, como faz, assume o risco de se tornar em um mero instrumento de manutenção do *status quo* que serve, apenas, à repressão para satisfação da vingança social que se traveste na demanda pela proteção dos direitos humanos.

3.3. Conclusões

A noção de que a “*retribuição exemplar (...) que se dirige a todos os integrantes da comunidade jurídica*”⁹⁸¹ é capaz de evitar violações de direitos humanos parece, de fato, ter tomado conta do modelo de justiça penal internacional atualmente vigente. É isso que explica a sucesso e o apoio incondicional à criação bem sucedida de instituições punitivas internacionais destinadas a, em tese, frear as mais graves violações de direitos humanos pela dissuasão⁹⁸². Essa tendência atual, portanto, tem contornos repressivos inexoráveis e deixa ao encargo de tribunais penais internacionais o estabelecimento de um direito mínimo a ser aplicado por toda essa comunidade internacional bem como a realização direta da justiça penal internacional. Em outras palavras, assume-se uma política

⁹⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Torno de la Cuestión Penal**. Buenos Aires: B deF, 2005, p. 130.

⁹⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Torno de la Cuestión Penal**. Buenos Aires: B deF, 2005, p. 130.

⁹⁸¹ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1 – parte geral**. Sexta edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁹⁸² Nesse sentido, CASSESE: “*Infine, istituire processi internazionali – cui è associata una visibilità molto maggiore di quella di cui godono comunemente i processi interni – costituisce un indece significativo della volontà, da parte della comunità internazionale, di ‘tagliare con il passato’, sanzionando coloro che hanno deviato in modo inaccettabile dagli standard di rispetto dei diritti umani. Nell’irrogare sanzioni penali, la comunità internazionale esprime non tanto un intento ‘affittivo’, quanto un giudizio teso alla stigmatizzazione del comportamento deviante, nella speranza che ciò produca in verta misura un effetto deterrente. Infatti, è auspicabile che il ricorso in misura crescente ai tribunali internazionali, in particolare alla Corte Penal Internazionale, contribuisca a dissuadere coloro che operano all’interno degli apparati di governo statali dal commettere flagranti e sistematiche violazioni dei diritti umani*”. Em CASSESE, Antonio. **I Diritti Umani Oggi**. Bari: Laterza & Figli, 2007, p. 225.

internacional de aplicação da pena como garantia da proteção dos direitos humanos e da convivência pacífica entre as nações.

Todavia, há muito o Direito Penal reconhece a inutilidade dessa espécie de política criminal na prevenção do crime. Uma resposta meramente repressiva é insuficiente, tem contornos autoritários e não condiz com o sentido humanitário que se espera do Direito Internacional moderno. Afinal, uma estrutura repressiva forte e atuante é sinônimo de mera detecção de mais crimes e não de solução das causas que os produzem.

Por conta disso, não é à toa que se identificam tantos problemas sem solução nesse modelo repressivo baseado na tribunalização. Os tribunais penais internacionais *ad hoc* são evidentes nesse aspecto, pois têm problemas graves de funcionamento, custam muito, não produzem o suficiente e padecem de graves pressões políticas. O TPI, por sua vez, apesar de não ter sido ainda totalmente colocado à prova pela comunidade internacional, é objeto de muitas dúvidas práticas e teóricas, sendo muito sensível à ingerência política. Daí que esse modelo de justiça penal internacional repressivo e de atuação direta, devido a suas características especialíssimas e pela seletividade com que atua, é incapaz de produzir, ao fim e ao cabo, os resultados que promete.

Há, ainda, outra consequência perniciosa do processo de tribunalização como vem sendo desenvolvido – em especial pelo Estatuto de Roma. Esse documento, ao impedir a assinatura do tratado com ressalvas⁹⁸³, determina que os países-parte modifiquem seu sistema penal para se adequarem ao padrão internacional determinado no Estatuto por um consenso delicado entre as partes que não conseguiu ir além de um “direito *patchwork*”⁹⁸⁴ composto por porções inacabadas da experiência internacional. A imposição dessa construção sobre sistemas penais nacionais coesos, nos moldes do Estatuto de Roma, pode ser desastrosa porque, afinal, nem sempre essas modificações são melhoras nos sistemas nacionais. Pelo contrário, não é incomum que representem retrocessos na legislação penal e nos princípios penais constitucionalmente protegidos pelos países-parte, como acontece, no Brasil, com a questão da prisão perpétua⁹⁸⁵. Dessa forma, ademais, a “tribunalização”

⁹⁸³ Artigo 120 do TPI.

⁹⁸⁴ ABRAMS, Jason; RATNER, Steven. **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 331.

⁹⁸⁵ A adoção da prisão perpétua resultou de um compromisso, durante a Conferência de Roma, entre duas correntes representadas por aqueles que queriam a pena de morte (mormente os países de origem árabe) e aqueles que a não admitiam (os países europeus), surgindo a prisão perpétua como solução de compromisso. Quanto a esse debate, ver BOURDON, William; DUVERGER, Emmanuelle. **La Cour pénale internationale – Le statut de Rome**. Paris: Éditions du Seuil, 2000, p. 222; SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. Second edition; Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 166. Não se pode negar, assim, do ponto de vista do princípio penal da humanidade das penas

do Direito Penal Internacional pode ser responsável pela estandardização do Direito Penal e o sufocamento da riqueza jurídica internacional⁹⁸⁶ a partir de padrões nivelados por baixo, tanto do ponto de vista filosófico (vejam-se as discussões quanto aos fins da pena) quando do ponto de vista teórico-técnico (apenas a título de exemplo, veja-se o tratamento do erro no Estatuto de Roma⁹⁸⁷, desenhado sobre uma estrutura arcaica que há muito foi abandonada no sistema penal pátrio).

Diante dessas condições, a única explicação para a constituição e reforçamento de tal modelo de justiça penal internacional é a necessidade de constituição de um grande instrumento de controle e de legitimação da estrutura internacional tal como existe nos dias de hoje. Essa forma de materialização da justiça penal internacional serviria, sobretudo, a dar a aparência de que o poder está agindo, garantindo à comunidade internacional uma falsa imagem de segurança e permitindo-se, ao fundo, que se mantenha o atual *status quo*⁹⁸⁸. Desse ponto de vista, os tribunais penais internacionais seriam apenas paliativos aos problemas de violação dos direitos humanos, sendo, assim, estruturas meramente simbólica que servem a incutir na população a ideia de que se faz algo pelo bem da comunidade internacional. Daí a crítica de HEISMAN à decisão da Corte Internacional de Justiça no *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*⁹⁸⁹ quando se refere à necessidade de repressão para a prevenção de crimes universais:

e da pretensão ressocializadora da pena criminal, que esse dispositivo do Estatuto de Roma é, ao mesmo tempo, uma evolução (para os países árabes) e uma involução (para os países europeus e, também, para o Brasil).

⁹⁸⁶ Embora exista posicionamento contrário apontando a existência de um Direito Penal global, “modernamente (...) se rechaça por muitos a possibilidade de construir de modo completo o sistema dogmático do Direito Penal sobre a única base das verdades – supostamente permanentes e imutáveis – inerentes às estruturas lógico-objetivas”. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85.

⁹⁸⁷ O Estatuto de Roma ainda usa as expressões “erro de fato” e “erro de direito” no que toca à temática, posição abandonada em favor das noções de “erro de tipo” e “erro de proibição”, condizentes com o modelo finalista de delito. Embora se saiba que se trata de uma questão decorrente da experiência mista que caracteriza o Direito Penal Internacional (vinculado, ao mesmo tempo, à *civil law* e à *common law*), é de se perguntar se a vinculação ao Estatuto de Roma não pode produzir dúvidas quanto ao modelo de erro adotado no Brasil.

⁹⁸⁸ “When emotions are running high, people need clearly visible culprits, with governments only too eager to deliver them”. KÖCHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003, p. 9

⁹⁸⁹ ICJ. *Case Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. **Judgement**. Decisão de 26 de fevereiro de 2007. I.C.J. Reports 2007, p. 43.

Com respeito, esta tem sido há muito uma desculpa para *não* agir de forma a prevenir ou para assassinatos em massa. É uma manifestação do familiar segundo melhor remédio para assassinatos individuais em sistemas domésticos, mas faz pouco sentido no caso de crimes de massa.⁹⁹⁰

Também é grave a eleição de “clientes” especiais para a repressão internacional. Na medida em que a justiça penal internacional se exerce sempre sobre a mesma espécie de sujeitos, aproxima-se da figura do Direito Penal do inimigo que tende a apontar uma parcela da população mundial como objeto de repressão por conta de suas características distoantes do modelo padrão. Assim, enquanto para os países alinhados ao modelo tradicional de poder internacional aplicam-se as regras de respeito à soberania, para outros, que não a aceitam ou que dela discordam, existe uma justiça penal internacional repressiva ávida por apontar-lhes os crimes cometidos e constituí-los em *hostis humani generis*. De fato, dada a presente atuação dos tribunais penais internacionais, custa acreditar que sirvam para algo além de lançar sentenças contra indivíduos provenientes dos países menos fortes e mais pobres.

Portanto, parece evidente que o uso da justiça penal internacional como instrumento de poder tem na criação dos tribunais penais internacionais uma manifestação que pode ser muito perigosa. A respeito dos efeitos dessa prevenção geral, é interessante a lembrança trazida por ZAFFARONI e PIERANGELI que, ainda que desenhada para o direito penal interno, parece também se aplicar perfeitamente ao plano internacional:

A prevenção geral se opera, pois, baseada nos mecanismos inconscientes da multidão anônima, que são os mesmos mecanismos com que opera a ‘Lei de Lynch’. Pode o direito penal perseguir os seus fins por tais meios? Pode o direito penal ser o instrumento da vingança da multidão anônima? Pode o direito penal alimentar o irracionalismo vingativo para conseguir o controle social? A resposta a estas perguntas depende do direito penal de que estivermos tratando. O direito penal do Estado autoritário não tem inconveniente em admitir tais meios. O direito penal de um Estado de Direito, que aspira a formar cidadãos conscientes e responsáveis, ao contrário, tem o dever de evidenciar todo o irracional, afastá-lo e exibi-lo como tal, para que seu povo tome consciência dele e se conduza conforme a razão. O direito penal que faça isso mostrará uma autêntica aspiração ética e liberadora; o outro será um puro instrumento de dominação.⁹⁹¹

⁹⁹⁰ REISMAN, W. Michael. Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder. In: **Case Western Reserve Journal of International Law** (2007-2009), n. 40 (p. 57-85), p. 81 (tradução livre).

⁹⁹¹ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume 1 – parte geral. Sexta edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 93-94.

A mesma crítica também se sustenta do ponto de vista da moderna teoria do Direito Internacional. Afinal, atualmente, não são poucos os debates sobre as suas propostas⁹⁹² mesmo quando se trata da proteção dos direitos humanos e seus desdobramentos⁹⁹³. Não poderia ser diferente: o Direito Internacional e as relações internacionais passam desde os anos oitenta e noventa por uma crise de valores⁹⁹⁴. Em que pese o desenvolvimento internacional no sentido de se protegerem os direitos humanos⁹⁹⁵, caos econômico, guerras, fome, corrida armamentista, danos ambientais e uma grande gama de problemas ainda se apresenta reinante. Isso parece demonstrar a necessidade de se rediscutirem os caminhos do Direito Internacional e das relações internacionais atuais. Nesse sentido, cada vez mais se forma uma doutrina crítica, onde autores como KOSKENNIEMI, KENNEDY e ZOLO demonstram como a estrutura normativa internacional não serve a outra coisa que não a garantia do *status quo*⁹⁹⁶.

Da mesma forma, porque os tribunais penais internacionais fazem parte dessa estrutura de poder, e porque se fundamentam nos parâmetros-padrão do sistema internacional e nos “princípios internacionalmente aceitos”, também eles precisam rever seus objetivos e propostas para que não terminem por servir a uma minoria⁹⁹⁷, bem como precisa ser revista a tendência a uma “proliferação de tribunais”⁹⁹⁸, especialmente no plano penal.

⁹⁹² Em texto da década de cinquenta, já mencionava SCHWARZENBERGER: “*the inherent weakness of international law in an overriding system of power politics; an understandable temptation to hide this state of affairs from oneself and others by means of elaborate images; the inflated position of doctrine among the law-determining agencies in this field; and a revivalist movement towards a new naturalism which lacks so conspicuously the innocence of mind and the early naturalists – all bear their measured share in producing the phenomenon of evangelist international lawyer*”. SCHWARZENBERGER, Georg. The problem of an International Criminal Law. In: DUGARD, John; VAN DEN WYNGAERT, Christine. **International Criminal Law & Procedure**. Aldershot: Dartmouth, 1996 (p. 263-296), p. 263.

⁹⁹³ Nesse tocante, é interessante a colocação de KENNEDY: “*the generation that built the human rights movement focused its attention on the ways in which evil people in evil societies could be identified and restrained. More acute now is how good people, well-intentioned people in good societies, can go wrong, can entrench, support, the very things they have learned to denounce*”. KENNEDY, David. The International Human Rights Movement: Part of the Problem?. In: **Harvard Human Rights Journal**, volume 15, 2005, p.101-125, p. 125.

⁹⁹⁴ MESSARI, Nizar; NOGUEIRA, João Pontes. **Teoria das Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 187.

⁹⁹⁵ LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

⁹⁹⁶ “*The ‘international community’ remains still much more a ‘floating signifier’ whose point it is to articulate particular (political) claims in a universal garb rather than a sociological datum*”. KOSKENNIEMI, Martii. International Legislation Today: limits and possibilities. In: **Wisconsin International Law Journal**, vol. 23, n. 1, 2005 (p. 61-92), p. 90/91.

⁹⁹⁷ WEIL, Prosper. Towards Relative Normativity in International Law. In: **American Journal of International Law**, n. 77, 1983 (p. 413-442), p. 441.

⁹⁹⁸ KINGSBURY, Benedict. Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?. In: **New York University Journal of International Law and Politics**, n. 31, vol. 4, 1999, p. 679-696.

Resumir o Direito Penal Internacional a uma atuação *a posteriori*, baseada na inexorável repressão internacionalizada, portanto, não é o suficiente. Mais do que isso, arrastar figuras arcaicas e inoperantes do direito penal para a esfera internacional, como a promessa preventiva da prevenção geral e a ilusão da segurança jurídica pela pena⁹⁹⁹, não serve a muito mais do que criar instrumentos de fundamentação da dominação dos países que detém o poder sobre aqueles que não o têm¹⁰⁰⁰. Finalmente, essa proposta cria o risco de que se instaure aquilo a que DELMAS-MARTY chamou de “guerra contra o crime” e que produz uma nova espécie de fundamentalismo que permite qualquer excesso de poder punitivo autoritário no combate a alguns crimes¹⁰⁰¹ – o que se poderia chamar de *fundamentalismo humanitário* e que se sustenta nas mesmas equivocadas e autoritárias bases de qualquer fundamentalismo. O Direito Penal Internacional é capaz de algo muito maior.

⁹⁹⁹ Sobre o tema, ver ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal**. Segunda edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹⁰⁰⁰ MESSARI, Nizar; NOGUEIRA, João Pontes. **Teoria das Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

¹⁰⁰¹ DELMAS-MARTY, Mireille. Chances et risques d’une justice pénale internationale. In: **Archives de philosophie du droit: Le droit penal – Dossier: La bioéthique en débat**, n. 53 (p. 96-117). Paris: Dalloz, 2010, p. 108.

D – POR UMA POLÍTICA CRIMINAL UNIVERSAL

1. A Necessidade de uma Política Criminal Universal

É preciso reiterar, como visto anteriormente, o fracasso dos fins clássicos da pena: de fato, tanto a retribuição não se sustenta, pelo seu evidente caráter irracional, quanto a prevenção, em todas as suas formas, recusa-se a produzir os efeitos que promete. Além disso, no que toca aos efeitos dessas construções, tanto a retribuição quanto a prevenção tendem a assumir posições perigosas nas mãos de Estados de Polícia, sendo que suas próprias existências, como justificantes das opções dos Estados, podem, por si só, abrir a caixa de Pandora liberando os *fantasmas orwellianos* de que nos fala PAVARINI¹⁰⁰².

Diante da derrocada da “pena jurídica”, a tentação pela adoção do pensamento abolicionista é enorme. De fato, ao demonstrarem criticamente que a pena não se sustenta em um Estado de Direito, os abolicionistas impelem a sociedade à busca por algo melhor, capaz de substituir a resposta penal tradicional por uma nova proposta construtiva. O problema é justamente o que se por em seu lugar, dado o fato de que todas as propostas até então imaginadas (a justiça restaurativa, a “busca pela verdade” etc.) acabam priorizando opções políticas ou, de um jeito ou de outro, desprotegendo a porção mais fraca da sociedade.

Mas, se falham as tradicionais justificativas para a pena e se a proposta abolicionista não parece garantista o suficiente, que resta para justificar a sua natureza? É nessa condição que uma nova forma de olhar para a sanção criminal precisa ser buscada e desnudada – e nesse sentido, o giro importante dado pelas teorias negativas da pena podem representar uma justificação saudável e útil para o direito de punir, mesmo no plano internacional. Ora, a proposta negativa dá conta dessa missão justamente porque não se preocupa com a busca por fins da sanção penal – e nem deve, pois a tarefa da justificação jurídica da pena é ingrata. Ao mesmo tempo, não se pode abrir mão da pena, pois se tratando de uma manifestação da própria soberania (aqui, deixe-se claro, no que toca ao plano interno) ela é simplesmente inevitável. Afinal, com a transferência da autotutela penal para o Estado, a prestação da justiça criminal é imprescindível como manifestação do

¹⁰⁰² GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, p. 10.

próprio princípio democrático e, então, nesse contexto, sua existência é mesmo imperiosa em um Estado democrático de Direito. Assim, como entender a pena?

1.1. A natureza política da pena internacional

É necessário compreender a pena pelo que ela efetivamente é, ou seja, uma manifestação do poder político. É a partir desse fundamento que ZAFFARONI desenvolve sua crítica marginal ao poder de punir, identificando que as teorias justificadoras da pena são, na verdade, justificadoras apenas do poder do juiz como instrumento burocrático do Estado – nas palavras do autor, como *agências punitivas*¹⁰⁰³. Por isso, não é possível, e mesmo necessário, justificar a pena por meio das teorias positivas, pois não se prestam a tanto. Mais importante do que isso, é reconhecer a pena como uma realidade que tem substrato político, “desapegada de qualquer fim nobre”¹⁰⁰⁴, sendo seu fundamento jurídico uma mera justificativa (“fins declarados”) que escamoteia seus “fins reais”. É por isso que a pena, na proposta zaffaroniana, aproxima-se da noção de guerra.

Ora, assim como a guerra é um instrumento meramente político (que até pode encontrar justificativa jurídica, mas que se baseia realmente nas propostas políticas de um Estado), a pena também o é. Essa ideia não é propriamente nova e ZAFFARONI indica de onde vem: em uma construção jurídico-penal brilhante para o tempo em que foi concebida, pois antecipa em muito as próprias conclusões da Criminologia Crítica do século XX, TOBIAS BARRETO coliga o conceito de pena ao de guerra ao afirmar que “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”¹⁰⁰⁵ porque, afinal, como a guerra, “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”¹⁰⁰⁶. De fato, como propostas políticas, pena e guerra dispensam qualquer fundamento jurídico. E também como propostas

¹⁰⁰³ ZAFFARONI se refere a uma complexa rede que compõe o sistema penal, composto que é de agências políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação social, de reprodução ideológica, internacionais e transnacionais. Sobre esse tema, ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal – Parte General**. Segunda edición. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 18 e seguintes (especialmente, p. 19).

¹⁰⁰⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Terceira edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 149.

¹⁰⁰⁵ BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. In: **Estudos de direito**. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editora, 1892 (p. 131-179). Republicado em **Revista dos Tribunais**, ano 85, volume n. 727, maio de 1996 (p. 639-650), p. 650.

¹⁰⁰⁶ BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. In: **Estudos de direito**. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editora, 1892 (p. 131-179). Republicado em **Revista dos Tribunais**, ano 85, volume n. 727, maio de 1996 (p. 639-650), p. 649.

políticas encontram no direito, ambas, uma limitação, de forma que a relação entre pena e direito não pode ser de fundamentação, mas, sim, de limite.

É também nesse sentido que ZAFFARONI *et al.* entendem adequado aproximar o Direito Penal do Direito Humanitário Internacional para uma análise eficiente da sua natureza. Ao reconhecer que a guerra é uma proposta política e que, como tal, não pode ser efetivamente evitada, resta ao Direito Humanitário Internacional a opção de limitar os efeitos da guerra, colocando propostas de moderação aos conflitos bélicos, tornando-os mais humanos¹⁰⁰⁷. Daí seu sucesso: embora possa ser debatido nos seus limites e alcance, o Direito Humanitário Internacional é extremamente prestigiado pelos efeitos humanizadores que produz e, sobretudo, *por lançar luzes de Direito e justiça* dentro do fenômeno extremo (e político) dos conflitos armados. Da mesma forma, o Direito Penal deve reconhecer que a pena como manifestação do poder de punir não tem razão ou fundamento jurídicos, sendo pura manifestação política e, assim, demandando limitação pelo próprio Direito.

Aliás, note-se que a pena é um instrumento que tende à busca pela eficácia extrema, como se percebe no plano interno pela condição do sistema prisional, onde tanto maior quanto seja o número de vagas no sistema prisional, ainda maior será a superlotação carcerária. Para BARRETO, escrevendo com notável clareza ainda no século XIX:

Todo sistema de forças vai atrás de um estado de equilíbrio; a sociedade é também um sistema de forças, e o estado de equilíbrio que ela procura, é justamente um estado de direito, para cuja consecução ela vive em contínua guerra defensiva, empregando meios e manejando armas, que não são sempre forjadas, segundo os rigorosos princípios humanitários, porém que devem ser sempre eficazes. Entre estas armas está a pena¹⁰⁰⁸.

A partir dessa compreensão, torna-se muito clara a opção de JAKOBS pelo Direito Penal do Inimigo – e justifica-se a naturalidade da sua construção, bem como a notória aceitação popular das suas indicações. Efetivamente, a partir da aproximação das noções de pena e de guerra é possível entender o fundamento que dá JAKOBS ao seu Direito Penal do Inimigo: um direito de guerra contra aquele que não respeita as regras comuns –

¹⁰⁰⁷ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 108-109.

¹⁰⁰⁸ BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. In: **Estudos de direito**. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editora, 1892 (p. 131-179). Republicado em **Revista dos Tribunais**, ano 85, volume n. 727, maio de 1996 (p. 639-650), p. 650.

aquilo que, de forma aproximada, DONINI chamou de um direito de luta¹⁰⁰⁹. Em JAKOBS não se pretende retribuir o inimigo ou prevenir seus crimes por meio do seu *amansamento*. O que a proposta do Direito Penal do Inimigo pretende é *anular* o inimigo pela sua consideração como não-cidadão (eventualmente, até, pela sua destruição física ou moral, com institutos como a pena de morte ou a tortura), conquistando território para os cidadãos que compartilham das mesmas noções sociais defendidas pelo Estado que pune. Não se trata, portanto, da aplicação de uma sanção, mas, sim de uma guerra contra o inimigo.

É PAVARINI que efetivamente dá a real dimensão da aproximação do conceito de pena e de guerra ao apontar o erro de JAKOBS em uma dimensão quantitativa, pois a justiça penal do inimigo não é excepcional, na medida em que o Direito Penal constrói o seu inimigo no dia-a-dia do cárcere. Dessa forma, o que para JAKOBS é exceção, para PAVARINI é a regra¹⁰¹⁰. Em outras palavras, como proposta política de guerra ao inimigo, o alcance do Direito penal tende ao infinito.

Colocando-se as coisas no lugar, portanto, o debate entre retribucionistas e prevenicionistas não importa mais, pois o que interessa é que a pena, tenha fim nobre ou não, seja direcionada para a prevenção, para a retribuição ou para outra proposta qualquer, é sempre ato de natureza política que demanda limitação pelo plano jurídico. Daí que a função do Direito Penal não pode ser outra que não a limitação do poder de punir, o que o situa adequadamente ao lado da construção histórica dos direitos humanos como figura de limite do poder do Estado. Nesse contexto, o Direito Penal como limite ao *ius puniendi* do Estado é um Direito Penal antropologicamente fundamentado, de matriz e cunho liberal e que corresponde à busca pela proteção do indivíduo e seus direitos contra os abusos do Estado.

No plano internacional, não se revela outra proposta para a pena. Aliás, mais até do que nacionalmente, a pena internacional é manifestação clara da política e das relações entre Estados e eleva à máxima importância uma justificação negativa para a sanção penal.

Como lembra KOSKENNIEMI, e como fica claro da experiência internacional, o Direito Internacional é um plano de oposições¹⁰¹¹. De fato, a discussão eterna entre a

¹⁰⁰⁹ DONINI, Massimo. Diritto Penale di Lotta. Ciò Che il Dibattito sul Diritto Penale del Nemico non Deve Limitarsi a Esorcizzare. In: **Studi sulla Questione Criminale – Nuova serie di Dei delitti e delle pene: La Giustizia Penale Ostile**, Anno II, n. 2 (p. 55-83). Roma: Carocci Editore, 2007.

¹⁰¹⁰ PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un'introduzione. In: **Studi sulla Questione Criminale – Nuova serie di Dei delitti e delle pene: La Giustizia Penale Ostile**, Anno II, n. 2 (p. 07-20). Roma: Carocci Editore, 2007, p. 11.

¹⁰¹¹ KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

doutrina da soberania e a doutrina das fontes¹⁰¹² impregna o Direito Internacional e constitui a sua essência¹⁰¹³, revelando-o, de certa forma, em comparação com o Direito interno, também uma disciplina mais rudimentar¹⁰¹⁴. O próprio século XX é a principal demonstração dessa oposição, na medida em que a sua construção histórica veio no sentido de opor uma proposta inicial de valoração absoluta da soberania a uma subsequente, e importante, construção de um complexo normativo limitador dessa soberania¹⁰¹⁵. No final do século XX e início do século XXI essa tensão é ainda mais proeminente e absolutamente identificável nos debates mais sensíveis do Direito Internacional.

De fato, o aumento da normatividade em um plano de agentes iguais e sem clara submissão a uma ordem superior tem uma característica muito diferente da mesma condição realizada no plano nacional, onde todos os agentes se submetem ao Estado: afinal, a regulação normativa interna, construída sob um marco da valorização da legalidade, implica dificuldades de ordem substancialmente prática, solucionáveis por critérios jurídicos mais ou menos claros e eficientes. A lei provém do alto e, carregada da autoridade estatal, torna-se objeto de interpretação limitada a paradigmas definidos constitucionalmente. Já no plano internacional, todavia, segundo LAFER, o mundo normativo se relaciona de forma mais problemática com a realidade¹⁰¹⁶. Ao lembrar a obra de BOBBIO¹⁰¹⁷, LAFER menciona a guerra como identificador dessa condição complexa da realidade internacional, onde a relação entre direito e força é diversa, dada a fluidez da distinção entre violência lícita e ilícita¹⁰¹⁸.

Essa condição é natural. Ora, a arena do Direito Internacional contemporâneo é o local onde se digladiam opções políticas e modelos jurídicos contraditórios que, em conjunto, estruturam as relações internacionais de forma muito mais complexa do que

¹⁰¹² KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 574. Sobre o tema, ainda, KOSKENNIEMI, Martii. **Between Apology and Utopia: The Politics of International Law**. In: **European Journal of International Law** (1990), n. 1 (p. 04-32).

¹⁰¹³ KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 573.

¹⁰¹⁴ WEIL, Prosper. **Towards Relative Normativity in International Law**. In: **American Journal of International Law**, n. 77, 1983 (p. 413-442), p. 413.

¹⁰¹⁵ No plano do Direito Penal Internacional, veja-se a oposição da lógica de Lótus e da lógica de Nuremberg, desenvolvida por PERRONE-MOISÉS. PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional Penal**. Barueri, SP: Manole, 2012.

¹⁰¹⁶ LAFER, Celso. Prefácio a **Direito Internacional Penal**. In: PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional Penal** (p. xi-xxix). Barueri, SP: Manole, 2012, p. xviii.

¹⁰¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Direito e Guerra**. In: BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz** (p. 117-135). São Paulo: UNESP, 2003.

¹⁰¹⁸ LAFER, Celso. Prefácio à Edição Brasileira – Bobbio e as Relações Internacionais. In: BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente: Ensaio e Discursos sobre a Paz e a Guerra** (p. IX-L). Barueri/SP: Manole, 2009, p. XXIII.

aquelas relações similares ocorrentes no plano nacional. Essa complexidade em geral opõe a necessidade de construção de instrumentos legais, capazes de ensejar certa segurança normativa, à adoção de parâmetros de solução de conflitos mais abertos à consecução dos objetivos da comunidade internacional. Assim, segundo KOSKENNIEMI, as relações internacionais e as questões jurídicas do Direito Internacional podem ser apresentadas sempre segundo uma oposição entre binômios, especialmente o instrumentalismo/pragmatismo, que ensejam um eterno conflito¹⁰¹⁹.

É nesse sentido que o internacionalista finlandês constrói uma “gramática do Direito Internacional¹⁰²⁰,” pela oposição entre a soberania e as fontes ou, mais genericamente, entre a concretude e a normatividade, indicando a impossibilidade de reconhecimento de apenas uma das opções como a solução para questões internacionais. Pode-se dizer que depois da Primeira Guerra Mundial, o Direito Internacional construído no século XIX sofreu críticas a partir de diversos pontos de vista, mas duas posições centrais, em oposição, representavam o centro das discussões. Uma parte da doutrina (KELSEN, por exemplo) criticou o Direito Internacional até então construído por conta de sua exagerada vinculação às políticas estatais já que, por darem muito espaço para a soberania (e, mais do que isso, para um conceito “absoluto” de soberania), as soluções de Direito Internacional teriam falhado e o resultado teria sido a guerra. Daí o fomento à compreensão da necessidade de um *rule approach* ao Direito Internacional pela construção de instrumentos legais capazes de reforçar o seu caráter normativo, como forma de contrabalançar as políticas estatais manifestadas no exercício da soberania¹⁰²¹.

Em outro ponto de vista, as críticas eram diferentes. A falha do Direito Internacional seria a inocente crença, sem garantia, na utopia de que os Estados se comportariam como em um congresso e atenderiam a interesses comuns em detrimento de suas soberanias. Essa crença teria ignorado a realidade dos nacionalismos emergentes (identificadores claros da força da soberania) e as importantes mudanças sociais e tecnológicas que tinham lugar à época. Segundo essa crítica a resposta internacional depende de um *political approach*, pois o Direito Internacional só pode ser relevante se

¹⁰¹⁹ KOSKENNIEMI, Martii. What is International Law For? In: EVANS, M. (ed.). **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 1993 (p. 89-116), p. 90-91.

