JANAÍNA RODRIGUES VALLE GOMES

**Fontes do Direito Internacional:
Um estudo da jurisprudência sobre crimes contra a
humanidade do Tribunal Penal Internacional para a ex-
Iugoslávia**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre, na área de concentração de Direitos Humanos, sob a orientação do Professor Associado Dr. Alberto do Amaral Júnior.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

Banca Examinadora:

AGRADECIMENTOS

Ao meu Orientador, Professor Associado Alberto do Amaral Júnior, pela paciência em acompanhar meu amadurecimento científico, pela orientação segura e serena e pelo contato propiciado com o Professor Roger O'Keefe.

À Professora Liliana Lyra Jubilut, pelos comentários e pelas sugestões preciosas durante minha banca de qualificação.

Ao Professor de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da University College of London, Doutor Roger O'Keefe, pelas sugestões no que tange à estrutura da dissertação.

Ao Juiz Federal substituto, Etiene Coelho Martins, pelas trocas de ideias sobre o tema ora estudado.

Ao meu esposo, Edilberto Gomes, pelas conversas e paciência nesta jornada.

À minha mãe, Valderez Garcia Rodrigues Valle, por ter me ouvido nos momentos de angústia.

À biblioteca do fórum Pedro Lessa da Justiça Federal da 3ª Região, pelo apoio bibliográfico.

À equipe de gabinete da 6ª Vara do Juizado Especial Federal de São Paulo, cujo apoio foi fundamental para que eu pudesse conciliar trabalho e ciência.

A todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a consecução deste trabalho.

Para Maria Clara Valle Gomes, filha querida,
com todo meu amor.

“When someone kills a man, he is put in prison. When someone kills twenty people, he is declared mentally insane. But when someone kills 200,000 people, he is invited to Geneva for peace negotiations.”

(Sarajevo joke, 1994)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CDI	Comissão de Direito Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CDPO	Ciência do Direito Politicamente Orientada (Policy-Oriented Jurisprudence)
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
CSONU	Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
RPP	Regulamento de Procedimento e Prova
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPII	Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

RESUMO

GOMES, Janaína Rodrigues Valle. *Fontes do direito internacional: um estudo da jurisprudência sobre crimes contra a humanidade do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia*. 2015. 128 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Este trabalho tem por objetivo debater a contribuição e o papel que a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia desempenhou no processo de produção e desenvolvimento do direito internacional penal costumeiro sobre crimes contra a humanidade e sua influência na formação do conteúdo normativo atual do art. 7º (1),(2)(a), do Estatuto de Roma, que trata do crime contra a humanidade. Para isso, analisa-se como a Corte determinou o costume válido sobre as elementares do crime contra a humanidade nos casos *Duško Tadić* e *Dražen Erdemović*, julgados antes da conferência de Roma. Em seguida, examina-se a teoria das fontes, mais especificamente, o costume internacional, seu fundamento, seus dois elementos (combinação de prática e *opinio iuris*), bem como seus sujeitos criadores e veículos de exteriorização, em especial a jurisprudência internacional. Nesse percurso, apontam-se as práticas destoantes do costume e a dificuldade de sua determinação, para então indicar o binômio “valor e poder” como elementos que influenciam sua manifestação. Depois, procura-se verificar o contexto político e jurídico de criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, associando-o à proteção do valor “paz mundial” e às alterações das estruturas de poder da ordem internacional. Então, faz-se uma avaliação da contribuição dos julgados analisados como veículos para exteriorização do costume ou de seus elementos. Por fim, com a análise da coincidência de resultados no que tange à estrutura de algumas das elementares decididas pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e o conteúdo normativo atual do art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma, pode-se concluir que a jurisprudência estudada veiculou parte da *opinio iuris* do direito costumeiro sobre crimes contra a humanidade, contribuindo, assim, com o desenvolvimento do direito internacional penal sobre o tema.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Crime contra a humanidade. Costume (direito internacional público). Jurisprudência internacional. Desenvolvimento do direito internacional penal.

ABSTRACT

GOMES, Janaína Rodrigues Valle. *Sources of international law: a study of the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* 2015. 128 p. Dissertation (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2015.

This work aims to discuss the contribution and the role that the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia played in the production and development of international criminal customary law on crimes against humanity and its influence in shaping the article 7^o (1),(2)(a), of the Rome Statute, about crime against humanity. In order to accomplish this task, it analyses how the Court defined valid custom on the “chapeau elements” of crime against humanity in the *Duško Tadić* and *Dražen Erdemović* cases. Next, it considers the theory of sources, more specifically, international custom, its basis, its two elements (combination of state practice and *opinion juris*), as well as its subjects and forms of externalization, including international decisions. About this, it points out the dissonant ways custom emerges and the difficulty of its determination, then indicating “values and power” as elements that influence its manifestation. After, it analyses the political and juridical contexts in which the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia was established, relating it with the protection of world peace, as a value, and the changes in the power structures of international order. Then, it unpacks the contribution of the above decisions (*Duško Tadić* and *Dražen Erdemović* cases) as vehicles of externalization of custom or, at least, one of its elements. Finally, with the analyse of the coincidence between the “chapeau elements” of crimes against humanity as decided by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the current normative content of article 7^o (1),(2)(a), of the Rome Statute, it can be concluded that the jurisprudence studied ran part of the *opinion juris* about crimes against humanity as an element of custom, thus, contributing to the development of international criminal law on that issue.

Keywords: International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Crimes against humanity. Costume (public international law). International jurisprudence. International criminal law development.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O SURGIMENTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA	19
1.1 A internacionalização dos direitos humanos	19
1.2 Os conflitos intraestatais da década de 1990	22
1.3 O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia	25
1.3.1 Os precedentes: o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (Tribunal de Nuremberg) e o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (Tribunal de Tóquio)	25
1.3.2 Um Tribunal <i>ad hoc</i> : a Resolução nº 827, de 25 de maio de 1993, do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas	29
1.4 Conclusões do capítulo	31
2 O CRIME CONTRA A HUMANIDADE E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA	32
2.1 O crime contra a humanidade e o alcance vertical das normas de direito internacional ² penal	32
2.2 A evolução da definição do crime contra a humanidade	35
2.2.1 Do crime contra a humanidade no Estatuto do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, no Estatuto do Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente e na Control Council nº 10	35
2.2.2 O período de 1946 a 1993 e os Trabalhos da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas.....	39
2.2.3 Do crime contra a humanidade no art. 5º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e no art. 3º do Tribunal Penal Internacional para Ruanda	43
2.3 A jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia sobre crimes contra a humanidade	46
2.3.1 As fontes de direito à disposição do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia	48
2.3.2 Crime contra a humanidade: “cometido em um conflito armado”	50
2.3.3 Crime contra a humanidade: “cometido diretamente contra qualquer	

população civil”	54
2.3.4 Crime contra a humanidade: “ataque sistemático ou generalizado”	56
2.3.5 Crime contra a humanidade: “a política de um Estado ou de uma organização”	59
2.3.6 Crime contra a humanidade: “o conhecimento do ataque”	62
2.4 Conclusões do capítulo	63
3 O COSTUME COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL	66
3.1 Fontes do Direito Internacional	66
3.2 A teoria do costume internacional	69
3.3 O costume internacional em sua manifestação concreta	73
3.3.1 Os criadores do costume	73
3.3.2 Os instrumentos veiculadores do costume e o papel da jurisprudência internacional na veiculação da <i>opinio iuris</i>	75
3.3.3 As destoantes manifestações do costume	79
3.4 Alguns problemas em torno da determinação do costume	82
3.4.1 A determinação do costume pelos métodos	83
3.5 Conclusões do capítulo	86
4 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL SOBRE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE	88
4.1 Um novo paradigma para o valor “paz mundial”: sua concepção externa e interna	88
4.2 O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia como instrumento para o restabelecimento do valor “paz mundial”	91
4.3 As relações de poder e o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia	93
4.4 O desenvolvimento do direito internacional penal sobre crimes contra a humanidade	96
4.4.1 O crime contra a humanidade e o princípio da legalidade	96
4.4.2 O mandato externo do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia: a jurisdição penal como um veículo de desenvolvimento do direito humanitário e direito internacional penal	98
4.4.3 O art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma: a Conferência de Roma	107
4.5 Conclusões do capítulo	113
CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS	118

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo debater a contribuição e o papel desempenhado pela jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) no processo de produção e desenvolvimento do direito internacional penal costumeiro sobre crimes contra a humanidade, bem como sua influência na formação do conteúdo normativo do art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma aprovado em 17 de julho de 1998.

O instituto da responsabilidade internacional penal individual e a criação das Cortes Internacionais Penais para a apuração de crimes contra a humanidade constituem manifestação concreta do alcance vertical (intraestatal) do direito internacional. Após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, verificou-se que a paz mundial, ou seja, a ordem na sociedade internacional, não seria obtida mediante a concepção clássica de soberania e respeito incondicional aos assuntos internos dos Estados, revelando a necessidade de se reconciliar o conceito de soberania estatal com a efetiva proteção dos direitos humanos em âmbito interno.

Para a proteção mencionada, foram celebrados alguns tratados internacionais, como a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, a Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição do Crime de *Apartheid* de 1973 e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1994. A incorporação dos referidos tratados à ordem internacional introduziu, no bojo do direito internacional, uma dimensão axiológica (valorativa). Porém, para a proteção dos valores atinentes à dignidade humana, o sistema de proteção dos direitos humanos possuía apenas mecanismos de promoção por meio de protocolos facultativos e mecanismos de monitoramento para averiguação de violações, não havendo sanções estritamente jurídicas, mas apenas condenações morais e políticas constrangedoras. Pouco podia ser feito em casos de violações de direitos humanos em âmbito interno, ante a ausência de uma instância para punir os responsáveis.

Nesse contexto, as Cortes internacionais penais surgiram para conferir maior efetividade à proteção dos direitos humanos em âmbito intraestatal, a fim de punir e proteger de forma ativa as lesões perpetradas a esses direitos, quer quando praticadas tanto por agentes do Estado como por particulares.

O primeiro estágio nesse processo foi composto pela instituição do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (ou Tribunal de Nuremberg), instituído pelo Acordo de Londres em 08 de agosto de 1945, e pelo Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (ou Tribunal de Tóquio), criado por uma ordem militar do Exército norte-americano, em 19 de janeiro de 1946. As Cortes mencionadas contemplaram pela primeira vez a figura do crime contra a humanidade em seus estatutos, porém com diversas limitações. Por terem sido instaladas pelos países aliados vencedores da Segunda Guerra Mundial, essas Cortes foram taxadas de tribunais multinacionais, não tendo atuado com independência.

Apesar de terem constituído a semente para o desenvolvimento do direito internacional penal em âmbito intraestatal, com a instituição de um novo padrão de responsabilidade internacional, vale dizer, a responsabilidade penal individual por crimes contra a humanidade, não avançaram muito nesse tema. O crime contra a humanidade, tal como contemplado em Nuremberg e Tóquio, não possuía autonomia própria e somente teria natureza de crime internacional se ligado a um dos outros dois delitos previstos em seus Estatutos (crimes de guerra ou crimes contra a paz). Como consequência, a estrutura de referida categoria delitiva não foi muito desenvolvida, e o crime contra a humanidade foi considerado mero subproduto da guerra, abarcando unicamente situações que não pudessem ser inseridas nas categorias de crimes de guerra ou crimes contra a paz.

O segundo estágio desse processo deu-se com a instalação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII), pela Resolução nº 827/93 do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (CSONU), e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), pela Resolução nº 955/94, do CSONU. Ambos os tribunais foram criados com base na linguagem do art. 41 da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), que versa sobre as medidas não inclusivas do uso da força, como veículos para a proteção efetiva dos direitos humanos em âmbito interno visando ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais. Com isso, surgiram os primeiros tribunais penais internacionais, não militares, criados no seio da ONU, destinados a apurar a responsabilidade penal individual não apenas de criminosos de guerra, mas também de violadores de direitos humanos em âmbito intraestatal, pela categoria do crime contra a humanidade.

Dos dois tribunais citados no parágrafo anterior, o TPII foi o primeiro instado a prestar jurisdição e aferir o conteúdo normativo do crime contra a humanidade. Ocorre que

o aparato legislativo sobre o tema era extremamente precário, ambíguo e lacunoso, tendo base eminentemente costumeira. Mesmo após as experiências de Nuremberg e Tóquio, a definição da estrutura normativa do crime contra a humanidade ainda era fluida. Essas circunstâncias, somadas à ausência de uma convenção específica sobre o tema (o que indicava a ausência de um consenso maior sobre o assunto pelos Estados), exigiram que o TPII definisse o costume válido sobre crimes contra a humanidade, separando a *lege lata* (lei vigente) da *lege ferenda* (lei a ser criada), o que impôs à Corte um grande desafio no desempenho de sua tarefa de adjudicação judicial.

A atuação desse tribunal *ad hoc* vem sendo criticada pela sua baixa efetividade na punição dos envolvidos, dificuldade de obtenção de provas, distanciamento do local dos fatos e até por propiciar processos sensacionalistas. Argumenta-se que ele não conseguiu operar grandes transformações democráticas na região ou mesmo restaurar a paz, já que, mesmo após uma década de sua instalação, o território da ex-Iugoslávia foi considerado como tendo um governo de transição.

Este trabalho, contudo, visa discutir uma nova abordagem para o papel da atuação do TPII, para além do exercício da persecução penal como forma de punição dos criminosos de guerra e apuração da verdade. O propósito desta pesquisa é, portanto, lançar um novo olhar sobre a atuação dessa Corte, examinando o papel e a contribuição de sua jurisprudência como um novo veículo no processo de produção e desenvolvimento do direito internacional penal sobre crimes contra a humanidade pela difusão do costume internacional ou de seus elementos.

Com efeito, a redação do art. 38 (1)(b) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) aponta a exteriorização do costume internacional com base em dois elementos estáticos: a prática generalizada dos Estados e a *opinio iuris*. Resultado de uma concepção voluntarista-positivista, sugere que a norma costumeira e seus elementos são produzidos apenas pelo consentimento dos Estados. A visão predominante é, pois, que o costume é produzido pela vontade estatal, não podendo a decisão judicial veiculá-lo. Caberia a esta apenas descobrir o costume já existente e aplicá-lo ao caso concreto, desnudando o que já está nele contido, pelo que a decisão judiciária não poderia ser usada como instrumento direto à normatividade.

Ocorre que, desde a edição de referido artigo, o mundo se transformou drasticamente. Em primeiro lugar, testemunhou-se o enfraquecimento relativo do papel do Estado com o surgimento de novos sujeitos de direito internacional, com reflexos diretos

nas relações de poder na ordem internacional, bem como na forma como o direito internacional passou a se desenvolver, ser regulamentado e regulamentar. Em segundo lugar, o próprio costume internacional passou a apresentar manifestações destoantes, como a figura do “costume instantâneo” e exteriorização de seus dois elementos, muitas vezes, a partir de uma “escala maleável”¹, a depender do binômio “poder e valor”.

Por fim, cabe ressaltar o aparecimento de diversas Cortes internacionais, como o Tribunal Internacional sobre Direito do Mar, a Corte Europeia de Justiça, a Organização Mundial do Comércio (OMC) com seu mecanismo de solução de controvérsias, os tribunais *ad hoc* (TPII e TPIR) etc. Na última década, essas novas Cortes internacionais, e a própria CIJ, foram chamadas a decidir sobre novas matérias que não as tradicionais disputas marítimas e territoriais, como por exemplo, temas ligados ao meio ambiente, aos direitos humanos e ao direito internacional penal, os quais contêm forte carga valorativa. Foram, também, instadas a decidir temas ainda pouco regulamentados pelo direito internacional.

Esse panorama dá início ao questionamento acerca do papel das decisões judiciais internacionais, que pode ser diverso da mera descoberta do costume internacional já existente, revestindo-se algumas vezes de feição normativa. Com efeito, o surgimento de diversas novas Cortes internacionais, bem como os novos temas de direito internacional que elas foram chamadas a julgar, pode ter revelado outra função da jurisprudência internacional consubstanciada no desenvolvimento do direito internacional sob uma perspectiva criadora, mormente em ramos do direito internacional sensíveis ao consenso dos Estados e às negociações diplomáticas.

A jurisprudência do TPII sobre o crime contra a humanidade se apresenta como um proveitoso objeto de estudo deste tema. Com efeito, a referida Corte internacional é a tradução empírica da revisão do princípio da não intervenção, tendo revelado a ocorrência de maior flexibilização do poder na ordem internacional. Ademais, a categoria do crime contra a humanidade reflete a proteção dos valores humanos em âmbito intraestatal, pois envolve a repressão de crimes perpetrados no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização.

Justamente por reprimir a chamada “criminalidade de Estado” – isto é, crimes praticados por chefes de Estado ou oficiais de Estado, em nome deste, pelo uso do próprio

¹ Expressão utilizada por KIRGIS JR., Frederic L. Custom on a sliding scale. *The American Journal of International Law*, v. 81, p. 146-151, 1987.

aparato estatal contra sua própria população civil –, até hoje não houve iniciativas das nações de aderirem a uma convenção específica sobre o crime contra a humanidade, de modo a gerar um consenso maior sobre o tema. Essa circunstância tem acarretado especial lacuna e ambiguidade sobre o assunto, fato que confere a possibilidade de maior contribuição à formação do direito costumeiro ou de algum de seus elementos pelos tribunais internacionais que apreciem a questão.

O fato de ter sido o primeiro tribunal penal internacional a ser instado a julgar a categoria do crime contra a humanidade após os precedentes de Nuremberg e Tóquio, e de ter se deparado com uma estrutura normativa costumeira do crime contra a humanidade extremamente ambígua e lacunosa, dá azo à indagação sobre em que medida as decisões do TPII desempenharam um papel construtivo do costume internacional no que concerne a esse crime. Como hipóteses, as decisões do TPII podem ter meramente identificado o direito costumeiro internacional existente sobre crimes contra a humanidade, produzido esse direito costumeiro ou constituído um novo veículo da *opinio iuris* na comunidade internacional.

Este trabalho propõe-se tão somente a avaliar a contribuição e o papel que a jurisprudência do TPII desempenhou no processo de produção e desenvolvimento do direito internacional penal costumeiro sobre crimes contra a humanidade e sua influência na formação do conteúdo normativo do art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma, aprovado em 17 de julho de 1998. Portanto, esta pesquisa não tem por objetivo debater um modelo ideal de funcionamento da Corte, nem mesmo apontar o método utilizado por esta última na determinação do costume internacional sobre crimes contra a humanidade. Também não se propõe a analisar a fundo a estrutura do art. 7º do Estatuto de Roma, ou, ainda, questionar a teoria dos dois elementos do costume, oferecer diretrizes para sua melhor determinação ou mesmo exaurir o tema atinente aos métodos existentes para sua aferição.

A relevância deste trabalho justifica-se pelo fato de a identificação de novos veículos de exteriorização do costume internacional contribuir para o desenvolvimento do direito internacional em áreas sensíveis às negociações diplomáticas e ao consentimento dos Estados, dotando a fonte costumeira de maior legitimidade na tradução de interesses da comunidade internacional como um todo. O estudo também pode contribuir para a evolução normativa da categoria delitiva do crime contra a humanidade, que até hoje é ambígua e lacunosa, quiçá auxiliando na celebração de um tratado específico sobre o tema, tal como hoje existe no que tange ao crime de genocídio, desde 1948. Por fim, são escassas

as pesquisas empíricas em torno do papel desempenhado pelas Cortes internacionais no processo de produção e desenvolvimento do direito internacional², de modo que este estudo pode acrescentar dados novos sobre o tema à comunidade científica.

A atualidade do tema abordado é cristalina. A proliferação das Cortes internacionais já demonstra a importância de se apurar a força e o papel desempenhados por suas decisões na produção do costume internacional e seus elementos, no que esta pesquisa pode contribuir para a discussão. No mais, a detecção de outros meios de formação normativa em temas sensíveis ao consenso dos Estados, como a categoria do crime contra a humanidade, colabora com o desenvolvimento do instituto e, por consequência, pode aumentar o grau de proteção dos bens jurídicos que o crime agasalha. Isso é importante pela constância da prática desse crime internacional em nível global. Em pesquisa realizada abrangendo o período de 1948 a 2008, apurou-se a ocorrência de 310 conflitos pelo mundo envolvendo a prática de crimes contra a humanidade, os quais vitimaram cerca de 100 milhões de pessoas³. Outrossim, em reportagem de 15 de novembro de 2014, o jornal *Folha de S. Paulo*⁴ noticiou que a Comissão Internacional Independente da ONU, presidida pelo brasileiro Paulo Sérgio Pinheiro, apurou, em larga escala e de forma sistemática, a prática de crimes contra a humanidade no território da Síria pela milícia radical “Estado Islâmico”, atos estes praticados contra a população civil curda e a minoria *yazidi*, o que corrobora a assertiva de que a ocorrência do crime contra a humanidade é uma realidade presente.

Para o estudo do tema objeto desta pesquisa, utilizam-se os métodos empírico e indutivo, recorrendo-se à jurisprudência do TPII sobre crimes contra a humanidade, mais especificamente os casos *Duško Tadić* (IT-94-1, julgados de 10 de agosto de 1995, 2 de outubro de 1995 e 7 de maio de 1997) e *Dražen Erdemović* (IT-96-22, julgados de 29 de novembro de 1996, 7 de outubro de 1997 e 5 de março de 1998).

A escolha da jurisprudência sobre o crime contra a humanidade, com exclusão de outros crimes internacionais, justifica-se em razão de o crime contra a humanidade ser a

² BUERGENTHAL, Thomas. Lawmaking by the ICJ and other International Courts. *American Society of International Law*, v. 103, p. 403-406, 2009, p. 403.

³ BASSIOUNI, M. Cherif. Revisiting the architecture of crimes against humanity: almost a century in the making, with gaps and ambiguities remaining – the need for a specialized convention. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crime against Humanity*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 43-58, p. 58. Dados obtidos de pesquisa coordenada pelo autor, em 2010, envolvendo quarenta e dois pesquisadores distribuídos por todo o mundo.

⁴ FLECK, Isabel. Faccção terrorista Estado Islâmico comete crimes de guerra, diz ONU. *Folha de S. Paulo*, 15 nov. 2014, Caderno Mundo, p. 13. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/11/1548688-faccacao-terrorista-estado-islamico-comete-crimes-de-guerra-diz-onu.shtml>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

categoria delitiva internacional que mais carrega implicações políticas e restrições aos Estados no que tange à forma como estes tratam as suas populações internas. Portanto, é a categoria mais diretamente ligada à proteção de direitos humanos em âmbito intraestatal. Trata-se, ainda, do crime que mais reflete a flexibilização do conceito de soberania estatal, tema intimamente ligado ao poder e, por consequência, à teoria das fontes do direito internacional.

Por sua vez, a opção pela jurisprudência do TPII para estudar o tema das fontes do direito internacional deu-se porque esta é a primeira Corte verdadeiramente internacional com jurisdição criminal criada após os precedentes de Nuremberg e Tóquio. Outrossim, o TPII reflete fortemente a revisão do princípio da não intervenção, tema intimamente ligado ao poder soberano do Estado. Nesse sentido, considerando que o poder é uma categoria de realizabilidade do direito, a mudança do padrão de sua manifestação influencia a produção normativa. Ademais, esse tribunal é eminentemente uma Corte sobre crimes contra a humanidade, ao contrário do TPIR, cuja jurisprudência versou mais largamente sobre o crime de genocídio. A análise de sua jurisprudência mostra que, das 161 pessoas acusadas⁵, apenas 10 o foram exclusivamente por imputações de crimes de guerra. Todas as demais acusações envolveram a figura do crime contra a humanidade. Por fim, reitera-se que a Corte foi o primeiro tribunal internacional a julgar acusações por crimes contra a humanidade, tanto em primeiro como em segundo graus de jurisdição.

A escolha dos casos *Duško Tadić e Dražen Erdemović* é pertinente, pois foram não apenas os primeiros julgados sobre crime contra a humanidade proferidos pelo TPII como também os únicos julgados proferidos no sistema universal até a data da aprovação do Estatuto de Roma, em 17 de julho de 1998. Nesse sentido, na medida em que um dos objetivos desta pesquisa é aferir eventual papel da jurisprudência do TPII sobre crimes contra a humanidade na formação do conteúdo normativo do art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma, somente podem ser considerados julgados proferidos até a data da conferência de Roma de 17 de julho de 1998.

Para cumprir com os objetivos propostos e responder às hipóteses formuladas, a dissertação está estruturada em quatro capítulos, conforme especificado a seguir.

O Capítulo 1 examinará o aparecimento dos conflitos étnicos intraestatais da década de 1990 e o surgimento do TPII como uma tentativa de se proteger efetivamente, em âmbito interno, os direitos humanos contemplados em tratados internacionais.

⁵ Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Cases/keyfigures/key_figures_en.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2014.

O Capítulo 2 circunstanciará o aparato legislativo existente sobre o crime contra a humanidade desde sua primeira definição pelo Tribunal de Nuremberg. Serão consideradas as definições de crimes contra a humanidade constantes dos estatutos das Cortes internacionais, da Control Council nº 10 e dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU, a fim de elucidar qual a estrutura normativa existente sobre a referida categoria delitiva quando o TPII começou a atuar, apontando-se suas incertezas, ambiguidades e natureza costumeira. Em seguida, procederá à análise dos julgados dos casos *Duško Tadić* e *Dražan Erdemović*, aferindo como foram apreciadas as elementares contidas no *caput* do art. 5º do Estatuto do TPII, que trata do crime contra a humanidade, pois são elas que transformam as condutas típicas contidas nas alíneas do referido artigo em um crime internacional.

O Capítulo 3 apresentará o contexto no qual foi editado o art. 38 do Estatuto da CIJ, relacionando-o com a visão do direito internacional da época como produto único da subjetividade das soberanias estatais. Abordará os fundamentos do costume internacional, seus elementos e sua prova para, em seguida, analisar os sujeitos criadores do costume. Ato contínuo, o foco recairá sobre os instrumentos veiculadores do costume, incluindo-se aí a jurisprudência internacional. Por fim, apontará as manifestações destoantes do costume, a dificuldade de sua determinação e a influência do binômio “poder e valor” na sua produção.

O Capítulo 4 correlacionará o surgimento do TPII com o binômio “poder e valor”. De um lado, discutirá o fato de o TPII ter sido instalado para a restauração da paz mundial em sua dupla faceta (externa e interna), buscando a proteção de violações de direitos humanos em âmbito intraestatal; e, de outro, examinará o papel da Corte como um “polo de poder” na comunidade internacional, dadas as circunstâncias em que foi criada. Ao final, enfocará o direito internacional penal e o crime contra a humanidade como temas ainda em desenvolvimento no direito internacional, abrindo a discussão acerca do papel e contribuição da jurisprudência do TPII no processo de produção e desenvolvimento do direito internacional penal costumeiro sobre crimes contra a humanidade e sua influência na formação do conteúdo normativo do art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma aprovado em 17 de julho de 1998.

Por derradeiro, a Conclusão retomará as argumentações construídas ao longo da pesquisa para, refletindo sobre elas, apresentar as contribuições do presente estudo.

1 O SURGIMENTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA

O presente capítulo procurará focar a internacionalização dos direitos humanos como um fator que introduziu uma dimensão axiológica (valorativa) no direito internacional, porém, devido ao princípio da não intervenção e às tensões políticas existentes durante a Guerra Fria, a pauta dos direitos humanos conviveu como a baixa efetividade de suas normas.

Contudo, a mudança do padrão dos conflitos que surgiram na década de 1990, os quais passaram a ter feição intraestatal, revelou a necessidade de se criar mecanismos para conferir maior efetividade às violações de direitos humanos ocorridas no interior do Estado nacional.

Buscar-se-á apontar, então, o surgimento do TPII não apenas como uma reação da comunidade internacional aos conflitos intraestatais surgidos, mas também como uma tentativa de se criar um instrumento para a ampliação concreta do raio de ação do direito internacional penal, que buscava ter, de forma mais efetiva, um alcance vertical (intraestatal).

1.1 A internacionalização dos direitos humanos

O fim da Segunda Guerra Mundial redundou na criação da ONU, por meio da Carta de São Francisco, a qual adotou como pilares os valores de preservação da paz e segurança internacionais. Tendo entrado em vigor internacionalmente em 24 de outubro de 1945, a Carta da ONU foi editada ainda sob forte viés voluntarista, eis que calcada na concepção de soberania absoluta⁶ e no princípio da não intervenção.

Naquele momento da história, o mundo havia sofrido com as duas grandes guerras mundiais e se encontrava politicamente bipolarizado devido à Guerra Fria, pelo que imperava a ideia de que a paz e o bem-estar dos povos seriam atingidos unicamente com o

⁶ BRASIL. *Decreto nº 19.841/45 (Carta da ONU)*: “Art. 2 – A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 2 dez. 2014).

respeito à autonomia dos Estados e com a preservação de sua independência política na condução de seus assuntos internos e externos. Nenhum dos líderes responsáveis pela idealização da ONU estava interessado em incluir em seu ato constitutivo projetos ambiciosos de proteção aos direitos humanos⁷.

Porém, a Carta da ONU buscou conjugar outros temas, contemplando a solução pacífica dos conflitos, buscando, também, em certa medida, garantir respeito aos direitos das populações que viviam no interior das fronteiras nacionais⁸. Ainda que de forma atenuada, e talvez até por razões diplomáticas, o texto demonstrou preocupação com os direitos humanos, como por exemplo, em seu art. 1º (3), no qual indica como um de seus propósitos a promoção, estímulo e respeito aos *“direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo língua ou religião”*. Outrossim, no seu art. 55 (c), declarou que as Nações Unidas favorecerão *“o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”*.

Mas se tais dispositivos, à época, poderiam dar a impressão de ser apenas uma “carta de intenções”, imbuída de uma retórica política ou diplomática, a divulgação dos crimes e atrocidades cometidos nos campos de concentração do regime nazista incentivara a edição de diversos tratados de direitos humanos no sistema universal.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual, embora não seja um tratado internacional, foi reconhecida como parte do direito costumeiro internacional⁹, constituiu o eixo sobre o qual se desenvolveu o sistema de direitos humanos na ONU. Posteriormente, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948; as Convenções de Genebra de 1949, sobre o tratamento de prisioneiros de guerra e de civis em territórios ocupados e seus protocolos adicionais; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965; os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984; apenas para citar alguns exemplos, contribuíram para a internacionalização da pauta dos direitos humanos e introduziram

⁷ MIRANDA, João Irineu de Resende. *A desconsideração da personalidade do estado pelo Tribunal Penal Internacional*. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 34.

⁸ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O direito de assistência humanitária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74.

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limond, 2000. p. 150.

elementos valorativos ao corpo do direito internacional, que passou a ter uma dimensão axiológica.

Isso permitiu a ampliação da função do direito internacional que, de instrumento para a mera coexistência e cooperação de Estados, passou a modelar a realidade social¹⁰ pela veiculação de conteúdos valorativos. O direito internacional de liberdade experimentava uma passagem para o direito internacional do bem-estar¹¹, passando a abordar temas novos, entre eles, os direitos humanos e, posteriormente, como se verá, o direito internacional penal.

Contudo, o princípio da não intervenção permitia que os Estados assumissem compromissos internacionais na área de direitos humanos e não os cumprissem, furtando-se a qualquer punição efetiva ao invocarem sua soberania. O sistema de proteção dos direitos humanos possuía apenas mecanismos de promoção por meio de protocolos facultativos e mecanismos de monitoramento para averiguação de violações a esses direitos, não havendo sanções estritamente jurídicas, mas apenas condenações morais e políticas constrangedoras¹².

Dessa forma, a pauta dos direitos humanos em âmbito internacional sofria uma “crise de efetividade”, pois o manto da soberania absoluta estatal permitia que o único juiz das violações de direitos do homem em âmbito interno fosse o próprio Estado nacional que, muitas vezes, não possuía interesse em punir determinadas violações mormente porque envolviam a criminalidade do Estado opressor contra a sua própria população.

Os tratados de direitos humanos, no entanto, tiveram o mérito de conferir uma base jurídica para a proteção de valores humanos no plano internacional e constituíram um vetor para uma mudança no escopo de atuação material do direito internacional, que passou a ter munção para uma atuação vertical (intraestatal) na proteção de direito do homem. O multilateralismo do pós-guerra sublinhou a relação intrínseca existente entre “estabilidade doméstica e concórdia internacional”¹³, porém a Guerra Fria causou um período de inércia na atuação concreta deste binômio.

¹⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O direito de assistência humanitária*. Tese (Concurso de Livre-Docência) – Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001, p. 49.

¹¹ Ibidem, p. 95.

¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 172-173.

¹³ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O direito de assistência humanitária*, 2003, p. 99.

1.2 Os conflitos intraestatais da década de 1990

A irrupção de conflitos internos nos Estados foi a nota da década de 1990. Nesta época, a guerra civil na Libéria, a Guerra do Golfo em 1991, a guerra civil no território da ex-Iugoslávia em 1991 (em especial na Bósnia e Herzegovina), a guerra civil na Somália em 1992, a crise humanitária em Ruanda em 1994¹⁴, a violação sistemática de direitos humanos no Haiti, entre outros, demonstravam que o grande desafio para a segurança e paz mundiais passou a ser o surgimento dos conflitos internos de natureza política e étnica. Com efeito, passou-se a perceber que o desrespeito aos direitos humanos em âmbito interno ensejava, muitas vezes, grandes fluxos de refugiados, que colocam em risco a paz e segurança mundiais¹⁵.

Das quase 100 guerras ou conflitos ocorridos em 1994, 80% envolviam grupos resistindo a forças militares locais¹⁶. Outrossim, na década de 1990, a história mostrava que muitas vezes era o próprio Estado que violava direitos humanos internamente e que estes já não conseguiam conter as reivindicações de suas populações. Além disso, no cenário internacional, existiam Estados (os *quasi-states* ou *failed states*) que eram incapazes de assegurar um mínimo de direitos humanos às populações, apresentando falhas em sua soberania positiva¹⁷.

Dentre estes vários conflitos, destacou-se, pela dimensão da tragédia e pela divulgação efetuada pela mídia, aquele ocorrido no território da ex-Iugoslávia. Outrossim, este conflito foi importante porque alterou a forma como o CSONU tratou o tema concernente a violações de direitos humanos ocorridas em âmbito intraestatal. O conflito instalado no território da ex-Iugoslávia chamou a atenção da ONU porquanto, em maio de 1992, quando o CSONU impôs sanções econômicas à Sérvia, as atrocidades já haviam

¹⁴ A crise humanitária em Ruanda não será enfocada neste trabalho, nem mesmo a atuação do TPIR, pois o crime contra a humanidade não foi figura de destaque nesta Corte. Sua jurisprudência versou mais largamente sobre o crime de genocídio, em face das próprias características dos conflitos internos havidos em Ruanda. Ademais, o primeiro julgado do TPIR foi o *caso Akayesu*, de 2 de setembro de 1998, proferido quando o Estatuto de Roma já havia sido concluído e assinado. A influência deste julgado na redação do conceito atual do art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma está, portanto, descartada. Isso não afasta a importância da redação do crime contra a humanidade tal como previsto no Estatuto do TPIR, de modo que esse tópico não será descurado ao logo deste trabalho.

¹⁵ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O direito de assistência humanitária*, 2003, p. 189.

¹⁶ MERKE, Federico. Reconsidering Westphalia: contending perspectives on the future of the nation-state. *Cena Internacional*, ano 4, n 1, p. 100-120, jul. 2002, p. 102.

¹⁷ JUBILUT, L. L. A “responsabilidade de proteger” é uma mudança real para as intervenções humanitárias?. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. II, p. 11, 2008. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/Liliana%20Jubilut%20DIH.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

atingido uma dimensão que a Europa não tinha visto desde a Segunda Guerra Mundial¹⁸. Fotos divulgadas pela mídia dos campos de concentração do Omarska e dos campos de estupro da região do Prijedor remetiam à lembrança do regime nazista. O medo que uma terceira guerra mundial explodisse em território europeu preocupava o mundo.

Os territórios que compunham a República Socialista Federativa da Iugoslávia localizavam-se na península balcânica, no continente europeu. Após a Primeira Guerra Mundial, ao então denominado Reino da Sérvia, que era cristão ortodoxo e eslavo, foram adicionadas novas províncias com grande diversidade étnica e religiosa, agregando-se populações católicas e muçulmanas, formando-se assim a Iugoslávia¹⁹. Para conter a tensão política criada pelo fato de 42% da população ser sérvia, estabeleceram-se os chamados Tratados de Minorias, cuja função era proteger os direitos das etnias minoritárias, mas cujo objetivo final parecia ser a assimilação destas²⁰. Após a ocupação nazista na região, ocorrida durante a Segunda Guerra Mundial, subiu ao poder o Marechal Josip Broz Tito (Marechal Tito) e o mapa geográfico da então República Socialista Federativa da Iugoslávia passou a ser composto por seis repúblicas (Eslovênia, Croácia, Bósnia e Herzegovina, Montenegro, Macedônia e Sérvia), com duas regiões autônomas (Kosovo e Vojvodina). Por meio de um regime ditatorial e adotando uma política interna que incluía a supressão do sentimento separatista e a promoção da irmandade e unidade entre as seis nações iugoslavas, o Marechal Tito conteve o caldeirão de etnias até sua morte em 1980²¹.

Com a dissolução da União Soviética em 1991, a federação iugoslava entrou em processo de dissolução. Após a morte do Marechal Tito, as amarras do caldeirão de etnias existentes naquele país se afrouxaram. Novos líderes surgiram. As repúblicas buscavam independência; uma onda de nacionalismo exacerbado tomou conta da Sérvia e da Croácia (primeiras repúblicas que se declararam independentes) e disputas étnicas se proliferavam. As diferentes etnias lutavam pela conquista de seus territórios. Atos de assassinatos em massa, torturas, estupro de mulheres e massacres tomaram conta do país levando a um movimento de limpeza étnica. Um conflito interno envolvendo graves violações de direitos

¹⁸ ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes against humanity: the struggle for global justice*. The New Press: New York, 2006. p. 377.

¹⁹ MIRANDA, João Irineu de Resende. *A desconsideração da personalidade do estado pelo Tribunal Penal Internacional*, p. 32.

²⁰ Ibidem, p. 31.

²¹ PROSECUTOR v. Slobodan Milosevic. Decision on prosecution motion for judicial notice of adjudicated facts. p. 10. item 51. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/en/030410_2.htm>. Acesso em: 27 dez. 2014.

humanos e direito humanitário não ocorria em território europeu desde 1945.

Observadores internacionais monitoravam o país. Em 13 de julho de 1992, o CSONU condenou publicamente as violações ao direito humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia, afirmando que seus perpetradores deveriam ser individualmente responsáveis por seus atos²². Tal posicionamento foi inovador, pois até então o CSONU apenas havia feito referências vagas a violações de direitos humanos em conflitos armados internos e à necessidade de assistência humanitária, por intermédio de sua Resolução nº 757, de 30 de maio de 1992²³. O Conselho, portanto, declarou ao mundo que pretendia responsabilizar indivíduos, e não apenas Estados, por violações aos direitos do homem.

Posteriormente, após coletar informações de Estados e organizações internacionais, o CSONU, por meio da Resolução nº 780, de 6 de outubro de 1992²⁴, requisitou ao Secretário-geral que fosse instituída uma comissão de *experts* para a apuração e investigação das violações ao direito humanitário e às Convenções de Genebra, então praticadas no território da ex-Iugoslávia. O trabalho da comissão restou parcialmente frustrado por ausência de fundos; porém a primeira apresentou um relatório no qual recomendou a instalação de um tribunal internacional penal no território da ex-Iugoslávia.

Mas a pressão em torno da instalação de um tribunal internacional na região se intensificou com a indicação de Warren Christopher ao cargo de secretário de Estado dos Estados Unidos da América durante o governo Clinton. A partir de dados coletados pelo serviço de inteligência americano, o secretário submeteu um relatório às Nações Unidas expondo as violações de direitos humanos durante o conflito na região dos Balcãs.

Assim, o CSONU editou a Resolução nº 808, de 22 de fevereiro de 1993²⁵, na qual deliberou que um tribunal penal internacional seria instalado no território da ex-Iugoslávia e requisitou ao seu Secretário-geral um relatório sobre todas as questões envolvendo esse tema, o qual deveria levar em consideração as sugestões dos países membros.

²² RESOLUÇÃO Nº 764, de 13 de julho de 1992, do CSNOSU. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/764\(1992\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/764(1992))>. Acesso em: 24 out. 2013.

²³ RESOLUÇÃO Nº 757, de 30 de maio de 1992, do CSNOSU. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=printdoc&docid=3b00f2122c>>. Acesso em: 28 out. 2013.

²⁴ UN RESOLUÇÃO Nº 780, de 6 out. 1992, do CSONU. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/780\(1992\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/780(1992))>. Acesso em: 22 out. 2013.

²⁵ RESOLUÇÃO Nº 808, de 22 de fevereiro de 1993, do CSNOSU. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/808\(1993\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/808(1993))>. Acesso em: 28 out. 2013.

1.3 O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

Mas se o direito internacional dos direitos humanos possibilitou a proteção, no plano jurídico internacional, de direitos inerentes ao homem violados em âmbito interno pelos Estados, pode-se dizer que o surgimento do TPII constituiu a manifestação prática deste novo escopo de atuação do direito internacional, porquanto se caracterizou como um dos veículos para proteção destes direitos pela persecução penal internacional. Contudo, na época em que referida Corte *ad hoc* foi instalada, o direito internacional penal era extremamente incipiente e pouco desenvolvido, havendo apenas as experiências de Nuremberg e Tóquio a subsidiar a sua atuação.

1.3.1 Os precedentes: o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (Tribunal de Nuremberg) e o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (Tribunal de Tóquio)

Antes da Segunda Guerra Mundial, somente os crimes de guerra eram punidos. Definidos como crimes cometidos durante conflitos armados internacionais, eram chamados de violações das leis e costumes de guerra, e os atos incriminados podiam ser entendidos como aqueles que não seriam justificáveis por necessidades militares²⁶. Em nível internacional, o impulso pela criminalização do crime de guerra foi dado pelas Convenções de Haia (1899 e 1907), embora ainda não houvesse sanção legal específica, mas apenas a possibilidade de se considerar a responsabilidade reparatoria do Estado cujos combatentes tivessem cometido algum dos atos considerados ilícitos na conduta da guerra. Os combatentes, por seu turno, seriam julgados pelo direito interno²⁷.

Em 1919, os países vitoriosos da Primeira Guerra Mundial manifestaram, ao menos no plano das ideias, desejo de punir os líderes alemães pela prática de crimes de guerra ocorridos no período. O art. 227 do Tratado de Versalhes instituiu, pela primeira vez na história, que um chefe de Estado, no caso, o Kaiser alemão Guilherme II, seria processado pelo crime que hoje se conhece como sendo “crime de agressão”²⁸. Ocorre que a redação

²⁶ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Imunidades de chefes de estado e crimes internacionais*. 108 f. Tese (Livre-docência) – Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 27.

²⁷ *Ibidem*, p. 28.

²⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. Perspectives on International Criminal Justice. *Virginia Journal of International Law*, v. 50, issue 2, p. 269-323, 2010, p. 302. Disponível em: <<http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol50/issue2/VJIL-50.2-Bassiouni.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

propositadamente deficiente do artigo mencionado levou o governo holandês a não conceder a extradição do governante, sob a alegação de que o crime descrito no artigo em questão não se caracterizava como crime internacional, nem mesmo como crime nos ordenamentos jurídicos nacionais²⁹. Ao final, a tarefa de julgar os criminosos da Primeira Guerra Mundial foi relegada à Suprema Corte alemã, situada na cidade de Leipzig. Na prática, o incidente reforçou a noção de soberania absoluta do Estado-Nação.

Para Antonio Cassese, tais fatos revelavam a necessidade de reconhecimento de uma jurisdição penal internacional, que, no entanto, não frutificou devido a uma estrutura política internacional que dava muito relevo à soberania nacional³⁰. Apesar da emergência de novos valores, revelada, por exemplo, pelo surgimento da Organização Mundial do Trabalho, a ideia de soberania estatal absoluta ainda era o pilar da ordem internacional.

Porém, foi justamente este pilar (uma sociedade internacional dominada pela soberania absoluta dos Estados) que permitiu a instalação dos Tribunais Nuremberg e de Tóquio, após o fim da Segunda Guerra Mundial. O genocídio nazista na Europa, bem como os experimentos biológicos praticados por japoneses na Manchúria, revelaram as consequências perniciosas que a noção de soberania absoluta e ilimitada dos Estados poderia causar³¹. Aos poucos se concluiu que a tirania e a constante violação da dignidade humana não poderiam permanecer impunes.

Após a derrota da Alemanha, os países aliados e vitoriosos na Segunda Guerra Mundial (Reino Unido, França, União Soviética, Estados Unidos da América, entre outros) resolveram punir os líderes responsáveis pela aplicação da política nazista na Europa. O governo do Reino Unido propôs a punição sumária dos principais líderes. Os Estados Unidos, por sua vez, defendiam a instalação de um Tribunal Internacional Militar, pois a punição de pessoas sem o devido processo legal violaria as regras da democracia, equiparando os aliados aos nazistas. Ademais, um tribunal militar especialmente criado para a causa tornaria os fatos históricos plenamente visíveis para o mundo, constituindo também registro para a posteridade e futuras gerações. Por fim, considerando que os crimes praticados pelos nazistas o foram de forma coletiva e sistemática, envolvendo o aparato militar e burocrático da Alemanha, seria impossível a utilização de Cortes

²⁹ BASSIOUNI, M. Cherif. Perspectives on International Criminal Justice. *Virginia Journal of International Law*, v. 50, issue 2, p. 269-323, 2010, p. 302. Disponível em: <<http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol50/issue2/VJIL-50.2-Bassiouni.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

³⁰ CASSESE, Antonio. *International criminal law*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 255.

³¹ Ibidem, loc. cit..

nacionais do próprio Estado envolvido para se obter a persecução penal dos líderes alemães³².

Assim, em 8 de agosto de 1945, pelo Acordo de Londres, os governos dos países aliados (Reino Unido, França, União Soviética, e os Estados Unidos da América etc.) criaram o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (Tribunal de Nuremberg), destinado a punir grandes criminosos alemães que planejaram e financiaram o regime nazista e cuja ação não podia ser localizada em determinado país³³. O tribunal teve funcionamento no período de 14 de novembro de 1945 a 1º de outubro de 1946.

De acordo com seu Estatuto, o julgamento seria final e obrigatório e os juízes poderiam livremente escolher as penas aplicáveis, podendo aplicar a pena de prisão, morte ou qualquer outra considerada justa. Foram julgados 24 acusados por crimes de guerra, contra a paz e crimes contra a humanidade, sendo 12 condenados à morte por enforcamento, 9 condenados à pena de prisão e 3 absolvidos³⁴. A instalação do tribunal implicava um golpe ao conceito de soberania estatal absoluta, mormente pela redação do seu art. 7º: *“a qualidade oficial dos acusados, sejam eles chefes de Estados ou altos funcionários do Estado, não será considerada como escusa para absolvição ou diminuição da pena”*³⁵.

Posteriormente, em 26 de julho de 1945, os países aliados editaram a Declaração de Potsdam, anunciando que pretendiam processar criminalmente os líderes japoneses. Em 19 de janeiro de 1946, o general McArthur, do exército norte-americano, que havia sido indicado como comandante supremo das potências aliadas no Pacífico, editou, por meio de uma ordem militar, a Carta de Tóquio, sendo instalado um tribunal que se assemelhava a uma Corte militar. Os processos duraram dois anos e meio. O tribunal condenou à morte 7 acusados, 16 à prisão perpétua e 2 à prisão temporária³⁶. Estava criado o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (Tribunal de Tóquio), situado em Tóquio, com competência para apuração de crimes de guerra, contra a paz e crimes contra a

³² CASSESE, Antonio. *International criminal law*, p. 256.

³³ Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945. “Art. 1º – There shall be established after consultation with the Control Council for Germany an International Military Tribunal for the trial of war criminals whose offenses have no particular geographical location whether they be accused individually or in their capacity as members of the organizations or groups or in both capacities.” (Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>>. Acesso em: 6 mar. 2014).

³⁴ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Imunidades de chefes de estado e crimes internacionais*, p. 21.

³⁵ ESTATUTO DO TRIBUNAL MILITAR DE NUREMBERG, anexado ao Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945. Tradução livre do art. 7º – “The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.” (Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>>. Acesso em: 6 mar. 2014).

³⁶ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Op. cit., p. 23.

humanidade, praticados pelo alto escalão do exército japonês. O art. 6º de seu Estatuto também flexibilizava o conceito de soberania estatal ao prever que a posição oficial do acusado, em nenhum momento, afastaria sua responsabilidade pelos crimes cometidos³⁷.

Referidos tribunais tiveram sua importância por diferentes aspectos. Primeiramente, romperam com o monopólio da jurisdição nacional para apuração de crimes que tivessem dimensão e escopo internacional. Em segundo lugar, ampliaram o rol dos crimes internacionalmente puníveis, incluindo, ao lado dos crimes de guerra, os crimes contra a paz e os crimes contra a humanidade. Em terceiro lugar, pela primeira vez, líderes militares do alto escalão do exército de países soberanos foram processados e punidos. E, por fim, seus estatutos constituíram a semente para o desenvolvimento do direito internacional penal, com a instituição de um novo padrão de responsabilidade internacional, a saber, a responsabilidade penal individual por crimes internacionais, inclusive do chefe de Estado, sugerindo uma possível flexibilização da noção de soberania absoluta dos Estados.

É importante notar, contudo, que a responsabilidade internacional penal individual instituída por Nuremberg e Tóquio envolvia crimes internacionais que visaram coibir conflitos eminentemente interestatais. O crime contra a humanidade, tal como contemplado em Nuremberg, não possuía autonomia própria e somente teria natureza de crime internacional se ligado a um dos outros dois delitos previstos no Estatuto (crimes de guerra ou crimes contra a paz). Como consequência, o crime contra a humanidade foi considerado um mero subproduto da guerra e abarcou unicamente situações que não pudessem ser inseridas nas categorias de crimes de guerra ou crimes contra a paz³⁸. No entanto, constituiu a semente para que no futuro pudesse se desenvolver a responsabilidade internacional penal em âmbito intraestatal.

³⁷ Tradução livre do art. 6º do Estatuto do Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente: “Responsibility of accused – Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.” (Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>>. Acesso em: 4 dez. 2014).

³⁸ SCHELBI E. Crimes against humanity. *British Year Book of International Law*, v. 23, p. 178-226, 1946, p. 206.

1.3.2 Um Tribunal *ad hoc*: a Resolução nº 827, de 25 de maio de 1993, do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas

Os Tribunais de Nuremberg e Tóquio foram criticados por serem tribunais dos vencedores sobre os vencidos³⁹, pois eram compostos por juízes indicados pelos países aliados vencedores da Segunda Guerra Mundial. Assim também eram indicados os promotores, que atuavam de acordo como as instruções dos países que os apontaram. Portanto, foram taxados de tribunais multinacionais⁴⁰, pois foram instalados após o fim da Segunda Guerra Mundial pelos países vencedores, não tendo atuado como tribunais independentes.

Após os precedentes de Nuremberg e Tóquio, diversos tratados internacionais foram ratificados. A noção de crimes de guerra foi adotada pela Convenção de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais⁴¹, versando sobre os maus-tratos infligidos aos prisioneiros de guerra e aos civis, o que sinalizou um prenúncio de que havia um consenso internacional em torno de valores comuns que poderiam limitar a margem de liberdade dos Estados mesmo ausentes situações de guerra. Porém, os conceitos lá desenvolvidos ainda supunham a existência de um conflito armado⁴². Foram posteriormente ratificados tratados versando sobre crimes de genocídio, *apartheid*, tortura, moeda falsa, tráfico de escravos, mulheres e crianças etc. Referidos tratados se caracterizavam por conter uma descrição da conduta criminoso e a obrigação dos Estados contratantes de criminalizar referidas condutas em seus ordenamentos jurídicos internos, bem como de permitir a extradição dos autores dos crimes, quando necessário.

Surgia, aí, uma possibilidade jurídica de ingerência em assuntos internos dos Estados, o que significava uma potencial ampliação concreta do raio de ação do direito internacional, que passaria a ter atuação não apenas horizontal (interestatal), mas também vertical (intraestatal), obrigando órgãos e agentes do Estado, poderes públicos e também indivíduos em âmbito interno⁴³. Ainda que com limitações, isso permitiu que se mantivesse

³⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 274.

⁴⁰ SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 07.

⁴¹ CONVENÇÃO DE GENEBRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949 E SEUS PROTOCOLOS ADICIONAIS. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>>. Acesso em: 17 maio 2013.

⁴² DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre o universalismo e o relativismo de valores?. In: CASESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 63.

⁴³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Humankind: towards a new jus*

no debate das relações internacionais a chamada “criminalidade de Estado”, ou seja, os crimes perpetrados por Chefes de Estado ou oficiais de Estados em nome deste, pelo uso do próprio aparato estatal ou em um contexto de ataque generalizado e sistemático, contra sua própria população.

Posteriormente, o fim da Guerra Fria, e o surgimento de um conflito intraestatal de grande magnitude em território europeu, permitiram a criação, pela Resolução nº 827, de 25 de maio de 1993, do CSONU⁴⁴, do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Ao ser criada pelas Nações Unidas, apesar da Corte representar de forma mais fidedigna o interesse da comunidade internacional⁴⁵, não possuiu personalidade jurídica de direito internacional, pois não foi instituída por um tratado, mas sim por uma resolução do CSONU, de forma que, tecnicamente, caracterizou-se como órgão subsidiário deste.

Quase cinquenta anos depois de Nuremberg e Tóquio, o TPII teve a oportunidade de revisitar a categoria do crime contra a humanidade, o qual foi uma figura proeminente em sua jurisprudência, havendo apenas alguns poucos casos que versaram exclusivamente sobre crimes de guerra⁴⁶. Ademais, o TPII foi o primeiro tribunal verdadeiramente internacional a ser chamado a julgar, interpretar e aplicar as leis existentes sobre crimes contra a humanidade tanto em primeira, como em segunda instância. Nesse sentido, sua jurisprudência pode ter fortemente contribuído para o desenvolvimento do crime contra a humanidade tal como hoje previsto no Estatuto de Roma, possivelmente atuando como um novo veículo no processo de produção e desenvolvimento do direito internacional penal em âmbito intraestatal.

Fruto da necessidade de se conferir maior efetividade na proteção dos direitos humanos, o TPII foi uma das bases jurídicas para que o direito internacional penal pudesse se desenvolver. Esta Corte indica ter inaugurado, portanto, a fase de consolidação do direito internacional penal que havia se iniciado em Nuremberg, conferindo vida à noção de comunidade internacional que ela tende a apontar⁴⁷.

gentium. Amersfoort/Netherlands: The Hague Academy of International Law; Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 317.

⁴⁴ RESOLUÇÃO Nº 827, de 25 de maio de 1993, do CSONU. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/827\(1993\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/827(1993))>. Acesso em: 28 out. 2013.

⁴⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*, p. 274.

⁴⁶ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 102.

⁴⁷ MIRANDA, João Irineu de Resende. *A desconsideração da personalidade do estado pelo Tribunal Penal Internacional*, p. 36.

Com isso, surgiu o primeiro tribunal penal internacional não militar para apuração da responsabilidade penal individual não apenas de criminosos de guerra, mas também de violadores de direitos humanos em âmbito interno, revelando uma tentativa de se utilizar o direito internacional penal não apenas como um instrumento de desenvolvimento e manutenção da paz internacional, mas também interna.

1.4 Conclusões do capítulo

A eclosão da Segunda Guerra Mundial impulsionou a criação dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, que tiveram o mérito de instituir um novo padrão de responsabilidade no que tange aos crimes de guerra, crimes contra a paz e contra a humanidade, a saber, a responsabilidade internacional penal individual. Com a instituição destas Cortes, ainda que com limitações, os agentes de Estado individualmente (fossem eles do baixo ou do alto escalão do Estado) passaram a ter responsabilidade penal individual, não mais sendo protegidos pela soberania de seu Estado⁴⁸.

A Guerra Fria, contudo, acarretou um período de inércia no desenvolvimento do direito internacional penal. Nesse período, a proteção dos direitos humanos se deu apenas com base em mecanismos de monitoramento e sanções morais e políticas aos países e os crimes praticados pelos representantes do Estado contra sua própria população civil permaneciam impunes.

O fim do conflito Leste/Oeste e o aparecimento dos conflitos intraestatais da década de 1990 abalaram a paz no mundo e revelaram a necessidade promoção de forma mais efetiva dos direitos humanos, o que redundou na instalação do TPII como um instrumento de proteção de direitos humanos fundamentais em âmbito interno por meio, dentre outros, da categoria do crime contra a humanidade.

⁴⁸ CASSESE, Antonio. *International criminal law*, p. 64.

2 O CRIME CONTRA A HUMANIDADE E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA

O presente capítulo exporá o aparato legislativo existente sobre o crime contra a humanidade desde sua primeira definição pelo Tribunal de Nuremberg. Serão consideradas as definições de crimes contra a humanidade constantes dos estatutos das Cortes internacionais, da Control Council nº 10, dos trabalhos da CDI e estatutos do TPII e TPIR, a fim de se elucidar qual era a estrutura normativa existente sobre referida categoria delitiva quando o TPII começou a funcionar.

Após serem apontadas as fontes de direito sobre a matéria à disposição do tribunal à época, será então analisado como a Corte apreciou as elementares (*caput*) do crime contra a humanidade nos casos *Duško Tadić* (IT-94-1, julgados de 10 de agosto de 1995, 2 de outubro de 1995 e 7 de maio de 1997) e *Dražen Erdemović* (IT-96-22, julgados de 29 de novembro de 1996, 7 de outubro de 1997 e 5 de março de 1998). A importância destes casos se dá pelo fato de serem os primeiros e únicos julgados sobre crimes contra a humanidade proferidos, sob o crivo do princípio do contraditório, por uma Corte verdadeiramente internacional, no sistema universal, até a data da aprovação do Estatuto de Roma em 17 de julho de 1998.

Ao final, serão apresentados os resultados obtidos à luz da redação deste crime contida no art. 5º, *caput*, do Estatuto do TPII.

2.1 O crime contra a humanidade e o alcance vertical das normas de direito internacional penal

Ao TPII foi conferida competência material para julgar crimes de guerra, divididos em “graves violações às Convenções de Genebra de 1949” e “violações às leis ou costumes de guerra”, o crime de genocídio e o crime contra a humanidade⁴⁹. Enquanto os crimes de guerra possuíam como base condutas que transpusessem fronteiras de Estados soberanos, por envolverem situações de guerra declarada, e, portanto, interesses interestatais a serem tradicionalmente tratados pelo direito internacional clássico, os crimes de genocídio e os crimes contra a humanidade implicavam na interferência, por parte do direito internacional

⁴⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Estatuto. Atualizado até setembro de 2009. Arts. 2º, 3º, 4º e 5º. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Acesso em: 11 de out. 2013.

penal, em assuntos internos dos Estados, mormente no que tange ao tratamento dispensado por estes às suas populações locais.

Os tribunais de Nuremberg e Tóquio haviam produzido considerável jurisprudência sobre os crimes de guerra. O crime de genocídio, contudo, não figurou no Estatuto destas Cortes. A expressão “genocídio” foi utilizada pela primeira vez apenas em 1944, por um advogado polonês chamado Raphael Lemkin⁵⁰. Isso explica o fato de esta expressão, hoje tão comumente utilizada para definir o holocausto, não ter sido empregada nos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio. O extermínio dos judeus durante a Segunda Guerra Mundial foi punido nos processos de Nuremberg como crime contra a humanidade, na modalidade perseguição⁵¹. A redação do crime contra a humanidade no Tribunal de Nuremberg, contudo, não deu autonomia ao delito, de forma que o desenvolvimento da atuação vertical (intraestatal) do direito internacional penal foi acanhado.

O desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos e a turbulência gerada pela explosão dos conflitos étnicos internos na década de 1990 abriram o caminho para o desenvolvimento do direito internacional penal em direção às condutas criminosas praticadas em âmbito interno. O receio de que uma terceira guerra mundial voltasse a acontecer em território europeu ensejou a inserção, em um regime mais duro e rigoroso (regime criminal), das violações das regras protetoras dos direitos humanos dentro do Estado nação.

Surgia a possibilidade, caso um Estado não garantisse a segurança de sua sociedade ou população, de se vislumbrar a caracterização de crimes internacionais de escopo intraestatal, pois a paz mundial estaria igualmente violada, autorizando o exercício da jurisdição internacional penal.

Para tanto, passou-se a admitir que ao poder soberano estatal somente seria conferido o direito de não interferência em seus assuntos internos na medida em que este administrasse a vida social interna de seus cidadãos de forma harmoniosa⁵². Partia-se da ideia de que a soberania estatal somente se sustentava na medida em que os indivíduos deram seu consenso à formação do contrato social em troca de um mínimo de segurança contra atos de agentes externos, mas também contra abusos do próprio Estado⁵³.

⁵⁰ CASSESE, Antonio. *International criminal law*, p. 109.

⁵¹ Ibidem, loc. cit..

⁵² MAY, Larry. *Crimes against humanity: a normative account*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 10.

⁵³ Ibidem, p. 16/30.

A definição típica do crime de genocídio no Estatuto do TPII foi relativamente simples, posto que a existência da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 11 de dezembro de 1948 inseriu o crime dentro da esfera do direito costumeiro internacional, sem maiores divergências sobre sua redação. Por conta disso, a tipificação criminal do genocídio no TPII, assim como em outras Cortes penais que se instalaram posteriormente (TPIR e TPI), reproduziu a redação já contemplada na convenção.

Ocorre que a redação do art. 2º da Convenção de Genocídio não contemplou na descrição de sua figura típica a destruição de grupos por razões culturais, políticas e econômicas, além da destruição da segurança, liberdade, saúde e dignidade dos indivíduos de uma sociedade⁵⁴. Igualmente, a Convenção não incriminou a violação de direitos humanos fundamentais nos estágios iniciais da conduta de genocídio, ocorrida por meio de discriminações e perseguições sistemáticas a grupos de pessoas por motivos étnicos, raciais ou religiosos⁵⁵. Tais atos somente seriam protegidos pelo direito internacional penal pela figura típica do crime contra a humanidade.

No que tange ao crime contra a humanidade, a sua descrição típica foi um tema mais complicado. Com efeito, quando da instalação do TPII não havia⁵⁶ uma convenção específica sobre crimes contra humanidade a indicar um consenso internacional mais robusto sobre sua redação. Ademais, a tipificação penal de Nuremberg, como se verá, vinculava a caracterização do delito à ocorrência de crimes que transpusessem fronteiras interestatais (crimes de guerra e crimes contra a paz), o que dificultava a interpretação do crime contra a humanidade como um instrumento de alcance vertical (intraestatal) do direito internacional penal.

⁵⁴ STANTON, Gregory H. Why the world needs an international convention on crimes against humanity. In.: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 348.

⁵⁵ Ibidem, p. 349.

⁵⁶ Até hoje não existe uma convenção específica sobre o crime contra a humanidade.

2.2 A evolução da definição do crime contra a humanidade

O surgimento do crime contra a humanidade em diplomas internacionais decorreu de circunstâncias históricas e políticas ocorridas após 1945⁵⁷. Em consequência disso, a evolução da arquitetura legislativa dessa categoria delitiva não foi fruto de uma política legislativa planejada, mas sim imposta pelas circunstâncias conjunturais do momento⁵⁸. Este longo e conflituoso percurso, confunde-se com o próprio estabelecimento de uma jurisdição penal internacional⁵⁹ pelas Cortes internacionais penais. Nesse contexto, a fim de se analisar o papel da jurisprudência do TPII no desenvolvimento do direito internacional penal e na construção do conteúdo normativo atual do crime contra a humanidade, previsto no Estatuto de Roma, é importante conhecer o estágio de desenvolvimento desta categoria delitiva quando o primeiro foi instado a atuar.

2.2.1 Do crime contra a humanidade no Estatuto do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, no Estatuto do Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente e na Control Council nº 10

A expressão “humanidade” ou “leis da humanidade” já havia sido utilizada em documentos internacionais antes de 1945, porém de forma não técnica. A Convenção de Haia de 1907, que versava tecnicamente sobre crimes de guerra, utilizou a expressão no parágrafo 2º de seu preâmbulo, o qual declarou que as partes contratantes estavam imbuídas em servir, ainda que em caso de guerra, aos “interesses da humanidade”⁶⁰. Seguidamente, a noção de crime contra a humanidade apareceu em 1915, durante a Primeira Guerra Mundial, no massacre dos armênios pelos turcos, quando os governos aliados classificaram o massacre como um “crime contra a humanidade e contra a civilização”, por meio de uma declaração conjunta dos países aliados⁶¹.

Na época, contudo, a França, o Reino Unido e a Rússia não estavam interessados, nem mesmo preocupados, com as implicações filosóficas da expressão “humanidade”,

⁵⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. Revisiting the architecture of crimes against humanity: almost a century in the making, with gaps and ambiguities remaining – the need for a specialized convention. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crime against Humanity*, p. 43.

⁵⁸ Ibidem, p. 44.

⁵⁹ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Imunidades de chefes de estado e crimes internacionais*, p. 16.

⁶⁰ BADAR, Mohamed Elewa. From the Nuremberg charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity. *San Diego Int'l L. J.*, v. 5, p. 73-144, 2004, p. 77.

⁶¹ Ibidem, p. 78.

tendo feito suas declarações para resolver questões políticas do pós-guerra⁶². Referida declaração conjunta dos países aliados não redundou em nenhum efeito prático em termos de punição de tal crime internacional.

Foi somente durante a Segunda Guerra Mundial que o crime contra a humanidade ganhou conotação técnica e foi criminalizado internacionalmente. Os países aliados entenderam que não apenas deveriam processar aqueles que praticaram crimes contra a paz e crimes de guerra, mas também deveriam punir os líderes do governo nazista pelas perseguições e assassinatos praticados a seus opositores políticos (muitos deles alemães), aos judeus e aos poloneses⁶³, dentro da própria Alemanha e nos territórios por eles ocupados, independentemente da nacionalidade das vítimas (se de nacionalidade dos países aliados ou não). Tais condutas, por não estarem abarcadas pela tradicional noção de crimes de guerra, precisavam ser inseridas em categoria diversa⁶⁴.

Em 1945, anexo ao Acordo de Londres, o Estatuto do Tribunal de Nuremberg contemplou pela primeira vez a categoria do crime contra a humanidade em seu art. 6º (c), porém condicionou sua caracterização a sua execução ou conexão com a prática de um crime de guerra ou crime contra a paz, previsto no mesmo Estatuto. Ou seja: o crime contra a humanidade somente seria punido pelo Tribunal de Nuremberg se praticado num contexto de guerra ou de agressão. Na época, os países aliados ficaram preocupados com eventuais ramificações desta categoria delitiva no que tange à forma como suas próprias autoridades tratavam as minorias dentro de seus países, bem como em suas colônias⁶⁵. O propósito da expressão foi estabelecer uma necessidade de ligação do crime contra a humanidade à figura do crime de guerra ou contra a paz, porém sem a limitação que estes traziam consigo de somente permitir a sua aplicação quando uma população civil diversa da nacionalidade do opressor fosse afetada⁶⁶.

Por questões políticas, a redação do art. 6º (c) do Estatuto de Nuremberg foi a seguinte:

“Art. 6 (c): crimes contra a humanidade, a saber: assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra; ou perseguições por

⁶² CASSESE, Antonio. *International criminal law*, p. 85.

⁶³ OVERY, Richard. The Nuremberg trials: international law in the making. In: SANDS, Philippe. *From Nuremberg to The Hague*. New York: Cambridge United Press, 2003. p. 21.

⁶⁴ SCHELBE, E. Crimes against humanity. *British Year Book of International Law*, v. 23, p. 186.

⁶⁵ SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 99.

⁶⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. Revisiting the architecture of crimes against humanity: almost a century in the making, with gaps and ambiguities remaining – the need for a specialized convention. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crime against Humanity*, p. 50.

motivos políticos, raciais ou religiosos em execução ou em conexão com qualquer crime da competência do Tribunal, ainda que não em violação da legislação nacional do país onde perpetrados”⁶⁷.

Seguidamente, foi assinado pelos países aliados o Protocolo de Berlim, em 6 de outubro de 1945, pelo qual se suprimiu o “ponto e vírgula” entre as palavras “guerra; ou perseguições” existente nas redações em Francês e Inglês do Acordo de Londres de 1945, pelo que a versão em inglês do art. 6º (c) do Estatuto de Nuremberg passou a ter a seguinte redação:

“Art. 6 (c) crimes contra a humanidade, a saber: assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos em execução ou em conexão com qualquer crime da competência do Tribunal, ainda que não em violação da legislação nacional do país onde perpetrados”⁶⁸.

Como consequência, a necessidade de ligação do crime contra a humanidade a um dos outros delitos previstos no Estatuto de Nuremberg (crimes de guerra e crimes contra a paz) existiu para todas as modalidades de condutas criminosas previstas do art. 6º (c) do Acordo de Londres⁶⁹, englobando tanto a conduta de homicídio e atos correlatos (extermínio, escravidão, deportação e outros atos inumanos), como também a conduta de perseguição por razões políticas, raciais e religiosas. Referida restrição implicou em severa restrição ao conceito de crime contra humanidade que então surgia, pois a ligação o tornava uma extensão das proibições contidas nos crimes de guerra e contra a paz, diferenciando-se de tais delitos porque não se aplicava apenas ao opressor da população civil de outro Estado⁷⁰, mas também incluía a incriminação de atos praticados contra a população civil do próprio opressor.

Portanto, o crime contra a humanidade não possuiu autonomia própria e somente teria natureza de crime internacional se ligado a um dos dois delitos previstos no Estatuto.

⁶⁷ Tradução livre do art. 6º (c) do Estatuto do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg. “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: [...]

(c) CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.” (Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>>. Acesso em: 10 abr. 2014).

⁶⁸ Tradução livre do PROTOCOLO DE BERLIM. International Conference on Military Trials: London, 1945. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack61.asp>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

⁶⁹ SCHELBI E. Crimes against humanity. *British Year Book of International Law*, v. 23, p. 194.

⁷⁰ BASSIOUNI, M. Cherif. Revisiting the architecture of crimes against humanity: almost a century in the making, with gaps and ambiguities remaining – the need for a specialized convention. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crime against Humanity*, p. 50.

Se de um lado tal ligação permitiu a inclusão de uma nova categoria delitiva no direito internacional⁷¹, de outro fez com que os julgados de Nuremberg o considerassem um crime acessório, que inexistiria em situações de paz.

Mesmo assim, a redação de Nuremberg constituiu um avanço, já que alargou a categoria dos crimes internacionais, instituindo um novo delito. Ademais, ainda que a redação do art. 6º (c) do Estatuto exigisse uma interligação com crimes interestatais, o crime marcou certos limites à onipotência dos Estados no trato de seus assuntos internos.

A redação de Nuremberg sobre o crime contra a humanidade foi reproduzida com pouca variação pelo art. 5º (c) do Estatuto do Tribunal de Tóquio⁷². Porém, o Tribunal de Tóquio não contribuiu para o aprimoramento da redação de referido crime, não apenas porque restringiu a redação do artigo por excluir a “*perseguição por motivos religiosos*”, mas também pelo fato de as acusações ofertadas perante aquele tribunal terem versado mais abundantemente sobre crimes contra a paz⁷³. Houve pouquíssima jurisprudência sobre crimes contra a humanidade.