¹⁰²⁰ KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

¹⁰²¹ KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law. In: **European Journal of International Law**, n. 1, 1990 (p. 04-32), p. 10.

levar em conta o contexto social de política internacional – o que importa, no Direito, afinal, é a sua eficácia, não a sua validade¹⁰²².

Obviamente, segundo a leitura de KOSKENNIEMI, as críticas mútuas dessas posições são reconhecíveis: um *political approach*, característico de posições céticas (e, portanto, cínicas), baseia-se na concretude e é criticável por ser apologética; um *rule approach* é característico de uma posição idealista (assim, contraditória) que se funda na normatividade e em uma irrealizável utopia. E, segundo essa oposição argumentativa estrutural, a história do Direito Internacional tem-se fundamentado em flutuações em que variam uma maior aderência ora à soberania, ora às fontes¹⁰²³, e por isso a histórica oposição entre concretude e normatividade. Enquanto a concretude se vincula a um Direito Internacional fundado à proximidade da soberania dos Estados, a normatividade pretende o oposto, ou seja, afastar o Direito Internacional dessa condição pela construção de um sistema normativo asséptico e independente dos efeitos diretos do poder estatal. A concretude pretende se vincular ao que constrói estruturalmente o Direito, ou seja, à soberania dos Estados – daí o seu caráter de apologética. A normatividade pretende se aproximar de conceitos gerais independentes da política estatal, tais como a busca pela paz ou pelos direitos humanos (e daí sua qualificação como utópica), e o faz através do reforço das normas internacionais – sendo por isso que está vinculada à noção de fontes do Direito¹⁰²⁴.

É desse conflito, aliás, que KOSKENNIEMI retira o seu tema central de trabalho, como reconheceu LAFER¹⁰²⁵, segundo o qual não se pode esgotar o Direito Internacional em uma única opção pela concretude ou pela normatividade, pois a própria estrutura da disciplina é fundamentada na pluralidade de sentidos e, por isso mesmo, assemelha-se a um idioma. É essa a própria “condição de possibilidade” da experiência do Direito

¹⁰²² KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law. In: **European Journal of International Law**, n. 1, 1990 (p. 04-32), p. 11.

¹⁰²³ KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 575.

¹⁰²⁴ Nas palavras de KOSKENNIEMI: “An argument about concreteness is an argument about the closeness of a particular rule, principle or doctrine to state practice. But the closer to state practice an argument is, the less normative and the more political it seems. The more it seems just another apology for existing power. As argument about normativity, on the other hand, is an argument which intends to demonstrate the rule’s distance from state will and practice. The more normative a rule, the more political it seems because the less it is possible to argue it by reference to social context. It seems utopian and – like theories of natural justice – manipulable at will”. KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law. In: **European Journal of International Law**, n. 1, 1990 (p. 04-32), p. 08.

¹⁰²⁵ LAFER, Celso. Prefácio a Direito Internacional Penal. In: PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional Penal** (p. xi-xxix). Barueri, SP: Manole, 2012, p. XX.

Internacional¹⁰²⁶, para o qual, portanto, a política não é um degenerativo, mas uma fundamentação decisiva a ser reconhecida¹⁰²⁷.

Essa condição peculiar poderia ser explicada na própria forma de solução das controvérsias internacionais. No Direito Internacional a construção normativa realizada entre iguais potencializa a questão da interpretação em outro nível: o da própria linguagem do Direito Internacional. Afinal, a norma formal passa a ser objeto de interpretação mais livre, carregada das opções do intérprete que, de alguma forma – dados os diferentes caracteres sociais, políticos, ideológicos etc. – estão vinculadas a uma proposta nacional única que não se repete, mesmo entre Estados similares, pois variações estão sempre presentes. Em outras palavras, inexistindo uma estrutura de poder superior da qual provenha a matriz interpretativa, mesmo algo estável como a norma perde para a concretude: o texto formal cede à interpretação soberana. Daí ser possível dizer que o Direito Internacional padece de certa esquizofrenia, que vem identificada em um amplo espectro de casos¹⁰²⁸, mas, sobretudo, no que diz respeito à segurança internacional e no uso da força – as questões mais *politicamente* delicadas nas relações internacionais.

Mas a questão da norma internacional é ainda mais profunda e ultrapassa a mera dificuldade hermenêutica. De fato, o Direito construído no plano internacional não tem o mesmo cariz daquele nacional e a análise da sua estrutura, conforme levada a cabo por KOSKENNIEMI, identifica claramente essa realidade. Para o autor finlandês, as dificuldades do Direito Internacional não se dão no plano da indeterminação da norma internacional e da sua interpretação, mas em um nível anterior muito mais profundo, aquele da própria interrelação entre as normas, as doutrinas e os princípios, algo que constitui uma estrutura especial do discurso legal internacional e que extrapola a problemática das normas pensadas isoladamente¹⁰²⁹. Por causa disso, as regras de Direito Internacional são carregadas de uma *indeterminação* profunda, muito adiante da mera ambivalência das palavras dos textos normativos ou das decisões internacionais¹⁰³⁰, o que impossibilita a solução clara de controvérsias internacionais apenas pelo Direito. Isso é

¹⁰²⁶ KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 565.

¹⁰²⁷ KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law. In: **European Journal of International Law**, n. 1, 1990 (p. 04-32), especialmente p. 27-31.

¹⁰²⁸ BLOKKER, Niels; SCHERMERS, Henry G. **International Institutional Law**. Fourth edition. Boston/Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 869 e seg.

¹⁰²⁹ JOUANNET, E. Koskeniemi: A Critical Introduction. In KOSKENNIEMI, Martii. **The Politics of International Law** (p. 01-32). Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011, p. 11.

¹⁰³⁰ Sobre a noção de *indeterminação* do Direito Internacional em KOSKENNIEMI, veja-se KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 590 e seguintes.

demonstrado por uma jurisprudência internacional extremamente fluída, variável por vezes em favor do reforço da “soberania”, outras, em defesa da doutrina das “fontes”¹⁰³¹.

Essa profunda e estrutural indeterminação existe justamente de forma a ensejar que o Direito Internacional – como normas ou jurisprudência, enfim – garanta a acomodação de posições contraditórias que permitam argumentações teóricas plausíveis construídas sobre quaisquer pontos de partida políticos. Daí a inegável característica do Direito Internacional de permitir “a defesa de *qualquer* sentido de ação – inclusive o desvio de uma regra clara – por argumentos profissionalmente impecáveis”¹⁰³².

Eis, aqui, portanto, o principal identificador da proposta de KOSKENNIEMI, que é plenamente aceitável e de extrema utilidade pela clareza e esclarecimento que dá ao Direito Internacional, qual seja, o papel incontornável da política. Na medida em que está impregnada na própria estrutura argumentativa internacional, a política é inevitável: “as soluções adotadas e decisões tomadas não mais têm suas justificações definitivas na linguagem formal da lei; na verdade, elas pertencem ao mundo real da política – que é aquele da determinação e do comprometimento, tanto quanto é o da manipulação e da exploração”¹⁰³³. Por isso, é impossível fazer decisões materiais dentro da lei que não impliquem escolhas políticas¹⁰³⁴.

É nesse sentido que o mito da neutralidade da lei (dentre outros¹⁰³⁵ que baseiam uma crença quase messiânica nos tribunais penais internacionais) e da sua independência diante da política não se sustenta. Aliás, essa independência não se pode reconhecer nem mesmo no que toca aos instrumentos normativos de direitos humanos, pois também esses tratados são instrumentos de cunho político, como evidenciado na construção de dois pactos de direitos humanos estanques em 1966, um referente aos direitos civis e políticos e outro referente aos direitos econômicos, sociais e culturais. Pelo bem ou pelo mal, o primeiro exulta os valores liberais; o segundo, aqueles socialistas – o que representa claramente o recorte político da Guerra Fria.

¹⁰³¹ KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 575.

¹⁰³² KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 591 (tradução livre).

¹⁰³³ JOUANNET, E. Koskenniemi: A Critical Introduction. In: KOSKENNIEMI, Martii. **The Politics of International Law** (p. 01-32). Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011, p. 12 (tradução livre).

¹⁰³⁴ KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law. In: **European Journal of International Law** (p. 04-32), n. 1 (1990), p. 31.

¹⁰³⁵ MEGRET, Frédéric. Three Dangers for the International Criminal Court: a Critical Look at a Consensual Project. In: **Finnish Yearbook of International Law** (p. 193-247), v. XII, 2001, p. 239.

Como consequência, reconhecer que a própria lei não é neutra, mas existe aberta às influências políticas – na verdade, existe *como* política – torna o direito internacional um instrumento vivo e dá ensejo a diversas justificativas “jurídicas” para os conflitos internacionais. Convivem, em certa harmonia, ainda que em oposição, proposições contraditórias para qualquer evento internacional ou questão entre Estados, havendo sempre um argumento onde se firmar. Essa característica é evidenciada na análise do caso do bombardeio da OTAN ao Kosovo em 1999, que acabou justificado no plano internacional ainda que tenha sido claramente (formalmente) ilegal¹⁰³⁶. KOSKENNIEMI ainda identifica essa condição também no silêncio constrangedor da Corte Internacional de Justiça na sua “solução” *non liquet* à questão da licitude das armas nucleares, onde muito se escreveu para se concluir que o uso de armas nucleares não é legal, nem ilegal¹⁰³⁷.

O autor finlandês, apresentando a sua profunda crítica ao modelo liberal dentro do qual o Direito Internacional foi construído, ainda identifica o problema dessa crença: imaginar que a decisão baseada na lei é neutra (uma assunção falaciosa do liberalismo internacional), e que, portanto, seria justa, é uma ilusão, além de extremamente danosa porque se funda na supremacia de *experts* e burocratas em detrimento da efetiva construção de soluções políticas¹⁰³⁸. Como consequência, “nenhuma teoria letal, norma ou princípio é capaz de fornecer os instrumentos de sua própria justificação: a estrutura argumentativa do discurso torna toda e qualquer posição fundamentalmente impossível de ser decidida”¹⁰³⁹.

Isso não implica a descrença absoluta na lei – apenas confirma o fato de que ignorar o viés político das decisões alegadamente baseadas *apenas* na lei implica o crescimento da

¹⁰³⁶ KOSKENNIEMI, Martii. ‘The Lady Doth Protest too Much’: Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law. In: **The Modern Law Review**, vol. 65, n. 2, March 2002 (159-175).

¹⁰³⁷ KOSKENNIEMI analisa a decisão da Corte Internacional de Justiça em *Legality of the Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion* reconhecendo a difícil opinião da Corte em um caso que, para o autor, sequer poderia ter sido proposto. Diante das posições políticas existentes sobre a questão, as soluções possíveis para a Corte “*would have entailed a collision between law and politics, politics being understood either as the structure of the world’s politico-military system or a generally shared politico-humanitarian ethics. In neither conflict could it confidently have been expected that the law would have prevailed*”. KOSKENNIEMI, Martii. Faith, Identity and the Killing of the Innocent: International Lawyers and Nuclear Weapons. In: **Leiden Journal of International Law**, 1997, n. 10 (p. 137-162), p. 143. Ver também a opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça de 08 de Julho de 1996, sobre a questão *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. ICJ. Caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion of 8 July 1996*. Decisão de 8 de julho de 1996. I. C. J. Reports 1996, p. 226.

¹⁰³⁸ JOUANNET, E. Koskenniemi: A Critical Introduction. In: KOSKENNIEMI, Martii. **The Politics of International Law** (p. 01-32). Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011, p. 13.

¹⁰³⁹ JOUANNET, E. Koskenniemi: A Critical Introduction. In: KOSKENNIEMI, Martii. **The Politics of International Law** (p. 01-32). Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011, p. 13 (tradução livre).

burocratização e tecnocracia do Direito Internacional, condição evidenciada, sobretudo, no plano da proteção dos direitos humanos. Afinal, um viés pernóstico da doutrina dos direitos humanos precisa ser reconhecido: ao se cristalizarem como modelo e parâmetro internacional indiscutível, os direitos humanos petrificam a estrutura jurídica e excluem do processo construtivo do Direito opções que não sejam reconhecidas ou traduzíveis nos termos da argumentação jushumanista¹⁰⁴⁰. É uma das críticas que KENNEDY, por exemplo, faz à doutrina dos direitos humanos: ela enxerga as questões-problema do Direito Internacional de forma muito estreita¹⁰⁴¹, impedindo outras propostas e limitando a análise a um modelo único do qual não se escapa.

Obviamente, a norma internacional não perde, por isso, sua importância, pois sua indeterminação natural não implica sua incapacidade para a solução de conflitos internacionais, afinal,

controvérsias são resolvidas todos os dias; decisões judiciais são prolatadas seguindo metodologias e padrões de justificação que são previsíveis para todos que entendam a linguagem do direito internacional e que estejam familiarizados com a prática institucional e com os jogadores envolvidos.¹⁰⁴²

Todavia, é imperioso reconhecer, como resultado dessa indeterminação estrutural, que a solução de conflitos internacionais não é meramente jurídica ou baseada em normas assépticas, mas é sempre dependente da política. Na disputa entre as proposições em conflito no plano “jurídico” internacional – como em uma corte internacional, por exemplo, mas também em qualquer órgão que trate de solução de conflitos internacionais – a decisão pela melhor argumentação é sempre feita com base na política, e não apenas na lei.

Assim, o sucesso do Direito Internacional contemporâneo vem ligado necessariamente a uma redução do uso da lei e ao uso mais frequente de critérios como interpretação e equidade – especialmente os “princípios da equidade”. Nas palavras de KOSKENNIEMI, “o sucesso do direito internacional depende dessa formalidade; da sua recusa em estabelecer regras determinantes ou decisões prontas para conflitos futuros. Apesar da existência de um ‘processo’ legal internacional – e nesse sentido, um

¹⁰⁴⁰ KOSKENNIEMI, Martii. The Effect of Rights on Political Culture. In: KOSKENNIEMI, Martii. **The Politics of International Law** (p. 133-152). Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011, p. 133.

¹⁰⁴¹ KENNEDY, David. **The Dark Sides of Virtue**. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004, p. 10 e seguintes.

¹⁰⁴² JOUANNET, E. Koskeniemi: A Critical Introduction. In: KOSKENNIEMI, Martii. **The Politics of International Law** (p. 01-32). Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011, p. 11-12 (tradução livre).

relativamente autônomo e coerente sistema que pode ser resumido em tratados acadêmicos – não há padrões jurídicos determinantes”¹⁰⁴³. Essa indeterminação, especialmente, para o mesmo autor, se identifica como instrumento importante de construção da gramática de um idioma de certa forma hermético ao ponto de se transformar em instrumento de poder que garante controle sobre as situações internacionais¹⁰⁴⁴.

Em suma, o Direito Internacional não é uma simples estrutura – construída de forma clara ou honesta, como parece fazer crer a leitura da norma em um primeiro momento. A gramática que fundamenta esse ramo do Direito é complexa na sua origem, vinculada que está a fundamentos políticos traduzidos em linguagem normativa. Por isso que o Direito que se faz no plano internacional é, essencialmente, uma manifestação política. Mas, mais do que uma língua, esse Direito é um discurso que, portanto, pode ser manipulado especialmente porque é fruto da experiência histórica, já que depende do contexto social em que se situa e onde também se situa (e escolhe) o jurista – na medida em que o Direito Internacional é o que o jurista internacional faz dele¹⁰⁴⁵. Politicamente.

É nesse contexto que lúcida visão de KOSKENNIEMI se encontra com a crítica e também clarividente posição de ZAFFARONI, permitindo, ambas, uma conclusão em comum: seja porque a pena internacional tem natureza de Direito Penal, quanto porque ela existe e é aplicada no plano do Direito Internacional, ela sempre tem natureza evidentemente política. Aliás, para KOSKENNIEMI, é impossível lidar com crimes universais de forma apenas legal, pois suas consequências ultrapassam o alcance dos conceitos jurídicos¹⁰⁴⁶, tornando inúteis as noções tradicionais de prevenção e a retribuição.

É por conta dessa característica que não se pode tentar buscar um fundamento jurídico para a pena internacional. Não há fundamento jurídico que a explique, pois, já se viu, a retribuição e a prevenção são falhas nesse intento. Ademais, a pretensão de buscar outros fins para a pena internacional, tais como a satisfação dos interesses da vítima ou a busca pela verdade, tampouco dá conta de uma explicação razoável para a aplicação da pena internacional – atendendo apenas a posicionamentos políticos. O que acontece com a

¹⁰⁴³ KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law. In **European Journal of International Law**, n. 1, 1990 (p. 04-32), p. 28 (tradução livre).

¹⁰⁴⁴ KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law – 20 Years Later. In: **The European Journal of International Law**, vol 20, n.1, 2009 (p. 07-19).

¹⁰⁴⁵ KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 615.

¹⁰⁴⁶ KOSKENNIEMI, Martii. Between Impunity and Show Trials. In: KOSKENNIEMI, Martii, **The Politics of International Law** (p. 171-197). Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 172.

pena, no plano nacional, que é inexplicável pelas teorias de cunho jurídico desenvolvidas até então, acontece com todo o Direito Internacional, inexplicável pela própria “gramática” que o constrói.

Entendendo-se dessa forma, compreendem-se também aquelas outras características antes mencionadas que demonstram as condições difíceis da justiça penal internacional. Afinal, ela tem força apenas quando goza de apoio político – quando encontra força entre os juristas (entendidos como *scholars*, mas também como operadores jurídicos e políticos do Direito Internacional¹⁰⁴⁷), entre Estados e entre financiadores. Esse apoio é essencial para que tribunais penais internacionais, por exemplo, possam realizar sua proposta repressiva, já que não têm uma polícia internacional – e não há perspectiva de que venham a tê-la no futuro. Uma dependência evidentemente política.

Também a seletividade da justiça penal internacional explica-se sob esse ângulo. Ora, a escolha dos destinatários da repressão internacional não tem, evidentemente, cunho legal. Do contrário, os casos não seriam escolhidos pelos procuradores dos tribunais penais internacionais pelo interesse que provocam ou pelo potencial de justiça que carregam, critérios evidentemente políticos, não “legais”. Da mesma forma, não há sentido na ingerência do Conselho de Segurança na atuação dos tribunais penais internacionais senão sob uma perspectiva política.

Também a indeterminação natural do Direito Internacional explica os motivos das “relativizações” de direitos dos acusados de crimes universais – como vem sendo reconhecido na atuação dos tribunais penais internacionais. Embora os acusados tenham direito ao devido processo legal, à legalidade, ao juízo independente, à presunção de inocência, e a todo o imenso rol de direitos reconhecidos em todos os instrumentos normativos de direitos humanos e em todas as constituições dos países civilizados (o que é resultado da normatividade e do uso da lei e que compõe a essência da relativização da soberania), a “necessidade de justiça”, a “busca pela verdade”, a “garantia dos direitos

¹⁰⁴⁷ É sempre interessante lembrar do caso da aplicação da jurisdição penal internacional belga. Foi fácil encontrar apoio internacional entre juristas quando a Bélgica quis fazer valer a universalidade de suas leis penais e então prender um ministro congolês por crimes contra a humanidade, o que se conhece como *Yerodia case* (ICJ. *Caso Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of Congo v. Belgium). **Judgment of 14 February 2002**. Julgamento de 14 de fevereiro de 2002. I. C. J. Reports 2002, p. 3). Mas não houve apoio quando o mesmo país quis repetir sua determinação de prisão, pouco tempo depois, contra líderes israelenses e americanos, por acusações similares – pelo contrário, a ameaça de retaliação e pressão internacional fez com que a Bélgica retirasse a ampla aplicação do princípio da jurisdição penal universal do seu sistema penal. Sobre o tema, ver ROHT-ARRIAZA, Naomi; MENAKA, Fernando. *Universal jurisdiction*. In: BROWN, Bartham Stewart. **Research Handbook on International Criminal Law** (p. 359-369). Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 363-364. Também, ROTH-ARRIAZA, Nadia. **The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2005, p. 196 e seg.

humanos” (dentre vários outros argumentos interpretativos e, muitas vezes, demagógicos) justificam posições como a admissão do princípio *male captus, bene detentus*, a restrição à produção de provas, as prisões processuais longuíssimas, as limitações aos direitos de visitas dos familiares dos acusados, as atuações seletivas dos tribunais, as penas de prisão perpétua, enfim, toda espécie de relativização de direitos humanos e fundamentais. Justifica, assim, a classificação do acusado (que sequer está condenado ainda!) como *hostes humani generis* e a transformação, portanto, da justiça penal internacional no Direito Penal do Inimigo.

É também por essa explicação que se compreende a dificuldade na terminologia das regras da justiça penal internacional e o seu notório desapego à taxatividade. Embora seja tecnicamente possível definir um conceito para o terrorista, por exemplo, não é interessante fazê-lo, pois deixar o termo como um tipo penal aberto pode permitir incluir ou não nesse conceito um *freedom fighter*, tudo de acordo com a necessidade política (o que depende, fundamentalmente, do lado de quem ele luta). Ou, mais evidentemente, percebe-se essa condição na dificuldade (ou na falta de vontade) que encontra o Tribunal Penal Internacional para definir o conteúdo do crime de agressão – certamente, a figura mais complexa e politizada de toda a tipologia sob competência da Corte de Roma.

Assim, não se pode ignorar a natureza política do *ius puniendi* internacional que se constituiu historicamente em conjunto com uma formidável justiça penal internacional de cunho eminentemente repressivo. De fato, são fundamentações políticas as que justificam a atuação dos tribunais penais internacionais, como fica evidente da sua seletividade e dependência. As penas que aplicam são, portanto, também elas políticas e os fundamentos legais que as sustentam, que também se cunham no plano internacional, reforçam esse caráter político, embora se lhes defenda a legalidade. Em outras palavras, servem a escamotear os fins políticos da sanção penal – e nesse sentido, prestam um desserviço à compreensão do problema por maquiarem a realidade do discurso penal internacional.

Não se pode esquecer, afinal, que se um *rule approach* no Direito Internacional é tanto necessário quanto impossível, no plano da justiça penal internacional essa condição é ainda mais delicada, pois a repressão penal tem caracteres próprios que tornam o exercício do poder punitivo internacional uma quimera que arrisca os direitos do indivíduo de forma limítrofe. De fato, é possível a aplicação de uma justiça penal de ordem ética e sobre uma “normatividade relativa”? Que riscos essa opção ética é capaz de produzir? E como limitá-la?

1.2. A demanda por sentido: pela construção de uma política criminal universal

A partir da compreensão da pena internacional como manifestação política, ficam patentes os riscos que o *ius puniendi* internacional carrega consigo. Dependendo do encaminhamento político que se lhe der, a pena internacional é mais um risco do que uma benesse à garantia da coexistência internacional e, mesmo, aos direitos humanos. Para que se evitem esses riscos, é imprescindível que se adote um modelo antropocêntrico da justiça penal internacional – ou seja, um modelo de justiça que tenha como foco e direção a garantia absoluta dos direitos humanos. É a única forma pela qual se vislumbra a possibilidade de construção de uma ordem internacional regulada pelo direito e não na sua nênese, uma ordem internacional de polícia.

Na tentativa de evitar essa conformação perigosa da ordem internacional, a justiça penal internacional precisa se fundamentar em algo mais rico do que uma política penal que vê apenas na pena a solução para os crimes universais, como se faz atualmente. Para tanto, duas coisas são essenciais: a primeira delas é que a repressão seja sempre contida e limitada de forma a se manter em absoluta consonância com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos; a segunda, é que a proposta penal não se limite apenas a uma versão repressiva, mas assuma uma perspectiva prospectiva de efetiva prevenção. Dessa forma, unindo-se as vertentes prospectiva e repressiva limitada de uma política criminal para a justiça penal internacional, é possível transformá-la em uma construtora da cidadania universal que, dentro de limites adequados, serve à garantia da coexistência.

Se a adoção de limites à aplicação da pena internacional é um trabalho que depende da conformação da atuação repressiva dos Estados e dos tribunais penais internacionais, a construção de uma versão ativa da política criminal é um processo que não pode ficar dependente apenas das atuações repressivas características das cortes penais. E como trabalho de coordenação e construção de políticas, essa proposição pode ser levada a cabo a partir da recuperação do papel dos órgãos das Nações Unidas como entidade construtora de igualdade e cidadania entre as nações. De fato, a partir da constituição do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, uma maior interação desse órgão com as cortes penais pode servir à construção de uma política criminal efetiva e rica, garantidora de uma atuação penal limitada pelos direitos humanos e direcionada à efetiva prevenção de crimes universais, a que se denomina uma política criminal universal.

Assim, inicialmente é essencial apresentar o que é uma política criminal adequada para que, em seguida, se possa discutir o conteúdo que deve compor uma política criminal

no plano internacional, voltada à construção de cidadãos internacionais e não à constituição penal do inimigo.

1.2.1. Sentido de uma política criminal

A noção de política criminal se refere ao conjunto de princípios e recomendações que orientam a atuação estatal no trato da criminalidade, o que demonstra a importância da temática¹⁰⁴⁸. De fato, é por meio de uma política criminal eficiente e desenhada de acordo com os fins constitucionais a que almeja um Estado que se consegue regular adequadamente a questão criminal e garantir a coexistência social pacífica. Todavia, pelo efeito que pode ter, uma política criminal representa a tênue linha entre a necessária regulação criminal e o uso exagerado da repressão como instrumento de controle.

Originalmente, segundo ROXIN, a proposta clássica do que seja política criminal a entendia como separada do Direito Penal propriamente dito. O autor indica que LISTZ definia o termo como “os métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade”, e, assim, como tarefa social do Direito Penal – coisa diversa do Direito Penal em si, ao qual competiria uma *rechstaatlich-liberale Funktion* para assegurar uma aplicação uniforme do Direito e assecuratória da liberdade individual¹⁰⁴⁹. De fato, LISTZ, ao identificar a relação entre as disciplinas, dizendo que “o Direito penal é a barreira intransponível da Política criminal”¹⁰⁵⁰, adota uma proposta muito melhor do que aquela pretérita que, na versão original do conceito, confundia a política criminal com o próprio sistema penal (como em FEUERBACH¹⁰⁵¹). Todavia, ainda é incompleta por separar a relação intrínseca existente entre as duas questões.

Efetivamente, ao apontar a política criminal como uma proposta diferente daquela determinada pelo Direito Penal e, portanto, dele absolutamente estanque¹⁰⁵², LISZT acaba por indicar o surgimento de diversas políticas criminais que não se comunicam e que

¹⁰⁴⁸ “Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se *política criminal*”. BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Décima primeira edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34.

¹⁰⁴⁹ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 2-3

¹⁰⁵⁰ LISTZ, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal – Tomo II**. Cuarta edición. Tradução de Luis Jimenez de Asua. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 71 (tradução livre).

¹⁰⁵¹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes sistemas de Política Criminal**. Barueri: Manole, 2004, p. 03.

¹⁰⁵² MOCCIA, Sergio. **Il Diritto Penale tra Essere e Valore: Funcione della Pena e Sistematica Teleologia**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 29

facilmente chegam à construção de propostas divergentes. A consequência é a produção de um sistema penal alheio ao sistema social¹⁰⁵³ e alimentado por propostas desconexas da realidade em que se insere e que acaba por fomentar a repressão do Estado em lugar de racionalizá-las. Essa forma de política criminal, portanto, estava fadada à inversão de sinal: diante do fracasso da pena privativa de liberdade, a política criminal passaria a ser responsável pela proposta de descriminalização e desjudicialização dos conflitos penais sempre que isso seja possível¹⁰⁵⁴.

Em uma versão contemporânea e bem desenhada, DELMAS-MARTY indica que a política criminal é o “conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”¹⁰⁵⁵. Nesse contexto, política criminal é um todo muito amplo que permite, para além de sua forma básica tradicional de “opção estatal no controle da criminalidade” um olhar complexo ao fenômeno criminal e a definição de aproximações mais completas para a lida com essa questão. Apenas o resgate dessa visão ampla permite que se humanize e se socialize a proposta repressiva, com condições de criação de um Direito Penal efetivamente democrático. Do contrário, a política criminal é mera repetidora e legitimadora das estruturas que fomentam a atual condição social e criminal.

De fato, a noção contemporânea de política criminal extrapola o campo de atuação do legislador, alcançando o próprio intérprete da lei e dos juízes¹⁰⁵⁶, indicando, para alguns autores, critérios essenciais da própria teoria do delito¹⁰⁵⁷. Se é certo que “a política criminal é resultante da interdisciplinaridade do direito penal com a ciência política e especialmente com a engenharia institucional”¹⁰⁵⁸, seu papel é essencial para o direcionamento contido do poder punitivo.

Na proposta de ROXIN, por exemplo, a política criminal desempenha esse papel ativo de forma profunda. Reconhecer que política criminal e Direito penal não são opostos, mas essencialmente complementares, permite a admissão de uma síntese dialética que dá a

¹⁰⁵³ LISTZ diferencia, claramente, a política criminal da política social, ainda que as entenda, de certa forma, entrelaçadas. LISTZ, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal – Tomo II**. Cuarta edición. Tradução de Luis Jimenez de Asua. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 66.

¹⁰⁵⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Décima primeira edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 36.

¹⁰⁵⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes sistemas de Política Criminal**. Barueri: Manole, 2004, p. 03.

¹⁰⁵⁶ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 274.

¹⁰⁵⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I**: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 223 e seg.

¹⁰⁵⁸ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 275 (grifos no original).

direção ao Direito Penal¹⁰⁵⁹. Nessa condição, o Direito Penal é a forma “através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica”¹⁰⁶⁰.

Todavia, apesar da importância da temática, é notória a falta de desenvolvimento do campo na pesquisa penal sobre o tema, o que implica a criação de meras políticas penais sem a profundidade necessária que se deve reconhecer a essa construção direcionadora do poder de punir. Assim, políticas criminais tendem a se resumir em propostas de maior ou menor penalização, buscando a solução do problema no combate aos efeitos da criminalidade, não, efetivamente, nas suas causas. No caso brasileiro, por exemplo, e da mesma forma das políticas criminais dos países da América Latina¹⁰⁶¹, a política criminal é caótica – ou, ao menos, esquizofrênica¹⁰⁶² – muito de acordo com os problemas estruturais que podem ser reconhecidos em nossa democracia e que há muito são identificados pela doutrina penal mais consciente¹⁰⁶³.

Não é incomum que, em várias situações, a política criminal adotada se encontre distanciada do fenômeno crime porque o olha sem compreendê-lo, já que se confunde com o aparato do Estado e, portanto, está impregnada com uma ótica pública e, mais do que isso, contaminada pela política estatal que gerencia o Estado. Assim contaminada, tende a manter o *status quo* e só é capaz de mudanças se essa for a proposta oficial – o que raramente acontece, conforme aponta a Criminologia crítica.

Nesse sentido, é necessário, portanto, mudar o foco (afastando-se de uma lógica formal, por exemplo), de forma que a política criminal olhe o fenômeno crime não a partir do Estado (entendido quase como governo), mas a partir de um ponto neutro de observação (ou um ponto imiscuído na sociedade) e se abra para uma lógica material. Isso é especialmente verdadeiro quando se parte do Direito Penal como instrumento de controle do poder punitivo, pois, se a política criminal for produzida a partir desse detentor do poder punitivo, tende obviamente a legitimá-lo. Como tem o Direito Penal uma relação

¹⁰⁵⁹ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20.

¹⁰⁶⁰ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82.

¹⁰⁶¹ Nesse sentido, consultar a sempre atual obra de ZAFFARONI. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

¹⁰⁶² SANTOS, Juarez Cirino. **Política Criminal: realidades e ilusões do discurso penal**. Publicação digital. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 25 de abril d 2011.

¹⁰⁶³ Segundo SANTOS, “no Brasil e, de modo geral, nos países periféricos, a *política criminal* do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser a *política criminal* do Estado existe, de fato, como simples *política penal* instituída pelo Código Penal e leis complementares (...): a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado representam a única resposta oficial para a questão criminal”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 451.

íntima com o *ius puniendi*, a política criminal deve ser elaborada de uma ótica separada do detentor desse poder tornando-se, portanto, apta a garantir a atuação legítima do Direito Penal. Afinal, só assim poderá fornecer os instrumentos adequados para que se lide adequadamente com a questão do crime.

É nesse sentido que ZAFFARONI aponta que a política criminal precisa também servir de instrumento de avaliação da própria estrutura que aplica o poder penal, pois não poder ignorar o “forte componente de política institucional” que cerca o poder repressivo¹⁰⁶⁴. De fato, não se pode ignorar que o próprio discurso penal oficial é, em si mesmo, um programa político¹⁰⁶⁵ e que, aliás, mesmo o Direito Penal nasce de exigências político-criminais, especialmente a garantia da coexistência¹⁰⁶⁶. Assim, uma política criminal que se funde apenas em propostas meramente técnicas, pragmáticas, que ignore poder constituído como instituição e os aspectos ideológicos que o fundamentam¹⁰⁶⁷, está fadada a ser inexpressiva e inefetiva, bem como inevitável violadora de direitos fundamentais.

1.2.2. Conteúdo ideal de uma política criminal

Como já se disse neste trabalho, e como fica claro da construção até agora realizada, segundo a qual o poder punitivo internacional padece de uma série de males e incongruências que evidenciam suas falhas e sua construção politizada como instrumento de controle social, é imperioso que a justiça penal internacional seja tão limitada quanto possível. Isso, aliás, anda de mãos dadas com as propostas da própria justiça penal em geral como construída na contemporaneidade: ser usada para casos de *ultima ratio*, excepcionais, quando outras alternativas não existirem.

Diversos autores indicaram suas propostas estruturais para uma política criminal adequada¹⁰⁶⁸. Obviamente, tais propostas seguem fundamentos metodológicos diversos e

¹⁰⁶⁴ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 275.

¹⁰⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En Torno de la Questión Penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2005, p. 74.

¹⁰⁶⁶ MOCCIA, Sergio. **Il Diritto Penale tra Essere e Valore**: Funcione della Pena e Sistemica Teleologia. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 21.

¹⁰⁶⁷ MOCCIA, Sergio. **Il Diritto Penale tra Essere e Valore**: Funcione della Pena e Sistemica Teleologia. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 25 e seg.

¹⁰⁶⁸ Veja-se, por exemplo, a proposta indicada por MOLINA. DE MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 275-277.

se assentam em medidas mais ou menos reforçadoras do poder repressivo. Todavia, todas elas parecem, de certa forma, eclipsadas pela obra de BARATTA¹⁰⁶⁹, onde muitas dessas propostas se assentam, direta ou indiretamente. O autor italiano tem uma visão larga e crítica, na qual indica que um modelo ideal de política criminal deve levar em consideração algumas premissas básicas que serão apresentadas adiante.

É certo que a obra de BARATTA vem impregnada pelas conclusões de uma Criminologia de crítica veemente ao modelo econômico hoje instalado. Seu fundamento, portanto, é de ordem profundamente contestadora, natural àqueles que veem os problemas sociais como decorrência lógica da luta de classes. Todavia, a postura política não afasta as conclusões do autor como veneráveis e, mais do que isso, não invalida suas propostas que, com ajustes e adaptações, certamente se justificam em qualquer espécie de Estado ou de manifestação de poder punitivo. É esse o sentido que dá a sua “utopia orientadora”, pois, embora não seja pragmaticamente possível (mesmo porque limites constitucionais a impediriam), o abolicionismo penal tem o condão de se tornar uma construção de importância heurística¹⁰⁷⁰. Afinal, ao se sonhar com o fim do mal causado pela pena por conta das falácias escondidas nas suas teorias positivas, a proposta abolicionista abre as portas para o repensar do instituto e permite o salutar revisitar de teorias há muito defasadas.

Mais importante ainda, a opção pela obra de BARATTA justifica-se, especialmente, pela vinculação da sua política criminal aos direitos humanos. De fato, se o presente trabalho discute a importância de uma política criminal que esteja em consonância com a evolução conquistada no pós-Guerra Fria pelo reforço da proteção dos direitos humanos como língua franca universal, uma política criminal universal tampouco pode ser desenhada sem o absoluto respeito pelos direitos humanos. Mais do que isso, precisa ter imiscuída na sua constituição os direitos humanos como conteúdo axiológico, garantindo uma perspectiva antropocêntrica ao *jus puniendi* internacional.

¹⁰⁶⁹ O tema é recorrente na profusa obra do autor, mas é importante dar-se especial atenção às seguintes obras: BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Terceira edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 200. Trata-se da tradução brasileira da obra original do autor, escrita em 1982, mas sempre atualíssima (*Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale*, Bologna: Il Mulino, 1982); BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale minimo**. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

¹⁰⁷⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Terceira edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 146.

Assim, porque importantes, serão apresentadas as “indicações *estratégicas*”¹⁰⁷¹ desenhadas pelo autor como aquelas que podem servir de baliza para a elaboração de uma adequada política criminal. Essas indicações estão também complementadas por um complexo sistema de princípios que BARATTA identifica como necessários para a harmonização – que deve ser considerada indispensável – entre a repressão penal e os direitos humanos¹⁰⁷².

Segundo essa premissa, o autor constrói um arcabouço principiológico, afeito ao Estado democrático de Direito, que fundamentaria uma política criminal adequada a esse modelo político. Afinal, “a luta para a contenção da violência estrutural é exatamente a mesma luta pela afirmação dos direitos humanos”¹⁰⁷³. Nessa toada, além dos tradicionais princípios iluministas que garantem o cidadão pela limitação do Estado (que divide em “princípios de limitação formal”¹⁰⁷⁴, “princípios de limitação funcional”¹⁰⁷⁵ e “princípios de limitação pessoal”¹⁰⁷⁶) e, portanto, de ordem intrassistêmica por funcionarem como

¹⁰⁷¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Terceira edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 200.

¹⁰⁷² BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

¹⁰⁷³ BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 447 (tradução livre).

¹⁰⁷⁴ Segundo o autor, tais princípios seriam cinco: Princípio da reserva da lei, princípio de taxatividade, princípio da irretroatividade, princípio do primado da lei penal material e princípio da representação popular. BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 448-451.

¹⁰⁷⁵ Esses, seriam em número de oito: Princípio da resposta não contingente (a resposta penal não pode ser feita de forma emergencial); princípio da proporcionalidade abstrata (somente graves violações podem ser objeto de sanção penal); princípio de idoneidade (é necessário ter em consideração todas as consequências da lei penal); princípio da subsidiariedade (a sanção penal somente pode ser usada quando outros meios não sejam capazes de sanar a violação ao bem jurídico); princípio da proporcionalidade concreta (a pena a ser aplicada precisa ser avaliada com relação ao seu custo na vida do apenado); princípio da implementação administrativa da lei (é necessário reduzir o sistema penal); princípio do respeito pela autonomia cultural (é necessário adequar a repressão penal ao ambiente cultural ao qual se aplica); princípio do primado da vítima (é necessário recuperar o papel da vítima, privatizando o conflito sempre que possível). BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 451-458.

¹⁰⁷⁶ Esses, em número de três: princípio da imputação pessoal, princípio da responsabilidade pelo ato, princípio da exigibilidade social do comportamento conforme a lei. BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In:

requisitos para a adoção de figuras criminais em um sistema jurídico, torna-se necessária a adoção de princípios extrassistêmicos, desenhados para o estabelecimento de critérios políticos e metodológicos para a construção de um direito penal mínimo.

É de se notar, entretanto, que qualquer espécie de intervenção do Estado, especialmente a de natureza penal, mas também aquelas de ordem *restaurativa* devem sempre preservar as garantias do cidadão. É isso que indica BARATTA ao desenhar o *princípio da conservação das garantias formais*, que determina que mesmo que sigam o caminho da privatização conforme determinada nos princípios anteriores, é imperativa a manutenção dos direitos e garantias do acusado como previstas pelo Direito Penal¹⁰⁷⁷.

(a). Em primeiro lugar, é essencial que se distingam as políticas *penal e criminal*¹⁰⁷⁸. De fato, o reconhecimento de que disfunções econômicas estão na base do processo de criminalização implica que também se reconheça o caráter político do instrumento penal. Como consequência, a proposta penal não pode ser resumida a uma tendência meramente repressiva – ou de determinação sobre aquilo que merece ou não a sanção penal –, mas precisa também ser desenhada como instrumento de mudança social que se destine à construção democrática do desenvolvimento e da igualdade.

É nesse sentido que o autor menciona dois princípios essenciais à garantia dos direitos humanos, quais sejam o *princípio da não intervenção útil*¹⁰⁷⁹, segundo o qual é necessário se reconhecer que a alternativa à proposta penal não é, sempre, aquela de outro sistema de controle, pois se deve garantir o maior espaço de liberdade possível aos

BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 458-464.

¹⁰⁷⁷ BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 464-466.

¹⁰⁷⁸ Para BARATTA, é imprescindível uma “...distinção programática entre *política penal e política criminal*, entendendo-se a primeira como uma resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança), e entendendo-se a segunda, em sentido amplo, como política de transformação social e institucional”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Terceira edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 201.

¹⁰⁷⁹ BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 465.

cidadãos e grupos sociais; e o *princípio da privatização dos conflitos*¹⁰⁸⁰, pelo qual se deve dar prioridade a formas restitutivas de solução de conflitos, o que pode ser feito por instituições oficiais de reconciliação.

No que toca à construção alternativa para a solução de conflitos, outros princípios ainda são essenciais, todos visando a uma liberação da “cultura penal”¹⁰⁸¹, segundo a qual se crê que apenas o plano penal é capaz de resolver os problemas sociais. Pelo *princípio da subtração metodológica dos conceitos de criminalidade e de pena*¹⁰⁸², inicia-se um exercício abstrato de afastamento dos conceitos de crime e de pena que é capaz de abrir as portas para novas propostas de solução dos conflitos, alargando os horizontes das respostas possíveis. Além disso, o *princípio da especificação dos conflitos e dos problemas*¹⁰⁸³ permite identificar o sistema penal como um todo composto de figuras heterogêneas, unidas apenas por conta da repressão penal – exercício de compreensão que demonstra como é possível a decisão por novas lógicas capazes de produzirem soluções diferenciadas.

Finalmente, um último princípio, nesse tocante, é extremamente importante: o *princípio geral da prevenção*¹⁰⁸⁴ determina a necessária substituição da repressão pelo controle preventivo. Ora, se a resposta penal não é capaz de atuar eficientemente na proteção dos direitos humanos, já que se pretende eficiente apenas quanto aos sintomas dos conflitos, então é preciso ir adiante, reconhecendo que os conflitos se podem manifestar muito distantes das causas que lhes deram origem – e, assim, para que se compreendam os

¹⁰⁸⁰ BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 465.

¹⁰⁸¹ BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 467.

¹⁰⁸² BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 467.

¹⁰⁸³ BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 467-468.

¹⁰⁸⁴ BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 468-469.

problemas sociais, é necessário alargar a análise dessas questões, deixando de ver apenas a atuação individual (que não é uma variável independente) para se buscar as estruturas e mecanismos sociais que produzem, de fato, aquela consequência individual. Segundo o autor, “a política de justiça social, a realização dos direitos humanos, a satisfação das necessidades reais dos indivíduos, são muito mais do que uma política criminal alternativa: são a verdadeira alternativa democrática à política criminal”¹⁰⁸⁵;

(b). Em segundo lugar, é necessário democratizar a repressão penal, tanto pela inclusão de novos bens jurídicos (materializáveis por meio das funções assumidas pelo Estado social, que identificam as espécies criminosas como aquelas do atual Direito Penal Econômico em sentido amplo: crimes financeiros, econômicos em sentido estrito, ecológicos etc.), quanto pela participação popular na solução desses conflitos.

Obviamente, a nova criminalização não pode ignorar os caracteres mínimo e subsidiário da repressão penal, levando em consideração, portanto, um direito penal mínimo quanto à aplicação. Afinal, porque não contraditório com o *reconhecimento* de novos bens jurídicos, também é essencial que o sistema punitivo se contraia substancialmente ao máximo possível, aliviando o sistema social da carga de criminalização de condutas que são pouco ou nada violadoras dos interesses da sociedade e, assim, abrindo-se espaço para uma maior “aceitação social do desvio”¹⁰⁸⁶.

No que toca à participação popular, o autor indica a necessidade da adoção o *princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais*¹⁰⁸⁷, que pretende democratizar o sistema repressivo pela efetiva atuação popular segundo a conversão dos sujeitos passivos do processo de criminalização em agentes ativos da própria escolha dos conflitos que demandam uma ou outra resposta¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁵ BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 468 (tradução livre).

¹⁰⁸⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Terceira edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 203.

¹⁰⁸⁷ BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di) . **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 469.

¹⁰⁸⁸ BARATTA, Alessandro. *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*. In BARATTA, Alessandro (a cura di) . **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e

(c). A partir do reconhecimento de que o cárcere é uma instituição falida e inútil, é necessário romper com o modelo punitivo que nele se funda, o que se conquista pelo uso de outras propostas repressivas, tais como as medidas alternativas, as propostas de diminuição de períodos de reclusão e pela revisão do trabalho carcerário bem como pela “abertura do cárcere para a sociedade”¹⁰⁸⁹, única condição possível para a reinserção viável do condenado no meio social.

Aliás, a adoção necessária de um *princípio da politização dos conflitos*¹⁰⁹⁰ determina que o Estado, quando atua, não precisa sempre usar o instrumento penal para resolver conflitos, pois dentro das opções administrativas há medidas que podem solucionar adequadamente os conflitos sociais sem a necessidade da intervenção penal. Assim, deve-se

restituir aos conflitos as suas dimensões políticas e considerar como alternativa ao seu tratamento ‘penal’, formas de intervenção institucionais confiáveis não apenas aos órgãos administrativos, mas também, e sobretudo, a aqueles órgãos da representação política, assegurando assim a participação e o controle popular na gestão das contradições mais relevantes do sistema político.¹⁰⁹¹

(d). Finalmente, para BARATTA, é essencial considerar o papel da opinião pública na construção de uma política criminal efetivamente nova. Parece certo que a compreensão popular do fenômeno criminal precisa ser desmistificada. Tanto porque tende a dar ensejo a propostas vindicativas e que leva aos processos de execração do crime e do desvio pela comunidade quanto porque indica, do ponto de vista da representação política, a mesma proposta às opções repressivas do legislativo. Dá-se início, devido a esse processo de transferência, ao fenômeno do Direito Penal simbólico que não é nem democrático nem efetivo.

giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 469.

¹⁰⁸⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Terceira edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 203.

¹⁰⁹⁰ BARATTA, Alessandro. *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*. In BARATTA, Alessandro (a cura di) . **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 465-466.

¹⁰⁹¹ BARATTA, Alessandro. *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*. In BARATTA, Alessandro (a cura di) . **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 466 (tradução livre).

Além disso, o que é muito sensível, a opinião pública é construída sobre uma educação formal incompleta e deficitária, além de informada pelo efeito da *mass media* que cria o alarme social¹⁰⁹² e incita a respostas populares de indignação e, às vezes, violência. Assim, é essencial preocupar-se com os processos ideológicos e psicológicos que se desenvolvem na opinião pública¹⁰⁹³ e que servem a fundamentar e legitimar o poder repressivo e conseqüentemente, o crescimento do próprio Estado de polícia.

É inegável que a proposta de BARATTA se encontra como um modelo mais amplo e humano de aplicação da repressão. De fato, e independentemente das propostas ideológicas que animavam o autor, as linhas dessa nova política criminal propõem um modelo repressivo que se insere em um contexto humanizador e garantidor dos direitos fundamentais em sentido amplo.

Em suma, se é que é possível reduzir tão drasticamente a proposta do autor italiano, uma política criminal adequada parece girar em torno de dois eixos fundamentais: a limitação do poder punitivo, quando não da sua redução ao mínimo necessário, em primeiro lugar, e a construção de uma visão holística do combate democrático ao crime. Afinal, o fenômeno criminoso deve ser entendido como efeito comum de um sem-número de causas, e que é adequadamente tratado se for assim pensado, de forma a se adotarem propostas melhores do que a simples repressão. Ademais, representa a opção de um Estado democrático e não de um Estado totalitário que vê na proposta de um Direito Penal simbólico sua única opção de atuação.

A partir desses traços, podem-se indicar quais as propostas essenciais a uma política criminal efetiva no plano internacional.

1.2.3. Condições de realização da justiça penal internacional: a política criminal adequada

Assim como todo Estado deve adotar uma política criminal coesa e adequada à sua realidade, a comunidade internacional quando pretende sancionar penalmente também precisa identificar políticas penais a serem adotadas. Do contrário, o exercício penal nada mais é do que simples exercício de poder.

¹⁰⁹² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Terceira edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 204

¹⁰⁹³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Décima primeira edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 38.

Normativamente, algumas poucas linhas estão traçadas nesse sentido, às vezes com maior ou menor eficiência. Especialmente no plano regional, algumas diretrizes parecem dar perspectivas comuns, como é o caso da Europa, e, no plano internacional, alguns tratados implicam necessidades de repressão ou de cooperação para repressão de certas espécies criminosas entendidas como de maior gravidade, o que, por si só, já indica uma política, ainda que meramente penal.

De fato, não se pode deixar de reconhecer que, apesar da constituição de um sistema internacional de direitos humanos amplo e complexo (tendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos como *vis directiva*, complementada por uma complexa rede de tratados internacionais de direitos humanos que lhes dá materialidade¹⁰⁹⁴), não se chegou a nada além da mera pretensão de repressão de um punhado de crimes universais como obrigações à comunidade internacional. Ademais, nem mesmo isso existe de forma clara e coesa, pois as propostas repressivas existentes cresceram em número de forma absoluta, confundindo-se com a paranoica pretensão repressiva que tomou conta da comunidade internacional, especialmente com o acirramento do fenômeno do terrorismo e com a situação de perene emergência que caracterizaram o início do século. Por isso mesmo, essa construção não é resultado de um plano de ação comum destinado ao trato da questão criminal¹⁰⁹⁵ ou de uma proposta construtiva, constubstanciando muito mais um amontoado de proposições do que um plano efetivamente racionalizado.

Essa condição é histórica. A postura internacional quanto aos crimes universais sempre foi de atuar pós-fato, como revelam, a título de exemplo, os massacres no Camboja e na Ruanda. Em ambos os casos, a comunidade internacional assistiu sem impedir os genocídios (até mesmo auxiliando indiretamente) e apenas anos depois constituiu tribunais internacionais¹⁰⁹⁶ para julgar-lhes os efeitos, diante da dificuldade evidente de produção de prova e de uma sociedade que já se acostumava ao esquecimento internacional.

Como é evidente, isso apenas não basta. A proposta meramente repressiva, porque simplesmente “penal”¹⁰⁹⁷, não funciona na evitação de crimes, pois, como se viu, atua nos efeitos, e não nas causas da criminalidade. Especialmente não se pode reconhecer uma

¹⁰⁹⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. Barueri: Manole, 2004, p. 532 e seguintes.

¹⁰⁹⁵ Por todos, leia-se DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. Barueri: Manole, 2004, p. 65.

¹⁰⁹⁶ REISMAN, W. Michael. Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder. In: **Case Western Reserve Journal of International Law** (2007-2009), n. 40 (p. 57-85), especialmente p. 63-64.

¹⁰⁹⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Décima primeira edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 37.

proposta que possa ir de acordo com o que se identificou, a partir da proposta de BARATTA, como uma adequada política criminal.

De fato, as particularidades da comunidade internacional demandam uma proposta mais afinada nesse sentido, já que a adoção de uma simples proposta repressiva traz as consequências funestas indicadas anteriormente: produzir-se-á um Direito Penal Internacional antidemocrático e violador dos direitos humanos porque meramente simbólico, inefetivo e direcionado a um inimigo que mudará tanto quanto as condições gerais da comunidade internacional também mudem.

A saída para essa questão é o desenho de uma política criminal adequada e funcional para o plano internacional. Afinal, se a natureza da pena é política, também política deve ser a limitação à justiça penal, como é natural que seja para todo o sistema penal¹⁰⁹⁸. E se, apesar das particularidades, a justiça repressiva internacional não difere *substancialmente e estruturalmente* daquela constituída no plano nacional quanto aos seus efeitos e natureza política, então o modelo de política criminal a ser constituído é similar àquele que deve ser adotado em um Estado democrático de Direito. E é nesse contexto, e exatamente pelas mesmas condições identificadas pela Criminologia Crítica em geral e por BARATTA em especial, a construção de uma política criminal para o plano internacional também pode ser feita segundo aqueles mesmos critérios ótimos identificados no capítulo anterior. Embora aquele desenho não seja proposto para a experiência internacional, as demonstrações de BARATTA representam diretrizes básicas importantes para qualquer proposta repressiva, pois se sustentam na premissa essencial da garantia absoluta dos direitos humanos com duas consequências básicas: a limitação da violência estatal e a busca do aprimoramento social pelo reconhecimento do fenômeno criminal como resultado de um amplo espectro de elementos. São esses os dois eixos essenciais, portanto, para a constituição de uma política criminal universal: um deles no plano negativo e outro no plano positivo, e ambos vinculados diretamente à garantia dos direitos humanos.

(a). O aspecto negativo de uma política criminal internacional adequada passa pela intervenção penal excepcional e limitada sempre pelos direitos humanos. Nesse contexto, deve-se compreender que a repressão penal é efetivamente a *ultima ratio* e deve ser substituída por outras opções sempre que possível. E mesmo quando deva ser usada, a repressão penal só tem sentido segundo a estrita configuração que lhe dá os direitos

¹⁰⁹⁸ MOCCIA, Sergio. **Il Diritto Penale tra Essere e Valore: Funzione della Pena e Sistematica Teleologica**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 80.

humanos internacionalmente reconhecidos. É, assim, uma política criminal antropocêntrica.

Por óbvio, dada a característica da criminalidade universal, a democratização penal apresentada por BARATTA não se aplica conforme indicado pelo autor italiano, pois não há campo de expansão do Direito Penal Internacional para outros planos que não aqueles dos crimes universais. Mas é possível o reconhecimento de outra espécie de democratização, representada pela diminuição da seletividade política. Em outras palavras, é interessante que a repressão – seja ela segundo um mecanismo direto ou indireto – seja levada àqueles agentes que tradicionalmente não são alcançados penalmente, mas que bem se instalam sob os limites da participação e do concurso: chefes de Estado ou chefes militares indiretamente envolvidos em conflitos internacionais, empresas internacionais que fomentem conflitos etc. Mesmo sabendo-se das dificuldades dessa condição diante do caráter eminentemente político da repressão internacional, não se pode perder esse Norte.

(b). No plano positivo, é essencial que se ultrapasse o passo dado no sentido da construção de uma simples política penal internacional, caminhando-se no sentido de uma política criminal eficientemente preventiva. Nesse sentido, não pode ser a repressão a única proposta diante dos crimes universais. A proposta penal é instrumento – voluntariamente ou não – de mudança social e como tal precisa ser reconhecida.

Da mesma forma, o controle do simbólico e da eleição de inimigos deve ser alvo eterno do Direito Penal Internacional. É preciso que se construa a imagem de um sistema repressivo menos atento à pretensão popular vulgar que termina pelo clamor de punição de bodes expiatórios. Também é essencial a blindagem das estruturas judiciais – e mesmo das estruturas que compõem a acusação dos tribunais penais internacionais – contra pretensões políticas e individuais comuns nos tribunais. A justiça penal internacional não é palco para *show trials* e não se pode converter no patíbulo para onde se desviam os olhos da comunidade internacional diante de questões muito mais graves, fazendo propaganda política dos governos instalados.

No primeiro aspecto, encontra-se a função limitadora dos direitos humanos como limite ao poder punitivo que se aplica sobre os cidadãos; no segundo, encontra-se a função prospectiva dos direitos humanos que os reconhece como valores a serem perseguidos, como o conteúdo axiológico que deve animar as políticas públicas em um Estado de

Direito e que serve a construir uma nova realidade de coexistência internacional para efetiva prevenção dos crimes universais.

É apenas quando as duas propostas – limitadora e prospectiva – se encontram em uma mesma figura de política criminal que se consegue atingir uma política criminal ideal, democrática e que evita a constituição de um Estado de polícia internacional (vinculada a um Direito Penal do Inimigo e a um Direito Penal meramente simbólico), que aqui se denomina, por conta de sua completude, de uma política criminal universal.

2. Conteúdo de uma Política Criminal Universal

A partir da compreensão do que seja uma política criminal adequada, podem-se traçar as linhas ideais de uma política criminal para o sistema penal internacional que contenha, além da proposta meramente repressiva, uma efetiva pretensão de evitação dos crimes universais. Assim, o presente capítulo pretende apresentar as duas faces dessa política criminal universal: primeiramente, uma proposta limitadora, mas simples e fácil de ser aplicada; depois, uma proposta prospectiva, que demanda, ainda, uma adaptação das estruturas atualmente existentes, mas que pode ser conquistada através de um adequado repensar da justiça penal internacional. Coligadas, as duas faces comporão um sistema penal de atuação democrática e garantidora dos direitos humanos.

2.1. A proposta negativa da política criminal universal: pela limitação da pena internacional

Diante das falhas das teorias ditas positivas e da impossibilidade de se agarrar ao abolicionismo puro, tanto as opções *justificacionistas* quanto as *abolicionistas*¹⁰⁹⁹ precisam ser descartadas. E embora a criatividade dos juristas tenha amarrado à pena internacional outras funções, tampouco elas se coadunam um Direito Penal democrático e antropocêntrico, como se viu anteriormente.

Ora, a pena construída politicamente no plano internacional é também ela política e, assim, assume fins *variáveis*. O reconhecimento dessa condição, e a liberação do mito das teorias positivas da pena, permitem, justamente, a adoção de uma proposta nova e

¹⁰⁹⁹ Na terminologia que lhes dá FERRAJOLI. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 200.

fundamentada na condição de realidade da experiência jurídica. Para alguém que busque o alcance real dessa construção o melhor caminho parece ser aquele do desencanto e do reconhecimento de que a realidade pode oferecer a saída honrosa para a consecução de um Direito Penal Internacional democrático e, especialmente, antropocêntrico.

2.1.1. A aplicabilidade da teoria negativo-agnóstica no âmbito internacional

i. O sentido da proposta agnóstico-negativa

Diante de todas as críticas, e sabendo que as funções indicadas ao Direito Penal e à pena (prevenção e retribuição) não serão cumpridas e nem ao menos serão de algum auxílio¹¹⁰⁰, que fazer do Direito Penal e da pena em si? A partir dessa dúvida, e da experiência prévia de Tobias BARRETO¹¹⁰¹, ZAFFARONI *et al.* desenvolvem a teoria negativo/agnóstica da pena, renegando as funções positivas desse instituto e identificando o Direito Penal como instrumento de controle de um poder punitivo que existe independentemente da fundamentação jurídica que se lhe dê. Segundo SANTOS¹¹⁰², funda-se a teoria na ideia de que coexistem, no Estado moderno, figuras opostas de um Estado de polícia (verticalizado, autoritário, sob controle de um grupo ou classe social que usa as funções de prevenção e retribuição da pena como instrumento de controle e manutenção do *status quo*) e um Estado de direito (caracterizado por um modelo democrático de Estado, horizontalizado e que se funda na garantia dos direitos humanos de forma a minimizar o poder punitivo). Enquanto o Estado de polícia usa o poder punitivo – em sentido amplo, pois existem várias agências que o executam (polícia, exército, poder judiciário etc.) – como instrumento, caberia ao Direito Penal controlar esse poder punitivo de forma a aproximá-lo do modelo de um Estado de direito.

Segundo a teoria negativo/agnóstica, as regras de Direito não existem para fundamentar um poder de punir e, sim, para limitar uma potência de punir. Como se vê pela miríade de teorias que tentaram sem sucesso explicar e justificar o *ius puniendi*, a real função do sistema normativo-penal não se dá para a construção de uma *fundamentação*

¹¹⁰⁰ BARATTA, Alessandro. I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva. In: MOCCIA, Sergio. **Diritti dell’Uomo e Sistema Penale – Volume I**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002 (p. 327-345), p. 337.

¹¹⁰¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Terceira edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 150-153.

¹¹⁰² DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 465.

dessa potência de punição, mas de uma *limitação*. Daí não ser necessária uma teoria positiva (ou fundamentadora) da pena, mas uma teoria negativa (ou limitativa) da pena. Segundo ZAFFARONI *et al.*, “adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de política próprios do poder punitivo que lhe toca limitar”¹¹⁰³.

Nesse sentido, essa teoria tem as vantagens das propostas abolicionistas¹¹⁰⁴, mormente o fato de que discute a questão do ponto de vista externo do poder punitivo e, portanto, dando liberdade à compreensão real do problema da criminalidade para além das propostas que tendem a justificar as escolhas institucionalizadas da repressão. Também é importante porque obriga a pena, e o poder que a aplica, *a que se justifique*, ou seja, que identifique as razões pelas quais o sofrimento e os custos da pena se explicam.