Seguidamente, foi editada pelos países aliados a Control Council Law nº 10, em 20 de dezembro de 1945, para punir e disciplinar a perseguição penal dos criminosos da Segunda Guerra Mundial que praticaram seus crimes dentro do território alemão, mais precisamente nos territórios ocupados pelos países aliados. Dentre os crimes contemplados neste instrumento, figurou o crime contra a humanidade em seu art. II (c):

“Artigo II

1 Cada um dos seguintes atos é reconhecido como um crime:

(c) Crimes contra a humanidade. Atrocidades e crimes, incluindo, mas não limitado, a assassinatos, extermínio, escravidão, deportação, prisão,

⁷¹ BADAR, Mohamed Elewa. From the Nuremberg charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity, *San Diego Int'l L. J.*, v. 5, p. 82.

⁷² Tradução livre do art. 5º (c) do Estatuto do Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente. “Art. 5º (c): Crimes contra a Humanidade, a saber: assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos ou raciais em execução ou em conexão com qualquer crime a jurisdição do Tribunal, ainda que não em violação da legislação nacional do país onde perpetrados”.

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: [...]

(c) *Crimes against Humanity*: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.” (Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>>. Acesso em: 1 set. 2014).

⁷³ BADAR, Mohamed Elewa. Op. cit., p. 82.

tortura, estupro ou outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, ainda que não em violação da legislação nacional do país onde perpetrados.”⁷⁴.

Com uma redação mais aberta que a redação de Nuremberg, pois não exigia a ligação com um crime de guerra ou com um crime contra a paz, foi a primeira vez que o crime contra a humanidade foi concebido como uma categoria separada dos demais crimes internacionais. Outrossim, referida redação incluiu as condutas “*encarceramento forçado e estupro*” em sua descrição, até então não explicitadas em Nuremberg e em Tóquio. Porém, a Control Council Law nº 10 possuía aplicação apenas dentro do território alemão.

2.2.2 O período de 1946 a 1993 e os trabalhos da Comissão de Direito Internacional da Organização das nações Unidas

Em 11 de dezembro de 1946, a Assembleia Geral da ONU editou a Resolução nº 95 (I), pela qual afirmou e reconheceu os princípios contidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e sua jurisprudência como princípios do direito internacional⁷⁵. A declaração, contudo, foi vaga, não definindo quais seriam os princípios ou mesmo as regras endossadas. Em 21 de novembro de 1947, a Assembleia Geral das Nações Unidas criou a Comissão de Direito Internacional (CDI), um órgão permanente com o objetivo de promover o progressivo desenvolvimento do direito internacional e sua codificação, o qual foi incumbido de formular os princípios de direito internacional reconhecidos na Carta de Nuremberg e sua jurisprudência, bem como de preparar um anteprojeto sobre ofensas contra a paz e contra a segurança da humanidade⁷⁶. Em 1950, em sua segunda sessão, a

⁷⁴ Artigo II, (c), Control Council Law nº 10 de 20 de dezembro de 1945:

“Article II – 1. Each of the following acts is recognized as a crime:

(c) Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated.” (Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>>. Acesso em: 2 set. 2014).

⁷⁵ A/RES/95 (I):

“The General Assembly, [...]

Affirms the principles of international law recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal and the judgment of the Tribunal.” (Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/46/IMG/NR003346.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

⁷⁶ Tradução livre da A/RES/177 (II) – Resolution adopted by the General Assembly at its 2nd session:

“The General Assembly [...]

Directs the Commission to:

- a) Formulate the principles of international law reconized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal, and,
- b) Prepare a draft code of offences against the peace and security of mankind, indicating clearly the

CDI, dentre outros, sistematizou o princípio VI (c), no qual definiu o crime contra a humanidade nos seguintes termos:

“Princípio VI (c) Crimes contra a Humanidade: Assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos praticados contra qualquer população civil, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou motivos religiosos, quando esses atos sejam realizados ou tais perseguições sejam exercidas em execução ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crime de guerra”⁷⁷.

Embora, em seu relatório, a CDI tenha esclarecido que suprimiu a expressão “*antes ou durante a guerra*” para deixar claro que referido crime poderia ser praticado mesmo antes da guerra (evitando uma vinculação específica com a guerra iniciada em 1939), bem como que utilizou a expressão “*qualquer população civil*” para não deixar dúvidas de que referido crime poderia ser praticado contra a população à qual pertencia o próprio perpetrador⁷⁸, não se conferiu autonomia ao crime contra a humanidade.

Posteriormente, em relatório fruto do trabalho desenvolvido em sua sexta sessão de 1954, a CDI apresentou um rascunho de um “código de ofensas contra a paz e a segurança da humanidade”, no qual definiu o crime contra a humanidade da seguinte forma:

“Artigo 2 [...]

(10) Atos desumanos, tais como assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou perseguições, cometidas contra qualquer população civil por motivos sociais, políticos, raciais, religiosos ou culturais por parte das autoridades de um Estado ou por particulares que atuam por instigação ou com a tolerância de tais autoridades”⁷⁹.

place to be accorded to the principles mentioned in sub-paragraph (a) above” (Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/177\(II\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/177(II)&Lang=E&Area=RESOLUTION)>. Acesso em: 2 set. 2014).

⁷⁷ Tradução livre do princípio VI c), formulado pela CDI em sua segunda sessão no ano de 1950: “Principle VI c. Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connexion with any crime against peace or any war crime”. (Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014).

⁷⁸ Report of the International Law Commission to the General Assembly, Part III, 1950, p. 377. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014.

⁷⁹ UN Doc. A/2693. Tradução livre do art. 2º, item 10, do Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade, p. 150: “Article 2. (10) Inhuman acts such as murder, extermination, enslavement, deportation or persecutions, committed against any civilian population on social, political, racial, religious or cultural grounds by the authorities of a State or by private individuals acting at the instigation or with the toleration of such authorities.” (Disponível em: UN Doc. A/2693. *Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade*. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_3_1954.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014).

O então relatório da CDI enalteceu o fato de a redação incluir a criminalização da perseguição por motivos culturais, bem como de ter alargado o escopo do crime em questão por tê-lo desvinculado de qualquer conexão ou ligação com um crime de guerra ou contra a paz. No entanto, a redação foi criticada por ter exigido um motivo especial (motivos sociais, políticos, raciais, religiosos ou culturais) para todas as condutas típicas, e não apenas para a conduta de perseguição (como ocorria em Nuremberg), bem como pelo fato de exigir o envolvimento, de alguma forma, do Estado nação nas condutas praticadas⁸⁰. Em conclusão, se de um lado houve avanço, de outro houve retrocesso na definição do crime em questão.

No ano de 1991, a CDI apresentou outra versão do anteprojeto e nominou seu art. 21 como “crime de violação em massa ou de forma sistemática de direitos humanos”, com a seguinte redação:

“Art. 21: Uma pessoa que comete ou ordena a prática de qualquer uma das seguintes violações de direitos humanos:
- Assassinato,
- Tortura,
- Estabelecer ou manter mais pessoas a um estado de escravidão, servidão ou trabalho forçado,
- perseguição por motivos sociais, políticos, raciais, religiosos ou culturais,
- de maneira sistemática ou em grande escala; ou
- deportação ou transferência forçada de população,
‘deverá, em caso de condenação do mesmo, ser sentenciado [a...]’”⁸¹.

A redação do artigo foi fruto de alteração durante a própria sessão e foi censurada por não conter as elementares que diferenciariam crimes comuns do crime internacional contra a humanidade⁸². A versão final de um anteprojeto de “código de crimes contra a paz e segurança da humanidade” foi apresentada somente em 1996 e contemplou o crime

⁸⁰ BADAR, Mohamed Elewa. From the Nuremberg charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity. *San Diego Int'l L. J.*, v. 5, p. 85.

⁸¹ Tradução livre do art. 21 do Anteprojeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade – UN A/CN.4/L.459 [and corr.1] and Add.1, p. 222: “Article 21 ‘An individual who commits or orders the commission of any of the following violations of human rights:

– murder

– torture

– establishing or maintaining over persons a status of slavery, servitude or forced labour

– persecution on social, political, racial, religious or cultural grounds,

in a systematic manner or on a mass scale; or

– deportation or forcible transfer of population

‘shall, on conviction thereof, be sentenced [to ...]’” (Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1459.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014).

⁸² BADAR, Mohamed Elewa. From the Nuremberg charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity. *San Diego Int'l L. J.*, v. 5, p. 86.

contra a humanidade como categoria autônoma em seu art. 18:

“Artigo 18 – Crimes contra a humanidade

Um crime contra a humanidade significa qualquer dos seguintes atos, quando cometidos de forma sistemática ou em grande escala e instigados ou dirigidos por um governo ou por qualquer organização ou grupo:

- (a) homicídio;
- (b) o extermínio;
- (c) a tortura;
- (d) a escravidão;
- (e) a perseguição por motivos políticos, raciais, religiosos ou étnicos;
- (f) a discriminação institucionalizada por motivos raciais, étnicos ou religiosos que envolvam a violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e que resultam em desvantagem significativa a uma parte da população;
- (g) a deportação arbitrária ou transferência forçada de uma população;
- (h) a prisão arbitrária;
- (i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- (j) estupro, prostituição forçada e outras formas de abuso sexual;
- (k) outros atos desumanos que prejudicam gravemente a integridade física ou mental, saúde ou dignidade humana, como as mutilações e lesões corporais graves”⁸³.

Em seus comentários, a CDI justificou suas escolhas invocando o Estatuto de Nuremberg, a Control Council n^o 10, as convenções internacionais sobre genocídio, apartheid, tortura, os estatutos dos tribunais *ad hoc* (TPII e TPIR – que à época já haviam sido editados) e, por fim, invocou o *caso Duško Tadić* oriundo do TPII para justificar a desvinculação do crime contra a humanidade de uma situação de conflito armado⁸⁴. Houve

⁸³ Tradução livre do art. 18 do Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind – 1996: “Article 18

Crimes against humanity

A crime against humanity means any of the following acts, when committed in a systematic manner or on a large scale and instigated or directed by a Government or by any organization or group:

- (a) murder;
- (b) extermination;
- (c) torture;
- (d) enslavement;
- (e) persecution on political, racial, religious or ethnic grounds;
- (f) institutionalized discrimination on racial, ethnic or religious grounds involving the violation of fundamental human rights and freedoms and resulting in seriously disadvantaging a part of the population;
- (g) arbitrary deportation or forcible transfer of population;
- (h) arbitrary imprisonment;
- (i) forced disappearance of persons;
- (j) rape, enforced prostitution and other forms of sexual abuse;
- (k) other inhumane acts which severely damage physical or mental integrity, health or human dignity, such as mutilation and severe bodily harm.” (Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf>. Acesso em: 3 set. 2014).

⁸⁴ A/CN.4/SER-A/1996/Add.1 (part 2). Report of the International law commission on the work of its forty-eighth session, p. 48: “The absence of any requirement of an international armed conflict as a prerequisite for crimes against humanity was also confirmed by the International Tribunal for the former Yugoslavia: “It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict”. (Disponível em: <<http://legal.un.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=Y5mKdE2cVK>>. Acesso em: 29 out. 2014).

também exigência de que o crime tivesse sido praticado em virtude da política de um Estado ou organização.

Todavia, há que se ressaltar que os trabalhos da CDI não possuem força coercitiva e apresentaram grande volatilidade de redação ao longo do tempo, a revelar ausência de consenso sobre o tema.

2.2.3 Do crime contra a humanidade no art. 5º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e no art. 3º do Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Tanto os estatutos do TPII como do TPIR contribuíram para o desenvolvimento e alargamento da categoria do crime contra a humanidade. A grande novidade de ambos os estatutos consistiu na separação entre o *caput* do artigo, que trouxe as elementares necessárias para que as condutas em suas alíneas fossem erigidas à categoria do crime internacional denominado como “crime contra a humanidade”. O rol de condutas puníveis, por sua vez, sofreu acréscimo das condutas de “estupro” e “encarceramento forçado” com relação à redação de referido crime no Estatuto de Nuremberg.

O TPII foi o primeiro tribunal penal internacional após Nuremberg e Tóquio a adotar uma definição para o crime contra a humanidade. Devido à ausência de um tratado internacional específico sobre tal crime, houve uma preocupação por parte do Secretário-geral das Nações Unidas em adotar uma definição embasada no costume internacional, a fim de se evitar a alegação de violação ao princípio da legalidade⁸⁵.

Neste contexto, a experiência de Nuremberg serviu de parâmetro. Daí por que o art. 5º *caput*, do Estatuto do TPII, usando uma linguagem diversa, acabou perseguindo um objetivo parecido ao do Tribunal de Nuremberg ao vincular a caracterização do crime contra a humanidade ao seu cometimento em um contexto de “*conflito armado, de natureza interna ou internacional*”. Os redatores do art. 5º, *caput* do TPII, à época, acreditaram que este requisito era uma limitação imposta pelo direito internacional costumeiro⁸⁶. O art. 5º do Estatuto do TPII assim definiu o crime contra a humanidade:

⁸⁵ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 106.

⁸⁶ SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, p. 187.

Artigo 5º – Crime contra a humanidade

“O Tribunal Internacional tem o poder de processar pessoas responsáveis pelos seguintes crimes, quando cometidos no quadro de um conflito armado, internacional ou interno, direcionado contra qualquer população civil:

- a) homicídio;
- b) extermínio;
- c) escravidão;
- d) deportação;
- e) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave;
- f) tortura;
- g) estupro;
- h) perseguição por motivos políticos, raciais, e religiosos;
- i) outros atos inumanos.”⁸⁷

Ocorre que, juntamente com o Estatuto do TPII, foi apresentado um relatório pelo Secretário-geral das Nações Unidas, em atendimento ao parágrafo 2º da Resolução nº 808/93 do CSONU, que tornou a definição do crime contra a humanidade confusa, pois, em seu parágrafo 48, ao contrário do que previsto no *caput* do art. 5º do Estatuto, definiu o crime contra a humanidade como a “*prática de atos inumanos, tais como homicídio tortura, estupro, entre outros, cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil, por motivos nacionalistas, políticos, étnicos, raciais ou religiosos*”⁸⁸.

Este relatório, cuja função era aclarar a redação dos crimes previstos no Estatuto do TPII, acabou causando perplexidade por contemplar outros requisitos para o crime contra a humanidade, prevendo elementos diversos do contido no art. 5º, *caput* do Estatuto do TPII. Assim, durante os julgamentos do TPII, os juízes tiveram que apreciar em que medida o

⁸⁷ Tradução livre do art. 5º do ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA: “Article 5 – Crimes against humanity:

“The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population:

- (a) murder;
- (b) extermination;
- (c) enslavement;
- (d) deportation;
- (e) imprisonment;
- (f) torture;
- (g) rape;
- (h) persecutions on political, racial and religious grounds;
- (i) other inhumane acts.” (Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2014).

⁸⁸ Tradução livre do parágrafo 48 do Relatório do Secretário-geral das Nações Unidas, em atendimento ao parágrafo 2º da Resolução nº 808, de 22 de fevereiro de 1993, do CSONU, UN Doc. S/25704: “48. Crimes against humanity refer to inhumane acts of a very serious nature, such as wilful killing, torture or rape, committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds. [...]”. (Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/25704>. Acesso em: 15 set. 2014).

relatório apresentado pelo Secretário-geral das Nações Unidas teria trazido elementares adicionais às previstas no próprio art. 5º, *caput*, do Estatuto do TPII⁸⁹.

Em 1994, o art. 3º do Estatuto do TPIR foi editado diretamente pelo CSONU pela Resolução nº 955/94, nos seguintes termos:

Artigo 3º – Crime contra a humanidade

“O Tribunal Internacional para Ruanda tem o poder de processar pessoas responsáveis pelos seguintes crimes, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil por motivos nacionalistas, políticos, étnicos, raciais ou religiosos:

- a) homicídio;
- b) extermínio;
- c) escravidão;
- d) deportação;
- e) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave;
- f) tortura;
- g) estupro;
- h) perseguição por motivos políticos, raciais, e religiosos;
- i) outros atos inumanos”⁹⁰.

O art. 3º, *caput*, do Estatuto do TPIR divergiu em pontos importantes em relação à redação do art. 5º, *caput*, do Estatuto do TPII. Primeiramente, o nexa da conduta descrita como crime contra a humanidade com uma situação de “conflito armado” não foi exigido. Em seu lugar, foi exigido apenas um nexa das condutas puníveis com uma situação de “ataque sistemático ou generalizado”. Outrossim, o Estatuto do TPIR passou a exigir o intento discriminatório em todas as suas modalidades de condutas, ou seja, que o crime fosse praticado por razões nacionalistas, políticas, étnicas, raciais ou religiosas. No Estatuto do TPII, contudo, o intento discriminatório era exigido apenas para a conduta de “perseguição” (“perseguição por motivos políticos, raciais, e religiosos”). Por fim, o Estatuto do TPII exigia que o ataque fosse praticado diretamente a qualquer população

⁸⁹ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 106.

⁹⁰ RESOLUÇÃO Nº 955, de 8 novembro de 1994, do CSONU. Tradução livre do art. 3º: “Article 3 – Crimes against humanity: ‘The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds:

- (a) Murder;
- (b) Extermination;
- (c) Enslavement;
- (d) Deportation;
- (e) Imprisonment;
- (f) Torture;
- (g) Rape;
- (h) Persecutions on political, racial and religious grounds;
- (i) Other inhumane acts.” (Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>>. Acesso em: 5 dez. 2014).

civil, ao passo que o Estatuto do TPIR apenas mencionou a exigência de “ataque a qualquer população civil”, sem o uso da palavra diretamente.

Essas diferenças confundiram a definição do crime contra a humanidade, mormente porque emanaram do mesmo órgão, a saber, o CSONU em um período muito curto de tempo que mediou a redação de ambos os estatutos⁹¹. Tal circunstância revelou as incertezas existentes em torno da definição do crime contra a humanidade de forma a aumentar a ambiguidade legislativa, a responsabilidade e a contribuição da jurisprudência do TPII na construção de um conceito um pouco mais coeso de referido crime, em especial porque a ausência de uma convenção específica sobre o crime contra a humanidade indicava a ausência de um consenso maior sobre o assunto por parte dos Estados.

2.3 A Jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia sobre crimes contra a humanidade

O TPII enfrentou diversos problemas iniciais para que pudesse operar. A sua rápida instalação pela Resolução nº 827/93 do CSONU ocorreu antes que houvesse uma estrutura prévia, física e jurídica, para que o TPII pudesse funcionar. Em consequência, nos primeiros três anos de existência, a atuação do tribunal se centrou na elaboração de regras administrativas para instalação física do tribunal em Haia, nos países Baixos, recrutamento de investigadores, analistas, tradutores, eleição de juízes e escolha do procurador, bem como elaboração das regras de procedimento e prova (RPP). Posteriormente, o tribunal enfrentou diversos problemas de cooperação com os Estados e começou a funcionar sob forte desconfiança internacional. Alguns o consideravam manifestação do poder hegemônico das grandes potências do Oeste⁹², outros eram céticos acerca da efetividade de atuação de referida Corte⁹³.

Nos dois primeiros anos, pelo fato de não possuir acusados presos à sua disposição⁹⁴, o TPII atuou com base no art. 61 do RPP⁹⁵, este um procedimento especial

⁹¹ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 106.

⁹² KERR, Rachel. *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 01.

⁹³ SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, p. 22.

⁹⁴ De acordo com o art. 20 do Estatuto do TPII, o processo somente pode seguir curso na presença do acusado. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA (Estatuto), “**Article 20 – Commencement and conduct of trial proceedings**”

público no qual três juízes de primeira instância analisavam a acusação oferecida pela promotoria, ouviam testemunhas com o fito de confirmar as imputações, para então determinar a expedição de mandados de prisão internacionais, isto é, para todos os Estados membros da ONU⁹⁶, visando colocar o acusado à disposição do tribunal.

Nestes procedimentos, o TPII já havia tido a oportunidade de enfrentar algumas questões atinentes à estrutura delitiva do crime contra a humanidade, porém fora do processo triangular instaurado a partir do princípio do contraditório. Com os primeiros acusados colocados à disposição do tribunal, o promotor Richard Goldstone deu seguimento às primeiras acusações versando sobre o crime contra a humanidade, a saber, contra *Duško Tadić e Dražen Erdemović*, processos estes que foram julgados antes de 17 de julho de 1998, data da aprovação do Estatuto de Roma.

Durante estes julgamentos, foram muitas as dificuldades jurídicas enfrentadas. As

‘1. The Trial Chambers shall ensure that a trial is fair and expeditious and that proceedings are conducted in accordance with the rules of procedure and evidence, with full respect for the rights of the accused and due regard for the protection of victims and witnesses.

2. A person against whom an indictment has been confirmed shall, pursuant to an order or an arrest warrant of the International Tribunal, be taken into custody, immediately informed of the charges against him and transferred to the International Tribunal.

3. The Trial Chamber shall read the indictment, satisfy itself that the rights of the accused are respected, confirm that the accused understands the indictment, and instruct the accused to enter a plea. The Trial Chamber shall then set the date for trial.

4. The hearings shall be public unless the Trial Chamber decides to close the proceedings in accordance with its rules of procedure and evidence.” (Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2014).

⁹⁵ REGULAMENTO DE PROCEDIMENTO E PROVA. RPP, art. 61 – “Procedure in Case of Failure to Execute a Warrant:

‘(A) If a warrant of arrest has not been executed, and personal service of the indictment has consequently not been effected, and the Prosecutor satisfies a Judge of a trial chamber that:

(i) he has take all reasonable steps to effect personal service, including recourse to the appropriate authorities of the State in whose territory or under whose jurisdiction and control the person to be served resides or was last known to him to be; and

(ii) he has otherwise tried to inform the accused of the existence of the indictment by seeking publication of newspaper advertisements pursuant to rule 60, the Judge shall order the indictment be submitted by the prosecutor to the trial chamber.

(B) upon obtaining such an order the prosecutor shall submit the indictment to the trial chamber in open court, together with all the evidence that was before the judge who initially confirmed the indictment.

(C) If the trial chamber is satisfied on that evidence, together with such additional evidence as the prosecutor may tender, that there are reasonable grounds for believing that the accused has committed all or any of the crimes charged in the indictment, it shall so determine. The trial chamber shall have the relevant parts of the indictment read out by the prosecutor together with an account of the efforts to effect service referred to in sub-rule (A) above.

(D) The trial chamber shall also issue an international arrest warrant in respect of the accused which shall be transmitted to all States.

(E) If the prosecutor satisfies the trial chamber that the failure to effect personal service was due in whole or in part to a failure or refusal of a State to cooperate with the tribunal in accordance with Article 29 of the Statute, the trial chamber shall so certify, in which event the President shall notify the Security Council.” (Disponível em: <[file:///D:/Downloads/IT032_original_en%20\(1\).pdf](file:///D:/Downloads/IT032_original_en%20(1).pdf)>). Acesso em: 5 dez. 2014).

⁹⁶ MORRIS, Virginia; SCHARF, Michael P. An insider’s guide to the international criminal tribunal for the former Yugoslavia. New York: Transnational Publishers, Inc: Irvington on Hudson, 1995. p. 221.

ambiguidades e lacunas normativas envolvendo o direito costumeiro sobre crimes contra a humanidade foram as primeiras. O segundo obstáculo foi o incipiente desenvolvimento do direito internacional penal à época. Em terceiro lugar, pode-se apontar a dificuldade de amalgamar diferentes juízes e diferentes tradições jurídicas. Em quarto, porém talvez o maior, foi o fato de o crime contra a humanidade possuir base legal eminentemente costumeira, o que significava dizer que, para julgar a categoria do crime contra a humanidade, afirmando o direito válido, a Corte precisaria determinar o costume internacional sobre a matéria.

2.3.1 As fontes de direito à disposição do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

Diferentemente do que ocorre hoje com o Estatuto de Roma, que em seu art. 21 enumera as fontes de direito a serem aplicáveis e a hierarquia na qual estas devem ser utilizadas, o Estatuto do TPII foi silente sobre o tema. Porém, enquanto Corte internacional, coube a ela identificar o direito aplicável com base no art. 38 do estatuto da CIJ⁹⁷.

Os principais instrumentos normativos a guiarem os juízes do TPII foram o Estatuto e as regras RPP por eles elaboradas⁹⁸, os quais deveriam ser interpretados com base no art. 31 da Convenção de Viena de Direito dos tratados, lançando-se mão da análise do sentido ordinário das palavras no contexto do texto legal, seu objeto e propósito⁹⁹.

⁹⁷ CASSESE, Antonio. A influência da CEDH sobre a atividade dos tribunais penais internacionais. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. São Paulo: Manole, 2004. p. 172.

⁹⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA, Estatuto. “Article 15 – Rules of procedure and evidence:

‘The judges of the International Tribunal shall adopt rules of procedure and evidence for the conduct of the pre-trial phase of the proceedings, trials and appeals, the admission of evidence, the protection of victims and witnesses and other appropriate matters.’” (Disponível em <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2014).

⁹⁹ PROSECUTOR v. Dražen Erdemović. IT-96-22-A., Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, “para. 3: [...] We would take this opportunity to define what, in our view, is the proper manner in which the Statute and the Rules are to be construed. As a starting proposition, it appears to us that the first step in the proper construction of the Statute and the Rules must always involve an examination of the provisions of the Statute and the Rules themselves. The terms used in these instruments must be construed according to their plain and ordinary meaning. Our approach is consistent with Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1 which provides that ‘[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose’.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2013).

Porém, pelo fato de o direito internacional penal ser bastante rudimentar à época, seja no que tange às categorias de crimes internacionais, seja no que tange às normas que regeriam os processos penais internacionais¹⁰⁰, o relatório do Secretário-geral da ONU apresentado ao CSONU com base no parágrafo 2º da Resolução nº 808/93, que foi considerado um documento explanatório sobre o Estatuto do TPII¹⁰¹, ressaltou que deveria aplicar nos casos julgados as regras de direito internacional humanitário que indubitavelmente formavam o costume internacional¹⁰².

Por meio deste tópico do relatório, e sendo o costume um dos veículos de manifestação do direito internacional, buscava-se garantir a observância do princípio da legalidade que, nos idos de 1990, já havia sido bastante elaborado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Portanto, ante a ausência de uma convenção específica sobre o crime contra a humanidade, o costume internacional deveria dar o norte aos julgados do TPII.

Contudo, mormente para os países de *civil law*, a necessidade de a Corte recorrer ao direito costumeiro constituiu um dos grandes paradoxos do direito internacional penal, que então buscava se estruturar em torno do princípio da legalidade¹⁰³, ante a possível indeterminação da exteriorização do costume.

Os próximos itens passarão, então, a analisar como a Corte decidiu o tema acerca das elementares do crime contra a humanidade assim previstas no art. 5º, *caput*, de seu Estatuto: “*Crime contra a humanidade: O Tribunal Internacional tem o poder de processar pessoas responsáveis pelos seguintes crimes quando cometidos no quadro de um conflito armado, internacional ou interno, direcionado contra qualquer população civil.*”.

¹⁰⁰ CASSESE, Antonio. A influência da CEDH sobre a atividade dos tribunais penais internacionais. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*, p. 171.

¹⁰¹ PROSECUTOR v. Duško Tadić, IT-94-1-A, 15/07/1999, “para. 295: It should be noted that the Secretary-General’s Report has not the same legal standing as the Statute. In particular, it does not have the same binding authority. The Report as a whole was ‘approved’ by the Security Council (see the first operative paragraph of Security Council Resolution 827(1993)), while the Statute was ‘adopted’ (see operative paragraph 2). By ‘approving’ the Report, the Security Council clearly intended to endorse its purpose as an explanatory document to the proposed Statute. Of course, if there appears to be a manifest contradiction between the Statute and the Report, it is beyond doubt that the Statute must prevail. In other cases, the Secretary-General’s Report ought to be taken to provide an authoritative interpretation of the Statute.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2014).

¹⁰² RELATÓRIO DO SECRETÁRIO-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, em atendimento ao parágrafo 2º da Resolução nº 808, de 22 de fevereiro de 1993, do CSONU, UN Doc. S/25704. Tradução livre do ‘para. 34: ‘In the view of the Secretary-General, the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise. [...]’” (Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/25704>. Acesso em: 15 set. 2014).

¹⁰³ GRANDONI, Lorenzo. *Nullum crimen sine consuetudine*: a few observations on how the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia has been identifying custom, p. 1. Disponível em: <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Gradoni_0.PDF>. Acesso em: 15 ago. 2014.

2.3.2 Crime contra a humanidade: “cometido em um conflito armado”

O Estatuto do TPII incluiu o “*conflito armado interno ou internacional*” com uma das elementares do *caput* do crime contra a humanidade. Por seu turno, o relatório do Secretário-geral da ONU¹⁰⁴, tido como um documento explanatório do Estatuto, reforçou a vinculação de referido crime a uma situação de conflito armado.

Sobre esse tema, a Corte afirmou que o crime contra a humanidade compunha o direito internacional costumeiro e derivava do 6º (c) do Estatuto de Nuremberg, do art. 5º (c) do Estatuto do Tribunal de Tóquio e do art. II (c) da Control Council Law nº 10¹⁰⁵. Com esta afirmação, e sem analisar a variação de redação de referidos diplomas, como já se apontou neste estudo, bem como o escopo de aplicação limitado da Control Council Law nº 10 (que somente se aplicava dentro do território alemão), a câmara de primeira instância rejeitou a alegação da defesa de que a redação do crime contra a humanidade contemplada no Estatuto do TPII, ao abranger também conflitos internos, violava o princípio da legalidade porque não se coadunava com o direito de Nuremberg¹⁰⁶.

A corte não considerou os julgados de Nuremberg que consideraram apenas os atos praticados após a declaração da guerra de 1º de setembro de 1939 presumidamente crimes contra a humanidade¹⁰⁷, o que marcava a ligação deste crime com uma situação de conflito externo. Igualmente, não considerou que, nos únicos dois julgados envolvendo unicamente

¹⁰⁴ RELATÓRIO DO SECRETÁRIO-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, em atendimento ao parágrafo 2º da Resolução nº 808, de 22 de fevereiro de 1993, do CSONU, UN Doc. S/25704, “para. 47: ‘[...] Crimes against humanity are aimed at any civilian population and are prohibited regardless of whether they are committed in an armed conflict, internal or international in character.’” (Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?s\).mbol=S/25704](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?s).mbol=S/25704)>. Acesso em: 15 set. 2014).

¹⁰⁵ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 10/08/1995, Decision on the defence motion on jurisdiction, “para. 76: ‘There is no question but that crimes against humanity form part of customary international law. They found expression in Article 6(c) of the Nuremberg Charter of 8 August 1945, Article II(1)(c) of Law No. 10 of the Control Council for Germany of 20 December 1945 and Article 5(c) of the Tokyo Charter of 26 April 1946, three major documents promulgated in the aftermath of World War II.’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2014).

¹⁰⁶ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 10/08/1995, Decision on the defence motion on jurisdiction, “para. 78: ‘The Trial Chamber does not agree. The nexus in the Nuremberg Charter between crimes against humanity and the other two categories, crimes against peace and war crimes, was peculiar to the context of the Nuremberg Tribunal established specifically ‘for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries.’ (Nuremberg Charter, Article 1). As some of the crimes perpetrated by Nazi Germany were of such a heinous nature as to shock the conscience of mankind, it was decided to include crimes against humanity in order to enable the International Military Tribunal to try the major war criminals for the barbarous acts committed against German Jews, amongst others, who, as German nationals, were outside the protection of the laws of warfare which only prohibited violations involving the adversary or enemy populations. (See Antonio Cassese, *International Law in a Divided World* para. 169 (1986)).’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2014).

¹⁰⁷ SCHELBE E. Crimes against humanity. *British Year Book of International Law*, v. 23, p. 203-204.

o crime contra a humanidade em que os réus foram considerados culpados (*Sreicher e von Schirach*), o Tribunal de Nuremberg, apesar de não ter esclarecido a natureza, o conteúdo, nem mesmo o escopo da ligação de referido crime com os crimes de guerra e contra a paz, confirmou, ainda que genericamente, tal ligação¹⁰⁸.

Para sustentar sua posição, o TPII invocou um único caso julgado com base na Control Council Law nº 10 (*caso Einsatzgruppen*), bem como relatório da CDI de 1989¹⁰⁹, justificando assim a autonomia do crime contra a humanidade. No entanto, não fundamentou porque estes eram evidência de uma espécie de “direito costumeiro” (ou de quaisquer de seus elementos), já que os trabalhos da CDI não possuem efeito vinculante e não necessariamente significam aceitação pelos Estados, nem mesmo esclareceu porque a Control Council Law nº 10, apesar de se aplicar exclusivamente ao território alemão, era uma evidência da *opinio iuris*.

Ademais, não explicou porque não considerou a Resolução nº 95 (I)/46 da Assembleia Geral da ONU, que reconheceu os princípios contidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e sua jurisprudência, como princípios do direito internacional costumeiro. A câmara de primeira instância entendeu, invocando um único julgado de um tribunal instalado com base na Control Council nº 10, que a definição contida no art. 5º, *caput*, do Estatuto do TPII era mais restritiva que o direito costumeiro internacional e que a vinculação a um conflito armado indicada pelo artigo era uma mera limitação à jurisdição do tribunal, e não uma elementar do crime em questão¹¹⁰.

¹⁰⁸ CASSESE, Antonio. *International criminal law*, p. 88.

¹⁰⁹ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 10/08/1995, Decision on the defence motion on jurisdiction, “paras. 79, 80:

‘79. That no nexus is required in customary international law between crimes against humanity and crimes against peace or war crimes is strongly evidenced by subsequent case law. The military tribunal established under Control Council Law No. 10 stated in the *Einsatzgruppen* case that: Crimes against humanity are acts committed in the course of wholesale and systematic violation of life and liberty [...] The International Military Tribunal, operating under the London Charter, declared that the Charter’s provisions limited the Tribunal to consider only those crimes against humanity which were committed in the execution of or in connection with crimes against peace and war crimes. The Allied Control Council, in its Law No. 10, removed this limitation so that the present Tribunal has jurisdiction to try all crimes against humanity as long known and understood under the general principles of criminal law. (4 Trials of War Criminals 499).

80. Further, the Special Rapporteur of the International Law Commission had this to say:

First linked to a state of belligerency, the concept of crimes against humanity gradually came to be viewed as autonomous and is today quite separate from that of war crimes [...] Crimes against humanity may be committed in time of war or in time of peace; war crimes can only be committed in time of war. (Seventh Report on the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, [1989] 2 Yearbook of ILC, U.N. Doc., A/N/CN. 4/SER. A/1986/Add.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2014).

¹¹⁰ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 10/08/1995, Decision on the defence motion on jurisdiction, “para. 83: ‘In conclusion, the Trial Chamber emphasises that the definition of Article 5 is in fact more restrictive than the general definition of crimes against humanity recognized by customary international law. The inclusion of the nexus with armed conflict in the article imposes a limitation on the jurisdiction of the International

Em grau de apelação, em 2 de outubro de 1995, apesar de o TPII ter entendido que o conflito existente no território da ex-Iugoslávia era de natureza interna e internacional¹¹¹, o que já seria suficiente para firmar sua competência com relação ao crime contra a humanidade tal como previsto em seu Estatuto, porém pregando uma interpretação sistemática, a Corte afirmou que não havia lógica ou base legal para se exigir, para a caracterização do crime em questão, o nexó com um conflito armado, fosse ele interno ou internacional. Invocando genericamente a prática dos Estados, a Control Council nº 10, bem como as convenções internacionais sobre genocídio e *apartheid*, o TPII desconsiderou parte da redação do art. 5º, *caput*, do seu Estatuto para afirmar que o crime contra a humanidade não exigia ligação com qualquer tipo de conflito armado¹¹².