Buscando um conceito de pena que fuja do apego às suas funções¹¹⁰⁵ e que se vincule à natureza do objeto que se quer explicar, necessita-se de uma vinculação à realidade da repressão e suas de consequências, sem a maquiagem que lhe dão as explicações institucionalizadas – as assim chamadas funções declaradas do Direito Penal e da pena¹¹⁰⁶. ZAFFARONI *et al.* chegam, portanto, assim, a uma teoria negativa/agnóstica que define pena da seguinte forma:

trata-se, sim, de uma coerção que impõe privação de direitos ou dor, mas que não corresponde aos outros modelos de solução ou prevenção de conflitos (não faz parte da coerção estatal reparadora ou restitutiva nem da coerção estatal direta ou policial). Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: **a)** não concede qualquer função positiva à pena; **b)** é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la. Essa teoria negativa e agnóstica da pena permite incorporar as leis penais latentes e eventuais ao horizonte do direito penal e, por conseguinte, fazer delas sua matéria, assim como *desautoriza os elementos discursivos negativos do direito penal dominante*.¹¹⁰⁷

¹¹⁰³ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 98.

¹¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 204.

¹¹⁰⁵ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 99.

¹¹⁰⁶ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 06-07.

¹¹⁰⁷ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 99.

Dessa forma, a teoria é “negativa” porque aqueles modelos tradicionais de prevenção e de retribuição não são por ela admitidos como úteis ou possíveis – na verdade, são falsos. Ademais, essa teoria é também *agnóstica* porque, por entender que a pena tem fundamento político, tem ela também uma plasticidade fundamental que indica que seus reais objetivos sequer importam, ou deveriam importar, porque seriam “*múltiplos e heterogêneos*”¹¹⁰⁸.

A adoção de tal proposta transforma o próprio sentido e alcance da pena, pois acaba nele incluindo também o que os autores chamam de “poder penal subterrâneo” caracterizado como torturas, ameaças, sequestros e justiciamentos policiais levados a cabo pelo poder público. Inclui, mesmo, os efeitos danosos da pena lícita – doenças, maus-tratos, violências sexuais, etc., ocorridos dentro do próprio cárcere¹¹⁰⁹. O condão dessa proposta, e que a torna tão útil e garantidora do indivíduo, é que submete *qualquer* exercício de poder penal ao controle das agências jurídicas e, portanto, aos limites Direito Penal objetivo.

Diante desse conceito negativo/agnóstico da pena, que a considera mero exercício de poder “que só tem explicação política”, e mesmo diante de um gigantesco campo de exercício do poder punitivo pelo poder instituído, o Direito Penal serve a legitimar “a única coisa que realmente pode programar: as decisões das agências jurídicas”¹¹¹⁰. Assim, a pena é uma obra pela qual se materializa juridicamente (por meio das agências jurídicas) o poder punitivo a partir de uma série de limitações estabelecidas no sistema legal. Dessa forma, a pena *legítima* é aquela que é lançada de acordo com as regras do Direito Penal, quando, então, se torna de política a jurídica.

Afinal, se a pena tivesse natureza jurídica, poderia ser fundamentada pelo Direito – daí a pretensão eterna das teorias positivas que navegam entre a retribuição e a prevenção. Mas os esforços de proceder com essa justificação falham, pois, embora a pena seja aplicada por institutos jurídicos, sua natureza é política e, como política, não encontra uma justificativa jurídica clara. Por isso, o que o plano jurídico lhe oferece é justamente a limitação: que seja aplicada segundo critérios claros, processos justos, limites pré-estabelecidos e por autoridades competentes. É essencial que se reconheça esse cunho

¹¹⁰⁸ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 466.

¹¹⁰⁹ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 100.

¹¹¹⁰ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 108.

político para que, então, se possa colocar o Direito Penal (e o Direito Penal Internacional, por conseguinte) no seu devido lugar e assumindo a sua necessária função.

A proposta negativo/agnóstica é de extrema humanidade, pois coloca o indivíduo em oposição ao poder punitivo, garantindo-lhe os limites estabelecidos constitucionalmente e, portanto, sabendo que jamais poderia excluir o estado de polícia, tentando limitá-lo dentro do desenho mais próximo possível de um estado de Direito. Essa teoria leva a uma minimização do Direito Penal que é capaz de garantir direitos humanos e limitar a violência punitiva através do Direito¹¹¹¹ e produz um efeito muito importante: torna possível “(re)construir o direito penal com a precípua finalidade de redução da violência do exercício do poder”¹¹¹². Nesse sentido, e usando as tradicionais expressões de BOBBIO, lembradas por LAFER¹¹¹³, trata-se de uma proposta evidentemente desenhada *ex parte civium*, e não *ex parte principis*.

Assim, como proposta realista e baseada na garantia e proteção do indivíduo frente ao poder institucionalizado, ela certamente atende aos interesses da proteção dos direitos humanos na sua mais ampla extensão. É antropocêntrica, porque se preocupa com o sujeito que se submete à pena e, ao mesmo tempo, não ignora a necessidade de repressão penal excepcional – por qualquer que seja a razão, já que ela pouco importa – quando violados os bens jurídicos que são necessários para a coexistência humana.

ii. Consequências da visão agnóstico-negativa: o Direito Penal Internacional antropocêntrico

A adoção de um posicionamento negativo/agnóstico, nos moldes identificados por ZAFFARONI, pode dar uma nova cor à questão da pena internacional e ser capaz de tratar o problema de forma real, colocando o Direito Penal Internacional dos eixos e dando-lhe uma veste de efetiva proteção da dignidade humana. Afinal, não se pode negar que a pena e a atuação do sistema penal como um todo é uma realidade cotidiana que escapa a uma racionalização explicativa: mas não é porque não se crê nas funções do sistema penal que o

¹¹¹¹ BARATTA, Alessandro. I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva. In: MOCCIA, Sergio. **Diritti dell’Uomo e Sistema Penale – Volume I**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002 (p. 327-345), 341.

¹¹¹² CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Terceira edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 148.

¹¹¹³ LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005, p. 14.

sistema em si não existe¹¹¹⁴. Inevitável e até necessário, o poder de punir internacional não pode ser negado ou anulado, mas precisa ser controlado para que se manifeste na forma adequada a um Estado de Direito.

Ao investigar a questão do poder de punir internacional no que toca aos crimes universais, ZAFFARONI infere que o poder punitivo internacional é útil à cidadania internacional apenas na medida em que é capaz de homogeneizar as práticas penais e evitar as *tristes parodias procesales*¹¹¹⁵ que às vezes caracterizam a punição internacional (como o caso Sadam Hussein), pois tal exercício é absolutamente incapaz de prevenir crimes universais¹¹¹⁶. Na identificação zaffaroniana, a construção do inimigo contra quem se lança a repressão internacional é resultado de um processo nada incomum da humanidade de “criação do inimigo, de canalização do mal e da vingança, para desembocar no sacrifício”¹¹¹⁷. De fato, desde há tempos imemoriais, a humanidade depende da canalização do poder punitivo constituído de forma mais ou menos organizada para a satisfação da vingança coletiva, e a condição de globalização que caracteriza a atual possibilidade penal, com especial atenção para as facilidades da *mass media*, faz com que o fenômeno se repita em escala global. É dessa forma que se elegem os inimigos internacionais contra quem é imprescindível que a comunidade internacional se lance e que despertam as impressionantes e vigorosas manifestações populares em todos os cantos do planeta. Nesse sentido, a função do sistema punitivo internacional não passa além da “canalização da vingança”¹¹¹⁸, desta feita, universal.

Como se viu no recente caso do movimento “KONY 2012” lançado pela Organização Não-Governamental *Invisible Children*¹¹¹⁹, o apoio popular, especialmente entre a população jovem, conquistado internacionalmente pela causa que pedia a prisão do acusado de crimes contra a humanidade pelo Tribunal Penal Internacional, Joseph KONY,

¹¹¹⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Terceira edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 206.

¹¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 27.

¹¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 39.

¹¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 62 (tradução livre).

¹¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 68.

¹¹¹⁹ O movimento atingiu um gigantesco número de pessoas especialmente por conta da *internet* e da disponibilização de vídeos em sites gratuitos. Segundo informações gerais da mídia, tratou-se de um dos vídeos mais vistos na internet e um dos que se espalhou mais rapidamente. É a informação de: MARTINS, Leonardo. Documentário “Kony 2012” rediscute fórmula de vídeos virais. **Folha de São Paulo**, 20 de março de 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/1064006-documentario-kony-2012-rediscute-formula-de-videos-virais.shtml>>, visitado em: 17/11/2012.

foi assombroso (tanto quanto efêmero, é necessário mencionar). De qualquer forma, demonstrou às escâncaras como a comunidade internacional demanda a construção de inimigos e está pronta para mobilizações repressivas em busca de bodes expiatórios. Mas é justamente essa a proposta que pode ser danosa à construção humanitária e antropocêntrica.

De fato, nos dias de hoje a prática do crime universal implica ao autor a “perda da paz” germânica, já que a sua eleição como inimigo decorre de um clamor vindicatório popular, quase irracional, justificado ou não pela conduta do agente. O papel da justiça penal internacional, assim, se converte em atender a esse clamor, condenando exemplarmente o acusado na realização de uma proposta que, então, não é jurídica, porque não informada por padrões de decorram de um imperativo de justiça, mas eminentemente política.

A partir desse processo, e da compreensão do caráter político da pena internacional, desenha-se adequadamente uma função adequada ao Direito Penal Internacional que não se confunde com a legitimação do processo político da pena: a disciplina, bem como toda a construção normativa nesse sentido, serve para o resgate do acusado como pessoa através da limitação do poder punitivo internacional e da constituição de uma responsabilização penal democrática condizente com um Estado de Direito e não com um Estado de polícia (como seria criado pela aplicação do poder punitivo internacional ilimitado). Essa seria a condição do “direito a ter direitos” arendtiano no plano da repressão penal internacional segundo os mecanismos de que dispõe atualmente. De fato, nas palavras de ZAFFARONI,

Esta é a máxima contribuição e a legitimação do direito penal internacional: evitaria um ato de barbárie degradante para as próprias vítimas do crime de massa e evitaria a queda em um direito penal do inimigo; mas ainda, seria justamente o contrário deste último, por evitar a volta à *hostis*, que é a situação de fato em que se tem o criminoso massivo impune.¹¹²⁰

Assim, a partir do risco da criação de um Estado de polícia internacional, resta ao Direito Penal Internacional apenas o papel de limitador dessa espiral de violência que existe provocada tanto pelos fatos criminosos universalmente danosos quanto pelo poder punitivo internacional exercido de forma desenfreada. O Direito Penal Internacional exerce essa uma função limitadora em três momentos básicos: na definição dos crimes (identificando o que merece a repressão penal e o que não demanda essa atuação violenta

¹¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 38. (tradução livre; grifos no original).

do poder), na definição dos processos (que garantam a ampla defesa e a proteção do indivíduo) e das penas aplicáveis (humanas e contidas). Dessa forma, consegue racionalizar a sanção penal internacional pela regulação da relação entre esses elementos, garantindo a repressão dos crimes universais de forma democrática e, portanto, humanitária.

De fato, não pode haver outro papel para o Direito Penal como um todo ou para o Direito Penal Internacional especificamente. Segundo HASSEMER, a crença nas funções preventivas do Direito Penal elegeu-o à condição de “panaceia social”: “o direito penal e a pena foram elevados à categoria de fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, e a ‘necessidade peremptória de agir’ associa-se, para os responsáveis de acalmá-la, com o aumento de proibições, intervenções e sanções penais¹¹²¹”. Pela compreensão de que a pena é capaz de solucionar problemas de toda ordem pela correção e intimidação de criminosos, a sanção penal ocupa hoje posição de grande prestígio social, indicada como capaz, inclusive, de produzir o reforço dos valores defendidos universalmente.

Todavia, entender que o Direito Penal Internacional é fundamento da punição internacional ou que está ligado à aplicação da pena como instrumento justificador a partir de uma nebulosa plêiade de teorias empiricamente indemonstráveis é recair em uma problemática há muito indicada e criticada pela análise crítica das funções da pena. A dificuldade de justificação que se encontra para as penas aplicadas pelo TPII e pelo TPIR, e que futuramente estará espelhada nas propostas do TPI do Estatuto de Roma, bem como a evidente confusão jurisprudencial, identificam a necessidade de uma proposta realista – e não de uma busca eterna por uma teoria mítica que seria capaz de justificar a pena e o sofrimento humano. Como identificou ZAFFARONI, isso se trata de justificar a irracional busca pela vingança que pacifica apenas o expectador do processo e, ainda assim, de forma tensa, angustiada e temporária.

2.1.2. O Direito Penal Internacional antropocentricamente fundamentado

Parece evidente, portanto, que em um modelo democrático, a pretensão de justificação do poder de punir internacional pelas regras do Direito Penal Internacional está fadada ao fracasso – pois o poder de punir é político e não encontra justificativa jurídica

¹¹²¹ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: Bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 191-192 (tradução livre).

clara ou única. As tentativas nesse sentido acabam se distanciando do seu foco central, o próprio indivíduo, para abraçar uma visão de sociedade antropomórfica que não existe e que toma o lugar central do homem. E ao mesmo tempo ignora os seus limites essenciais, tanto valorativos quanto normativos: os direitos humanos. Abrem-se as portas a uma proposta meramente simbólica e de *enemização*.

Nesse sentido, a mais importante função dos tribunais penais internacionais é que eles “garantirão um certo grau de menor irracionalidade, contendo e limitando o poder punitivo internacional na medida de seu reduzido espaço de intervenção, e especialmente evitando que ele alcance inocentes”¹¹²². Assim pensadas, essas instituições internacionais são uma manifestação do Direito Penal Internacional como um direito de cunho jus-humanista e antropocêntrico capaz de conter, como dique, o poder punitivo internacional, evitando-se que a imperfeita justiça de Nuremberg acabe descambando para o brutal linchamento de Mussolini em Dongo¹¹²³. Nessa condição, os tribunais penais internacionais são instâncias capazes de minimizar os efeitos de uma justiça penal internacional meramente simbólica e que se volte apenas a alguns inimigos.

O temor de que um sistema penal supranacional possa violar direitos humanos e prejudicar os Estados democráticos de direito já tomou conta de penalistas europeus diante dos caminhos que trilha o assim chamado Direito Penal Europeu¹¹²⁴, desenhado por uma política criminal europeia que, apesar de penalmente incompetente, vem exercendo um juízo de necessidade de pena¹¹²⁵. De fato, como demonstra CAVALIÈRE, a criação de decisões-quadro e de mandados indiretos de criminalização obriga os Estados-parte da Comunidade Européia a reprimirem condutas (especialmente no que toca ao terrorismo e ao crime organizado) segundo uma mesma chave geral que padece de problemas graves, tais como a violação da legalidade pelo rompimento da taxatividade da lei penal (o que se explica pela inerente contradição de um modelo que precisa agasalhar propostas de *civil law* e de *common law* ao mesmo tempo). Como vêm da Comunidade Europeia, tais instrumentos normativos têm o condão de modificar a legislação nacional ou de se oporem às constituições nacionais de forma a incluir condições de menor proteção ao cidadão,

¹¹²² ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 333.

¹¹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 184.

¹¹²⁴ Ver, sobre o tema: Grasso, Giovanni; Sicurella, Rosaria (*a cura di*). **Lezioni di diritto penale europeo**. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

¹¹²⁵ SOTIS, Carlo. Il Trattato di Lisbona e le Competenze Penali dell’Unione Europea. In: **Cassazione Penale**, n. 3, 2010 (p. 326-346), p. 327.

diminuindo-a, apesar de carregarem consigo a chancela da garantia dos direitos humanos que lhes dá a vinculação à estrutura europeia¹¹²⁶.

Diante desse quadro perigoso, estudiosos europeus já elaboraram um conjunto de fundamentos para uma política criminal europeia que se torne minimamente garantista do cidadão e vinculada a uma legitimidade democrática da repressão, de forma a limitar o poder punitivo dos Estados no plano do que lhes é comum devido aos tratados europeus de ordem penal, o *Manifesto on the European Criminal Policy*¹¹²⁷. O profundo estudo, realizado por um grupo internacional de penalistas, identifica os pontos fulcrais de uma proposta penal comum como aquela que se desenvolve no modelo europeu, especialmente a partir da edição de decisões-quadro e do Tratado de Lisboa.

A proposta reitera que na construção de um Direito Penal supranacional é obrigatória a adoção dos seguintes princípios fundamentais da política criminal: (i) a necessidade de uma finalidade legítima de tutela (a necessidade obrigatória de proteção de bens jurídicos, pois a repressão penal apenas se sustenta quando existem lesões ou perigos de lesões aos bens jurídicos); (ii) o princípio da *ultima ratio* (a criminalização de condutas somente é justificável quando não houver outras formas de proteção dos bens jurídicos em questão – a pena, portanto, deve ser excepcional); (iii) o princípio da culpabilidade (a necessidade de repressão penal pessoal); (iv) o princípio da legalidade (com as suas consequências clássicas: o princípio da taxatividade, o princípio da irretroatividade da lei penal e da retroatividade da lei penal mais benéfica e o princípio da uma lei penal decorrente da atividade legislativa parlamentar); (v) o princípio da subsidiariedade (a garantia de que a prevalência para a lida com um conflito será dada ao legislador nacional); (vi) o princípio da coerência (o sistema penal deve guardar coerência interna, preservando uma ordem coesa de valores).

O longo texto apresentado pelos autores indica como esses princípios se aplicam na prática em questões que já foram colocadas à prova na Comunidade Europeia. Mas, em

¹¹²⁶ Sobre essa questão, ver especialmente: CAVALIERE, Antonio. A influência do direito penal europeu das organizações criminais sobre o ordenamento italiano. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. **Direito Penal como Crítica da Pena**. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 53-74.

¹¹²⁷ O texto todo está Disponível em: <<http://www.crimpol.eu/>>. Acesso em: 24/04/2012. Também Disponível em: ASP, Peter; BITZILEKIS, Nikolaos; BOGDAN, Sergiu; ELHOM, Thomas; FOFFANI, Luigi; FRÄNDE, Dan; FUCHS, Helmut; KAIAFA-GBANDI, Maria; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne; NIETO-MARTÍN, Adán; PRITTWITZ, Cornelius; SATZGER, Helmut; SYMEONIDOU-KASTANIDOU, Elisavet; ZERBES, Ingeborg. European criminal policy initiative. Manifesto sulla politica criminale europea. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, anno 2010, v. 3 (p. 1262-1277), p. 1265.

geral, a proposta indica claramente um compromisso com a garantia dos direitos humanos dos acusados com a evitação de um crescimento desmedido da repressão penal na Europa.

Assim, a aplicação excepcional da pena encontra o efetivo sentido do critério da *ultima ratio* como reconhecido pela doutrina mais esclarecida, e, por isso, a sanção penal deve ser contida ao extremo tanto na escolha do meio penal para a solução do conflito social quanto na própria medida da intervenção¹¹²⁸, que deve existir sempre segundo limites absolutamente humanitários. A não aceitação dessas balizas implica a construção do terrível Estado de polícia que somente pode ser defendido por aqueles que não compreendem os efeitos de se viver sob sua égide. Não é à toa que a aplicação restritiva da repressão penal é reconhecida como essencial desde os tempos Iluministas, tendo, segundo lembra MOCCIA, GROTIUS como um dos seus defensores¹¹²⁹.

Os problemas, que já têm efeitos perigosos no sistema europeu, potencializam-se no âmbito universal e daí que o papel limitador do Direito Penal Internacional é ainda mais importante. Afinal, a justiça penal internacional tenta congrega um sem número de fatores e elementos que não são facilmente reduzíveis a um denominador comum. De fato, os problemas do poder de punir nacionais se multiplicam no nível regional e alcançam a máxima potência no plano internacional. E o caminho para a solução dos problemas, como já se percebeu no Direito Penal doméstico, não se dá no plano do refinamento teórico de justificação do poder de punir, como se verifica na teoria aplicável aos fins da pena. Essa é uma questão perene, relacionada diretamente com as dificuldades essenciais do poder de punir – em outras palavras, não se trata de uma falha que *ainda* existe, mas que *sempre* existirá.

Nesse contexto, uma aproximação interessante da proposta do Direito Penal Internacional àquela do Direito Humanitário Internacional é muito mais lógica. De fato, porque ambos devem servir a controlar o poder internacional (o primeiro, na questão da repressão; o segundo, naquela da guerra) sem fundamentá-lo ou justificá-lo, as duas disciplinas assumem características similares.

Essa condição está até mesmo implícita nos instrumentos de Direito Penal Internacional. Ao aproximar o Direito Penal e a noção de guerra, talvez Tobias BARRETO tivesse exatamente essa relação em mente, dado o fato de se tratar de estudioso que procurava ao máximo chegar-se das experiências européias de sua época, especialmente

¹¹²⁸ MOCCIA, Sergio. **Il Diritto Penale tra Essere e Valore**: Funzione della Pena e Sistematica Teleologica. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 113.

¹¹²⁹ MOCCIA, Sergio. **Il Diritto Penale tra Essere e Valore**: Funzione della Pena e Sistematica Teleologica. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 114.

as alemãs¹¹³⁰. Afinal, de fato, os Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais não se referem comumente à expressão “direitos humanos”, provavelmente sabedores de sua imprecisão técnico-penal que se refere a tudo e a nada ao mesmo tempo. Todavia, os estatutos do TPII e do TPIR fazem expressa menção à proposta de existência para reprimir violações graves do Direito Humanitário Internacional¹¹³¹, pois essa é matéria facilmente reconhecível a partir das Convenções que compõem o corpo da disciplina.

Ora, o Direito Humanitário Internacional goza de ampla aceitação porque, sobretudo, não pretende impedir a guerra, mas limitá-la. Nas palavras de ZAFFARONI:

O modelos de um ramo do direito como programação de um exercício de poder que está legitimado à medida que sofreia, limitando ou reduzindo, o exercício de outro poder que não se acha legitimado, não é original no quadro geral do saber jurídico, mas foi precedido em boa parte pelo direito internacional humanitário, que se baseia principalmente nos Tratados de Genebra de 1949 e seus protocolos

¹¹³⁰ REALE, Miguel. Tobias Barreto na Cultura Brasileira. In: MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio. **Obras Completas de Tobias Barreto – Edição Comemorativa – Estudos de Direito – I** (p. 37-42). Governo de Sergipe, Secretaria de Estado da Cultura e Meio Ambiente: Editora Record, 1991, esp. p. 39.

¹¹³¹ Apenas para mencionar os estatutos mais importantes, veja-se que no Estatuto do TPII o nome completo do tribunal é “*International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*” (grifou-se), deixando expressa a menção à violação do Direito Humanitário Internacional como objeto da sua existência. O seu artigo 1º indica ainda que: “*The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute*” (grifou-se), o que é repetido no artigo 9º (1) e em vários outros artigos adiante, o que esclarece que a pretensão do tribunal é, efetivamente, processar violações do Direito Humanitário Internacional, e não do Direito Internacional dos Direitos Humanos ou algo que o valha (UN. **Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. Versão atualizada conforme a Resolução do Conselho de Segurança n. 1800 de 20 de Fevereiro de 2008, grifou-se). O TPIR também faz referência expressa ao Direito Humanitário Internacional, o que vem expresso mesmo, por várias vezes, na Resolução do Conselho de Segurança que o criou. De fato, consta no Estatuto do TPIR: “*Statute of the International Tribunal for Rwanda. Having been established by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994 (hereinafter referred to as “The International Tribunal for Rwanda”) shall function in accordance with the provisions of the present Statute. Article 1: Competence of the International Tribunal for Rwanda: The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994, in accordance with the provisions of the present Statute*”. A menção à expressão se repete com frequência no texto do Estatuto (UN. **Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda**. Versão atualizada conforme a Resolução do Conselho de Segurança n. 1901 de 16 de dezembro de 2009, grifou-se). É certo que o Estatuto do TPI não se refere a crimes contra o Direito Humanitário Internacional, mas tampouco menciona algo como “crimes contra os direitos humanos”, preferindo a expressão de “*crimes of concern to the international community*”. Assim consta no preâmbulo: “...with jurisdiction over the most serious crimes of concern to the international community as a whole...”, repetindo a expressão com frequência adiante, mas sem qualquer referência a algo similar a “crimes contra os direitos humanos”. Como se percebe, a expressão “crimes contra os direitos humanos” é absolutamente dispensável na legalidade do Direito Penal Internacional (ICC. **International Criminal Court Statute**. Versão atualizada do texto aprovado em 17 de julho de 1998. United Nations Treaty Series, v. 2187, n. 38544).

adicionais. A partir da Carta da ONU, a guerra constitui um exercício de poder não-legitimado, mas nem por isso ela deixou de existir: apenas a sua consideração como fato de poder torna superada a velha disputa sobre a guerra justa. Não é o saber dos juristas que suprime os poderes ilegítimos, porquanto circunscrito a suas próprias agências. No caso do direito internacional humanitário, é evidente que seus órgãos de aplicação – sobretudo a Cruz Vermelha Internacional – não têm poder para evitar nem deter as guerras, mas sim para limitar e conter parte da sua violência, e isto é justamente o que fazem e a única coisa que deles se pode exigir que façam. Ninguém duvida de legitimidade nem da racionalidade do direito internacional humanitário, precisamente porque se trata de um programa de limitação e redução de um acontecimento de violência irracional e deslegitimado. Seria irracional exigir-lhe o impossível, isto é, que programasse o desaparecimento das guerras da face da Terra.¹¹³²

É esse o caminho que também deve ser seguido pelo Direito Penal Internacional. É essencial que o Direito Penal Internacional seja construído a partir de uma teoria negativa, no que se refere a toda função manifesta do poder punitivo, e agnóstica a respeito de sua função latente: a pena (e todo o poder punitivo) é um fato de poder que o poder dos juristas pode limitar e conter, mas não eliminar¹¹³³. A limitação do poder punitivo deve ser seu foco, sabendo que não poderá eliminá-lo nunca. Mesmo porque a eliminação do poder punitivo internacional tende a criar um vácuo de poder que apenas será preenchido pelo mais forte, já que na falta do Direito impera a política sem cabrestos. Sem o *ius puniendi* internacional, abrem-se as portas para um estado de natureza internacional, na sua figura hobbesiana.

Por outro lado, esse poder punitivo precisa também ele de controle, pois seu aumento indiscriminado produz o diametral oposto ao Estado de natureza, um Estado de polícia que também ele é danoso, pois, como apontado por ZAFFARONI, pode produzir ele mesmo os crimes universais¹¹³⁴. Dessa forma, o Direito Penal Internacional como limitador da justiça penal internacional é também garantia de prevenção de crimes

¹¹³² ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 108/109.

¹¹³³ “Uma teoria do direito penal que o programe para limitar e reduzir o poder punitivo até o limite do poder das agências jurídicas é racional porque se orienta para o único objetivo possível dentro de seu âmbito decisório programável. Não se pretende legitimar o poder de outros, mas legitimar e ampliar o poder jurídico, o único cujo exercício é capaz de ver-se orientado, tendo em vista que as agências jurídicas não dispõem diretamente de qualquer outro”. ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 110.

¹¹³⁴ “El derecho penal internacional puede ofrecer paliativos o eventuales beneficios pragmáticos, puede evitar el restablecimiento de la Friedlosigkeit, pero la verdadera prevención de los homicidios masivos que el saber jurídico penal puede proveer, será mediante el ejercicio de la crítica y el rechazo frontal de las técnicas de neutralización de valores, elaboradas finamente por teóricos y groseramente por la instigación pública o mediática a la venganza. De no hacerlo, nuestro saber caerá em outro vaciamiento pensante y será por um tempo outra ciencia que no piensa”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010, p. 90.

universais, pelo controle que exerce sobre o próprio poder punitivo e, assim, sobre os poderes instituídos. É com essa função que os tribunais penais internacionais são necessários – mais, são imprescindíveis – justamente para que se possa limitar o poder de punir no plano internacional¹¹³⁵.

Assim, a explicação agnóstico-negativa da proposta zaffaroniana dá ao Direito Penal Internacional uma efetiva função, tornando-o um instrumento humanitário atuante, condizente com um sistema penal moderno e liberal que funciona, na imagem apresentada por ZAFFARONI, já anteriormente ilustrada por BOBBIO¹¹³⁶, como dique contentor da violência das torrentes do poder punitivo, liberando, aos poucos, através de suas comportas e, portanto, de forma controlada, o poder punitivo.

Daí a necessidade de um Direito Penal Internacional que sirva de limite. Mas apenas isso não basta. Afinal, reconhecer uma natureza política para a justiça penal internacional e um papel limitador ao Direito Penal Internacional permite o seu controle, mas não a sua melhora. Como proposta política, o Direito Penal Internacional pode ir além ao reconhecer nos direitos humanos, além da perspectiva limitadora, também um cariz prospectivo. Da mesma forma como KOSKENNIEMI não ignora a necessidade do Direito Internacional e não reduz a sua importância como critério solucionador de problemas, ao se conectar a justiça penal internacional a organismos internacionais adequados é possível encontrar-se o bom caminho onde os direitos humanos podem desenvolver, além do seu reconhecido aspecto limitador, também a sua perspectiva axiológica capaz de orientar a política internacional a um papel virtuoso.

2.2. A proposta prospectiva da política criminal universal: o papel das Nações Unidas

Reconhecido que o Direito Penal Internacional adequado deve se dedicar a um papel limitativo do poder punitivo internacional (a perspectiva negativa de uma política criminal universal), resta tentar indicar qual é a porção prospectiva capaz de completar a política criminal universal.

¹¹³⁵ Nesse sentido, ZAFFARONI et al. apontam que “embora os tribunais internacionais (permanentes ou ad hoc), a exemplo dos nacionais, tenham reproduzido e voltarão a reproduzir estruturas punitivas seletivas, não dispendo de outro poder senão decidir sobre o prosseguimento ou interrupção de uma criminalização em curso, pode-se argumentar que eles – igualmente a exemplo dos nacionais – garantirão um certo grau de menor irracionalidade, contendo e limitando o poder punitivo internacional na medida de seu reduzido espaço de intervenção, e especialmente evitando que ele alcance inocentes”. ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 333.

¹¹³⁶ BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. São Paulo: UNESP, 2003, p. 129.

No sentido do *princípio geral da prevenção*¹¹³⁷, de BARATTA, uma proposta prospectiva vai além da mera repressão penal por buscar entender o contexto no qual se deram os crimes universais e, além disso, buscar alternativas penais para a solução dos problemas identificáveis como determinantes para a criminalidade universal. No sentido de uma construção democrática, não se pode apenas individualizar responsabilidades por crimes universais, pois essa redução é enganosa e daninha. É essencial que se interroguem as causas dos conflitos e que se desenvolvam políticas individualizadas de atuação em cada contexto, desenhadas de forma diferenciada e pontual levando em consideração que crimes universais não são resultado de condutas isoladas, mas consequências de processos estruturais e mecanismos sociais que terminam por permitir a sua ocorrência.

Parece óbvio que tribunais penais internacionais não estão preparados para essa função. Assim, é imprescindível que jurisdições penais nacionais ou internacionais, diante de crimes universais, estabeleçam laços estreitos com outros organismos que possam realizar essa função e, em conjunto, definam focos de atuação, prioridades e planos de ação. Nesse sentido, os órgãos que compõem a família da Organização das Nações Unidas são um todo complexo capaz de atuar em diversas áreas e com uma capilaridade quase universal, composta por especialistas em várias áreas que a torna apta ao reconhecimento dos problemas e da identificação de soluções. Esse trabalho, aliás, já é feito em diversas partes do mundo pelas Nações Unidas, através de projetos de diversas espécies no sentido de promover os direitos humanos e de garantir a construção da cidadania universal – mas jamais foi coordenado com a proposta repressiva.

Assim, uma proposta prospectiva à política criminal universal pretende, também, a revitalização do papel ativo dos órgãos que compõem as Nações Unidas no sentido de recuperar a capacidade de planejamento para a evitação das causas que provocam crimes universais. Assim, pela atuação sinérgica entre os tribunais penais internacionais, os órgãos das Nações Unidas e os instrumentos internacionais de direitos humanos, é possível que se construa um papel ativo de evitação dos crimes universais com a atuação preventiva nas suas causas criminógenas. A proposição de uma política criminal universal indica um papel prospectivo comum a todos e, assim, garante um objetivo comum de garantia dos direitos humanos.

¹¹³⁷ BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In: BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 468-469.

2.2.1. O sentido do papel prospectivo

Como é reconhecido pela doutrina mais crítica, a prevenção e evitação dos crimes universais sempre permaneceram em segundo plano. Embora as forças Aliadas soubessem do genocídio levado a cabo pelos nazistas na Alemanha, não se preocuparam, por exemplo, em bombardear linhas férreas para evitar o transporte das vítimas aos campos de extermínio – ainda que, ao mesmo tempo, bombardeios massivos tivessem sido destinados à destruição de Dresden¹¹³⁸. Embora se conte com uma Convenção para a *Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*, o foco sempre foi o da repressão. O próprio texto da Convenção deixa isso claro ao dar evidente prioridade aos dispositivos que tratam da repressão e não da prevenção. Da mesma forma, mais recentemente, não se tentaram evitar as atrocidades nos Bálcãs, no Camboja e na Ruanda. REISMAN identifica a proposta internacional que parece ter feito escola:

O movimento internacional dos direitos humanos celebrou os julgamentos de Nuremberg como uma vindicação dos direitos humanos e como a pedra fundamental da instalação de um regime de proteção internacional. A celebração tende a ofuscar o fato de que não foram feitos esforços para parar ou prevenir o genocídio que levou aos julgamentos de Nuremberg. O precedente de Nuremberg tampouco evitou, mais tarde, atrocidades nos Bálcãs, Camboja, Ruanda e Sudão, para mencionar alguns. Nuremberg determinou, entretanto, um irônico precedente. Em cada um desses assassinatos em massa, pouco ou nenhum esforço foi feito para preveni-los ou pará-los; pelo contrário, a estratégia preferida sempre foi “nuremberguiana” – esperar que os assassinatos em massa parassem por si sós e, então, estabelecer tribunais penais.¹¹³⁹

A mera atuação repressiva no plano internacional é insuficiente, especialmente porque a construção de um sistema penal ativo e pujante tem o condão de fazer crer que não seja necessária mais coisa alguma. Não é de hoje que se reconhece que uma resposta internacional feita apenas nesse sentido arrisca construir um simples modelo de controle, com os riscos naturais a essa tendência: a manutenção do status quo sem as mudanças necessárias à plena construção dos direitos humanos¹¹⁴⁰.

¹¹³⁸ REISMAN, W. Michael. Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder. In: *Case Western Reserve Journal of International Law* (2007-2009), n. 40 (p. 57-85), p. 60.

¹¹³⁹ REISMAN, W. Michael. Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder. In: *Case Western Reserve Journal of International Law* (2007-2009), n. 40 (p. 57-85), p. 60 (tradução livre).

¹¹⁴⁰ Segundo BATISTA, “a regionalização do direito penal internacional e a proteção dos direitos do homem nos remetem à formosa utopia da solidariedade entre os povos, pela superação do modelo clássico de cooperação – basicamente, reafirmador de soberanias singulares – em favor de preocupações que, no limite,

Assim, da mesma forma como ocorre com a criminalidade doméstica, o Direito Penal Internacional deve se preocupar com a questão da criminalidade universal a partir de uma visão holística da questão e de uma atuação que não se resume ao *post-factum*. Para que se escape de uma política meramente penal, é necessário identificar, como na proposta de BARATTA, os caminhos para a efetiva evitação da criminalidade.

Essa ampla atuação se faz a partir de duas frentes: uma delas deve buscar os fatores criminógenos enquanto a outra se deve preocupar com o estabelecimento de estratégias de combate à violação dos direitos humanos, neutralizando, então, as suas causas¹¹⁴¹. E não há outra forma de fazê-lo que não através da elaboração de uma política criminal capaz, nas palavras de Jorge de Figueiredo DIAS, de determinar o *se* e o *como* da repressão penal¹¹⁴², mas levando em consideração o contexto local em que se aplica, de forma a identificar a melhor quantidade de poder penal necessária.

Aliás, essa necessidade é especialmente sensível em ambientes que passaram pela ocorrência de grandes conflitos, como os que caracterizam a ocorrência dos crimes universais. O entorno de um genocídio nunca se repete, o que leva à necessidade de verificação das melhores opções de lida com o *post-factum*, pois “ninguém sabe, é claro, como impedir genocídios ou violência em massa”¹¹⁴³. Por conta disso, de acordo com as condições de determinada situação, *pode* ser necessária a repressão penal. Todavia, por vezes outros caminhos, tais como reparações ou comissões de verdade, podem produzir melhores efeitos. É por isso que MINOW aponta uma série de critérios para que se inquirirem as condições históricas e políticas e, então, desenhar a melhor solução para um caso específico¹¹⁴⁴.

Assim, uma proposta de descentralização da problemática é essencial, o que se consegue pela mudança de uma lógica penal meramente formal no sentido de uma lógica

tratarão de observar também uma divisão internacional injusta do exercício do poder penal”. BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. In: **AIDP – Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal – Publicação Oficial do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal**, ano 5, número 4, 2009 (p. 9-12), p. 12

¹¹⁴¹ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. Quarta edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.546.

¹¹⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal**: sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 156.

¹¹⁴³ MINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence**. Boston/Massachusetts: Beacon Press, 1998, p. 145.

¹¹⁴⁴ Dentre tais critérios, por exemplo, seria essencial perquirir pelas divisões quantitativas de minorias em uma sociedade pós-conflitual, se mais de um grupo esteve envolvido nas violações de direitos humanos, se houve mudança de grupos no poder e se aqueles que estão atualmente no governo não são também responsáveis por atrocidades, quanto tempo se passou desde a ocorrência dos conflitos, etc. MINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence**. Boston/Massachusetts: Beacon Press, 1998, p. 133-135.

material e, portanto, dedicada à compreensão holística dos problemas que produzem a criminalidade. Segundo BARATTA, o pacto social moderno e sua característica excludente levam à criação de um sistema que apenas esconde e não elimina a violência do estado de natureza – daí não ser, o pacto social *efetivamente democrático*. Por isso é necessária uma revisão pós-moderna do “pacto social internacional”, e um sistema repressivo universal funcional, portanto, seria resultado dessa construção. Essa nova proposta se faz por uma também nova “estratégia jurídica, política, econômica e cultural¹¹⁴⁵” desenhada para ao controle democrático da criminalidade. Afinal, ainda segundo o criminólogo italiano, “não se sairá mais dos problemas que afligem a humanidade de nosso tempo se não se redefinirem de maneira correta a relação entre economia e desenvolvimento humano”¹¹⁴⁶.

De fato, parecem ser condições sociais, econômicas e políticas que permitem e instigam os crimes universais a acontecerem (especialmente em um mundo onde as diferenças econômicas generalizadas são responsáveis por uma disparidade material entre Estados que nem de longe reflete a igualdade formal do sistema normativo internacional). Não é à toa que os grandes crimes de guerra, genocídios e crimes contra a humanidade se dão em países chamados periféricos, ou de terceiro mundo¹¹⁴⁷, especialmente na África, Ásia e América Latina, regiões onde o déficit jus-humanista é proverbial. A instabilidade política, a falta de uma democracia estável, as condições sociais temerárias, a exploração econômica, enfim, toda espécie de miserabilidade é capaz de desencadear, por exemplo, os conflitos étnicos e sociais que se presenciavam hoje. Os Estados, sobretudo aqueles mais pobres, como os africanos, apesar de reconhecerem uma série de direitos aos seus cidadãos, não são capazes de lhes conferir eficácia adequada, como ocorre, especialmente, com os direitos sociais¹¹⁴⁸.

É evidente que não se pode afastar completamente de uma lógica formal na aplicação da repressão penal, pois a vinculação a critérios formais é sempre importante, já

¹¹⁴⁵ BARATTA, Alessandro. Ecologia, economia, democracia e il Patto Sociale della Modernità. In: **Dei Delitti e Delle Pene**, 1-2 (2000), p. 9-24. Ed. Scientifiche Italiane, p. 22 (tradução livre).

¹¹⁴⁶ BARATTA, Alessandro. Ecologia, economia, democracia e il Patto Sociale della Modernità. In: **Dei Delitti e Delle Pene**, 1-2 (2000), p. 9-24. Ed. Scientifiche Italiane, p. 19 (tradução livre).

¹¹⁴⁷ CASSESE, Antonio. **I Diritti Umani Oggi**. Bari: Laterza & Figli, 2007, p. 168.

¹¹⁴⁸ Nas palavras de LAFER, “Com efeito, não se contesta hoje no plano da ordenação hierárquica, a relevância dos direitos econômicos e sociais. Estes, no entanto, no momento atual, são basicamente um direito de crédito do indivíduo em relação à sua coletividade nacional, que normalmente atribui ao seu Estado a responsabilidade de saldar esses créditos. Ora, a falta de recursos e a crise do Estado intervencionista compromete, em escala universal, a possibilidade de os governos serem um suporte da realidade para sustentar a dimensão vetorial dos direitos econômicos e sociais”. LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 199-200.

que garantista do acusado. Mas também deve existir uma abertura para outras propostas complementares. O modelo penal precisa respirar ares limpos da velha metodologia simplista, crente na eficácia da repressão que o transforma em multiplicador do *status quo* e que se manifesta no processo de tribunalização penal internacional – veementemente defendido como solução pelos seus muitos seguidores, apesar de sua evidente inoperância¹¹⁴⁹.

Note-se, não se trata de fazer justiça social por meio da justiça penal internacional. O que se torna necessário é o reconhecimento de como o processo repressivo pode fazer parte de um processo maior de revitalização, correção e ajuste das violações de direitos humanos. Nesse contexto é que se insere a proposta penal (sempre limitada, como se viu): em uma perspectiva maior de reconhecimento do problema que produziu ou produz o crime universal e no conjunto das medidas que são capazes de impedir ou de reduzir os efeitos da criminalidade universal.

É isso, novamente a partir da proposta de BARATTA, que se quer apontar quando se refere à “política de transformação social e institucional”¹¹⁵⁰, segundo a qual a repressão pode ser instrumento de mudança social em sentido democrático e de construção da igualdade. Para tanto é essencial que a atuação internacional proceda com cautela diante de conflitos e identifique a melhor aproximação, apontando onde estão os fatores responsáveis pela construção do fenômeno criminoso que se quer evitar. Essa conclusão geral deve ser levada em conta também no julgamento dos acusados, mas será importante especialmente para a constituição de um programa complexo de ataque ao problema. As medidas identificadas como necessárias serão importantes em programas paralelos, realizadas pelos órgãos pertinentes, e que deverão ter prioridade, dependendo do caso, até mesmo sobre a repressão.

A prevalência de soluções de ordem nacional e, melhor ainda, comunitária, deve obrigatoriamente fazer parte do processo de justiça criminal universal. A justiça restaurativa é essencial para essa proposta, pois é capaz de recuperar o tecido social rompido com os crimes universais e de permitir a convivência da sociedade. Todavia, nessa condição a justiça restaurativa tem pouco a ver com a repressão criminal e certamente não é seu objetivo: aqui a justiça restaurativa acompanha a repressão como medida complementar eventualmente adequada àquele conflito social.

¹¹⁴⁹ REISMAN, W. Michael. Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder. In: **Case Western Reserve Journal of International Law** (2007-2009), n. 40 (p. 57-85), p. 85.

¹¹⁵⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Terceira edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 201.

É nesse contexto, especialmente, que as vítimas têm espaço e desempenham um papel central. Mais do que pela repressão penal, é pela adoção de medidas prospectivas que se garantem as vítimas de crimes universais e, em amplo sentido, se reconhecem os efeitos da *obrigação de proteger*. Além disso, deslocando-se os interesses das vítimas para o campo de uma atuação prospectiva e não repressiva, encontra-se-lhes o nicho adequado. Afinal, não é necessário que as vítimas participem dos processos penais onde, tradicionalmente, não são bem-vindas. A estrutura histórica do processo penal não comporta bem vítimas para além de suas posições de testemunhas simplesmente porque a estrutura repressiva não foi desenhada para acomodar a vítima.

De fato, apesar de se reconhecer uma tendência evidente na justiça penal internacional ao reconhecimento dos direitos das vítimas e no sentido de incluí-las nos processos penais em curso¹¹⁵¹ (como fica patente nas determinações do Estatuto de Roma com a possibilidade de estabelecimento de reparações¹¹⁵² e da criação de um fundo específico em favor das vítimas¹¹⁵³), essa condição pode provocar mais problemas ao processo, especialmente aos direitos do acusado pelo rompimento do modelo acusatório tradicional¹¹⁵⁴, do que vantagens, sem que se garanta às vítimas qualquer proteção adicional. Quanto à participação das vítimas nos processos, para além da transformação do processo penal em um movimento vindicativo que extrai da publicização da sanção penal a sua essência de justiça em favor da cartarse popular e do retorno abstrato à *Lei de Lynch*, aspectos práticos ainda restam pendentes. Em primeiro lugar, corre-se o risco da frustração de pretensões das vítimas nos processos penais, pois não parece ser possível acreditar que tribunais penais internacionais que julgam apenas alguns poucos cidadãos (e não Estados, que efetivamente teriam condições financeiras substanciais), que normalmente assumem a posição de indigentes e clamam por justiça gratuita¹¹⁵⁵, consigam determinar indenizações a vítimas que se contam aos milhares. Em segundo lugar, as vítimas podem perder credibilidade como testemunhas, pois teriam interesses em reparações, por exemplo. Uma condição, aliás, que não é nova, pois já se conhecem casos de *syndicats de témoins*, junto

¹¹⁵¹ SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 172.

¹¹⁵² Estatuto do TPI, artigo 75.

¹¹⁵³ Estatuto do TPI, artigo 79.

¹¹⁵⁴ HEMPTINNE, Jérôme de; JORDA, Claude. The Status and Role of the Victim. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R.W.D. **The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary** (p. 1387-1419). Volume II. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1388-1389.

¹¹⁵⁵ SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 175.

ao TPIR, desenhados para estabelecer linhas argumentativas comuns às testemunhas com o fim de garantir interesses específicos nos processos¹¹⁵⁶.

É evidente que a guinada da justiça penal internacional de um completo esquecimento dos direitos e interesses das vítimas (como ocorria no TPII e TPIR) para o seu reconhecimento como parte importante do processo de restauração da paz é uma modificação muito válida. E nesse sentido, a criação, pelo TPI, de um fundo financeiro para reparação às vítimas, que, *presumivelmente*¹¹⁵⁷, receberá doações voluntárias, multas e valores arrestados ou perdidos pelos autores dos crimes, é uma evolução muito interessante. Mas a inserção da vítima do processo penal altera-lhe as propostas fundamentais e arrisca exageradamente o modelo de justiça penal isento que se pretende produzir em um sistema democrático. Além disso, essa proposta parece atender muito mais àquele modelo de Direito Penal simbólico e do inimigo que se criticou anteriormente – produzindo-se uma aparência de que se faz algo (indeniza-se um punhado de vítimas) enquanto se esquece de corrigirem-se os problemas fundamentais que causaram os crimes universais. Além disso, não parece ser adequado que apenas quem participe dos procedimentos criminais (uma minoria, certamente) seja beneficiado com as indenizações provenientes desse fundo, dado que a multiplicidade das vítimas comum em crimes universais parece demandar uma gestão dos recursos menos afeita a aspectos penais e mais vinculada a propostas financeiras. O que, aliás, casa muito bem com uma proposta prospectiva.

Aliás, para fins de atendimento das pretensões das vítimas, processos como comissões de verdade e reconciliação ou programas de reparação servem muito mais do que a punição de alguns acusados como responsáveis pelos crimes. Tanto porque são capazes, quando desenhadas de forma independente de governos, a se aproximarem mais dos fatos que efetivamente ocorreram, quanto porque conseguem uma maior penetração material entre as vítimas, essas instituições atendem de forma mais evidente aos interesses de reconciliação social do que o fazem os julgamentos criminais¹¹⁵⁸. Definitivamente,

¹¹⁵⁶ ZAPALLÁ, Salvatore. **Human Rights in International Criminal Proceedings**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 232.

¹¹⁵⁷ ZAPALLÁ, Salvatore. **Human Rights in International Criminal Proceedings**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 230.

¹¹⁵⁸ MINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence**. Boston/Massachusetts: Beacon Press, 1998, p. 127.

como advoga LAFER, não se deve tratar a opção pelas comissões da verdade, nessas condições, como uma “*second best*”¹¹⁵⁹.

Enfim, para além de se reconhecer às vítimas um papel adequado (e não meramente *simbólico*) no processo de restauração, é essencial a manifestação do princípio geral da prevenção, pois nenhum fenômeno criminal de grandes proporções, como um crime universal, dá-se repentinamente. Ele é resultado de uma ampla gama de fatores que produzem a criminalidade universal. É comum, de fato, que um ou outro ditador esteja por trás desses conflitos sociais, mas o que os leva à condição de ditadores ou o que lhes dá apoio popular e político é perfeitamente reconhecível e, verificado antes de acontecer, pode evitar crimes no futuro. Nesse contexto, o papel internacional vai muito além da repressão: é de reconhecer os conflitos que ensejaram a possibilidade de ocorrência do crime universal. Esse reconhecimento permite a elaboração de propostas corretivas das dificuldades enfrentadas pela sociedade que se analisa e, portanto, programas e políticas humanizadoras capazes de impedir crimes universais futuros. Ou, ao menos, de mitigá-los os efeitos.

2.2.2. Uma proposta prospectiva: repensar os tribunais penais internacionais e o papel das Nações Unidas

Embora exista a necessidade da perspectiva prospectiva à justiça penal internacional, não são os tribunais penais internacionais que, sozinhos, se devem encarregar dessa função. De fato, esses organismos já têm dificuldades para cumprirem seus mandatos de coleta de provas, seleção de material, processamento de casos, prisão de acusados, cooperação internacional etc. – funções que compõem um trabalho enorme e que consomem os poucos recursos pessoais e financeiros à disposição. Mas tampouco podem ficar inertes, pois sua atuação direta em campo, para coleta de testemunhos e provas, por exemplo, torna-os figuras essenciais na análise dos fatores criminógenos.

Assim, a saída parece ser a associação entre os tribunais penais internacionais, especialmente o TPI do Estatuto de Roma, e organismos internacionais aptos à realização dessas tarefas. E nesse sentido, a melhor estrutura existente e disponível é aquela da

¹¹⁵⁹ LAFER, Celso. **Justiça, História, Memória: reflexões sobre a Comissão da Verdade**. 2012. Exposição apresentada no seminário internacional História Contemporânea: Memória, Trauma, Reparação. Rio de Janeiro: IH/IFCS (UFRJ), 10 de maio de 2012.

“família das Nações Unidas”¹¹⁶⁰, que, pela ampla representação internacional que tem, permite garantir a proposta democrática internacional e, portanto, a materialização positiva da política criminal universal.

A partir da utilização comum das instituições já existentes, a construção de uma perspectiva prospectiva para a política criminal universal torna-se muito mais fácil. Especialmente porque a atuação repressiva e aquela prospectiva podem coexistir e se aplicar comumente. É de se notar que tanto o Tribunal Penal Internacional quanto as Nações Unidas desenvolvem suas atividades em regiões que passaram por crimes universais, o que os fazem interagir diretamente. Mas essas interações são meramente pontuais, mesmo porque se espera que os tribunais penais internacionais sejam independentes das Nações Unidas e, assim, qualquer contaminação pode ser prejudicial.

No que toca ao sistema das Nações Unidas, é importante mencionar sua adaptação histórica à proteção dos direitos humanos e ao reconhecimento dos problemas que podem servir de fundamento para a ocorrência de crimes universais. Embora esse organismo jamais se tenha negado à atuação no plano dos direitos humanos, também é certo que a garantia e proteção dos direitos humanos apenas mais recentemente se torna um dos seus papéis centrais. Efetivamente, a proposta da ONU sempre se direcionou no sentido da garantia da paz. Nem poderia ser diferente: seu papel essencial se concretizou na proposta de constituição de uma “terceira parte” capaz de limitar a violência internacional e as disfunções jurídicas daí surgidas (ainda que se tenha mantido “ausente” dessa condição por muito tempo¹¹⁶¹). Direitos humanos, como se sabe, eram entendidos como questões nacionais e não dependiam da atuação da ONU.

Não são poucas as críticas a essa proposta preocupada unicamente com a garantia da paz e, especialmente, ao modelo de poder que se instaurou também com o esforço da ONU. Tampouco se deixa de reconhecer a insuficiência das Nações Unidas durante o período em que a Terceira Guerra não eclodiu apenas por conta de um equilíbrio do terror entre potências¹¹⁶². Nesse sentido, ZOLO é um porto seguro àqueles que pretendem uma

¹¹⁶⁰ BLOKKER, Niels M.;SCHERMES, Henry G. **International Institutional Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 1691.

¹¹⁶¹ BOBBIO, Norberto. O Terceiro Ausente. In: BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente: Ensaio e Discursos Sobre a Paz e a Guerra** (p. 277-280). Barueri: Manole, 2009, p. 280.

¹¹⁶² Nesse sentido, ver BOBBIO, Norberto. O Equilíbrio do Terror. In: BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente**. (p. 59-78). Barueri/São Paulo: Manole, 2009. Na mesma obra, também no artigo Ética da Potência e Ética do Diálogo (p. 201-210), p. 203-204, dentre várias outras obras do autor.

compreensão crítica à proposta internacional do pós-segunda guerra, indicada no sentido de uma *Cosmopolis* sob o controle de alguns poucos¹¹⁶³.

Mas a proposta das Nações Unidas termina finalmente por se ajustar, ao menos na aparência, aos tempos contemporâneos. A compreensão de que não é possível a paz sem a garantia dos direitos humanos¹¹⁶⁴ (da mesma forma pela qual não se imaginam direitos humanos sem paz), e o reconhecimento de um novo conflito internacional que não se dá mais no sentido Leste-Oeste, mas Norte-Sul, e que tem um cunho eminentemente econômico, implicam a necessidade de um novo olhar sobre a questão.

Evidenciado que o modelo da década de quarenta não mais se adaptava aos conflitos contemporâneos, a Organização das Nações Unidas sentiu a necessidade de ajustes, e aí a nova configuração da proteção dos direitos humanos que retira a ONU de um papel de mero palco de debates capazes de produzir acordos entre os países e a coloca como ponto de força de aplicação, garantia, controle e reforço dos direitos humanos. Ainda que em uma proposta de correção de rumos criticável pela pouca profundidade diante do que efetivamente era necessário à nova configuração internacional¹¹⁶⁵, é nesse sentido que surge o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

O abandono da proposta original da competência da Comissão de Direitos Humanos, vinculada ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC), para a construção de um novo braço dedicado à temática dos direitos humanos é emblemático. Não é novidade que o modelo do ECOSOC nunca funcionou a contento, pois nunca conseguiu atuar à altura da necessidade de proteção internacional dos direitos humanos no plano direto. Ora, foi feito um bom papel no plano indireto, de constituição de tratados e de foro de debate sobre o tema humanitário, pouco avançou na parte direta, com seus procedimentos de comunicação e suas tímidas manifestações sobre violações cometidas pelos governos. É certo, ainda, que a condição política da Guerra Fria teve um papel importante nessa inefetividade da ONU.

De qualquer forma, a queda do Muro de Berlim permitiu o redesenho da questão e, assim, o lançamento de um órgão forte que tem o condão de promover a proteção e

¹¹⁶³ Sobre a questão, veja-se, especialmente, ZOLO, Danilo. *Cosmopolis*. Milano: Feltrinelli Editore, 2008; ZOLO, Danilo. *Globalizzazione: Una Mappa dei Problemi*. Roma-Bari: Laterza, 2004.

¹¹⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *Os Direitos do Homem e a Paz*. In BOBBIO, Norberto, *O Terceiro Ausente*. (p. 111-117). Barueri/São Paulo: Manole, 2009, p. 117.

¹¹⁶⁵ CASSESE, Antonio. La riforma delle Nazione Unite: un'occasione mancata. In: **Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale** (2005). Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/cassese.htm>>.

respeito universal pelos direitos humanos, garantindo a igualdade e a liberdade a todos¹¹⁶⁶. É nesse sentido que se desenha o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDHNU). Constituído pela Assembleia Geral em 03 de abril de 2006, e nas palavras da própria ONU, o CDHNU é “um corpo intergovernamental dentro do sistema das Nações Unidas responsável pelo reforço da promoção e efetivação dos direitos humanos ao redor do globo e por lidar com situações de violações de direitos humanos e fazer recomendações sobre elas”¹¹⁶⁷.

Embora se possa reconhecer que também essa construção pode acabar operando na inatividade de um organismo internacional que se venha a dobrar aos interesses do poder, o simples fato da sua criação indica que a comunidade internacional continua demandando uma estrutura mais efetiva, pois, do contrário, não haveria mudança do modelo original do ECOSOC. Dotado de três atribuições centrais, o Conselho de Direitos Humanos poderá tanto concentrar informações sobre violações de direitos humanos e monitorar a proteção deles pelos Estados (pelo *Universal Periodic Review mechanism*¹¹⁶⁸ e pelas *Complaint Procedures*¹¹⁶⁹) quanto funcionar como órgão racionalizador da proteção dos direitos humanos (através do seu *Advisory Committee*¹¹⁷⁰).

O novo modelo é alvissareiro. Constituído de forma clara e plural (são 47 países que o compõem), o Conselho não estará afastado do embate político que caracteriza o tabuleiro internacional. Mas permitirá um mínimo de debate e, aberto às participações populares, será capaz de, ao menos, identificar questões importantes ou preservar

¹¹⁶⁶ “...promoting universal respect for the protection of all human rights and fundamental freedoms for all, without distinction of any kind and in a fair and equal manner”. UN. **General Assembly Resolution n. 60/251**. Resolução de 03 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/251>. Visitado em 17/11/2012.

¹¹⁶⁷ UN. Human Rights Council. **Background information on Human Rights Council**. Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx>>. Acesso em: 17/11/2012 (tradução livre).

¹¹⁶⁸ Através do “Mecanismo de Revisão Periódica Universal”, cria-se um processo interessante de monitoramento dos países membros das Nações Unidas pelos quais se pode aferir e comparar os níveis de proteção nacionais dos direitos humanos. Os Estados são obrigados a informar a condição da proteção dos direitos humanos em seus territórios e informar o Conselho dessa condição.

¹¹⁶⁹ O Procedimento de Comunicação é a definição de um importante e eficiente mecanismo de controle dos Estados. De fato, através do processo de questionamento das violações de direitos humanos pelos Estados, fundamentalmente uma revisitação do antigo e combalido modelo da Resolução 1503 (XLVIII), de 27 de Maio de 1970, do Conselho Econômico e Social, reconstituiu-se uma proposta de verificação pontual e democrática de violações de direitos humanos, mas mais imparcial e objetivo que o modelo original. Através de comunicações mantidas na confidencialidade, são estabelecidos grupos de trabalho capazes de selecionar as comunicações de violações que mereçam análise, ouvindo-se os Estados envolvidos e elaborando-se relatórios com indicações de medidas a serem tomadas. UN. United National High Commission for Human Rights. **Resolution 1503(XLVIII) of the Economic and Social Council**. Resolução de 27 de maio de 1970.

¹¹⁷⁰ O Comitê Consultivo é o órgão pensante do novo modelo. Composto por 18 *experts* na questão dos direitos humanos, o comitê tem condições de pensar e racionalizar questões de direitos humanos a partir de propostas e sugestões tomadas juntamente com órgãos nacionais e internacionais.

informações essenciais à questão das violações humanitárias. Mas, mais do que isso, servirá de foro ao pensar os direitos humanos de forma prática, clara e efetiva, pois permite a discussão e a indicação de caminhos a serem tomados, de perspectivas novas a serem adotadas e o apontamento de questões centrais a serem resolvidas de forma a garantir os direitos humanos no plano nacional. Como foro de discussão, portanto, sua existência é uma importantíssima evolução.

Pois bem, é hora que a ONU assuma seu lugar de *terceiro* também no plano da justiça penal. Se não mais como a intermediadora do conflito, onde funciona como a terceira parte que impede a guerra e traz a paz porque permite o foro de discussão racional que evita o vácuo de racionalidade do recurso à violência, deve servir como a terceira parte que permite a ponte entre a recomposição social de Estados estilhaçados em que imperam as violações de direitos humanos. Não mais terceiro entre Estados: terceiro entre Estados e seus cidadãos e, ainda, terceiro entre a justiça penal internacional e os sujeitos aos seus efeitos.

Adaptações são necessárias, evidentemente, para que o sistema de justiça penal internacional possa cumprir esse papel. Assim, uma aproximação entre o CDHNU e o TPI, ou outros tribunais penais internacionais que venham a ser criados, pode servir de complementação de uma política penal internacional, que já existe, para torná-la uma política criminal universal, reunindo o aspecto limitativo àquele prospectivo de uma política criminal efetiva. De qualquer forma, há subsídios normativos que permitem essa aproximação entre as instituições: se na constituição do Conselho de Direitos Humanos essa possibilidade é expressa, no Estatuto do TPI de Roma ela também é perfeitamente possível.