A corte de apelação não explicou por que descurou dos julgados havidos com base na Control Council nº 10, que não revelaram consenso no que tange à autonomia do crime contra a humanidade. O caso *United States v. Ohlendorf* entendeu que o nexó com crimes de guerra ou contra a paz era desnecessário. Por seu turno, no caso *United States v. Flick et*

Tribunal and certainly can in no way offend the *nullum crimen* principle so as to bar the International Tribunal from trying the crimes enumerated therein. Because the language of Article 5 is clear, the crimes against humanity to be tried in the International Tribunal must have a nexus with an armed conflict, be it international or internal.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2014).

¹¹¹ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 02/10/1995, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, “para. 77: ‘On the basis of the foregoing, we conclude that the conflicts in the former Yugoslavia have both internal and international aspects, [...]’.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2014).

¹¹² PROSECUTOR v. Duško Tadić, 02/10/1995, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, “paras. 140-141: ‘140. As the Prosecutor observed before the Trial Chamber, the nexus between crimes against humanity and either crimes against peace or war crimes, required by the Nuremberg Charter, was peculiar to the jurisdiction of the Nuremberg Tribunal. Although the nexus requirement in the Nuremberg Charter was carried over to the 1948 General Assembly resolution affirming the Nuremberg principles, there is no logical or legal basis for this requirement and it has been abandoned in subsequent State practice with respect to crimes against humanity. Most notably, the nexus requirement was eliminated from the definition of crimes against humanity contained in Article II(1)(c) of Control Council Law No. 10 of 20 December 1945. (Control Council Law No. 10, Control Council for Germany, Official Gazette, 31 January 1946, at p. 50.). The obsolescence of the nexus requirement is evidenced by international conventions regarding genocide and apartheid, both of which prohibit particular types of crimes against humanity regardless of any connection to armed conflict. (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, art. 1, 78 U.N.T.S. 277, Article 1 (providing that genocide, ‘whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law’); International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 30 November 1973, 1015 U.N.T.S. 243, arts. 1-2 Article I).

141. It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed, as the Prosecutor points out, customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all. Thus, by requiring that crimes against humanity be committed in either internal or international armed conflict, the Security Council may have defined the crime in Article 5 more narrowly than necessary under customary international law. There is no question, however, that the definition of crimes against humanity adopted by the Security Council in Article 5 comports with the principle of *nullum crimen sine lege*.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2014).

al., a Corte entendeu que não tinha jurisdição, pois os fatos haviam acontecido antes da guerra. Por fim, no caso *United States v. Von Weizsaecker et al.*, o tribunal desconsiderou a acusação contra oficiais nazistas sob o argumento de que a Control Council Law nº 10 não poderia avançar ao já estatuído no Estatuto de Nuremberg¹¹³. Portanto, em verdade, os julgados oriundos dos fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial foram duvidosos no que tange à autonomia do crime contra a humanidade.

Posteriormente, em 7 de maio de 1997, no julgamento do mérito do *caso Duško Tadić*, a câmara de primeira instância encampou a autonomia do crime contra a humanidade já reconhecida pela câmara de apelação na decisão de 2 de outubro de 1995¹¹⁴ e declarou, secamente, que a autonomia do crime contra a humanidade já estava incorporada pelo direito costumeiro internacional¹¹⁵.

A partir deste entendimento, a fim de “administrar” a redação expressamente contida no art. 5º, *caput*, do Estatuto do TPII, que incluía a elementar “*conflito armado, internacional ou interno*,” a Corte então entendeu que o nexos com o “conflito armado” era exigido tão somente para fins daquele tribunal¹¹⁶.

A Corte passou, então, a analisar qual o tipo de nexos necessário entre a ação ou omissão e o conflito armado para a caracterização do crime contra a humanidade para fins do Estatuto do TPII. Declarando que o Estatuto não esclarecia a questão, a Corte concebeu o tema como interpretativo¹¹⁷ e lançou mão de um posicionamento unicamente dos países membros do CSONU para declarar que a expressão “quando cometido em um conflito armado” deveria ser interpretada como “durante um período de um conflito armado”¹¹⁸. A

¹¹³ BADAR, Mohamed Elewa. From the Nuremberg charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity. *San Diego Int'l L. J.*, v. 5, p. 92-93.

¹¹⁴ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 627: 1[...] Despite this precedent, the inclusion of the requirement of an armed conflict deviates from the development of the doctrine after the Nuremberg Charter, beginning with Control Council law nº 10, which no longer links the concepts of crimes against humanity with an armed conflict.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹¹⁵ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 630: ‘[...] First is the finding, noted above, that the Statute is more restrictive than custom in that ‘customary international law no longer requires any nexus between crimes against humanity and armed conflict’ [...]’.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹¹⁶ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 627: ‘Article 5 was intended to reintroduce this nexus for the purpose of this Tribunal’.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹¹⁷ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 630: ‘This, then, is a question of statutory interpretation.’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹¹⁸ P PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 631: ‘[...] several permanent members of the Security Council commented that they interpret “when committed in armed conflict” in Article 5 of the Statute to mean “during a period of armed conflict”’ (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

situação de conflito armado, portanto, de elementar expressamente prevista no *caput*, passou a ser considerada uma limitação temporal para o tribunal (e não substantiva de referido crime)¹¹⁹.

Portanto, o TPII se empenhou em ignorar o máximo possível o nexo do crime contra a humanidade com uma situação de conflito armado, a fim de expandir sua jurisdição sobre esta categoria delitiva¹²⁰, marcando o alcance intraestatal de tal crime.

2.3.3 Crime contra a humanidade: “cometido diretamente contra qualquer população civil”

Esta elementar era comum aos estatutos de Nuremberg, TPII e TPIR. A referência a “qualquer população civil” traduz a razão de ser do crime contra a humanidade, bem como o seu caráter inovador quando comparado com os crimes de guerra, pois a elementar permite punir atos praticados contra a população do próprio Estado agressor, contra apátridas e contra outras pessoas não protegidas pelas leis internacionais sobre conflitos armados¹²¹.

Diferentemente do que ocorreu com a elementar referente ao nexo com um conflito armado, esta elementar ainda não havia sido apreciada pela câmara de apelação e, portanto, a câmara de primeira instância foi a primeira a ser confrontada com a matéria, tendo apreciado duas questões: qual deveria ser a característica da população afetada; qual deveria ser a característica da vítima individualmente afetada.

Inicialmente, a Corte reconheceu que nem o Estatuto, nem mesmo o relatório do Secretário-geral da ONU disciplinavam o tema¹²², de forma que partiu para a análise de outras fontes. Para análise da primeira questão, recorreu ao art. 50(3) do Protocolo Adicional da Convenção de Genebra, para o *caso Barbie* e para o relatório final apresentado pela comissão de *experts* das Nações Unidas, instalada com base na Resolução

¹¹⁹ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 632: ‘[...] this limitation is temporal rather than substantive in character [...]’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹²⁰ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 116.

¹²¹ Ibidem, p. 117.

¹²² PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 637: ‘The statute does not provide any guidance regarding the definition of civilian, nor for that matter, does the Report of the Secretary-General’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

nº 780/92 do CSONU, para concluir que a população afetada deveria ser predominantemente civil, embora a presença de não civis entre os primeiros não teria o condão de alterar o caráter da população¹²³. Contudo, não definiu quantitativamente a palavra “predominante”, de forma que a questão ficou relegada a uma interpretação caso a caso.

Quando da análise da segunda questão, a saber, a característica da vítima individualmente afetada, a Corte reconheceu também que o tema não era claro. Desta vez, adotando um viés interpretativo oposto, reconheceu serem o art. 3º da Convenção de Genebra de 1949, o relatório final apresentado pela comissão de *experts* instalada com base na Resolução nº 780/92 do CSONU e o *caso Barbie*, fontes limitadas para a apreciação do tema em questão¹²⁴, não obstante estas indicarem uma definição ampla da expressão “população civil”. O trecho da decisão foi criticado por alguns porque não especificou adequadamente a que equivalia esta “definição ampla” de população civil¹²⁵.

Após afirmar que a referência às fontes citadas acima se davam por analogia¹²⁶, a Corte utilizou sua própria decisão proferida no procedimento de revisão da acusação com base no art. 61 do RPP como o “pêndulo da balança” e decidiu:

“Como mencionado pela primeira câmara de primeira instância no procedimento de revisão da acusação com base no art. 61 do RPP (Vukovar Hospital Decision) apesar de o crime contra a humanidade afetar uma população civil, indivíduos que praticaram atos de resistência podem ser vítimas do crime contra a humanidade. No contexto daquele caso, os pacientes do hospital, fossem eles civis ou resistentes que deixaram suas armas, foram considerados vítimas de crimes contra a humanidade”¹²⁷.

¹²³ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 638: ‘Regarding the first aspect, it is clear that the targeted population must be of a predominantly civilian nature. The presence of certain non-civilians in their midst does not change the character of the population’”. (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹²⁴ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 643: ‘Despite the limitations inherent in the use of these various sources, from common article 3 to the Barbie case, a wide definition of civilian population, as supported by these sources, is justified. Regarding the first aspect, it is clear that the targeted population must be of a predominantly civilian nature. The presence of certain non-civilians in their midst does not change the character of the population.’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹²⁵ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 106.

¹²⁶ BADAR, Mohamed Elewa. From the Nuremberg charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity. *San Diego Int’l L. J.*, v. 5, p. 104.

¹²⁷ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 643: ‘As noted by Trial Chamber I of the International Tribunal in its Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence in *The Prosecutor v. Mile Maksić, Miroslav Radić, and Veselin [Ljivančević] (Vukovar Hospital Decision)*’, although crimes against humanity must target a civilian population, individuals who at one time performed acts of resistance may in certain circumstances be victims of crimes against humanity. In the

Portanto, o TPII fez uso de seu próprio precedente judicial, que também havia sido construído aproveitando-se de lacuna legislativa, para suprir aquela lacuna legal e definir a qualidade da vítima individualmente considerada do crime contra a humanidade.

2.3.4 Crime contra a humanidade: “ataque sistemático ou generalizado”

A primeira observação a ser feita sobre este tópico é que a expressão “*ataque sistemático ou generalizado*” não estava contida na literalidade da descrição típica do crime contra a humanidade nos estatutos de Nuremberg e do TPII, mas apenas no Estatuto do TPIR. No entanto, o relatório apresentado pelo Secretário-geral das Nações Unidas, em atendimento ao parágrafo 2º da Resolução nº 808/93 do CSONU, tornou a definição do crime contra a humanidade no âmbito do TPII confusa, pois, em seu parágrafo 48, definiu o crime contra a humanidade como a “*prática de atos inumanos cometidos num ataque generalizado ou sistemático a qualquer população civil, por motivos nacionalistas políticos, étnicos, raciais ou religiosos*”¹²⁸. Novamente, o TPII foi colocado em uma posição incômoda, tendo de aferir se o seu Estatuto, que para a Corte possuía a natureza jurídica de tratado¹²⁹, refletia o direito costumeiro sobre o tema.

No caso *Duško Tadić*, a acusação alegava que o termo “*população*” trazia consigo a elementar “*ataque sistemático ou generalizado*” contra um grupo de pessoas, enaltecendo a natureza coletiva do crime, de forma a distingui-lo de atos isolados contra indivíduos. Neste tópico, a Corte, sem justificar porque se desgarrava da interpretação literal do Estatuto, afirmou que “*na atualidade estava pacificado que os atos deveriam*

context of that case, patients in a hospital, either civilians or resistance fighters who had laid down their arms, were considered victims of crimes against humanity.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹²⁸ Tradução livre do parágrafo 48 do RELATÓRIO DO SECRETÁRIO-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, em atendimento ao parágrafo 2º da Resolução nº 808, de 22 de fevereiro de 1993, do CSONU, UN Doc. S/25704: “48. Crimes against humanity refer to inhumane acts of a very serious nature, such as wilful killing, torture or rape, committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds. [...]” (Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/25704>. Acesso em: 15 set. 2014).

¹²⁹ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 15/07/1999, IT-94-I-A. “para. 282: ‘Notwithstanding the fact that the ICTY Statute is legally a very different instrument from an international treaty, in the interpretation of the Statute it is nonetheless permissible to be guided by the principle applied by the International Court of Justice with regard to treaty interpretation in its Advisory Opinion on Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations: ‘The first duty of a tribunal which is called upon to interpret and apply the provisions of a treaty is to endeavour to give effect to them in their natural and ordinary meaning in the context in which they occur’.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 27/12/2014).

ocorrer de forma sistemática ou de forma generalizada”, *alternativamente*¹³⁰. Aqui, o relatório do Secretário-geral da ONU e a redação do Estatuto do TPIR, que à época já havia sido editado, tiveram influência sobre a decisão do TPII. Em consequência, na linha destes diplomas, além da inserção da elementar “*ataque generalizado ou sistemático*” à descrição do crime contra a humanidade, o TPII entendeu que o motivo discriminatório (por motivos nacionalistas políticos, étnicos, raciais ou religiosos) era necessário para todas as modalidades de conduta¹³¹.

Prosseguindo, para sustentar que os requisitos “*generalizado ou sistemático*” eram alternativos, a Corte invocou o relatório apresentado pelo Secretário-geral das Nações Unidas com base na Resolução nº 808/93 do CSONU, os trabalhos da CDI da ONU do ano de 1991 (art. 21 do anteprojeto de crimes contra a humanidade), bem como os trabalhos da CDI do ano de 1996 (versão final do anteprojeto de código de crimes contra a paz e segurança da humanidade). Por fim, sem dizer por que entendeu que tais documentos representavam o direito costumeiro, a Corte acresceu sua própria decisão, exarada no caso *Vukovar Hospital*, como fundamento para concluir que a expressão “*generalizado ou sistemático*” compunha a estrutura do crime contra a humanidade de forma alternativa¹³².

Na prática, a decisão do caso *Prosecutor v. Duško Tadić* inseriu a expressão “*ataque generalizado ou sistemático*” como elementar do *caput* do art. 5º do TPII, porém não cuidou de apreciar o significado da expressão “ataque” como elemento autônomo do crime contra a humanidade¹³³. Com efeito, na medida em que a Corte havia desvinculado o crime contra a humanidade de uma situação de conflito armado, declarando que ele poderia restar caracterizado também em tempo de paz, bem como inseriu no *caput* do crime a

¹³⁰ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 646: ‘[...] it is well established that the requirement that the acts be directed against a civilian “population” can be fulfilled if the acts occur on either a widespread basis or in a systematic manner”’ (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹³¹ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 652: ‘[...] Significantly, discriminatory intent as an additional requirement for all crimes against humanity was not included in the Statute of this International Tribunal as it was in the Statute for the International Tribunal for Rwanda 157, the latter of which has, on this very point, recently been criticized 158. Nevertheless, because the requirement of discriminatory intent on national, political, ethnic, racial or religious grounds for all crimes against humanity was included in the *Report of the Secretary-General* 159, and since several Security Council members stated that they interpreted Article 5 as referring to acts taken on a discriminatory basis, the Trial Chamber adopts the requirement of discriminatory intent for all crimes against humanity under Article 5. [...]’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹³² PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 647: ‘[...] other sources support the conclusion that widespreadness and systematicity are alternatives.”’ (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹³³ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 122.

expressão “ataque generalizado ou sistemático”, muitos entenderam que era necessário que a Corte apreciasse se a expressão “ataque” teria significado diverso (ou não) do mesmo termo utilizado na legislação sobre conflitos armados¹³⁴. Tal definição somente veio a ocorrer no caso *Kunarac*, em decisão proferida em 22 de fevereiro de 2001, em julgado que, pela primeira vez, abordou os cinco elementos da categoria de crimes contra a humanidade¹³⁵.

Prosseguindo, a Corte passou a apreciar as expressões “*generalizado*” ou “*sistemático*”, declarando que ambas serviam para indicar o caráter coletivo do crime, de forma a excluir atos isolados ou esparsos¹³⁶. A expressão “generalizado” foi utilizada para definir a escala do ataque, como aquele que afeta um número grande de vítimas, ao passo que a expressão “sistemático” foi entendida como indicadora de uma conduta padronizada. Para apreciar tais expressões, a câmara de primeira instância citou o relatório da CDI sobre o anteprojeto de código de “crimes contra a paz e segurança da humanidade” apresentado em 1994, o qual invocava genericamente a jurisprudência de Nuremberg como elemento definidor de tais expressões. Porém, especificamente os julgados que serviram de base para tais definições não foram citados, até porque a redação do crime contra a humanidade contemplada no Estatuto de Nuremberg não previa tal elementar.

O caso *Duško Tadić* também procurou deixar claro que, se a natureza do ataque era eminentemente coletiva ou padronizada, a conduta individualmente praticada pelo acusado poderia ser única. Neste tópico, os juízes demonstraram ter enxergado suas decisões não apenas relevantes para o caso concreto, mas também como uma contribuição para o desenvolvimento e codificação do direito humanitário internacional¹³⁷, pois expressamente declararam que o tema não compunha a lide do julgado, mas, por ser objeto de “intenso debate”¹³⁸, a Corte iria se manifestar. Ato contínuo, reconhecendo que não houve consenso sobre o tema nos julgados proferidos logo após a Segunda Guerra Mundial entre os tribunais britânicos e americanos (quando atuaram nas suas respectivas zonas de

¹³⁴ PROTOCOLO ADICIONAL I À CONVENÇÃO DE GENEVRA DE 1949, art. 49 (1) define ataque como atos de violência ao adversário.

¹³⁵ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 124.

¹³⁶ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 648: ‘It is the desire to exclude isolated or random acts from the notion of crimes against humanity [...]’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹³⁷ KERR, Rachel. *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, p. 91.

¹³⁸ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 649: ‘A tangencial issue, not a issue before this trial chamber, [...] This issue has been the subject of intense debate’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

ocupação), o TPII lançou mão de sua própria decisão no caso *Vukovar Hospital* para declarar que um ato isolado, praticado contra uma única vítima, poderia se caracterizar como um crime contra a humanidade se praticado no contexto de um ataque sistemático ou generalizado¹³⁹.

2.3.5 Crime contra a humanidade: “a política de um Estado ou de uma organização”

Este pode ser considerado um dos pontos mais polêmicos da estrutura do crime contra a humanidade. Inicialmente criado pelo Tribunal de Nuremberg, e depois replicado pelo Tribunal de Tóquio e pela Control Council nº 10, a categoria do crime contra a humanidade nasceu para reprimir atos envolvendo uma política de Estado, cometidos por combatentes e representantes do Estado que agiam como uma extensão do poder estatal contra uma população com determinadas características¹⁴⁰. Portanto, historicamente, o crime contra a humanidade exigia, para sua caracterização, a sua prática atrelada a uma política de Estado. Argumenta-se que a ausência deste requisito faria com que a categoria do crime contra a humanidade alcançasse crimes comuns que estariam fora da proteção internacional¹⁴¹. Entretanto, tal requisito não estava expressamente contido na redação de Nuremberg¹⁴².

Nos julgamentos de Nuremberg, o extermínio dos judeus pelo regime nazista (como política estatal) foi considerado uma circunstância de fato e não uma elementar do crime contra a humanidade¹⁴³. Outrossim, em nenhuma das dezesseis condenações por crime contra a humanidade houve exigência por parte dos julgados de uma conexão entre o ato do acusado e a prática de uma política de Estado, mesmo nos dois únicos casos em que houve acusação exclusivamente pelo crime contra a humanidade (*Streicher and von*

¹³⁹ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 649: ‘30. Crimes against humanity are to be distinguished from war crime against individuals. In particular, they must be widespread or demonstrate a systematic character. However, as long as there is a link with the widespread or systematic attack against a civilian population, a single act could qualify as a crime against humanity. As such, an individual committing a crime against a single victim or a limited number of victims might be recognized as guilty of a crime against humanity if his acts were part of the specific context identified above. (*Vukovar Hospital Decision*, para. 30 *supra*.)’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹⁴⁰ BASSIOUNI, M. Cherif. Revisiting the architecture of crimes against humanity: almost a century in the making, with gaps and ambiguities remaining – the need for a specialized convention. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crime against Humanity*, p. 54.

¹⁴¹ METTRAUX, Guénael. The definition of crimes against humanity and the question of a “policy” element. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a convention for Crime against Humanity*, p. 148.

¹⁴² SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*, p. 102.

¹⁴³ METTRAUX, Guénael. The definition of crimes against humanity and the question of a “policy” element. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). Op. cit., p. 159.

Schirach)¹⁴⁴. Igualmente, os princípios de Nuremberg adotados pela Assembleia Geral da ONU não incluíram esta elementar no crime contra a humanidade.

Os julgamentos após a Segunda Guerra Mundial também não exigiram a elementar em questão, dentre eles, os *casos Flick, the Ministries, the Einsatzgruppen e the Justice*¹⁴⁵. O foco foi a análise dos requisitos referentes à escala em que o crime foi cometido ou sua sistematização, com o intuito de distinguir o crime contra a humanidade de atos praticados ao acaso ou de forma isolada. Alguns se referem ao *caso Alttötter e outros*, oriundo do Tribunal Militar dos Estados Unidos da América, como uma referência à necessidade do elemento político, pois este julgado havia feito menção à necessidade de uma política governamental organizada¹⁴⁶. Porém, argumenta-se que as Cortes instaladas com base na Control Council nº 10 eram Cortes locais, não podendo servir de referência do direito costumeiro internacional¹⁴⁷.

A elementar “*a política de um Estado ou de uma organização*” foi objeto de apreciação pelo TPII no caso *Duško Tadić*, em 7 de maio de 1997. Porém, sem mencionar o fato da elementar não estar descrita no art. 5º, *caput*, do seu Estatuto, e também sem tecer qualquer comentário sobre os julgados de Nuremberg, a Corte afirmou que “*tradicionalmente se entendeu pela necessidade do “elemento político” pelo fato do crime contra a humanidade não envolver atos isolados*”. Para afirmar o direito costumeiro, a Corte citou o caso *Prosecutor v. Menten*, oriundo do Reino dos Países Baixos¹⁴⁸. Contudo, argumenta-se que este julgado havia dado uma definição muito restritiva ao crime contra a humanidade¹⁴⁹. Em suma, a decisão do TPII teria destoado das convenções internacionais já ratificadas (convenção internacional contra o genocídio e *apartheid*) que não faziam a exigência do elemento político para a caracterização do crime contra a humanidade¹⁵⁰.

O TPII então prosseguiu para analisar qual era a natureza da entidade que deveria

¹⁴⁴ METTRAUX, Guénael. The definition of crimes against humanity and the question of a “policy” element. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a convention for Crime against Humanity*, p. 160.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 162.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 163.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 164.

¹⁴⁸ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 653: ‘[...] Traditionally this requirement was understood to mean that there must be some form of policy to commit these acts. As explained by the Netherlands Hoge Raad in *Public Prosecutor v. Menten*:

The concept of ‘crimes against humanity’ also requires – although this is not expressed in so many words in the above definition [Article 6(c) of the Nuremberg Charter] – that the crimes in question form a part of a system based on terror or constitute a link in a consciously pursued policy directed against particular groups of people.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹⁴⁹ METTRAUX, Guénael. The definition of crimes against humanity and the question of a “policy” element. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). Op. cit., p. 164.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 171.

estar a conduzir esta política. Reconhecendo que, historicamente, o crime contra a humanidade esteve ligado à política de um Estado, envolvendo o uso de suas instituições¹⁵¹, porém se intitulado o primeiro tribunal internacional a decidir o tema após a Segunda Guerra Mundial, o TPII declarou que não estaria vinculado a uma “doutrina passada” e deveria aplicar o direito costumeiro internacional tal como existente à época das ofensas¹⁵².

Nessa toada, citando sua jurisprudência produzida com base no art. 61 do RPP, na decisão *Prosecutor v. Gragan Nikoli*, bem como os trabalhos da CDI de 1996 referentes ao anteprojeto de “código de crimes contra a paz e segurança da humanidade”, o TPII entendeu que o crime contra a humanidade se desenvolveu para levar em consideração, como elemento político, não apenas forças estatais, mas também aquelas que têm o controle de fato sobre determinado território¹⁵³. Neste ponto, o TPII citou o anteprojeto da CDI de 1996 sem, contudo, observar que, além de não terem força coercitiva, os anteprojetos apresentados entre 1954 e 1996 não foram coesos no que tange à tal elementar, ora contemplando-a, ora excluindo-a¹⁵⁴. Em suma, a Corte acrescentou mais uma elementar ao crime contra a humanidade, a saber, “*a política de um Estado ou de uma organização*”, não obstante o seu Estatuto, bem como o relatório do Secretário-geral da ONU nada mencionarem sobre o tema.

¹⁵¹ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-I-T, “para. 654: ‘[...] The traditional conception was, in fact, not only that a policy must be present but that the policy must be that of a State, as was the case in Nazi Germany. The prevailing opinion was, as explained by one commentator, that crimes against humanity, as crimes of a collective nature, require a State policy ‘because their commission requires the use of the state’s institutions, personnel and resources in order to commit, or refrain from preventing the commission of, the specified crimes described in Article 6(c) [of the Nürnberg Charter]’ 163. While this may have been the case during the Second World War, and thus the jurisprudence followed by courts adjudicating charges of crimes against humanity based on events alleged to have occurred during this period, this is no longer the case.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹⁵² PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-I-T, “para. 654: ‘[...] As the first international tribunal to consider charges of crimes against humanity alleged to have occurred after the Second World War, the International Tribunal is not bound by past doctrine but must apply customary international law as it stood at the time of the offences.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹⁵³ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-I-T, “para. 654: ‘[...] In this regard the law in relation to crimes against humanity has developed to take into account forces which, although not those of the legitimate government, have de facto control over, or are able to move freely within, defined territory.” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹⁵⁴ METTRAUX, Guénael. The definition of crimes against humanity and the question of a “policy” element. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for crime against humanity*, p. 171-173.

2.3.6 Crime contra a humanidade: “o conhecimento do ataque”

Por fim, a Corte analisou o tema envolvendo o elemento subjetivo do crime contra a humanidade. Neste ponto, apesar de ter novamente inovado com relação às elementares contidas nas descrições dos crimes contra a humanidade dos estatutos dos Tribunais de Nuremberg, TPII e TPIR, que não contemplavam a expressão “*conhecimento do ataque*”¹⁵⁵, a postura da Corte foi menos criticada, porquanto a responsabilidade penal individual pressupõe o elemento subjetivo do agente com relação a todas as elementares do crime¹⁵⁶. Ademais, na medida em que o TPII já havia entendido que mesmo um ato individualmente considerado poderia caracterizar o crime contra a humanidade, tornava-se imperioso determinar como este ato se conectaria à elementar “*ataque generalizado ou sistemático*”.

Neste tópico, a Corte abordou duas questões: o conhecimento por parte do agente de que seu ato foi praticado dentro do contexto de um ataque sistemático ou generalizado; o fato da conduta não poder ter sido praticada por motivos pessoais¹⁵⁷.

Apesar de não ter se aprofundado no tema, e não explicando por que diretamente recorreria aos julgados de Cortes nacionais, o TPII invocou o caso *Finta* e julgados das Cortes nacionais alemãs para enfrentar a primeira questão e decidir que o acusado deveria praticar sua conduta com o conhecimento do contexto de um ataque generalizado ou sistemático¹⁵⁸.

Quanto à segunda questão, também invocando julgados das Cortes alemãs, a

¹⁵⁵ SLUITER, Göran. “Chapeau Elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nation ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). Op. cit., p. 134.

¹⁵⁶ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 133.

¹⁵⁷ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 656: ‘This contains two aspects. First, it is the occurrence of the act within the context of a widespread or systematic attack on a civilian population that makes the act a crime against humanity as opposed to simply a war crime or crime against national penal legislation, thus adding an additional element, and therefore in addition to the intent to commit the underlying offence the perpetrator must know of the broader context in which his act occurs. Secondly, the act must not be taken for purely personal reasons unrelated to the armed conflict.’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹⁵⁸ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 657: ‘Regarding the first aspect, the knowledge by the accused of the wider context in which his act occurs, the approach taken by the majority in *R. v. Finta* in Canada is instructive. In that case the majority decided that “[t]he mental element required to be proven to constitute a crime against humanity is that the accused was aware of or wilfully blind to facts or circumstances which would bring his or her acts within crimes against humanity. However, it would not be necessary to establish that the accused knew that his actions were inhumane. While knowledge is thus required, it is examined on an objective level and factually can be implied from the circumstances. Several cases arising under German penal law following the Second World War are relevant in this regard.’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

câmara de primeira instância reputou que a conduta não poderia ter sido praticada por motivos pessoais¹⁵⁹. Em grau de apelação, desta vez contraditoriamente fundamentando que o Estatuto não fazia qualquer exigência, e, portanto, implicitamente pregando a adoção de uma interpretação literal, a câmara de apelação afastou o requisito de que os motivos da conduta do acusado não poderiam ser pessoais, mas manteve a necessidade de ele ter conhecimento do ataque¹⁶⁰.

Em consequência, para o crime contra a humanidade, além do dolo de praticar as ofensas contidas nas alíneas (*homicídio; extermínio; escravidão; deportação; prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave; tortura; estupro; perseguição por motivos políticos, raciais, e religiosos; outros atos inumanos*), o acusado deveria ter conhecimento do contexto maior no qual seu ato foi praticado (ataque generalizado ou sistemático)¹⁶¹.

2.4 Conclusões do capítulo

Do exposto neste capítulo, verifica-se que a figura do crime contra a humanidade no Estatuto do TPII marcou uma segunda fase do instituto da responsabilidade internacional penal individual, que passou a alcançar condutas praticadas em âmbito interno dos Estados. Contudo, quando o TPII foi instalado, o aparato legislativo disciplinando o crime contra a humanidade era extremamente precário e ambíguo.

Mesmo após as experiências de Nuremberg e Tóquio, a definição da estrutura normativa do crime contra a humanidade ainda era fluida. A Alemanha possuía uma grande casuística de casos em processos internos envolvendo fatos concernentes à Segunda

¹⁵⁹ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T, “para. 658: ‘As for the second aspect, that the act cannot be taken for purely personal reasons unrelated to the armed conflict, while personal motives may be present they should not be the sole motivation for the act. Again one of the German cases arising from the Second World War is relevant.’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

¹⁶⁰ PROSECUTOR v. Džsko Tadić, 15/07/1999, IT-94-1-A, “para. 248: ‘The Appeals Chamber agrees with the Prosecution that there is nothing in Article 5 to suggest that it contains a requirement that crimes against humanity cannot be committed for purely personal motives. The Appeals Chamber agrees that it may be inferred from the words ‘directed against any civilian population’ in Article 5 of the Statute that the acts of the accused must comprise part of a pattern of widespread or systematic crimes directed against a civilian population³¹¹ and that the accused must have *known* that his acts fit into such a pattern. There is nothing in the Statute, however, which mandates the imposition of a *further* condition that the acts in question must not be committed for purely personal reasons, except to the extent that this condition is a consequence or a re-statement of the other two conditions mentioned.’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 27/12/2014).

¹⁶¹ CASSESE, Antonio. *International criminal law*, p. 100.

Guerra Mundial, porém estes não envolveram a figura do crime contra a humanidade¹⁶². No período da Guerra Fria, alguns julgados esparsos surgiram, oriundos da prática interna dos Estados¹⁶³, porém não evidenciaram grande uniformidade sobre o tema.

Tais circunstâncias, somadas ao fato de inexistir uma convenção específica sobre o crime contra a humanidade, colocaram tal categoria delitiva como derivada do costume internacional. Dessa forma, na sua atuação, a Corte precisou identificar o direito objetivamente válido sobre a categoria do crime contra a humanidade, a fim de apurar a *lege lata* (lei vigente), separando-a da *lege ferenda* (lei a ser criada) e, nesta tarefa, precisou lidar como costume internacional e seus elementos.

Ao apurar o direito costumeiro, enfrentou lacunas e solucionou ambiguidades. Como consequência, a estrutura do crime contra a humanidade, tal como aferida pelo TPII, foi remodelada nos seguintes pontos:

- exclusão da necessidade de um conflito armado para a caracterização do crime contra a humanidade, entendendo-se a expressão contida no Estatuto “*conflito armado, internacional ou interno*”, com um mero elemento jurisdicional para aquele tribunal, devendo ser interpretado como “*durante um período de um conflito armado*”;
- a população afetada deveria ser predominantemente civil, embora a presença de não civis entre os primeiros não descaracterizasse o caráter de “*população civil*”;
- apesar do crime contra a humanidade afetar uma população civil, indivíduos que praticaram atos de resistência e deixaram suas armas poderiam ser vítimas do crime contra a humanidade;
- a expressão “*ataque sistemático ou generalizado*” foi introduzida e considerada elementar da definição do crime contra humanidade, de forma alternativa, devendo ser acompanhada de motivos discriminatórios (nacionalistas políticos, étnicos, raciais ou religiosos);
- um ato isolado praticado contra uma única vítima isolada poderia caracterizar o crime contra a humanidade, se praticado no contexto de um ataque sistemático ou generalizado;
- a expressão “*a política de um Estado ou de uma organização*” foi considerada

¹⁶² BASSIOUNI, M. Cherif. Revisiting the architecture of crimes against humanity: almost a century in the making, with gaps and ambiguities remaining – the need for a specialized convention. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crime against Humanity*, p. 51.

¹⁶³ Caso Eichman (Corte de Israel), casos Barbie e Touvier (Corte de Cassação Francesa) e caso Regina v. Finta (Suprema Corte do Canadá), mencionados por BADAR, Mohamed Elewa. From the Nuremberg charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity. *San Diego Int'l L. J.*, v. 5, p. 95.

elementar do crime contra humanidade;

- o crime contra a humanidade passou a exigir o elemento subjetivo “*o conhecimento do ataque*”, ou seja, o acusado deveria ter conhecimento do contexto maior no qual seu ato foi praticado (ataque generalizado ou sistemático).

Os julgados ora analisados permitem o questionamento da forma de manifestação do costume internacional tal como previsto no art. 38 (b) do Estatuto da CIJ, a dificuldade de sua determinação, e o papel e contribuição da jurisprudência internacional na veiculação do costume ou de seus elementos (prática ou *opinio iuris*), a colocar em dúvida, também, o art. 38 (d) do Estatuto da CIJ.

3 O COSTUME COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL

Na medida em que o crime contra a humanidade derivou do direito costumeiro, o TPII precisou determinar o costume internacional sobre o tema para proferir suas decisões. No presente capítulo, buscar-se-á apontar as questões envolvidas na aferição do costume, seu fundamento e seus elementos caracterizadores. Posteriormente, serão ponderadas as discussões em torno desta fonte formal do direito internacional, abordando questões como *quem* pode veiculá-lo e de que *forma* esta veiculação pode ocorrer. Outrossim, serão apontadas algumas manifestações destoantes do costume (costume instantâneo, a influência das grandes potências na formação do costume, a influência da habilidade diplomática na formação do costume, bem como a “escala maleável” de seus dois elementos a partir da influência dos valores). Por fim, será abordado o tema concernente às dificuldades de determinação do costume por este envolver a transformação de fatos em norma, bem como os fatores que influenciam a sua manifestação e funcionalidade.

3.1 Fontes do Direito Internacional

O termo fonte é empregado pela dogmática jurídica para descrever os modos de formação das regras jurídicas. A teoria das fontes é uma estrutura que serve à identificação de certos fenômenos como fontes de normas. Esta estrutura traz critérios para definir o que é a norma jurídica. Pode-se dizer, portanto, que, para a dogmática, as fontes e normas estão em uma relação de causalidade, na qual a validade das normas é assegurada por sua derivação de fontes dotadas de autoridade¹⁶⁴.

As **fontes materiais** designam a origem do conteúdo da proposição normativa e podem se consubstanciar em valores sociais, religiosos ou filosóficos e, em uma situação limite, na vontade de um ditador¹⁶⁵. São elementos metajurídicos e sua denominação já demonstra que as primeiras estão fora do discurso positivista. Por seu turno, as **fontes**

¹⁶⁴ LUIPI, André Lipp Pinto Basto. *A indeterminação da prática no costume: uma crítica dos métodos no direito internacional*. 220 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 27.