Veja-se que a Resolução n. 60/251, que criou o CDHNU, estabeleceu que o novo órgão “deverá lidar com situações de violação de direitos humanos, incluindo grandes e sistemáticas violações, e fazer recomendações sobre elas. Ele deverá também promover a efetiva coordenação e integração dos direitos humanos dentro do sistema das Nações Unidas”¹¹⁷¹. No que toca ao Estatuto do TPI, a possibilidade de relação para com as Nações Unidas está no preâmbulo¹¹⁷² e deve ser realizada nos moldes determinados pelo

¹¹⁷¹ UN. **General Assembly Resolution n. 60/251**. Resolução de 03 de abril de 2006, parágrafo 3 (tradução livre).

¹¹⁷² “Determinados em perseguir este objetivo e no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto” (grifou-se). ICC. **International Criminal Court Statute**. Versão atualizada do texto aprovado em 17 de julho de 1998. United Nations Treaty Series, v. 2187, n. 38544.

artigo 2º¹¹⁷³. De fato, na sequência da determinação desses dispositivos, foi celebrado acordo entre os dois organismos internacionais identificando de que forma essa relação se daria, denominado “*Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations*”¹¹⁷⁴, em vigor desde 22 de julho de 2004. No artigo terceiro do acordo consta que

As Nações Unidas e a Corte concordam que, com o fim de facilitar o efetivo cumprimento de suas respectivas responsabilidades, eles deverão cooperar de forma próxima, sempre que apropriado, um com o outro e consultarem-se em temas de interesse mútuo no sentido das determinações do presente Acordo e em conformidade com as respectivas determinações da Carta e do Estatuto. (tradução livre)

Essa espécie de cooperação sempre foi esperada, mesmo porque o TPI é visto como um órgão que tem, de certa forma, os mesmos objetivos da Carta da ONU¹¹⁷⁵. Todavia, a leitura do referido acordo identifica que a atuação das duas instituições é *superficial*. Embora um organismo reconheça o outro e comprometa-se a auxiliá-lo, as regras estabelecidas existem apenas no sentido de facilitar o trabalho de cada uma das organizações, de forma que a atuação de ambas é estanque. Embora existam regras para troca de informações, respeito mútuo e auxílio, não há certamente menção clara à construção de *políticas comuns*. Em outras palavras, as instituições se entendem, por respeito e política de boa vizinhança, mas sem falarem a mesma língua.

De fato, a leitura do acordo celebrado demonstra a preocupação de que um organismo não atrapalhe a atuação do outro – o que fica muito claro da leitura do artigo 18, com referência à cooperação entre o Procurador e a ONU no tocante à troca de informações. Aliás, sequer se pode dizer que a elaboração de acordos entre os dois organismos seja descomplicada¹¹⁷⁶. Essa condição é explicada pelo contexto em que o

¹¹⁷³ Artigo 2º do Estatuto do TPI: “*Relação do Tribunal com as Nações Unidas: A relação entre o Tribunal e as Nações Unidas será estabelecida através de um acordo a ser aprovado pela Assembléia dos Estados Partes no presente Estatuto e, em seguida, concluído pelo Presidente do Tribunal em nome deste*”. ICC. **International Criminal Court Statute**. Versão atualizada do texto aprovado em 17 de julho de 1998. United Nations Treaty Series, v. 2187, n. 38544.

¹¹⁷⁴ ICC/UN. **Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations**. Acordo adotado em 04 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/916FC6A2-7846-4177-A5EA-5AA9B6D1E96C/0/ICCASP3Res1_English.pdf>. Acesso em: 13/10/2012.

¹¹⁷⁵ CONDORELLI, Luigi; VILLALPANDO, Santiago. Relation of the Court with the United Nations. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002 (p. 219-234), p. 222.

¹¹⁷⁶ CONDORELLI, Luigi; VILLALPANDO, Santiago. Relation of the Court with the United Nations. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002 (p. 219-234), p. 224.

Estatuto de Roma foi criado. Como sempre pretendeu se afastar do modelo dos Tribunais das Nações Unidas para a ex-Iugoslávia e para a Ruanda, o Estatuto pretendeu deixar bastante clara a independência da nova Corte, especialmente no que se refere à ONU¹¹⁷⁷.

Mas a falta de um fio condutor impede que se reconheça um *sistema* de justiça penal internacional e prejudica a consecução dos fins de ambos: do TPI, porque sua atuação será meramente repressiva, com duvidosos resultados, como se viu anteriormente; da ONU, pois deverá competir com outra instituição para a consecução de seus fins, embora, *a priori*, esses fins sejam os mesmos. De fato, embora atendam a objetivos de certa forma comuns (e que certamente podem ser reduzidos a um mesmo destino), os dois organismos carecem de maior coesão prática, num exemplo de como a burocratização do Direito Internacional pode ser prejudicial à consecução dos fins que idealiza¹¹⁷⁸. Daí que a interação entre os órgãos não se pode resumir ao auxílio cooperativo. Não pode ser uma simples “co-operação”, ou “operação conjunta”, em que se buscam fins individualizados, mesmo porque a dependência da cooperação, como se viu, implica uma série de problemas para a justiça penal internacional. A atuação deve ser absolutamente imbricada e dependente, coesa e em uníssono: o TPI não pode atuar sozinho, nem o Conselho de Direitos Humanos poderá atuar independentemente do TPI. É necessário que dialoguem e, assim, depois, estabeleçam como cada uma das duas organizações vai desenvolver o mesmo objetivo segundo os mesmos parâmetros. Essa é a atuação sistêmica de que depende a adequada prestação da justiça penal internacional e única forma de se ver materializada uma política criminal universal voltada à garantia dos direitos humanos.

Assim, o passo adiante que deve ser dado é uma reconstrução desse mesmo acordo (possível, pelas determinações do próprio texto do acordo), ampliando-se a cooperação para uma atuação política coesa. A troca de informações não pode ser pontual, feita para cada atuação particular, mas deve servir para identificar as propostas de cada uma das instituições com vistas à consecução de um único objetivo: a garantia sistêmica de evitação de futuros crimes universais pela proteção dos direitos humanos. Assim se conquista uma competência sinérgica de proteção dos direitos humanos no plano internacional.

Isso pode ser realizado pelo início comum de investigações a partir das informações que sejam recebidas tanto pela Promotoria do TPI quanto pelo CDHNU. A criação de

¹¹⁷⁷ CONDORELLI, Luigi; VILLALPANDO, Santiago. Relation of the Court with the United Nations. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002 (p. 219-234), p. 220-221.

¹¹⁷⁸ Nesse sentido, ver a crítica de KOSKENNIEMI à burocratização e tecnocracia do Direito Internacional. KOSKENNIEMI, Martii. The Effect of Rights on Political Culture. In: KOSKENNIEMI, Martii. **The Politics of International Law** (p. 133-152). Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011.

grupos de trabalho comuns entre a Procuradoria do TPI e os especialistas do CDHNU permitiria uma perquirição conjunta entre os dois organismos: ao mesmo tempo em que a procuradoria pode analisar a conveniência da situação e a validade dos casos a serem iniciados, o Conselho de Direitos Humanos pode realizar os estudos e verificações pertinentes à identificação das violações de direitos humanos que poderiam ser evitadas, estabelecendo linhas de atuação. Esse programa então criado seria colocado em prática imediatamente pelos órgãos da família da ONU, por países interessados, por organismos internacionais ou mesmo pelo país envolvido, concomitantemente com a repressão identificada como necessária pela procuradoria do TPI.

Nessa condição, a discussão entre a procuradoria do TPI e os órgãos pertinentes do Conselho de Direitos Humanos poderia indicar o melhor caminho para a solução do problema, o que só poderá ser identificado no caso em concreto: qual o alcance da repressão (que será, como se sabe, inevitavelmente, sempre seletiva), se há necessidade de anistias e qual a extensão, sobre as medidas sociais a serem adotadas, sobre a espécie de restauração necessária, etc. Nesse contexto, o Conselho garantiria os interesses das Nações Unidas e a procuradoria, aqueles do TPI (identificados com a possibilidade do reconhecimento, inclusive, pelo Estatuto do TPI como direcionador da atuação da procuradoria).

O apoio mútuo entre os dois órgãos ampliaria substancialmente a efetividade de ambos. Mas, também muito importante, a atuação excepcional da justiça repressiva estaria justificada, pois seria complementar, não se constituindo no foco central ou único de operação e resposta da comunidade internacional. Mais do que isso, dada a condição de *ultima ratio* que se deve reconhecer à atuação penal, como imperativo de um sistema repressivo democrático, e a partir de uma análise mais ampla das situações, pode-se entender – justificadamente, então – pertinente sequer iniciar um procedimento criminal. Afinal, o interesse da justiça de que fala o Estatuto de Roma pode demandar apenas uma atuação prospectiva. É essa, aliás, a atuação que pode funcionar, pois já se viu, neste trabalho, como a repressão custa a produzir qualquer espécie de efeito positivo.

Ao mesmo tempo, estará preservada a liberdade da Corte. De fato, e na medida em que apenas a procuradoria do tribunal precisa se envolver na proposta prospectiva, os órgãos jurisdicionais não serão contaminados com qualquer medida não judicial, pois apenas atuarão quando se tornar necessário a partir da verificação prévia feita pela Procuradoria (que tem a competência, no Estatuto de Roma, de resolver a questão do

“interesse da justiça”¹¹⁷⁹). A ligação de atuação intrínseca apenas garantirá que o exercício do *ius puniendi* internacional seja acompanhado inexoravelmente de propostas prospectivas que tendem a efetivamente produzir efeitos positivos na evitação de crimes universais.

Essas propostas prospectivas, aliás, cuja execução ficaria a encargo dos órgãos especializados para tanto e ligados ou coordenados pelo CDHNU, poderiam ser direcionadas à busca pela verdade, à reparação dos danos às vítimas, à restauração da comunidade e ao apaziguamento social. Assim, ficaria encarregada a justiça repressiva, exercida pelos tribunais penais, de apenas aplicar as penas justas, pois estaria livre das pressões das vítimas e da busca por outros fins que não dizem respeito à prestação jurisdicional penal. Seria o fim dos problemas, reconhecidos nos tribunais penais internacionais atuais, provocados pela pretensão de inclusão das vítimas no processo, que, além de lhes estender enormemente a duração, ainda incluem oficialmente nos autos a inevitável pretensão por vingança.

Por fim, convém indicar que a atuação do TPI, ou de qualquer jurisdição penal internacional, assim orientada, não impede os males que a justiça penal pode provocar. Mas ao menos implica efeitos positivos a ela.

Em primeiro lugar, garante que se reconheçam os problemas que provocam os crimes universais, atuando em várias perspectivas: permitindo a compreensão dos problemas e danos provocados pelos crimes universais; reconhecendo e determinando práticas pedagógicas de evitação de crimes universais; permitindo o reconhecimento de fraturas socioeconômicas que dão ensejo ou facilitam os crimes universais; e garantindo a construção ou reconstrução de novas propostas democráticas garantidoras dos direitos e de regimes legítimos e consensuais.

De fato, diante da falência do modelo penal tanto na sua forma real de controlador da violência quanto na sua proposta idealizada de reformador social, não se pode mais sustentar que a “solução penal” seja a única resposta adequada da sociedade internacional para os crimes universais. Nas palavras de CASSESE, “não basta reagir *ex post*, depois que os massacres tenham ocorrido. É necessário criar mecanismos preventivos ou capazes de bloquear no nascimento os extermínios em massa”¹¹⁸⁰.

Finalmente, convém mencionar que essa nova conformação da justiça penal internacional tem, ainda, uma importante consequência: ela aumenta o número de agentes

¹¹⁷⁹ Artigo 53, (2), “c”, do Estatuto do TPI.

¹¹⁸⁰ CASSESE, Antonio. **I Diritti Umani Oggi**. Bari: Laterza & Figli, 2007, p. 169 (tradução livre).

pensando o conflito, de forma a se elevar o nível democrático. Afinal, imaginando-se que o Direito Internacional é eminentemente uma manifestação da política, mesmo quando é norma, a construção de uma política criminal universal não impedirá essa condição. Mas o envolvimento de um maior número de agentes permite um radicalismo democrático que garantindo a discussão, o debate e a produção de soluções plurais, como é natural do modelo democrático. E, mais do que isso, a participação obrigatória do CDHNU na aplicação da justiça penal internacional tenderá a indicar um caminho à política criminal universal e à inevitável politização da repressão internacional: uma politização humanitária.

É assim que se pode conquistar um modelo novo de justiça penal internacional pelo qual, muito mais do que pela responsabilização penal de alguns criminosos, garante-se a tentativa de correção das iniquidades sociais que impedem a construção de modelos democráticos, garantistas e humanitários. É apenas assim que se consegue andar no sentido de uma cidadania de dimensões kantianas, em uma cidadania universal.

Do contrário, o risco é da construção de um simples “Estado Penal” também no plano internacional e que serve apenas à manutenção de um pernicioso *status quo*. Ora, o não reconhecimento de que os direitos sociais compõem o mínimo necessário ao reconhecimento da cidadania internacional transforma o Estado – e, no caso, o sistema de poder internacional – em um sistema meramente penal, autoritário e violador dos direitos humanos e da cidadania¹¹⁸¹.

Na opinião de BOBBIO, os dois grandes problemas do nosso tempo são os direitos do homem e a questão da paz¹¹⁸². Ao se concordar com o professor italiano, torna-se imperioso repensar a questão da repressão penal internacional também nesses termos. E se é necessário, nas palavras daquele autor, “deslocar a ‘questão social’, que nasceu no interior dos Estados, isto é, relativamente às relações entre classes no âmbito de um único Estado, para a relação entre Estados, ou seja, de fazer da questão social uma questão de

¹¹⁸¹ Segundo ZOLO, apresentando WACQUANT: “*Ai processi di globalizzazione corrisponde nella maggioranza dei paesi occidentali una profonda trasformazione delle politiche penali e repressive: una trasformazione per la quale Loïc Wacquant ha coniato l'espressione: "dallo Stato sociale allo Stato penale". Gli Stati occidentali accordano un'importanza crescente alla difesa poliziesca delle persone e dei loro beni. E l'amministrazione penitenziaria tende a occupare spazi sempre più ampi. Si ritiene infatti che il carcere sia lo strumento più efficace per far fronte agli sconvolgimenti causati dallo smantellamento dello Stato sociale e dall'insicurezza sociale che investe sempre più i soggetti deboli ed emarginati*”. ZOLO, Danilo. I diritti umani, la democrazia e la pace nell'era della globalizzazione. In: **Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale** (2005). Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/braga.htm>>. Acesso em: 16/07/2012.

¹¹⁸² BOBBIO, Norberto. Os Direitos do Homem e a Paz. In: BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente** (p. 111-117). Barueri/São Paulo: Manole, 2009, p. 111.

dimensões planetárias”¹¹⁸³ a repressão penal – que se pretende, protege a vida – não pode ser pensada independentemente da questão social que garante um mínimo essencial de dignidade a todo ser humano. Ao menos, não uma justiça penal honesta, a única que tem espaço em um modelo democrático de ordem internacional.

2.3. Proposições práticas

A título de conclusão, apontam-se algumas diretrizes importantes para a construção de uma política criminal universal, nos moldes desenhados por uma política criminal universal antropocêntrica e democrática.

2.3.1. Para uma perspectiva limitadora

No plano repressivo, a justiça penal internacional precisa seguir as seguintes determinações:

i. Garantia absoluta dos direitos humanos do acusado

Não há justificativa para o afastamento dos direitos humanos dos acusados de crimes universais. Se é verdade que a evolução da proteção internacional dos direitos humanos constituiu a justiça penal internacional, não há contrasenso maior do que a própria justiça penal internacional tolher do acusado seus direitos humanos. Assim, qualquer processo deve respeitar plenamente os direitos internacionalmente reconhecidos e ignorar tendências repressivas que *desumanizam* o acusado e transformam a pena em mero *efeito simbólico*. Não há espaço na contemporaneidade para essa espécie de abuso e não há argumento que sustente um Direito Penal do inimigo no plano internacional.

Assim, os tribunais penais internacionais, ao aplicarem a justiça penal internacional, devem funcionar como limites ao *animus* violento da turba e à sua pretensão vindicatória, sem medo de absolvições, solturas ou reconhecimento de direitos, pois suas atuações devem ser orientadas pela absoluta prevalência dos direitos humanos.

¹¹⁸³ BOBBIO, Norberto. Os Direitos do Homem e a Paz. In: BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente** (p. 111-117). Barueri/São Paulo: Manole, 2009, p. 117.

ii. Atuação penal de *ultima ratio*

A atuação repressiva internacional somente tem espaço como solução de *ultima ratio*, sendo o recurso à repressão tão excepcional quanto possível. Não há espaço para a busca da verdade ou para a satisfação das vítimas no processo penal: essas propostas são importantes, mas devem ser realizadas em outros espaços que não a aplicação da pena. A compreensão da real proposta da pena e do processo penal implica o reconhecimento de que não servem a nada além de reforço do poder então vigente e, assim, como propostas políticas que são, devem ser limitadas e controladas ao máximo.

Apenas um Direito Penal mínimo garante o Estado de Direito e, pelos mesmos motivos, apenas um Direito Penal Internacional mínimo será capaz de garantir uma ordem internacional mais justa e livre, garantidora dos direitos humanos e da paz. Outras necessidades da sociedade que sofreu com os crimes universais devem ficar a encargo da atuação prospectiva da comunidade internacional que deverá, obrigatoriamente, acompanhar a resposta penal, que estará livre para exercer a sua função de justiça.

iii. Atuação internacional subsidiária

A prevalência da justiça local na aplicação da lei penal é uma decorrência direta da adoção do princípio da *ultima ratio*. De fato, se a proposta internacional for limítrofe, então, havendo condição para que a justiça local possa solucionar os problemas penais daquela sociedade, é imperativo que o faça, pois poderá dar as cores locais ao conflito e não se permitirão iniquidades decorrentes de diversos parâmetros jurisdicionalizando a mesma questão.

O *mito da justiça internacional perfeita* não se sustenta diante de uma avaliação mais profunda da maior parte dos sistemas jurídicos contemporâneos e somente se justifica como meio de solução adequada de problemas penais diante de um quadro calamitoso no qual os sistemas locais não funcionem adequadamente (seja porque não têm condições de atuarem, seja porque não querem atuar). Nesse sentido, a proposta de complementaridade do Estatuto de Roma deve ser aplicada na sua maior extensão, revelando a atuação do TPI, ou de outras instituições similares, apenas quando não houver outra solução possível.

iv. Independência absoluta dos julgadores

A independência dos julgadores em um tribunal é o seu maior sustentáculo. Ainda que a justiça penal internacional seja um instrumento político, os julgadores que decidirão as questões penais não podem estar sujeitos a essa condição e, por isso, precisam ser selecionados a partir de critérios que minimizem as influências políticas e reforcem o conhecimento técnico e a experiência jurídica. Quando da sua atuação jurisdicional, os juízes precisam estar cercados de garantias que evitem pressões indevidas ou decisões politizadas ou simbólicas, pois não é isso o que busca a justiça penal internacional.

2.3.2. Para uma perspectiva prospectiva

No plano prospectivo, a atuação da justiça penal internacional pode ser realizada segundo cinco perspectivas de política criminal que se propõem e nas quais a atuação da CDHNU é essencial.

i. uma política prospectiva em sentido estrito

Ao mesmo tempo em que se buscam dados sobre a ocorrência de crimes universais, é essencial que se desenvolvam práticas que visariam a colheita de informações sobre danos, problemas, atos individuais, manifestações sociais etc., com intuito de inventário de percalços aos direitos humanos. Nesse sentido uma política interrogativa se desenvolveria para perquirir quais as razões que permitiram os crimes universais e quais movimentos são necessários para que eles sejam evitados no futuro.

Esse trabalho indicaria quais os caminhos a serem seguidos por uma perspectiva prospectiva de longo prazo que pretende corrigir iniquidades e solucionar déficits humanitários de forma a garantir soluções duradouras para os problemas dos direitos humanos.

ii. uma política interrogativa

A partir de um exercício de investigação sobre os eventos que caracterizaram os crimes universais, deve ser desenvolvida uma busca pela verificação dos danos produzidos: localização de desaparecidos, exumação de valas comuns, identificação de mortos, categorização de vítimas, recuperação de patrimônio etc. Trata-se do trabalho que pode ser

desenvolvido nos moldes de uma “comissão de verdade”, devidamente aparelhada para o trabalho proposto e constituída com o fim não-penal de busca de provas, mas de verificação dos fatos com propostas restaurativas.

Assim será viável identificar na maior extensão possível os danos efetivamente causados e permitir a elaboração de um inventário que serve ao reconhecimento das vítimas (diretas e indiretas) dos crimes universais sem que se violem direitos de eventuais acusados e com mais fácil participação popular.

iii. uma política pedagógica

Devem ser desenvolvidas práticas voltadas para a reeducação para os direitos humanos no âmbito da sociedade civil e política, com vistas a evitar repetições destrutivas da dignidade humana. Mais do que uma mera proposta educativa, a política pedagógica deve se inteirar da perspectiva local de compreensão dos direitos humanos e inseri-la no contexto dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, garantindo a pluralidade dessa construção e a intercomunicação mútua entre os sistemas locais e aqueles internacionalmente desenvolvidos.

Dessa forma, consegue-se dar um matiz regionalizado à proposta pedagógica que é capaz de levar em conta a perspectiva local na reconstrução nacional pós-crimes universais e garante-se que também o modelo internacional dos direitos humanos seja tocado por mais experiências sociais, universalizando-o sempre mais. Além disso, permite-se também o desenvolvimento de práticas que identificam causas socioeconômicas geradoras de totalitarismos, evitando o renascimento de ditaduras a partir da colmatação das lacunas que constroem o déficit democrático.

iv. uma política psicoassistencial

É necessário que se desenvolvam, também, práticas que recomponham conceitos de cidadania, nacionalidade e dignidade humana pela valorização do indivíduo dentro do seu grupo social e que permitem, assim, ampla participação na construção comunitária. Essa proposta passa pela compreensão dos efeitos psicológicos e sociais provocados pelos crimes universais e permite que se estabeleçam as diretrizes de reconstrução social a partir do plano individual, e, assim, de forma mais eficiente e completa.

v. política reparatória

Finalmente, não se pode ignorar que é imprescindível a identificação das melhores propostas reparatórias que se responsabilizem por tentar produzir o quadro mais próprio do *status quo ante*: concessão de indenizações, benefícios econômicos, redistribuição de terras, recomposição comunitária, entre outras propostas que caracterizem políticas públicas positivas capazes de recompor o tecido social rompido pela ocorrência dos crimes universais. Mas, também, se possível, essa política reparatória pode tentar a reaproximação entre ofensor e ofendido (quando os danos assim permitirem) em uma proposta conciliatória fora do meio penal e intermediada, tanto quanto possível, pela própria comunidade atingida e segundo os parâmetros locais.

CONCLUSÃO

A proposta do presente trabalho direcionou-se no sentido da construção de uma discussão crítica sobre a atual conformação da justiça penal internacional. Todavia, não se trata de fácil empreitada dada a complexidade da nova interrelação entre os campos do Direito Penal e do Direito Internacional. Conformados a partir de gramáticas diferentes, apenas recentemente pôde-se encontrar uma construção unificadora, e justamente por conta dessa novidade é que os debates se constroem em campos de incerteza.

Em que pese essa dificuldade, não se trata de discussão que possa ser ignorada. As amplas consequências das determinações da justiça penal internacional tendem a atuar de forma direta sobre os diversos sistemas penais da comunidade internacional, alterando-lhes a forma e os princípios. Essa condição é preocupante na medida em que modifica estruturas razoavelmente estáveis, ainda que imperfeitas, em favor de padrões universalmente aceitos, mas ainda não postos à prova. Por isso, é essencial que se joguem luzes sobre essa construção inovadora de forma a se permitirem compreensões menos afetadas por preconceitos positivos ou negativos sobre temas que gozam de um pretense consenso universal. A crítica, assim, é a única forma pela qual se pode compreender qualquer tema desse novo campo de trabalho e é essencial especialmente quando estão em jogo os fundamentos de uma justiça democrática.

Nesses termos, o trabalho pretendeu, na sua porção inicial, indicar as características essenciais de uma justiça penal internacional, especialmente o fato de que se trata de disciplina inacabada e que ainda tateia em busca de sentido e definição claros. Ao mesmo tempo, buscou-se apresentar a noção de crime universal com a qual se lida: um conceito pouco claro e carregado de influências políticas. Mais do que isso, a proposta da primeira parte é de demonstrar como um exercício de poder punitivo não pode ser desvinculado de sua essência penal, pouco importando o local – ou plano – onde seja levado a cabo. Nessa condição, a disciplina fundamental em comento deve ser chamada de Direito Penal Internacional para que não se ignorem os efeitos que o poder punitivo pode ter quando manejado de forma incauta e para que se reconheçam, nele também, alguns limites essenciais à construção de um poder punitivo democrático e antropocêntrico.

A partir das discussões apresentadas no segundo capítulo, pode-se compreender qual é a fundamentação histórica da justiça penal internacional como vem constituída nos dias de hoje. Na medida em que toma forma apenas depois do fim da

Guerra Fria, posto que suas manifestações anteriores não podem ser entendidas da mesma forma em que se apresenta atualmente, a justiça penal internacional está intimamente ligada à evolução da proteção internacional dos direitos humanos e ao processo de universalização e tribunalização que a animam. Nesse contexto, a aplicação da pena internacional se conforma segundo uma proposta de atuação estritamente repressiva de cunho direto e internacionalizado que tem no modelo dos tribunais penais internacionais, direta ou indiretamente, a sua *tour de force*. A partir dessa parte do trabalho pretendeu-se demonstrar como a construção de uma justiça penal internacional está diretamente vinculada à proteção internacional dos direitos humanos ainda que, paradoxalmente, não se consigam proteger direitos humanos por meio da repressão. Mas de qualquer forma, a partir da concepção que se tem atualmente da relação entre direitos humanos e justiça repressiva, o que se vivencia no plano da justiça penal internacional é uma proposta eminentemente penalizadora para o trato internacional dos crimes universais.

Na terceira parte da tese buscou-se discutir os problemas dessa proposta. Ao se manifestar exclusivamente segundo uma proposta de solução da questão criminal internacional pela aplicação da pena, a justiça penal internacional padece de duas dificuldades básicas: não consegue se fazer valer independentemente de ingerência externa, o que se traduz em problemas de legitimidade e eficácia; por outro lado, não consegue achar sua efetiva vocação, pois apresenta problemas graves quanto aos fins a que se dedica. Partindo de discussões endossadas pela Criminologia Crítica e pela crítica do Direito Penal, apresentam-se os problemas inerentes a uma proposta que se funda apenas na medida repressiva como resposta da comunidade internacional aos problemas que dão gênese à criminalidade universal. Por fim, pretendeu-se demonstrar como tal proposta acaba por criar uma justiça penal internacional que arrisca se conformar em um Direito Penal do Inimigo e meramente simbólico, o que põe em risco a construção pretensamente democrática e voltada à garantia da paz e dos direitos humanos que, em tese, deve fundar a ordem internacional segundo a proposta hoje em voga.

Por fim, em um último capítulo, o presente trabalho indica um caminho a seguir sem, obviamente, a pretensão de se solucionarem os problemas de forma absoluta. Lastreado na ideia de que a pena tem um conteúdo político mais do que jurídico e no que se acredita ser a melhor proposta de uma política criminal de cunho democrático e humanista, lança-se a medida de um novo modelo de atuação nos conflitos que dão origem aos crimes universais. Mais do que se preocupar unicamente com a repressão, a justiça penal internacional precisa se redesenhar de forma a congrega tanto uma proposta

repressiva – a que já servem os tribunais penais internacionais – quanto uma perspectiva propositiva de reconhecimento dos problemas e construção de soluções. Para tanto, o que se propõe é que os tribunais penais internacionais, especialmente aquele criado pelo Estatuto de Roma, coliguem-se com o recém-criado Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e, juntos, construam novas propostas de ação que não ignorem a repressão, mas que a façam dialogar com o efetivo reconhecimento das necessidades de realização de uma justiça penal internacional que, assim, estará guiada por uma nova forma de racionalização: uma política criminal universal.

Essa política criminal universal, porque criada no contexto de organismos onde a manifestação política é ampla e irrestrita, permite a constituição do que KOSKENNIEMI chamou de “democracia radical”. De fato, no plano das relações internacionais e, especialmente, do Direito Internacional, o bom caminho passa, sempre, por uma ampla democratização do debate¹¹⁸⁴. Afinal, se o Direito Internacional é político, e se é impossível escapar dessa dimensão política, o importante é que se permita a universalização das discussões sobre as questões internacionais para que, ao vencer uma posição política específica, ela tenha sido amplamente debatida de forma a não se ensejar qualquer espécie de exclusão ou polarização de debates.

¹¹⁸⁴ KOSKENNIEMI, Martii. Human Rights, Politics and Love. In: KOSKENNIEMI, Martii. **The Politics of International Law** (p. 153-167). Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011, p. 167.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I – Obras citadas

AARONS, Mark. Justice Betrayed: Post-1945 Responses to Genocide. In: BLUMENTHAL, David A.; McCORMACK, Timothy L.H. (eds.). **The legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutional Vengeance?** Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, (p. 71-97).

ABRAMS, Jason. RATNER, Stevens. **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy.** Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2001.

AFRICAN UNION. **International Panel of Eminent Personalities (IPEP) to Investigate the 1994 Genocide and the Surrounding Events.** Disponível em: <http://www.africa-union.org/official_documents/reports/report_rowanda_genocide.pdf>. Acesso em: 21/02/2012.

AKEHURST, Michael. **Introdução ao Direito Internacional.** Coimbra: Almedina, 1985.

ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General.** Segunda edición. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ALIMENA, Bernardino. **Note Filosofiche d’um Criminalista.** Modena: A.F. Formiggini, 1911.

ALVAREZ, José E. Nuremberg Revisited: The Tadic Case. In: **European Journal of International Law**, n. 7, vol. 2 (1996), p. 245-264.

AMATI, Enrico; CACCAMO, Valentina; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela; VALLINI, Antonio. **Introduzione al Diritto Penale Internazionale.** Milano: Giuffrè Editore, 2006.

AMBOS, Kai. ¿Es el Procedimiento Penal Internacional “Adversarial”, “Inquisitivo” o Mixto?. In: AMBOS, Kai. **Temas de Derecho penal internacional y europeo.** Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 375-413

_____. Il Diritto Penale del Nemico. In: DONINI, Massimo; PAPA, Michele (a cura di). **Diritto Penale del Nemico: un dibattito Internazionale.** Milano: Giuffrè, 2007, p. 29-64.

_____. Balanço Pobre Após Nove Anos de Luis Moreno como Promotor Chefe do TPI, sua Sucessora Somente Pode Fazer Melhor. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM**, Ano 20, n. 235, junho/2012, p. 02-03.

_____; STEINER, Christian. Sobre los Fines de la Pena al Nivel Nacional y Supranacional. In: AMBOS, KAI. **Temas de Derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 59-77.

AMNESTY INTERNATIONAL. **NATO/Federal Republic of Yugoslavia - “Collateral Damage” or Unlawful Killings?** Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force. Relatório de junho de 2000 (Doc. AI Index: EUR 70/18/00). Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR70/018/2000/en/e7037dbb-df56-11dd-89a6-e712e728ac9e/eur700182000en.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. **Rwanda: Reports of killings and abductions by the Rwandese Patriotic Army, April-August 1994**. Relatório de 14 de outubro de 1994. Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/info/AFR47/016/1994/en>>. Acesso em: 21/02/2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal**. Segunda edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Introdução à Teoria Geral do Direito Penal Internacional. In: KUEHNE, Maurício (org.). **Ciência Penal – Coletânea de Estudos**. Curitiba: JM Editora, 1999, p. 245-254.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo: Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. **Eichmann em Jerusalém: um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ASKIN, Kelly Dawn. The ICTY: An Introduction to its Origins, Rules and Jurisprudence. In: MAY, R. et al. **Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald**. London: Kluwer Law International, 2001, p. 13-23.

ASP, Peter; BITZILEKIS, Nikolaos; BOGDAN, Sergiu; ELHOM, Thomas; FOFFANI, Luigi; FRÂNDE, Dan; FUCHS, Helmut; KAIIFA-GBANDI, Maria; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne; NIETO-MARTÍN, Adán; PRITTWITZ, Cornelius; SATZGER, Helmut; SYMEONIDOU-KASTANIDOU, Elisavet; ZERBES, Ingeborg. European criminal policy initiative. Manifesto sulla politica criminale europea. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, anno 2010, v. 3, p. 1262-1277.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: Parte general**. Segunda Edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BADINTER, Robert. La Cour Pénale Internationale. In: **Coloque “Droit et Démocratie”**. Paris: La Documentation Française, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Terceira edição. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Editora Revan, 2002.

_____. **Criminologia Crítica e Crítica del Diritto Penale**. Bologna: Il Mulino, 1982

_____. Ecologia, economia, democrazia e il Patto Sociale della Modernità. In: **Dei Delitti e Delle Pene**, n. I-II. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 9-24, 2000.

_____. I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva. In: MOCCIA, Sergio. **Diritti dell'Uomo e Sistema Penale – Volume I**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 327-345.

_____. Integrazione-prevenzione. Una 'nuova' fondazione della pena all'interno della teoria sistemica. In: **Dei Delitti e Delle Pene**, Anno II, n. 1. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. Gennaio-aprile 1984, p. 05-30.

_____. **Introduzione alla Sociologia Giuridico-Penale: Criminologia critica e critica del diritto penale**. Dispense del ciclo de lezioni tenute alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna – marzo-aprile 1980 (compilate con la collaborazione del dottor Gabriele Casella). Bologna: Lorenzini, 1980, p. 61.

_____. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. In BARATTA, Alessandro (a cura di). **Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo, Dei Delitti e Delle Pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale**, anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 443-473.

BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. In: **Estudos de direito**: Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editora, 1892, p. 131-179. Republicado em **Revista dos Tribunais**, ano 85, volume n. 727, maio de 1996, p. 639-650.

BASSIONI, M. Chérif. L'Expérience des Première Jurisdictions Pénales Internationales. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. **Droit International Pénal**. Paris: Pedone, 2000, p. 635-659.

_____. L'Origine et le Développement du Droit Pénal International dans une Perspective Historique. In: **Revue Internationale de Droit Pénal – Projet de Code Pénal International** - Association Internationale de Droit Pénal, 52.o. année – Nouvelle Série, 1^{er}. e 2^{ème} trimestres. Paris: Éditions Erès, 1981, p. 43-71.

_____. From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court. In: **Harvard Human Rights Journal**, n. 10, Spring 1997, p. 11-62.

_____. International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes. In: **Law and Contemporary Problems**, vol 59, n. 4 (*Autumn* 1996), p. 63-74.

_____. **Introduction to International Criminal Law**. Adseley: Transnational Publishers, Inc., 2003.

_____. Introduction to the History of Establishing an International Criminal Court. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International Criminal Law – Enforcement**. Volume III. New York: Transnational Publishers Inc., 1987, p. 181-185.

_____. Searching for Peace and Achieving Justice: the Need for Accountability. In: **Law and Contemporary Problem**, vol. 59, n. 4, 1996, p. 09-28.

_____. The Philosophy and Policy of International Criminal Justice. In: VORAH, L.C.; BOHLANDER, Michael (eds.). **Man's Inhumanity to Man**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 65-126.

_____. The Time has Come for an International Criminal Court. In: **Indiana International & Comparative Law Review**, n. 1, 1991, p. 1-43.

BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. In: **AIDP – Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal** – Publicação Oficial do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, ano 5, número 4, 2009, p. 9-12.

_____. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Décima primeira edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. O Cardápio da Morte. In: BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos: Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 20-33.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **La justice pénale internationale**. Paris: PUF, 2000.

BAZILER, Michael. Principes de Nuremberg, 1946. In: CHARNY, Israel W. (dir.). **Le livre noir de l'humanité** – Encyclopédie mondiale des génocides. Toulouse: Privat, 2001.

_____. Procès pour génocides et crimes de guerre. In: CHARNY, Israel W. (dir.). **Le livre noir de l'humanité – Encyclopédie mondiale des génocides**. Toulouse: Privat, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Prefácio de René Ariel Dotti. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penal, Parte Generale**. Terceira edição. Palermo: G. Priulla Editore, 1955.

BLOKKER, Niels; SCHERMERS, Henry G. **International Institutional Law**. Fourth edition. Boston/Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nona Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. As Nações Unidas Quarenta Anos Depois. In: BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente: Ensaios e Discursos sobre a Paz e a Guerra**. Barueri/SP: Manole, 2009, p. 119-138.

_____. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. Direito e Guerra. In: BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. São Paulo: UNESP, 2003, p. 117-135.

_____. Ética da potência e ética do diálogo. In: BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente: Ensaios e Discursos sobre a Paz e a Guerra**. Barueri/São Paulo: Manole, 2009, p. 201-210.

_____. O Equilíbrio do Terror. In: BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente: Ensaio e Discursos sobre a Paz e a Guerra**. Barueri/São Paulo: Manole, 2009, p. 59-78.

_____. O Terceiro Ausente. In: BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente: Ensaio e Discursos Sobre a Paz e a Guerra**. Barueri: Manole, 2009, p. 277-280.

_____. Os Direitos do Homem e a Paz. In: BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente: Ensaio e Discursos Sobre a Paz e a Guerra**. Barueri: Manole, 2009, p. 111-117.

_____. **Teoria generale della politica**. Torino: Einaudi, 1999.

_____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOHLANDER, Michael. The Defence. In BOAS, Gideon; SCHABAS, Willian. **International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 35-74.

BORNEMAN, John. Reconciliation After Ethnic Cleansing: Listening, Retribution, Affiliation. In: **Public Culture**, n. 14, v. 2, 2002, p. 281-304.

BOTTOMS, Anthony E.; BURNEY, Elizabeth; VON HIRSCH, Andrew; WIKSTRÖM, P. O. **Criminal deterrence and sentence severity: an analysis of recent research**. Oxford: Hart Publishing, 1999.

BOURDON, William; DUVERGER, Emmanuelle. **La Cour pénale internationale – Le statut de Rome**. Paris: Éditions du Seuil, 2000.

BRIERLY, J. L. **The Law of Nations: an Introduction to International Law of Peace**. Sixth edition. Oxford: Clarendon Press, 1967.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral – Tomo I**. Quinta edição. São Paulo: Forense, 2003.

CAMPESI, Giuseppe. **Genealogia della pubblica sicurezza**: Teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Verona: Ombre Corte, 2009.

CANESTRARI, Stefano; CORNACCHIA, Luigi; DE SIMONE, Giulio. **Manuale di diritto penale – parte generale**. Bologna: Il Mulino, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Quinta edição. Coimbra: Almedina, 2002.

CARACCILO, Ida. **Dal Diritto Penale Internazionale al Diritto Internazionale Penale**: il Rafforzamento delle Garanzie Giurisdizionali. Napoli: Editoriale Scientifica s.r.l., 2000.

CARNELUTTI, Francesco. Diritto e ricerca della verità. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, vol. V, 1950, p. 222-224.

_____. Verità, dubbio, certezza. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. XX, 1965, p. 4-9.

CARNEVALE, Emanuele. **Le Nuove Mete del Diritto Criminale**. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1935.

CARVALHO, Salo de. **Anti-Manual de Criminologia**. Terceira edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASSESE, Antonio. **I Diritti Umani Oggi**. Bari: Laterza & Figli, 2007.

_____. Il Processo a Sadam e i Nobili Fini della Giustizia. **La Repubblica**, 19 de outubro de 2005, p. 23. Disponível em: <<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2005/10/19/il-processo-saddam-nobili-fini-della-giustizia.html>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. Genocide. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 335-351.

_____. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

_____. La riforma delle Nazione Unite: un’occasione mancata. In: **Jura Gentium**. Publicação eletrônica. Disponível em: <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/cassese.htm>. Acesso em: 17 de outubro de 2012.

_____. On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law. In: **European Journal of International Law** (1998), n. 9, p. 02-17.

_____. The Role of Internationalized Courts and Tribunals on the Fight Against International Criminality. In: ROMANO, Cesare P. R.; NOLLKAEMPER, André; KLEFFNER, Jann (eds.). **Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 03-13.

_____. The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections. In: **European Journal of International Law**, n. 10, 1999, p. 144-171.

CAVALIERE, Antonio. A influência do direito penal europeu das organizações criminais sobre o ordenamento italiano. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. **Direito Penal como Crítica da Pena**. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 53-74.

CAVALLO, Vincenzo. **Diritto Penale – Parte Generale, Volume Primo – L’essenza del Diritto Penale**. Segunda edição. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1962.

CHARNEY, Jonathan I. Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo. In: **The American Journal of International Law** - Editorial Comments: NATO’s Kosovo Intervention, vol. 93, 1999, p. 834-841.

CHARNY, Israel W. (dir.). **Le livre noir de l’humanité – Encyclopédie mondiale des génocides**. Toulouse: Privat, 2001.

CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL (1945). Londres, 8 de agosto de 1945. In: WYANGAERT, Christine Van Den (ed.). **International Criminal Law: a Collection of International and European Instruments**. Third edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 35-41.

CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST (1945). Tóquio, 19 de janeiro de 1946. In: WYANGAERT, Christine Van Den (ed.). **International Criminal Law: a Collection of International and European Instruments** (p.43-47). Third edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p.43-47.

CIAMPI, Annalisa. The Obligation to Cooperate. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Volume II. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1497-1534.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal – Parte Geral**. Segunda edição. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

CLARK, Phil. Darfur, Bashir and the International Criminal Court. In: **Oxford Transitional Justice Research: Debating International Justice in Africa**. University of Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society, 2008-2010, p. 49-50. Disponível em: <http://www.fljs.org/uploads/documents/Justice_in_Africa.pdf>. Acesso em: 16/02/2012.

_____. In the Shadow of the Volcano: Democracy and Justice in Congo. In: **Dissent: a Quarterly of Politics and Culture**. Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=724>>. Acesso em: 17/02/2012.

COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF THE WAR AND ON ENFORCEMENT OF PENALTIES. Report Presented to the Preliminary Peace Conference (19 March 1919). In: **American Journal of International Law**, Vol 14, n.1/2, January-April, 1920, p. 95-154.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Terceira edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONDORELLI, Luigi. La Cour Pénale Internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli). In: **Révue Générale de Droit International Public**, n. 103, v. 1. Paris: Pedone, 1999, p. 7-21.

_____; VILLALPANDO, Santiago. Referral and Deferral by the Security Council. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 627-655.

CORDERO, Franco. **Criminalia: Nascita dei sistemi penali**. Roma-Bari: Laterza, 1986.

_____. **Procedura penale**. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1995.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação e democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTI, Matteo. Indagini e Processo in um Diritto Penale Fuori dallo Stato. In **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008, p. 167-173.

COSTI, Matteo; AMATI, Enrico; FRONZA, Emanuela. Introduzione. In: AMATI, Enrico; CACCAMO, Valentina; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela; VALLINI, Antonio; **Introduzione al Diritto Penale Internazionale**. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

CÔTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. In: **Journal of International Criminal Justice**, n. 3, volume 1. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 162-186.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francisco Carnelutti, para os operadores de direito. In: **Revista de estudos criminais**, n. 14, abr./jun. 2004. Porto Alegre: Notadez, 2004, p. 77-94.

CRAWFORD, James. Democracy and International Law. In: **British Yearbook of International Law** (1993), n. 64. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 113-133.

DAMASKA, Mirjan. L’Incerta Identità delle Corti Penale Internazionali. In **Criminalia**, ano 2006. Pisa: Edizione ETS, 2007, p. 09-55.

DE LOS REYES, Charmaine. State Cooperation and its Challenges for the International Criminal Tribunal for Rwanda. In: DECAUX, Emmanuel; DIENG, Adama; SOW, Malick. **From Human Rights to International Criminal Law: Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laïty Kama**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 55-88.

DE MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminologia**: uma introdução a seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DE SENA, Pasquale. Giustizia Internazionale. In: **Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale**. Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.juragentium.unifi.it/it/surveys/thil/desena.htm>>, atual em 21/03/2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. Chances et risques d’une justice pénale internationale. In: **Archives de philosophie du droit: Le droit penal – Dossier: La bioéthique en débat**, n. 53. Paris: Dalloz, 2010, p. 96-117.

_____. La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités). In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. **Jurisdictions nationales et crimes internationaux**. Paris: PUF, 2002, p. 613-652.

_____. Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l’inumano?. In: **Studi Sulla Questione Criminale**. Bologna: Carocci Editore, anno II, n. 2, 2007, p. 21-37.

_____. L’Europe, laboratoire de la mondialisation du droit. In: **Souveraineté nationale et mondialisation**, Séminaire francophone d’Asie du sud-est, Ambassade de France à Singapour, 2001, p. 9-3.

_____. **Os grandes sistemas de política criminal**. Barueri: Manole, 2004.

DES VABRES, Donnadiou. **Les principes modernes du Droit Pénal International**. Paris: Sirey, 1928.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Temas Básicos da Doutrina Penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLER, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999.

DINSTEIN, Yoram. **Guerra, Agressão e Legítima Defesa**. Terceira edição. Barueri: Manole, 2004.

_____. TABORY, Mala (eds.). **War Crimes in International Law**. Hague: Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

DONINI, Massimo. Diritto Penal di Lotta. Ciò che il Dibattito sul Diritto Penale del Nemico non Deve Limitarsi a Esorcizzare. In: **Studi sulla Questione Criminale: La Giustizia Penale Ostile**. Roma: Carocci, Anno II, n. 2, 2007, p. 55-87.

_____. **Il Volto Attuale Dell'Illecito Penale**: La democrazia penal tra differenziazione e sussidiarietà. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

_____. La Condanna a Morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul Divieto di Pena Capitale e sulla 'Necessaria Sproporzione' della Pena nelle Gross Violations. In: **Diritti Umani e Diritto Internazionale**, n. 1, 2007, p. 343-367.

DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. Third edition. Boulder: Westview press, 2007.

_____. **Universal Human Rights in Theory & Practice**. Second edition. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Terceira edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DOUZINAS, Costas. **Human Rights and Empire**: The political philosophy of cosmopolitanism. Abingdon: Routledge-Cavendish, 2007.

_____. **The end of human rights**. Portland: Hart Publishing, 2000.

DRUMBL, Mark A. **Atrocity, Punishment and International Law**. New York: Cambridge University Press, 2007.

_____. Collective Violence and Individual Punishment. In: **Northwestern University Law Review**, vol. 99 (2005), n. 2, p. 539-611.

_____. Remarks. In: BISCHOFF, James L.; RATNER, Steven (eds.). **International War Crimes Trials: Making a Difference?** Proceedings of an International Conference Held at the University of Texas School of Law, November 6-7, 2003. Austin: University of Texas School of Law, 2004, p. 29-33.

_____. Sclerosis, a Retributive Justice and the Rwandan Genocide. In: **Punishment & Society** (2000), vol. 2, n. 3. London: Sage Publications, 2000, p. 287-307.

DUGARD, John. Criminal Responsibility of State. In BASSIOUNI, Cherif (ed.), **International Criminal Law**, vol I. New York: Transnational Publishers, Inc., 1999, p. 239-253.

DULAIT, André. La Cour Pénale Internationale: quel nouvel équilibre entre souveraineté, sécurité et justice pénale internationale? In: **Les Rapports du Senat de la Commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur la Cour pénale internationale**, n.º 313, Paris: Editora do Senado Francês, 1999.

ECO, Umberto (org.). **História da Feiúra**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

ESTRADA, Cristina Fernández-Pacheco. **El genocidio en el Derecho Penal Internacional: Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. Convenção adotada em 04 de novembro de 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/CONVENTION_ENG_WEB.pdf>. Acesso em 17/11/2012.

FASSÒ, Guido. **Storia della filosofia del diritto**. II. L'età moderna. Roma-Bari: Laterza, 2008.

FERENCZ, B.B. The Crime of Aggression. In: KIRK MCDONALD, Gabrielle; SWAAK-GOLDMAN, Olivia (eds.). **Substantive and procedural aspects of international criminal law – the experience of international and national courts**. Volume I. The Hague-Burgess Hill: Kluwer Law International, 2000, p. 33-61.

FERRAJOLI, Luigi. **Guerra ‘ética’ e diritto**. Publicado na revista eletrônica Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale (2005), Disponível em: www.juragentium.unifi.it/it/surveys/wlgo/ferrajol.htm. Acesso em: 12/01/2012;

_____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. Segunda edição. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. Segunda edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **O Tribunal de Nuremberg**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FLETCHER, Laurel E.; WEINSTEIN, Harvey M. Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation. In: **Human Rights Quarterly**, vol. 24, 2002, p. 574-639.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. Décima nona edição. Petrópolis: Vozes, 1997.

FRAGOSO, Heleno. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FRONZA, Emanuela. Le Sanzioni. In: AMATI, Enrico; CACCAMO, Valentina; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela; VALLINI, Antonio. **Introduzione al Diritto Penale Internazionale**. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 273-312.

_____. Principio di Complementarità, Esercizio della Giurisdizione e Adeguamento a Livello Interno. In: AMATI, Enrico; CACCAMO, Valentina; COSTI, Matteo; FRONZA, Emanuela; VALLINI, Antonio. **Introduzione al Diritto Penale Internazionale**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 35-65.

GAJA, Giorgio. The long journey toward repressing aggression. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D. (Eds.). **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 427-441.

GALLI, Carlo. Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto. In: GAMBERINI, Alessandro; ORLANDI, Renzo (a cura di). **Delitto politico e diritto penale del nemico**. Bologna: Monduzzi Editore, 2007, p. 45-60.

_____. Il Tribunale Penale Internazionale: Osservazioni su Diritto, Politica e Morale. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008, p. 185-190

GARANG, Ngor Arol. Warrap minister resigns over tribal assault. **Sudan Tribune**, 05 de fevereiro de 2012. Disponível: <<http://www.sudantribune.com/Warrap-minister-resigns-over,41517>>. Acesso em: 17/11/2012.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2007.

GOUREVITCH, Philip. **We wish to inform that tomorrow we will be killed with our families: stories from Rwanda**. London: Picador, 1998.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004.

HAGAN, John. **Justice in the Balkans: Prosecuting War Crimes in the Hague Tribunal**. Chicago: Chicago University Press, 2003.

_____; RYMOND-RICHMOND, Wenona. **Darfur and the Crime of Genocide**. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 20-21.

HAMILTON, Rebecca. Member countries fight over international court's budget. **Reuters**, New York, 20 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://af.reuters.com/article/commoditiesNews/idAFN1E7BJ0C420111220?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0>>. Acesso em: 17/11/2012.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Impero: il nuovo ordine della globalizzazione**. Quarta edizione. Milano: BUR, 2007.

HARRIS, D. J. **Cases and Materials on International Law**. Sixth edition. London: Sweet & Maxwell, 2004.

HARTMANN, Érica. **Processo Penal e Rito Democrático: A simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa**. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2010.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

HEMPTINNE, Jérôme de; JORDA, Claude. The Status and Role of the Victim. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R.W.D. **The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary**. Volume II. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1387-1419.

HENHAM, Ralph. The Philosophical Foundations of International Sentencing. In: **Journal of International Criminal Justice**, n. 1, volume 1, 2003, p. 64-83.

HIRSCH, Herbert. Procès de Tokyo pour crimes de guerre. In: CHARNY, Israel W. (Dir.). **Le livre noir de l'humanité – Encyclopédie mondiale des génocides**. Toulouse: Privat, 2001, p. 450-452.

HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991**. Segunda edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUET, André e KOERING-JOULIN, Renée. **Droit Pénal International**. Lyon: Ed. PUF, 1994.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Civilian Deaths in NATO Air Campaign**. Volume 12, n. 1 (D). Relatório de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.hrw.org/reports/2000/nato>>. Acesso em: 22/02/2012

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

IGNATIEFF, Michael. **Whose Universal Values – The Crisis in Human Rights**. Amsterdam: Praemium Erasmianum Foundation, 1999.

IKAWA, Daniela Ribeiro; PIOVESAN, Flávia. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 147-187.

INSOLERA, G.; MAZZACUVA, N.; PAVARINI, M.; ZANOTTI, M. (a cura di). **Introduzione al Sistema Penale**. Volume I. Terza edizione. Torino: Giappichelli Editore, 2006.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **International Criminal Court Statute**. Versão atualizada do texto aprovado em 17 de julho de 1998. United Nations Treaty Series, v. 2187, n. 38544. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____/UNITED NATIONS. **Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations**. Acordo adotado em 04 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/916FC6A2-7846-4177-A5EA-5AA9B6D1E96C/0/ICCASP3Res1_English.pdf>. Acesso em: 13/10/2012.

_____. Seminar on the rights of detainees to family visits. **Press Release n. ICC-CPI-20080620-PR327**. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/press%20releases%20%282008%29/seminar%20on%20the%20right%20of%20detainees%20to%20family%20visits>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. The trial in the case of Thomas Lubanga Dyilo will commence on 23 June 2008. **Press Release n. ICC-CPI-20080313-PR297**. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/press%20releases/the%20trial%20in%20the%20case%20of%20thomas%20lubanga%20dyilo%20will%20commence%20on%2023%20june%202008>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. Trial Chamber imposes a stay on the proceedings of the case against Thomas Lubanga Dyilo. **Press Release n. ICC-CPI-20080616-PR324**. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/press%20releases/trial%20chamber%20imposes%20a%20stay%20on%20the%20proceedings%20of%20the%20case%20against%20thomas%20lubanga%20dyilo>>. Acesso em: 17/11/2012.

JAKOBS, Gunther. Diritto penale del nemico. In: DONINI, Massimo; PAPA, Michele (a cura di). **Diritto Penale del Nemico: un dibattito Internazionale**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 5-28.

_____. **Derecho Penal – Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación**. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JANKOV, Fernanda Florentino F. **Direito Internacional Penal: Mecanismo de Implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JONES, John R. W. D.; POWLES, Steven. **International Criminal Practice**. Third edition. Ardsley/Oxford: Transnational Publishers/Oxford University Press, 2003.

JOUANNET, E. Koskenniemi: A Critical Introduction. In: KOSKENNIEMI, Martii. **The Politics of International Law**. Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011, p. 01-32.

KARIBI-WHYTE, Alphonsus G. Appeal Procedures and Practices. In: KIRK MCDONALD, Gabrielle; SWAAK-GOLDMAN, Olivia (eds.). **Substantive and procedural aspects of international criminal law – the experience of international and national courts**. Volume I. The Hague-Burgess Hill: Kluwer Law International, 2000, p. 627-649.

KARSTEDT, Susanne. The Nuremberg Tribunal and German Society: International Justice and Local Judgement in Post-Conflict Reconstruction. In: BLUMENTHAL, David A.; McCORMACK, Timothy L.H. (eds.). **The legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutional Vengeance?** Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 13-35.

KENNEDY, David, The International Human Rights Movement: Part of the Problem? In: **Harvard Human Rights Journal**, volume 15, 2005, p.101-125.

_____. **The Dark Sides of Virtue**. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.

KINGSBURY, Benedict. Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem? In: **New York University Journal of International Law and Politics**, n. 31, vol. 4, 1999, p. 679-696.

KIRK MCDONALD, Gabrielle e SWAAK-GOLDMAN, Olivia (editors). **Substantive and procedural aspects of international criminal law – the experience of international and national courts**. Volume I. The Hague-Burgess Hill: Kluwer Law International, 2000.

KIRSCH, Phillippe Q. C.; ROBINSON, Darryl. Referral by States Parties. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**. Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 619-625.

_____. Initiation of Proceedings by the Prosecutor. In: CASSESE, Antonio, GAETA, Paola and JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary**, volume I, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 657-664.

KÖCHLER, The prosecutor of these tribunals is de facto a political appointee". KÖCHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003.

_____. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003.

_____. Memorandum on the Indictment of the President of the Federal Republic of Yugoslavia, the Presidente of the Republic of Serbia and Other Officials of Yugoslavia by the 'International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious

Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. In KÖCHLER, Hans. **Global Justice or Global Revenge? International Criminal Justice at the Crossroads**. Wien: Springer-Verlag, 2003, p. 353-356.

KOSKENNIEMI, Martii. Between Impunity and Show Trials. In: KOSKENNIEMI, Martii, **The Politics of International Law**. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 171-197.

_____. Faith, Identity and the Killing of the Innocent: International Lawyers and Nuclear Weapons. In: **Leiden Journal of International Law**, 1997, n. 10, p. 137-162.

_____. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

_____. Human Rights, Politics and Love. In: KOSKENNIEMI, Martii. **The Politics of International Law**. Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011, p. 153-167.

_____. International Legislation Today: limits and possibilities. In: **Wisconsin International Law Journal**, vol. 23, n. 1, 2005, 61-92.

_____. The Effect of Rights on Political Culture. In: KOSKENNIEMI, Martii. **The Politics of International Law**. Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011, p. 133-152.

_____. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

_____. ‘The Lady Doth Protest too Much’: Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law. In: **The Modern Law Review**, vol. 65, n. 2, March 2002, p. 159-175.

_____. The Politics of International Law – 20 Years Later. In: **The European Journal of International Law**, vol 20, n.1, 2009, p. 07-19.

_____. What is International Law For? In: EVANS, M. (eds.). **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 89-116.

KRESS, Claus; SLUITER, Göran. Preliminary Remarks. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Volume II, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1497-1536.

KRIEGER, David. Nagasaki. In: CHARNY, Israel W. (Dir.). **Le livre noir de l’humanité – Encyclopédie mondiale des génocides**. Toulouse: Privat, 2001.

LA ROSA, Anne-Marie. **Dictionnaire de Droit International Pénal**. Paris : PUF, 1998.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

_____. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: MAGNOLI, Demétrio (org.). **História da Paz**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 297-329.

_____. Parecer. O caso Ellwanger. In: LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos. Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. São Paulo: Manole, 2005, p. 33-88.

_____. O problema da guerra e os caminhos da paz na reflexão de Norberto Bobbio. In: CARDIM, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil – um retrato intelectual**. Brasília: Editora UnB/Imprensa Oficial, 2001, p. 89-96.

_____. Prefácio a Direito Internacional Penal. In: PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional Penal**. Barueri, SP: Manole, 2012, p. xi-xxix.

_____. Prefácio à Edição Brasileira – Bobbio e as Relações Internacionais. In: BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente: Ensaios e Discursos sobre a Paz e a Guerra**. Barueri/SP: Manole, 2009, p. IX-XLVII.

_____. Prefácio. In: ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos como tema global**. Segunda edição. São Paulo: Perspectiva, 2003, XXXIII-XLIX.

LERNER, Natan. Ethnic Cleansing. DINSTEIN, Yoram e TABORY, Mala (Eds.). **War Crimes in International Law - Buchmann Faculty of Law**. Hague: Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 103-117.

LISTZ, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal – Tomo II**. Cuarta edición. Tradução de Luis Jimenez de Asua. Madrid: Editorial Reus, 1999.

LONDON AGREEMENT OF AUGUST 8TH 1945. **Agreement by the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminal of the European Axis**. Acordo celebrado em 8 de agosto de 1945. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>>. Acesso em: 24/07/2012.

LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 116-126.

MAHIOU, Ahmed. Les Processus de Codification du Droit International Pénal. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (dir.). **Droit International Pénal**. Paris: Editions A. Pedone, 2000, p. 37-53.

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 1992.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penal Italiano – Volume Primo**. Quinta edição. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1981.

MAREK, Krystyna. Criminalizing State Responsibility. In: R. Provost (ed.). **State Responsibility in International Law**. Ashgate: Aldershot, 2002, p. 343-368.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di Diritto Penale**. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal – Volume I**. Campinas: Millennium Editora, 2002.

MARSICO, Alfredo de. **Studi di Diritto Penale**. Napoli: Alberto Morano, 1930.

MARTINEZ, Jenny; WALD, Patricia. Provisional Release at the ICTY: A Work in Progress. In: MAY, R. et al. **Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald**. London: Kluwer Law International, 2001, p. 231-250.

MARTINS, Leonardo. Documentário “Kony 2012” rediscute fórmula de vídeos virais. **Folha de São Paulo**, 20 de março de 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/1064006-documentario-kony-2012-rediscute-formula-de-videos-virais.shtml>>, visitado em: 17/11/2012.

MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Soberania”. In: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 5.^a edição. 2 volumes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 1179-1188.

MAZZUCATO, Claudia. Mediazione e Giustizia Riparativa in Ambito Penale: Spunti di riflessione tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una Giustizia Penale “Conciliativa”**: Il Volto Delineato dalla Legge Sulla Competenza Penale del Giudice di Pace. Milano: Giuffrè, 2002, p. 85-134.

McCORMACK, Timothy L. H. From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime. In: McCormack, Timothy L. H.; SIMPSON, Gerry (Eds.). **The Law of War Crimes: National and International Approaches**. The Hague: Kluwer Law International, 1997, p. 31-63.

_____; SIMPSON, Gerry J. (Eds.). **The Law of War Crimes – national and international approaches**. The Hague: Kluwer Law International, 1997.

MCDONALD, Gabrielle Kirk. Trial Procedures and Practice. In: MCDONALD, Gabrielle Kirk; SWAAK-GOLDMAN, Olivia (Eds.). **Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p. 547-621.

MCINTYRE, Gabrielle. Defining Human Rights in the Arena of International Humanitarian law: Human Rights in the Jurisprudence of the ICTY. In: BOAS, Gideon; SCHABAS, William (eds.). **International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 193-238.

MEGGLE, Georg. Nato morality and the Kosovo-War: an ethical commentary – ex post. Publicado na revista eletrônica Jura Gentium – **Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale** (2005), Disponível em: <http://www.juragentium.unifi.it/topics/wlgo/en/nato.htm>. Acesso em: 12/01/2012.

MEGRET, Frédéric. Three Dangers for the International Criminal Court: a Critical Look at a Consensual Project. In: **Finnish Yearbook of International Law**, v. XII, 2001, p. 193-247.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de Droit Criminel**. Paris: Cujas, 1997.

MERON, Theodore. From Nuremberg to the Hague. In: **Military Law Review**, n. 149, 1995, p. 107-112.

MESSARI, Nizar; NOGUEIRA, João Pontes. **Teoria das Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Milosevic files witness wish list. **BBC**, 14 de abril de 2004. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/3623985.stm>>. Acesso em: 05/04/2012

MINEAR, Richard H. **Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trials**. Princeton: Princeton University Press, 1971.

MINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence**. Boston/Massachusetts: Beacon Press, 1998.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOCCIA, Sergio. **Il Diritto Penale tra Essere e Valore: Funcione della Pena e Sistematica Teleologia**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006.

_____. **La Perenne Emergenza – Tendenze Autoritarie nel Sistema Penale**. Seconda edizione. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1997.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio, **Criminologia**. Quarta edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORGENTHAU, Hans. **Politics Among Nations: the Struggle for Power and Peace**. Sixth edition. New York: McGraw-Hill, 1985.

MUNDIS, Daryl A. From 'Common Law' Towards 'Civil Law': The Evolution of the ICTY Rules of Procedure and Evidence. In: **Leiden Journal of International Law** n. 14, volume 2, ano 2004, p. 367-382.

MUTUA, Makau Wa. The Ideology of Human Rights. In: **Virginia Journal of International Law Association**, n. 36 (1996), p. 589-657.

NAKAMURA, Akira. Foreword. In PAL, Radhabinod, **International Military Tribunal for Far East – Dissident Judgement of Justice Pal**. Tokyo: Kokusho – Kankokai Inc.,

1999. Disponível em: http://www.sdh-fact.com/CL02_1/65_S4.pdf. Acesso em: 27.06.2012.

NOCITO, Pietro. **I Reati di Stato com Speciale Riguardo all'Alto Tratimento Esaminati nella Legislazione, nella Giurisprudenza e nella Storia**. TORINO: Unione Tipografico-Editrice, 1893.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **American Convention of Human Rights**. Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969. Convenção adotada em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>. Acesso em: 17/11/2012.

ORIE, Alphons. Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings Prior to the Establishment of the ICC and in the Proceedings Before the ICC. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R.W.D. **The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary**. Volume II. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1439-1496.

OSIEL, Mark J. Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity. In: **Human Rights Quarterly**, v. 22, 2000, p. 118-147.

OVEY, Claire; WHITE, Robin C.A. **Jacobs & White: The European Convention on Human Rights**. Fourth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2006.

PADOVANI, Tullio. Spunti in tema di identità e metodo della scienza penale. In: PAVARINI, Massimo (a cura di). **Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi**. Bologna: Monduzzi Editore, 2006.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASTOR, Daniel. Diritto Penale del Nemico e Potere Punitivo Internazionale. In: DONINI, Massimo; PAPA, Michele. **Diritto Penale del Nemico**. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

PASUKANIS, Evgeny. **Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un'introduzione. In: **Studi sulla Questione Criminale: La Giustizia Penale Ostile**, anno II, n. 2, 2007. Roma: Carocci, 2007, p. 07-20.

_____. Un Diritto Penale Senza Stato. **Conferência junto à Universidade de Bologna para apresentação da obra Introdução al diritto penale internazionale**, de Amati-Caccamo-Costi-Fronza-Vallini (Giuffrè, Milano, 2006). Em 12 de março de 2007.

_____. **I Nuovi Confini della Penalità: Introduzione alla sociologia della pena**. Seconda edizione. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 1996.

_____. La ‘penitenziarizzazione’ della giustizia penale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998.

_____. Della penologia fondamentalista. In: **Iride**, Anno XIV, n. 32, gennaio-aprile, 2001. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 87-102.

_____. La Pena Come ‘Fatto Sociale’ nel Sistema di Giustizia Penale Internazionale. In: **IUS17@unibo.it: studi e materiali di diritto penale**, n. 1, ano 2008. Bologna: Bononia University Press, 2008, p. 191-196.

_____.; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul Governo della Penalità: Letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizione Martina, 2007.

PEREIRA, Luiz César Ramos. **Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências no direito internacional**: (a saga da responsabilidade internacional do Estado). São Paulo: LTr, 2000.

PÉREZ, Carlos Matínez-Buján. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**. Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional Penal: Imunidades e Anistias**. Barueri: Manole, 2012.

PFANNER, Toni. Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action. In: **International Review of Red Cross**, vol. 87, number 857, março de 2005, p. 149-174.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1 – parte geral**. Sexta edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Décima-primeira edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

PISTONE, Sergio. Verbete “Relações Internacionais”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Volume 2. Quinta edição. Brasília/São Paulo: Editora Universidade de Brasília/Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 1089-1099.

POLITI, Mauro. Le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: le point de vue d’un négociateur. In: **Révue General de Droit Internationale Public**, n. 4, 1999, p. 817-850.

PORTES, Thierry. Un ex-bras droit de Milosevic aux affaires en Serbie. **Le Figaro**, 26 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.lefigaro.fr/international/2012/07/26/01003-20120726ARTFIG00644-un-ex-bras-droit-de-milosevic-aux-affaires.php>>. Acesso em: 17/11/2012.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 62, nov-dez 2006, p. 09-55.

_____. **Direitos Humanos na Integração Econômica**. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Inconstitucionalidade do “Direito Penal do Terror”**. Curitiba: Juruá, 1991.

RANIERI, Silvio. **Manuale di Diritto Penale – Volume Primo, Parte Generale**. Quarta Edição. Padova: CEDAM, 1968.

RATNER, Steven. Schizophrenia of International Criminal Law. In: **Texas International Law Journal**, n. 33, ano 1998, p. 237-256.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5.^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Tobias Barreto na Cultura Brasileira. In: MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio. **Obras Completas de Tobias Barreto – Edição Comemorativa – Estudos de Direito – I**. Governo de Sergipe, Secretaria de Estado da Cultura e Meio Ambiente: Editora Record, 1991, p. 37-42.

REISMAN, W. Michael. Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder. In: **Case Western Reserve Journal of International Law**, n. 40, 2007-2009, p. 57-85.

REYDAMS, Luc. The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm? In: **Journal of International Criminal Justice**, n. 3. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 977-988.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. Nona edição, revisada. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBERTS, Paul; CARVER, Lucy. **Penal Law and Global Justice**. Draft Paper for Association for Legal and Social Philosophy Conference on *Global Justice*, University of Nottingham Centre for the Study of Social and Global Justice, 27-29 March 2008. No prelo. Citação autorizada pelos autores.

ROTH-ARRIAZA, Nadia, **The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2005.

_____.; MENAKA, Fernando. Universal jurisdiction. In: BROWN, Bartham Stewart. **Research Handbook on International Criminal Law**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 359-369.

ROXIN, Claus. **A proteção do bem jurídico como função do Direito Penal**. Segunda edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **Estudos de Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and Social Structure**. New Jersey: Transaction Publishers, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

_____. **Política Criminal: Realidades e Ilusões do Discurso Penal. Publicação eletrônica do Instituto de Criminologia e Política Criminal**. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf. Acesso em: 03/04/2012.

_____. **Direito Penal – Parte Geral**. Segunda edição. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

_____. Penalties. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Eds.); **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Volume II. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1497-1534.

_____. La Cour criminelle internationale: un pas de plus contre l'impunité. In: **Proceedings 27th. Annual Conference October, 15-17, 1998, Canadian Council of International Law, The Impact of International Law on the Practice of Law in Canada**. Hague: Kluwer Law International, 1999.

SCHERMERS, Henry G.; BLOKKER, Niels M. **International Institutional Law**. Fourth edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

SCHWARZENBERGER, Georg. The Problem of an International Criminal Law. In: DUGARD, John; WYNGAERT, Christine Van Den. **International Criminal Law & Procedure**. Aldershot: Dartmouth, 1996, p. 263-296.

SHELTON, Dinah. International Law and 'Relative Normativity'. In: EVANS, M. (eds.). **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 145-172.

SHESTACK, Jerome J. A review and critique of the Statute of the International Tribunal. In: DINSTEIN, Yoram; TABORY, Mala (eds.). **War Crimes in International Law**. Hague: Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 197-210.

SHORTS, Edwin; THAN, Claire. **International Criminal Law and Human Rights**. London: Sweet & Maxwell, 2003.

SHRAGA, Daphna. The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions. In: ROMANO, Cesare P. R.; NOLLKAEMPER, André; KLEFFNER, Jann (eds.). **Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 15-38.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María, **A Expansão do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. Sétima edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

SKOUTERIS, Thomas. The New Tribunalism: Strategies of (De)Legitimation in the Era of International Adjudication. In: **Finnish Yearbook of International Law**, Volume XVII, 2006, p. 307-356.

SOTIS, Carlo. Il Trattato di Lisbona e le Competenze Penali dell'Unione Europea. In: **Cassazione Penale**, n. 3, 2010, p. 326-346.

South Sudan. **New York Times**, World, 05 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://topics.nytimes.com/top/news/international/countriesandterritories/south-sudan/index.html>>. Acesso em: 17/11/2012.

SOUTH SUDAN. **President Kiir: The New Year brings new hope of building a peaceful nation**. Página oficial do governo do Sudão do Sul. Disponível em: <<http://www.goss.org>>. Acesso em: 17/11/2012.

SPINEDI, Marina. La Responsabilité de L'État pour "Crime": Une Responsabilité Pénale? In: ASCENCIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. **Droit International Penal**. Paris: Pedone, 2000, p. 93-114.

STAHN, Carstens. The Future of International Criminal Justice. In: **The Hague Justice Portal**, The Hague, 09 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=11106>>. Acesso em: 17/11/2012.

STEPHENS, Dale & LEWIS, Michael W. The Law of Armed Conflict – a Contemporary Critique. In: **Melbourne Journal of International Law**, vol. 6, Issue 1, 2005, p. 55-85.

STOPPINO, Mario. Força. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5.^a edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 503-504.

SUNGA, Lyal S. A Competência *Ratione Materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 191-219.

SUR, Serge. Vers une Cour Penale Internationale: la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité. In: **Révue Général de Droit International Public**, n.2, 1999, p. 29-45.

SWART, Ben. General Problems. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Eds.); **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Volume II. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1497-1534.

SZUREK, Sandra. Historique: La Formation du Droit International Pénal. In: ASCENCIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (Dir.). **Droit International Pénal**. Paris: Pedone, 2000, p. 7-22.

- TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TOCHILOVSKY, Vladimir. **Jurisprudence of the International Criminal Courts: Procedure and Evidence**. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2006.
- TODOROV, Tzevan. Os Limites da Justiça. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (org). **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Barueri: Manole, 2004.
- TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights: Between Idealism and Realism**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- TRAN, Mark. South Sudan appeals for humanitarian aid after fighting. **The Guardian**, Global Development, 05 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/global-development/2012/jan/05/south-sudan-appeal-humanitarian-aid>>. Acesso em: 17/11/2012.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- UNITED NATIONS. **Economic and Social Council Resolution 1235 (XLII) - U.N. Doc. E/4393 (1967)**. In: 42, U.N.ESCOR Supp. (No. 1), p. 17. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0/761/56/IMG/NR076156.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 03.01.2012.
- _____. **General Assembly Resolution n. 177 (II)**. Resolução de 21 de novembro de 1947. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/84/IMG/NR003884.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 17/11/2012.
- _____. **General Assembly Resolution n. 260 (III)**. Resolução de 21 de novembro de 1947. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/1295963.82379532.html>>. Acesso em: 08/08/2012.
- _____. **General Assembly Resolution n. 3314 (XXIX)**. Resolução de 14 de dezembro de 1974. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314%28XXIX%29&Lang=E&Area=RESOLUTION>. Acesso em: 17/11/2012.
- _____. **General Assembly Resolution n. 52/135**. Resolução de 27 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/52/135&Lang=E>. Acesso em: 17/11/2012.
- _____. **General Assembly Resolution n. 60/251**. Resolução de 03 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/251>. Visitado em 17/11/2012.
- _____. High Commission for Human Rights. **Resolution 1503 (XLVIII) of the Economic and Social Council**. Resolução de 27 de maio de 1970. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/9fb315fdda618e28802567d000550d12?Opendocument>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. **International Covenant on Civil and Political Rights**. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na Resolução 2200A (XXI), em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>. Acesso em 17/11/2012.

_____. International Criminal Court for the Former Yugoslavia. **Rules of Procedure and Evidente of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (1994)**. Regras adotadas em 11 de fevereiro de 1994, revisadas até 28 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.icty.org/sid/136>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. International Law Commission. Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal (1950). In: **Yearbook of the International Law Commission**, ano 1950, vol. II, p. 374 – Part III - Formulation of the Nürnberg Principles. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_12.pdf>. Acesso em: 17/11/2012

_____. International Labour Organization Administrative Tribunal. **Judgement n. 2757**. Julgamento de 09 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.fullText?p_lang=en&p_judgment_no=2757&p_language_code=EN&p_word=icc>. Acesso em: 04/03/2012.

_____. Human Rights Council. **Background information on Human Rights Council**. Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx>>. Acesso em: 17/11/2012

_____. Human Rights Council. **Report of the International Commission to investigate all alleged violations of international human rights law in Libya**. Doc. n. A/HRC/19/68, parágrafos 810/811. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session19/Pages/ListReports.aspx>>. Acesso em: 05/03/2012.

_____. **Security Council 3988th Meeting**. Registros da reunião de 23 de Março de 1999. Disponível em: <<http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/scact1999.htm>, documento UN Doc S/PV 3988>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. **Security Council Resolution n. 808** (1993). Resolução de 22 de fevereiro de 1993. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/1795844.73371506.html>>, visitada em 17/11/2012.

_____. **Security Council Resolution n. 827** (1993). Resolução de 25 de maio de 1993. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement>>, visitada em 17/11/2012.

_____. **Security Council Resolution n. 955** (1994). Resolução de 08 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement>>, visitada em 17/11/2012.

_____. **Security Council Resolution n. 1037** (1996). Resolução de 15 de janeiro de 1996. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/001/01/PDF/N9600101.pdf?OpenElement>>, visitada em 17/11/2012.

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/007/55/PDF/N9600755.pdf?OpenElement>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. **Security Council Resolution n. 1199 (1998)**. Resolução de 23 de setembro de 1998. Disponível em: <<http://www.un.org/peace/kosovo/98sc1199.htm>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. **Security Council Resolution n. 1203 (1998)**. Resolução de 24 de outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.un.org/peace/kosovo/98sc1203.htm>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. **Security Council Resolution n. 1244 (1999)**. Resolução de 10 de junho de 1999. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. **Security Council Resolution n. 1503 (2003)**. Resolução de 21 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/481/70/PDF/N0348170.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 22/02/2012.

_____. **Security Council Resolution n. 1970 (2011)**. Resolução de 26 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/081A9013-B03D-4859-9D61-5D0B0F2F5EFA/0/1970Eng.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. **Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda**. Versão atualizada conforme a Resolução do Conselho de Segurança n. 1901 de 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.unicttr.org/Portals/0/English%5CLegal%5CStatute%5C2010.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. **United Nations Charter**. Versão de 26 de junho de 1945 atualizada. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/charter>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. United Nations War Crimes Commission. Trial of Tomoyuki Yamashita. Caso n. 21. In: **Law Reports of Trials of War Criminals**, vol. 4, p. 1-96. London: Published for the United Nations War Crimes Commission by his Majesty's Stationery Office, 1948. Disponível em: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-4.pdf>. Acesso em: 17/11/2012

_____. **Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. Versão atualizada conforme a Resolução do Conselho de Segurança n. 1800 de 20 de Fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Acesso em: 17/11/2012.

VASSALI, Giuliano. Costituzione, sistema penale e diritti dell'uomo. In: MOCCIA, Sergio. **Diritti Dell'Uomo e Sistema Penale**. Volume I. Napoli: Edizione Scientifica Italiana, 2002, p. 47-69.

VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEDGWOOD, Ruth. NATO'S Campaign in Yugoslavia. In: **The American Journal of International Law** - Editorial Comments: NATO's Kosovo Intervention, vol. 93, 1999, p. 828-834.

WEIL, Prosper. Towards Relative Normativity in International Law. In: **American Journal of International Law**, n. 77, 1983, p. 413-442.

WERLE, Gerhard. **Principles of International Criminal Law**. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005.

WILLIAMS, Sharon. Light out of darkness: the new International Criminal Court. In: **Canadian Council of International Law, The impact of International Law on the Practice of Law in Canada, Proceedings 27th. Annual Conference – October 15-17 1998**. The Hague: published by Kluwer Law International, 1999, p. 23-29.

WIPPMAN, David. Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice. In: **Fordham International Law Journal**, n. 23, 1999-2000, p. 473-488.

WYANGAERT, Christine Van Den (ed.). **International Criminal Law: a Collection of International and European Instruments**. Third edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010

_____. **Derecho Penal – Parte General**. Segunda edición. Buenos Aires: Ediar, 2008.

_____. El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos. In: **Em Torno de la Cuestión Penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2005, p. 153-177.

_____. El Marco Constitucional Iushumanista del Saber Penal. In: **Em Torno de la Cuestión Penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2005, p. 121-130.

_____. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Volume I. Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAHAR, Alexander; SLUITER, Göran. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ZAPPALÁ, Salvatore. **Human Rights in International Criminal Proceedings**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ZOLO, Danilo. **Cosmopolis**. Milano: Feltrinelli Editore, 2008.

_____. **Da Cittadini a Sudditi: la Cittadinanza Politica Vanificata**. Milano: Edizioni Punto Rosso, 2007.

_____. Dalla guerra moderna alla guerra globale: l'uso della forza internazionale dalla guerra del Golfo alla guerra contro l'Iraq (1989-2002). In: **Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale** (2005). Publicação eletrônica, Disponível em: www.juragentium.unifi.it/it/surveys/wlgo/globwar.htm. Acesso em: 12/01/2012.

_____. **Globalizzazione: Una Mappa dei Problemi**. Roma-Bari: Laterza, 2004

_____. Hans Kelsen: International Peace Through International Law. In: **European Journal of International Law**, n. 9, vol. 2, 1998, p. 306-324.

_____. I diritti umani, la democrazia e la pace nell'era della globalizzazione. In: **Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale** (2005). Publicação eletrônica. Disponível em: <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/braga.htm>. Acesso em: 16/07/2012.

_____. Il doppio binario della Giustizia Penale Internazionale. In: **Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale** (2005). Publicação eletrônica. Disponível em: <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/double.htm>, visitada em 05/03/2012.

_____. **La Giustizia dei Vincitori – Da Norimberga a Bagdad**. Roma-Bari: Laterza, 2006.

_____. Luce e ombra della International Criminal Court. In: **Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale** (2005). Publicação eletrônica. Disponível em: <http://www.juragentium.unifi.it/it/surveys/wlgo/icc.htm>. Acesso em: 14 de novembro de 2009.

II - Decisões mencionadas:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 4625** – República do Sudão. Relator Ministro Presidente Celso de Mello. Requerente: Tribunal Penal Internacional. Requerido: Omar Hassan Ahmad Al Bashir ou Omar Al Bashir ou Omar Al-Bashir ou Omer Hassan Ahmed El Bashire ou Omar Al-Beshir ou Omar El-Bashir ou Omer Albasheer ou Omar Elbashir ou Omar Hassan Ahmad El-Béshir (Presidente do Sudão). Decisão de 17 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>. Acesso em: 08/08/2012.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso *Punzelt v. Czech Republic*. Caso n. App. 31315/96. **Judgement**. Decisão de 25 de Abril de 2000. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Punzelt%20v.%20Czech%20Republic&sessionid=90338539&skin=hudoc-en>. Acesso em: 01/04/2012.

_____. Caso *Osman v. The United Kingdom*. Caso n. 87/1997/871/1083. **Judgement**. Decisão de 28 de outubro de 1998. Disponível em:

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58257>. Acesso em: 19/07/2012.

_____. Caso *Siliadin v. France*. Caso n. 73316/01. **Judgement**. Decisão de 26 de julho de 2005. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69891>. Acesso em: 19/07/2012.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Situation in Darfur, Sudan. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (“*Omar al Bashir*”). Caso n. ICC-02/05-01/09. Pre-Trial Chamber I. **Warrant of Arrest for Omar Hassan Admad Al Bashir**. Decisão de 04 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. *Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Caso n. ICC-01/04-01/06 OA 12. **Judgement on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled “Decision on the release of Thomas Lubanga Dyilo”**. Julgamento de 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc578365.pdf>>. Acesso em: 01/04/2012.

_____. *Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Caso n. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I. **Judgement pursuant to article 74 of the Statute**. Julgamento de 14 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. *Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Caso n. ICC-01/04-01/06. **Prosecution Application for a Warrant of Arrest**. Requerimento de 12 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0104/Related+Cases/ICC+0104+0106/Democratic+Republic+of+the+Congo.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2009.

_____. *Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Caso n. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I. **Decision on Disclosure Issues, Responsibilities for Protective Measures and other Procedural Matters – Annex 2**. Decisão de 8 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc484920.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. *Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Caso n. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I. **Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008**. Decisão de 13 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc511249.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Akayesu*. Caso n. ICTR-96-4-T. Trial Chamber I. **Sentence**. Decisão de 2 de outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Akayesu/judgement/ak81002e.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze*. Caso n. ICTR-99-52-T. Trial Chamber I. **Judgement and Sentence**. Decisão de 03 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Nahimana/judgement/Judg&sent.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *The Prosecutor v. Kambanda*. Caso n. ICTR-97-23-S. Trial Chamber I. **Judgement and Sentence**. Decisão de 4 de setembro de 1998. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Kambanda/decisions/kambanda.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*. Caso n. ICTR-95-1-T. Trial Chamber II. **Judgement**. Decisão de 21 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/kayishema/judgement/990521_judgement.pdf>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*. Caso n. ICTR-95-1-T. Trial Chamber II. **Sentence**. Decisão de 21 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/kayishema/judgement/990521_sentence.pdf>. Acesso em: 17.11.2012.

Prosecutor v. Rutaganda. Caso n. ICTR-96-3-T. Trial Chamber I. **Judgement and Sentence**. Julgamento de 06 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Rutaganda/judgement/991206.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. *The Prosecutor v. Serushago*. Caso n. ICTR-98-39-S. Trial Chamber I. **Sentence**. Decisão de 5 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Serushago/decisions/os1.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Office of the Prosecutor. **Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia**. Decisão de 13 de junho de 2000. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf. Acesso em: 22/02/2012.

_____. *Prosecutor v. Anto Furundzija*. Caso n. IT-95-17/1-T (“*Lasva Valley*”). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 10 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez*. Caso n. IT-95-14/2-T (“*Lašva Valley*”). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 26 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/en/kor-tj010226e.pdf>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*. Caso n. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (“*Foca*”). Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 12 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*. Caso n. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (“*Foca*”). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 22 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*. Caso n. IT-96-22-T (“*Pilica Farm*”). Trial Chamber. **Sentencing Judgement**. Decisão de 29 de novembro de 1996. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts961129e.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*. Caso n. IT-96-22-Tbis (“*Pilica Farm*”). Trial Chamber. **Sentencing Judgement**. Decisão de 05 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts980305e.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Dusko Tadic aka "DULE"*. Caso n. IT-94-1 (“*Prijedor*”). Appeals Chamber. **Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction**. Decisão de 02 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Dusko Tadic aka "DULE"*. Caso n. IT-94-1-A (“*Prijedor*”). Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 15 de julho de 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Dusko Tadic aka "DULE"*. Caso n. IT-94-1-A e IT-94-1-Abis (“*Prijedor*”). Appeals Chamber. **Judgement in Sentencing Appeals**. Decisão de 26 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-asj000126e.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Dusko Tadic aka "DULE"*. Caso n. IT-94-1-T (“*Prijedor*”). Trial Chamber II. **Opinion and Judgement**. Decisão de 07 de maio de 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts970507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Milan Milutinovic, Nicola Sainovic, Dragoljub Ojdanic, Nebojsa Pavkovic, Vladimir Lazarevic, Sreten Lukic*. Caso n. IT-05-87-T. Trial Chamber. **Decision on Prosecution Motion for Leave to Amend Its Rule 65 ter Witness List to add Wesley Clark**. Decisão de 15 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/milutinovic/tdec/en/070115.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Mirolad Krnojelac*. Caso n. IT-97-25 (“*Foca*”). Trial Chamber II. **Decision on Motion by Prosecution to Modify Order for Compliance with Rule 68**. Decisão de 01 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krnojelac/tdec/en/91101DE212633.htm>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*. Caso n. IT-02-54-T (“*Kosovo, Croatia and Bosnia*”). Trial Chamber. **Decision on Assigned Counsel Application for Interview and Testimony of Tony Blair and Gerhard Schröder**. Decisão de 09 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/en/051209.htm>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Stevan Todorovic*. Caso n. IT-95-9/1-S (“*Bosanski Šamac*”). Trial Chamber. **Sentencing Judgement**. Decisão de 31 de julho de 2001. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/todorovic/tjug/en/tod-tj010731e.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*. Caso n. IT-95-14-T (“*Lasva Valley*”). Appeals Chamber. **Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997**. Decisão de 29 de outubro de 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/en/71029JT3.html>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka “PAVO”), Hazim Delic and Esad Landžo (aka “ZENGA”)*. Caso n. IT-96-21-A (“*Celebici Camp*”). Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 20 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka “PAVO”), Hazim Delic and Esad Landžo (aka “ZENGA”)*. Caso n. IT-96-21 (“*Celebici Camp*”). Trial Chamber. **Decision on Motion for Provisional Release Filed by the Accused Zejnil Delalic**. Decisão de 25 de setembro de 1996. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tdec/en/60925PR2.htm>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka “PAVO”), Hazim Delic and Esad Landžo (aka “ZENGA”)*. Caso n. IT-96-21 (“*Celebici Camp*”). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 16 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v Zlatko Aleksovski*. Caso n. IT-95-14/1-A (“*Lasva Valley*”). Appeals Chamber. **Judgement**. Decisão de 24 de março de 2000. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. *Prosecutor v Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic and Vladimir Santic*. Caso n. IT-95-16-T (“*Lasva Valley*”). Trial Chamber. **Judgement**. Decisão de 14 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>>. Acesso em: 17.11.2012.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*. **Judgement of September 26, 2006 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)**. Decisão de 26 de setembro de 2006. Serie C, n. 154. Disponível em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_ing.pdf. Acesso em: 19/07/2012.

_____. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. **Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**. Decisão de 24 de novembro de 2010. Serie C, n. 219. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.doc. Acesso em: 19/07/2012.

_____. Caso *La Cantuta v. Perú*. **Judgment of November 29, 2006 (Merits, Reparations and Costs)**. Decisão de 29 de novembro de 2006. Serie C, n. 162. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_ing.doc. Acesso em: 19/07/2012.

_____. *Case of Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. **Judgment of 29 July 1988 (Merits)**. Decisão de 29 de julho de 1988. Serie C, n. 07. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf. Acesso em: 17.11.2012.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. **Judgement**. Decisão de 26 de fevereiro de 2007. I.C.J. Reports 2007, p. 43. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. Caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. **Further Requests for the Indication of Provisional Measures. Order of 13 September 1993**. Opinião separada do *Judge ad hoc Lauterpacht*. Decisão de 13 de setembro de 1993. I.C.J. Reports 325, p. 440. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7323.pdf>. Acesso em: 10/10/2012.

_____. Caso *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)*. **Judgment of 14 February 2002**. Julgamento de 14 de fevereiro de 2002. I. C. J. Reports 2002, p. 3. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8125.pdf>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium V. Spain)*. **Second Phase. Judgment**. Decisão de 5 de fevereiro de 1970. I.C.J. Reports 1970, p. 03. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. Caso *Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. **Merits, Judgement**. Julgamento de 27 de Junho de 1986. I. C. J. Reports, 1986, p. 14. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. Caso *East Timor (Portugal v. Australia)*. **Judgment**. Decisão de 30 de junho de 1995. I.C.J. Reports 1995, p. 90, parágrafo 29. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6948.pdf>. Acesso em: 17.11.2012.

_____. Caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. **Advisory Opinion of 8 July 1996**. Decisão de 8 de julho de 1996. I. C. J. Reports 1996, p. 226. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. Caso *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. **Advisory Opinion of May 28th, 1951**. Decisão de 28 de maio de 1951. I.C.J. Reports 19-51, p. 15. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>>. Acesso em: 20.03.2011.

_____. Casos *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections*. **Judgement**. Julgamento de 21 de Dezembro de 1962. I.C.J. Reports 1962, p. 319 Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/46/4887.pdf>>. Acesso em: 17/11/2012.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Caso *Phosphates du Maroc*. In: **Série C: Plaidoiries, Exposés Oraux et Documents**, n. 85. Leiden: A. W. Sijthoff, 1938. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_C/C_85/C85_03_Phosphates_du_Maroc_Seances_publicques.pdf>. Acesso em: 17/11/2012.

_____. Caso *S.S. "Wimbledon"*. **United Kingdom, France, Italy & Japan v. Germany Judgment**. Julgamento de 17 de agosto de 1923, parágrafo 35. Disponível em: <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.htm>. Acesso em: 17/11/2012.

TIMOR LESTE. Tribunal de Recursos. **Acórdão do Processo n. 36/CO/2010/TR**. Relator Rui Manoel Barata Penha. Julgado em 28/05/2010.