¹⁶⁵ ABI-SAAB, Georges. Les sources du droit international: essai de déconstruction. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.). *Le droit international dans un monde en mutation: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994. v. I, p. 29-49, p. 31.

formais são procedimentos técnicos que transformam uma ideia, valor ou necessidade social em uma proposição normativa objetiva e operatória juridicamente¹⁶⁶. São, pois, veículos de manifestação da norma jurídica.

O ponto de partida para o estudo das fontes formais do direito internacional no âmbito do direito positivo é o art. 38 do Estatuto da CIJ¹⁶⁷. Este é praticamente uma repetição do mesmo artigo do Estatuto da anterior Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). Em ambos os artigos, os tratados, o costume internacional e os princípios gerais de direito foram indicados como fontes primárias do direito internacional, sendo a jurisprudência catalogada como uma fonte auxiliar para a determinação das regras de direito internacional. A listagem, contudo, não é exaustiva.

Isso significa dizer que, para o art. 38 do Estatuto da CIJ, apenas os tratados, os costumes internacionais e os princípios gerais de direito, como fontes formais, são instrumentos aptos a evidenciar e veicular o direito internacional. A jurisprudência, como fonte auxiliar, não pode operar sozinha. Sua função principal é revelar a “lei que está por trás dos casos”¹⁶⁸, o que significa dizer que cabe às primeiras aplicar a lei (e não alterá-la ou criá-la), conferindo uma solução pacífica à controvérsia. O princípio do efeito relativo previsto no art. 59 do Estatuto da CIJ proíbe que a jurisprudência seja usada como instrumento direto à normatividade¹⁶⁹, pelo que a interpretação judicial deve clarificar a lei, desnudando o que já está nela contido.

O art. 38 do Estatuto da CPJI é datado de 1920 e teve sua redação muito influenciada por questões políticas, representando um acordo entre as exigências da técnica

¹⁶⁶ ABI-SAAB, Georges. Les sources du droit international: essai de déconstruction. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.). *Le droit international dans un monde en mutation: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, p. 31.

¹⁶⁷ “Artigo 38:

1. A corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.” (CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. (Cols.). *Estatuto da Corte Internacional de Justiça: legislação de direito internacional*. Obra coletiva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1.216).

¹⁶⁸ LAUTERPACHT, H. The development of International Law by the Permanent Court of International Justice. London: Longmans Green and Co., 1934. Chapter I – The law behind the cases, p. 1-22.

¹⁶⁹ WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité. *Recueil des Cours*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992. t. 237, p. 142.

jurídica e possibilidades das relações intergovernamentais da época¹⁷⁰. A classificação e a forma de manifestação das fontes formais primárias do direito internacional como sendo os tratados, os costumes e os princípios gerais do direito refletiu nada mais do que um acordo ou compromisso entre a doutrina positivista-voluntarista da época, que pretendia limitar as fontes formais aos tratados e costumes, e a doutrina naturalista, que também queria extrair regras internacionais “da consciência jurídica dos povos”¹⁷¹.

A solução foi inserir, no art. 38 (c) do Estatuto da CIJ, os “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas” como fonte primária supletiva dos tratados e costumes internacionais, a fim de que fosse limitado, ao direito positivo interno dos Estados soberanos, o “lugar de extração” das regras de direito internacional supletivas, sempre atrelando o direito internacional à vontade dos Estados.

Vê-se que as fontes indicadas como sendo formais primárias no art. 38 do Estatuto da CIJ (tratados, costumes e princípios gerais de direito) refletem a concepção eminentemente voluntarista da ordem internacional da época, sendo a vontade dos Estados um veículo soberano para se dizer o direito internacional. Nesse sentido, deve-se ressaltar que o próprio recurso à fonte supletiva consubstanciada nos princípios gerais das nações civilizadas foi “blindado” para procurar deixar claro que tais regras somente poderiam advir da vontade dos Estados soberanos expostas em seus ordenamentos jurídicos internos.

Deve-se observar, também, que a teoria das fontes do direito internacional prevista no art. 38 do Estatuto da CIJ fez uma transposição equivocada, para a esfera internacional, da sistemática das fontes no direito interno, desconsiderando as diferenças estruturais existentes entre essas sociedades e seus direitos¹⁷².

Com efeito, no direito interno, o sistema de fontes é organizado e hierarquizado. Nesta sociedade, não obstante haja a separação entre as funções executiva, legislativa e jurisdicional, o poder é centralizado pelo Estado soberano que impõe a ordem jurídica à sua população numa estrutura na qual os processos de veiculação destas normas jurídicas já estão delimitados pelo processo legislativo. Sendo veiculado por meio de leis, o direito

¹⁷⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A formação do direito internacional contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas “fontes”. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 32. Vide nota 7.

¹⁷¹ ABI-SAAB, Georges. Les sources du droit international: essai de déconstruction. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.). *Le droit international dans un monde en mutation: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, p. 34.

¹⁷² DUPUY, Pierre-Marie. Théorie des sources et coutume en droit international contemporain. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.). Op. cit., p. 52.

interno é eminentemente escrito, ocupando o direito costumeiro um papel de fonte subsidiária.

Isso não ocorre na esfera internacional, na qual inexistente um poder centralizado a impor aos sujeitos de direito internacional a regra aplicável por um procedimento formal de criação normativa preestabelecida. Em consequência, as fontes formais não se manifestam por meio de um procedimento de produção normativa formalizado, mas sim flexível. Ademais, a ordem internacional é eminentemente horizontal, constituindo um sistema de poderes difusos sem especificação de funções. Nesse sentido, o assunto das fontes do direito está intimamente ligado às relações de poder da sociedade internacional, posto que não é a sabedoria que revela o direito, mas é o poder que o cria¹⁷³.

Portanto, por ora, no âmbito do tema das fontes do direito internacional, duas constatações podem ser feitas: a) estão destinadas ao insucesso todas as doutrinas que procuram eliminar do direito a influência do poder¹⁷⁴; b) as fontes no direito internacional apresentam-se em constante e dinâmica interação¹⁷⁵, caracterizando-se como categorias maleáveis que acompanham o desenrolar da história, valores e as relações de poder no mundo.

3.2 A teoria do costume internacional

O costume, ao lado dos tratados, é uma das principais fontes do direito internacional e, juridicamente, está em uma posição horizontal com relação às demais fontes formais primárias. Não há hierarquia entre tratados e costumes.

A norma costumeira está no coração do direito internacional¹⁷⁶, mormente pela ausência de centralização do poder no sistema internacional. No passado, refletia certa permanência do sistema, hoje se diz que ele é uma alavanca de seu movimento¹⁷⁷.

¹⁷³ LAFER, Celso. Direito e legitimidade no sistema internacional: soberania nacional e comunidade internacional. *Novos Estudos Cebrap*, n. 24, , p. 42-58, jul. 1989, p. 46.

¹⁷⁴ Idem. A legitimidade na correlação direito e poder: uma leitura do tema inspirada no tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale. In: REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 4. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 104.

¹⁷⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A formação do direito internacional contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas “fontes”. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*, p. 33.

¹⁷⁶ WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité. *Recueil des Cours*, t. 237, p. 161.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 161

Discute-se muito sobre o fundamento do costume e este debate está ligado ao fundamento de obrigatoriedade do direito internacional. Dentro do positivismo jurídico, trava-se um debate entre os voluntaristas e os objetivistas.

Para os **voluntaristas**¹⁷⁸, o fundamento do direito internacional é a vontade dos Estados soberanos. O caráter obrigatório de suas normas tem como base o consentimento dos Estados. A vontade é o elemento essencial para justificar a obrigatoriedade das normas costumeiras pelo que, sem esta, a norma não é oponível ao Estado. Esta concepção do costume está fundada em uma estrutura de poder centrada na figura do Estado soberano que influenciou fortemente o sistema de fontes formais do direito internacional. Uma leitura radical desta corrente conduziria à inaplicabilidade da regra costumeira a qualquer Estado que não tenha contribuído para sua formação, ainda que tacitamente. Isso conduziria à ausência de universalidade do direito internacional, que não conteria nenhuma norma de cunho geral¹⁷⁹, o que, na atualidade, não mais se admite.

Essa corrente enxerga o direito internacional no campo do direito dispositivo (obrigacional), não fazendo distinção entre obrigações internacionais e o direito internacional geral, como se tudo fosse subjetivo no direito internacional, calcado na vontade última dos Estados¹⁸⁰. Esta visão do direito internacional tem enfrentado questionamentos à medida que novos conceitos são introduzidos por tratados e reforçados pela jurisprudência internacional, bem como novas áreas do direito internacional público vão surgindo (direito ambiental, direitos humanos, direito internacional penal etc.).

A título de exemplo, aponta-se o reconhecimento concreto e jurídico por parte dos Estados de regras de *jus cogens*, pelo art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969¹⁸¹. Com 87 votos a favor (aí incluído o do Brasil), 08

¹⁷⁸ De Dionizio Anzilotti a Grigoriaei Tunkin, segundo WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité. *Recueil des Cours*, t. 237, p. 163.

¹⁷⁹ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A indeterminação da prática no costume: uma crítica dos métodos no direito internacional*, p. 42.

¹⁸⁰ ABI-SAAB, Georges. Les sources du droit international: essai de déconstruction. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.). *Le droit international dans un monde en mutation: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, p. 39.

¹⁸¹ BRASIL. Decreto nº 7.030/2009, de 14 dezembro de 2009 (*Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*). “Artigo 53 – Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma ulterior de direito internacional geral da mesma natureza.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 4 dez. 2014).

votos contrários e 12 abstenções¹⁸², referida convenção internacional atualmente encontra-se ratificada por 113 Estados partes¹⁸³ e passou a contemplar a existência de normas imperativas no direito internacional aplicáveis a todos os Estados, sem possibilidade de derrogação. Isso levou parte da doutrina a apontar a formação de uma incipiente ordem pública internacional formada pelo binômio “direitos humanos-paz mundial”¹⁸⁴, a qual independeria do consentimento dos Estados. A existência de obrigações internacionais de um Estado para a comunidade internacional como um todo, com efeitos *erga omnes*, também foi afirmada pela CIJ em 1970, no caso *Barcelona Traction*¹⁸⁵.

Para a corrente **objetivista**, contudo, o costume obriga porque ele traduz objetivos exteriores, tais como, solidariedade social, consciência jurídica coletiva, exigências morais, valores¹⁸⁶. Resgata-se, aqui, o direito espontâneo, aquele que está presente na sociedade e que nela se manifesta como regra de direito. Para se identificar esta regra jurídica, deve-se buscar uma constatação de fato de que elas agem efetivamente como regras de direito no seio da sociedade considerada¹⁸⁷. Esta teoria também recebe uma forte crítica prática. Como administrar o problema do objeto persistente¹⁸⁸, ou seja, daquele Estado que não obsta o processo costumeiro, porém se opõe à aplicação da regra costumeira para si?

¹⁸² NASCIMENTO E SILVA, G. E. *Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados*. 6. ed. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1971. p. 79.

¹⁸³ Disponível em: <http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en#EndDec>. Acesso em: 24 maio 201.

¹⁸⁴ JUBILUT, Liliana Lyra. *A legitimidade da não-intervenção em face das resoluções do Conselho de Segurança da ONU*. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 91.

¹⁸⁵ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, 05/02/1970, paras. 33/34: “33. When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.”

34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the convention on the Preventions and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi universal character.” (Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=ZBvj6foGPP>>. Acesso em: 16 maio 2014).

¹⁸⁶ WEIL, Prosper. *Le droit international en quête de son identité. Recueil des Cours*, t. 237, p. 163.

¹⁸⁷ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A indeterminação da prática no costume: uma crítica dos métodos no direito internacional*, p. 44.

¹⁸⁸ WEIL, Prosper. *Op. cit.*, p. 196.

Estas duas correntes sobre a obrigatoriedade do costume sintetizam o conflito entre a visão do direito internacional como produto único da “subjetividade das soberanias nacionais” ou como produto da “objetividade da comunidade mundial”¹⁸⁹, esta última a traduzir um consenso em torno de valores fundamentais que não podem ser objeto de disposição pelos Estados individualmente, mas que são reconhecidos e sancionados pela lei como de interesse de todos os Estados em conjunto¹⁹⁰.

Com a preocupação de vincular a manifestação do costume internacional à vontade dos Estados soberanos, o art. 38 do Estatuto da CIJ indicou seus **dois elementos**, a saber, a prática constante, geral e uniforme dos Estados e a *opinio juris* (entendida esta como a convicção de que tal prática generalizada é uma obrigação jurídica, e não um mero uso ou cortesia). A definição da regra costumeira por meio desses dois elementos conjugados, apontados de maneira dogmática pelo art. 38 do Estatuto da CIJ, refletiu novamente a analogia infundada com o processo de produção do direito interno, no qual as fontes passam por um procedimento formal de formação, pelo qual fica identificado o momento em que uma regra passa a integrar o ordenamento jurídico¹⁹¹.

Discute-se se estes dois elementos podem aparecer separados ou não. Alguns defendem que a *opinio iuris* se revela pela prática, afirmando-se que não há *opinio iuris* sem prática, pois toda opinião se manifesta por uma declaração, seja ela uma ação ou omissão¹⁹². Contudo, é preciso observar que pode existir *opinio iuris* sem prática, pois uma regra pode ser aceita, mas violada frequentemente. Ademais, as intenções divulgadas podem divergir dos atos concretos, o que muitas vezes ocorre na política mundial. Outrossim, considerando que a *opinio iuris* é a visão que se tem sobre o conteúdo normativo da regra em determinado momento¹⁹³, pode-se concluir que esta independe da prática.

¹⁸⁹ Expressão utilizada por LAFER, Celso. Direito e legitimidade no sistema internacional: soberania nacional e comunidade internacional. *Novos Estudos Cebrap*, n. 24, p. 43.

¹⁹⁰ SIMMA, Bruno. International crimes: injury and countermeasures. Comments on Part 2 of the ILC Work on State Responsibility. In: WEILER, Joseph H. et al. *International crimes of state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1989. p. 281-31, p. 285.

¹⁹¹ DUPUY, Pierre-Marie. Théorie des sources et coutume en droit international contemporain. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.). *Le droit international dans un monde en mutation: liber amicorum en hommage al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, p. 61.

¹⁹² LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A indeterminação da prática no costume: uma crítica dos métodos no direito internacional*, p. 54.

¹⁹³ CHENG, Bin. Custom: the future of general state practice in a divide world. In: MACDONALD, R.St.J.; JOHNSTON, Douglas M. (Eds.). *The structure and process of international law: essays in legal philosophy doctrine and theory*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986. p. 513-554, p. 531/548.

O importante é ressaltar que ambos os elementos (*prática e opinio iuris*) precisam ser **provados** para que se identifique o costume. Nesse sentido, o direito consuetudinário se diferencia do tratado. Enquanto a invocação das normas de um tratado pressupõe o questionamento sobre sua vigência para que possa obrigar a parte, a norma costumeira requer a prova de sua existência e de seu sentido normativo¹⁹⁴. Mas por que isso ocorre? Por que o costume precisa ser provado?

Isso ocorre porque o costume é um direito baseado na conversão de fatos em norma. Nesse sentido, quando uma Corte é chamada a decidir um caso concreto baseado no direito costumeiro, como ocorreu com o TPII, ela primeiramente precisará avaliar a “prova da norma” para então decidir sobre sua existência e conteúdo, aplicando um método para determinação do costume. Somente num segundo momento confrontará a norma apurada aos fatos provados na causa, desempenhando, nesta segunda etapa, sua função de adjudicação judicial. O costume, portanto, passa por uma dupla qualificação¹⁹⁵.

3.3 O costume internacional em sua manifestação concreta

Este tópico invoca as seguintes questões: *quem* pode gerar a prática generalizada e a *opinio iuris* e a partir de quais *instrumentos* estes atores podem criar o costume? As respostas a estas perguntas remetem aos sujeitos criadores do costume e aos instrumentos para manifestação de seus dois elementos.

3.3.1 Os criadores do costume¹⁹⁶

O **Estado** é o criador dos elementos do costume por excelência. Com efeito, a estrutura voluntarista do art. 38 (b) do Estatuto da CIJ, cuja redação advém de 1920, erigiu os Estados soberanos como os únicos produtores do direito internacional¹⁹⁷. Ocorre que, com o passar do tempo, houve reconhecimento de novos sujeitos de direito internacional, aos quais também foi conferida capacidade de criar o costume, ou ao menos um de seus

¹⁹⁴ LUIPI, André Lipp Pinto Basto. *A indeterminação da prática no costume: uma crítica dos métodos no direito internacional*, p. 87.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 109.

¹⁹⁶ O objetivo deste item não é exaurir o tópico “criadores do costume”, mas apenas demonstrar que esta fonte formal – ou seus elementos – não é mais veiculada apenas pelo Estado.

¹⁹⁷ WEIL, Prosper. *Le droit international en quête de son identité. Recueil des Cours*, t. 2, p. 100.

elementos, não obstante doutrinariamente ainda se discuta a possibilidade de se incluir outros sujeitos entre os criadores do costume.

Em 1949, no *caso da Reparação dos danos sofridos a serviço das Nações Unidas*, por ocasião do assassinato do conde sueco Folke Bernadotte, a CIJ, em opinião consultiva e baseada em uma interpretação teleológica, reconheceu às **organizações internacionais** a categoria de sujeitos de direito internacional, com personalidade jurídica própria e capacidade jurídica para litigar perante Cortes internacionais para defesa de suas funções e exercício de suas finalidades¹⁹⁸. Por sua vez, em 1970, no caso *Barcelona Traction*, em opinião separada, o Juiz Ammoun¹⁹⁹ reconheceu que as posições tomadas por organizações internacionais, em especial as Nações Unidas, contribuem para a formação do costume internacional.

Outrossim, aos poucos, foram surgindo as chamadas **comunidades de responsabilidade**, cujas origens remontam à criação da Organização Internacional do Trabalho²⁰⁰. Essas comunidades, que figuram como agências especializadas da ONU, passaram a disciplinar temas que antes pertenciam à política interna dos países, tais como educação, saúde, agricultura e alimentação²⁰¹.

Ademais, o direito dos tratados refletiu a própria ampliação dos sujeitos de direito internacional, tendo sido editada a Convenção de Viena sobre direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986. No preâmbulo dessa convenção, reconhece-se o direito de as organizações internacionais de concluírem tratados²⁰². Com isso, defende-se que, assim como as organizações internacionais podem celebrar tratados, poderiam também criar o costume ou um de seus

¹⁹⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion: ICJ Reports 1949, p. 179. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=tCl16qKC1J>>. Acesso em: 8 nov. 2013.

¹⁹⁹ CIJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, 05/02/1970, SEPARATE OPINION OF JUDGE AMMOUN, p. 303. Tradução livre do seguinte original: “In any case, to return to State practice as manifested within international organizations and conferences, it cannot be denied, with regard to the resolutions which emerge therefrom, or better, with regard to the votes expressed therein in the name of States, that these amount to precedents contributing to the formation of custom.” (Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5409.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2014).

²⁰⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O direito de assistência humanitária*, 2003, p. 98.

²⁰¹ Ibidem, p. 99.

²⁰² Referência feita ao décimo primeiro parágrafo do preâmbulo, cujo texto é o seguinte: “Reconhecendo que a prática das organizações internacionais no que respeita a celebração de tratados com Estados ou entre elas deverá ser conforme com os seus instrumentos constitutivos.” (Disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0BwbnJ2EXfmcDNDM1YzhjYzUtMTZjMC00YzM2LTliZTYtY2JhZWYz-MmI5YTAy/edit?hl=pt_BR&pli=1>. Acesso em: 14 dez. 2014).

elementos, em especial a *opinio iuris*²⁰³. De fato, mostra-se uma contradição se conceder o poder de criação do direito pela organização internacional a partir do tratado e não pelo costume, o qual é igualmente uma fonte formal. Portanto, no âmbito de suas finalidades específicas, tem sido reconhecida a estes órgãos a capacidade de criar o costume.

Alguns citam, ainda, o caso da Cruz Vermelha, uma organização humanitária independente com *status* próprio, como uma entidade não estatal capaz de criar o costume. Isso coloca o tema acerca da capacidade de as **organizações não governamentais** de finalidade específica criarem o costume, ou ao menos um de seus elementos²⁰⁴.

Portanto, embora a doutrina prefira evitar a associação da criação do costume ou de seus elementos a entes não estatais, com a evolução do direito internacional, a veiculação empírica do costume tem abarcado não apenas Estados, mas também organizações internacionais e os outros atores atuantes no plano internacional²⁰⁵.

3.3.2 Os instrumentos veiculadores do costume e o papel da jurisprudência internacional na veiculação da *opinio iuris*

O objetivo deste item não é exaurir os instrumentos veiculadores do costume, mas ilustrar sua variação no direito internacional contemporâneo. Nesse sentido, os instrumentos de veiculação dos elementos do costume também sofreram bastante variação em sua manifestação na medida em que a ordem internacional deixou de ser composta por um reduto de meras obrigações estatais recíprocas, mas também passou a regular direitos objetivos ligados ao direito internacional geral, bem como veicular valores compartilhados pela comunidade internacional como um todo pela pauta dos direitos humanos.

Nos primórdios, a ação estatal era apontada como o único veículo de exteriorização dos elementos do costume (*prática geral estatal*), manifestando-se, por exemplo, por correspondências diplomáticas, instruções oficiais dadas a agentes diplomáticos, declarações de política externa etc.²⁰⁶.

²⁰³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A formação do direito internacional contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas “fontes”. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*, p. 80.

²⁰⁴ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A indeterminação da prática no costume: uma crítica dos métodos no direito internacional*, p. 65.

²⁰⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A formação do direito internacional contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas “fontes”. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Op. cit. p. 41.

²⁰⁶ LUPI, André Lipp Pinto Basto. Op. cit., p. 66.

Com o tempo, passou-se a admitir os tratados com vocação universal como expressão da *opinio iuris* da comunidade internacional. Como exemplos, pode-se citar o surgimento de tratados multilaterais contendo obrigações que simplesmente não podem ser divididas entre os Estados partes, seja porque são extremamente inter-relacionadas, formando um todo indivisível (Tratado de Proscrição das Experiências com Armas Nucleares na Atmosfera, no Espaço Cósmico e sob a Água de 5 de agosto de 1963), seja porque não impõem apenas obrigações recíprocas entre os Estados, mas sim um “padrão de conduta” para os últimos (tratados sobre direitos humanos)²⁰⁷. Nesses casos, passou-se a entender que referidos tratados teriam efeitos de direito costumeiro para Estados terceiros, formando parte do direito internacional geral²⁰⁸. Na atualidade, a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 11 de dezembro de 1948 é considerada parte do direito costumeiro internacional.

Posteriormente, passou-se a vislumbrar a manifestação da *opinio iuris* em instrumentos emanados da Assembleia Geral das Nações Unidas, como as declarações e resoluções ali adotadas²⁰⁹, instrumentos de *soft law*, sem força coercitiva. Com efeito, a análise das resoluções das organizações internacionais sobre determinados temas revela que elas compõem um processo contínuo e entrelaçado que reflete, muitas vezes, o consenso generalizado sobre o conteúdo de determinadas regras.

Mormente em áreas novas do direito internacional, nas quais não havia regulamentação, a *opinio juris* foi manifestada por meio de resoluções da Assembleia Geral da ONU. Foi o que ocorreu em matéria de direito espacial pelas Resoluções 1721 (XIV), 1802 (XVII), 1962 (XVIII) e 1963 (XIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a exploração e uso do espaço, bem como no campo do direito internacional penal pela Resolução nº 95 (I) da Assembleia Geral das Nações Unidas, que reconheceu os princípios de Nuremberg como princípios de direito internacional.

²⁰⁷ SIMMA, Bruno. International crimes: injury and countermeasures. Comments on Part 2 of the ILC Work on State responsibility. In: WEILER, Joseph H. et al. *International crimes of state*, p. 286.

²⁰⁸ ABI-SAAB, Georges. Les sources du droit international: essai de déconstruction. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.). *Le droit international dans un monde en mutation: liber amicorum en hommage al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, p. 43.

²⁰⁹ NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 93.

Há quem entenda, também, que as decisões judiciais dotadas de certa uniformidade advindas de tribunais nacionais, por serem estes órgãos do Estado, podem também ser consideradas manifestações da *opinio iuris* em âmbito internacional²¹⁰.

Finalmente, a **jurisprudência internacional** tem sido arrolada como um dos mais ricos elementos constitutivos do costume, por formar uma espécie de *opinio iuris* acerca da matéria julgada. Até a doutrina mais tradicionalista tem reconhecido que, empiricamente, o pronunciamento judicial tem importância que ultrapassa os limites do julgado²¹¹.

É certo que, formalmente, a decisão judiciária de uma Corte internacional somente vincula as partes litigantes e não se caracteriza como “precedente vinculante” para decisões futuras, como ocorre no sistema da *common law*. No entanto, em muitos julgamentos, as próprias partes invocam os precedentes e discutem acerca de sua interpretação e aplicação ao caso concreto, como prova da *opinio iuris*.

A força dos precedentes judiciais se justifica porque, ao basear suas decisões em casos concretos já julgados, as Cortes internacionais imprimem a seu discurso objetividade e coesão, veiculando o conteúdo de um regramento, o que atende as expectativas dos demais atores internacionais que passam a ter convicção sobre a obrigatoriedade da regra, modulando suas expectativas futuras. É o que ocorre no sistema solução de controvérsias da OMC, no qual os julgamentos do Órgão de Apelação modulam as expectativas futuras dos Estados membros, conferindo estabilidade ao sistema. Outro exemplo da importância dos precedentes na veiculação da *opinio iuris* são as contribuições dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos na construção de um conceito de tortura²¹², o qual depois influenciou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984.

Ademais, tem-se notado com mais frequência que as diferentes Cortes internacionais têm se apropriado de decisões judiciais umas das outras, por citações recíprocas, para decidir casos envolvendo matérias, muitas vezes, com regramento lacunoso ou inexistente. Esse fenômeno tem sido denominado como “fertilização cruzada”, cuja capacidade de produção normativa mostra-se considerável²¹³. Portanto, empiricamente, os efeitos jurídicos das decisões judiciárias internacionais têm sido outro,

²¹⁰ LAUTERPACHT, H. *The development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, p. 9.

²¹¹ WEIL, Prosper. *Le droit international en quête de son identité. Recueil des Cours*, t. 237, p. 142.

²¹² CASSESE, Antonio. *A influência da CEDH sobre a atividade dos tribunais penais*, p. 196.

²¹³ BURGENTHAL, Thomas. *Lawmaking by the ICJ and other International Courts. American Society of International Law*, v. 103, p. 405.

possuindo, muitas vezes, feição normativa²¹⁴, de forma a veicular a *opinio iuris* sobre determinado tema.

Tal fenômeno tem sido admitido com menos reservas quando se trata de jurisprudência da CIJ, cujas decisões têm sido consideradas pela comunidade internacional como as mais autorizadas manifestações do direito internacional. Como exemplo desse fenômeno, citam-se as decisões da CIJ em matéria de responsabilidade do Estado, as quais foram a base para o projeto de texto sobre o assunto, redigido pela CDI da ONU. Referidos precedentes também são fortemente invocados como “lei” em correspondências diplomáticas e tribunais internacionais arbitrais²¹⁵.

Outrossim, novas Cortes internacionais – Tribunais *ad hoc* (TPII e TPIR), Tribunal Penal Internacional etc. – foram chamadas a julgar novos temas do direito internacional, tais como a proteção dos direitos humanos em âmbito internacional e a responsabilidade internacional penal individual. À medida que os casos a serem julgados se transmudaram e aumentaram em número, assim também ocorreu com o direito internacional que as Cortes internacionais foram chamadas a interpretar e julgar. E, nesse processo, a jurisprudência das Cortes internacionais não apenas passou a clarificar o direito existente, mas também eventualmente produziu a *opinio iuris*, em um processo que a doutrina denominou de “acumulação normativa” (*normative accretion*)²¹⁶.

Por fim, há que se apontar ainda o possível papel construtivo-normativo da jurisprudência internacional em casos de lacuna da lei²¹⁷ ou em temas mais sensíveis ao consentimento individual dos Estados. Após 1945, a CIJ foi chamada a decidir novas matérias que não as tradicionais disputas marítimas e territoriais, tais como: exploração ilegal de recursos naturais, direitos humanos e interpretação do costume internacional. Nestes casos, citando L. Condorelli, Prosper Weil admite que, por vezes, na ausência de um poder legislativo, é o juiz que vem preencher os interstícios da legislação internacional²¹⁸. Em consequência de tal fenômeno, aponta-se que vários novos ramos do direito internacional se desenvolveram devido às decisões judiciais²¹⁹, colocando em foco

²¹⁴ VENZKE, Ingo. The Role of International Courts as interpreters and developers of the law: working Out the jurisgenerative practice of interpretation. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 34, issue 1, Summer 2011, p. 127.

²¹⁵ BUERGENTHAL, Thomas. *Lawmaking by the ICJ and other International Courts*. American Society of International Law, v. 103, p. 404.

²¹⁶ Ibidem, p. 403.

²¹⁷ Lauterpacht designa esse papel como *judicial legislation*. (LAUTERPACHT, H. *The development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, p. 63).

²¹⁸ WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité. *Recueil des Cours*, t. 237, p. 142.

²¹⁹ Ibidem, p. 143.

uma função secundária da jurisprudência internacional, a saber, o desenvolvimento do direito internacional²²⁰.

Em conclusão, novas áreas do direito internacional surgiram (como é o caso do direito internacional penal) e novos sujeitos de direito internacional foram convidados a dizer o direito por meio de veículos próprios. Nesse contexto, as Cortes internacionais podem ter surgido como um novo jogador, e suas decisões como um novo veículo, no processo de produção do direito internacional²²¹ a sugerir uma classificação simplista operada pelo art. 38 (b) e (d) do Estatuto da CIJ no que tange ao costume, seus elementos e o papel da decisão judiciária, pois se argumenta que é a prática jurídica o último árbitro acerca do que é, ou não, uma fonte de direito²²².

3.3.3 As destoantes manifestações do costume

O item 3.2 deste capítulo apresentou a “teoria do costume” da forma como indicada pelo art. 38 do Estatuto da CIJ. Os itens 3.3.1 e 3.3.2 sugeriram que o costume internacional pode estar sendo criado por outros atores que não o Estado soberano, bem como sendo exteriorizado por diferentes veículos. Assim, seus elementos têm se apresentado como um processo multifacetado. Este item tem como propósito demonstrar que, além das variações mencionadas linhas atrás, o costume pode apresentar manifestações destoantes de seus elementos constitutivos, a partir de fatores de “poder e valor”, sendo este binômio mais um dado que talvez permita se questionar em que medida o costume internacional continua a se manifestar exclusivamente da forma como preconizada pelo art. 38 (b) do Estatuto da CIJ²²³.

Um fator a se considerar na formação do costume é o papel de evidência desempenhado pelas grandes potenciais. Isso porque o poder é uma categoria de

²²⁰ LAUTERPACHT, H. *The development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, p. 2.

²²¹ PENSKEY, Max. O *status* das anistias internas no direito penal internacional. In: PAYNE, Leigh A.; ABRAÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford University, Latin America Centre, 2011. p. 94.

²²² VENZKE, Ingo. The Role of International Courts as interpreters and developers of the law: working out the jurisgenerative practice of interpretation. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 34, p. 99-131, 1997, p. 110.

²²³ DUPUY, Pierre-Marie. Théorie des sources et coutume en droit international contemporain. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.). *Le droit international dans un monde en mutation: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, p. 66.

realizabilidade do direito²²⁴ e, portanto, a alteração do padrão de sua manifestação influencia a produção da norma. Com efeito, a teoria realista das relações internacionais aponta que a “*desigualdade entre Estados, em termos de poder, simplifica o padrão das relações internacionais garantindo que a opinião de certos Estados prevaleça sobre a de outros*”²²⁵. Nesse sentido, o peso dos atores influencia a formação da regra costumeira²²⁶. Com efeito, muitos apontam que é uma realidade da política mundial o fato da regra costumeira muitas vezes refletir vontade dos Estados dominantes²²⁷.

A formação do costume internacional, também, pode ser impactada quando surge uma manifestação da *opinio iuris* por parte de Estados interessados e envolvidos em determinado tema e que tenham habilidade política para formar a convicção de obrigatoriedade prevalente. Um exemplo disso ocorreu envolvendo o Canadá, quando este, em 1970, declarou que a extensão de seu mar territorial passaria a ser de 12 milhas marítimas. Não obstante a manifestação contrária dos Estados Unidos da América, o Canadá argumentou que 45 Estados já haviam delimitado seu mar territorial em 12 milhas marítimas, e que outros 57 o delimitaram em patamar ainda maior, pelo que se formava um costume internacional em torno das 12 milhas marítimas como extensão do mar territorial, ainda que uma grande potência tenha discordado sobre o tema (102 Estados *versus* 24 Estados)²²⁸.

Há que se acrescentar, ainda, o caso do costume formado com muita rapidez. No passado, “o comportamento frequente e significativo dos Estados” era necessário para evidenciar a prática generalizada, elemento material do costume. Tal prática deveria ser uniforme, constante, contínua e frequente. Na atualidade, o fator temporal deixou de estar no coração do costume internacional²²⁹, pelo que se passou a conceber a figura do costume instantâneo, cunhado por Bin Cheng, que foi pensado para disciplinar duas questões novas: a) a aplicação das regras costumeiras aos novos Estados que surgiram pelo processo de descolonização nas décadas de 1960 e 1970; b) a criação mais ou menos imediata da norma costumeira em novas áreas do direito internacional nas quais não havia

²²⁴ LAFER, Celso. Direito e legitimidade no sistema Internacional: soberania nacional e comunidade mundial. *Novos Estudos Cebrap*, n. 24, p. 48.

²²⁵ BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UnB; São Paulo: IPRI, 2002. p. 236.

²²⁶ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A indeterminação da prática no costume: uma crítica dos métodos no direito internacional*, p. 103-107.

²²⁷ CHENG, Bin. Custom: the future of general state practice in a divide world. In: MACDONALD, R.St.J.; JOHNSTON, Douglas M. (Eds.). *The Structure and process of International Law: essays in legal philosophy doctrine and theory*, p. 550.

²²⁸ Ibidem, loc. cit..

²²⁹ WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité. *Recueil des Cours*, t. 237, p. 177.

regulamentação alguma anterior²³⁰. Quando da independência das colônias, houve um forte questionamento das normas costumeiras anteriormente consagradas, pois, na época em que se formaram, os novos Estados não existiram senão como colônias e, portanto, não participaram do processo de criação normativa. Para engajar estes novos Estados, passou-se a admitir a formação do costume com pouquíssima prática, ou mesmo nenhuma²³¹. Perdia relevância o fator temporal, conferindo-se peso à *opinio iuris*.

Por fim, deve-se apontar que os elementos do costume (prática dos Estados e *opinio iuris*) muitas vezes têm se manifestado em uma “*escala maleável*”, ora ficando caracterizado o costume com pouca ou nenhuma prática, atribuindo-se maior relevância à *opinio iuris*, ou vice-versa, a depender dos valores envolvidos²³². A prevalência da *opinio iuris* na formação do costume tem sido constatada em assuntos que envolvem a estabilidade das relações internacionais, como a paz mundial, o uso da força e os direitos humanos fundamentais²³³. Tem-se defendido que os elementos do costume variam a partir dos valores que a norma busca proteger²³⁴.

Foi o que ocorreu no caso das *Atividades Militares e Paramilitares da Nicarágua*, decisão na qual a CIJ, após abordar a doutrina dos dois elementos, amenizou a análise da prática para se focar nas regras aplicáveis à proibição do uso da força nas relações internacionais. Neste julgado, a *opinio iuris* foi considerada o principal elemento do costume²³⁵.

Na visão de estudiosos, isso ocorreu devido ao conteúdo das normas envolvidas, que veiculavam valores caros à comunidade internacional como um todo e, por versarem sobre temas sensíveis ao acordo entre Estados, restaria caracterizado um “silêncio

²³⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A formação do direito internacional contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas “fontes”. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*, p. 43.

²³¹ NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*, p. 92.

²³² De acordo com Kirgis Jr., “It is instructive here to focus on rules that restrict governmental action. the more destabilizing or morally distasteful the activity – for example, the offensive use of force or deprivation of fundamental human rights – the more readily international decision makers will substitute one element for the other, provided that asserted restrictive rule seems reasonable.” (KIRGIS JR., Frederic L. Custom on a sliding scale. *The American Journal of International Law*, v. 81, p. 149).

²³³ Ibidem, p. 147.

²³⁴ Ibidem, p. 149: “[...] It is instructive here to focus on rules that restrict governmental action. The more destabilizing or morally distasteful the activity – for example, the offensive use of force or the deprivation of fundamental human fights – the more readily international decision makers will substitute one element for the other, provided that the asserted restrictive rule seems reasonable.”

²³⁵ Ibidem, p. 148.

ameaçador” à estabilidade da ordem internacional caso não se determinasse a formação da regra costumeira com maior flexibilidade²³⁶.

O caso das *Atividades Militares e Paramilitares da Nicarágua* demonstra que a manifestação da *opinio iuris é influenciada* não apenas a partir de fatores políticos, mas também pelos valores e interesses que ela veicula, de forma a sugerir que, na formação da regra costumeira, tão importante quanto o poder dos sujeitos de direito internacional envolvidos, tem sido o papel da legitimidade dos valores por ela veiculados.

Em conclusão, em todo o sistema de direito, inclusive no sistema internacional, fenômenos espontâneos de criação normativa e margens de incerteza quanto ao alcance efetivo de seus resultados subsistem – felizmente – para permitir a adaptação do direito às evoluções do corpo social, às novas pressões impostas pelo tempo²³⁷ e aos novos valores surgidos. Tal afirmação se aplica muito fortemente à regra costumeira, que permanece como um processo social do qual se procura, em vão, fazer um processo formal. Com efeito, a observação denota que não existe manifestamente procedimento técnico formalizado de criação das normas costumeiras²³⁸ ou mesmo de seus elementos, podendo ser ele, inclusive, um direito de formação espontânea²³⁹.

3.4 Alguns problemas em torno da determinação do costume

Porém, justamente por ser um processo social, o costume não é de fácil determinação. Veja-se.

Isso ocorre pelo fato de a determinação do costume existente depender do exame de fatos, que passarão pelo filtro do “ponto de vista” do observador, a quem caberá²⁴⁰, dentre as destoantes manifestações da realidade, selecionar os fenômenos sociais importantes.

²³⁶ KIRGIS JR., Frederic L. Custom on a sliding scale. *The American Journal of International Law*, v. 81, p. 149. Tradução livre do seguinte original: “It is understandable that decision makers would tend to find customary rules in these areas. The alternative would be an international legal order containing ominous silences – where treaty commitments cannot be found – concerning the ways in which states impose their wills on other states or on individuals”.

²³⁷ DUPUY, Pierre-Marie. *Théorie des sources et coutume en droit international contemporain*. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.). *Le droit international dans un monde en mutation: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, p. 68.

²³⁸ *Ibidem*, p. 63.

²³⁹ ABI-SAAB, Georges. Les sources du droit international: essai de déconstruction. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.). *Op. cit.*, p. 40.

²⁴⁰ WIESSNER, Siegfried; WILLARD, Andrew R. Policy-oriented jurisprudence and human rights abuses in internal conflict: toward a world public order of human dignity. *Stud. Transnat'l Legal Pol'y*, v. 36, p. 47-77, 1994, p. 57.

Neste processo seletivo, o observador terá que efetuar escolhas, pelos que os fatos pinçados carregam uma natural carga de subjetividade.

Outra questão envolvida na aferição dos elementos do costume é a polissemia da palavra. Com efeito, as palavras não trazem todo o seu significado e não separam previamente as interpretações possíveis das impossíveis. Elas possuem sentido polissêmico, ou seja, possuem mais de um significado e disso resulta que os fatos analisados (que são expressos não apenas por ações, mas também por palavras), para deles se extrair os elementos do costume, comportam mais de uma interpretação possível. Esta variação de significado é um dos pontos contestados e explorado nas disputas judiciais perante as Cortes internacionais, nas quais as partes divergem sobre aferição da regra costumeira, que, como já dito, precisa ser provada. A consequência inevitável é que esta atividade interpretativa dos elementos que podem provar o costume também é fruto de um processo de escolha no qual o julgador (TPII) é influenciado por questões políticas, expectativas, valores, bem como pelo que está provado no processo judicial.

Nesse cenário, conclui-se que as regras de formação do costume não se subordinam a uma precisão matemática, pelo que o aplicador do costume, que nesta pesquisa é uma Corte internacional (TPII), tem de fazer escolhas ao se analisar os fatos e circunstâncias geradoras dos elementos costumeiros. Nestas escolhas, poderá optar por efetuar o filtro dos fatos por meio de métodos de identificação do costume, que, no entanto, também podem ser influenciados pelo binômio “poder e valor”.

3.4.1 A determinação do costume pelos métodos

Não se pretende, aqui, esgotar o tema envolvendo os métodos de direito internacional, nem mesmo apontar um “melhor método” para a determinação do costume, mas sim demonstrar que a determinação da fonte costumeira é muito influenciada pela forma como o observador lida com o poder e com os valores existentes em uma sociedade. Dentre os métodos à disposição do observador, vale mencionar dois deles, que lidam, em especial, com o binômio “poder e valor”.

Primeiramente, pode-se apontar o método realista, o qual aproxima o direito da política. Este método, aplicado ao direito costumeiro, entende que o comportamento habitual fornece apenas o conteúdo da norma. A sua juridicidade e validade dependem da vontade da comunidade internacional. Isso significa que as normas costumeiras estão

vinculadas à distribuição do poder nas relações internacionais²⁴¹ e à possibilidade de sua realização concreta por meio da aplicação de alguma forma de sanção para aquele que tenha se comportado de uma maneira contrária ao costume.

O método realista abre caminho para se analisar diferentemente o peso de cada sujeito criador dos precedentes a serem considerados. Portanto, a análise da norma internacional costumeira inclui a consideração das circunstâncias políticas das ações relevantes²⁴² e o poder de *quem* fala. Isso, contudo, torna o direito costumeiro ainda mais indeterminável, pois subordinado a elementos contingenciais, a saber, a política, que geralmente possui interesses de curto prazo. Acusa-se o realismo radical de desnaturar o caráter normativo do direito²⁴³.

Para resolver esta questão, outros métodos apelam aos valores da comunidade internacional como um reforço prescritivo e axiológico. Há vários métodos de determinação do costume levando em consideração aos valores. Não é objetivo deste trabalho classificar ou analisar os métodos existentes, nem mesmo compará-los em suas variáveis ou esgotar sua conceituação.

Porém, vale apontar aqui *algumas* das características da “Ciência do Direito Politicamente Orientada” (CDPO)²⁴⁴, que abordou a teoria como um método de possível aplicação ao direito internacional, em especial para hipótese de violações de direitos humanos em conflitos internos²⁴⁵. Embora essa teoria envolva sociologia, política, ética e direito, considerando um contexto empírico multifatorial²⁴⁶, sendo uma teoria sobre o direito, e não do direito²⁴⁷. ela também se propõe a determinar a *lex lata* (lei vigente) por meio de uma perspectiva maximizadora dos valores adotados²⁴⁸.

Em relação ao que interessa para este tópico, isso é, o impacto da consideração dos valores no processo de formação do costume, a CDPO entende que se encontram difundidos, em todas as sociedades humanas, os seguintes valores: poder, iluminação, riqueza, bem-estar, habilidade, afeição, respeito e retidão²⁴⁹. Estas categorias são

²⁴¹ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A indeterminação da prática no costume: uma crítica dos métodos no direito internacional*, p. 132-133.

²⁴² *Ibidem*, p. 134.

²⁴³ *Ibidem*, p. 138.

²⁴⁴ Policy-Oriented Jurisprudence.

²⁴⁵ WIESSNER, Siegfried; WILLARD, Andrew R. Policy-oriented jurisprudence and human rights abuses in internal conflict: toward a world public order of human dignity. *Stud. Transnat'l Legal Pol'y*, v. 36, p. 47-77.

²⁴⁶ MCDUGAL, Myres S.; LASSELL, Harold D. Jurisprudence in policy-oriented perspective. *Papers*, n. 2.582, p. 486-513, 1976, p. 494-495 (Faculty scholarship series).

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 486.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 495.

²⁴⁹ WIESSNER, Siegfried; WILLARD, Andrew R. *Op. cit.*, p. 50.

logicamente exaustivas, porém empiricamente abertas, ou seja, a aplicação concreta de referidos valores é variável e pode se alterar de contexto para contexto social²⁵⁰. Para esta corrente, a forma como a comunidade internacional incorporou e procurou atingir estes valores foi por meio do direito internacional dos direitos humanos²⁵¹.

Ocorre que, para esta teoria, o direito internacional é *“um processo pelo qual as pessoas esclarecem e implementam seus objetivos comuns por meio de valores compartilhados”*²⁵² e não equivale a um mero corpo de normas. O direito internacional somente se realiza por uma espécie de “correia transportadora consistente em uma ação humana”²⁵³, que lhe conferirá aplicabilidade e será operacionalizada por aqueles que possuem poder de decisão numa determinada comunidade. Nesse sentido, o Estado não é o único ator do processo de produção do direito internacional costumeiro, mas sim todos aqueles conseguem influir efetivamente no deslinde dos assuntos internacionais.

A força prescritiva do direito internacional (capacidade de dar comandos, de influenciar comportamentos ou modificá-los) não vem somente do Estado nação, mas da conjugação dos fatores de autoridade e controle. A autoridade é um espectro de legitimidade baseado nas expectativas da comunidade internacional²⁵⁴. Já o controle advém da possibilidade efetiva de conferir aplicação às normas²⁵⁵. Nesse sentido, o direito internacional não está relacionado apenas com o poder, mas também com valores.

Feitas estas considerações, a teoria reputa que, para que a responsabilidade internacional penal individual atue como uma sanção apropriada às violações dos valores insculpidos no direito internacional dos direitos humanos, ela deve englobar não apenas o seu caráter punitivo, mas, também, buscar alcançar outros objetivos como suspensão das violações, prevenção a violações futuras e restauração da sociedade pela restauração da ordem pública, que é composta, entre outros valores, pelo direito internacional dos direitos humanos²⁵⁶.

²⁵⁰ WIESSNER, Siegfried; WILLARD, Andrew R. Policy-oriented jurisprudence and human rights abuses in internal conflict: toward a world public order of human dignity. *Stud. Transnat'l Legal Pol'y*, v. 36, p. 50.

²⁵¹ Ibidem, p. 51.

²⁵² MCDOUGAL, Myres S.; LASSELL, Harold D.; REISMAN, W. Michael. The world constitutive process of authoritative decision”. *Journal of Legal Education*, v. 19, n. 3, p. 253-300; v. 19, n. 4, p. 403-437, 1967, p. 275. Tradução livre do original: “Fundamentally, international law is a process by which the peoples of the world clarify and implement their common interest in the shaping and sharing of values.”

²⁵³ Ibidem, p. 52. Tradução livre do original: “conveyor belt of human action”.

²⁵⁴ MCDOUGAL, Myres S.; LASSELL, Harold D.; REISMAN, W. Michael. Op. cit., p. 425.

²⁵⁵ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A indeterminação da prática no costume: uma crítica dos métodos no direito internacional*, p. 155.

²⁵⁶ WIESSNER, Siegfried; WILLARD, Andrew R. Policy-oriented jurisprudence and human rights abuses in internal conflict: Toward a world public order of human dignity. *Stud. Transnat'l Legal Pol'y*, v. 36, p. 56.

Sustenta que, ao abordar o tema de violações de direitos humanos em conflitos internos, o processo decisório deve não apenas considerar amplamente o contexto social e político, analisando a conduta passada a ser julgada, mas também olhar para o futuro, efetuando uma prospecção de como se aproximar de uma ordem pública que proteja a dignidade humana²⁵⁷. Para atingir este objetivo, o observador deverá adotar uma perspectiva construtivista ao exarar suas decisões. “*A CDPO, portanto, é uma teoria assumidamente, política, construtivista e interventora (procura influenciar as decisões do processo que descreve)*”²⁵⁸, assumindo um caráter desenvolvimentista. Assume-se expressamente a ligação entre direito, política e valores.

3.5 Conclusões do capítulo

As alterações dos tradicionais modos de exteriorização do direito internacional contemporâneo revelam que o art. 38 do Estatuto da CIJ, concebido nos idos de 1920, apresenta uma classificação simplista. Pensado para regulamentar um processo de produção do direito internacional fundado em obrigações dispositivas e vontade dos Estados, indica os lugares de onde provém o direito à maneira de um certificado de origem²⁵⁹, concebendo as fontes formais estaticamente, aí se incluindo o costume internacional.

Contudo, a manifestação empírica do costume revela que ele constitui um processo que pode incluir diferentes sujeitos criadores e diferentes veículos de exteriorização, evidenciando que o papel central do Estado nação, marcado pela Paz de Vestfália, não foi uma transformação do direito internacional, mas sim seu evento inaugural²⁶⁰.

Outrossim, o perfil de manifestação de seus elementos – prática geral e *opinio iuris* – muitas vezes não tem se encaixado na moldura apresentada pelo art. 38 (b) do Estatuto da CIJ. Manifestações destoantes do costume, a depender das relações de poder e valores envolvidos, têm se configurado.

²⁵⁷ I WIESSNER, Siegfried; WILLARD, Andrew R. Policy-oriented jurisprudence and human rights abuses in internal conflict: Toward a world public order of human dignity. *Stud. Transnat'l Legal Pol'y*, v. 36, p. 74/75.

²⁵⁸ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A indeterminação da prática no costume: uma crítica dos métodos no direito internacional*, p. 160.

²⁵⁹ ABI-SAAB, Georges. Les sources du droit international: essai de déconstruction. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.). *Le droit international dans un monde en mutation: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, p. 32.

²⁶⁰ NASSER, Salem Hikmat. Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a *soft law*, p. 77.

Isto sugere que neste processo fluido que é a produção da norma costumeira, consubstanciado na passagem de fato para direito, o binômio “poder e valores” afeta fortemente sua exteriorização e produção. Ademais, a depender do “olhar do observador” que por meio de métodos realça, ora as relações de poder, ora os valores, pode-se ainda chegar a diferentes resultados no que tange à regra costumeira.

Em conclusão, evidencia-se que os elementos formadores do costume podem se manifestar a partir de fontes “não estatais”, decorrentes da atuação de outros atores internacionais²⁶¹ a depender não apenas dos fatores de poder, mas também da legitimidade dos valores das normas veiculadas por estes atores.

Justamente pelo fato de os elementos do costume apresentarem manifestação flexível e variável, passa-se a discutir em que medida as decisões apresentadas no Capítulo 1 desenvolveram o direito costumeiro sobre crimes contra a humanidade, ou mesmo veicularam um de seus elementos, influenciando eventualmente na da redação atual do art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma.

²⁶¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A formação do direito internacional contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas “fontes”. In: Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*, p. 86.

4 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL SOBRE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

A proposta desta dissertação é analisar a contribuição e o papel que a jurisprudência do TPII desempenhou no processo de produção e desenvolvimento do direito internacional penal costumeiro sobre crimes contra a humanidade e sua possível influência na formação do conteúdo normativo do art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma, aprovado em 17 de julho de 1998.

Após circunstanciar brevemente o contexto histórico no qual o TPII foi criado, bem como verificar a base eminentemente costumeira do crime contra a humanidade, foi analisada a fundamentação da Corte e suas conclusões acerca das elementares do *caput* do art. 5º do Estatuto do TPII nos casos *Duško Tadić* e *Dražan Erdemović*.

A partir disso, e considerando que exercer a jurisdição penal sobre crimes contra a humanidade implicou na determinação e apuração do costume válido sobre o tema, foram analisadas as bases da “teoria do costume” e seus elementos, tal como previstos no art. 38 (b) do Estatuto da CIJ. Em seguida, foram expostas algumas formas de manifestação concreta dos dois elementos do costume (seja quanto aos sujeitos criadores, seja quanto aos instrumentos veiculadores), bem como exploradas suas manifestações atípicas. Ao final, ressaltada a natural dificuldade de determinação do costume, foram apontados os dois fatores que influenciam a manifestação de seus elementos, a saber, valores e poder.

Neste capítulo, procurando-se fazer uma correlação entre o surgimento do TPII e o binômio “valor e poder”, procurar-se-á aferir em que medida a jurisprudência desta Corte desnudou meramente o costume já existente envolvendo o crime contra a humanidade ou construiu, no todo ou em parte, seus elementos no que tange a este tema.

4.1 Um novo paradigma para o valor “paz mundial”: sua concepção externa e interna

A insegurança gerada pela Segunda Guerra Mundial, o fracasso da Liga das Nações em evitar a guerra e a ineficiência de sua estrutura institucional pela excessiva burocratização redundaram na criação da ONU em 1945. Para Bruno Simma, na prática dos Estados, este foi o primeiro marco permanente do surgimento de um *community interest*, este entendido como o consenso em torno de valores fundamentais que não podem

ser objeto de disposição pelos Estados individualmente, mas que são reconhecidos e sancionados pela lei como de interesse de todos os Estados em conjunto²⁶².

Criada para aprimorar a regulação internacional e superar um modelo de relações internacionais que incentivava a guerra, a ONU adotou como pilar a preservação do valor “paz mundial”. Como um “centro”, ou um “pivot”, em torno do qual os instrumentos internacionais passaram a orbitar, pode-se dizer que referido “valor” passou a determinar os níveis de liberdade dos sujeitos de direito internacional²⁶³. Nesse contexto, imperava a ideia de que a paz e o bem-estar dos povos seriam atingidos unicamente com o respeito à autonomia dos Estados e com a preservação de sua independência política na condução de seus assuntos externos e internos.

Ocorre que os efeitos devastadores da Segunda Guerra Mundial forçaram a introdução de novos valores no direito internacional. Implementou-se uma mudança no próprio escopo de atuação material do direito internacional, que passou a disciplinar temas sociais e de direitos humanos. O direito internacional passou a ser orientado não apenas pelo poder, mas também por valores humanos, elevando a importância da legitimidade no exercício do poder²⁶⁴.

A Guerra Fria, contudo, selou um período de inércia na implementação prática dos valores protegidos pelo direito internacional dos direitos humanos. Violações a estes direitos ocorriam por meio de conflitos intraestatais, mas estes não eram vistos como capazes de abalar a paz mundial. Até a década de 1990, o CSONU somente havia entendido como caracterizada uma situação de “violação da paz” mundial em quatro casos específicos: no conflito da Coreia em 1950, na guerra entre o Reino Unido e a Argentina pelo território das ilhas Falklands em 1982, na guerra entre Irã e Iraque em 1987 (a qual já durava sete anos) e, finalmente, na invasão do Kuwait ocorrida em agosto de 1990²⁶⁵. Ocorre que tais conflitos possuíam um elemento comum importante, a saber, o de serem conflitos entre Estados soberanos, dotados de uma ramificação externa. Assim, apenas conflitos entre Estados, que transpusessem fronteiras soberanas, e geralmente militarizados, eram tidos como situações caracterizadoras de violação da paz mundial.

²⁶² SIMMA, Bruno. International crimes: injury and countermeasures. Comments on Part 2 of the ILC Work on State Responsibility. In: WEILER, Joseph H. et al. *International crimes of state*, p. 285.

²⁶³ ABI-SAAB, Georges. The concept of “international crimes” and its place in contemporary international law. In: WEILER, Joseph H. et al. Op. cit., p. 142.

²⁶⁴ JUBILUT, Liliana Lyra. *A legitimidade da não-intervenção em face das resoluções do Conselho de Segurança da ONU*, p. 5.

²⁶⁵ KERR, Rachel. *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, p. 14.

Ocorre que o desaparecimento da URSS e o fim do conflito Leste/Oeste romperam com a capacidade estatal de manter a segurança dos seus cidadãos e a integridade territorial, que até então eram garantidos por um modelo de segurança bipolar. O surgimento de um modelo multipolar muito mais complexo passou a exigir uma nova definição das alianças internacionais²⁶⁶. Internamente, o Estado não mais conseguiu regular a sociedade civil nacional por meios dos instrumentos jurídicos tradicionais, dada a redução de seu poder de intervenção, controle, direção e indução²⁶⁷ deixando, pois, de conseguir atingir o consenso no interior de seu território. O denominador comum deste cenário foi o surgimento dos conflitos intraestatais, já mencionados no Capítulo 1.

Os conflitos intraestatais da década de 1990 demonstraram ao mundo que a paz mundial, ou seja, a ordem na sociedade internacional, não seria obtida com respeito incondicional aos assuntos internos dos Estados e a partir de uma concepção absoluta de soberania estatal. Revelava-se a necessidade de se reconciliar o conceito de soberania estatal com a efetiva proteção dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados²⁶⁸. A concepção de paz mundial, como ausência de guerra, mostrava-se ultrapassada.

Estes acontecimentos contribuíram para uma mudança de paradigma em torno da concepção de paz mundial, o que fez com que se vislumbresse que esta englobava, também, a proteção dos direitos humanos em âmbito intraestatal (e não com sua exclusão).

A análise conjugada da necessidade de preservação da paz mundial, prevista na Carta da ONU²⁶⁹, com os demais instrumentos universais de direitos humanos que já haviam sido editados (conforme narrado no Capítulo 1, item 1.1), permitiram que a paz mundial fosse interpretada como um valor indivisível, o que redundou no entendimento de que a paz estaria também violada caso os Estados não conferissem proteção e segurança às suas populações civis em âmbito interno. Em outras palavras, a paz mundial estaria igualmente violada caso um Estado praticasse ou mesmo permitisse a prática de maus tratos às populações dentro de suas fronteiras. Para Larry May, a concepção de paz

²⁶⁶ ROTH, André Noel. O direito em crise: o fim do estado moderno?. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 18.

²⁶⁷ FARIA, José Eduardo. Introdução. Op. cit., p. 11.

²⁶⁸ JUBILUT, L. L. A “responsabilidade de proteger” é uma mudança real para as intervenções humanitárias?. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. II, p. 3, 2008. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/Liliana%20Jubilut%20DIH.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2013.

²⁶⁹ BRASIL. *Decreto nº 19.841/45 (Carta da ONU)*. “Art. 1 (1) Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 16 dez. 2014).

mundial passou a incluir tanto a *”ausência da hostilidade externa, quanto a ausência da discórdia em casa”*²⁷⁰.

A temática insculpida nos tratados de direitos humanos e de direito humanitário se apresentou como a base jurídica para que se legitimasse esse novo olhar a para a concepção de paz mundial como “valor”. Este valor, portanto, passou a ser visto por uma dupla concepção, interna e externa, tendo sido criado um novo paradigma para o primeiro. Por sua vez, este novo paradigma permitiu a ampliação prática (e não apenas jurídica) do raio de ação do direito internacional, que passou a ter não apenas aplicação horizontal (interestatal) como também vertical (intraestatal), pela instalação do TPII.

4.2 O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia como instrumento para o restabelecimento do valor “paz mundial”

As normas internacionais de direitos humanos, que sustentaram o novo paradigma de paz mundial, passaram a ser utilizadas para fazer da tutela da dignidade humana um *“standard da legitimidade”* do poder decisório das soberanias na sociedade internacional contemporânea. Isto impactou o processo de interpretação e aplicação das normas de direito internacional²⁷¹ no que diz respeito ao princípio da não intervenção.

Este novo paradigma (paz mundial externa e interna) acarretou uma alteração do posicionamento político do CSONU na interpretação de situações que caracterizassem atos de agressão, ameaça ou ofensa à paz mundial, a ensejar a atuação desse órgão nos termos do capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Passou-se a entender que a paz mundial estaria igualmente violada caso não houvesse o respeito de um mínimo de direitos do homem por parte do governante de uma nação em âmbito interno.

Tal posicionamento ampliou a agenda internacional visando a criação de institutos e instâncias internacionais capazes não apenas de monitorar a paz internacional (como já faziam os tratados internacionais de direitos humanos), mas de efetivamente restabelecer a ordem interna nos Estados. Isso permitiu a revisão do princípio da não intervenção pelo CSONU, que reinterpreto art. 39 da Carta das Nações Unidas, passando então a entender que violações de direitos humanos, ainda que ocorridas no âmbito intraestatal, ensejariam a

²⁷⁰ MAY, Larry. *Crimes against humanity: a normative account*, p. 33. Tradução livre do seguinte original: *“prevention of discord at home, and hostility from abroad”*.

²⁷¹ LAFER, Celso. A legitimidade na correlação direito e poder: uma leitura do tema inspirada no tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 61, p. 35-40, nov. 2000, p. 36.

invocação do capítulo VII²⁷² da Carta da ONU²⁷³. Esta nova interpretação de referido art. 39 redundou em uma decisão inovadora: a de se utilizar um instrumento jurídico, a partir da linguagem do art. 41 da Carta²⁷⁴, que versa sobre medidas que não incluem o uso da força para o restabelecimento da paz e segurança internacionais, a saber, a instalação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII).

Ocorre que a criação de tribunais internacionais não constava expressamente entre a lista das medidas previstas no referido art. 41 e, apesar da enumeração de referido artigo ser meramente exemplificativa, a decisão de se criar um tribunal penal internacional com referida base jurídica foi considerada, à época, uma medida ousada²⁷⁵.

Isso porque, até então, os Tribunais de Nuremberg e Tóquio haviam inaugurado a inserção do instituto da responsabilidade internacional penal individual no direito internacional eminentemente em caráter interestatal, basicamente somente criminalizando condutas que envolviam a guerra como ilícito internacional. O crime contra a humanidade não possuía autonomia própria, estando atrelado a um crime de guerra ou contra a paz.

Por seu turno, o TPII estava sendo convidado a desempenhar o papel do primeiro tribunal penal verdadeiramente internacional, criado no seio da ONU, para reinstauração da paz em âmbito intraestatal (interno), por meio da persecução penal. Isto lhe conferiu a possibilidade de disparar em termos efetivos, a partir de seus julgados, a alteração do escopo de atuação *concreta* do direito internacional penal, inaugurando um alcance mais efetivo da proteção das normas de direitos humanos pela atuação vertical do instituto da responsabilidade internacional penal individual, que englobaria condutas intraestatais. Uma das categorias jurídicas usadas para o exercício desta competência foi justamente a figura do crime contra a humanidade.

Para que o TPII pudesse cumprir este mandato, foi previsto, no seu Estatuto, a figura do crime contra a humanidade, visando incriminar ataques contra populações civis de acordo com a política de um Estado, de forma a poder alcançar a “criminalidade de

²⁷² Que disciplina ações relativas a ameaças à paz, à ruptura da paz e aos atos de agressão.

²⁷³ KERR, Rachel. *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, p. 13/16.

²⁷⁴ BRASIL. *Decreto nº 19.841/45 (Carta da ONU)*. “Artigo 41. O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 16 dez. 2014).

²⁷⁵ SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, p. 22.

Estado”²⁷⁶ para crimes internacionais intraestatais como forma de se garantir a paz mundial. O TPII, portanto, condensou em seu mandato a missão de realizar um valor, a saber, garantir a paz mundial em sua dupla faceta (externa e interna).

4.3 As relações de poder e o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

Após 1945, o mundo experimentou um processo crescente de descentralização do poder na esfera internacional. A independência das colônias aumentou exponencialmente o número de Estados, descaracterizando a ordem internacional como um “clube europeu”. Com efeito, entre 1900 e 1950, 1,2 Estados surgiram por ano, ao passo que entre 1950 e 1990 esse número passou a ser de 2,2²⁷⁷.

Concomitantemente a isto, houve o reconhecimento de novos sujeitos de direito internacional (conforme apontado no Capítulo 3, item 3.3.1), o que acarretou o esvaziamento relativo do poder soberano do Estado a partir do surgimento de novas polaridades de poder e compartilhamento da soberania estatal com outras forças em nível internacional²⁷⁸. Ademais, os tratados de direitos humanos editados tiveram a consequência de reconhecer o indivíduo como sujeito de direito internacional e, portanto, titular de direitos e expectativas perante a sociedade internacional.

Estes fatores contribuíram para a releitura progressiva do conceito de soberania estatal, que passou a ser vista não apenas como um poder, mas também como um dever do Estado nação de respeitar, proteger e não violar um “*standard mínimo*” de direitos titularizados pelos homens dentro e fora de seu território.

Nesse cenário, a criação do TPII está diretamente ligada não apenas com a nova concepção do valor “paz mundial”, como também reflete as alterações das estruturas de poder e o debate de sua legitimidade na ordem internacional, constituindo a manifestação prática e concreta da releitura da concepção de soberania estatal absoluta, pois o exercício da jurisdição penal de um Estado sobre seu território e cidadãos é um dos elementos da soberania²⁷⁹. Porém, ao ser utilizado como um instrumento de intervenção em assuntos

²⁷⁶ Ou seja, crimes perpetrados por chefes de Estado ou oficiais de Estado em nome deste, mediante o uso do próprio aparato estatal.

²⁷⁷ MERKE, Federico. Reconsidering Westphalia: contending perspectives on the future of the nation-state. *Cena Internacional*, ano 4, n 1, p. 102.

²⁷⁸ FARIA, José Eduardo. Introdução. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, p. 11.

²⁷⁹ KERR, Rachel. *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, p. 62.

internos do Estado nação em prol da proteção de direitos humanos fundamentais²⁸⁰ e restauração da paz, o TPII refletiu, também, a revisão do princípio da não intervenção.

Pelo fato de a guerra civil estar em curso no território da ex-Iugoslávia, as circunstâncias históricas exigiram que o TPII fosse instalado de forma rápida, não havendo tempo hábil para se celebrar um tratado, o qual exigiria lentas negociações políticas multilaterais. Dessa forma, sua instalação se deu pela Resolução nº 827 do CSONU, de 25 de maio de 1993²⁸¹.

O mandato interno do TPII, consistente no exercício da jurisdição em matéria penal, foi um duro golpe na soberania do Estado da então República Federativa Socialista da Iugoslávia. Ademais, tendo sido instalado por uma resolução do CSONU, a Corte se constituiu em um repositório de jurisdição universal a falar em nome de todos os Estados membros da ONU²⁸². Com efeito, nos termos do art. 2 (5), (6), 25 e 49 da Carta da ONU²⁸³, todos os Estados têm a obrigação de cooperar com os mecanismos internacionais estabelecidos pela ONU, ou pelo CSONU, para combater os crimes internacionais e restabelecer a paz mundial. A cooperação nesta área deixa de ser uma questão voluntária, para se tornar um dever absoluto imposto pelo direito internacional²⁸⁴. Isso conferiu ao TPII um poder diferenciado em face da comunidade internacional como um todo²⁸⁵, pois sua jurisdição passou a ser compulsória e não optativa.

Na condição de tribunal *ad hoc*, o TPII possuiu competência limitada no tempo e no espaço. Foi-lhe conferida jurisdição para julgar crimes cometidos no território da ex-Iugoslávia, bem como em seu espaço aéreo e mar territorial a partir de 1º de janeiro de

²⁸⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O direito de assistência humanitária*, 2001, p. 52-54.

²⁸¹ RESOLUÇÃO Nº 827, de 25 de maio de 1993, do CSONU. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/827\(1993\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/827(1993))>. Acesso em: 28 out. 2013.

²⁸² KERR, Rachel. Op. cit., p. 63.

²⁸³ BRASIL. *Decreto nº 19.841/45 (Carta da ONU)*:

“Art. 2 (5). Todos os Membros darão às Nações toda assistência em qualquer ação a que elas recorrerem de acordo com a presente Carta e se absterão de dar auxílio a qualquer Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo. 6. A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.

Artigo 25. Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.

Artigo 49. Os Membros das Nações Unidas prestar-se-ão assistência mútua para a execução das medidas determinadas pelo Conselho de Segurança.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 16 dez. 2014).

²⁸⁴ MIRANDA, João Irineu de Resende. *A desconsideração da personalidade do estado pelo Tribunal Penal Internacional*, p. 36.

²⁸⁵ ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes against humanity: the struggle for global justice*, p. 376.

1991 até uma data que seria fixada pelo CSONU²⁸⁶. Para se firmar a sua competência, bastava que houvesse um nexo entre a alegada ofensa e o território da ex-Iugoslávia²⁸⁷, independentemente da nacionalidade do perpetrador. Tal circunstância, somada à competência concorrente de sua jurisdição, com primazia sobre as Cortes nacionais²⁸⁸, erigiu o TPII à condição de primeiro tribunal internacional criado pela comunidade internacional com jurisdição criminal²⁸⁹, que poderia solicitar às jurisdições nacionais que declinassem de sua competência em favor do tribunal²⁹⁰. Na prática, tais regras erigiram o TPII à condição de autoridade máxima para dizer o direito internacional penal no que tange à competência material que lhe foi conferida.

A estrutura do tribunal contemplava três órgãos principais: (i) as câmaras de julgamento de primeira instância (em número de dois e compostas por três juízes cada uma) e uma câmara de apelação (composta por cinco juízes); (ii) o procurador; e (iii) a secretaria. Outrossim, o seu regulamento processual penal²⁹¹ era bastante avançado para o direito internacional penal da época e estava baseado na Convenção Europeia de Direitos humanos²⁹². A forma de escolha dos seus juízes²⁹³, que representavam todas as regiões do mundo, e não eram patrocinados pelas partes envolvidas no conflito, também foi

²⁸⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Estatuto, art. 1º: 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”. (Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2014).

²⁸⁷ SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, p. 142.

²⁸⁸ No que tange à relação de sua jurisdição com as cortes nacionais daquele país, o art. 9º, §1º, do TPII determina que o tribunal tem “competência concorrente” com os tribunais domésticos, o que significa que os casos em questão podem ser julgados tanto no TPII quanto nas jurisdições nacionais. Ademais, seu parágrafo segundo estabelece que o TPII tem primazia sobre as jurisdições nacionais.

²⁸⁹ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 10/08/1995, Decision on the defence motion on jurisdiction, “para. 6: ‘This is the first time that the international community has created a court with criminal jurisdiction’”. (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/50810pmn.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2014).

²⁹⁰ ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes against humanity: the struggle for global justice*, p. 386.

²⁹¹ Foram elaboradas pelos juízes do TPII as regras de procedimento e prova (“RPP”) do tribunal (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Regras de Procedimento e Prova* (“RPP”), 11 de fevereiro de 1994. Disponível em: <<http://www.icty.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=t3HW9lQuI8>>. Acesso em: 28 out. 2013).

²⁹² CASSESE, Antonio. *A influência da CEDH sobre a atividade dos tribunais penais internacionais*, p. 179.

²⁹³ De acordo com o Estatuto, os juízes são escolhidos pela Assembleia Geral das Nações Unidas a partir de uma lista elaborada pelo Conselho de Segurança da ONU, que os escolhe dentre uma listagem apresentada por Estados membros da ONU, mas também não membros, desde que estes mantenham observadores permanentes perante a ONU. Os juízes escolhidos não podem pertencer à mesma nacionalidade, e a composição final da lista de juízes escolhidos deve propiciar uma representação adequada dos sistemas jurídicos existentes no mundo. O juiz que atuar no processo de primeira instância não poderá julgá-lo em grau recursal.

importante para conferir autoridade e legitimidade ao tribunal²⁹⁴.

Todos esses fatores garantiram o respeito a uma espécie de “*rule of law*” por parte do TPII que até então não havia existido no âmbito de uma jurisdição internacional penal²⁹⁵. Estas circunstâncias fizeram com que a jurisdição da Corte se destoasse das características comuns de uma jurisdição internacional, pois, além de ser uma jurisdição compulsória e concorrente, que não derivou de pedido ou da aceitação da República Federativa Socialista da Iugoslávia e que impôs deveres de cooperação a toda comunidade internacional, esta jurisdição foi, ao mesmo tempo, regrada por um Estatuto que preservou o *rule of law*, o que lhe conferiu considerável legitimidade internacional. Nesse cenário, sua jurisdição despontou como um “polo de poder” perante toda a comunidade internacional para dizer o direito internacional penal sobre crimes contra a humanidade.

Em conclusão, a jurisdição do TPII indica ter havido a reunião do binômio “valor e poder” capaz de afetar a forma de exteriorização e produção do costume internacional, conforme apontado no Capítulo 3, item 3.5. Este binômio marcou uma clara interligação entre direito e paz e o instrumento de conexão destes conceitos foi o TPII. Porém, tradicionalmente estes dois conceitos pertenciam a searas distintas, o primeiro pertencendo ao campo jurídico (direito) e o segundo ao campo dos valores (paz). Ao refletir um elo entre direito e paz, o TPII denota ter sido investido de um duplo mandato²⁹⁶: um mandato interno, que implicou no exercício de atribuições jurisdicionais penais; e um mandato externo, pelo qual os juízes passaram a enxergar sua jurisdição como um veículo de desenvolvimento do direito humanitário e direito internacional penal²⁹⁷.

4.4 O desenvolvimento do direito internacional penal sobre crimes contra a humanidade

4.4.1 O crime contra a humanidade e o princípio da legalidade

Para se entender e analisar o papel e a contribuição da jurisprudência do TPII e sua relação com a figura do crime contra a humanidade, é preciso ter em mente o estágio de desenvolvimento do direito internacional penal quando o TPII começou a atuar, em especial no que concerne ao princípio da legalidade.

²⁹⁴ ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes against humanity: the struggle for global justice*, p. 386.

²⁹⁵ Ibidem, p. 390/392.

²⁹⁶ KERR, Rachel. *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, p. 40.

²⁹⁷ Ibidem, p. 91.

Em geral, os sistemas penais nacionais se embasam na doutrina da “justiça substantiva” ou no do “princípio da legalidade”²⁹⁸.

Para a doutrina da “justiça substantiva”, o sistema penal deve punir as condutas danosas à vida social, independentemente de a conduta praticada estar previamente criminalizada na Lei. Para esta corrente, o direito da sociedade está acima do direito do indivíduo. Os sistemas legislativos Soviético (1918-1958) e Nazista (1933-1945) são exemplos de aplicação desta doutrina. Mais recentemente, pode-se encontrar um exemplo de sua aplicação em países democráticos como a Alemanha, no qual o princípio similar “da justiça objetiva” ganhou aplicação diante das regras impostas por governos opressivos²⁹⁹.

De outro lado, existem os sistemas penais que adotam o “princípio da legalidade”, que dita que somente se pode punir um indivíduo se houver prévia lei criminalizando a conduta. Atualmente, a maioria dos países democráticos adota internamente o princípio da legalidade em matéria penal, porém com graus diferentes de rigor e enfoque. Os países de *civil law*, como, por exemplo, França e Itália, adotam o princípio da estrita legalidade, o qual prescreve que um crime deve estar prescrito em prévia lei escrita editada pelo Poder Legislativo, incluindo aí a quantificação de sua pena mínima e máxima³⁰⁰.

Por seu turno, nos países que adotam a *common law*, no qual o precedente judicial possui grande força, há uma tendência de se imprimir um rigor menor ao princípio da legalidade, o que redundaria em uma maior margem de discricionariedade na definição das elementares dos crimes³⁰¹. Por exemplo, a caracterização completa dos crimes não precisa estar descrita em lei, desde que esteja assentada na jurisprudência e possa ser previamente conhecida. Ademais, a lei penal não é estritamente não retroativa³⁰². Em outras palavras, nos países que adotam a *common law*, a aplicação do princípio da estrita legalidade se apresentaria problemática, já que dificultaria o próprio desenvolvimento do sistema³⁰³.

Transplantando estas doutrinas para o direito internacional penal, conclui-se que a adoção do princípio da legalidade, no que tange ao crime contra a humanidade, foi um processo longo e complexo. A primeira dificuldade se refere ao fato de o direito internacional penal ter uma base filosófica fundada na coerção, ao contrário do seu criador,

²⁹⁸ CASSESE, Antonio. *International criminal law*, p. 22.

²⁹⁹ Ibidem, p. 22.

³⁰⁰ D' ASCOLI, Silvia. *Sentencing in international law: the UN ad hoc tribunals and futures perspectives for the ICC*. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 16.

³⁰¹ Ibidem, p. 16.

³⁰² CASSESE, Antonio. Op. cit., p. 24.

³⁰³ D' ASCOLI, Silvia. Op. cit., p. 16.

o direito internacional público, que é fundado no consenso³⁰⁴. Em segundo lugar, pode-se apontar o fato de o crime contra a humanidade ter suas origens na “criminalidade de Estado”, envolvendo condutas perpetradas por Chefes de Estado ou oficiais de Estado em nome deste, com o uso do próprio aparato estatal, contra as populações civis, afetando diretamente o exercício do poder soberano em âmbito interno. Tais circunstâncias, somada ao fato da ordem internacional não possuir um governo central autorizado a editar leis substantivas, inviabilizaram a elaboração de uma convenção específica sobre o tema, já que este é extremamente sensível ao consenso dos Estados.

Diante de tais circunstâncias, a comunidade internacional precisou se calcar na doutrina da “justiça substantiva” quando as atrocidades da Segunda Guerra Mundial vieram à tona e revelaram necessária punição. Foi o que ocorreu com o Tribunal de Nuremberg, que enfrentou os argumentos germânicos no sentido da referida Corte estar aplicando a lei penal nova a fatos passados, quando ainda não havia previsão legal internacional acerca do crime contra a humanidade.

Da evolução normativa sobre o crime contra a humanidade, exposta do Capítulo 2, item 2.1, verifica-se que sua estrutura costumeira ainda estava em formação quando o TPII foi instado a atuar, não obstante já existisse na ordem internacional a ideia clara de reprovabilidade das condutas descritas pela categoria do crime contra a humanidade, bem como a constatação da necessidade de proteção das violações aos direitos que este crime visava agasalhar. Para alguns, a categoria do crime contra a humanidade continua até hoje um produto do direito costumeiro internacional e, portanto, sua elaboração e compreensão envolvem uma análise diferente das empreendidas aos demais crimes internacionais³⁰⁵.

4.4.2 O mandato externo do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia: a jurisdição penal como um veículo de desenvolvimento do direito humanitário e direito internacional penal

Em 1993, quando o TPII foi instado a atuar, foi confrontado com diferentes e conflitantes definições do crime contra a humanidade que vinham se arrastando desde o Tribunal de Nuremberg, sem que se obtivesse um consenso sobre o tema. Outrossim, conforme se evidenciou no Capítulo 2, item 2.3, não havia jurisprudência coesa e

³⁰⁴ ARBOUR, Louise. Progress and challenges in the international criminal justice. *Fordham International Law Journal*, v. 21, p. 531-540, 1997-1998, p. 531.

³⁰⁵ BADAR, Mohamed Elewa. From the Nuremberg charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity. *San Diego Int'l L. J.*, v. 5, p. 75.

remansosa oriunda do Tribunal de Nuremberg sobre muitas das elementares envolvendo o crime contra a humanidade. No período da Guerra Fria, alguns julgados esparsos surgiram, oriundos da prática interna dos Estados³⁰⁶, porém não evidenciaram grande uniformidade sobre o tema. O “pesadelo” legislativo e jurisprudencial em torno deste crime exigiu enorme criatividade judicial e também dificultou a adoção de um método interpretativo coeso³⁰⁷.

Em sendo o direito sobre crimes contra a humanidade um direito costumeiro, o TPII precisou enfrentar o desafio de determinar o costume válido sobre o assunto efetuando a “filtração” de fatos e transformando-os em normas. Além do Estatuto, o relatório do Secretário-geral das Nações Unidas apresentado em atendimento ao parágrafo 2º da Resolução nº 808/93 do CSONU esclareceu que compunham o direito costumeiro internacional³⁰⁸:

“as [...] Convenções de Genebra, de 1949, sobre o tratamento de prisioneiros de guerra e de civis em territórios ocupados e seus protocolos adicionais; as Convenções de Haia de 1899 e 1907, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948 e a Carta de Nuremberg de 1945”.

Ocorre que para a finalidade de se aferir a definição do crime contra a humanidade, apenas o Estatuto de Nuremberg e a convenção sobre genocídio constituíam vetores para a definição da estrutura normativa de referida categoria delitiva. O primeiro porque continha uma descrição típica de tal delito e a segunda por prever um crime bastante parecido com o crime contra a humanidade, a saber, o crime de genocídio. Os demais diplomas citados somente se aplicavam aos crimes de guerra (graves violações às Convenções de Genebra de 1949 e violação das leis ou costumes de guerra). Assim, com tantas lacunas e ambiguidades em torno do crime contra a humanidade, ficou difícil ao TPII indicar um método claro para identificação do costume internacional, a fim de efetuar um corte entre a *lex lata* (lei vigente) e a *lege ferenda* (lei a ser criada).

A aplicação da tradicional “teoria do costume” insculpida no art. 38 (b) do Estatuto da CIJ, a partir de uma abordagem estática dos modos de exteriorização da “*opinio iuris*” e

³⁰⁶ Caso Eichman (Corte de Israel), casos Barbie e Touvier (Corte de Cassação Francesa) e caso Regina v. Finta (Suprema Corte do Canadá). In: BADAR, Mohamed Elewa. From the Nuremberg charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity. *San Diego Int'l L. J.*, v. 5, p. 95.

³⁰⁷ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 139.

³⁰⁸ RELATÓRIO DO SECRETÁRIO-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, em atendimento ao parágrafo 2º da Resolução nº 808, de 22 de fevereiro de 1993, do CSONU, UN Doc. S/25704, parágrafo 35. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/25704>. Acesso em: 15 set. 2014.

da “prática generalizada dos Estados” praticamente inviabilizaria a definição do crime contra a humanidade e a finalização dos julgamentos. Em uma de suas decisões, a Corte chegou a declarar que esses dois elementos seriam o norte para a identificação da prática costumeira, usando como parâmetro o caso da Plataforma Continental do Mar do Norte oriundo da CIJ³⁰⁹.

Contudo, o método pelo qual o TPII aferiu e determinou o costume internacionalmente válido não seguiu esta padronagem e foi o ponto de maior crítica da atuação do tribunal, que foi acusado de não ter primado pela adoção de um procedimento técnico³¹⁰.

Por vezes, o TPII entendeu que o Estatuto deveria ser interpretado literalmente³¹¹, ao passo que em outras reputou que deveria ser evitada uma “interpretação literal do estatuto”³¹². Argumenta-se que a Corte citou poucas decisões de uma “elite” de jurisdições nacionais para afirmar a evidência da existência da *opinio iuris*, sem discutir em que medida as primeiras efetivamente refletiam a opinião da comunidade internacional como um todo³¹³. Afirma-se também que não houve preocupação de se fixar critérios qualitativos ou quantitativos para a aferição dos elementos do costume e que, muitas vezes, estes não foram apreciados de forma separada, mas sim conjugada³¹⁴. Afirma-se que a Corte utilizou instrumentos de *soft law* e os trabalhos CDI versando sobre crimes internacionais como um fundamento para se apontar a prática costumeira, sem contudo explicar quais os Estados que se manifestaram sobre estes textos e de que forma³¹⁵. Ainda, acusa-se o TPII de ter

³⁰⁹ PROSECUTOR v. Dražen Erdemović. 07/10/1997, IT-96-22-A. Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, “para. 49: ‘[...] For a rule to pass into customary international law, the International Court of Justice has authoritatively restated in the North Sea Continental Shelf cases that there must exist extensive and uniform state practice underpinned by opinio juris sive necessitatis.’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2013).

³¹⁰ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 109-110.

³¹¹ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 15/07/1999, IT-94-1-A, para. 248. (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2014).

³¹² PROSECUTOR v. Duško Tadić, 02/10/1995, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, “para. 86: ‘[...] Appellant’s argument does not bear close scrutiny, for it is based on an unnecessarily narrow reading of the Statute.’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2014).

³¹³ GRANDONI, Lorenzo. *Nullum crimen sine consuetudine*: a few observations on how the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia has been identifying custom, p. 8-9. Disponível em: <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Gradoni_0.PDF>. Acesso em: 15 ago. 2014.

³¹⁴ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 112.

³¹⁵ GRANDONI, Lorenzo. Op. cit., p. 5.

utilizado expressões vagas como “a prática generalizada” para identificar o costume³¹⁶.

Em suma, a atuação do TPII na aferição do costume conquistou muitos críticos, que acusaram a Corte de ter utilizado o costume como um instrumento de conveniência³¹⁷, ora para abraçar, ora para afastar determinadas interpretações. Afirma-se que o TPII, nos seus primeiros julgados, não se guiou por uma “teoria do costume” com requisitos claramente explicitados e aplicados de forma constante em seus julgamentos³¹⁸.

Porém, a jurisprudência do TPII não é apenas objeto de críticas. Segundo M. Cherif Bassiouni³¹⁹, o desenvolvimento do direito internacional penal foi fortemente impulsionado pela atuação dos Tribunais *ad hoc*. Para o autor, nunca, em um período tão curto, a história (1993 a 2002) presenciou tão rápido desenvolvimento atinente à responsabilidade penal individual no campo do direito internacional.

De fato, a Corte não adotou um método coeso para identificação do costume. Igualmente não analisou as elementares no crime contra a humanidade verificando a comprovação de cada um dos dois elementos do costume (prática geral e *opinio iuris*), tendo feito muitas vezes alusão aos últimos de forma conjugada.

Como já exposto no Capítulo 2, o TPII se empenhou em ignorar o máximo possível o nexa do crime contra a humanidade com uma situação de conflito armado, a fim de expandir a incidência de referida categoria delitiva para âmbito intraestatal. Outrossim, fez uso de seu próprio precedente judicial³²⁰ para suprir uma lacuna legal e definir a qualidade da vítima individualmente considerada do crime contra a humanidade, buscando aí incluir não apenas civis, mas também aqueles que haviam baixado suas armas. Inseriu a expressão “*ataque generalizado ou sistemático*” como elementar do *caput* do art. 5º do TPII (optando pela interpretação dada ao crime pelo Secretário-geral da ONU, em detrimento de seu Estatuto, que entendeu não respeitar o direito costumeiro). Acrescentou ao crime a elementar “*a política de um Estado ou de uma organização*”, a partir da origem histórica do delito (extermínio dos judeus pelo regime estatal nazista), porém a ampliou para que pudesse englobar outros grupos organizados não estatais, já tendo em mente outros

³¹⁶ GRANDONI, Lorenzo. *Nullum crimen sine consuetudine*: a few observations on how the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia has been identifying custom, p. 5. Disponível em: <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Gradoni_0.PDF>. Acesso em: 15 ago. 2014.

³¹⁷ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nation *ad hoc* tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 111.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 13.

³¹⁹ BASSIOUNI, M. Cherif. Perspectives on International Criminal Justice. *Virginia Journal of International Law*, v. 50, p. 296. Disponível em: <<http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol50/issue2/VJIL-50.2-Bassiouni.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

³²⁰ *Vukovar Hospital Decision*.

conflitos internos, como o que ocorrera em Ruanda. Por fim, entendeu que o acusado deveria agir com conhecimento do contexto maior no qual seu ato foi praticado (*ataque generalizado ou sistemático*).

Esta atuação da Corte evidencia o exercício de seu mandato externo. Nas decisões analisadas, o TPII manifestou uma clara tendência de assumir para si a função de contribuir para a manutenção da paz e segurança mundiais³²¹ e, para tanto, entendeu que lhe cabia desenvolver o direito internacional humanitário e o direito internacional penal por meio de uma perspectiva valorativa. Os juízes, ao decidirem as questões jurídicas dos casos concretos, demonstram ter levado em conta os contextos histórico, político e social que deram origem a categoria do crime contra a humanidade, bem como o contexto político mundial no qual foram instados a operar, a saber, a maciça violação de direitos humanos em âmbito intraestatal como uma ameaça a paz mundial.

Isso se revelou de forma clara na primeira decisão que o TPII foi instado a proferir no caso *Duško Tadić*, no bojo do qual a defesa questionou a legalidade da instalação do tribunal e a sua primazia diante das Cortes nacionais, bem como sua competência material para julgar o crime contra a humanidade. A câmara de apelação, invocando o art. 36(6) do Estatuto da CIJ³²² e citando o caso *Nottebohm* de 1953 também da CJI, entendeu que um dos poderes da jurisdição do tribunal era determinar a sua própria jurisdição³²³. Dessa forma, passou a analisar a legalidade de seu estabelecimento pelo CSONU com base no capítulo VII da Carta da ONU. Declarou, então, que a análise de uma situação ameaçadora da paz mundial poderia ser aferida a partir das diretrizes da Carta da ONU. Reconhecendo

³²¹ KERR, Rachel. *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, p. 61.

³²² ESTATUTO DA CIJ. “Artigo 36 – 6. Qualquer controvérsia sobre a jurisdição da Corte será resolvida por decisão da própria Corte.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 26 nov. 2014).

³²³ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 02/10/1995, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, “para. 18: ‘This power, known as the principle of ‘*Kompetenz-Kompetenz*’ in German or ‘*la compétence de la compétence*’ in French, is part, and indeed a major part, of the incidental or inherent jurisdiction of any judicial or arbitral tribunal, consisting of its ‘jurisdiction to determine its own jurisdiction.’ It is a necessary component in the exercise of the judicial function and does not need to be expressly provided for in the constitutive documents of those tribunals, although this is often done (see, e.g., Statute of the International Court of Justice, Art. 36, para. 6). But in the words of the International Court of Justice:

‘[T]his principle, which is accepted by the general international law in the matter of arbitration, assumes particular force when the international tribunal is no longer an arbitral tribunal [...] but is an institution which has been pre-established by an international instrument defining its jurisdiction and regulating its operation.’ (Nottebohm Case (Liech. v. Guat.), 1953 I.C.J. Reports 7, 119 (21 March).)

This is not merely a power in the hands of the tribunal. In international law, where there is no integrated judicial system and where every judicial or arbitral organ needs a specific constitutive instrument defining its jurisdiction, ‘the first obligation of the Court – as of any other judicial body – is to ascertain its own competence.’ (Judge Cordova, dissenting opinion, advisory opinion on Judgments of the Administrative Tribunal of the I.L.O. upon complaints made against the U.N.E.S.C.O., 1956 I.C.J. Reports, 77, 163 (Advisory Opinion of 23 October) (Cordova, J., dissenting).)”. (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2014).

a existência de um conflito armado no país, a Corte entendeu que tanto conflitos internacionais como internos caracterizavam uma ameaça à paz mundial³²⁴.

O TPII marcou um passo importante, afirmando que o valor paz mundial, em sua dupla faceta, estava juridicamente insculpido na Carta da ONU e frisou a pertinência de aplicação do direito internacional penal em âmbito intraestatal. A partir de uma leitura criativa do art. 41 da Carta da ONU, a Corte entendeu que sua criação se deu com base neste artigo³²⁵ e que o TPII figurava como um instrumento para a reinstauração da paz e segurança mundiais³²⁶.

Portanto, o tribunal escolheu proteger um valor e abraçou para si um papel que extrapolou o julgamento dos acusados. A Corte passou a vislumbrar nas suas decisões uma oportunidade para desenvolver e codificar o direito internacional humanitário³²⁷ e penal, tendo frisado que sua instalação havia sido endossada diversas vezes pelo órgão mais representativo da ONU, a saber, a Assembleia Geral dos Estados partes³²⁸. O tribunal se apresentou, portanto, como um “polo de poder” cuja instalação fora aprovada pelo órgão mais representativo da ONU, a saber, a Assembleia Geral de Estados.

³²⁴ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 02/10/1995, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, “para. 30: ‘[...] “But even if it were considered merely as an “internal armed conflict”, it would still constitute a “treat to peace” according to the settled practice of the Security Council and the common understanding of the United Nations membership in general’”. (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2014).

³²⁵ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 02/10/1995, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, “para. 36: ‘Logically, if the Organization can undertake measures which have to be implemented through the intermediary of its Members, it can a fortiori undertake measures which it can implement directly via its organs, if it happens to have the resources to do so. It is only for want of such resources that the United Nations has to act through its Members. But it is of the essence of ‘collective measures’ that they are collectively undertaken. Action by Member States on behalf of the Organization is but a poor substitute *faute de mieux*, or a ‘second best’ for want of the first. This is also the pattern of Article 42 on measures involving the use of armed force.

In sum, the establishment of the International Tribunal falls squarely within the powers of the Security Council under Article 41.’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2014).

³²⁶ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 02/10/1995, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, “para. 38: ‘[...] the Security council has resorted to the establishment of a judicial organ in the form of an international criminal tribunal as an instrument for the exercise of its own principal function of maintenance of peace and security’”. (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2014).

³²⁷ KERR, Rachel. *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, p. 91.

³²⁸ PROSECUTOR v. Duško Tadić, 02/10/1995, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, “para. 44: ‘[...] In addition, the establishment of the International Tribunal has been repeatedly approved and endorsed by the ‘representative’ organ of the United Nations, the General Assembly: this body not only participated in its setting up, by electing the Judges and approving the budget, but also expressed its satisfaction with, and encouragement of the activities of the International Tribunal in various resolutions. (See G.A. Res. 48/88 (20 December 1993) and G.A. Res. 48/143 (20 December 1993), G.A. Res. 49/10 (8 November 1994) and G.A. Res. 49/205 (23 December 1994).’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2014).

Prosseguindo, no caso *Erdemović*, os juízes definiram os crimes contra a humanidade como aqueles que chocam a consciência coletiva, que transcendem a esfera individual, porque atacam e negam a humanidade inteira³²⁹. Nesse julgamento, a humanidade foi expressamente erigida à condição de sujeito passivo indireto do crime³³⁰, bem como à categoria de bem jurídico a ser tutelado pelo direito internacional penal como valor autônomo, agora independentemente da caracterização de um conflito armado ligado a um crime de guerra ou contra a paz, como ocorreu no Tribunal de Nuremberg³³¹. Para alguns, tal entendimento foi o início da construção de um novo paradigma para o conceito de “humanidade”³³², que ganhava autonomia e transcendia as fronteiras de um país, não se limitando à sua população civil, mas englobava homens e mulheres de todo o planeta, independente de nacionalidade, grupo étnico ou localização, pois, no crime contra a humanidade, a violação da lei em uma parte do planeta é sentida em escala mundial³³³.

Posteriormente, a Corte novamente sinalizou que sua decisão seria pautada por valores e rejeitou o cabimento da coação moral como matéria de defesa em crimes contra a humanidade, claramente demonstrando que pretendia desenvolver mandamentos normativos em matéria criminal por meio de seus julgados, visando o desempenho de políticas públicas no campo do direito internacional penal³³⁴. Com isso, a Corte buscou conferir à sua decisão um efeito preventivo geral perante a comunidade internacional por

³²⁹ Interpretação livre do seguinte trecho original de PROSECUTOR v. Dražen Erdemović, 29/11/1996, IT-96-22-T, n. 27 e 28: “[...] crimes against humanity are recognized as very grave crimes which shock the collective conscience [...] Crimes against humanity are serious acts of violence which harm human beings by striking what is the most essential to them: their life, liberty, physical welfare, health and or dignity. [...] but crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterizes crimes against humanity.” (Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts961129e.pdf>. Acesso em: 27/12/2014).

³³⁰ PROSECUTOR v. Dražen Erdemović, 29/11/1996, IT-96-22-T, “para. 28. “[...] It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterizes crimes against humanity.” (Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts961129e.pdf>). Acesso em: 27/12/2014).

³³¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?*. Paris: Éditions Du Seuil, 2011. p. 85.

³³² Ibidem, p. 83.

³³³ PROSECUTOR v. Dražen Erdemović, 07/10/1997, IT-96-22-A, *Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, para. 21. “[...] Crimes against humanity are particularly odious forms of misbehaviour and in addition form part of a widespread and systematic practice or policy. Because of their heinousness and magnitude they constitute egregious attacks on human dignity, on the very notion of humanness. They consequently affect, or should affect, each and every member of mankind, whatever his or her nationality, ethnic group and location. On this score, the notion of crimes against humanity laid down in current international law constitutes the modern translation into law of the concept propounded way back in 1795 by Immanuel Kant, whereby “a violation of law and right in one place [on the earth] is felt in *all* others”. (Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>). Acesso em: 27/12/2014).

³³⁴ PROSECUTOR v. Dražen Erdemović, 07/10/1997, IT-96-22-A, *Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, para. 78. Tradução livre do seguinte original: “Where there is ambiguity or uncertainty, the policy-directed choice can properly be made”. (Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>). Acesso em: 18 dez. 2014).

meio de uma decisão com efeitos prospectivos, de forma a orientar o futuro do direito internacional penal³³⁵.

Portanto, em seus dois primeiros julgados, a Corte indicou ter considerado o “mandato externo” que lhe foi incumbido, buscando desenvolver o direito internacional penal a partir de uma atuação política, que envolveu a escolha de valores, quais sejam: a paz mundial e a proteção da dignidade humana. A partir daí, analisando as origens históricas do surgimento do crime contra a humanidade (extermínios dos judeus pelo regime nazista), bem como considerando a finalidade para a qual tal figura delitiva havia sido contemplada em seu Estatuto (reação às violações de direitos humanos ocorridas em conflitos intraestatais), o TPII definiu as elementares do crime contra a humanidade.

Esta atuação marcou uma clara e intencional ligação entre o exercício da jurisdição penal do TPII e a produção normativa do direito internacional penal, pelo qual se buscou imprimir um impacto restaurador para a região³³⁶ e também para o mundo. Os juízes demonstraram ter enxergado suas decisões não apenas relevantes para o caso concreto, mas igualmente como uma contribuição para o desenvolvimento e codificação do direito humanitário e internacional penal³³⁷, que lutava para alcançar incidência vertical (intraestatal) de forma efetiva e concreta. Para possibilitar este alcance, a Corte adotou uma visão expansiva do direito internacional penal³³⁸.

Daí por que alguns autores, ao comentarem as fontes utilizadas pelo TPII ao proferir suas decisões, apontam razões de política pública³³⁹, apesar de esta última não ser, ao menos dogmaticamente, uma fonte de direito internacional. Há quem diga que tal posicionamento descompromissado do tribunal³⁴⁰, ou mesmo compromissado com

³³⁵ PROSECUTOR v. Dražen Erdemović, IT-96-22-A, 07/10/1997, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, “para. 75: ‘[...] Concerns about the harm which could arise from admitting duress as a defence to murder were sufficient to persuade a majority of the House of Lords and the Privy Council to categorically deny the defence in the national context to prevent the growth of domestic crime and the impunity of miscreants. Are they now insufficient to persuade us to similarly reject duress as a complete defence in our application of laws designed to take account of humanitarian concerns in the arena of brutal war, to punish perpetrators of crimes against humanity and war crimes, and to deter the commission of such crimes in the future?’” (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014).

³³⁶ KERR, Rachel. *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, p. 61.

³³⁷ Ibidem, p. 91.

³³⁸ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nation ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against*, p. 113.

³³⁹ SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, p. 120.

³⁴⁰ CRYER, Robert. One appeal, two philosophies, four opinions and a remittal: the Erdemovic case at the ICTY appeals chamber. *Journal of Armed Conflict*, v. 193, n. 2, p. 193-208, 1997, p. 205.

questões meta-jurídicas ou filosóficas³⁴¹, poderia levar o tribunal a sérios problemas futuros, como, por exemplo, ser taxado de injusto e arbitrário, ocasionando-lhe uma perda de poder e legitimidade.

Do exposto neste capítulo, infere-se que o TPII se colocou como um “polo de poder” na comunidade internacional agindo na defesa dos valores “paz mundial” e “dignidade humana”. Por sua vez, como já apontado no Capítulo 3, a presença do binômio “valor e poder” tem o condão de afetar fortemente a produção e funcionalidade do costume internacional e seus elementos, seja no que tange aos sujeitos envolvidos, seja no que tange a seus veículos de exteriorização.

A presença de tais fatores, somada à mudança de paradigmas no que tange à concepção de paz mundial e ao princípio da não intervenção, permitiram uma diferenciada manifestação da *opinio iuris* sobre crimes contra a humanidade, que passou a ter as decisões judiciais do TPII como veículos de sua exteriorização. Nesse contexto, é possível afirmar que a decisão judiciária constituiu uma fonte autorizada para veicular o conteúdo da norma sobre crimes contra a humanidade e, dessa maneira, contribuiu para o desenvolvimento da estrutura normativa do crime contra a humanidade e, por consequência, do direito internacional penal.

Mas se os elementos do costume precisam ser provados, como identificar a formação desta *opinio iuris* por meio da decisão judicial, como identificar tal convicção de obrigatoriedade do conteúdo normativo do crime contra a humanidade, tal como decidido pelo TPII?

A resposta a esta pergunta somente pode se dar “pelo único método verdadeiramente preciso para estabelecer a existência de uma regra jurídica, a saber, a constatação do fato de que elas agem efetivamente como regras de direito no seio da sociedade considerada”³⁴².

Neste aspecto, o primeiro ponto a se frisar é que, apesar de ter remodelado a categoria do crime contra a humanidade, o TPII não contou com a resistência da comunidade internacional quando da execução de seus julgados nos casos *Duško Tadić* e

³⁴¹ PROSECUTOR v. Dražen Erdemović, IT-96-22-A, 07/10/1997, Separate and dissenting opinion of Judge Cassese, “para. 11: ‘this examination is extraneous to the task of our tribunal [...] our International Tribunal is a court of law: it is bound only by international law. It should therefore refrain from relying exclusively on notions, policy considerations or the philosophical underpinnings of common law countries, while disregarding those of civil law countries or other systems of law’”. (Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-adojcas971007e.pdf>>. Acesso em: 27/12/2014).

³⁴² AGO, Roberto. Droit positif et droit international. *Annuaire de droit international*, v. III, p. 1-62, 1957, p. 46.

Dražen Erdemović, os quais cumpriram suas penas, respectivamente, na Alemanha e Noruega. O próximo passo é analisar como a comunidade internacional avaliou, aceitou e recebeu o conteúdo normativo apontado pelo TPII em matéria de crimes contra a humanidade.

4.4.3 O art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma: a Conferência de Roma

Desde 1994, a Assembleia Geral da ONU já havia decidido reiniciar seus esforços visando à criação de um tribunal internacional penal permanente. Em 1996, o comitê responsável para cuidar do assunto utilizou a versão final do anteprojeto de código de “crimes contra a paz e segurança da humanidade” apresentado pela CDI para a preparação da parte substantiva do futuro Estatuto de Roma³⁴³. No que tange ao direito penal material, o comitê procurou detalhar a descrição típica dos crimes internacionais, a fim de que o tema não fosse deixado para a discricionariedade judicial³⁴⁴.

Posteriormente, em 1996, a Assembleia Geral da ONU criou o chamado “Comitê Preparatório para a instalação do Tribunal Penal Internacional”, que efetuou várias emendas no texto elaborado pela Comissão de Direito Internacional. Em uma de suas sessões, instalada na cidade de Zutphen, no Reino dos Países Baixos (Holanda), realizada em janeiro de 1998, foi aprovado o rascunho final do futuro Estatuto, que então seria levado à conferência diplomática³⁴⁵.

De acordo com as Resoluções nºs 51/207 e 52/160 da Assembleia Geral das Nações Unidas, a Conferência Diplomática de Plenipotenciários para a instalação do Tribunal Penal Internacional (TPI) foi instalada em 15 de junho de 1998, na cidade de Roma, Itália. Mais de 160 países enviaram suas delegações para a conferência, que também reuniu diversas organizações internacionais e mais de 100 organizações não governamentais³⁴⁶. Havia um consenso em torno da ideia de criação de um Tribunal Internacional Penal Permanente; porém imperava o conflito de opiniões em torno de importantes temas, entre eles, em torno da categoria do crime contra a humanidade.

Tendo sido fruto de negociações multilaterais, referido tratado internacional contemplou uma descrição mais detalhada da categoria do crime contra a humanidade e

³⁴³ SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*, p. 10.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 17.

³⁴⁵ KIRSCH, Philippe. Introduction. In: HEBEL, Herman von; LAMMERS, Johan G.; SCHUKING, Jolian (Eds.). *Reflections on the International Criminal Court*. The Hague: T.M.C Asser Press, 1999. p. 2.

³⁴⁶ SCHABAS, William A. *Op. cit.*, p. 18.

representou não apenas sua primeira codificação pela comunidade internacional³⁴⁷, mas também um relativo consenso internacional sobre o tema, refletindo o resultado do desenvolvimento obtido pelo direito internacional penal.

Assim como no TPII, a redação do art. 7º do Estatuto de Roma³⁴⁸ contemplou elementares insertas em seu item 1, que constituíram a base para a criminalização das condutas puníveis como crime contra a humanidade, e no seu item 2(a) as especificou:

³⁴⁷ MERON, Theodor. Crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court. In: HEBEL, Herman von; LAMMERS, Johan G.; SCHUKING, Jolian (Eds.). Op. cit., p. 49.

³⁴⁸ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. (Estatuto de Roma). “Artigo 7º – Crimes contra a Humanidade:

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crime contra a humanidade’, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

a) Por ‘ataque contra uma população civil’ entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a persecução dessa política;

b) O ‘extermínio’ compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;

c) Por ‘escravidão’ entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

d) Por ‘deportação ou transferência à força de uma população’ entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;

e) Por ‘tortura’ entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais;

f) Por ‘gravidez à força’ entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;

g) Por ‘perseguição’ entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;

h) Por ‘crime de *apartheid*’ entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;

i) Por ‘desaparecimento forçado de pessoas’ entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo ‘gênero’ abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.” (buscar internet)

“Art. 7 (1) ‘Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crime contra a humanidade’, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque. [...] 2(a) Por ‘ataque contra uma população civil’ entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política”.

A redação do art. 7º do Estatuto de Roma trouxe algumas inovações importantes com relação às redações anteriores dos tribunais de Nuremberg, Tóquio, TPII e TPIR. No entanto, Darryl Robinson, membro da delegação canadense durante a conferência de Roma, afirmou que, tanto a criação do TPII, como sua jurisprudência, guiaram as delegações rumo a um consenso no que tange à estrutura do crime contra a humanidade em pontos controvertidos³⁴⁹. Em especial, quatro elementares do at. 7º (1), (2)(a) aparentemente obtiveram sua aprovação por força da influência da jurisprudência do TPII sobre a matéria. Veja-se.

Ausência de nexa com um conflito armado. Havia um significativo grupo de delegações que entendia que a caracterização do crime contra a humanidade deveria estar vinculada a um conflito armado. Alguns Estados Árabes e a República Popular da China defendiam a vinculação do crime a um conflito armado exclusivamente internacional³⁵⁰. De fato, como se viu acima, os julgados oriundos dos fatos ocorridos durante da Segunda Guerra Mundial foram duvidosos no que tange à autonomia do crime contra a humanidade. Um grupo de Estados argumentou que a vinculação a uma situação de conflito armado tornaria o crime contra a humanidade redundante, pois as condutas já estariam subsumidas na definição de crimes de guerra. Para fundamentar que tal restrição era inconsistente como direito pós-Nuremberg, um grupo de delegações invocou o anteprojeto de código de “crimes contra a paz e segurança da humanidade” apresentado pela CDI em 1996, o caso *Prosecutor v. Duško Tadić*, de 2 de outubro de 1995, e as Convenções contra o Genocídio e Apartheid como instrumentos que marcavam a autonomia do crime contra a humanidade. Ocorre que, à exceção destas duas últimas convenções, o relatório da CDI de 1996 havia sofrido significativa influência da jurisprudência do TPII, eis que, em suas notas explicativas, a comissão invocou expressamente o caso *Duško Tadić* para justificar a

³⁴⁹ ROBINSON, Darryl. Defining “crimes against humanity” at the Rome Conference. *American Journal of International Law*, v. 93, p. 43-57, 1999, p. 45.

³⁵⁰ SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal*, p. 101.

desvinculação do crime contra a humanidade de uma situação de conflito armado³⁵¹. Ao final, o art. 7º (1),(2)(a) do TPI foi aprovado sem qualquer referência a uma situação de conflito armado, contemplando a possibilidade de prática do crime contra a humanidade em tempos de paz ou guerra civil interna, marcando, no bojo de um tratado internacional (Estatuto de Roma), a atuação do direito internacional penal em âmbito intraestatal.

Ataque sistemático ou generalizado. Este foi um ponto de muita controvérsia durante as negociações em Roma. As delegações, em geral, concordavam que não seria qualquer conduta que caracterizaria um crime contra a humanidade e que um requisito rigoroso precisava ser estabelecido. Sem muita polêmica, havia consenso quanto à adoção das elementares “*sistemático*” e “*generalizado*” para qualificar o ataque e, para tanto, novamente foram invocados como fontes o relatório da CDI de 1996 e o julgamento de mérito do *caso Duško Tadić*, de 7 de maio de 1997 (IT-94-1-T, parágrafo 648), bem como o Estatuto do TPIR³⁵². Porém, as delegações discutiam se esses requisitos deveriam ser alternativos ou cumulativos. Países Árabes e Asiáticos, e alguns membros do CSONU, defendiam a cumulação das expressões (*e*), pois o entendimento contrário ampliaria demasiadamente a categoria delitiva. O grupo dos “*like minded States*”, liderado pelas delegações do Canadá e Austrália, argumentou que o tema já havia sido decidido por fontes autorizadas, a saber, o Estatuto do TPIR e o caso *Duško Tadić*, de 7 de maio de 1997 (IT-94-1-T, parágrafo 656), que havia abordado expressamente o aspecto alternativo (*ou*) da elementar³⁵³. Os Estados que se opunham a tal posicionamento aceitaram tal argumento, porém exigiram que a expressão “*ataque contra qualquer população civil*” fosse então esmiuçada para ressaltar a necessidade de que os atos a caracterizarem o ataque fossem múltiplos. Por conta disso, foi construída a redação do art. 7º (2)(a) como uma espécie de “compromisso para o acordo”, nos seguintes termos: “*Por ‘ataque contra uma população civil’ entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil [...].*” Novamente a redação foi guiada pelo decidido no caso *Duško Tadić*, de 7 de maio de 1997 (IT-94-1-T, parágrafo 644), que ressaltou que o crime contra a humanidade tinha natureza coletiva e que não

³⁵¹ A/CN.4/SER-A/1996/Add.1 (part 2). Report of the International law commission on the work of its forty-eighth session, p. 48: “The absence of any requirement of an international armed conflict as a prerequisite for crimes against humanity was also confirmed by the International Tribunal for the former Yugoslavia: “It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict”. (Disponível em: <<http://legal.un.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=Y5mKdE2cVK>>. Acesso em: 29 out. 2014).

³⁵² ROBINSON, Darryl. Defining “crimes against humanity” at the Rome Conference. *American Journal of International Law*. v. 93, p. 47.

³⁵³ *Ibidem*, p. 47.

poderia implicar em atos isolados, não obstante a ofensa praticada pelo perpetrador pudesse ser única (caso *Duško Tadić*, de 7 de maio de 1997 - IT-94-1-T, parágrafo 649).

A política de um Estado ou de uma organização. Esta elementar talvez seja o exemplo mais claro da influência da jurisprudência do TPII na formação do conteúdo normativo do crime contra a humanidade³⁵⁴. Argumenta-se que o consenso em torno do crime contra a humanidade foi possível devido à inclusão do elemento político na estrutura do delito³⁵⁵, não obstante muitos observadores tenham criticado tal inclusão³⁵⁶. Como se viu ao longo deste estudo, historicamente, o crime contra a humanidade foi concebido para coibir abusos de uma política estatal e teria como sujeitos representantes e agentes de um Estado atuando contra uma população civil. Assim, para alguns, a vinculação ao elemento estatal seria da essência do crime contra a humanidade e sua desvinculação da prática de uma “ação do Estado”, para incluir outros grupos, seria um passo muito grande³⁵⁷. No entanto, o art. 7º (2)(a) do Estatuto de Roma, ao utilizar a expressão “*de acordo com a política de um Estado ou de uma organização*”, incluiu políticas de organizações não estatais como elementar do crime contra a humanidade, desde que estes atores estivessem atuando em uma situação similar a do Estado em sua capacidade de organização e força³⁵⁸. Esta redação denota ter tido clara inspiração no caso *Duško Tadić*, de 7 de maio de 1997 (IT-94-1-T, parágrafos 653 a 655), que desenvolveu a argumentação referente ao elemento político e incluiu a ação de grupos com mero “controle de fato” da situação como elementar do crime, ainda que de forma não institucionalizada. Interessante notar que a casuística do TPII, após a conferência de Roma, não mais endossou o posicionamento adotado no caso *Duško Tadić*, tendo excluído o elemento político³⁵⁹. Tal fato, no entanto, é mais um indício da autoridade do TPII para dizer o direito internacional penal naquele momento da história.

O conhecimento do ataque. Durante a conferência de Roma, alguns observadores chegaram a dizer que esta elementar não era necessária, pois o art. 30 do TPI já exigia que

³⁵⁴ SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*, p. 102

³⁵⁵ ROBINSON, Darryl. Defining “crimes against humanity” at the Rome Conference. *American Journal of International Law*. v. 93, p. 48.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 49.

³⁵⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. Revisiting the architecture of crimes against humanity: almost a century in the making, with gaps and ambiguities remaining – the need for a specialized convention. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crime against Humanity*, p. 55.

³⁵⁸ AMBOS, Kai. Crimes Against humanity and the International Criminal Court. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Op. cit.*, p. 283.

³⁵⁹ Casos *Kunarac, Kupreskic, Kordić e Čerkez e Vasiljević*.

o perpetrador tivesse conhecimento de todos os elementos materiais do delito³⁶⁰. Alguns autores apontam o requisito como um elemento contextual consistente no fato de o perpetrador agir com conhecimento de que seu ato está inserido na prática de um ataque generalizado ou sistemático. Seja como for, aqui interessa mencionar que as negociações de Roma apontaram o caso *Finta*, oriundo da Suprema Corte do Canadá, e o caso *Duško Tadić*, de 7 de maio de 1997 (IT-94-1-T, parágrafo 657) com vetores formadores desta elementar³⁶¹.

Em 17 de julho de 1998, com 120 votos a favor, 21 abstenções e 7 votos contrários (Estados Unidos da América, Líbia, Israel, Iraque, República Popular da China, Síria e Sudão) foi aprovado o Estatuto de Roma, sendo criado o Tribunal Penal Internacional (TPI). O Estatuto de Roma tem natureza jurídica de tratado internacional e possui, na atualidade, 122 Estados-Partes³⁶², representando não apenas uma codificação, mas também um relativo consenso internacional sobre o tema, refletindo o resultado do desenvolvimento obtido pelo direito internacional penal.

As elementares estruturais do art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma, são fruto da atuação de diversas fontes. Durante as negociações, muitas delegações influenciaram o produto final³⁶³, que também foi moldado pelo direito costumeiro internacional existente. Alguns entendem que a jurisprudência do TPII sobre crimes contra a humanidade pavimentou o caminho para guiar o consenso entre as delegações dos diversos Estados, em especial de importantes partes do art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma³⁶⁴. Outros reputam que os julgados do TPII não tiveram grande influência nas negociações diplomáticas, que possuem dinâmica própria³⁶⁵.

Porém, a análise empírica que se fez neste tópico evidencia que os quatro pontos acima discutidos, e que foram contemplados como elementares do art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma, não possuíam previsão clara em instrumentos internacionais anteriores, nem mesmo no direito costumeiro internacional. Outrossim, estes pontos foram

³⁶⁰ SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*, p. 104, referindo-se a KELT, Maria; HEBEL, Herman von. What are the elements of Crimes? LEE, Roy (Ed.). *The International Criminal Court: elements of Crimes and Rules of procedure and evidence*. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2000. p. 13-18, p. 15.

³⁶¹ ROBINSON, Darryl. Defining “crimes against humanity” at the Rome Conference. *American Journal of International Law*, v. 93, p. 52.

³⁶² Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/states%20parties%20_%20chronological%20list.aspx>. Acesso em: 17 jul. 2014. Dados atualizados até 15 mar. 2013, no *site* oficial.

³⁶³ ROBINSON, Darryl. Op. cit., p. 44.

³⁶⁴ Ibidem, p. 45.

³⁶⁵ SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nation ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, p. 109.

expressamente abordados no caso *Duško Tádíc*, com base não apenas no poder conferido ao TPII pelo CSONU, mas também com base na legitimidade dos valores que o tribunal foi instado a proteger (paz mundial e direitos humanos). Houve, portanto, uma escolha política do tribunal (porém não politizada³⁶⁶) no que tange à definição das elementares do crime contra a humanidade, elementares estas que encontraram, em parte, eco perante a comunidade internacional, a qual enxergou, nas definições elaboradas pelo TPII, parte do conteúdo normativo do crime contra a humanidade naquele momento da história.

4.5 Conclusões do capítulo

O TPII foi instalado em um momento de mudanças de paradigmas sobre a concepção de paz mundial e sobre o princípio da não intervenção. Referido tribunal, ao ser instalado por uma resolução do CSONU, foi utilizado como um instrumento para o restabelecimento da paz no território da ex-Iugoslávia e concentrou na sua jurisdição o binômio “poder e legitimidade de valores”. Isto permitiu que o TPII avocasse para si um duplo mandato, interno e externo.

Internamente, coube à Corte o exercício da persecução penal. Externamente, o TPII denotou ter avocado para si a função de desenvolver o direito internacional penal costumeiro sobre crimes contra a humanidade.

Com grande autoridade para dizer o direito sobre crimes contra a humanidade, por ser sido dotado de uma jurisdição compulsória e concorrente com as Cortes nacionais, o TPII passou a remodelar a estrutura do crime contra a humanidade com base nas origens históricas, sociais e políticas de referido crime, buscando expandir, de forma efetiva e concreta, o escopo de atuação do direito internacional penal pela adjudicação judicial.

Como consequência, a estrutura do crime contra a humanidade passou a ser construída pela própria Corte, a sugerir um papel normativo de sua jurisdição. Nesse movimento dialético, que transitou entre o político, o jurídico e o valorativo, a Corte revelou ter deixado um legado, visto que alguns de seus posicionamentos influenciaram pontos controvertidos da estrutura do crime contra a humanidade tal como hoje prevista no art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma, tendo sido encampados pela comunidade internacional de Estados, de forma a sugerir que as decisões judiciais estudadas veicularam parte da *opinio iuris* sobre o tema.

³⁶⁶ Eis que não representavam os interesses de Estados específicos.

CONCLUSÃO

O observador da ordem internacional e seu direito, ao analisá-la, pode tratar de seus elementos estáveis ou de suas transformações. Neste estudo, optou-se por lançar um novo olhar para a contribuição e o papel desempenhado pela jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia no processo de produção e desenvolvimento do direito internacional penal costumeiro sobre crimes contra a humanidade.

Depois da instalação dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio e da internacionalização dos direitos humanos ao término da Segunda Guerra Mundial, a Guerra Fria marcou um período de inércia na atuação concreta da pauta de direitos humanos. Nesse período, a proteção dos direitos do homem deu-se apenas com base em mecanismos de monitoramento e sanções morais e políticas aos países. Os crimes praticados pelos representantes do Estado contra sua própria população civil permaneceram impunes.

Contudo, os conflitos intraestatais da década de 1990 abalaram a paz no mundo e revelaram a necessidade de promoção mais efetiva dos direitos humanos, o que redundou na instalação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) como instrumento para punição de violações de direitos humanos no âmbito interno dos Estados por meio, dentre outros, da categoria do crime contra a humanidade.

Essa categoria de crime marcou uma segunda fase do instituto da responsabilidade internacional penal individual, que, ao contrário do que ocorreu em Nuremberg e Tóquio, passou a alcançar condutas praticadas em âmbito intraestatal. Porém, quando o TPII foi instalado, o aparato legislativo disciplinando o crime contra a humanidade era de extrema precariedade e ambiguidade, com base eminentemente costumeira. Não havia uma convenção específica sobre o tema.

Na sua atuação, a Corte precisou identificar o direito objetivamente válido sobre a categoria do crime contra a humanidade, a fim de apurar a *lege lata* (lei vigente), separando-a da *lege ferenda* (lei a ser criada). Nesta tarefa, o TPII precisou lidar com o costume internacional e seus elementos. Ao apurar o direito costumeiro, enfrentou a existência de lacunas e solucionou ambiguidades, remodelando a estrutura dessa categoria de crime.

A nova maneira de atuar do TPII deu início ao questionamento acerca da forma de manifestação do costume internacional tal como previsto no art. 38 (b) do Estatuto da

Corte Internacional de Justiça (CIJ), bem como levantou o tema envolvendo as manifestações destoantes de seus dois elementos (prática e *opinio iuris*), a dificuldade de determinação destes e o papel e contribuição da jurisprudência internacional na veiculação do costume ou de um dos elementos mencionados.

A análise empírica dos elementos do costume revelou que este tem se manifestado por sujeitos criadores distintos e por diferentes veículos de exteriorização, sugerindo ser a manifestação do costume um processo fluido. Ademais, apurou-se que essa “passagem de fato para direito” – que constitui o processo costumeiro – tem sido fortemente afetada pelo binômio “poder e valores”, o qual, por sua vez, impacta a funcionalidade da tradicional “teoria do costume”. Esse impacto também altera, com frequência, a forma de exteriorização de seus dois elementos (prática e *opinio iuris*), os quais, por vezes, manifestam-se por meio de uma “escala maleável”, a depender dos valores envolvidos.

Com isso, pode-se afirmar que é inexorável o reconhecimento de que os elementos formadores do costume podem manifestar-se por meio de fontes “não estatais”, decorrentes da atuação de diferentes veículos de exteriorização, a depender não apenas dos fatores de poder, mas também da legitimidade dos valores veiculados. Assiste-se a um novo perfil de manifestação do costume internacional e ao avanço de formas diferenciadas de veiculação desse direito, que passou a ter produção ainda mais difusa e flexível.

Por seu turno, no período que engloba os julgados estudados (1993–1998), a ordem internacional vivenciou uma mudança da concepção do valor “paz mundial”, que passou a ser concebido em sua dupla faceta, interna e externa. Igualmente, houve uma revisão do “princípio da não intervenção”, o que permitiu a própria instalação do TPII. Pode-se afirmar, portanto, que a instalação desta Corte foi produto dessas mudanças de paradigmas ocorridas na ordem internacional, o que indica ter permitido que suas decisões judiciais desempenhassem um papel diferenciado, ultrapassando a mera adjudicação judicial.

Criado pela Resolução nº 827/93 do CSONU para o restabelecimento da paz mundial, e sendo dotado de uma jurisdição compulsória, o TPII desempenhou um papel político que extrapolou o exercício da persecução penal. As circunstâncias históricas, políticas e jurídicas daquele momento evidenciaram terem se concentrado na Corte os requisitos de “poder e legitimidade de valores” necessários para que esta atuasse como representante da comunidade internacional, passando a dizer o direito com grande autoridade semântica.

Esse mandato externo marcou uma clara e intencional ligação entre o exercício da jurisdição e a produção normativa do direito internacional penal e possibilitou que o TPII adotasse uma visão expansiva do direito internacional penal visando ampliar seu escopo de atuação no sentido vertical (intraestatal). Com isso, nas decisões analisadas, o TPII manifestou uma clara tendência de assumir para si a função de desenvolver o direito internacional humanitário e o direito internacional penal, ao procurar conferir à sua decisão judicial efeitos prospectivos.

Conclui-se, pois, que a Corte não procedeu à mera identificação do costume internacional sobre crimes contra a humanidade por meio de suas decisões judiciais. Com efeito, em verdade, as decisões judiciais do TPII remodelaram a categoria do crime contra a humanidade, sugerindo um papel normativo de sua jurisdição. O fato de o TPII ter inovado em muitos pontos não lhe rendeu resistência da comunidade internacional ao executar seus julgados. Com isso, é possível afirmar que a jurisprudência do TPII contribuiu para a formação do conteúdo normativo do crime contra a humanidade.

Embora seja difícil avaliar a forma exata como isso ocorreu, a atual redação do art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma constitui um parâmetro importante a ser considerado.

É certo que a codificação do crime contra a humanidade operada pelo art. 7º (1),(2)(a) do Estatuto de Roma foi um processo multifacetado. Ademais, são muitos os atores e forças que têm influência na redação de um tratado internacional durante as negociações multilaterais, e o poder dos Estados é um fator de peso. Como se não bastasse, a Conferência de Roma envolveu mais de 160 países, diversas organizações internacionais e mais de 100 organizações não governamentais, revelando grande atuação da sociedade civil internacional.

Porém, em razão desse envolvimento de tantos atores, com diferentes posições e interesses políticos, a aprovação, pela Conferência de Roma, de quatro elementares polêmicas – *ausência de nexa com um conflito armado, ataque sistemático ou generalizado, a política de um Estado ou de uma organização, conhecimento do ataque* – do crime contra a humanidade, tal como decidido pelo TPII nos julgados analisados nesta pesquisa, sugere que a jurisprudência desta Corte contribuiu fortemente para a estruturação desta categoria delitiva nos pontos mencionados. Isso sugere que as decisões estudadas veicularam a *opinio iuris* sobre crimes contra a humanidade no que tange às elementares apontadas e, com isso, contribuíram para o desenvolvimento do direito internacional penal sobre o tema, eis que veicularam um dos elementos do costume.

Essa conclusão permite questionar se o papel assumido pelas decisões judiciais analisadas foi episódico, por conta de um momento político que envolveu a alteração de paradigmas na ordem internacional, de modo a afetar a funcionalidade dos elementos do costume, ou se o referido papel se consolidou por meio de julgados posteriores. Para tanto, outras pesquisas são necessárias, como por exemplo, o estudo das decisões proferidas pelo TPII até a edição dos “elementos constitutivos do crime”, tal como previsto no art. 9º do Estatuto de Roma.

As análises e reflexões apresentadas ao longo deste trabalho autorizam afirmar que ele também contribui para impulsionar o questionamento acerca do papel da decisão judiciária no tema das fontes do direito internacional como um todo. Para aferir essa questão, no entanto, faz-se necessário o desenvolvimento de novas pesquisas versando sobre decisões judiciais de outras Cortes internacionais em temas sensíveis ao consenso dos Estados.

REFERÊNCIAS

ABI-SAAB, Georges. Les sources du droit international: essai de déconstruction. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.). *Le droit international dans un monde en mutation: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1994. v. I, p. 29-49.

ABI-SAAB, Georges. The concept of “internacional crimes” and its place in contemporary international law. In: WEILER, Joseph H. et al. WEILER, Joseph H. et al. *International crimes of state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1989, p. 137-150.

AGO, Roberto. Droit positif et droit international. *Annuaire de droit international*, v. III, p. 1-62, 1957.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Em busca de uma nova perspectiva das fontes de direito internacional. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. Bittar (Org.). *Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Júnior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 108-137.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O direito de assistência humanitária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O direito de assistência humanitária*. Tese (Concurso de Livre-Docência) – Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001.

AMBOS, Kai. Crimes against Humanity and the International Criminal Court. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 279-304.

ARBOUR, Louise. Progress and challenges in the international criminal justice. *Fordham International Law Journal*, v. 21, p. 531-540, 1997-1998.

BADAR, Mohamed Elewa. From the Nuremberg charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity. *San Diego Int'l L. J.*, v. 5, p. 73-144, 2004.

BASSIOUNI, M. Cherif. Perspectives on International Criminal Justice. *Virginia Journal of International Law*, v. 50, issue 2, p. 269-323, 2010. Disponível em: <<http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol50/issue2/VJIL-50.2-Bassiouni.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

BASSIOUNI, M. Cherif. Revisiting the architecture of crimes against humanity: almost a century in the making, with gaps and ambiguities remaining – the need for a specialized convention. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crime against Humanity*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 43-58.

BASSIOUNI, M. Cherif. International crimes: jus cogens and obligatio erga omnes. *Law and contemporary problems*, v. 59, n. 4, p. 63-74, 1996.

BOOTH, Cherie. Prospects and issues for the International Criminal Court: lessons from Yugoslavia and Rwanda. In: SANDS, Philippe (Ed.). *From Nuremberg to the Hague: the future of International Criminal Justice*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 157-192.

BUERGENTHAL, Thomas. Lawmaking by the ICJ and other International Courts. *American Society of International Law*, v. 103, p. 403-406, 2009.

BULL, Hedly. *A sociedade anárquica*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UnB; São Paulo: IPRI, 2002.

CASSESE, Antonio. *International criminal law*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CASSESE, Antonio. A influência da CEDH sobre a atividade dos tribunais penais internacionais. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. São Paulo: Manole, 2004.

CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA – CIJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, 05/02/1970, paras. 33 e 34. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=ZBvj6foGPP>>. Acesso em: 16 maio 2014.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA – CIJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, 05/02/1970, SEPARATE OPINION OF JUDGE AMMOUN, p. 303. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5409.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2014.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion. ICJ REPORTS 1949. 179. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=tCl16qKC1J>>. Acesso em: 8 nov. 2013.

CHENG, Bin. Custom: the future of general state practice in a divide world. In: MACDONALD, R.St.J.; JOHNSTON, Douglas M. (Eds.). *The structure and process of international law: essays in legal philosophy doctrine and theory*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986. p. 513-554.

CHESTERMAN Simon, An altogether different order: defining the elements of crimes against humanity. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 10, p. 307-343, 1999-2000.

CRYER, Robert. One appeal, two philosophies, four opinions and a remittal: the Erdemovic case at the ICTY appeals chamber. *Journal of Armed Conflict*, v. 193, n. 2, p. 193-208, 1997.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. (Cols.). *Estatuto da Corte Internacional de Justiça: legislação de direito internacional*. Obra coletiva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

D' ASCOLI, Silvia. *Sentencing in international law: the UN ad hoc tribunals and futures perspectives for the ICC*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?*. Paris: Éditions Du Seuil, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. Violence and massacres: towards a Common Law for Humanity? *J. Int'l Crim. Just.*, v. 7, p. 5-16, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre o universalismo e o relativismo de valores?. In: CASESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. Global crime calls for global justice. *Eur. J. Crime Criminal L. & Crim. Just.*, v. 10, p. 286- 293, 2002.

DUPUY, Pierre-Marie. Théorie des sources et coutume en droit international contemporain. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.). *Le droit international dans un monde en mutation: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1994. v. I, p. 51-68.

FARIA, José Eduardo. Introdução. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 5-13.

FLECK, Isabel. Facção terrorista Estado Islâmico comete crimes de guerra, diz ONU. *Folha de S. Paulo*, 15 nov. 2014, Caderno Mundo, p. 13. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/11/1548688-facciao-terrorista-estado-islamico-comete-crimes-de-guerra-diz-onu.shtml>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

GRANDONI, Lorenzo. *Nullum crimen sine consuetudine*: a few observations on how the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia has been identifying custom. p. 1-18. Disponível em: <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Gradoni_0.PDF>. Acesso em: 15 ago. 2014.

JUBILUT, L. L. A “responsabilidade de proteger” é uma mudança real para as intervenções humanitárias?. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. II, 2008. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaelectronica/artigos/Liliana%20Jubilut%20DIH.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

JUBILUT, Liliana Lyra. *A legitimidade da não-intervenção em face das resoluções do Conselho de Segurança da ONU*. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

KERR, Rachel. *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. New York: Oxford University Press, 2004.

KIRGIS JR., Frederic L. Custom on a sliding scale. *The American Journal of International Law*, v. 81, p. 146-151, 1987.

KIRSCH, Philippe. Introduction. In: HEBEL, Herman von; LAMMERS, Johan G.; SCHUKING, Jolian (Eds.). *Reflections on the International Criminal Court*. The Hague: T.M.C Asser Press, 1999, p. 1-10.

LAFER, Celso. A legitimidade na correlação direito e poder: uma leitura do tema inspirada no tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 61, p. 35-40, nov. 2000.

LAFER, Celso. Direito e legitimidade no sistema Internacional: soberania nacional e comunidade mundial. *Novos Estudos Cebrap*, n. 24, p. 42-58, jul. 1989.

LAUTERPACHT, H. The development of International Law by the Permanent Court of International Justice. London: Longmans Green and Co., 1934.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A indeterminação da prática no costume: uma crítica dos métodos no direito internacional*. 220 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

MAY, Larry. *Crimes against humanity: a normative account*. New York: Cambridge University Press, 2005.

MCDUGAL, Myres S.; LASSELL, Harold D. Jurisprudence in policy-oriented perspective. *Papers*, n. 2.582, p. 486-513, 1976. (Faculty scholarship series).

MCDUGAL, Myres S.; LASSELL, Harold D.; REISMAN, W. Michael. The world constitutive process of authoritative decision". *Journal of Legal Education*, v. 19, n. 3, p. 253-300; v. 19, n. 4, p. 403-437, 1967.

MCMAHON, Patrice C.; FORSYTHE, David P. The ICTY's impact on Serbia: judicial romanticism meets network politics. *Human Rights Quarterly*, v. 30, n. 415, p. 412-435, 2008.

MERKE, Federico. Reconsidering Westphalia: contending perspectives on the future of the nation-state. *Cena Internacional*, ano 4, n 1, p. 100-120, jul. 2002.

MERON, Theodor. Crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court. In: HEBEL, Herman von; LAMMERS, Johan G.; SCHUKING, Jolian (Eds.). *Reflections on the International Criminal Court*. The Hague: T.M.C Asser Press, 1999. p. 47-55.

MERON, Theodor. The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law. *The American Journal of International law*, v. 90, p. 238-249, Apr. 1996.

MERON, Theodor. International criminalization of internal atrocities. *The American Journal of International law*, v. 89, p. 554-577, 1995.

MERON, Theodor. On a hierarchy of international human rights. *The American Journal of International Law*, v. 80, p. 1-23, 1986.

METTRAUX, Guénael. The definition of crimes against humanity and the question of a “policy” element. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a convention for Crime against Humanity*. New York: Cambridge University Press, p. 142-176, 2013.

MIRANDA, João Irineu de Resende. *A desconsideração da personalidade do estado pelo Tribunal Penal Internacional*. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MORRIS, Virginia; SCHARF, Michael P. An insider’s guide to the international criminal tribunal for the former Yugoslavia. New York: Transnational Publishers, Inc.: Irvington on Hudson, 1995.

MURPHY, Sean D. Progress and jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *Am. J. Int’l L.*, v. 93, p. 57-97, 1999.

NASCIMENTO E SILVA, G. E. *Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados*. 6. ed. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1971.

NASSER, Salem Hilmat. Rule of law e direito internacional: um ensaio de aproximação. In: CASELLA, Paulo Borba et al. (Orgs.). *Direito internacional, humanismo e globalidade*: Guido Fernando Silva Soares: amicorum discipulorum liber. São Paulo: Atlas, 2008. p. 399-406.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional*: um estudo sobre a soft law. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OVERY, Richard. The Nuremberg trials: international law in the making. In: SANDS, Philippe. *From Nuremberg to The Hague*. New York: Cambridge United Press, 2003. p. 1-29.

PENSKY, Max. O *status* das anistias internas no direito penal internacional. In: PAYNE, Leigh A.; ABRAÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). *A anistia na era da responsabilização*: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford University, Latin America Centre, 2011. p. 79-101.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Imunidades de chefes de estado e crimes internacionais*. 108 f. Tese (Livre-docência) – Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limond, 2000.

PROSECUTOR v. Dražen Erdemović. 29/11/1996, IT-96-22-T. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts961129e.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2013.

PROSECUTOR v. Dražen Erdemović. 07/10/1997, IT-96-22-A, Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2013.

PROSECUTOR v. Duško Tadić, 10/08/1995. Decision on the defence motion on jurisdiction. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2014.

PROSECUTOR v. Duško Tadić, 02/10/1995. Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2014.

PROSECUTOR v. Duško Tadić, 07/05/1997, IT-94-1-T. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

PROSECUTOR v. Duško Tadić, 15/07/1999, IT-94-1-A. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2014.

PROSECUTOR v. Dražen Erdemović. 07/10/1997, IT-96-22-A. Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2013.

PROSECUTOR v. Dražen Erdemović. 07/10/1997, IT-96-22-A. IT-96-22-A. Separate and dissenting opinion of judge Cassese. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-adojcas971007e.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2013.

PROSECUTOR v. Dražen Erdemović. 07/10/1997, IT-96-22-A. and dissenting opinion of judge Li. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojli971007e.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2013.

PROSECUTOR v. Dražen Erdemović. 07/10/1997, IT-96-22-A. Separate and dissenting opinion of judge Stephen. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojste971007e.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2013.

PROSECUTOR v. Dražen Erdemović. 05/03/1998, IT-96-22-Tbis. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts980305e.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2013.

PROSECUTOR v. Slobodan Milosevic. Decision on prosecution motion for judicial notice of adjudicated facts. p. 10. item 51. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/en/030410_2.htm>. Acesso em: 27 dez. 2014.

ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes against humanity: the struggle for global justice*. The New Press: New York, 2006.

ROBINSON, Darryl. Defining “crimes against humanity” at the Rome Conference. *American Journal of International Law*, v. 93, p. 43-57, 1999.

ROBINSON, Darryl. Trials, tribulations, and triumphs: Major Developments in 1997 at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *Annuaire Canadien de Droit International*, v. 35, p. 179-213, 1997.

ROSENAU, James N. Governance, order, and change in world politics. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Ed.). *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 1-29.

ROTH, André Noel. O direito em crise: o fim do estado moderno?. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15-27.

SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. New York: Cambridge University Press, 2007.

SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. New York: Cambridge University Press, 2006.

SCHEFFER, David. Crimes against humanity and the responsibility to protect. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 305-322.

SCHELB, Egon. Crimes against humanity. *British Year Book of International Law*, v. 23, p. 178-226, 1946.

SIKKINK, Kathryn. A era da responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual. In: PAYNE, Leigh A.; ABRAÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). *Anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia/Oxford University, Latin America Centre, 2011. p. 37-74.

SIMMA, Bruno. International crimes: injury and countermeasures. Comments on Part 2 of the ILC Work on State Responsibility. In: WEILER, Joseph H. et al. *International crimes of state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1989. p. 281-315.

SLUITER, Göran. “Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 102-141.

STANTON, Gregory H. Why the world needs an international convention on crimes against humanity. In: SADAT, Leila Nadya (Ed.). *Forging a Convention for Crimes against Humanity, Forging a Convention for Crimes against Humanity*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 345-358.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Humankind: towards a new jus gentium*. Amersfoort/Netherlands: The Hague Academy of International Law; Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A formação do direito internacional contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas “fontes”. In: CANÇADO, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 30-96.

VENZKE, Ingo. The Role of International Courts as interpreters and developers of the law: working Out the jurisgenerative practice of interpretation. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 34, issue 1, Summer 2011, p. 99-131.

VERDROSS, Alfred. Jus dispositivum and jus cogens in International Law. *The American Journal of International Law*, v. 60, p. 55-63, 1966.

WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité. *Recueil des Cours*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992. t. 237.

WEIL, Prosper. Towards relative Normativity in International Law?. *The American Journal of International Law*, v. 77, p. 413-442, 1983.

WIESSNER, Siegfried; WILLARD, Andrew R. Policy-oriented jurisprudence and human rights abuses in internal conflict: toward a world public order of human dignity. *Stud. Transnat'l Legal Pol'y*, v. 36, p. 47-77, 2004.

Legislação

A/CN.4/SER-A/1996/Add.1 (part 2). *Report of the International law commission on the work of its forty-eighth session*. Disponível em: <<http://legal.un.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=Y5mKdE2cVK>>. Acesso em: 29 out. 2014.

A/RES/177 (II). *Resolution adopted by the General Assembly at its 2nd session*. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/177\(II\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/177(II)&Lang=E&Area=RESOLUTION)>. Acesso em: 2 set. 2014.

A/RES/95 (I). Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/46/IMG/NR003346.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE CRIMES CONTRA A PAZ E SEGURANÇA DA HUMANIDADE – UN A/CN.4/L.459. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l459.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. *Decreto nº 19.841/45 (Carta da ONU)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 16 dez. 2014.

BRASIL. *Decreto nº 4.388/2002. (Estatuto de Roma)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 29 dez. 2014.

BRASIL. *Decreto nº 7.030/2009, de 14 dezembro de 2009* (Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 4 dez. 2014.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL – CDI, 1950. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014.

CONTROL COUNCIL. *Law nº 10 de 20 de dezembro de 1945*. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>>. Acesso em: 2 set. 2014.

CONVENÇÃO DE GENEBRA, DE 12 DE AGOSTO DE 1949, E SEUS PROTOCOLOS ADICIONAIS. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>>. Acesso em: 17 maio 2013.

DRAFT CODE of Crimes against the Peace and Security of Mankind – 1996. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf>. Acesso em: 3 set. 2014.

ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 26 nov. 2014.

ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Estatuto*. Atualizado até setembro de 2009. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Acesso em: 11 de out. 2013.

ESTATUTO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL MILITAR DE NUREMBERG. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

ESTATUTO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL MILITAR PARA O EXTREMO ORIENTE. Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>>. Acesso em: 4 dez. 2014.

PROTOCOLO DE BERLIM. International Conference on Military Trials: London, 1945. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack61.asp>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

RELATÓRIO DO SECRETÁRIO-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, em atendimento ao parágrafo 2º da Resolução nº 808, de 22 de fevereiro de 1993, do CSONU, UN Doc. S/25704. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/25704>. Acesso em: 15 set. 201.

REGULAMENTO DE PROCEDIMENTO E PROVA. (RPP). Disponível em: <[file:///D:/Downloads/IT032_original_en%20\(1\).pdf](file:///D:/Downloads/IT032_original_en%20(1).pdf)>. Acesso em: 5 dez. 2014.

REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION TO THE GENERAL ASSEMBLY, Part III, 1950, p. 377. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014.

RESOLUÇÃO Nº 757, de 30 de maio de 1992, do CSONU. Disponível em:

<<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=printdoc&docid=3b00f2122c>>. Acesso em: 28 out. 2013.

RESOLUÇÃO N° 764, de 13 de julho de 1992, do CSONU. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/764\(1992\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/764(1992))>. Acesso em: 24 out. 2013.

RESOLUÇÃO N° 780, de 6 de outubro de 1992, do CSONU. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/780\(1992\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/780(1992))>. Acesso em: 22 out. 2013.

RESOLUÇÃO N° 808, de 22 de fevereiro de 1993 do CSONU. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/808\(1993\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/808(1993))>. Acesso em: 28 out. 2013.

RESOLUÇÃO N° 827, de 25 de maio de 1993, do CSONU. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/827\(1993\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/827(1993))>. Acesso em: 28 out. 2013.

RESOLUÇÃO N° 955, de 08 de novembro de 1994, do CSONU. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 28 out. 2013.

RESOLUÇÃO N° 1.721 B (XVI), de 20 de dezembro de 1961, da ONU. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V10/516/14/PDF/V1051614.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 29/12/2014.

RESOLUÇÃO N° 51/207, de 16 de janeiro de 1997 da Assembleia Geral da ONU. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/761/47/PDF/N9776147.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 29/12/2014.

RESOLUÇÃO N° 52/160, de 28 de janeiro de 1998, da Assembleia Geral da ONU. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/762/49/PDF/N9876249.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 29/12/2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia*. Atualizado até setembro de 2009. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Acesso em: 11 de out. 2013.

UN Doc. A/2693. *Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade*. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_3_1954.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014.

Sites consultados

<http://avalon.law.yale.edu/>

<http://www.un.org/>

<http://www.icty.org>

<http://www.unictr.org/>

http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/Pages/default.aspx

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm