



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**SISTEMA DOGMÁTICO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL:**  
análise da natureza dos elementos conceituais do crime à luz  
da jurisdição penal internacional

ALEXANDRE LUIZ PEREIRA DA SILVA

TESE DE DOUTORADO  
Área de concentração: Teoria do Direito e Decisão Jurídica

Recife  
2008

ALEXANDRE LUIZ PEREIRA DA SILVA

**SISTEMA DOGMÁTICO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL:**  
análise da natureza dos elementos conceituais do crime à luz  
da jurisdição penal internacional

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Teoria do Direito e Decisão Jurídica

Linha de pesquisa: Teoria da Tutela Penal dos Bens Jurídicos

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Brandão

Recife

2008

Silva, Alexandre Luiz Pereira da

Sistema dogmático do direito internacional penal: análise da natureza dos elementos conceituais do crime à luz da jurisdição penal internacional / Alexandre Luiz Pereira da Silva. – Recife : O Autor, 2008.

304 folhas.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2008.

Inclui bibliografia.

1. Crime internacional. 2. Tribunal Penal Internacional - Jurisprudência. 3. Tribunal Penal Internacional - Ex-Iugoslávia (ICTY). 4. Tribunal Penal Internacional - Ruanda (ICTR). 5. Tribunal Penal Internacional - Estatuto de Roma. 6. Crime contra a humanidade - Genocídio - Crimes de guerra - Espanha. 7. Jurisdição (Direito internacional público). 8. Crime contra o direito internacional. 9. Direito internacional público e direito interno. 10. Tribunal especial. Título.

341.485  
341.77

CDU (2.ed.)  
CDD (22.ed.)

UFPE  
BSCCJ2008-019

ALEXANDRE LUIZ PEREIRA DA SILVA

SISTEMA DOGMÁTICO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL: Análise da natureza dos elementos conceituais do crime à luz da jurisdição penal internacional

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Teoria do Direito e Decisão Jurídica  
Orientador: Prof. Dr. Cláudio Brandão

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Sylvio Loreto (Presidente/UFPE)

Julgamento: Aprovado com distinção Assinatura: Sylvio Loreto

Prof. Dr. Luciano Mariz Maia (1º Examinador externo-UFPB)

Julgamento: Aprovado com distinção Assinatura: Luciano Mariz Maia

Prof. Dr. Sérgio Salomão Sechaira (2º Examinador externo-USP)

Julgamento: Aprovado com distinção Assinatura: Sérgio Sechaira

Profª Drª Marganda de Oliveira Cantarelli (3º Examinadora interna-UFPE)

Julgamento: Aprovado com distinção Assinatura: Marganda de Oliveira Cantarelli

Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas (4º Examinador interno-UFPE)

Julgamento: Aprovado com distinção Assinatura: Ricardo Pontes Freitas

Menção geral: Aprovado com distinção

Coordenador do curso:

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

## AGRADECIMENTOS

Ao mestre e amigo Cláudio Brandão, o orientador exigente e perspicaz que acreditou desde o início no orientando.

Ao meu grande amigo recifense Leonardo Fernandes, fiel companheiro, por toda ajuda desde a inscrição até os momentos conclusivos desse trabalho.

Aos meus amigos fraternos em Londres que possibilitaram minha pesquisa na *London School of Economics*: Rodrigo Siqueira, Elio Stolz e Ruth Segarra.

Ao casal Laura e Tim que me receberam em Oxford e foram fundamentais para o bom resultado das pesquisas realizadas na University of Oxford.

Ao meu colega e amigo Ricardo Abuchaim pela troca constante de informações e auxílio na reta final do trabalho.

A professora Eugênia Barza, por ter me aceitado como estagiário docente e pelo apoio ao longo desses anos.

Aos meus pais Ruy e Rita, pela ajuda contínua e incondicional, fundamental na realização de mais esse sonho.

A CAPES pela bolsa, que possibilitou dedicação exclusiva à pesquisa.

Aos funcionários e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE.

Gostaria de destacar, ainda, meu agradecimento aos meus amigos e familiares, que contribuíram na concretização desse trabalho. Com todos eles partilho as qualidades da tese, os defeitos devem ser exclusivamente creditados ao autor.

## RESUMO

SILVA, Alexandre Luiz Pereira da. **Sistema dogmático do direito internacional penal**: análise da natureza dos elementos conceituais do crime à luz da jurisdição penal internacional. 2008. 304 p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

O trabalho trata do instigante tema da análise dos crimes internacionais por meio dos elementos típicos da *common law*, isto é, o *actus reus* e o *mens rea*, respectivamente o elemento objetivo e subjetivo, em detrimento dos elementos da tradição romano-germânico: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Aponta as diferentes terminologias do direito internacional penal, sua história, fontes e desenvolvimento recente. Discute os modelos de jurisdição penal – internacional, nacional e internacionalizado – até a consolidação do Tribunal Penal Internacional. Apresenta a família da *common law*, com especial atenção ao direito penal, em que o crime é o resultado da combinação de dois elementos: *actus reus* (o ato ou conduta proibida) e *mens rea* (o estado mental que deve ficar estabelecido de ter existido no momento da ofensa). Analisa o conceito de crime internacional e examina os crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional, à luz do sistema dogmático do direito internacional penal. Finaliza com a análise das decisões dos tribunais penais internacionais *ad hoc* das Nações Unidas, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), em que se identifica a aplicação por essas cortes internacionais penais dos elementos *actus reus* e *mens rea*.

Palavras-chave: Direito Internacional Penal. Crimes Internacionais. *Common Law*.

## ABSTRACT

SILVA, Alexandre Luiz Pereira da. **International criminal law dogmatic-legal system**: analysis of the elements of crimes in light of international criminal jurisdiction. 2008. 304 p. Doctoral Thesis (PhD of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

The present work takes on the provocative subject of international crimes by the analysis of the typical elements of common law, i. e, *actus reus* and *mens rea*, respectively the material and the mental element, in prejudice of the civil law tradition: wrongdoing, absence of justification and culpability. It indicates the different terminologies of international criminal law, its history, sources and recent developments. It discusses the types of criminal jurisdiction – international, national and internationalized – until the establishment of International Criminal Court. It presents the common law system, with special attention to the criminal law, that crime can be split into *actus reus* (the prohibited act or conduct) and *mens rea* (the state of mind which must be established to have existed at the time of the offence). It analyses the concept of international crime and it searches the international crimes namely in the Rome Statute of International Criminal Court, in light of legal international criminal law dogmatic. In conclusion, with the decision's analysis of the United Nations *ad hoc* Tribunals, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), identifying the application of *actus reus* and *mens rea* by these international criminal courts.

Key-words: International Criminal Law. International Crimes. Common Law.

## LISTA DE ABREVIATURAS

- ACNUR** – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados  
**AGNU** – Assembléia Geral das Nações Unidas  
**CDI** – Comissão de Direito Internacional  
**CIJ** – Corte Internacional de Justiça  
**CSNU** – Conselho de Segurança das Nações Unidas  
**CVDT (1969)** – Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969  
**DIH** – Direito Internacional Humanitário  
**ELK** – Exército de Libertação do Kosovo  
**FAO** – *Food and Agricultural Organization* (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura)  
**ICTR** – *International Criminal Tribunal for Rwanda* (Tribunal Penal Internacional para Ruanda)  
**ICTY** – *International Criminal Tribunal for former Yugoslavia* (Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia)  
**LOPJ** – *Ley Orgánica del Poder Judicial de España* (Lei Orgânica do Poder Judiciário da Espanha)  
**ONU** – Organização das Nações Unidas  
**OUA** – Organização da Unidade Africana  
**OTAN** – Organização do Tratado do Atlântico Norte  
**OGHBrZ** – *Oberster Gerichtshof für die britische Zone* (Tribunal Supremo para a zona de ocupação britânica)  
**PA I** – Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949  
**PA II** – Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949  
**KFOR** – *Kosovo Force*  
**RUF** – *Revolutionary United Front* (Frente Revolucionária Unida Serra Leoa)  
**StGB** – *Strafgesetzbuch*, Código Penal Alemão  
**TPI** – Tribunal Penal Internacional  
**TSEL** – Tribunal Especial para Serra Leoa  
**UNMIK** – *United Nations Mission in Kosovo*  
**UNTAET** – *United Nations Transitional Administration in East Timor*  
**VStGB** – *Völkerstrafgesetzbuch*, Código Penal Internacional Alemão

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
<b>CAPÍTULO 1 - O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNACIONAL PENAL NA SOCIEDADE INTERNACIONAL.....</b>	<b>20</b>
1.1 A SOCIEDADE INTERNACIONAL.....	20
1.2 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	23
1.3 O INDIVÍDUO COMO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL: A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL PENAL DO INDIVÍDUO.....	29
1.4 DIREITO PENAL INTERNACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL PENAL.....	31
1.5 O DIREITO INTERNACIONAL PENAL: RAMO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	40
1.5.1 <b>Esorço histórico do Direito Internacional Penal.....</b>	<b>40</b>
1.5.2 <b>Objeto do Direito Internacional Penal.....</b>	<b>42</b>
1.5.3 <b>Fontes do Direito Internacional Penal.....</b>	<b>44</b>
1.5.4 <b>As fontes do direito internacional penal no Estatuto do Tribunal Penal Internacional.....</b>	<b>56</b>
1.6 SOBERANIA E DIREITO INTERNACIONAL PENAL: HÁ UM CONFLITO INSUPERÁVEL ENTRE SOBERANIA DOS ESTADOS E A JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL?.....	59
<b>CAPÍTULO 2 - AS JURISDIÇÕES PENAIS.....</b>	<b>63</b>
2.1 JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL: OS CASOS HISTÓRICOS E AS PRIMEIRAS TENTATIVAS.....	63
2.1.1 <b>Antecedentes até a Primeira Guerra Mundial.....</b>	<b>64</b>
2.1.2 <b>Os Tribunais de Nuremberg e Tóquio.....</b>	<b>67</b>
2.2 JURISDIÇÕES PENAIS NACIONAIS: O CASO DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL.....	71
2.2.1 <b>O caso Eichmann.....</b>	<b>72</b>
2.2.2 <b>O caso Pinochet.....</b>	<b>74</b>
2.2.3 <b>O caso da jurisdição belga para crimes contra a humanidade: Bélgica versus República Democrática do Congo.....</b>	<b>75</b>
2.2.4 <b>O caso da jurisdição espanhola sobre os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra....</b>	<b>77</b>
2.2.5 <b>Reflexões finais: críticas a aplicação do princípio da jurisdição universal.....</b>	<b>79</b>
2.3 JURISDIÇÕES PENAIS INTERNACIONAIS NÃO PERMANENTES: OS TRIBUNAIS <i>AD HOC</i> DAS NAÇÕES UNIDAS.....	81
2.3.1 <b>O Tribunal Penal Internacional <i>ad hoc</i> para ex-Iugoslávia (ICTY).....</b>	<b>82</b>
2.3.2 <b>O Tribunal Penal Internacional <i>ad hoc</i> para Ruanda (ICTR).....</b>	<b>87</b>
2.3.3 <b>Reflexões finais: o balanço dos tribunais penais <i>ad hoc</i>.....</b>	<b>89</b>
2.4 JURISDIÇÕES PENAIS MISTAS: OS CASOS DE SERRA LEOA, KOSOVO, TIMOR LESTE E CAMBOJA.....	90

2.4.1	<b>O Tribunal Especial para Serra Leoa (<i>Special Court for Sierra Leone</i>)</b> .....	91
2.4.2	<b>Persecução dos crimes étnicos e de guerra e outros sérios crimes durante o período de administração das Nações Unidas no Kosovo: o sistema judicial da UNMIK</b> .....	93
2.4.3	<b>O Painel dos Graves Crimes nos Tribunais do Distrito de Dili: Timor Leste (<i>The Serious Crimes Panel of the Dili District of Court</i>)</b> .....	95
2.4.4	<b>Câmaras Extraordinárias nos Tribunais do Camboja (<i>Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia</i>)</b> .....	97
2.4.5	<b>Reflexões finais: os resultados dos tribunais mistos ou internacionalizados</b> .....	99
2.5	<b>JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE: A CONCRETIZAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL</b> ....	100
2.5.1	<b>Os esforços na constituição de um tribunal penal internacional: 1937-1989</b> .....	101
2.5.2	<b>O período 1989-1998</b> .....	104
2.5.3	<b>A Conferência Diplomática de Roma: a idéia torna-se uma realidade</b> .....	106
2.6	<b>CONCLUSÕES FINAIS DO CAPÍTULO</b> .....	110

### **CAPÍTULO 3 - O DIREITO INTERNACIONAL PENAL E A INFLUÊNCIA DA COMMON LAW**..... 113

3.1	<b>A FAMÍLIA DO DIREITO DA COMMON LAW</b> .....	113
3.2	<b>O CRIME NA COMMON LAW: OS ELEMENTOS DO ACTUS REUS E DO MENS REA</b> .....	118
3.2.1	<b>O elemento <i>actus reus</i></b> .....	119
3.2.2	<b>O elemento <i>mens rea</i></b> .....	120
3.3	<b>A APLICAÇÃO DOS ELEMENTOS ACTUS REUS E MENS REA</b> .....	122

### **CAPÍTULO 4 - CRIMES INTERNACIONAIS: CONCEITOS E CLASSIFICAÇÕES**..... 132

4.1	<b>RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO (ILÍCITOS INTERNACIONAIS) E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL PENAL DOS INDIVÍDUOS (CRIMES INTERNACIONAIS)</b> .....	132
4.2	<b>CRIMES INTERNACIONAIS: DEFINIÇÕES E CLASSIFICAÇÕES POSSÍVEIS</b> .....	134
4.3	<b>CRIMES EM ESPÉCIE: GENOCÍDIO</b> .....	148
4.3.1	<b>Antecedentes históricos do crime de genocídio (história jurídica)</b> .....	149
4.3.2	<b>Sujeito ativo</b> .....	151
4.3.3	<b>Sujeito passivo</b> .....	152
4.3.4	<b>Bem jurídico: o objeto de proteção</b> .....	153
4.3.5	<b>O <i>actus reus</i></b> .....	155
4.3.5.1	<i>Homicídio de membros do grupo</i> .....	155
4.3.5.2	<i>Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo</i> .....	156
4.3.5.3	<i>Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial</i> .....	158

4.3.5.4	<i>Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo.....</i>	158
4.3.5.5	<i>Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.....</i>	159
4.3.6	<b>O mens rea.....</b>	160
4.3.6.1	<i>Com intenção (“with intent”).....</i>	161
4.3.6.2	<i>No todo ou em parte.....</i>	162
4.3.6.3	<i>O grupo protegido, “como tal” (“as such”).....</i>	163
4.3.7	<b>Outras questões importantes sobre o crime de genocídio.....</b>	165
4.3.7.1	<i>É necessária a destruição do grupo?.....</i>	165
4.3.7.2	<i>Os grupos não protegidos.....</i>	167
4.3.7.3	<i>A “limpeza étnica” (“ethnic cleansing”) também é uma forma de genocídio?.....</i>	167
4.3.8	<b>Considerações finais sobre genocídio.....</b>	169
4.4	<b>CRIMES EM ESPÉCIE: CRIMES CONTRA A HUMANIDADE.....</b>	170
4.4.1	<b>Antecedentes históricos dos crimes contra humanidade.....</b>	170
4.4.2	<b>Sujeito ativo.....</b>	174
4.4.3	<b>Sujeito passivo.....</b>	175
4.4.4	<b>Bem jurídico: objeto da proteção.....</b>	176
4.4.5	<b>O elemento de contexto do crime contra a humanidade.....</b>	176
4.4.5.1	<i>O ataque, generalizado ou sistemático.....</i>	177
4.4.5.2	<i>A política de um Estado.....</i>	179
4.4.5.3	<i>Dirigida contra uma população civil.....</i>	181
4.4.6	<b>O actus reus.....</b>	182
4.4.6.1	<i>Homicídio.....</i>	182
4.4.6.2	<i>Extermínio.....</i>	183
4.4.6.3	<i>Escravidão.....</i>	183
4.4.6.4	<i>Deportação ou transferência forçada de uma população.....</i>	184
4.4.6.5	<i>Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional.....</i>	184
4.4.6.6	<i>Tortura.....</i>	185
4.4.6.7	<i>Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável.....</i>	186
4.4.6.8	<i>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>	190
4.4.6.9	<i>Desaparecimento forçado de pessoas.....</i>	190
4.4.6.10	<i>Crime de apartheid.....</i>	192
4.4.6.11	<i>Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.....</i>	192
4.4.7	<b>O mens rea.....</b>	193
4.5	<b>CRIMES EM ESPÉCIE: CRIMES DE GUERRA.....</b>	195
4.5.1	<b>Direito internacional humanitário.....</b>	195
4.5.1.1	<i>Origens.....</i>	196
4.5.1.2	<i>Definição.....</i>	197

4.5.1.3	<i>Fontes</i> .....	198
4.5.2	<b>Crimes de guerra</b> .....	199
4.5.2.1	<i>Antecedentes</i> .....	199
4.5.2.2	<i>A noção dos crimes de guerra</i> .....	200
4.5.3	<b>Conflito armado de caráter internacional e de caráter não internacional</b> .....	201
4.5.3.1	<i>Conflito armado de caráter internacional</i> .....	201
4.5.3.2	<i>Conflito armado de caráter não internacional</i> .....	203
4.5.3.3	<i>A proteção da população civil</i> .....	204
4.5.3.4	<i>A noção de combatente</i> .....	205
4.5.3.5	<i>O princípio da distinção e as pessoas protegidas pelo DIH como bem jurídico tutelado</i> .....	206
4.5.4	<b>Os crimes de guerra no estatuto do TPI</b> .....	207
4.5.4.1	<i>O elemento actus reus</i> .....	207
4.5.4.1.1	Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades (artigo 8(2)(b)(i)).....	208
4.5.4.1.2	Dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja, bens que não sejam objetivos militares (artigo 8(2)(b)(ii)).....	209
4.5.4.1.3	Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados (artigo 8(2)(b)(iii)).....	210
4.5.4.1.4	Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa (artigo 8(2)(b)(iv)).....	211
4.5.4.1.5	Atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares (artigo 8(2)(b)(v)).....	213
4.5.4.1.6	Matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido (artigo 8(2)(b)(vi)).....	213
4.5.4.1.7	Utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves (artigo 8(2)(b)(vii)).....	214
4.5.4.1.8	Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares (artigo 8(2)(b)(ix)).....	215
4.5.4.1.9	Matar ou ferir a traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo (artigo 8(2)(b)(xi)).....	216

4.5.4.1.10	Declarar que não será dado quartel (artigo 8(2)(b)(xii)).....	216
4.5.4.1.11	Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura (artigo 8(2)(c)(i)).....	217
4.5.4.1.12	Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes (artigo 8(2)(c)(ii)).....	219
4.5.4.1.13	A tomada de reféns (artigo 8(2)(c)(iii)).....	219
4.5.4.1.14	As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis (artigo 8(2)(c)(iv)).....	220
4.5.4.2	<i>O elemento mens rea</i> .....	220
<b>CAPÍTULO 5 - ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO ICTY</b> .....		223
5.1	DRAZEN ERDEMOVIC.....	223
5.1.1	<b>Promotoria versus Erdemovic: Julgamento (IT-96-22-T)</b> .....	223
5.1.2	<b>Promotoria versus Erdemovic: Apelação (IT-96-22-A)</b> .....	226
5.1.3	<b>Promotoria versus Erdemovic: Julgamento (IT-96-22-Tbis)</b> .....	227
5.2	DUSKO TADIC.....	228
5.2.1	<b>Promotoria versus Tadic: Julgamento (IT-94-1-T)</b> .....	228
5.2.2	<b>Promotoria versus Tadic: Apelação (IT-94-1-A)</b> .....	229
5.3	ZJENIL DELALIC, ZDRAVKO MUCIC (“PAVO”), HAZIM DELIC E ESAD LANDZO (“ZENGA”): “CASO CELEBICI”.....	231
5.3.1	<b>Promotoria versus Delalic et alii: Julgamento (IT-96-21-T)</b> .....	231
5.3.2	<b>Promotoria versus Delalic et alii: Apelação (IT-96-21-A)</b> .....	234
5.4	ZLATKO ALEKSOVSKI.....	235
5.4.1	<b>Promotoria versus Aleksovski: Julgamento (IT-95-14/1-T)</b> .....	235
5.4.2	<b>Promotoria versus Aleksovski: Apelação (IT-95-14/1-A)</b> .....	237
5.5	GORAN JELISIC.....	238
5.5.1	<b>Promotoria versus Jelisic: Julgamento (IT-95-10-T)</b> .....	238
5.5.2	<b>Promotoria versus Jelisic: Apelação (IT-95-10-A)</b> .....	240
5.6	MIODRAG JOKIC.....	241
5.6.1	<b>Promotoria versus Jokic: Julgamento (IT-01-42/1-S)</b> .....	241
5.6.2	<b>Promotoria versus Jokic: Apelação (IT-01-42/1-A)</b> .....	242
5.7	DARKO MRDA.....	243
5.7.1	<b>Promotoria versus Mrda: Julgamento (IT-02-59-S)</b> .....	243
5.8	VIDOJE BLAGOJEVIC E DRAGAN JOKIC.....	244
5.8.1	<b>Promotoria versus Blagojevic e Jokic: Julgamento (IT-02-60-T)</b> ...	244
5.8.2	<b>Promotoria versus Blagojevic e Jokic: Apelação (IT-02-60-A)</b> ...	247
5.9	SEFER HALILOVIC.....	249
5.9.1	<b>Promotoria versus Halilovic: Julgamento (IT-01-48-T)</b> .....	249
5.9.2	<b>Promotoria versus Halilovic: Apelação (IT-01-48-A)</b> .....	250
5.10	FATMIR LIMAJ, HARADIN BALA E ISAK MUSLIU.....	251
5.10.1	<b>Promotoria versus Limaj, Bala e Musliu: Julgamento (IT-03-66-T)</b> .....	251
5.10.2	<b>Promotoria versus Limaj, Bala e Musliu: Apelação (IT-03-66-A)</b> .....	253
<b>CAPÍTULO 6 - ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO ICTR</b> .....		255
6.1	JEAN-PAUL AKAYESU.....	255
6.1.1	<b>Promotoria versus Akayesu: Julgamento (ICTR-96-4-T)</b> .....	255

6.1.2	<b>Promotoria versus Akayesu: Apelação (ICTR-96-4-T)</b> .....	260
6.2	JEAN KAMBANDA.....	261
6.2.1	<b>Promotoria versus Kambanda: Julgamento (ICTR-97-23-S)</b> .....	261
6.2.2	<b>Kambanda versus Promotoria: Apelação (ICTR-97-23-A)</b> .....	262
6.3	OMAR SERUSHAGO.....	262
6.3.1	<b>Promotoria versus Serushago: Julgamento (ICTR-98-39-S)</b> .....	262
6.3.2	<b>Serushago versus Promotoria: Apelação (ICTR-98-39-A)</b> .....	264
6.4	CLÉMENT KAYISHEMA E OBED RUZINDANA.....	264
6.4.1	<b>Promotoria versus Kayishema e Ruzindana: Julgamento (ICTR-95-1-T)</b> .....	264
6.4.2	<b>Promotoria versus Kayishema e Ruzindana: Apelação (ICTR-95-1-A)</b> .....	267
6.5	GEORGES ANDERSON NDERUBUMWE RUTAGANDA.....	269
6.5.1	<b>Promotoria versus Rutaganda: Julgamento (ICTR-96-3)</b> .....	269
6.5.2	<b>Rutaganda versus Promotoria: Apelação (ICTR-96-3-A)</b> .....	271
6.5.3	<b>Rutaganda versus Promotoria: Reconsideração (ICTR-96-3-R)</b> .....	272
6.6	VINCENT RUTAGANIRA.....	273
6.6.1	<b>Promotoria versus Rutaganira: Julgamento (ICTR-95-1C-T)</b> .....	273
6.6.2	<b>Promotoria versus Rutaganira: Apelação (ICTR-95-1C-AR)</b> .....	274
6.7	JEAN MPAMBARA.....	275
6.7.1	<b>Promotoria versus Mpambara: Julgamento (ICTR-01-65-T)</b> .....	275
6.8	ANDRÉ RWAMAKUBA.....	276
6.8.1	<b>Promotoria versus Rwamakuba: Julgamento (ICTR-98-44C-T)</b> ..	276
6.9	JOSEPH NZABIRINDA.....	277
6.9.2	<b>Promotoria versus Nzabirinda: Julgamento (ICTR-2001-77-T)</b> ...	277
6.10	JUVÉNAL RUGAMBARARA.....	278
6.10.1	<b>Promotoria versus Rugambarara: Julgamento (ICTR-00-59-T)</b> ...	278
	<b>CONCLUSÕES</b> .....	279
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	289

## INTRODUÇÃO

O direito internacional produziu nos últimos cem anos um volume enorme de tratados internacionais, versando sobre normas condenatórias de genocídio, *apartheid*, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, ou proibindo determinados comportamentos durante os conflitos armados, tais como a proibição do uso de gás ou o emprego de armas químicas e biológicas. No entanto, o mesmo não se deu com as normas sobre a aplicação das mesmas e um meio de torná-las eficazes. Os Estados nacionais ainda são competentes e, algumas vezes até mesmo obrigados segundo o direito internacional, a investigar, processar e punir tais violações, só que em não raras oportunidades esses mesmos Estados nacionais não foram capazes ou não estiveram desejosos em aplicar esse direito internacional penal.

A presente tese analisa o longo caminho percorrido pelo direito internacional penal rumo à consolidação de uma jurisdição penal internacional em caráter permanente. O objeto principal da pesquisa é verificar como são encarados os elementos dogmáticos no direito internacional penal contemporâneo.

A investigação centra-se nos elementos constitutivos do crime da tradição do direito da *common law*, isto é, o *actus reus* e o *mens rea*, os elementos objetivo e subjetivo respectivamente. Dessa maneira nos crimes internacionais considerados mais graves pela sociedade internacional – aqueles que estão previstos nos estatutos das cortes penais internacionais: genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra – são analisados a partir da ótica da *common law*.

Conseqüentemente, com a opção dessa técnica bipartida dos elementos dos crimes, presente nos tribunais penais internacionais e também na doutrina internacional-penalista rejeitam-se os elementos do crime próprios do sistema romano-germânico, isto é, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Dessa maneira, tentar-se-á provar que o direito internacional penal aproxima-se, pelos menos nos aspectos dos crimes, do sistema anglo-saxão de direito e, por outro lado, afasta-se da tradição romanista do direito.

O trabalho justifica-se, entre outros motivos, porque esses crimes previstos nos estatutos dos tribunais *ad hoc* das Nações Unidas – Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY)<sup>1</sup> e Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) – e

---

<sup>1</sup> Em razão do uso generalizado das siglas em inglês optou-se por utilizá-las também nessa tese. Assim, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, será abreviado por ICTY (*International*

do atual Tribunal Penal Internacional (TPI), ainda que os codifiquem pela primeira vez de forma sistemática no plano internacional, ainda geram múltiplas e complexas questões de interpretação, portanto, faz-se necessário aprofundar a reflexão e o próprio desenvolvimento conceitual desses crimes.

Uma das novidades da tese é maneira como será realizada essa análise sobre esses crimes, utilizando-se da técnica bipartida consagrada no sistema da *common law*, isto é, os elementos *mens rea* e *actus reus*.

Antes de propriamente adentrar-se no debate que aqui se inicia, sobre a influência da *common law* no momento atual do direito internacional penal, vale recordar que o tema ficará adstrito à antiga oposição entre as famílias da *common law* e a romano-germânica. Apesar do que consta, por exemplo, no artigo 36 (8) do Estatuto de Roma que criou o TPI, que versa sobre a seleção dos juizes que comporão a Corte. Nesse ponto, o tratado internacional constitutivo salienta a necessidade de assegurar na sua composição, além da representação geográfica eqüitativa e da representação justa de juizes de ambos os sexos, a representação dos principais sistemas jurídicos do mundo.

Apesar do referido dispositivo legal, é inegável que são os dois sistemas jurídicos de direito ocidental que dão as cartas. Os próprios juizes que atuaram no julgamento do caso Delalic *et alii* – examinado quinto capítulo – consideraram que o Regulamento Processual (*Rules of Procedure and Evidence*) realiza uma “síntese das duas grandes tradições jurídicas, a saber: a *common law* e tradição civilista”.

A novidade aqui será demonstrar, através da análise exemplificativa da jurisprudência penal internacional dos dois tribunais *ad hoc* das Nações Unidas, que não há propriamente uma mescla dessas duas grandes famílias do direito, mas há de fato uma notável influência – pelo menos no tocante aos crimes previstos no Estatuto – da *common law* que se espalhou de maneira vasta na prática internacional do direito internacional penal. Ou seja, este ramo jurídico tem matizes acentuadas da *common law*.

Assim, os objetivos que a tese pretende demonstrar ao longo dos capítulos, são: contribuir nos estudos sobre a natureza jurídica do direito internacional penal, em face da reconfiguração e dos desenvolvimentos recentes, sobretudo com relação

---

*Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*) enquanto o Tribunal Penal Internacional para Ruanda será abreviado por ICTR (*International Criminal Tribunal for Rwanda*). Já o Tribunal Penal Internacional será abreviado pelas iniciais em português.

a soberania dos Estados e a jurisdição penal internacional; investigar os crimes internacionais previstos nos estatutos dos tribunais penais internacionais à luz da teoria bipartida típica da *common law*; demonstrar a marcante influência do sistema anglo-saxão no direito internacional penal da atualidade e, por fim, comprovar o grau de extensão – por meio da apreciação da jurisprudência internacional – da *common law* na caracterização dos crimes mais graves contra a sociedade internacional.

Para alcançar tais resultados algumas perguntas formuladas ao longo da tese serão respondidas: o que é um crime internacional? O que faz dele tão especial que mereça uma jurisdição internacional penal para julgá-lo? Como a sociedade internacional conseguiu adotar, superando questões importantes, como a soberania, o Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional? É o direito internacional penal influenciado pela *common law*?

O direito internacional penal de longa história e ácidos debates terminológicos é nos dias atuais uma realidade palpável, especialmente após a constituição dos tribunais penais internacionais. No entanto, não existe um trabalho específico que trate dos crimes previstos nos estatutos dessas cortes internacionais através da análise da extensão da técnica bipartida do crime da *common law* na doutrina e na jurisprudência destes tribunais, isto é, um trabalho que busque identificar os elementos *actus reus* e *mens rea*, ou os elementos objetivo e subjetivo respectivamente.

Ao contrário de outros trabalhos sobre o Tribunal Penal Internacional, este se dedica a demonstrar a idéia de que o direito internacional penal é acentuadamente marcado pela família anglo-saxã do direito, em prejuízo da herança do sistema romano-germânico, em especial do direito penal dessa família. Além disso, busca-se constatar também que o período posterior à Segunda Guerra Mundial, ou mais propriamente da “guerra fria”, foi uma época de efervescência contínua no direito internacional penal, e não um período de latência da idéia, de um tribunal criminal internacional em caráter permanente.

Por outro lado, esta tese não é uma mera compilação de antecedentes históricos, ao contrário, expõe idéias e pontos de vista que constituem um significativo aporte doutrinário para o direito internacional penal em torno de temas atuais sobre a matéria.

A pesquisa inédita constante nesta tese será manifestada através da demonstração de que a jurisprudência dos tribunais penais internacionais da

atualidade, e também parte relevante da doutrina internacional-penalista, conduz seus estudos da responsabilidade penal individual com predominância – quase exclusividade – da *common law*, relegando as contribuições da dogmática jurídico-penal dos demais sistemas, mormente da tradição romano-germânica ou *civil law*, ou seja, desconsidera no exame da responsabilidade penal a tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade.

Este trabalho demonstrará que tais crimes – genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra –, ainda que se codifiquem pela primeira vez de forma sistemática, geram múltiplas e complexas questões, pelo que resulta necessário aprofundar a reflexão e o desenvolvimento conceitual sobre tais crimes. Aqueles crimes que não podem ficar impunes, porque violaram direitos humanos, que buscam serem preservados pela sociedade internacional contemporânea.

A relação entre o direito internacional penal e os direitos humanos se constrói por meio da impunidade universal das severas violações aos direitos humanos. Assim a impunidade traz consigo um vazio de punibilidade fática, cuja diminuição converteu-se na função mais importante do direito internacional penal e missão principal do Tribunal Penal Internacional. Essa idéia é consagrada no Preâmbulo do Estatuto de Roma, nos parágrafos 4 e 5:

Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional,  
Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes.

Para os fins deste trabalho, os direitos humanos serão considerados na sua forma mais ampla (*lato sensu*), englobando de maneira genérica os três crimes previstos, porque o genocídio e os crimes contra a humanidade estão mais relacionados aos direitos humanos, enquanto que os crimes de guerra estão mais próximos do direito internacional humanitário; contudo, não se fará qualquer distinção, nos limites desta tese, entre aqueles referentes aos meios e métodos de combate e aqueles relativos à proteção do indivíduo contra os efeitos da guerra.

É importante lembrar que, conforme o disposto no artigo 5 do Estatuto de Roma, a competência do TPI está restrita àqueles crimes considerados mais graves contra a sociedade internacional, quais sejam: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. Quanto a este crime, o TPI

ainda carece, nos termos dos artigos 121 e 123, de que seja aprovada uma definição do crime e se enunciem as condições em que o TPI terá competência relativamente a ele.

Para a concretização dos objetivos propostos o presente estudo utiliza-se do método indutivo, caminho pelo qual a partir de premissas menores atinge-se a uma verdade geral. De outra maneira, por meio do método indutivo é possível inferir conclusões de caráter bem mais abrangentes do que o conteúdo das premissas originais.

Conforme Marina Marconi e Eva Maria Lakatos, o cerne do procedimento indutivo está estruturado a partir de três pilares: *i)* observação dos fenômenos, que consiste na observação e análise dos fatos que servirão como premissas da argumentação, objetivando nessa fase encontrar as causas de sua manifestação; *ii)* descoberta da relação entre si, utilizando-se da comparação como maneira de aproximar os fatos para descobrir a relação pertinente entre eles; e, *iii)* generalização da relação, que compreende a síntese das comparações previamente realizadas que enseja a conclusão maior de uma pesquisa de cunho indutivo.<sup>2</sup>

Portanto, a novidade que se propõe alcançar é lançar luzes sobre o direito internacional penal, não somente através de um aporte doutrinário, mas fundamentalmente por meio do exame das decisões das cortes penais internacionais da atualidade, e com um olhar novo e desconhecido, da constatação do elemento objetivo (*actus reus*) e do elemento subjetivo (*mens rea*).

Dessa maneira, a tese desenvolver-se-á da seguinte maneira, o capítulo 1 examina alguns conceitos e fontes do direito internacional penal ao lado de uma contextualização histórica sobre a disciplina. O aparecimento em definitivo na cena internacional do direito internacional penal e das cortes penais internacionais traz consigo também o debate sobre essa tensão entre soberania e jurisdição penal internacional. Os Estados estão progressivamente mais envolvidos em redes de uma sociedade mundial cada vez mais interdependente cuja especificidade funcional avança sem levar em consideração as fronteiras territoriais. Como considera o sociólogo e filósofo alemão Jürgen Habermas, esses processos sistêmicos destroem as condições para qualquer tipo independência nacional que tenha sido o requisito

---

<sup>2</sup> MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 54.

da soberania, assim “os Estados nacionais enfrentam de modo crescente problemas técnicos de uma magnitude que exige a cooperação internacional com finalidades de coordenação e de persecução regional e inclusive global de políticas concertadas”<sup>3</sup>. Assim se dá também com o estabelecimento dos tribunais penais internacionais, em que os Estados cedem suas tradicionais competências, mas também ganham espaços para novos tipos de influência.

Já o capítulo seguinte debruça-se sobre os mais diversos modelos de jurisdições penais exercidos nos últimos decênios na busca de evitar a impunidade dos crimes internacionais mais graves. Como será visto abaixo, as respostas foram as mais diversas possíveis, desde a aplicação de princípios jurisdicionais nacionais, passando por respostas essencialmente internacionais, até o aparecimento de tribunais internacionalizados ou mistos, isto é, nacionais e internacionais. Até, por fim, chegar-se ao Tribunal Penal Internacional, em caráter permanente, que não deve ser encarado como a “varinha mágica”, nem a solução definitiva aos totalitarismos ou ao terrorismo, “mas será o instrumento que com a força da razão, por meio da razão normativa e civilizada, ofereça a luta contra a guerra e a favor dos direitos humanos e da dignidade do homem”.<sup>4</sup>

Consolidados esses conceitos iniciais e fundamentais para o pleno entendimento da tese, passa-se no capítulo 3 ao estudo em linhas gerais da família da *common law*, mormente os conceitos fundamentais sobre o que se compreende por crime neste sistema, através de seus dois elementos principais: *actus reus* e *mens rea*. Estes dois elementos guiaram o estudo dos crimes internacionais, afastando a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade de suas investigações.

O capítulo 4 versa sobre tema bastante espinhoso no direito internacional penal que é o de definir o crime internacional. Muitos autores de diversos sistemas jurídicos debruçaram-se sobre o assunto, propondo definições, estabelecendo classificações e/ou criando terminologias para tanto, tudo no afã de clarificar suas idéias, sem grandes êxitos aparentes. Também são examinados os crimes previstos no Estatuto de Roma – genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra – contando com contribuições da doutrina e da jurisprudência internacional sobre eles.

---

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*. Buenos Aires: Katz, 2008, pp. 29-30.

<sup>4</sup> GUZMÁN, Augusto Ibáñez. *El sistema penal en el Estatuto de Roma*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 29.

E, por fim, os capítulos finais 5 e 6 tratam de investigar as decisões dos tribunais *ad hoc* das Nações Unidas, Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Esse exame da jurisprudência desses tribunais penais internacionais será dos casos conclusos (*completed cases*), em ordem cronológica das decisões de primeira instância, buscando identificar os elementos *actus reus* e *mens rea*.

Realizou-se uma apreciação tão-somente exemplificativa dessas decisões, em razão da numerosa quantidade das mesmas. Assim, optou-se, metodologicamente, por selecionar as cinco primeiras – que são as mais citadas na doutrina e também na jurisprudência – e as cinco últimas decisões de cada tribunal. Portanto, dez de cada tribunal, perfazendo um total de vinte decisões, o que sem dúvida é um número expressivo.

Os dois derradeiros capítulos buscarão responder as últimas hipóteses formuladas, na intenção de constatar ou não a presença marcante da *common law* no exame dos crimes durante os julgamentos dessas cortes penais internacionais, visto que “os tribunais *ad hoc* têm contribuído de maneira significativa no desenvolvimento das leis do genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra nos tempos recentes”.<sup>5</sup>

Enfim, utilizando-se tanto do direito penal como do direito internacional, a presente tese procura fazer uma ponte entre esses dois ramos jurídicos e ressaltar a crescente importância do direito internacional penal – ainda que de características acentuadas da *common law* – e uma profunda interpenetração de um no outro. Como alerta o italiano Luigi Ferrajoli,

fora do horizonte do direito internacional, de fato, nenhum dos problemas que dizem respeito ao futuro da humanidade pode ser resolvido, e nenhum dos valores do nosso tempo pode ser realizado: não apenas a paz, mas tampouco a igualdade, a tutela dos direitos de liberdade e sobrevivência, a segurança contra a criminalidade, a defesa do meio ambiente concebido como patrimônio da humanidade, conceito que também inclui as gerações futuras.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> McKAY, Leanne. Characterising the system of the International Criminal Court: an exploration of the role of the Court through the Elements of Crimes and the Crime of Genocide. *International Criminal Law Review*, n. 6 (2006). The Hague: Koninklijke Brill NV, p. 268.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 51.

## CAPÍTULO 1 – O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNACIONAL PENAL NA SOCIEDADE INTERNACIONAL

Neste capítulo de abertura examinam-se alguns conceitos e fontes do direito internacional penal ao lado de uma contextualização histórica sobre a disciplina. Esses fatores são fundamentais para a boa compreensão das idéias propostas no correr do trabalho, não devendo ser considerados como compartimentos estanques ou despegados do restante. Ao contrário, esses elementos históricos e conceituais devem ser analisados conjuntamente com os demais lidados adiante, quais sejam: as jurisdições penais internacionais, os crimes internacionais e as decisões dos tribunais internacionais penais.

### 1.1 A SOCIEDADE INTERNACIONAL

Em uma forma simplificada, pode-se dizer que o direito internacional é o direito aplicável à sociedade internacional. Isto posto é fundamental desvendar qual a origem e o sentido do termo sociedade internacional.

No estudo do direito internacional são usados dois termos para designar o fenômeno onde esse se desenvolve: comunidade internacional e sociedade internacional.<sup>7</sup>

O debate foi introduzido pela Sociologia na obra “Comunidade e Sociedade” (*Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1877) de Ferdinand Tönnies, cujo pensamento seria mais tarde desenvolvido por Max Weber. Para aquele filósofo e sociólogo alemão, todos os grupos sociais, na sua grande heterogeneidade, poderiam ser divididos em duas grandes categorias: a comunidade (*Gemeinschaft*) e a sociedade (*Gesellschaft*).<sup>8</sup>

O conceito de “comunidade” englobaria caracteres como: formação natural, vontade orgânica e participação na vida comum por parte dos indivíduos. Já a “sociedade” possuiria características distintas, tais quais: formação voluntária,

---

<sup>7</sup> Essa dicotomia é utilizada por diversos jusinternacionalistas, veja-se, por exemplo, as obras de Celso Albuquerque Mello, Jorge Bacelar Gouveia, Fausto de Quadros e André Gonçalves Pereira, entre outros. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 32-37.

<sup>8</sup> Utiliza-se aqui a versão em francês da obra, traduzida a partir da oitava edição alemã de 1935.

vontade refletida e menor participação na vida comum por parte dos indivíduos. A comunidade estaria regida pelo direito natural, enquanto a sociedade pelo contrato.<sup>9</sup>

Tanto na “comunidade” quanto na “sociedade” se encontram nos seus membros interesses comuns e divergentes, ou seja, fatores de aproximação ou de agregação, por um lado, e de conflito ou de afastamento, por outro. Enquanto na comunidade os fatores de agregação são mais fortes do que os de desagregação, na sociedade passa-se exatamente o inverso. Uma outra caracterização possível é dizer que uma *sociedade* é mais aberta, mais informal, enquanto uma *comunidade* é mais fechada, mais coesa moralmente.

Como afirma o pensador americano Joseph Nye Jr. as perspectivas estão corretas e erradas; respostas precisas não são possíveis, já que “a mistura de continuidade e mudança que caracteriza o mundo no dealbar no século XXI, torna impossível chegar a uma explicação única, fácil e sintética”<sup>10</sup>. Por isso, na análise das relações internacionais também o estudo da sociedade internacional ocupa um papel significativo, trazendo uma contribuição mais significativa para o debate introduzido por Tönnies.

Em uma visão genérica das tradições internacionalistas, pode-se personificar que a sociedade internacional dos realistas (hobbesiana) vê uma predominância de um estado de guerra permanente, atual ou potencial; para os racionalistas (grociana) a ênfase está colocada na cooperação entre os Estados, baseada em normas compartilhadas e entendimentos entre os mesmos; e, para os universalistas (kantiana), a sociedade internacional funcionaria lado a lado com os Estados a partir de laços não-estatais de economia, de política, de associação, de cultura e de ideologia que transcenderiam as fronteiras dos Estados, constituindo uma sociedade internacional que iria além desses Estados.<sup>11</sup>

No entanto, ainda que respostas simplistas sejam pouco críveis, entende-se que a locução “sociedade internacional” indica um conjunto de normas compartilhadas por diferentes sociedades e que é promovido pela competição interestatal, baseando-se em uma suposta igualdade intersocietal e interestatal. Ou na melhor formulação da escola racionalista inglesa, para Hedley Bull existe uma

---

<sup>9</sup> TÖNNIES, Ferdinand. *Communauté et Société: catégories fondamentales de la sociologie pure*. Paris: Presses Universitaires de France, 1944, pp. 4-5.

<sup>10</sup> NYE JR., Joseph. *Compreender os conflitos internacionais: uma introdução à teoria e à história*. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2002, p. 7.

<sup>11</sup> HALLIDAY, Fred. *Repensando as relações internacionais*. Porto Alegre: EDUFRGS, 1999, p. 107.

“sociedade de estados” (ou “sociedade internacional”) quando um grupo de estados, conscientes de certos valores e interesses comuns, formam uma sociedade, no sentido de se considerarem ligados, no seu relacionamento, por um conjunto comum de regras, e participam de instituições comuns.<sup>12</sup>

Dentro da reflexão grociana da sociedade internacional, Bull examina as mutações que essa sofreu nos últimos quatro séculos através da periodização de três momentos fundamentais: a sociedade internacional cristã (séculos XV a XVII); a sociedade internacional européia (séculos XVIII e XIX); e, a sociedade internacional mundial (século XX).

A sociedade internacional cristã é o reflexo da hegemonia da Cristandade Ocidental com valores da cultura religiosa cristã que permite a definição das bases da paz. Nesse período há uma predominância de pensadores do direito natural, como Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Alberico Gentili, Hugo Grócio e Samuel Pufendorf.

O segundo período é o da sociedade internacional européia, identifica-se mais como européia mais do que cristã. O direito natural cede lugar ao direito positivo internacional, as idéias dos teóricos políticos e legais convergem com as dos historiadores que procuram registrar as práticas dos Estados e dos estadistas que o operam. Os representantes desse período são, entre outros, Jeremy Bentham e Emer de Vattel.

A terceira fase, já no século XX, a sociedade internacional deixa de ser considerada especificamente européia e passa a ser vista como global. Exemplo disso é a criação de organizações internacionais de vocação universal, como as Nações Unidas, cujos princípios rege-na a vida entre as nações, dentro de parâmetros que combinam a solidez das regras jurídicas e sentido de segurança.<sup>13</sup>

Não existe, contrariamente ao uso abusivo do termo, uma verdadeira “comunidade internacional” que justifique o abandono incondicional do princípio de soberania em proveito de um juiz supranacional. É verdade que, nas sociedades nacionais, as relações de força e as desigualdades não impedem o exercício de um poder judiciário. Mas, de toda forma, a distinção é marcante, já que se no cenário interno dos Estados é freqüentemente possível identificar uma coesão ideológica e cultural forte; no âmbito internacional, o traço distintivo dessa “sociedade

---

<sup>12</sup> BULL, Hedley. *A sociedade anárquica: um estudo da ordem na política mundial*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2002, p. 19.

<sup>13</sup> *Idem, ibidem*, pp. 36-50.

internacional” ainda é a diversidade que predomina quando se trata de interpretar concretamente os valores de referência dessa sociedade.

Um dos traços marcantes dessa sociedade internacional atual é a extensão da soberania política em todo o sistema. Os cerca de duzentos Estados em que ela se divide são, pelo menos nominalmente, independentes e juridicamente iguais. Como considera o professor britânico Adam Watson, é possível que quase todos os membros da atual sociedade internacional reconheçam, ou pelo menos aceitem, que a essa sociedade deva levar em conta princípios, tanto quanto interesses, e ter alguns valores comuns, assim como regras regulatórias.<sup>14</sup>

Portanto, tomando-se por base esses apontamentos, prefere-se o vocábulo sociedade internacional e não uma comunidade internacional, como o melhor reflexo do mundo internacional contemporâneo, em que a luta constante entre os Estados ainda é a marca predominante, ainda que seja crescente o número de áreas onde a solidariedade entre os Estados – por exemplo, a cooperação jurídica internacional – tem vindo a predominar sobre o individualismo estatal. Mas essa sociedade internacional ainda é constituída por grupos heterogêneos, envolvidos em uma constante e presente tensão de domínio, inexistindo, dessa forma, um poder dominante.<sup>15</sup>

Nesse sentido, nessa sociedade internacional existe um direito internacional, que foi durante longo tempo exclusivamente um direito interestatal e ainda se apresenta, apesar das diversas atenuações, predominantemente sob este aspecto. A sua moderna configuração nasceu na Europa em época em que os grandes Estados nacionais já estavam formados, por isso se dizer que o Estado é o membro originário e principal sujeito, único durante muito tempo.<sup>16</sup>

## 1.2 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Tradicionalmente o direito internacional é definido como “o conjunto de regras e princípios de ação que vinculam os Estados civilizados nas suas relações uns com

---

<sup>14</sup> WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*. Brasília: UnB, 2004, pp. 419-430.

<sup>15</sup> Contrariamente do exposto aqui, Halliday acredita que: “na verdade, no uso de Bull-Wight, as duas [caracterizações] são intercambiáveis e esta ‘sociedade’, independentemente do que ela realmente seja, devido à ênfase em valores compartilhados, é mais próxima de *Gemeinschaft*”. HALLIDAY, *op. cit.*, p. 113.

<sup>16</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 52.

os outros”<sup>17</sup>. Hoje trata-se de um conceito superado como constatar-se-á no desenvolvimento deste trabalho, já que, por exemplo, não somente os Estados – e muito menos os ditos civilizados – são sujeitos do direito internacional, mas também as organizações internacionais e o indivíduo.

Ainda que diversas normas do que futuramente seria conhecido por direito internacional pudessem ser encontradas no mundo antigo e medieval, o direito internacional é muito mais recente do que se possa imaginar, datando dos séculos dezesseis e dezessete, com o surgimento do Estado moderno europeu e resultado do Renascimento e da Reforma.

À medida que o Estado moderno ia consolidando seu poder contra as tendências desagregadoras do sistema feudal decadente, resistia cada vez mais à divisão da autoridade que, na ordem externa, era imposta pela Igreja Católica. Esse último processo culminou com a Reforma, que pode ser traduzida como uma rebelião dos Estados contra a Igreja. A Reforma afirmou a intenção da autoridade civil de ser suprema no seu território, derrotando definitivamente o último rival do Estado nacional unificado que começava a surgir. Os Estados tornavam-se enormes máquinas fiscais, financeiras, burocráticas e militares.

Os tratados de Vestfália de 1648 que põem fim à Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) – parte uma guerra de religiões que dividiu a Europa entre católicos e protestantes e parte também vista como uma guerra civil alemã, entre regiões que queriam a autonomia diante do Sacro Império Romano Germânico – consagram uma nova ordem interestatal europeia.

No fim, estabeleceu-se um novo tipo de regulamentação das relações internacionais em que o princípio do interesse nacional substituiu a confissão religiosa. Como consequência do término da guerra, estabeleceu-se um novo equilíbrio de forças na Europa, por isso os tratados de Vestfália são vistos como o marco na construção da ordem europeia moderna em que os interesses estatais sobrepõem-se aos princípios religiosos medievais da soberania universal do Papado, que haviam sido a base das grandes monarquias nacionais.<sup>18</sup>

A Paz de Vestfália foi celebrada com a conclusão de um conjunto de onze tratados, dos quais o primeiro foi entre a Espanha e os Países Baixos (30 de janeiro

---

<sup>17</sup> BRIERLY, James Leslie. *Direito internacional*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 1.

<sup>18</sup> CARNEIRO, Henrique. Guerra dos Trinta Anos. In: MAGNOLI, Demétrio (org.). *História das Guerras*. São Paulo: Contexto: 2006, pp. 164-166.

de 1648) em Münster. Posteriormente, em 24 de outubro desse mesmo ano, foram firmados tratados entre o Sacro Império, os príncipes germânicos (especialmente Brandemburgo e Bavária), a França, a Suécia e o Papado, em Osnabrück e Münster, que constituem os tratados ditos de Vestfália<sup>19</sup>. Assim, os tratados revestiam a forma bilateral, pois, na época, era ainda desconhecida a técnica dos tratados multilaterais.<sup>20</sup>

Juridicamente, os Tratados de Vestfália podem ser considerados como o ponto de partida de toda a evolução do direito internacional contemporâneo, que consolidar-se-á com o fortalecimento do Estado-Nação, a partir do século XVIII.

Para tanto, esse novo Estado precisava de uma doutrina política que legitimasse um poder suficientemente forte para conter as influências das rivalidades feudais no seu interior e contra o papado, no exterior.

O primeiro a formular o conceito de poder soberano em termos jurídicos foi Jean Bodin. Segundo seu conceito clássico, a soberania comporta o conceito de independência em dois aspectos: um aspecto interno (soberania *no* Estado) e um aspecto externo (soberania *do* Estado). Deveria apenas ser limitada por mandamentos divinos, pelo direito natural e por determinados princípios gerais de direito. Bodin apontou como característica essencial desse poder central do Estado a extensão da competência de regulação e sua independência perante os poderes internos dentro do Estado. A paz social somente poderia ser alcançada de forma permanente se os conflitos sociais fossem decididos por uma instância que se contrapusesse às partes interessadas, com um poder de decisão superior, e conseguisse impor as suas decisões sem qualquer resistência.<sup>21</sup>

A história do direito internacional deve muito a célebres pensadores dos séculos XVI, XVII e XVIII. Cronologicamente os primeiros artífices são os teólogos espanhóis Francisco de Vitoria (1483-1546) e Francisco Suárez (1548-1617), membros da chamada Segunda Escolástica ou Escola Teológica Peninsular. Do primeiro são especialmente famosas três das suas treze lições extraordinárias (*relectiones*): *Relectio de potestate civili*, *La relectio de Indis* e *La relectio de temperantia*, sendo comumente atribuído também ao mestre de Salamanca a

---

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*, p. 185.

<sup>20</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 53.

<sup>21</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 76.

passagem ao termo *jus inter gentes*, tendo substituído na célebre definição de Gaio nas Institutas a palavra *homines* por *gentes*. Vitoria, com esta alteração, colocou o *jus gentium* no seu aspecto moderno, isto é, não se referindo apenas aos homens, mas às coletividades organizadas. Já Suárez com seu monumental tratado *De legibus ac Deo legislatore*, expôs sua concepção de direito das gentes distinguindo-a, como fizera seu precursor, do direito natural e do direito civil. É com o filósofo granadense que o direito das gentes conquistou plenamente seu lugar ao sol, um estatuto de autonomia e independência frente aos demais ramos do direito.<sup>22</sup>

Mas, o chamado pai do moderno direito das gentes é Huigh de Groot (Grotius ao ser latinizado, ou mais simplesmente Grócio). Nascido em 1583 em Delft nos Países Baixos, com uma vida excessivamente trabalhosa no contexto europeu do século XVII, foi filósofo, teólogo, poeta, polemista, advogado e também embaixador da Suécia na França, vindo a falecer em Rostock, Alemanha em 1645<sup>23</sup>. Em 1608 veio à luz o Direito das presas (*De iure praedae*), posteriormente incorporado ao livro *De mare liberum*. Mas é com Direito da Guerra e da Paz (*De iure belli ac pacis*), em 1625, que Grócio deu sua maior contribuição do direito internacional. Nessa obra o jurista holandês procurou construir uma teoria da sociedade internacional assente no direito e não na teologia. Profundamente influenciado pela Guerra dos Trinta Anos – ainda em curso –, Grócio afirma a necessidade de regulamentar a guerra para evitá-la em nome de um direito natural, corpo de direitos fundamentais inerentes ao ser humano. Entre as outras contribuições de Grócio ao direito internacional destaque para: a sujeição das relações internacionais em sua totalidade à norma jurídica; o direito natural como fonte autônoma do direito internacional; o reconhecimento da identidade essencial entre o Estado e o indivíduo; a distinção entre a guerra justa e a guerra injusta.<sup>24</sup>

Outro autor que merece ser recordado pela importância na definição de um novo método de observação do direito internacional foi o alemão Samuel Pufendorf (1632-1694). Primeiro docente da disciplina de direito natural numa universidade, Pufendorf desenvolveu algumas das conclusões de Grócio em sua obra *Direito natural e das gentes*, desenvolvendo a idéia de uma construção racional do direito

---

<sup>22</sup> ROBLEDO, Antonio Gómez. *Fundadores del derecho internacional*. México, D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 12-13; 70-96.

<sup>23</sup> PINTO, Felipe Flores. Tradição e modernidade na obra de Hugo Grócio. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A nova dimensão do Direito Internacional Público*. Brasília: Instituto Rio Branco, 2003, p. 267.

<sup>24</sup> ROBLEDO, *op. cit.*, pp. 160-167.

das gentes como parte do direito natural. Os princípios do direito natural que aplica à sociedade internacional constituem imperativos morais: não fazer o mal nem provocar danos a terceiros; cumprir com os deveres humanitários, cumprir voluntariamente as promessas e os tratados.<sup>25</sup>

Por fim, uma última menção destacável ao suíço Emer (ou Emmerich) de Vattel (1714-1767) – que cunhou a expressão *droit des gens*, ou o direito das nações, referindo-se aos Estados – insistia na igualdade de todos os Estados perante a lei: “Um anão é tão homem quanto um gigante: uma pequena república não é menos Estado do que o reino mais poderoso”<sup>26</sup>. Ele reconhecia, entretanto, que essa igualdade jurídica de soberanos não teria muito significado, a menos que fosse protegida por um equilíbrio de poder.

Foram aproximadamente dois séculos, um período de formação e desenvolvimento do direito internacional moderno, ou seja, iniciando-se com Vitória e encerrando-se com Vattel, o catálogo dos fundadores do novo direito das gentes. Portanto, esse primeiro período do direito internacional que nasce com o nascimento do moderno sistema de Estados, caracterizado pelos Tratados de Vestfália estende-se até o Congresso de Viena de 1815.

O Congresso de Viena não se limitou a consagrar a queda de Napoleão Bonaparte e estabelecer uma nova ordem política na Europa, mas também desenvolveu o direito internacional convencional, que se afirmava a partir de Viena. Referindo-se a este período, acreditava o mestre belga Charles de Visscher que: “*el tratado, perfectamente adaptado a la estructura individualista de las relaciones internacionales, resulta el instrumento más apto para el desarrollo del derecho entre unos Estados que, si bien se hallan dispuestos a colaborar, no se resignan sin embargo a obligarse si no es por una manifestación especial de voluntad*”<sup>27</sup>. Uma série de congressos, conferências e declarações assinalam esse momento histórico: Declaração do Congresso de Paris relativa ao direito marítimo (1856), Conferência de Berlim (1885), entre outros. Esse período encerra-se com a Primeira Guerra Mundial.

---

<sup>25</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. *História das relações internacionais: o direito e as concepções políticas na Idade Moderna*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 38-39.

<sup>26</sup> DE VATTEL, Emer. *Direito das gentes*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004, p. 8.

<sup>27</sup> DE VISSCHER, Charles. *Teorías y realidades en derecho internacional público*. Barcelona: Bosch, 1962, pp. 46-47.

Para Alfred Verdross, o sistema de Estados europeus – que desde 1500 havia configurado e dirigido não somente da Europa, mas também de grande parte do restante do mundo – despedaça-se com a Grande Guerra. O equilíbrio europeu converte-se em um equilíbrio regional em um marco de uma incipiente estabilização no sistema de Estados mundial. Com a Conferência de Paz de Paris (1919), potências extraeuropeias passam a intervir na discussão e decisão de assuntos europeus pela primeira vez em milênios<sup>28</sup>. Esse período na evolução do direito internacional também é marcado pela criação de instituições internacionais com o objetivo de criar uma maior cooperação entre os Estados, como por exemplo, a Sociedade ou Liga das Nações.

Ainda que a Segunda Guerra Mundial tenha marcado o evidente fracasso da Liga das Nações, na sua tarefa principal, no entanto, aceitou-se universalmente a necessidade de organização geral dos Estados, cujo propósito principal seguiria sendo a manutenção da paz, agora a cargo das Nações Unidas, mas, também foram criadas um conjunto de organizações intergovernamentais especializadas.<sup>29</sup>

E nos dias atuais vê-se o direito internacional com uma nova característica que se junta as anteriores: seu caráter cada vez mais de penetrar em campos normativos, outrora reservados às autoridades internas dos Estados, em um fenômeno de globalização, que se reflete, por exemplo, com o surgimento de novos ramos do direito internacional, tais como: o Direito Internacional Penal e Processual Penal Internacional, Direito do Comércio Internacional, Direito Internacional do Meio Ambiente, entre outros. Por fim, a nota característica do direito internacional, na atualidade, é a sua enorme expansão, tanto no referente à extensão de assuntos, quanto em direção a maior eficácia, e nesse ponto constata-se a extraordinária multiplicação de suas fontes: o crescimento exponencial de tratados multilaterais, a proliferação de organizações intergovernamentais, com seus poderes normativos próprios, e, além disso, têm crescido o número de decisões de tribunais internacionais, fato impensável até recentemente.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1982, p. 68

<sup>29</sup> SORENSEN, Max (ed.). *Manual de derecho internacional publico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 105-106.

<sup>30</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 33-34.

### 1.3 O INDIVÍDUO COMO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL: A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL PENAL DO INDIVÍDUO

Na antiga sociedade internacional os indivíduos não eram sujeitos do direito internacional. Por isso, não existiam normas de direito internacional dirigidas diretamente aos indivíduos. Se, no entanto, tinham comportamentos contrários ao direito internacional, seja no plano privado ou na sua capacidade oficial, eles poderiam ser processados e punidos pelas autoridades competentes de um Estado estrangeiro, mas pelo *sistema nacional* deste Estado, nas seguintes condições: a) as regras internacionais contra as quais o indivíduo atentou foram implementadas na legislação doméstica do Estado, ou seja, as normas internacionais tornaram-se parte do ordenamento jurídico deste Estado; b) os tribunais possuem jurisdição, isto é, não há um vazio de jurisdição porque o indivíduo em questão possui imunidade de ser julgado com base no direito internacional; c) há uma relação de vínculo entre a ofensa e o Estado onde está sendo processada a ação (a ofensa aconteceu no território; ou por um nacional; ou contra o nacional de seu Estado).<sup>31</sup> Trata-se de manifestações do Direito Penal Internacional, já que são ofensas a normas de direito internacional, mas julgadas por esferas internas, posto que não há jurisdições internacionais.

Mas algumas exceções já existiam. A mais antiga delas é de origem consuetudinária: a pirataria em alto mar, prática corriqueira durante os séculos XVII e XVIII e que sempre constituiu uma preocupação da sociedade internacional. Após a abolição do corso marítimo, as potências reunidas no Congresso de Paris de 1856 acrescentaram a ilicitude à pirataria, afirmando ao mesmo tempo a vetustez do caráter ilícito desta. Outras práticas também eram consideradas ilícitos internacionais, como o tráfico de escravos e o tráfico de estupefacientes.<sup>32</sup>

Superando, então, alguns dos alicerces construídos pelos precursores do direito internacional que haviam excluído a idéia de que o indivíduo pudera ser considerado – conjuntamente ou em lugar dos Estados – sujeito do direito internacional, nas primeiras décadas dos noventa inicia-se o pensamento de qualificar a guerra de agressão como um crime internacional imputável aos Estados, e também introduzindo a possibilidade de imputar esse e outros crimes

---

<sup>31</sup> CASSESE, Antonio. *International law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2005, p. 435.

<sup>32</sup> DINH; DAILLIER; PELLET, *op. cit.*, p. 721.

internacionais aos indivíduos, tomando forma a idéia de uma justiça penal internacional.<sup>33</sup>

Ou seja, ainda antes da eclosão da Primeira Guerra Mundial já vinha sendo formado um sentimento para considerar também o indivíduo responsável por certos crimes – como o crime de guerra – ainda que a repressão ficasse a cargo das jurisdições internas de cada Estado. Esse movimento geral se consolida nos artigos 227 a 230 do Tratado de Paz de Versalhes que contempla a responsabilidade do *kaiser* Guilherme II bem como de outros autores de atos incriminados.

Ainda que essas normas contidas no tratado não tenham sido colocadas em prática – veja-se o motivo no capítulo seguinte – o princípio da responsabilidade de natureza penal a título individual acabou por se consolidar no direito internacional estabelecendo-se não somente a de quem havia participado nos crimes de guerra e nos crimes contra a paz, mas também daqueles que haviam planejado tais atos.<sup>34</sup>

A culminação desse processo de responsabilização penal do indivíduo no plano internacional se dá em Nuremberg e Tóquio – analisados adiante –, quando se tornou necessário estabelecer a responsabilidade penal de quem desenvolveu as atividades de governo ou dirigiu operações militares, violando normas de direito internacional. Para o italiano Danilo Zolo, pela primeira vez na história da humanidade, *“la guerra de agresión no era concebida como un ilícito internacional genérico que implicaba la responsabilidad del Estado como tal, sino como un ‘crimen internacional’ propiamente dicho del cual tenían que ser considerados penalmente responsables los individuos en particular”*.<sup>35</sup>

Posteriormente, a Assembléia Geral das Nações Unidas referendou as posições expostas em Nuremberg quando, em 11 de dezembro de 1946, aprovou a Resolução 95 (I), que traz como título “Confirmação dos princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg”. Já a Resolução 177 (II), de 21 de novembro de 1947, é sobre a “Elaboração dos princípios reconhecidos no Estatuto e pelas sentenças de Nuremberg”, nela se encarrega a Comissão de Direito Internacional (CDI) de: a) elaborar os princípios do direito internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nas sentenças do

---

<sup>33</sup> ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores: de Nuremberg a Bagdad*. Buenos Aires: Edhasa, 2007, p.36.

<sup>34</sup> POSSE, Hortensia D. T. Gutierrez. *Elementos de derecho internacional penal*. Buenos Aires: De los cuatro vientos, 2006, p. 58.

<sup>35</sup> ZOLO, *op. cit.*, p. 39.

Tribunal; b) preparar um projeto de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade, indicando de maneira clara onde devem ser encontrados os princípios mencionados na letra a.

A Comissão de Direito Internacional, entre junho e julho de 1950, estabeleceu os sete princípios de Nuremberg: da culpabilidade pessoal, *jus cogens*, da imunidade soberana, da não obediência devida, do devido processo, da justiça penal universal e da equiparação das formas imperfeitas às perfeitas de comissão.

As quatro Convenções de Genebra, aprovadas em 1949, para a proteção das vítimas de conflitos armados, também estipulam a responsabilidade dos indivíduos pelas infrações graves do direito humanitário, sejam quais forem as circunstâncias. Para um combatente, esta responsabilidade está implicada mesmo que tenha agido em execução de uma ordem superior.

Mais recentemente, os tribunais internacionais penais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, ambos criados por resoluções do Conselho de Segurança da ONU – estudados na seqüência – contemplam hipóteses em que os indivíduos serão responsabilizados pela prática de atos criminosos, bem como no Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma.

Tradicionalmente já existiam algumas poucas infrações internacionais que poderiam ser punidas por qualquer Estado, pois afetariam o conjunto da sociedade internacional. Mais recentemente, no entanto, com o aparecimento de jurisdições internacionais penais, surgiu a possibilidade de alguns crimes internacionais – aqueles que ferem bens jurídicos que transcendem as fronteiras dos Estados – serem julgados e punidos por cortes internacionais penais.

#### 1.4 DIREITO PENAL INTERNACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Como lembra Cláudio Brandão, o Direito Penal sempre esteve presente na vida humana em sociedade, desde a sociedade primitiva e a prova mais explícita de sua existência é apresentada através de muitos testemunhos corporais que puderam conservar-se através dos tempos<sup>36</sup>. No entanto, um direito internacional penal – nos termos deste trabalho – tem raízes mais recentes.

---

<sup>36</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema à luz do Princípio da Legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12.

É usual na história do Direito Internacional atribuir a Jeremy Bentham a cunhagem do termo “Direito Internacional” (*International Law*) para designar o direito da sociedade internacional, que a utilizou no seu livro *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (1820), em oposição à *National Law* e *Municipal Law*.<sup>37</sup>

O que não é tão conhecido é o fato de que nesse mesmo *Principles* Bentham também introduziu ao léxico jurídico o termo “Direito Internacional Penal” (*International Criminal Law*), cuja expressão vem sofrendo desde longa data tanto críticas vindas de internacionalistas como de penalistas.<sup>38</sup>

Uma boa parte dessas críticas devem ser creditadas à incerteza da denominação: direito penal internacional e/ou direito internacional penal? De fato, é preciso, dada a importância que o termo direito internacional penal adquire nessa tese, que se delimite de maneira clara o objeto de estudos e as peculiaridades de cada um desses distintos ramos jurídicos.

Na tentativa de superar essas críticas, foram formuladas algumas distinções terminológicas. A divisão clássica da disciplina é entre o “direito penal internacional” e o “direito internacional penal”. Segundo, o espanhol Antonio Quintano Ripollés, o primeiro a separar de um lado o Direito Penal Internacional e de outro o Direito Internacional Penal foi o penalista italiano Constantino Jannacone. No Direito Penal Internacional compreender-se-iam as infrações previstas e apenas nos ordenamentos jurídicos internos, enquanto no Direito Internacional Penal estariam abrangidas as infrações de estrutura puramente internacional.<sup>39</sup>

No entanto, foi o próprio Quintano Ripollés que desenvolveu e caracterizou com maior profundidade tal distinção no seu famoso *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. No Direito Penal Internacional a titularidade seria do Estado, enquanto que no Internacional Penal, seria da sociedade internacional.<sup>40</sup>

Um dos precursores da disciplina o professor da Universidade Bucareste, Vespasien V. Pella, em sua obra clássica *La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*, de 1925, também propôs uma divisão do direito penal em três ramificações: a) direito penal comum; b) direito penal nacional-político; c) direito

---

<sup>37</sup> DINH; DAILLIER; PELLET, *op. cit.*, p. 37.

<sup>38</sup> RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, vol. I. Madrid: Instituto Francisco de Vitória, 1955, p. 11.

<sup>39</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

<sup>40</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

penal internacional. Para o professor romeno, o direito penal comum “*comprend d’ensemble des règles qui président à l’exercice de la répression des faits dangereux pour les bases mêmes de l’organisation sociale dans tout Etat civilisé*”; já o direito penal político-nacional “*est représenté par l’ensemble des règles présidant à l’exercice de la répression des actes illicites dirigés contre la forme du gouvernement et de l’ordre politique d’un Etat déterminé. En général, la répression de ces infractions intéresse seulement l’organisation politique de l’Etat*”. E, por fim, o direito penal internacional; antes de defini-lo, chama a atenção Pella para o fato de que esse direito penal internacional não deve ser confundido com a disciplina jurídica atual que recebeu indevidamente a mesma denominação. Trata-se de uma disciplina jurídica inteiramente nova. Esse outro direito penal internacional não se relaciona mais com os indivíduos considerados como sujeitos de infrações. Tampouco se refere às infrações cometidas pelos Estados. Nem se ocupa com os delitos cometidos no interior dos Estados, que em geral não influenciam as relações pacíficas entre esses Estados. O objeto desse direito penal internacional – recorda o professor romeno – é indicar a lei penal aplicável, determinar os efeitos extraterritoriais das leis repressivas dos diferentes Estados e fixar as regras de colaboração das autoridades de diferentes países aos efeitos do exercício da repressão, conforme a lei de um destes. Por isso,

Le Droit Pénal international, dans son acception classique, formera donc une simple ramification, ou pour mieux dire, un chapitre du Droit Pénal existant dans chaque Etat. C’est pourquoi nous estimons que la dénomination même de Droit Pénal international que l’on donne à cette discipline juridique est *complètement défectueuse*.<sup>41</sup>

Nesse sentido, Pella entende o direito penal internacional tem por objeto principal regulamentar o exercício da repressão dos atos ilícitos que podem ser cometidos pelos Estados dentro dessas relações recíprocas. Por isso, defende que seria essa disciplina jurídica melhor denominada como direito penal inter-estatal (*Droit Pénal inter-étatique*). Esse direito penal inter-estatal – nada mais do que o direito internacional penal dos dias atuais –, era para Pella o “direito penal do futuro” (*droit pénal de l’avenir*), entendido como “*la ramification du Droit Public international qui détermine les infractions, qui établit les peines et qui fixe les conditions de la responsabilité pénale internationale des Etats et des individus*”. Dessa forma, esse

---

<sup>41</sup> PELLA, Vespasien V. *La criminalité collective des États et le droit penal de l’avenir*. Bucarest : Imprimerie de l’État, 1925, pp. 157-165.

ramo jurídico aparece como “*la traduction, dans le domaine des lois positives internationales, des mesures d’ordre répressif préconisées par la politique criminelle internationale*”.<sup>42</sup>

Outras tentativas de diferenciações também foram tentadas. Por exemplo, pelo célebre jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante, que distingue de um lado o “direito penal internacional”, preocupado com o alcance e a eficácia da lei penal de cada nação dentro e fora do território, e o “direito internacional público penal”, que se ocupa dos delitos e das penas internacionais.<sup>43</sup>

Já Claude Lombois critica as dicotomias surgidas no estudo do direito penal internacional, ou seja, entre o direito internacional penal e o direito penal internacional; também rejeita as distinções entre direito penal inter-estatal (*inter-étatique*) e direito penal internacional; entre um direito penal supranacional e o direito penal internacional; e, finalmente, entre um direito penal internacional público e um direito penal internacional privado. Para ele há um direito penal internacional que abrange dois ramos bem distintos que são, entretanto, relacionados. Ou seja, há um direito penal da ordem internacional e uma aplicação internacional do direito penal interno. Mas ambos sob a denominação genérica de direito penal internacional.<sup>44</sup>

Tal posição exposta por Lombois, é partilhada por outros doutrinadores, por exemplo, por Alicia Gil Gil. Para a professora espanhola não há nenhuma necessidade em se dividir as terminologias, sendo suficiente descrevê-las simplesmente dentro da atuação de um direito penal internacional. Para ela essa celeuma em torno da denominação da disciplina é pouco importante, mesmo irrelevante. Todas as terminologias formuladas acima “direito internacional penal”, “direito inter-estatal”, de Vespasian Pella, “crimes contra o direito das gentes” de Hans-Heinrich Jescheck, “direito penal internacional público” de Bustamante, o “direito das infrações internacionais” de Claude Lombois, entre outras, giram em torno de uma mesma denominação, então já formulada, e que vê a professora ainda como a mais adequada, ou seja, a de um “direito penal internacional”, sendo mais importante, atentar para o seu objeto e não para a sua denominação.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> *Idem, ibidem.*, pp. 172-173.

<sup>43</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de derecho penal*, tomo II. Buenos Aires: Losada, 1950, pp. 726-727.

<sup>44</sup> LOMBOIS, Claude. *Droit pénal international*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1979, pp. 10-14.

<sup>45</sup> GIL, Alicia Gil. *Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 23-27.

Outra diferença entre esses dois ramos do direito é proposta por Hervé Ascensio. Para o professor francês inicialmente as regras de Direito Internacional Penal eram destinadas principalmente a reger a cooperação entre os Estados de uma maneira “horizontal”: o objetivo era a transposição para os direitos nacionais, de maneira a facilitar a repressão pelas ordens jurídicas internas. Por outro lado, Ascensio lembra que, depois do fim da Guerra Fria, o Direito Internacional Penal se desenvolveu em uma direção radicalmente diferente, recorrendo a uma construção qualificada de “vertical”. Ou seja, as relações de direito que a caracterizam não são mais relacionamentos entre Estados, mas relações entre os indivíduos no interior dos Estados e a sociedade internacional em seu conjunto.<sup>46</sup>

O fenômeno mais característico do atual processo de verticalização do Direito Internacional Penal é a criação de jurisdições penais internacionais, tais como o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda e mais recentemente o Tribunal Penal Internacional, com objetivo de estabelecer mecanismos repressivos universais, que serão analisados posteriormente.

Mesmo reconhecendo o inegável valor desses trabalhos que ignoram a dicotomia entre o direito penal internacional e o direito internacional penal, para as finalidades deste trabalho entende-se perfeitamente adequada e didaticamente importante tal distinção. Dentro dessa linha, duas conceituações distintas são exemplificativas e clarificam o assunto.

No conceito clássico de Henri Donnedieu de Vabres:

Le droit pénal international est la science qui détermine la compétence des juridictions pénales de l'Etat vis-à-vis des juridictions étrangères, l'application de ses lois criminelles – lois de fond et lois de forme – par rapport aux lieux et aux personnes qu'elles régissent, l'autorité, sur son territoire, des jugements répressifs étrangers.<sup>47</sup>

Seguindo essa linha de pensamento o então mestre de direito penal da Universidade de Gênova, Nino Levi afirma que

Il “diritto penale internazionale” è un ramo del diritto interno in materia internazionale. Essendo la pena una ben definita consanguinezza giuridica di diritto interno, in nessun caso si può parlare di diritto ‘penale’ nei rapporti tra Statu; checchè si pensi, infatti, dell’ammissibilità di una responsabilità penale

---

<sup>46</sup> ASCENSIO, Hervé. O desenvolvimento do Direito Internacional Penal. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 265.

<sup>47</sup> DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *Les principes modernes du droit pénal international*. Paris: Sirey, 1928, p. 3.

delle persone giuridiche, e quale che sia l'auspicio che si tragga sul divenire di un diritto internazionale represivo di fatti illeciti degli Stati, in una sanzione di diritto internazionale non potrà mai riconoscersi una "pena".<sup>48</sup>

No que respeita a outra disciplina, o direito internacional penal, o argentino Waldo Villalpando propôs a seguinte definição:

el Derecho Internacional Penal es el producto de tratados, convenciones y, en general, normas internacionales relativas al amparo de los derechos fundamentales, del derecho promovido por las Naciones Unidas y otros organismos internacionales o regionales destinados a proteger la paz y seguridad de la comunidad internacional, del propio derecho penal en su proyección universal y del derecho aplicable en situaciones de guerra. Se sirve, además, de prácticas elaboradas por el derecho consuetudinario internacional.<sup>49</sup>

Merece destaque também a conceituação de direito internacional penal do professor da Universidade de DePaul, M. Cherif Bassiouni, para quem “o direito internacional penal é o produto da convergência de duas diferentes disciplinas jurídicas que surgiram e se desenvolveram por caminhos diferentes até tornarem-se complementares e co-extensivas. Que são: os aspectos penais do direito internacional e os aspectos internacionais do direito penal nacional”<sup>50</sup>. Nesse sentido, os aspectos penais do direito internacional consistem num corpo de prescrições internacionais que contêm características penais, incluindo-se aí a penalização de certas condutas.

Neste mesmo entendimento, é fundamental citar outra importante definição para o direito internacional penal, formulada por um doutrinador e também ex-juiz presidente do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia, o italiano Antonio Cassese, para quem: “*international criminal law is a body of international rules designed both to proscribe international crimes and to impose upon States the obligation to prosecute and punish at least some of those crimes. It also regulates international proceedings for prosecuting and trying persons accused of such crimes*”<sup>51</sup>. Lembra Cassese, que tradicionalmente – especialmente nos sistemas legais francês, espanhol, alemão e italiano – refere-se a um outro ramo do direito,

called “criminal international law” (*droit pénal international*), the whole area concerning the role of national courts to adjudicate international crimes, the

<sup>48</sup> LEVI, Nino. *Diritto Penale Internazionale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1949, p. 1.

<sup>49</sup> VILLALPANDO, Waldo. *De los derechos humanos al derecho internacional penal*. Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2000, p. 307.

<sup>50</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. Characteristics of international criminal law conventions. In: BASSIOUNI, M. Cherif (edited by). *International criminal law: crimes*, vol. I. Dobbs Ferry: Transnational Publishers, 1986, p. 1

<sup>51</sup> CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 15.

law applied by national courts to pronounce upon such crimes, as well as interstate judicial co-operation for the repression of criminal offences including extradition.<sup>52</sup>

Ou seja, também Cassese reconhece tal distinção terminológica, utilizando a expressão direito internacional penal (*international criminal law*) nos termos em que aqui também será usada.

Portanto, nos termos deste trabalho, entende-se que enquanto as normas de Direito Penal Internacional são basicamente de origem interna, as do Direito Internacional Penal são normas de origem internacional. Ainda que, lembra Albuquerque Mello, a separação nem sempre seja tão simples, tendo em vista o entrelaçamento do Direito Interno e do Direito Internacional nessa matéria, por exemplo, a extradição é tanto regulamentada por normas internas quanto por tratados internacionais.<sup>53</sup>

É bem verdade que muito dessa resistência em adotar o termo direito internacional penal como um ramo jurídico novo, ou no mínimo mais atuante na sociedade internacional contemporânea, é fortemente marcada pelo fato de muitas dessas construções doutrinárias terem se antecipado ao fato mesmo de um direito internacional penal. Ou seja, muitos doutrinadores negaram a existência de um direito internacional penal pelo simples fato de não haver um órgão aplicador deste direito internacional penal.

Por exemplo, para Claude Lombois a própria aplicação de um direito das infrações internacionais, isto é, um direito internacional penal seria um verdadeiro acontecimento, já que *“trois fois informulé, ce droit prépare ses textes, attend ses juges, cherche ses justiciables. Rien d’étonnant, alors, que son application fasse figure d’évènement”*.<sup>54</sup>

Também o penalista espanhol Luis Jiménez de Asúa é bastante cético quanto à existência de um direito internacional penal. Examinando as construções dogmáticas de Vespasien Pella, Jiménez de Asúa afirma que são dignas de respeito como doutrina, mas estão em um futuro longínquo, ainda que desejáveis. Aduz que:

Quizás antes de la primera guerra europea de este siglo, en que existía un auténtico anhelo de comunidad internacional y en que los hombres de ciencia se sentían fraternalmente unidos sin distinción de fronteras, hubiera sido realizable esa aspiración unificadora y cosmopolita, pero a la mitad de

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*, p. 15.

<sup>53</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 1010.

<sup>54</sup> LOMBOIS, *op. cit.*, p. 44.

la centuria que transcurre, tras de haber sufrido, en poco más de veinte años, dos guerras espantables y estar bajo la amenaza de otra más horrenda aún, esos ideales no parecen por ahora de este mundo. Ya hemos dicho que al “verdadero” Derecho penal internacional se le quiere denominar hoy *Derecho internacional penal*, y que al establecer sus diferencias, y tratar de construir su “dogmática”, demuestra Quintano Ripollés, a pesar de los esfuerzos positivos que hace, cuán precaria es todavía la existencia de esta pretendida rama jurídica.<sup>55</sup>

Adiante na sua obra clássica reafirma sua idéia sobre o direito internacional penal: “*Es fácil construir en el papel un Derecho internacional penal... pero en el papel se queda*”.<sup>56</sup>

Mas se engana quem pensa que tais críticas se restringem aos penalistas. O internacionalista britânico Georg Schwarzenberger, em célebre artigo publicado em 1950 na revista *Current Legal Problems*<sup>57</sup>, era bastante cético quanto à existência do direito internacional penal. Para a expressão direito internacional penal (*international criminal law*), Schwarzenberger trabalhou com seis acepções possíveis: a) *international criminal law in the meaning of the territorial scope of municipal criminal law*; b) *international criminal law in the meaning of internationally prescribed municipal criminal law*; c) *international criminal law in the meaning of internationally authorized municipal criminal law*; d) *international criminal law in the meaning of municipal criminal law common to civilised nations*; e) *international criminal law in the meaning of international co-operation in the administration of municipal criminal justice*; f) *international criminal law in the material sense of the word*. É nesse último sentido que a expressão direito internacional penal (*international criminal law*) será utilizada aqui. Mas, mesmo examinando com atenção todas essas possibilidades, Schwarzenberger – no contexto histórico em que escrevia tal artigo, ou seja, da Idade Atômica (*Atomic Age*) como ele se referia – acredita que “*in the present state of world society, international criminal law in any true sense does not exist*”.<sup>58</sup>

No entanto, essas tentativas de negar a existência do direito internacional penal como um ramo jurídico autônomo e distinto carecem nos dias atuais de fundamentos. Melhor dito, ainda que no passado o direito internacional penal somente existiria em um plano estritamente dogmático, o advento de pelo menos

<sup>55</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 1104.

<sup>56</sup> *Idem, ibidem*, p. 1112.

<sup>57</sup> Neste trabalho utilizar-se-á a versão fac-símile, reproduzida no livro *War crimes law* organizado por Gerry Simpson.

<sup>58</sup> SCHWARZENBERGER, Georg. The problem of an International Criminal Law. In: SIMPSON, Gerry (org.). *War crimes law*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 2004, pp. 6-37.

dois fatores fundamentais justificam a existência real do direito internacional em uma base fática importante.

O primeiro desses fatores seria o processo de internacionalização do direito penal. Esse processo surge do entendimento de que certos crimes possuem uma dimensão transfronteiriça, derivada do caráter ou das repercussões dessas infrações, e também de uma necessidade particular de as combater segundo critérios comuns.

O segundo seria a criação de tribunais penais internacionais que evidenciam a força desse direito, especialmente a criação de uma corte penal internacional em caráter permanente. A implementação do Tribunal Penal Internacional pode ser vista como uma significativa vitória da sociedade civil internacional em favor de uma judicialização dos crimes cometidos em qualquer parte do mundo, que seja dotada de isenção para julgar esses indiciados, superando assim as preocupações com um eventual arbítrio por parte dos vencedores.

É preciso deixar clara essa dicotomia que existe entre os termos. Quando se utilizar a expressão direito internacional penal neste trabalho estar-se-á fazendo referência ao conjunto de normas do direito internacional público que prevêm quais são as condutas consideradas crimes internacionais, seus elementos constitutivos, as circunstâncias eximentes da pena, ou seja, a responsabilidade penal dos indivíduos no plano internacional. Distinto esse ramo há o direito penal internacional, entendido como o conjunto de normas de direito interno relativas à legitimidade das jurisdições nacionais para julgar crimes internacionais, à lei que nesses casos devem aplicar os tribunais nacionais, à colaboração entre os órgãos locais, com base no princípio da igualdade e da reciprocidade, e ao respeito aos princípios fundamentais dos ordenamentos jurídicos de cada país, a fim de favorecer o exercício do poder punitivo do Estado.

Portanto, entende-se que a partir da constituição de tribunais penais internacionais, de caráter *ad hoc* e permanente, é inegável a existência de direito internacional penal – *droit international pénal*, *international criminal law*, *derecho internacional penal*, *Völkerstrafrecht* – desvinculado de um direito penal internacional, este de cores acentuadamente “nacionais”, enquanto aquele se afirma como um ramo do direito internacional público mais atuante na sociedade internacional do século XXI.

## 1.5 O DIREITO INTERNACIONAL PENAL: RAMO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

### 1.5.1 Escorço histórico do Direito Internacional Penal

O não iniciado nos estudos do direito internacional penal pode imaginar que se trata de um ramo do direito internacional público de origem histórica muito recente. Pensar nesse sentido seria um equívoco. Por isso, julgou-se necessário desenvolver o processo de formação histórica do direito internacional penal, com seus precedentes mais antigos.

O incremento do direito internacional penal deve muito aos processos de Nuremberg e Tóquio – analisados no capítulo II – que ocorreram com o final da Segunda Guerra Mundial. No entanto, as origens do ramo penal do direito internacional público podem ser encontradas muito antes desses fatos históricos marcantes.

Retrocedendo ao primeiro conflito de dimensões mundiais, a então chamada Grande Guerra, posteriormente conhecida como 1ª Guerra Mundial, foi verdadeiramente o ponto de partida de uma intensa atividade por parte da doutrina nesse domínio jurídico. Para alguns, o desencadeamento da 1ª Guerra Mundial soou como o destroçar, a queda definitiva, do direito internacional, visto as gravíssimas ações cometidas durante os anos de conflito: a ruptura da paz, violação da neutralidade da Bélgica, o desprezo aos tratados, as deportações maciças de contingentes populacionais entre outras, pareceram arruinar todos os esforços realizados para a consolidação da paz pelo direito internacional.

Assim, para Sandra Szurek, foi a combinação de dois fatores: a exigência da justiça e a indignação diante do desprezo das regras consagradas, que uniu numerosos juristas em torno da idéia de que o respeito às regras fundamentais do direito internacional público não pode ser assegurados senão pelo reforço dado pelo direito penal. Porém lembra que *“la lente convergence du droit international public et du droit pénal révèle les difficultés auxquelles pouvait se heurter une doctrine convaincue de la nécessité de la formation d’une nouvelle discipline juridique au service de la paix”*.<sup>59</sup>

Por isso, na formação do direito internacional penal foi a doutrina que exerceu um papel precursor e fundamental. Desde os fins do século XIX foram criadas

---

<sup>59</sup> SZUREK, Sandra. La formation du droit international pénal. In : ASCENSIO, Hervé ; DECAUX, Emmanuel ; PELLET, Alain (orgs.). *Droit International Pénal*. Paris: A. Pedone, 2000, p. 8.

instituições e sociedades competentes que agruparam eminentes juristas, que se empenharam na difusão do direito penal sobre a sociedade internacional. Entre elas, destaque para a “União Internacional do Direito Penal”, fundada em 1889 por três penalistas: van Hamel, professor da Universidade de Amsterdã, Prins, professor da Universidade de Bruxelas, e von Liszt, professor da Universidade de Berlim. Dentre os objetivos estava o de desenvolver o direito penal internacional. No entanto, a União foi dissolvida com a eclosão da Primeira Guerra Mundial; com o término do conflito, a necessidade de união de penalistas fez-se novamente sentir. Nesse sentido, Quintiliano Saldaña e Henri Donnedieu de Vabres propuseram a criação da “Associação Internacional de Direito Penal”, como sucessora da “União”, no sentido de congregar personalidades políticas de primeira grandeza, bem como de diversas autoridades jurídicas. A meta da “Associação” era no sentido de elaborar um direito penal comum, de um direito penal internacional que pudesse servir à solidariedade e à paz internacional.<sup>60</sup>

Merece ainda menção, um importante aporte doutrinal realizado pela Associação durante o período entreguerras. Durante o Congresso do organismo em 1926, que ocorreu em Bruxelas, foi adotada uma resolução que havia ficado a encargo de Vespasian Pella, cujos seguintes pontos merecem ser lembrados: *i)* a criação de uma Corte Penal de Justiça Internacional, com competência sobre matéria penal; *ii)* a referida Corte deveria ter também competência para submeter a processo os Estados por uma agressão injusta e violações ao direito internacional; *iii)* a Corte também teria competência para processar os sujeitos por eventuais responsabilidades penais pessoais; *iv)* os crimes e as penas deveriam ser definidos e positivados com anterioridade em termos bem claros.<sup>61</sup>

Fundada igualmente em 1889, por dois parlamentares de ideais pacifistas, o britânico Randal Cremer e o francês Frédéric Passy – posteriormente agraciados com o Prêmio Nobel da Paz<sup>62</sup> – a “União Interparlamentar” também deu sua contribuição ao Direito Internacional Penal. Ainda que fosse somente uma associação de parlamentares, a “União Interparlamentar” tinha por objetivo a paz e a

---

<sup>60</sup> *Idem, ibidem*, p. 9.

<sup>61</sup> GRAMAJO, Juan Manuel. *El estatuto de la Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 59.

<sup>62</sup> Frédéric Passy (1822-1912), fundador e presidente da primeira sociedade francesa para a paz, desde 1889 chamada *Société Française pour l'arbitrage entre nations*, dividiu o prêmio com Henri Dunant (1828-1910), fundador do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, em 1901. Já William Randal Cremer (1828-1908) recebeu o prêmio em 1903, em razão dos seus esforços para a constituição da *International Arbitration League*.

cooperação entre os povos, bem como a afirmação das democracias representativas. Assim que, durante a Conferência de Washington de 1925, decidiu elaborar um código penal internacional, ou seja, um código repressivo das nações. Tal trabalho ficou a cargo do penalista romeno Vespasian Pella.<sup>63</sup>

Figura destacada desse período inicial do direito internacional penal, Vespasian V. Pella professor e deputado, era o principal artífice da formação de uma nova disciplina do direito penal internacional. Desenvolvendo suas idéias na sua obra máxima *La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir* e em diversas outras contribuições, membro da “Associação Internacional de Direito Penal”, relator da Comissão Jurídica da “União Interparlamentar”, a ele foi confiada a missão por estas instituições e também pela *International Law Association*, desejosos de coordenar os esforços, a função única de relator de um esboço de um código repressivo mundial, finalmente pronto em 1935, e publicado pela “Associação Internacional de Direito Penal” (*Association Internationale de droit pénal*).<sup>64</sup>

### 1.5.2 Objeto do Direito Internacional Penal

Como visto acima, então, existem duas disciplinas distintas, bastante próximas uma da outra, porém afastadas não só pela nomenclatura, como pelo próprio objeto de estudo.

Os objetos de estudo do direito penal internacional são: a) as disposições que regulam a aplicação do direito penal no espaço, ou seja, o conjunto de normas que estabelecem o território e, conseqüentemente, a jurisdição do Estado; b) a colaboração entre os Estados para a aplicação das disposições penais, por exemplo, a extradição de pessoas que pretendem evadir-se da ação da justiça fugindo para outros países; c) os acordos internacionais para a persecução de delitos cuja eliminação é de interesse comum dos Estados, por exemplo, seqüestro de aeronaves, o tráfico de estupefacientes.<sup>65</sup>

Pode-se dizer, então, que o direito penal internacional engloba em seu espectro uma variedade de temas, tais como: aplicação da lei no espaço, extradição, cooperação penal internacional, proteção penal da sociedade internacional e dos bens jurídicos supranacionais. Em razão disso, o estudo do direito penal

---

<sup>63</sup> GRAMAJO, *op. cit.*, p. 58

<sup>64</sup> SZUREK, *op. cit.*, pp. 9-10.

<sup>65</sup> VILLALPANDO, *op. cit.*, pp. 303-304.

internacional é objeto de análise de distintos e variados ramos do Direito, tais como o Direito Internacional Público e o Direito Penal, e também do Direito Internacional Privado.<sup>66</sup>

O que confere autonomia a uma disciplina em relação às demais é exatamente o fato de ela possuir um objeto específico de estudo. Ainda que considerado como um ramo do direito internacional e também do direito penal, o Direito Internacional Penal não se confunde com ambos. Dessa forma, de um lado combina princípios do direito internacional público e também recepciona regras do direito penal tradicional, por outro possui um objeto de estudo próprio, limitado e preciso. Além de possuir princípios e características próprias, uma vez que deverá guiar a interpretação de suas regras jurídicas.

Nesse sentido, reconhecendo que os graves crimes constituem uma ameaça para a paz, a segurança e o bem-estar da humanidade, proteger a sociedade internacional dessas sérias violações significa implantar a proteção penal de bens jurídicos supranacionais, na ótica da Política e do Direito. Se essa proteção significa ser global, as considerações passam a ser da pertinência da Política Internacional e do Direito Internacional, o que acaba de ser qualificado de Direito Internacional Penal.

É importante lembrar que o desenvolvimento do direito internacional penal é resultado das suas bases costumeiras, e também de um arcabouço jurídico de mais de trezentos tratados considerados desde 1815. Estes tratados definem o que seja um ilícito internacional e colocam o dever dos Estados signatários a perseguir aqueles que feriram tais prescrições internacionais e puni-los ou extradita-los para outro Estado que esteja disposto a tal.

Para Jeffrey Morton o direito internacional penal no século XIX partiu de uma cooperação interestatal para o retorno de fugitivos, tais como ladrões e homicidas, à

---

<sup>66</sup> Veja-se, por exemplo, entre os privatistas clássicos brasileiros Haroldo Valladão e Oscar Tenório, dedicando ambos em suas obras de direito internacional privado capítulos ao direito penal internacional. Para Valladão, “direito penal internacional visa resolver os conflitos das leis penais, decorrentes de atos criminais conectados no espaço com leis criminais ou penais divergentes, de dois ou mais Estados”. Acrescenta ainda Valladão que este “não se confunde com o direito penal internacional que regula os crimes cometidos pelos Estados e as penas que lhes seriam aplicadas, inclusive a própria guerra”. VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, pp. 222-223.

justiça. Nesse andar, o direito internacional penal chegou no século XX disposto a incluir novos crimes como o genocídio, crimes de guerra, *apartheid*, e tanto outros.<sup>67</sup>

Portanto, dentro do âmbito material desse ramo do direito estão presentes as condutas individuais consideradas ilícitas diretamente pelo ordenamento jurídico internacional – seja este de fonte convencional ou de fonte consuetudinária –, comportando também as violações de normas dispositivas ou imperativas (*jus cogens*), ainda que tais violações possam ser resultantes da fusão na sua aplicação dos ordenamentos jurídicos interno e internacional, pois na generalidade dos casos corresponderá, de maneira preferencial, às jurisdições nacionais o julgamento das condutas consideradas ilícitas pelo direito internacional penal.<sup>68</sup>

Como colocado supra por Antonio Cassese, o direito internacional penal tem por objeto não somente prescrever os crimes internacionais, mas também tem o dever de impor aos Estados a obrigação de julgar e condenar alguns desses crimes.<sup>69</sup>

### 1.5.3 Fontes do Direito Internacional Penal

Tomando como ponto de partida que o direito internacional penal é um ramo do direito internacional público, tem-se que considerar que suas fontes seriam também aquelas elencadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça dispõe que:

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe foram 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 do direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
  - d) sob reserva da disposição do artigo 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 isso concordarem.

Como se vê, o artigo 38 não utiliza o termo fontes do direito internacional, e sim dispõe dos “lugares” e instrumentos em que a Corte irá procurar o direito internacional aplicável às controvérsias a ela submetidas. Os Estados-partes do

---

<sup>67</sup> MORTON, Jeffrey S. *The International Law Commission of the United Nations*. Columbia: University of South Carolina Press, 2000, pp. 19-20.

<sup>68</sup> POSSE, *op. cit.*, p. 27.

<sup>69</sup> CASSESE, *International criminal law*, p. 15.

Estatuto – anexo à Carta das Nações Unidas – e aqueles que se decidem a acatar sua jurisdição, ao fazê-lo, aceitam o disposto no referido artigo; não significa porém dizer que o direito internacional não possa ser encontrado em outros lugares e instrumentos, ou seja, o artigo 38 não constitui um rol taxativo e exaustivo das fontes do direito internacional, ao contrário, também são reconhecidas como fontes os atos unilaterais dos Estados e as deliberações das organizações internacionais.<sup>70</sup>

No entanto, como o direito internacional penal versa também de um ramo jurídico com forte carga do direito penal, formar um rol com as fontes do direito internacional penal não é tão simples, já que se pode mesmo considerar que mesmo sendo formalmente parte do direito internacional público, o direito internacional penal também faz parte, materialmente, do direito penal.

A doutrina não é unânime ao estabelecer as fontes do direito internacional penal. Para não ser demasiado exaustiva tal análise, ver-se-á somente algumas considerações sobre o tema.

Partindo da obra clássica de Quintano Ripollés, vê-se que o mesmo reconhece como fundamental o problema da questão das fontes do direito, especialmente no caso do direito internacional penal, já que *“así como cada ciencia y fenómeno cultural poseen sus fuentes propias, cada derecho singular presenta asimismo su peculiar forma de surgir, de manifestarse y de operar”*<sup>71</sup>. O caso do direito internacional penal é mais insólito pelo fato da duplicidade da natureza e da morfologia do internacional e do penal, exigindo dessa forma ordenação e sistematização das fontes que coloquem de maneira precisa seus conteúdo e alcance evitando dessa forma possíveis colisões e incompatibilidades.

Por um lado, Quintano Ripollés reconhece entre as fontes do direito internacional penal as constantes do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, mas respeita a enunciação das fontes em ordem hierárquica, ou seja, as convenções, o costume, os princípios gerais de direito e de maneira subsidiária ou auxiliar, a doutrina e a jurisprudência. Afirma o mestre espanhol que

[...] en el Derecho Internacional público, siempre se tuvieron por fuentes principales, cuando no únicas la norma contractual y la costumbre, ambas de carácter voluntario y consensual, expreso o tácito, que no ofrecen relevancia alguna perceptible en lo jurídico-criminal. [...] Ha de ceder el Derecho Internacional sobre todo, en lo que respecta a la preminencia jerárquica de su fuente consensual, [...] mientras que al Derecho Penal toca,

<sup>70</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 61.

<sup>71</sup> RIPOLLÉS, *op. cit.*, pp. 51-53.

a sua vez, hacer cesión de la dogmática legalista absoluta del *nullum crimen sine lege* y, más aún, del *nulla poena sine lege*.<sup>72</sup>

Entende-se, todavia, que Quintano Ripollés nesse ponto labora em equívoco, visto que as fontes constantes no artigo 38 do Estatuto da CIJ não estão dispostas em ordem hierárquica. Para destacar apenas uma posição, entre tantas sobre o assunto, veja-se as considerações de Ian Brownlie, professor de Direito Internacional Público da Universidade de Oxford e membro da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas desde 1997, que destaca:

Em geral, o artigo 38 não assenta numa distinção entre fontes formais e materiais, dependendo qualquer sistema de prioridade de aplicação apenas da ordem de a) a d) e da referência aos meios subsidiários. Além disso, não será talvez aconselhável pensar, relativamente a todos os casos, em termos de uma hierarquia ditada pela ordem de a) a d). A fonte da alínea a) diz respeito a *obrigações* [grifo no original] em qualquer caso, sendo em princípio nulo ou anulável todo o tratado contrário a um costume ou princípio geral parte do *jus cogens*. A interpretação de um tratado pode envolver, de novo, o recurso a princípios gerais de Direito ou de Direito Internacional. Um tratado pode ser afastado ou alterado por um costume subsequente, quando esses efeitos forem reconhecidos pela conduta ulterior das partes.<sup>73</sup>

Como bem considera o internacionalista pátrio Antônio Augusto Cançado Trindade, “o que pode ser tido como pacífico é que as chamadas ‘fontes’ do direito internacional apresentam-se em constante e dinâmica interação”<sup>74</sup>. Lembra ainda Cançado Trindade que existe considerável consenso entre os autores da posição destacada de tratados e costumes – desfrutando normalmente de igual autoridade – dentre as fontes do direito internacional, mas mesmo esse papel reconhecidamente preponderante de tratados e costume dentre as fontes do direito internacional vem sofrendo uma certa revisão.

Portanto, o artigo 38 do Estatuto da CIJ não dispõe as fontes do direito internacional nem em caráter hierárquico nem de modo exaustivo, visto que também são aceitas como fontes do direito internacional os atos unilaterais dos Estados e as deliberações das organizações internacionais.

Para Gerhard Werle, como parte da ordem legal internacional que é o direito internacional penal origina-se das mesmas fontes legais do direito internacional, ou

<sup>72</sup> *Idem, ibidem*, pp. 53-54.

<sup>73</sup> BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 16.

<sup>74</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reavaliação das fontes do Direito Internacional Público ao início da década de oitenta. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um mundo em transformação* (ensaios 1976-2001). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 22-23.

seja, do artigo 38 do Estatuto da CIJ. Estão incluídos dessa forma, os tratados internacionais, o costume e os princípios gerais de direito, reconhecidos pelos principais sistemas jurídicos. Já as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações podem ser usadas não como fonte do direito, mas como meios subsidiários para a determinação do direito, conforme prescreve o artigo 38(1)(d) do Estatuto da CIJ. Lembra Werle, que as disposições do Estatuto de Roma são clarificadas com a ajuda dos Elementos constitutivos do crime (*Elements of crimes*) e do Regulamento Processual (*Rules of Procedure and Evidence*). Nesse sentido, o professor da Universidade Humboldt de Berlim, acredita que “*international criminal law, which in terms of sources could be roughly described as a reciprocal mix of customary international law and partial codification by treaty, has reached a new level of consolidation*”.<sup>75</sup>

Para o professor alemão o estudo das fontes do direito internacional penal pode ser dividido em três tópicos: a) as fontes do direito propriamente dita, englobando: tratados internacionais, direito internacional costumeiro, princípios gerais de direito; b) os meios subsidiários para a determinação do direito: as decisões das cortes internacionais e os trabalhos doutrinários dos publicistas mais qualificados, mormente aqueles trabalhos advindos de associações de direito internacional, tais como o *Institut du Droit International* e *International Law Association*, bem como da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; e, c) as fontes individuais do direito internacional penal: i) Estatuto do Tribunal Penal Internacional, Elementos Constitutivos do Crime e Regulamento Processual; ii) Estatutos do ICTY e ICTR; iii) Estatutos dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio; iv) Lei do Conselho de Controle n. 10; v) Convenções de Genebra, Convenção do Genocídio, Regulamentos de Haia; vi) Decisões das Cortes e Tribunais Internacionais; vii) Resoluções da AGNU e do CSNU e relatórios do Secretário-Geral; viii) Esboços (*drafts*) e Comentários da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; ix) Esboços (*drafts*) e Comentários de Associações Internacional de Estudiosos; x) Decisões das cortes nacionais; xi) Legislação nacional; xii) Manuais militares.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. The Hague: TMC Asser Press, 2005, pp. 44-45.

<sup>76</sup> *Idem, ibidem*, pp. 45-54.

Antonio Cassese também segue nessa mesma linha, e como Werle, adotando algumas especificidades na divisão das fontes do direito internacional penal. Partindo da idéia de que o direito internacional penal é uma parte do direito internacional público, as fontes que moldam o direito internacional penal: *i)* são aquelas propriamente derivadas do direito internacional; *ii)* devendo ser dispostas em uma ordem hierárquica, ditada pelo mesmo direito internacional.<sup>77</sup>

Dessa forma, acredita o professor italiano que há as fontes primárias (tratados, direito costumeiro), as fontes secundárias (ou seja, regras produzidas por fontes previstas em regras consuetudinárias ou tratados), princípios do direito internacional penal ou princípios gerais do direito, ou no final das contas os meios auxiliares considerados como os princípios gerais do direito reconhecidos pela sociedade internacional. Para Cassese, então, a ordem em que devem ser empregadas tais fontes – presentemente tal disposição hierárquica é prevista no artigo 21 do Estatuto do TPI, a ser tratada adiante – seria da seguinte forma:

One should first of all look for treaty rules or for rules laid down in such international instruments as binding resolutions of the UN Security Council (as is the case for the ICTY and the ICTR), when these treaty rules or resolutions contain the provisions conferring jurisdiction on the court or tribunal and setting out the procedure. When such rules are lacking or contain gaps, one should resort to customary or to treaties implicitly or explicitly referred to in aforementioned rules. When even this set of general or treaty rules is of no avail, one should apply general principles of international criminal law (which may be inferred, by a process of induction and generalization, from treaty provisions or customary rules) or, as a fallback, general principles of law. If one still does not find the applicable rule, one may have resort to general principles of criminal law common to the nations of the world.<sup>78</sup>

Para Cassese as fontes do direito internacional penal são: *i)* os estatutos das cortes e tribunais internacionais; *ii)* outros tratados internacionais; *iii)* direito consuetudinário; *iv)* princípios gerais do direito internacional penal e princípios gerais do direito internacional; *v)* princípios gerais do direito penal reconhecidos pela comunidade das nações; *vi)* regulamentos e outras regras do direito internacional; *vii)* o papel das decisões judiciais e a opinião dos doutrinadores.

Vistas algumas posições doutrinárias sobre o tema das fontes do direito internacional penal. Entende-se que as fontes desse ramo do direito são idênticas às do direito internacional público, ou seja, aquelas constantes do artigo 38 do Estatuto da CIJ (convenções, costumes e princípios gerais de direito), bem como os meios

---

<sup>77</sup> CASSESE, *International criminal law*, p. 26.

<sup>78</sup> *Idem, ibidem*, p. 26.

auxiliares para a determinação do direito, além do exame de algumas fontes peculiares sobre o assunto, isto é, próprias desse ramo do direito internacional. Em razão disso, a classificação que engloba todos esses pontos é a elaborada por Gerhard Werle.

Passa-se agora, então ao exame mais detalhado das fontes do direito internacional penal.

I) As fontes do direito propriamente ditas:

1) Tratados internacionais: de acordo com o artigo 2(a) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, (CVDT – 1969) que define as “expressões empregadas”, tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular. De maneira mais simplificada, e com mais propriedade, o professor José Francisco Rezek, ex-juiz da Corte Internacional de Justiça, conceitua tratado como “acordo formal concluído entre sujeitos do direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.<sup>79</sup>

Como bem coloca Werle, “*until the ICC Statute entered into force, international treaties were of lesser importance for international criminal law. Today, the ICC Statute, a multilateral international treaty, is the main source of international criminal law*”<sup>80</sup>. Vale destacar, que o atual papel predominante do Estatuto de Roma que criou o TPI também é resultado de uma exitosa tentativa de clarificar regras de direito internacional penal de fundo consuetudinário.

2) Costume: a doutrina lhe reserva tratamento que oscila entre a condenação à irrelevância, provocada pelo avanço do direito escrito, e o diagnóstico de um papel preponderante continuado e sempre renovado.<sup>81</sup>

Como disposto no artigo 38 (b) do Estatuto da CIJ, o costume internacional, é resultado de uma prática geral aceita como sendo o direito. Luis Cezar Ramos Pereira afirma que a norma costumeira “consegue sua consagração a partir de um comportamento ativo ou passivo, devendo tal costume ser constante, geral e uniforme pelos Estados, sob a firme convicção de estar atendendo a uma obrigação

---

<sup>79</sup> REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 21.

<sup>80</sup> WERLE, *op. cit.*, p. 45.

<sup>81</sup> NASSER, *op. cit.*, p. 70.

de caráter jurídico e obrigatório”<sup>82</sup>. Ou seja, os elementos do costume são os mesmos do direito interno: o elemento material (*consuetudo*), ou seja, o *uso*, e o elemento psicológico, que consiste na convicção da obrigatoriedade desse uso, e que é designado tradicionalmente pelas expressões *opinio iuris* (ou *opinio iuris vel necessitatis*).

Na ausência de uma instituição internacional para a criação do direito, o costume continua a executar um papel importante no direito internacional penal, mesmo depois da entrada em vigor do Estatuto que criou o TPI.<sup>83</sup>

3) Os princípios gerais de direito: não se alcançou um consenso de contornos muito definidos sobre o significado preciso dessa expressão, na prática os tribunais exercem nessa matéria uma discricionariedade considerável. Dentre as fontes do direito internacional presentes do Estatuto da CIJ, os princípios gerais de direito são certamente os mais vagos, tanto que alguns autores negam o seu valor e outros julgam que se trata, em última análise, de aspecto do costume internacional. Para

<sup>82</sup> PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Costume internacional: gênese do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 2-3.

<sup>83</sup> Sobre a importância do direito costuetudinário do direito internacional penal, veja-se com destaque o seguinte trecho da decisão do caso Krstic (Promotoria versus Krstic, IT-98-33-T, Julgamento, 2 de agosto de 2001): “*The Trial Chamber must interpret Article 4 of the Statute taking into account the state of customary international law at the time the events in Srebrenica took place. Several sources have been considered in this respect. The Trial Chamber first referred to the codification work undertaken by international bodies. The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (hereinafter “the Convention”), adopted on 9 December 1948, whose provisions Article 4 adopts verbatim, constitutes the main reference source in this respect. Although the Convention was adopted during the same period that the term “genocide” itself was coined, the Convention has been viewed as codifying a norm of international law long recognized and which case-law would soon elevate to the level of a peremptory norm of general international law (jus cogens). The Trial Chamber has interpreted the Convention pursuant to the general rules of interpretation of treaties laid down in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. As a result, the Chamber took into account the object and purpose of the Convention in addition to the ordinary meaning of the terms in its provisions. As a supplementary means of interpretation, the Trial Chamber also consulted the preparatory work and the circumstances which gave rise to the Convention. Furthermore, the Trial Chamber considered the international case-law on the crime of genocide, in particular, that developed by the ICTR. The Report of the International Law Commission (ILC) on the Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind received particular attention. Although the report was completed in 1996, it is the product of several years of reflection by the Commission whose purpose was to codify international law, notably on genocide: it therefore constitutes a particularly relevant source for interpretation of Article 4. The work of other international committees, especially the reports of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities of the UN Commission on Human Rights, was also reviewed. Furthermore, the Chamber gave consideration to the work done in producing the Rome Statute on the establishment of an international criminal court, specifically, the finalised draft text of the elements of crimes completed by the Preparatory Commission for the International Criminal Court in July 2000. Although that document post-dates the acts involved here, it has proved helpful in assessing the state of customary international law which the Chamber itself derived from other sources. In this regard, it should be noted that all the States attending the conference, whether signatories of the Rome Statute or not, were eligible to be represented on the Preparatory Commission. From this perspective, the document is a useful key to the opinio juris of the States. Finally, the Trial Chamber also looked for guidance in the legislation and practice of States, especially their judicial interpretations and decisions (§541).*”

Hildebrando Accioly, não resta dúvida de que os princípios gerais de direito são uma fonte verdadeira ou fundamental.<sup>84</sup>

Como alerta Kriangsak Kittichaisaree, no momento de examinar os “princípios do direito penal comum a todos os principais sistemas jurídicos do mundo”, esses devem ser considerados com o máximo de atenção<sup>85</sup>. A idéia também mereceu cautela por parte da Câmara de Julgamento do ICTY no caso Furundzija:

Whenever international criminal rules do not define a notion of criminal law, reliance upon national legislation is justified, subject to the following conditions: (i) unless indicated by an international rule, reference should not be made to one national legal system only, say that of common-law or that of civil-law States. Rather, international courts must draw upon the general concepts and legal institutions common to all the major legal systems of the world. This presupposes a process of identification of the common denominators in these legal system so as to pinpoint the basic notions they share; (ii) since “international trials exhibit a number of features that differentiate them from national criminal proceedings”, account must be taken of the specificity of international criminal proceedings when utilizing national law notions. In this way a mechanical importation or transportation from national law into international criminal proceedings is avoided, as well as the attendant distortions of the unique traits of such proceedings (§178).<sup>86</sup>

Dessa maneira, os elementos do direito internacional penal não são todas as normas legais em que há concordância entre sistemas jurídicos, mas somente aqueles princípios gerais em que aquelas normas estão baseadas. Vale frisar também que há uma constante interação entre as normas costumeiras e os princípios gerais de direito, por vezes gerando certa confusão entre um e outro.

II) Os meios subsidiários para a determinação do direito:

Seguindo o disposto no artigo 38 (d) do Estatuto da CIJ são meios auxiliares para a determinação das regras de direito: as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, especialmente aqueles trabalhos advindos de associações de direito internacional, tais como o *Institut du Droit International* e *International Law Association*, bem como da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.

No âmbito do direito internacional público é comum considerar que o valor da jurisprudência na construção do direito internacional é bastante limitado, já que não impera a *precedent rule* – princípio da família da *common law* –, em que as decisões

<sup>84</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

<sup>85</sup> KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 46-47.

<sup>86</sup> Promotora *versus* Furundzija (IT-95-17/1-T), Julgamento, 10 de dezembro 1998.

futuras se deveriam tomar em obediência a uma primeira decisão obtida, no espaço de uma idêntica questão jurídica<sup>87</sup>. No entanto, no domínio do direito internacional penal, como se verá adiante, o que se constata é que as orientações jurisprudenciais emanadas dos tribunais internacionais penais têm um forte papel nas decisões similares, sendo usual o recurso a referência a decisões anteriores, típico recurso adotado pela *common law*, conhecido por *stare decisis*.

O papel da doutrina foi substancial nos séculos XVI, XVII e XVIII, especialmente na formação do direito internacional público, à medida em que o positivismo jurídico se desenvolveu no século XIX e os fenômenos típicos do século XX – como a proliferação dos tratados internacionais, o surgimento das organizações internacionais com poderes normativos, e, sobretudo pelo trabalho de sistemático de codificação do direito internacional – foram surgindo e ganhando força, a doutrina dos juristas perde sua relevância.<sup>88</sup>

### III) As fontes individuais do direito internacional penal

#### 1) Estatuto do Tribunal Penal Internacional, Elementos Constitutivos do Crime e Regulamento Processual

Depois que foi instituído, como resultado da Conferência Diplomática de Roma e aprovado em 17 de julho de 1998, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional passou a exercer um papel predominante entre as fontes do direito internacional penal.

A importância do Estatuto do TPI foi destacada pela Câmara de Julgamento do ICTY no caso Furundzija, mesmo antes daquela convenção ter entrado em vigor internacional:

[...] In many areas the Statute may be regarded as indicative of the legal views, i. e. *opinion juris* of a great number of States. Notwithstanding article 10 of the Statute, the purpose of which is to ensure that existing of developing law is not “limited” or “prejudiced” by the Statute’s provisions, resort may be had *cum grano salis* to these provisions to help elucidate customary international law. Depending on the matter at issue, the Rome Statute may be taken to restate, reflect or clarify customary rules or crystallise them, whereas in some areas it creates new law or modifies existing law. At any event, the Rome Statute by and large may be taken as constituting an authoritative expression of the legal views of a great number of States (§227).<sup>89</sup>

<sup>87</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 124-125.

<sup>88</sup> SOARES, *op. cit.*, p. 100.

<sup>89</sup> Promotora *versus* Furundzija (IT-95-17/1-T), Julgamento, 10 de dezembro 1998.

Já os Elementos Constitutivos do Crime (*elements of crimes*) foram finalizados posteriormente, ao término dos trabalhos da Comissão Preparatória em junho de 2000, atendendo-se a prescrição do artigo 9 do Estatuto do TPI<sup>90</sup>, buscando alcançar uma interpretação comum para os crimes. Salvo disposição em contrário, entender-se-á que uma pessoa é penalmente responsável e passível de ser punida, quando se acredite que atuou com intenção e conhecimento dos elementos materiais do crime. De acordo com o parágrafo sétimo da introdução geral, a estrutura procurada para os Elementos Constitutivos do Crime segue três princípios: a) descrição da conduta, consequência e circunstâncias da cada crime; b) elemento de intencionalidade; e, c) circunstâncias de contexto.

O Regulamento Processual (*Rules of Procedure and Evidence*) – elaborado durante as reuniões que ocorreram entre 13 e 31 de março de 2000 em Nova Iorque – é um conjunto de disposições que regulam o funcionamento processual do TPI, o qual deve ser interpretado conjuntamente com as disposições do Estatuto.

## 2) Estatutos do ICTY e do ICTR

Ao contrário do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, os Estatutos dos tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda não são tratados internacionais. Esses dois Estatutos foram criados por Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, ao abrigo do Capítulo VII da Carta da ONU.

## 3) As Cartas de Nuremberg e Tóquio

Apesar de serem esses dois documentos colocados em um mesmo item, têm origens diferentes. A Carta de Nuremberg é um tratado internacional, celebrado entre Estados Unidos, França, Reino Unido e União Soviética, resultado do Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945, quando foi o criado o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Já a Carta do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, com sede em Tóquio, foi um ato executivo – uma quase cópia da Carta de Nuremberg – do general Douglas MacArthur, comandante supremo das forças aliadas no Japão, atuando sob ordens do *United States Joint Chief of Staff*.

## 4) Lei do Conselho de Controle n. 10

---

<sup>90</sup> Artigo 9. 1. Os elementos de definição dos crimes, que auxiliarão o Tribunal a interpretar e aplicar os artigos 6, 7 e 8 do presente Estatuto, serão adotadas por maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados-partes. 2. Poderão propor emendas aos elementos de definição dos crimes: a) qualquer Estado-parte; b) os juízes, por maioria absoluta; c) o Promotor. As emendas serão adotadas por maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados-partes. 3. Os elementos de definição dos crimes e suas emendas serão compatíveis com o disposto no presente Estatuto.

A Lei do Conselho de Controle n. 10 (*Control Council Law n. 10*) era uma lei de ocupação na Alemanha, que criminalizava as mesmas condutas ofensivas previstas na Carta de Nuremberg e serviria de base legal para os tribunais que sucederiam, e que se tornou muito importante com o passar dos anos<sup>91</sup>. Suas previsões traziam normas de direito internacional penal reconhecidas como uma expressão do direito consuetudinário.

#### 5) Convenções de Genebra, Convenção do Genocídio, Regulamentos de Haia

Também são importantes fontes do direito internacional penal as normas relevantes dos Regulamentos da Haia, resultado da II Conferência de Paz da Haia de 1907, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948 e as Convenções de Genebra de 1949, bem como seus Protocolos Adicionais. Essas convenções serão detalhadas na seqüência da tese.

#### 6) Decisões das Cortes e Tribunais Internacionais

Entre as decisões, destaque especial para as emanadas dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, bem como dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda.

São considerados meios importantíssimos para a determinação do direito internacional penal, muito em virtude da ausência generalizada do direito internacional penal em ser preciso, dependendo em muito dos juízes para o seu desenvolvimento. Como lembra David Hunt, antigo juiz do ICTY, essa prática não é em nada diferente do que é feito no sistema da *common law*, seguindo esta idéia aproveita também para citar uma frase do Procurador-Geral no Tribunal de Nuremberg, Robert. H. Jackson, quando este afirma que “*International law must develop to meet the needs of the times just as the common law has grown, not by enunciating new principles but by adapting old ones*”.<sup>92</sup>

#### 7) Resoluções da AGNU e do CSNU e Relatórios do Secretário-Geral

A decisão ou deliberação da organização internacional – há uma grande incerteza terminológica nesse ponto – é um ato unilateral com força, por vezes obrigatória, emanado da manifestação de vontade dessa organização, que cria obrigações aos seus destinatários.

---

<sup>91</sup> BURCHARD, Christoph. The Nuremberg trial and its impact on Germany. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 4 (2006). Oxford: Oxford University Press, p. 811.

<sup>92</sup> HUNT, David. The International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 2, n. 1 (2004). Oxford: Oxford University Press, pp. 58-59.

São exemplos no campo do direito internacional penal, a Resolução 95 (I) de 11 de dezembro de 1946, da Assembléia Geral das Nações Unidas que adotou os chamados Princípios de Nuremberg. Outro exemplo foram os já vistos estatutos dos tribunais *ad hoc* das Nações Unidas, que foram criados mediante resoluções do Conselho de Segurança. E também os relatórios do Secretário-Geral da ONU relativos a criação dos tribunais *ad hoc* podem ser considerados interpretações autênticas na aplicação dos Estatutos, desde que não contradigam previsões dos próprios Estatutos.<sup>93</sup>

#### 8) Esboços e Comentários da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas

Essas fontes auxiliam na determinação do direito costumeiro e dos princípios gerais de direito, além de representarem uma influência significativa no desenvolvimento do direito internacional penal. Um desses esboços que mais se destacou foi o *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, de 1996. Segundo a Câmara de Julgamento I do ICTY, no caso Furundzija<sup>94</sup>, o *Draft Code* (1996) é

an authoritative international instrument which, depending upon the specific question at issue, may (i) constitute evidence of customary law, or (ii) shed light on customary rules which are of uncertain contents or are in the process of formation, or, at the very least, (iii) be indicative of the legal views of eminently qualified publicists representing the major legal systems of the world (§227).

#### 9) Esboços e Comentários de Associações Internacionais de Estudiosos

Entre as principais associações de publicistas que discutem e elaboram trabalhos sobre o direito internacional e sobre o direito internacional penal, destacam-se a *International Law Association*, o *Institut de Droit International* e a *Association Internationale de Droit Pénal*.

#### 10) Decisões das cortes nacionais

Também as decisões dos tribunais nacionais têm valor probatório na esfera do direito internacional. Algumas decisões fazem prova indireta da prática do Estado do foro sobre a questão em análise. Outras implicam uma investigação sem restrições da situação jurídica e um exame das fontes disponíveis, podendo resultar numa exposição cuidada do direito.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> WERLE, *op. cit.*, pp. 52-53.

<sup>94</sup> Promotoria *versus* Furundzija (IT-95-17/1-T), Julgamento, 10 de dezembro 1998.

<sup>95</sup> BROWNLIE, *op. cit.*, p. 34.

Raras são as decisões dos tribunais nacionais no âmbito do direito internacional penal. No entanto, exercem papel importante, sendo mesmo citadas pelos tribunais penais internacionais. A título exemplificativo sobre as decisões nacionais, no caso francês as decisões emanadas nos julgamentos de Klaus Barbie, Maurice Papon e Paul Touvier. Também pode ser citada a decisão da corte israelense no julgamento de Adolf Eichmann, analisado na seqüência.

#### 11) Legislação nacional

Um exemplo de legislação nacional que pode ser uma fonte do direito internacional penal é o chamado Código Penal Internacional alemão (*Völkerstrafgesetzbuch* – VStGB), que assegura que os crimes contra o direito internacional mencionados no Estatuto do TPI também são puníveis de acordo com o direito alemão. Com isso o direito penal alemão já se encontra adaptado às exigências do Protocolo Adicional I das Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949.<sup>96</sup>

#### 12) Manuais militares

Em muitos países os manuais militares são importantes expressões da *opinio juris* bem como da prática estatal.

### 1.5.4 As fontes do direito internacional penal no Estatuto do Tribunal Penal Internacional

Antes de encerrar-se a análise sobre as fontes do direito internacional penal, é preciso ver como a questão foi tratada do Estatuto do TPI, especialmente o artigo 21 desse instrumento legal.

#### Artigo 21

##### 1. O Tribunal aplicará:

- a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;
- b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;
- c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

---

<sup>96</sup> WERLE, Gerhard; NERLICH, Volker. A punibilidade dos crimes de guerra de acordo com o direito alemão. In: SILVA, Pablo Alfien da (org.). *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional Alemão*. Porto Alegre: Safe, 2004, pp. 89-90.

2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.

3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3 do artigo 7 a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.

Há algumas diferenças em relação ao artigo 38 do Estatuto da CIJ. A primeira é que no Estatuto do TPI não se estabelece que a decisão seja conforme o direito internacional, e a segunda é que o Estatuto do TPI dispôs uma ordem de precedência, instituindo, dessa maneira, uma clara hierarquia no direito aplicável.

Portanto, no ápice se encontram o Estatuto, os Elementos Constitutivos dos Crimes e o Regulamento Processual. Na verdade não há uma igualdade entre essas três fontes, conforme se constata da leitura de alguns dispositivos do próprio Estatuto.

No artigo 9 do Estatuto está prevista a adoção de Elementos Constitutivos dos Crimes que foram adotados para auxiliar o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos 6, 7 e 8, ou seja, os dispositivos que prevêm o crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Tais Elementos Constitutivos deverão mesmo ser compatíveis com as disposições do próprio Estatuto, e são por isso mesmo elementos auxiliares na determinação das regras de direito. Portanto, os Elementos Constitutivos são utilizados quando o Estatuto de Roma é impreciso, na hipótese do texto ser absolutamente claro, o juiz não terá necessidade de recorrer aos Elementos Constitutivos para auxiliar sua interpretação.

Já o artigo 51 (5) do Estatuto prevê que em caso de conflito entre as disposições do Estatuto e as do Regulamento Processual, o Estatuto prevalecerá, ou seja, também é um meio auxiliar. O Estatuto, no entanto, é silente quando de um eventual choque entre os Elementos Constitutivos e o Regulamento Processual.

Em segundo lugar, o artigo 21 traz as fontes formais em sentido estrito convencional e consuetudinária, empregadas pelo próprio artigo 38 do Estatuto da CIJ, ainda que mencionados em uma terminologia vagamente distinta. Podem ser aplicados os tratados, quer gerais quer específicos, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados interessados. Também serão pertinentes a aplicação de “princípios e normas de direito internacional”. No que toca aos princípios é interessante observar que a alínea *b* do artigo 21 (1) faz uma dupla

referência a estes, ambos com o mesmo grau hierárquico. Por um lado, aos princípios de direito internacional, e por outro, aos princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados, também conhecido por direito internacional humanitário. A distinção é particularmente relevante, já que entre os crimes previstos no Estatuto do TPI estão os crimes de guerra. Para Hortensia Gutierrez Posse “*estos principios están llamados a integrar y esclarecer el sentido y alcance de las normas del Estatuto en esta materia, aún cuando en razón del orden jerárquico establecido, en caso de conflicto, las disposiciones de éste prevalecerán*”.<sup>97</sup>

Na ausência dos anteriores, o TPI está autorizado a aplicar os “princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime”, ou seja, considerar alguns princípios do direito interno do lugar em que os fatos ocorreram ou em virtude da nacionalidade do acusado desde que o Estado seja parte do Estatuto, conforme preceitua o artigo 12 (2) (a) e (b).

Já o artigo 21 (2) do Estatuto faz referência as decisões precedentes do Tribunal. Para o professor da Universidade do Quebec e estudioso do direito internacional penal William Schabas, não se pode tomar a norma como estabelecendo uma regra de *stare decisis*, “porque ela é compreendida como uma norma permissiva e não mandamental”<sup>98</sup>. Gutierrez Posse não é certa disso, já que acredita que

por cierto, no cabría asimilar plenamente esta disposición a enfoques seguidos por ordenamientos internos en el sistema del *common law*, pero tampoco se ve reflejada en ella la concepción de una tradición romano-germánica o de *civil law* según la cual las decisiones judiciales son sólo obligatorias para las partes en el caso que se resuelve.<sup>99</sup>

Todavia, entende-se – como ficará demonstrado nos capítulos da análise da jurisprudência dos tribunais *ad hoc* – que o direito internacional penal inclinou-se de maneira acentuada em prol da *common law* e o recurso ao princípio da regra do *stare decisis* é utilizada com frequência, em prejuízo da tradição romano-germânica.

E, por fim, o artigo 21 (3) tem uma redação um pouco truncada, tem sido alvo de discussões sobre o uso dos termos “gênero” e “sexo”, durante os trabalhos

<sup>97</sup> POSSE, *op. cit.*, p. 42.

<sup>98</sup> SCHABAS, William A. Os princípios de direito penal. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000, pp.156-157.

<sup>99</sup> POSSE, *op. cit.*, p. 44.

preparatórios. A despeito disso, o parágrafo terceiro faz uma importante referência ao reconhecimento internacional dos direitos humanos. Como bem salienta Schabas, “apesar de sua vocação para o direito penal, a Corte é fundamentalmente uma resposta a sérias violações de direitos humanos, particularmente aquelas envolvendo a perseguição de minorias étnicas”.<sup>100</sup>

#### 1.6 SOBERANIA E DIREITO INTERNACIONAL PENAL: HÁ UM CONFLITO INSUPERÁVEL ENTRE SOBERANIA DOS ESTADOS E A JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL?

É inegável o fato de que o fortalecimento do direito internacional penal nos últimos anos representou um avanço considerável sobre um dos últimos bastiões do Estado; afinal o direito penal é o mecanismo por meio do qual o Estado protege os principais bens jurídicos e assegura a estabilidade, ordem e uma certa coesão social, que inevitavelmente traz por vezes o uso da força para garantir essa tutela a certos bens juridicamente protegidos.

Por isso, como considera Antonio Cassese, “*the reluctance of states regarding international penal enforcement is hardly surprising, given that international criminal tribunals intrude on one of the most sacred areas of state sovereignty: criminal jurisdiction*”.<sup>101</sup>

O processo de internacionalização da justiça penal, fruto de um processo de globalização muito mais amplo, é uma tentativa de resposta da sociedade internacional ante a impossibilidade de o Estado solucionar sérios problemas surgidos no marco de graves violações cometidas contra os direitos humanos e o direito internacional humanitário.

Por isso o questionamento: há um conflito insuperável entre soberania dos Estados e a jurisdição penal internacional?

É costume creditar-se a Jean Bodin, com a publicação da obra *Les Six Livres de la République* (1576), o esforço em valorizar a soberania e fazer dela a pedra angular do Estado. A soberania entendida por Bodin como “poder último e perpétuo”, já não é tão somente um atributo, senão que se converte na própria substância da

---

<sup>100</sup> SCHABAS, *Os princípios gerais de direito penal*, pp. 157-158.

<sup>101</sup> CASSESE, Antonio. On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law. In: PASSAS, Nikos (ed.) *International Crimes*. Aldershot: Ashgate, 2003, p. 586.

República (Estado), esta não existe se não for soberana e seu poder é absoluto e indivisível.<sup>102</sup>

Nesse momento histórico, na Idade Moderna, no nascimento dos grandes Estados nacionais europeus, a noção de soberania referia-se a *suprema potestas superiorem non recognoscens* – poder supremo que não reconhece outro acima de si. O surgimento da noção de soberania confunde-se com a consolidação do poder absoluto dos monarcas europeus, em oposição ao domínio dos senhores feudais e da Igreja.

Para Machado Paupério a significação comum do termo indica que “soberania, do latim *super omnia* ou de *superanus* ou *supremitas* (caráter dos domínios que não dependem senão de Deus), significa, vulgarmente, o poder incontestável do Estado, acima do qual nenhum outro poder se encontra”.<sup>103</sup>

Após Jean Bodin, Thomas Hobbes desenvolveu o conceito de soberania, dando-lhe uma visão jusnaturalista; outros autores jusnaturalistas também trataram do tema, o que será indispensável, pois ao retratarem o surgimento do Estado de maneira contratual, o conceito de soberania estava indissociável do modo como esta passagem do estado de natureza para o estado civil se dava.<sup>104</sup>

Portanto, o conceito clássico de soberania firmou-se nos primórdios dos tempos modernos, por ocasião da consolidação das monarquias absolutistas. No entanto, a dinâmica das relações internacionais entre os Estados ensejou a consolidação de um novo vetor a norteá-las, assentado na interdependência estatal, isto é, o longo passar dos anos trouxe consigo a universalização dos princípios da cooperação e da solidariedade entre os Estados, os quais se consubstanciam no sustentáculo do próprio direito internacional.<sup>105</sup>

Para o filósofo do direito Luigi Ferrajoli, o advento da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos do Homem transformaram, ao menos no plano normativo, a ordem jurídica do mundo, levando-o do estado de natureza ao estado civil. Nesse momento, a soberania do Estado, pelo menos em princípio, deixa

---

<sup>102</sup> BADIE, Bertrand. Un mundo sin soberanía: Estados entre artificio y respnsabilidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 5.

<sup>103</sup> PAUPÉRIO, Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 15.

<sup>104</sup> BERARDO, Telma. Soberania, um novo conceito? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 40, ano 10, jul.-set. 2002. São Paulo: RT, p. 24.

<sup>105</sup> RODRIGUES, Fernanda Savian. Soberania e supranacionalidade: oposição intrínseca ou aparente? In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 330-332.

de ser, “uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos”. Segundo o mestre italiano, de um lado, temos a Carta da ONU que assinala o nascimento de um novo direito internacional e o fim do velho paradigma vestfaliano, e de outro lado, a consagração dos direitos humanos, seja na Declaração Universal de 1948, ratificada pelos dois Pactos de 1966, atribuindo a esses direitos, um valor supra-estatal, “transformando-os de limites exclusivamente internos agora também em externos ao poder dos Estados”.<sup>106</sup>

Como aponta Eduardo Matias, o sentido original da palavra soberania mostra-se nos dias atuais muito exagerado, não mais refletindo a realidade dos fatos diários. Em determinado momento histórico, o poder a que se refere a soberania passou dos feudos para os Estados, e hoje parte desse poder passa dos Estados para as demais instituições da sociedade internacional. Mas, o próprio Matias prega por continuar a empregar o vocábulo, ao contrário de alguns doutrinadores, entendendo sempre que a soberania não pode mais ser compreendida como um poder absoluto e incondicionado. A existência do direito internacional faz que o conceito de soberania absoluta perca o sentido.<sup>107</sup>

Assim a idéia de soberania passou por diversas e profundas alterações desde a formulação original de Jean Bodin no século XVI, não podendo ser entendida como um conceito absoluto e imutável; ao contrário, em razão das circunstâncias históricas, seu valor é relativo. É inconteste o fato de que o Estado, depois de um apogeu na concentração do poder, foi progressivamente tornando-se menos absoluto.

Colocando a idéia de maneira mais prosaica Adam Watson aduz que os

sucessores modernos dos príncipes modernos encontram-se limitados pelas pressões de um sistema cada vez mais estrito e pelas instituições e práticas de uma sociedade mais integrada para agir progressivamente até privá-los da independência de fato, externa e internamente, de sorte que seus governos já não controlam um *Stato*, embora deixando intacta a legitimidade simbólica do Estado e graus variáveis de verdadeira autonomia.<sup>108</sup>

Nesse contexto da discussão acerca dos contornos e dos limites da soberania na sociedade internacional, considera Cláudia Perrone-Moisés que a criação do

---

<sup>106</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>107</sup> MATIAS, Eduardo Felipe P. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005, pp. 438-439.

<sup>108</sup> WATSON, *op. cit.*, p. 428.

Tribunal Penal Internacional não significa apenas o estabelecimento de uma nova organização internacional, dotada de competências específicas, mas se insere dentro da evolução do próprio direito internacional como um sistema de coexistência e cooperação entre os Estados. Lembra a professora, “o problema reside na própria matéria regulada, a justiça penal, que, como sabemos, guarda relação intrínseca com os interesses essenciais dos diversos Estados nacionais e, portanto, com o exercício de suas soberanias”.<sup>109</sup>

Entende-se que o desenvolvimento de uma jurisdição penal internacional em caráter permanente renova o conceito de soberania. Desde as primeiras tentativas de julgar indivíduos em tribunais internacionais, datada do pós 1ª Guerra Mundial – a ser analisado no próximo capítulo – a sociedade internacional assiste a uma nova transformação do conceito de soberania.

A criação do Tribunal Penal Internacional contribui de maneira substancial na configuração de uma nova idéia de soberania, já que essas relações jurídicas no âmbito de uma justiça penal internacional implicam mais do que simples relações de cooperação ou de regulamentação entre Estados. No entanto, como observa com perspicácia Antonio Cassese essa erosão da soberania dos Estados é mais aparente do que real, afinal, o Estado soberano ainda continua vigoroso, “ainda é uma espécie de Deus imortal; ele ainda tem em suas mãos a espada e não tem nenhuma intenção de entregá-la às instituições internacionais”.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia. O princípio de complementaridade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea. *Política Externa*. vol. 8, n. 4, mar./abr./mai. 2000. São Paulo: Paz e Terra, pp.3-4.

<sup>110</sup> CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004, pp. 7-9.

## CAPÍTULO 2 – AS JURISDIÇÕES PENAIS

Neste capítulo examinar-se-ão os mais diversos tipos de jurisdições penais exercidos nos últimos decênios na busca de evitar a impunidade dos crimes internacionais mais graves. Como será visto abaixo, as respostas foram as mais diversas possíveis, desde a aplicação de princípios jurisdicionais nacionais, passando por respostas essencialmente internacionais, até o aparecimento de tribunais internacionalizados ou mistos, isto é, nacionais e internacionais. Contudo, antes de examinar os diferentes tipos de jurisdições penais vale recordar os princípios relacionados com o âmbito espacial da lei penal.

### 2.1 JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL: OS CASOS HISTÓRICOS E AS PRIMEIRAS TENTATIVAS

A doutrina é relativamente pacífica em apontar os princípios relacionados com a vigência espacial da lei penal como os seguintes: o da territorialidade, o da nacionalidade (ou personalidade), o da proteção (ou da defesa) e o da competência universal (justiça universal).

No princípio da territorialidade, regra geral da aplicação da lei penal, o Estado impõe a sua legislação aos crimes praticados no âmbito do seu território, qualquer que seja a nacionalidade do agente ou da vítima. Esse princípio se fundamenta na soberania do Estado, que em consequência, exerce sua jurisdição sobre todos que residem em seu território, sendo irrelevante a nacionalidade dos mesmos.<sup>111</sup>

Já no princípio da nacionalidade também chamado da personalidade, determina que a lei a ser aplicada é sempre a do país do acusado da prática do delito, não importando o local onde este se encontre. Este princípio tem um duplo viés: ativo, quando se aplica a leis do país a que pertence o agente, sem se levar em consideração o bem jurídico; e, passivo, quando se aplica a lei quando o bem jurídico ofendido pertence a pessoas da mesma nação.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito internacional penal: delicta iuris gentium*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 11.

<sup>112</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 82.

O princípio da proteção, também conhecido de defesa ou real, diz que a lei aplicável é a da nacionalidade do bem jurídico lesado ou ameaçado, onde quer que o crime tenha ocorrido e qualquer que seja a nacionalidade do criminoso.<sup>113</sup>

E, por fim, o princípio da universalidade ou da justiça universal baseia-se em estreita cooperação estatal na luta contra o crime, ou seja, os Estados obrigam-se a punir o delinqüente que se encontra em seu território, pouco importando o local onde foi praticado o delito, a sua nacionalidade ou a do bem jurídico tutelado.<sup>114</sup>

No entanto, a criação de uma jurisdição penal internacional ou extraterritorial como preferem alguns, traz uma série de debates novos para o direito internacional penal. Desde a origem da sociedade internacional assiste-se um confronto entre o princípio da territorialidade, preconizado por Montesquieu, Voltaire, Rousseau e Beccaria, e o princípio da universalidade, defendido por outros autores, como Hugo Grócio, que parte da idéia de que o direito natural impõe que suas violações sejam punidas por qualquer Estado, ainda que inexista qualquer vínculo territorial ou nacional com um crime.

O desenvolvimento do direito internacional penal se confunde de certa maneira com o das jurisdições penais internacionais. Por isso, faz-se necessário examinar tal perspectiva, além do que esse direito internacional penal poderá pressionar gradualmente para que os princípios da territorialidade e da nacionalidade sofram uma diminuição de importância.

A jurisdição penal internacional traz consigo a implantação de instituições de caráter internacional ou mundial e a definição de crimes internacionais. Esse é um avanço muito significativo e recente na esfera internacional, que experimentou um processo evolutivo surpreendente.

### 2.1.1 Antecedentes até a Primeira Guerra Mundial

Ainda que sejam considerados para a maioria uma novidade, os procedimentos jurisdicionais internacionais existem há mais de três mil anos, demonstrados por evidências arqueológicas encontradas em antigas práticas dos faraós egípcios, entre os caldeus, entre os chineses e também entre os gregos. O primeiro tratado de extradição foi realizado entre o faraó egípcio Ramsés II e o rei dos hititas Hatussilli,

---

<sup>113</sup> *Idem, ibidem*, p. 82-83.

<sup>114</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 48.

como parte do processo de consolidação da paz realizado por meio de um tratado que encerrou a guerra entre essas duas civilizações em 1280 a.C.<sup>115</sup>

No entanto, o primeiro caso histórico registrado no direito como de um verdadeiro juízo internacional penal é de 1474 quando foi submetido a julgamento Peter von Hagenbach, governador (*Landvogt*) de Breisach, que havia sido nomeado pelo duque Charles de Borgonha. Com a derrota do duque da Borgonha por uma coalizão formada pela França, pela Áustria e por forças do Alto Reno. Peter von Hagenbach foi preso e acusado de ter violado as “Leis de Deus e do Homem”, porque autorizou as suas tropas a raptar e matar civis inocentes e realizar pilhagens em suas propriedades. Constituiu-se um tribunal composto por vinte e oito juízes representantes de cada uma das cidades aliadas ao Arquiduque da Áustria na Alsácia, no Reno Superior e Suíça e presidido por um juiz designado pelo próprio Arquiduque. A defesa de Peter von Hagenbach alegou que cumpria ordens superiores do duque da Borgonha. O próprio von Hagenbach dirigindo-se posteriormente ao tribunal solicitou um adiamento para obter a confirmação com o seu superior. O tribunal não aceitou o argumento da defesa e condenou o acusado à morte.<sup>116</sup>

Esse julgamento é um fato histórico praticamente isolado. A criação de uma jurisdição universal é decorrente de um forte impulso dado pelo direito internacional humanitário, mediante uma paulatina codificação do que passaria a ser conhecido como “direito humanitário bélico”. Isso dará um impulso definitivo às proibições de atos de violação ao direito da guerra, com a fundação da Cruz Vermelha Internacional e das primeiras quatro convenções de Genebra (1949), posteriormente foram acrescentados dois protocolos adicionais às Convenções, o primeiro relativo aos conflitos internacionais e o segundo aos conflitos internos.<sup>117</sup>

Lembre-se que a idéia da criação de um tribunal penal internacional remonta a 1872, quando o então presidente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Gustave Moynier, apresentou na Conferência da Cruz Vermelha realizada em janeiro

---

<sup>115</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *International criminal law: procedure*, vol. II. Dobbs Ferry: Transnational Publishers, 1986, p. 405.

<sup>116</sup> SCHWARZENBERGER, Georg. *International law as applied by International Courts and Tribunals: the law of armed conflicts*, vol. II. London: Stevens & Sons, 1968, pp. 462-466.

<sup>117</sup> ZUPPI, Alberto Luis. *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional: el camino hacia la Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Ad hoc, 2002, p. 45.

daquele ano um primeiro projeto para o estabelecimento de um tribunal internacional que fosse competente para julgar os crimes de guerra.<sup>118</sup>

Desde a eclosão da Grande Guerra em 1914, Alemanha o Império Otomano foram acusados de graves violações ao direito internacional. A Alemanha por ter violado a neutralidade da Bélgica e de Luxemburgo, e o Império Otomano pela perseguição ao povo armênio.

O Tratado de Paz de Versalhes assinado entre as potências aliadas e a Alemanha em 28 de junho de 1919, continha importantes novidades no tocante a responsabilidade penal internacional.

De acordo com o previsto no artigo 227 do tratado, as potências aliadas e associadas propugnavam a criação de um tribunal especial para julgar o *kaiser* Guilherme II de Hohenzollern<sup>119</sup>, “por ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados”. O processo não ocorreu porque os Países Baixos, para onde o antigo Imperador alemão havia se refugiado, recusaram-se a entregá-lo, inviabilizando assim a aplicação do referido dispositivo.<sup>120</sup>

Além dessa disposição, o Tratado de Versalhes também permitia aos Aliados julgar perante tribunais mistos ou nacionais soldados alemães por violação de leis e costumes de guerra. Entretanto, os Aliados preferiram deixar à Alemanha a tarefa de julgar seus nacionais. Esses julgamentos ocorreram em Leipzig entre 23 de maio e 16 de julho de 1921, quando foram julgados vinte e um oficiais alemães. Apesar do número aparentemente inexpressivo os julgamentos de Leipzig, indubitavelmente estabeleceram como princípio que as atrocidades cometidas por indivíduos durante um conflito bélico poderiam ser punidas quando do término da guerra.<sup>121</sup>

O Tratado de Sèvres, assinado entre as potências aliadas e o Império Otomano, também previa a responsabilidade do governo Otomano pelo massacre dos armênios. No entanto, o tratado jamais foi ratificado e quando a Turquia – surgida depois da guerra – instaurou uma corte marcial para julgar os

---

<sup>118</sup> GEIGER, Hansjörg. O Tribunal Penal Internacional e os aspectos do novo código penal internacional alemão. In: SILVA, Pablo Alflen da (org.). *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional Alemão*. Porto Alegre: Safe, 2004, p. 61.

<sup>119</sup> Segundo Éric Lebec, Guilherme II, o senhor da guerra (*Kriegsherr*), tinha por hábito apresentar-se como “armadura de Deus, sua espada, seu instrumento”. LEBEC, Éric. *História secreta da diplomacia vaticana*. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 41.

<sup>120</sup> BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004, p. 15.

<sup>121</sup> MULLINS, Claud. *The Leipzig trials: an account of the war criminals' trial and a study of German mentality*. London: H. F & Witherby, 1921, p. 23; p. 224.

acontecimentos ligados ao massacre dos armênios, a primeira condenação à morte contra um dos autores resultou em violentas manifestações nas ruas, impedindo que o tribunal turco continuasse com seus trabalhos.

Apesar dos poucos resultados práticos, trata-se do caminhar de uma idéia. Foi, sobretudo, no período entre-guerras que se constituiu um retorno à reflexão sobre o tema, graças aos projetos doutrinários provenientes da Associação Internacional de Direito Penal e da União Interparlamentar e certos textos elaborados no âmbito da Liga das Nações. O resultado mais promissor foi a Convenção de 1937 sobre terrorismo, que previa a criação de uma jurisdição penal internacional, mas que jamais entrou em vigor. Além dessa, várias outras convenções dessa época representam importantes tentativas, tais como o Tratado de Renúncia à Guerra, também conhecido como Pacto Briand-Kellog (1928) – no qual os signatários condenam a guerra como recurso para a solução das controvérsias internacionais, renunciando a tal expediente – e a Convenção de Genebra (1929), cujo artigo 28 impõe pela primeira vez aos Estados partes o dever de reprimir, no direito interno, as infrações de certas regras do direito humanitário.

O desenvolvimento do direito internacional penal, ainda que embrionário nessa fase, permitiu que fosse admitido considerar o julgamento de criminosos de guerra em uma base jurídica um pouco mais elaborada, podendo ser criados dois tribunais militares internacionais, em Nuremberg e Tóquio, com competência para julgar os responsáveis pelos crimes contra a humanidade, perpetrados pelas antigas autoridades políticas e militares da Alemanha nazista e do Japão imperial. Foram os primeiros tribunais penais internacionais.

### **2.1.2 Os Tribunais de Nuremberg e Tóquio**

A idéia de se criar um tribunal para julgar os responsáveis nazistas pelos crimes cometidos ao longo do segundo grande conflito bélico do século XX, inicialmente surgiu nas conferências de Moscou e de Teerã em 1943, de Ialta e de Potsdam em 1945, quando as três grandes potências – Estados Unidos, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e Grã-Bretanha –, fizeram um acordo para que fossem julgados e punidos os responsáveis pelos crimes de guerra.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 60-61.

Criado oficialmente pelo Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945, celebrado entre Estados Unidos, França, Reino Unido e União Soviética, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg<sup>123</sup> foi um verdadeiro tribunal de ocupação na Alemanha que havia se rendido incondicionalmente a esses quatro países; posteriormente outros dezenove países também aderiram ao acordo.<sup>124</sup>

O Tribunal de Nuremberg foi composto por quatro juízes, assistidos cada por um suplente. Cada potência signatária nomeou um juiz e um suplente, bem como os membros da Promotoria foram nomeados pelas quatro potências. Também por esse fato, o Tribunal de Nuremberg ficou com o estigma de ser uma justiça dos vencedores, julgando unicamente os crimes cometidos pelos vencidos.

O artigo 6 do Estatuto do Tribunal de Nuremberg preceitua a responsabilidade individual pelos crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, conceituados no próprio acordo de formação do tribunal. As definições dos crimes, no entanto, são relativamente lacônicas se comparadas com as atuais previstas no Estatuto de Roma.

Entre as novidades de Nuremberg, pode-se destacar: exclusão formal que o fato de ter sido chefe de Estado ou ter assumido responsabilidade governamental possa servir como desculpa absolutória ou como motivo de diminuição da pena (artigo 7); a circunstância de um acusado ter agido em cumprimento de uma ordem dada por um governo ou um superior hierárquico não o isenta de responsabilidade penal, mas pode ser considerado como motivo para atenuação da pena (artigo 8). Repudia-se o princípio da obediência devida como causa justificativa ou de inculpabilidade dos autores dos crimes e da imunidade soberana.

Ainda de acordo com o Estatuto do Tribunal Militar Internacional, a decisão deveria ser motivada e definitiva, não sendo passível de revisão (artigo 26) e as penas poderiam ser de morte ou por qualquer outra punição que o tribunal considerasse justa (artigo 27).

---

<sup>123</sup> A cidade foi escolhida como sede do tribunal, por ter se tornado um símbolo nazista, devido ao fato ocorrido em 1935, quando, após uma grande jornada do Partido Nazista em Nuremberg, terem sido proclamadas as leis raciais. Em 10 de novembro de 1938, ocorreu a Noite dos Cristais (*Kristallnacht*), em que 7500 lojas judaicas foram quebradas, 1000 sinagogas foram incendiadas e 30 mil homens judeus entre 16 e 60 foram levados para campos de concentração. GILBERT, Martin. *A noite de cristal: a primeira explosão do ódio nazista contra os judeus*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006, pp. 12-14.

<sup>124</sup> Austrália, Bélgica, Dinamarca, Etiópia, Grécia, Haiti, Holanda, Honduras, Índia, Iugoslávia, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Panamá, Paraguai, Polônia, Tchecoslováquia, Uruguai e Venezuela.

O julgamento que estendeu-se de 20 de novembro de 1945 a 21 de outubro de 1946, dividido em 403 sessões, acumulou um volume espantoso de documentos: dezessete mil horas impressas e quatro mil documentos extraídos de uma compilação de mais de cem mil capturados, pesando mais de seis toneladas, além de diversas projeções cinematográficas e outros documentos probatórios. Agregam-se também a ata de acusação, discursos, interrogatórios, anexos e a sentença – cinquenta mil palavras, sendo necessárias duas sessões para que fossem apresentadas – constituindo-se quarenta e dois volumes impressos do processo de Nuremberg<sup>125</sup>. Os veredictos dados foram doze condenações à morte, nove à prisão perpétua ou temporária, e três absolvições.

Aproximadamente seis meses após o início dos processos de Nuremberg, começaram também as atividades do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente com sede em Tóquio. A idéia de se criar um tribunal internacional para julgar os crimes cometidos pelos japoneses durante o conflito mundial, já se encontrava nas declarações da Conferência do Cairo, que reuniu representantes chineses, americanos e britânicos em 1943, e foi reiterado durante a Conferência de Potsdam, de julho de 1945.

Ao contrário do que ocorrera com o Estatuto de Nuremberg – que foi o resultado de longos entendimentos entre os quatro grandes durante a Conferência de Londres –, conferência similar não antecedeu a promulgação do Estatuto do Tribunal de Tóquio. Essa foi um ato executivo do general Douglas MacArthur, comandante supremo das forças aliadas no Japão, atuando sob ordens do *United States Joint Chief of Staff*. O Estatuto de Tóquio foi formulado pelos americanos, inicialmente pelo Procurador-Geral (*Chief Prosecutor*) Joseph B. Keenan, sendo os demais aliados consultados somente depois de concluído o instrumento.<sup>126</sup>

Entre as poucas diferenças entre os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, destacam-se no tocante à estrutura: enquanto em Nuremberg eram apenas quatro juízes (um norte-americano, um soviético, um britânico e um francês), com seus respectivos suplentes, em Tóquio eram onze os juízes (de diferentes nacionalidades); enquanto em Nuremberg eram quatro os promotores, no caso de Tóquio era apenas um promotor (o americano Keenan) e dez promotores

---

<sup>125</sup> GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg: 1945-1946: a gênese da uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 81-83.

<sup>126</sup> MINEAR, Richard H. *Victor's justice: the Tokyo war crimes trial*. Princeton: Princeton University Press, 1971, pp. 20-21.

associados. No que se refere às acusações, os crimes processados por ambas as cortes militares eram os mesmos, no entanto, em Nuremberg foram julgados além de pessoas físicas, também pessoas jurídicas, consideradas organizações criminosas (como a SS e a SA); em Tóquio, somente houve responsabilização criminal individual.<sup>127</sup>

Os japoneses suspeitos de serem criminosos de guerra foram classificados em classes: A, B e C. Os suspeitos de classe A foram indiciados em crimes contra a paz; os da classe B em crimes de guerra; e os de classe C em crimes contra a humanidade.<sup>128</sup>

Os processos iniciados em maio de 1946 duraram dois anos e meio, sendo somente 28 prisioneiros levados a julgamento dos 80 criminosos de classe A detidos pelos Aliados. Desses dois morreram durante o processo e um terceiro ficou gravemente enfermo. Os outros vinte e cinco foram condenados, ou seja, nenhuma absolvição foi proferida pelo tribunal. Sete destes foram condenados à morte, outros foram condenados à prisão perpétua, mas que foram libertados em 1955<sup>129</sup>. Os criminosos de classe B e C foram levados a cortes militares em vários países.

Apesar de serem considerados os primeiros passos na constituição de uma justiça penal internacional, os tribunais de Nuremberg e Tóquio foram alvos de críticas severas. Por exemplo, o fato de ser uma justiça de vencedores sobre vencidos, isto é, desconsiderando as violações perpetradas pelas potências aliadas.

De acordo com o posicionamento da defesa dos acusados em Nuremberg, o castigo *ex post facto* é repudiado pelo Direito das nações civilizadas, bem como nenhum poder soberano atribuíra à guerra de agressão a definição de crime antes da prática dos atos incriminados, além da ausência de previsão de pena em documento internacional. A acusação rebatia que a guerra ilícita já era prevista pelo Direito Internacional (Tratado Briand-Kellog, de 1928) e que a condenação dos crimes perpetrados se encontrava no seio da consciência universal.

A maior crítica, no entanto, era da suposta violação do princípio da reserva legal, preceito fundamental do direito penal, inscrito na forma do aforismo latino *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Nesse ponto específico, a Promotoria argumentava que o direito internacional seria marcadamente costumeiro, havendo o

---

<sup>127</sup> CASSESE, Antonio; RÖLING, Bert V. A. *The Tokyo Trial and beyond: reflections of a peacemonger*. Cambridge: Polity Press, 1993, pp. 2-3.

<sup>128</sup> KITTICHAISAREE, *op. cit.*, p. 18.

<sup>129</sup> BAZELAIRE; CRETIN, *op. cit.*, p. 29-36.

princípio da legalidade os objetivos de prevenir abusos na administração da justiça e proteger os cidadãos contra as arbitrariedades do absolutismo, jamais de dar sustentação a este último. Recordava ainda, a acusação, que tal princípio não se encontrava na base de todas as legislações dos povos, por exemplo dos anglo-saxões, tendo sido tal princípio desconhecido ao direito romano e repudiado pela própria legislação penal do nazismo.<sup>130</sup>

Mesmo assim, a Assembléia Geral da ONU aprovou duas importantes resoluções: a de número 95 (1946) traz como título “Confirmação dos princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg” e a Resolução 177 (1947) sobre a formulação dos princípios reconhecidos no Estatuto e pelas sentenças de Nuremberg, encarregando-se a CDI de estudar um projeto de estatuto para um futuro tribunal.

A CDI entre junho e julho de 1950 estabeleceu os sete princípios de Nuremberg: da culpabilidade pessoal, *jus cogens*, da imunidade soberana, da não obediência devida, do devido processo, da justiça penal universal e da equiparação das formas imperfeitas as perfeitas de comissão.

Todavia, o clima da Guerra Fria impediu a realização de qualquer objetivo na área. Contradições substanciais entre o Leste e o Oeste impediram a criação de uma corte penal internacional, ante a qual, segundo a Convenção para a Prevenção e a Sanção do Delito de Genocídio (1948), poderia levar a aqueles *prima facie* responsáveis de ter algum grau de envolvimento nesse delito internacional a julgamento.<sup>131</sup>

## 2.2 JURISDIÇÕES PENAIAS NACIONAIS: O CASO DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL

Esse tipo de intervenção do direito penal causa nos dias atuais uma série de debates, já que se trata da aplicação do princípio da jurisdição universal no âmbito dos Estados. No entendimento de Maíra Machado, esse modelo de jurisdição privilegia o princípio da solidariedade com certos valores e bens jurídicos escolhidos pelo Estado. Nesse andar, o direito internacional atribui a condição de crime, mas o processo e a sanção ficam a cargo das jurisdições penais dos Estados. O exercício

---

<sup>130</sup> FERRO, Ana Luiz Almeida. *O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, pp. 103-105.

<sup>131</sup> PINTO, Mónica. *El derecho internacional: vigencia y desafíos en un escenario globalizado*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 33-34.

da jurisdição estatal, desenvolve-se de acordo com o direito interno e as regras que determinam a aplicação da lei penal no espaço, sempre que o crime previsto internacionalmente estiver incorporado, como tal, à legislação interna.<sup>132</sup>

Como consequência pode ocorrer que algum Estado por sua legislação interna reconheça sua competência para julgar crimes que não aconteceram no seu território, e os processem na busca de evitar a impunidade de quem os comete e por considerá-los gravíssimos no âmbito do direito internacional penal.

O princípio da jurisdição universal ou persecução penal universal não somente permite, mas também estimula, aos Estados a afirmar sua jurisdição sobre certos crimes graves, independentemente do lugar onde ocorreram, da nacionalidade da vítima ou do algoz, e tampouco se ferem interesses nacionais.

Lembra Georges Abi-Saab que a doutrina da jurisdição universal surgiu com o sistema clássico (pós-vestfaliano) do direito internacional, fundado em dois princípios fundamentais: a soberania e a igualdade dos Estados. Nesse sistema em que não havia um órgão central superior, a proteção de interesses comuns dos Estados ficava prejudicada. Por isso, a justificativa da adoção do princípio da jurisdição universal passa pelo interesse do Estado em perseguir ele próprio aqueles atos comumente percebidos como extremamente deletérios ao interesse comum, como foi o crime de pirataria na sua origem e posteriormente o do tráfico de escravos.<sup>133</sup>

A partir desses conceitos se verifica a aplicação espacial da lei penal em alguns casos notórios ao longo das décadas.

### 2.2.1 O caso Eichmann

Otto Adolf Eichmann, o principal responsável pela administração da “Solução Final”, foi um dos últimos criminosos nazistas a ser julgado e condenado. Eichmann foi abduzido pelo serviço secreto israelense (*Mossad*) em Buenos Aires em abril de 1961, em grave violação ao direito internacional e a soberania territorial do Estado argentino.

Eichmann foi apresentado perante a Corte Distrital de Jerusalém acusado de haver cometido, junto com outras pessoas, crimes contra o povo judeu, crimes

---

<sup>132</sup> MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Ed. 34, 2004, pp. 83-84.

<sup>133</sup> ABI-SAAB, Georges. The proper role of universal jurisdiction. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 1, n. 3 (2003). Oxford: Oxford University Press, pp. 599-600.

contra a humanidade e crimes de guerra, durante o período do regime nazista e especialmente no decorrer da Segunda Guerra Mundial. Processado de acordo com a Lei (de Punição) dos Nazistas e Colaboradores dos Nazistas, promulgada em Israel em 1950, Eichmann foi considerado responsável pela perseguição, deportação e extermínio de milhares de judeus. Foi condenado à pena de morte e enforcado dois dias depois após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal Supremo de Israel, em 31 de maio de 1962.<sup>134</sup>

Entre as diversas críticas dirigidas ao julgamento destacam-se as objeções referentes à lei aplicada e ao caráter retroativo do conteúdo da acusação, à parcialidade dos juízes e à própria jurisdição do tribunal de Jerusalém.

O filósofo alemão Karl Jaspers à época condenou a atitude do governo de Israel, para ele: *“the crime against the Jews is at the same time a crime against mankind. Hence the judgment on this crime can only be passed by a judicial body representing mankind”*, no caso pelas Nações Unidas, que deveriam *“envisage this judicial body”*, ainda que *“I do not know to what extent there already exists in the world organization elements that could be developed”*.<sup>135</sup>

Tecnicamente, o Estado de Israel não poderia invocar, como o fez, os princípios da personalidade (passiva) e da proteção, com vistas à proteção da população israelense e de que os fatos constituiriam uma ameaça à Israel, respectivamente, já que durante a Segunda Guerra Mundial ainda não havia sido criado o Estado de Israel.<sup>136</sup>

Nesse contexto, a Corte Distrital de Jerusalém erigiu dois pilares para demonstrar o que denominou “o direito de punir de Israel”. Por um lado, o caráter universal dos crimes em questão e, por outro, o caráter específico de visar ao extermínio do povo judeu. No tocante ao primeiro, a Corte justificou sua atuação com base no princípio da jurisdição universal, tendo em vista que “esses crimes que atacam ao conjunto da humanidade e abalam a consciência das nações são graves crimes contra o próprio Direito Internacional (*delicta iuris gentium*)” (§12 da sentença). Quanto ao caráter específico de extermínio do povo judeu, a sentença da Corte dedica-se a demonstrar “qual é o vínculo especial entre o Estado de Israel e

---

<sup>134</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 32.

<sup>135</sup> JASPERS, Karl. Who should have tried Eichmann? *Journal of International Criminal Justice*, n. 4 (2006). Oxford: Oxford University Press, p. 854.

<sup>136</sup> O Estado de Israel foi criado em 14 de maio de 1948, mediante resolução das Nações Unidas.

os crimes atribuídos ao acusado, e em que medida este vínculo é suficientemente estreito para formar o fundamento do direito de punir de Israel” (§32 da sentença). Aduziu ainda a Corte Distrital de Jerusalém que “se um vínculo efetivo (não necessariamente uma identidade) existe entre o Estado de Israel e o povo judeu, então um crime que pretende exterminar o povo judeu tem indubitavelmente conexão com o Estado de Israel” (§33 da sentença).<sup>137</sup>

### 2.2.2 O caso Pinochet

Um caso mais recente com enorme repercussão internacional aconteceu em outubro de 1998, quando por solicitação do juiz espanhol Baltasar Garzón, titular do *Juzgado n. 5 de la Audiencia Nacional*, foi detido em Londres o ex-presidente *de facto* chileno Augusto Pinochet Ugarte, com base no princípio da jurisdição universal espanhola.

Em 11 de setembro de 1973 depois de um sangrento golpe de Estado que derrubou o governo socialista de Salvador Allende, subiu ao poder o general Augusto Pinochet, que governou o Chile até março de 1990, quando o país sul-americano retomou o processo democrático. Desde que havia deixado o poder, Pinochet tornou-se senador vitalício sob a nova Constituição chilena de 1980, título que ostentava em outras visitas que fizera à Inglaterra.

Naquela oportunidade, Pinochet foi detido em uma clínica privada quando se submetia a um tratamento de saúde. A prisão provisória do ex-ditador tinha como propósito extraditá-lo para Espanha para ser julgado por ter cometido diversos crimes contra cidadãos espanhóis durante a ditadura chilena (1973-1990). Em 22 de novembro, a justiça espanhola adicionou ao pedido de extradição outros assassinatos, desaparecimentos e tortura. A defesa invocava a imunidade de jurisdição de que gozaria Pinochet com duplo caráter, como ex-chefe de Estado e como senador.<sup>138</sup>

Uma primeira decisão da *High Court* de Londres negou a extradição de Pinochet, reconhecendo assim as imunidades civil e criminal perante os tribunais ingleses. O recurso contra a decisão foi remetido à *House of Lords*, máxima instância judicial britânica.

---

<sup>137</sup> *Apud* MACHADO, *op. cit.*, p. 90.

<sup>138</sup> DE THAN, Claire; SHORTS, Edwin. *International Criminal Law and Human Rights*. London: Sweet & Maxwell, 2003, pp. 54-56.

O primeiro julgamento, realizado em 25 de novembro de 1998, permitia a extradição do ex-ditador para a Espanha; no entanto, foi anulado em razão do questionamento acerca da imparcialidade de *Lord Hoffamn*, que possuía vínculos com a *Amnesty International Charity Ltd*.

Por isso, em um raríssimo acontecimento, a *House of Lords* foi novamente instada a se manifestar. A segunda decisão dos lordes britânicos, de 24 de março de 1999, por seis votos contra um, determinou que o processo de extradição de Pinochet para a Espanha deveria continuar somente em relação as acusações relativas ao crime de tortura e conspiração para torturar, e somente para aqueles cometidos depois que o Reino Unido tivesse assinado a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984). Baseando-se no princípio da dupla tipicidade – fundamental na extradição – a *House of Lords* desconsiderou as outras acusações, já que não eram crimes sob a legislação inglesa ao tempo em foram supostamente cometidos.<sup>139</sup>

No entanto, a extradição acabou denegada pelo ministro do Interior britânico, em março de 2000, por entender que o ex-ditador encontrava-se com seu estado de saúde debilitado, permitindo seu retorno ao Chile.

### **2.2.3 O caso da jurisdição belga para crimes contra a humanidade: Bélgica versus República Democrática do Congo**

O caso da jurisdição belga transcendeu a esfera nacional e acabou sendo alvo de apreciação pela Corte Internacional de Justiça (CIJ).

Em 11 de abril de 2000, um juiz de instrução no Tribunal de 1ª Instância de Bruxelas expediu um mandado de prisão internacional contra Abdulaye Yerodia Ndombasi, ministro de Relações Exteriores da República Democrática do Congo, sob acusação de autoria ou co-autoria de crimes constituindo infrações graves às Convenções de Genebra de 1949 e aos Protocolos Adicionais de 1977, bem como crimes contra a humanidade. Essa ordem de prisão foi transmitida à Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol) que a difundiu no plano internacional.

Os crimes dos quais Yerodia Ndombasi era acusado seriam puníveis na Bélgica sob a égide da lei belga de 16 de junho de 1993 “relativa à repressão das infrações graves às convenções internacionais de Genebra de 12 de agosto de 1949

---

<sup>139</sup> *Idem, ibidem*, p. 57.

e aos Protocolos I e II de 8 de junho de 1977, adicionais a essas convenções”, tal como modificada pela lei de 19 de fevereiro de 1999, “relativa à repressão das violações graves de direito internacional humanitário”.

O Congo demandou à Corte a declarar que a Bélgica deveria anular a ordem de prisão internacional decretada pelo governo europeu. O Congo apresentou, em seu pedido de instauração de procedimentos, dois fundamentos distintos. Sustentava, em primeiro lugar, que a jurisdição universal da Bélgica violava “o princípio segundo o qual um Estado não pode exercer seu poder sobre o território de um outro Estado e do princípio da igualdade soberana entre todos os membros da Organização das Nações Unidas, proclamado no artigo 2, parágrafo 1 da Carta das Nações Unidas”. Aduziu o Congo, em segundo lugar, que a lei belga constituía violação da imunidade diplomática de um ministro de um Estado soberano.

A Corte Internacional de Justiça entendeu que a ordem de prisão e sua difusão no plano internacional constituiriam violações de uma obrigação jurídica da Bélgica em face do Congo ao não reconhecer a imunidade diplomática de que gozava Yerodia Ndombasi em virtude do direito internacional.<sup>140</sup>

A legislação da Bélgica foi em decorrência desta sentença modificada em 2003. De acordo com a nova lei, o exercício jurisdicional extraterritorial apenas pode ser exercido pelos tribunais belgas com base nos princípios da personalidade ativa e passiva. Sendo que, no caso da personalidade ativa, o suposto autor deve ser de nacionalidade belga ou ter na Bélgica sua residência principal. E, no caso da personalidade passiva, a vítima deve ser de nacionalidade belga ou residir “efetivamente, habitualmente e legalmente na Bélgica há, ao menos, três anos”, estatuto que já deverá ter sido adquirido pela vítima no momento dos fatos.<sup>141</sup>

Entre as críticas feitas a essa lei belga, a mais rumorosa foi a de que ela perpetuaria relações de força tipo colonial como as que ligaram Bruxelas à África central, especialmente à atual República Democrática do Congo, durante longos anos. No entanto, as modificações realizadas na legislação autorizam, sob condição, o governo a reenviar as denúncias que possam obstruir sua ação no plano internacional para o país de origem do responsável estrangeiro perseguido na Bélgica em virtude da lei de 1993. O texto prevê, além disso, um procedimento de

---

<sup>140</sup> Caso “Ordem de prisão de 11 de abril de 2000 (República Democrática do Congo v. Bélgica): 2000-2002”. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça e a construção do direito internacional*. Belo Horizonte: O Lutador, 2005, pp. 1248-1258.

<sup>141</sup> MACHADO, *op. cit.*, pp. 95-96.

reenvio ao Tribunal Penal Internacional (TPI) e torna mais rígidas as condições em que os denunciadores sem vínculos com a Bélgica possam fazer denúncias.

#### **2.2.4 O caso da jurisdição espanhola sobre os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra**

O princípio básico de aplicação da lei penal espanhola é o princípio da territorialidade, regulado nos artigos 8.1 CC e 23.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário (LOPJ). Além desse princípio reconhece também a legislação espanhola como complementares o da personalidade ativa (artigo 23.2 LOPJ), o princípio real ou da proteção de interesses (artigo 23.3 LOPJ) e o princípio da justiça universal (artigo 23.4 LOPJ).<sup>142</sup>

Na Espanha, o princípio da jurisdição universal é reconhecido desde 1985 e foi aplicado nos julgados de instrução nºs. 5 e 6 em 1996, no casos “Argentina” e “Chile”, resoluções ratificadas em 1998 pela Sala Penal da *Audiencia Nacional*, como será examinado abaixo<sup>143</sup>. Para Kai Ambos, o recurso ao princípio da jurisdição universal utilizado pela legislação espanhola é necessário porque no caso desse país ibérico não vige o princípio da personalidade passiva – como acontece no caso alemão do §7º do StGB -, isto é, da nacionalidade da vítima. No entendimento do professor alemão, tal lacuna deve ser interpretada por um esquecimento do legislador espanhol, pois, por um lado na Espanha vige o princípio da personalidade ativa, e por outro lado, a competência jurídico-penal aplicável dos tribunais espanhóis corresponde a dos tribunais alemães (artigo 23. 4 da LOPJ com relação ao artigo 6 StGB).<sup>144</sup>

Para o delito de genocídio vige o princípio da jurisdição universal, no que os tribunais espanhóis têm jurisdição em razão do delito, não se levando em consideração a nacionalidade do autor ou da vítima ou o local do fato. Ou seja, esse princípio não está limitado na lei por nenhuma exigência de conexão especial. No caso dos crimes contra a humanidade, apesar das tentativas de incorporação no Código Penal Espanhol de perseguir esse delito sob o princípio da jurisdição

---

<sup>142</sup> GIL, Alicia Gil. Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: RT, 2007, p. 195.

<sup>143</sup> GARZÓN, Baltasar. *Cuento de navidad: es posible un mundo diferente*. Buenos Aires: Universidad Nacional Quilmes, 2002, p. 68.

<sup>144</sup> AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. 2. ed. actual y rev. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, pp. 307-308.

universal, tais esforços não foram concluídos; portanto, os crimes contra a humanidade somente serão processados pelos tribunais espanhóis quando tenham sido cometidos em território espanhol, ou quando apesar de cometido no estrangeiro, o autor tenha nacionalidade espanhola, ou seja funcionário público espanhol e tenha atuado no exercício de suas funções, ou a vítima seja uma autoridade ou um funcionário espanhol, o titular da Coroa, seu consorte, seu sucessor ou o Regente. Em relação com os crimes de guerra, os tribunais espanhóis têm competência, com base no princípio da jurisdição universal, para julgar somente as violações das Convenções de Genebra em virtude do artigo 23.4.alínea “h” da LOPJ e não de todos os crimes de guerra. No que toca ao crime de agressão, ao não estar definido, tampouco há nada previsto na competência dos tribunais espanhóis, mas nos casos em que se possam subsumir dos delitos que comprometam a paz ou a independência do Estado, seriam competentes os tribunais espanhóis pela aplicação do princípio da proteção de interesses.<sup>145</sup>

Essa aplicação do princípio da jurisdição universal pelos tribunais espanhóis gerou, no entanto, situações inusitadas e controvertidas. Entre os processos por crimes internacionais abertos na Espanha com base no genocídio, terrorismo e tortura iniciados na *Audiencia Nacional*, encontram-se os casos “Argentina” e “Chile” (centrado nas figuras dos argentinos Ricardo Miguel Cavallo, Adolfo Scilingo, e dos chilenos Hernán Julio Brady Roche e de Augusto Pinochet). E também em outros países latino-americanos: o caso “Fidel Castro” com base nesses mesmos crimes, mas dessa vez rejeitado pela *Audiencia Nacional* com o argumento de tratar-se de chefe de Estado no cargo, gozando portanto de imunidade segundo o direito internacional consuetudinário – idéia consagrada também no caso Yerodia pela Corte Internacional de Justiça – e no caso “Guatemala” – em que o *Tribunal Supremo* espanhol, sentença de 25 de fevereiro de 2003, exigiu a conexão dos fatos ajuizados com um interesse nacional como elemento legitimador da competência universal nas hipóteses em que tal competência não fora estabelecida em um tratado internacional.

Os tentáculos da jurisdição universal espanhola foram mais longe examinando também os casos “José Couso” e “Tibet”. No primeiro, trata-se da morte de um jornalista espanhol durante a cobertura dos conflitos no Iraque. Em outubro de 2005,

---

<sup>145</sup> GIL, *Jurisdicción de los tribunales españoles...*, pp. 203-206.

iniciou-se o primeiro processo por crimes de guerra cometidos por cidadãos americanos no Iraque, na oportunidade a *Audiencia Nacional* espanhola ditou ordem internacional de busca, captura e detenção a efeitos de extradição contra três militares norte-americanos acusados de crimes de guerra por causar a morte de jornalistas, entre eles o espanhol Couso, durante um ataque ao Hotel Palestina, em Bagdá. Posteriormente, em março de 2006, a Seção Segunda da Sala Penal da *Audiencia Nacional* arquivou o pedido argumentando falta de dolo (erro na identificação do inimigo), o que exclui a qualificação de crime de guerra segundo as Convenções de Genebra e, portanto da jurisdição dos tribunais espanhóis. O caso “Tibet”, em janeiro de 2006, a *Audiencia Nacional* aceitou o pedido para conhecer o delito de genocídio contra a população tibetana imputado a ex-autoridades chinesas. Nessa decisão, a *Audiencia Nacional* argumentou a inatividade da jurisdição chinesa na persecução do delito, estudando a impossibilidade de atuação do Tribunal Penal Internacional por serem os atos anteriores a entrada em vigor do Estatuto de Roma e por não ser a China e tampouco o Tibet parte do mesmo. Portanto, abrindo um novo processo por crimes internacionais junto à jurisdição espanhola.<sup>146</sup>

A legislação espanhola que implementou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Lei Orgânica 15/2003) desencadeou algumas modificações. Para Alicia Gil Gil, o aspecto mais polêmico da lei radica na limitação que introduz à possibilidade de atuação dos juízes e fiscais espanhóis sob o princípio da jurisdição universal. No entendimento da professora espanhola, a redução da capacidade do Poder Judiciário conforme os princípios da jurisdição universal responde “ao desejo do governo de evitar novos casos Pinochet pelos possíveis conflitos diplomáticos que os mesmos possam alcançar”.<sup>147</sup>

### 2.2.5 Reflexões finais: críticas a aplicação do princípio da jurisdição universal

Para o penalista da Columbia Law School, George Fletcher, o princípio da jurisdição universal é imprudente e injusto, visto que há pelo menos três lados da questão que são geralmente esquecidos na análise: primeiro, o lado do acusado, que é quem mais tem a perder no caso de um processo parcial: uma condenação

---

<sup>146</sup> *Idem, ibidem*, pp. 194-195.

<sup>147</sup> GIL, Alicia Gil. Os novos instrumentos de implementação do Estatuto de Tribunal Penal Internacional na Legislação Espanhola. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 238.

injusta, uma indesejável perda de anos na cadeia, e em alguns Estados, até mesmo a perda da vida; segundo, o lado da vítima, o clamor delas não passa necessariamente pela constituição de um tribunal imparcial para os acusados, mas por uma justiça para si próprios e para os outros que sofreram como eles, lembra o professor que “*anything short of perfect justice is called* impunidade”; e, por fim, o lado do Estado, que muitas vezes tem um interesse político na exploração de um tribunal penal, não raro até mesmo pressionando por uma condenação, ou mesmo atuando de maneira parcial, ou seja, perseguindo um dos lados e não dando atenção aos indivíduos do lado oposto.<sup>148</sup>

A questão política<sup>149</sup> também é lembrada por Christine Bakker quando examina a jurisdição universal espanhola no caso “Tibet”, no sentido de que a ausência de qualquer vínculo entre a questão tibetana e o Estado espanhol pode claramente multiplicar decisões políticas sensíveis, o que renderia a criação de procedimentos criminais em alguns assuntos que talvez tornem-se indistinguíveis de posições puramente políticas.<sup>150</sup>

Em sentido oposto, manifesta-se novamente Alicia Gil Gil:

la actuación de los jueces y tribunales españoles en la persecución de crímenes internacionales ha otorgado sin duda un gran impulso al desarrollo del Derecho penal internacional y a la concienciación de la opinión pública internacional contra la impunidad de estos delitos, ha animado a los tribunales de otros países a seguir sus pasos y ha contribuido a su vez a crear un clima favorable a la instauración de la CPI. [...] Los llamados ‘juicios de Madrid’ han constituido, sin duda, junto con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, el principio del Derecho penal internacional moderno.<sup>151</sup>

Ainda que essa última posição mereça destaque, isto é, que o princípio da jurisdição universal tenha exercido um importante papel no fortalecimento dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, especialmente a partir do caso “Pinochet”, a concretização de um Tribunal Penal Internacional permanente e a definitiva consagração do princípio da responsabilidade penal individual na ordem internacional, retiraram a importância da jurisdição universal no âmbito estatal, já

<sup>148</sup> FLETCHER, George P. Against universal jurisdiction. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 3 (2003). Oxford: Oxford University Press, pp. 580-581.

<sup>149</sup> É importante lembrar que as reações da embaixada chinesa em Madri foram no sentido de identificar a decisão da *Audiencia Nacional* uma interferência nos assuntos internos chineses, além de considerar que tal decisão poderia prejudicar as tentativas de se buscar uma saída política para a questão da auto-determinação do Tibet.

<sup>150</sup> BAKKER, Christine. Universal jurisdiction of Spanish Courts over genocide in Tibet: can it work? *Journal of International Criminal Justice*, n. 4 (2006). Oxford: Oxford University Press, p. 600.

<sup>151</sup> GIL, Jurisdicción de los tribunales españoles..., p. 208.

que o estabelecimento de órgãos internacionais de caráter jurisdicional permite uma resposta de toda sociedade internacional, a superação de questões políticas delicadas e a realização de julgamentos justos e imparciais.

Portanto, entendemos que a competência do Tribunal Penal Internacional – em detrimento de eventuais jurisdições nacionais – é preferível para evitar tensões, conflitos e pressões políticas, podendo mesmo dar uma resposta tecnicamente mais justa em questões carregadas de ânimos revanchistas.

### 2.3 JURISDIÇÕES PENAIS INTERNACIONAIS NÃO PERMANENTES: OS TRIBUNAIS AD HOC DAS NAÇÕES UNIDAS

O mundo bipolar impediu durante longos anos maiores avanços no direito internacional penal. As duas superpotências dividiram o globo em esferas econômica, diplomática, militar e ideológica, evitando qualquer tipo de intromissão dentro da área de atuação da outra superpotência. Posteriormente, o processo de *detente* permitiu alguns avanços entre as áreas capitalista e comunista.

Com a implosão da União Soviética e a queda do comunismo no Leste Europeu, alguns analistas mais afoitos declararam a vitória do capitalismo e o “fim da história”. Com a posição fortalecida dos Estados Unidos e o enfraquecimento da Rússia, sucessora da URSS, também as relações dentro do Conselho de Segurança das Nações Unidas tornam-se mais facilitadas.

Uma dessas conseqüências refletiu na possibilidade de criação de dois tribunais penais *ad hoc*, criados mediante resoluções do Conselho de Segurança da ONU, para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, os primeiros tribunais internacionais depois de Nuremberg e Tóquio. O ressurgimento de práticas de “limpeza étnica” que se praticou na antiga Iugoslávia no início da década de 1990 e em Ruanda em meados desses mesmos anos, caracterizando a ocorrência de crimes contra a humanidade e outras sérias violações ao direito internacional humanitário, provocaram a reação da sociedade internacional.

### 2.3.1 O Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para ex-Iugoslávia (ICTY)<sup>152</sup>

#### Introdução histórica

O caso da antiga Iugoslávia está diretamente associado à própria desintegração do bloco comunista. As tensões étnicas e religiosas entre sérvios, croatas, bósnios, eslovenos, montenegrinos, macedônios, kosovares, reprimidas durante o período do partido único autoritário, renascem com o fim do modelo implantado por Josip Broz, o Tito em 1945.

Com o fim da União Soviética e demais países comunistas do Leste Europeu, os diversos grupos nacionais dentro das fronteiras iugoslavas passam a desfraldar bandeiras pró-independência, alegando a impossibilidade de convivência no interior de um mesmo espaço nacional.

Em 1991, a Eslovênia e a Croácia declaram suas independências. Em seguida foi a vez da Macedônia. Já Montenegro decidiu permanecer, por plebiscito, na Iugoslávia.

Em março de 1992 a Bósnia-Hezergovina proclama sua autonomia, após um plebiscito boicotado pela minoria sérvia. Foi o estopim da guerra civil na república da Iugoslávia – agora reduzida apenas a Sérvia e Montenegro –, que oficialmente não participa nos conflitos, mas fornece apoio financeiro e militar às milícias sérvias localizadas na região da Bósnia, conflito que acontece entre os anos 1992-1995, cujo marco mais triste foi o massacre de Srebrenica – onde houve a morte de sete mil pessoas. A guerra na Bósnia é encerrada pelo processo de paz em Dayton/Paris, em novembro deste ano, acordo assinado pelos presidentes Slobodan Milosevic, Franjo Tudjman e Alija Izetbegovic.

Em 1997, Milosevic tornou-se presidente da agora República Federal da Iugoslávia e defrontou-se com o movimento separatista na região do Kosovo, habitado por maioria albanesa. Em janeiro do ano seguinte, os confrontos entre sérvios e guerrilheiros kosovares, reunidos em torno do ELK (Exército de Libertação do Kosovo), se intensificam.

O regime de Milosevic é acusado de recorrentes atrocidades cometidas contra a população insurgente. O “tirano dos Bálcãs”, como ficou conhecido Milosevic, teria liderado os sérvios em operações de “depuração étnica” e genocídio contra os albano-kosovares.

---

<sup>152</sup> O nome oficial e completo em inglês do ICTY é o seguinte: *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of former Yugoslavia since 1991*.

As negociações sob a égide internacional com vistas à regulamentação da crise do Kosovo começaram em 1998, desembocando nas reuniões de Rambouillet e de Paris, em fevereiro e em março de 1999. Segundo a versão oficial, com a negativa das autoridades servo-iugoslavas de não assinarem o texto proposto no final do encontro, ao contrário dos albaneses que firmaram o plano de Rambouillet, a OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte), desencadeou bombardeios aéreos contra o Kosovo e o restante da Sérvia.

A intervenção por parte da OTAN, liderados por americanos e britânicos, para tentar conter a “catástrofe humanitária”, agravou consideravelmente a situação, deflagrando um êxodo maciço de refugiados na região. Os números relativos à “deportação” para fora da província de kosovares, antes dos ataques da OTAN, oscilam bastante, entre um mínimo de 40 mil (versão de Belgrado) e 500 mil (versão oficial da OTAN). Segundo levantamento do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) em quinze meses, 150 mil albaneses teriam fugido de suas aldeias. Número que teria mais que triplicado depois dos reides da OTAN, que pretensamente pretendiam parar com essas expulsões maciças de pessoas.<sup>153</sup>

A guerra no Kosovo só termina com a Resolução 1244 do Conselho de Segurança, que faz do Kosovo uma província da Iugoslávia, sobre protetorado da ONU.

A derrota de Slobodan Milosevic para Vojislav Kostunica nas eleições presidenciais em setembro de 2000, marca uma nova fase para a Iugoslávia, posto que as sanções impostas em 1992 foram levantadas. Mas a liberação de um auxílio financeiro ao país mais consistente ficou condicionada à entrega de Milosevic para o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. A transferência de Milosevic, em flagrante violação constitucional, ocorreu em 21 de junho de 2001.

É interessante frisar que se trata da primeira vez que um Chefe de Estado no poder foi acusado perante um tribunal internacional penal. No entanto, o ICTY sofreu duro golpe com a morte na prisão de Haia de Slobodan Milosevic em março de 2006, segundo laudo oficial de causas naturais em decorrência de grave problema de hipertensão. O ex-ditador enfrentava julgamento desde fevereiro de 2002 por 66 acusações de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio, cometidos

---

<sup>153</sup> VALLE, Alexandre Del. *Guerras contra a Europa*. Rio de Janeiro: Bom Texto, 2003, p. 243.

na Croácia, na Bósnia e na região do Kosovo durante e depois a violenta desintegração em 1990.

#### Instalação e funcionamento

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY), foi criado pela Resolução 827 do Conselho de Segurança da ONU, de 25 de maio de 1993, com fulcro no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Todavia, somente em 1996, o ICTY iniciou de fato seu funcionamento. Com sede em Haia, na Holanda, é o primeiro tribunal internacional para julgar crimes de guerra desde o final da Segunda Guerra Mundial.

Importante observar que ao ICTY cabe exclusivamente o julgamento das pessoas físicas envolvidas, excluídas organizações, partidos políticos, entidades administrativas ou outros sujeitos jurídicos. Convém lembrar também que o ICTY e as cortes nacionais têm jurisdição concorrente sobre as sérias violações ao direito internacional humanitário, todavia, o ICTY pode afirmar primazia sobre as cortes nacionais, assumindo qualquer investigação e outros procedimentos a qualquer momento, desde que seja demonstrado o interesse pela justiça penal internacional.

O Tribunal é composto por dezesseis juízes, eleitos pela Assembléia Geral das Nações Unidas para um mandato de quatro anos, com possibilidade de reeleição. O ICTY está dividido em três câmaras de julgamento e uma de apelação. Também existe um Gabinete do Promotor, chefiado pela suíça Carla Del Ponte.

#### Jurisdição e crimes previstos

O ICTY foi criado, então, com o objetivo de processar e julgar os responsáveis por quatro categorias de crimes: infrações graves às Convenções de Genebra de 1949, violações das leis e costumes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio, cometidos no território da antiga Iugoslávia, a partir de 1º de janeiro de 1991. Essas quatro categorias seriam aquelas consideradas suficientemente reconhecidas como parte do direito internacional costumeiro, para assim não violar o princípio *nullum crimen*.

O Estatuto que criou o ICTY optou por fazer uma distinção entre as violações graves às Convenções de Genebra de 1949 (artigo 2) e as violações das leis ou dos costumes da guerra (artigo 3), diferenciação que não existe no Estatuto de Roma.

No caso do artigo 2, o ICTY está habilitado para processar as pessoas que cometeram ou deram ordens para que se cometessem violações graves às Convenções de Genebra de 1949, dirigidos contra pessoas ou bens jurídicos protegidos, listando uma série de atos: o homicídio voluntário; a tortura ou os tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas; o fato de causar intencionalmente grande sofrimento ou graves danos à integridade física ou à saúde; a destruição ou a apropriação de bens não justificados por necessidades militares ou executadas em grande escala, de forma ilícita e arbitrária; o fato de coagir um prisioneiro de guerra ou um civil a servir nas forças armadas da potência inimiga; o fato de privar um prisioneiro de guerra ou um civil de seu direito a ser julgado de forma normal e imparcial; a expulsão ou a transferência ilegal de um civil ou a sua prisão ilegal; a tomada de civis como reféns.

Já o artigo 3 do Estatuto do ICTY, trata de outras violações das leis ou dos costumes da guerra. Entre os atos listados estão: o uso de armas tóxicas ou outras concebidas com o objetivo de causar sofrimentos inúteis; a destruição, sem motivos, de cidades, vilas e povoações ou a devastação não justificada pelas exigências militares; o ataque ou o bombardeio, por qualquer meio, de cidades, vilas, habitações ou construções sem defesa; o confisco, a destruição ou a danificação deliberada de edifícios consagrados à religião, à beneficência e ao ensino, às artes e às ciências, monumentos históricos, obras de arte e de caráter científico; a pilhagem de bens públicos ou privados.

Para Rachel Kerr, o artigo 3 é essencialmente de “competência residual”, visto que confere jurisdição para atos que não preenchem os requisitos mais estritos das graves violações, seja por causa da natureza do crime, seja porque o ato foi cometido no contexto de um conflito armado interno, e/ou contra a vítima que não está protegida nos termos da Convenção de Genebra. O único critério para a aplicação do artigo 3 é a existência de um conflito armado<sup>154</sup>.

Já o artigo 4 confere jurisdição para o crime de genocídio. De acordo com o parágrafo segundo desse artigo, configura-se o crime de genocídio quando praticados os atos enumerados a seguir com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Os atos são: homicídio de membros do grupo; ofensa grave à integridade física ou mental de membros do

---

<sup>154</sup> KERR, Rachel. *The international criminal tribunal for former Yugoslavia: an exercise in law, politics and diplomacy*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 84-85.

grupo; sujeição intencional do grupo a condições de existência capazes de provocar sua destruição física, total ou parcial; medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; transferência forçada de crianças de um grupo para outro. Enquanto o parágrafo terceiro arrola os seguintes atos: genocídio; conspiração com intenção de genocídio; incitação direta e pública a que se cometa o genocídio; tentativa de genocídio; cumplicidade no genocídio.

Entretanto, para Cynthia Sinatra – que atuou como advogada de defesa no ICTY – a corte internacional é relutante em enquadrar as condutas cometidas no crime de genocídio, ainda que o acusado tenha sido condenado em vários crimes contra a humanidade e múltiplas violações das Convenções de Genebra, mas os atos cometidos e a intenção não correspondem ao crime de genocídio, veja-se por exemplo os casos Bradjanin e Krstic.<sup>155</sup>

O ICTY também tem competência para julgar as pessoas consideradas responsáveis por crimes contra a humanidade, quando cometidos durante um conflito armado, de caráter internacional ou interno, e dirigidos contra qualquer população civil, nos seguintes atos: homicídio, extermínio, escravidão, deportação, prisão, tortura, estupro, perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos e outros atos desumanos, conforme inscrito no artigo 5 do Estatuto que criou o tribunal internacional.

Há uma série de pontos importantes a serem abordados. Primeiro, nota-se que essa listagem de atos não é exaustiva, já que a cláusula final confere jurisdição para “outros atos desumanos”. Segundo, os crimes contra a humanidade são dirigidos contra “qualquer população civil”, não necessariamente contra a sua própria. E, por último, ainda que não traga no *caput* a necessidade de que tais crimes contra a humanidade sejam cometidos como parte de um “ataque sistemático ou generalizado”, o fato foi reconhecido pela jurisprudência da corte como um elemento fundamental do crime.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> SINATRA, Cynthia. The International Criminal Tribunal for former Yugoslavia and the application of genocide. *International Criminal Law Review*. vol. 5 (2005). The Hague: Koninklijke Brill NV, pp. 425-426.

<sup>156</sup> KERR, *op. cit.*, pp. 84-85.

### 2.3.2 O Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda (ICTR)<sup>157</sup>

#### Introdução histórica

O caso de Ruanda também tem suas peculiaridades. Situada na região dos grandes lagos africanos, Ruanda em toda sua formação histórica sempre esteve dividida em duas etnias, os hutus e os tutsis. Mesmo com o domínio dos europeus, primeiramente os alemães e depois os belgas, o território sempre esteve sob o clima de rivalidade entre esses dois povos, tensões tradicionais que também foram exploradas pelo colonizador como meio de controle das populações.

Governado como parte do Congo belga até 1960, Ruanda tornar-se-ia independente somente em 1962, sob a liderança do nacionalismo hutu, que força a saída dos tutsis, que se espalham pelos países vizinhos, especialmente em Uganda e Burundi. Até os anos oitenta o país gozou de relativa estabilidade. Em 1988 os tutsis no exílio se aliaram à dissidência interna – composta inclusive por hutus – formando a Frente Patriótica de Ruanda. Incidentes fronteiriços opondo os dois grupos desestabilizaram o nordeste de Ruanda, em 1990, e voltariam a se produzir em 1993, quando já estavam em curso as negociações patrocinadas pela Organização da União Africana (OUA) e pelo governo tanzaniano que desembocariam no Acordo de Paz de Arusha que, além de prever um cessar-fogo, estabelecia reformulação integrada das forças armadas e partilha do poder.

Em janeiro de 1994 o ditador Juvenal Habyarimana foi confirmado na presidência de Ruanda em consonância com o previsto em Arusha, para por em marcha o processo de transição a ser concluído em um período de dois anos. Em abril, a morte dos chefes de Estado de Ruanda Habyarimana e de Burundi Cyprien Ntaryamira, em uma queda do avião em que viajavam, em um acidente aparentemente provocado, desencadearia uma onda de assassinatos de motivação étnica e indiretamente política, em que morreriam mais de um milhão de pessoas – majoritariamente tutsis ruandeses – deslocando outros três milhões de refugiados para as fronteiras com países vizinhos.

---

<sup>157</sup> O nome oficial e completo em inglês do ICTR é o seguinte: *International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Serious Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January and 31 December 1994.*

### Instalação e funcionamento

Com o precedente criado pelo Tribunal *ad hoc* para a antiga Iugoslávia, o Conselho de Segurança não se podia esquivar de contemplar tratamento análogo para o genocídio em Ruanda. Pela Resolução 955, de 8 de novembro de 1994, o Conselho de Segurança da ONU, novamente invocando o Capítulo VII decidiu criar um Tribunal Internacional para Ruanda (ICTR), que teria o propósito de perseguir as pessoas responsáveis de genocídio da etnia tutsi e de outras sérias violações ao direito internacional humanitário, adotando ainda um Estatuto semelhante ao do Tribunal para a ex-Iugoslávia.

O ICTR tem competência para julgar os crimes cometidos no ano de 1994 unicamente, ainda que a competência territorial se estenda aos crimes cometidos também nos Estados vizinhos (artigo 1). Tal como acontece com o ICTY, o Estatuto do Tribunal de Arusha tem jurisdição concorrente, mas com primazia sobre os tribunais domésticos (artigo 8).

### Jurisdição e crimes previstos

Considerados como gêmeos – entre outros motivos por compartilharem uma Câmara de Apelação comum –, os tribunais *ad hoc* têm sua competência material bastante semelhante, isto é, o ICTR também julga os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e as violações do artigo 3 comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II, já que se tratou de um combate eminentemente interno.

Destacando o crime de genocídio já no artigo 2 do Estatuto, há nítida igualdade entre os dois Estatutos, fazendo-se somente as adaptações necessárias, cuja redação já é uma espécie de fusão dos artigos II e III da Convenção do Genocídio (1948). É interessante destacar que o ICTR foi o primeiro tribunal da história a condenar um indivíduo pelo crime de genocídio, no caso Akayesu<sup>158</sup>.

Além desse caso, diversos outros atos de genocídio foram reconhecidos pelo ICTR durante a sua primeira década de existência, dando uma importante contribuição para a análise do crime e refutando de modo categórico as tentativas de alguns Estados em negar o genocídio em Ruanda, por meio de uma jurisprudência caudalosa elaborada nos seus aspectos essenciais, lançando-se luzes importantes

---

<sup>158</sup> Promotoria *versus* Akayesu (ICTR 96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998.

sobre esse complexo crime, desde a adoção da Convenção do Genocídio em 1948.<sup>159</sup>

No artigo 3 estão previstos os crimes contra humanidade. A redação do *caput* desse artigo traz algumas diferenças importantes ao do artigo 5 do Estatuto do ICTY. Este refere-se a conflitos armados, enquanto o artigo 3 do ICTR não. Dessa forma, no ICTY é preciso provar o nexo entre o crime e o conflito armado, o que não é necessário no ICTR. Um outro elemento distintivo entre os dois artigos é que enquanto no Estatuto do ICTR há a necessidade de que os crimes sejam cometidos como “parte de um ataque, generalizado e sistemático”, o que não consta no ICTY. Uma terceira diferença repousa no fato de que no Estatuto do ICTY o sujeito passivo dos crimes é a população civil, no ICTR é também a população civil, mas “por motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos”.

Já o artigo 4 do Estatuto do ICTR, tem competência para julgar as pessoas que tenham violado ou ordenado a prática de violações graves ao artigo 3 comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II (1977), vítimas da guerra. Essas violações são: atos de violência contra a vida, a saúde ou o bem-estar físico e mental das pessoas, em particular o assassinato, bem como os tratamentos cruéis, tais como a tortura, as mutilações ou qualquer outra forma de sofrimento físico; punições coletivas; tomada de reféns; atos de terrorismo; ultraje à dignidade da pessoa, em especial os tratamentos humilhantes e degradantes, a violação, a prostituição e qualquer outra forma de atentado ao pudor; pilhagem; condenações pronunciadas e execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído, denegando assim todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados; ameaças de prática de qualquer um dos atos supracitados.

### **2.3.3 Reflexões finais: o balanço dos tribunais penais *ad hoc***

Todos esses desenvolvimentos históricos, especialmente os recentes, podem ser vistos como um indicativo da extensão desse novo sistema que se consolida que é o direito internacional penal, que está transformando a ordem jurídica internacional.

---

<sup>159</sup> AKHAVAN, Payam. The crime of genocide in the ICTR jurisprudence. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 3 (2005). Oxford: Oxford University Press, p. 1005.

Tanto o ICTY quanto o ICTR são órgãos subsidiários criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, em virtude dos poderes outorgados pelo Capítulo VII da Carta da ONU. Pela sua própria natureza *ad hoc*, trata-se de entidades temporais destinadas a desaparecer no momento em que finalizem sua missão, ou seja, restabelecer uma paz duradoura nas respectivas regiões através do julgamento daquelas pessoas acusadas de graves violações ao direito internacional humanitário.<sup>160</sup>

Nesse sentido é importante lembrar que o Conselho de Segurança das Nações Unidas já decidiu que os trabalhos das câmaras de julgamento do ICTY deverão se encerrar em 2008 e todas as demais atividades até 2010, recomendando também que todo trabalho inacabado seja transferido as jurisdições nacionais competentes. (UN Docs. S/RES/1503 (2003) e S/RES/1534 (2004)).

#### 2.4 JURISDIÇÕES PENAIIS MISTAS: OS CASOS DE SERRA LEOA, KOSOVO, TIMOR LESTE E CAMBOJA

O estabelecimento dos dois tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda em 1993 e 1994 foi o estopim para uma proliferação de outras jurisdições penais internacionais. Nesse estágio examinar-se-ão os tribunais penais internacionais de segunda geração ou tribunais mistos, já que contam com a participação internacional e também nacional.

Na década que se seguiu ao surgimento desses dois primeiros tribunais criados no âmbito das Nações Unidas, apareceu também um número considerável de Estados resultantes de processos de guerras civis de extrema brutalidade, em que o genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra foram praticados em escala massiva, solicitando das Nações Unidas a criação de jurisdições similares nos seus próprios territórios.

Com o seu sistema de justiça completamente esfacelado ou sem as mínimas condições judiciais e administrativas de levarem adiante um procedimento dessa envergadura, esses países duramente atingidos pelos conflitos solicitaram assistência técnica e financeira das Nações Unidas na condução desse complexo de perseguições, as quais os países sozinhos seriam incapazes ou impossibilitados politicamente de continuar. No desejo de colocar um fim a um histórico ciclo de

---

<sup>160</sup> VILLALPANDO, *op. cit.*, p. 287.

impunidade, esses Estados também estavam motivados por interesses políticos em perseguir inimigos do governo colocando, de certa forma, um rótulo de legitimidade internacional sobre os processos.<sup>161</sup>

No entanto, o Conselho de Segurança das Nações Unidas estava relutante em criar outros órgãos jurisdicionais internacionais, cuja estrutura administrativa, lentidão e custos procedimentais poderiam onerar ainda mais as já pesadas contribuições dos Estados-membros da Organização. Com isso, a possibilidade surgiu por meio do Secretariado das Nações Unidas em desenvolver um modelo similar na forma, substância e legitimidade internacional ao dos tribunais *ad hoc*, mas agora com uma visão de justiça mais próxima da do Estado, com a escolha de seus meios para alcançá-la e seus encargos – pelo menos em parte – do processo judicial.<sup>162</sup>

#### 2.4.1 O Tribunal Especial para Serra Leoa (*Special Court for Sierra Leone*)

##### Introdução histórica

A partir de março de 1991 Serra Leoa – situada na costa oeste africana – mergulhou numa guerra civil caracterizada por uma violência massiva e desenfreada, entre o governo e a Frente Revolucionária Unida (RUF), que durou oito anos, até a assinatura do Acordo de Paz, celebrado em Lomé, em 7 de julho de 1999.

O novo governo eleito do presidente Ahmed Tejan Kabbah ratificou o Estatuto que criou o TPI em setembro de 2000, e conjuntamente manifestou interesse de que o Conselho de Segurança das Nações Unidas criasse um tribunal penal para Serra Leoa ou ampliasse a competência territorial do ICTR para seu território.

No entanto, essa nova corte penal internacional não foi criada por uma resolução do Conselho de Segurança – como foi o ICTY e o ICTR – mas por um acordo assinado entre a ONU e o governo de Serra Leoa, em Freetown em 16 de janeiro de 2002. A troca de instrumentos entre as partes que permitiu a entrada em vigor do acordo aconteceu em 16 de abril desse mesmo ano.

---

<sup>161</sup> SHRAGA, Daphna. The second generation UN-Based Tribunals: a diversity of mixed jurisdictions. In: ROMANO, Cesare; NOLLKAEMPER, André; KLEFFNER, Jann (eds.). *Internationalized criminal courts and tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*. Oxford: Oxford University Press, p. 15.

<sup>162</sup> *Idem, ibidem*, p. 16.

Esse tratado entre a ONU e Serra Leoa é mais um novo modelo de persecução supranacional dos crimes internacionais mais graves – genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra – em situações de pós-conflito, combinando leis e mecanismos internos e internacionais na busca de um procedimento legal justo que contribua para a paz e reconciliação.<sup>163</sup>

#### Instalação e funcionamento

O Tribunal Especial para Serra Leoa (TESL) é um novo tipo de jurisdição penal internacional, já que se trata de um tribunal misto ou internacionalizado, que “está habilitado para julgar as pessoas que tiveram grande responsabilidade pelas sérias violações do direito internacional humanitário e das leis de Serra Leoa cometidas no território de Serra Leoa desde 30 de novembro de 1996” (artigo 1).

O TESL diferencia-se do ICTY e do ICTR pelo fato de ter uma natureza híbrida única, isto é, é um tribunal nacional-internacional, permitindo um segundo elemento distintivo: o fato de localizar-se no próprio país onde ocorreu o conflito, tem também o poder de processar crimes cometidos sob o direito nacional e também sob o direito internacional, e por fim, tem como alvo principal processar pessoas que tiveram “grande responsabilidade” pelos crimes cometidos durante a Guerra Civil em Serra Leoa. Possui ainda um Comitê de Gerenciamento (*Management Committee*) que supervisiona questões orçamentárias e administrativas. Além de contar com o endosso pleno do governo de Serra Leoa.

O Estatuto e o Regulamento Processual se aproximam muito daqueles do ICTY e do ICTR. Mas, enquanto os dois são gêmeos siameses, ligados pela mesma cabeça, no caso, uma Câmara de Apelação comum, o Tribunal Especial é primo desses tribunais e, um primo pobre.<sup>164</sup>

O TESL poderá ter jurisdição concorrente com as cortes nacionais; mas em qualquer grau em que isso ocorra será requerido que o tribunal nacional defira a

---

<sup>163</sup> JONES, John R. W. D.; POWLES, Steven. *International Criminal Practice: The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, The International Criminal Tribunal for Rwanda, The International Criminal Court, The Special Court for Sierra Leone; The East Timor Special Panel for Serious Crimes, War Crimes Prosecutions in Kosovo*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 21.

<sup>164</sup> O orçamento do TESL para os anos 2003-2004 foi de US\$ 35 milhões contanto com um pessoal de 260 indivíduos. Enquanto o ICTY contava com 1200 pessoas trabalhando e um orçamento de US\$ 120 milhões e o ICTR com 1000 pessoas trabalhando e um orçamento de US\$ 110 milhões, e o TPI com pessoal de 260 indivíduos e um orçamento de US\$ 100 milhões. JONES, John R. W. D *et alii*. The Special Court for Sierra Leone: a defence perspective. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 2 (2004). Oxford: Oxford University Press, p. 212.

competência a favor do Tribunal Especial para Serra Leoa, conforme atesta o artigo 8 do Estatuto. É importante lembrar também que o princípio *non bis in idem* será respeitado pelo TESL (artigo 9).

#### Jurisdição e crimes previstos

No tocante à jurisdição material, de acordo com o artigo 2 serão perseguidos os crimes contra a humanidade – muito semelhante ao artigo 5 do ICTY e ao artigo 3 do ICTR. A definição desse crime diz que a prática de tais atos é “parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil”, bem como o artigo 7 do Estatuto de Roma, mas ao contrário do Estatuto que criou o TPI, não requer “conhecimento de tal ataque”. Os crimes contra a humanidade no TESL vão no sentido de que não necessitam de conexão com um crime de guerra.

No artigo 3 está previsto o crime às violações ao artigo 3 comum das Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II, bem como outras sérias violações do direito internacional humanitário (artigo 4), ambos com correspondência ao artigo 4 do Estatuto do ICTY.

E, por fim, no artigo 5 prevê a punição dos crimes sob o direito de Serra Leoa, tais como: ofensas relativas ao abuso de meninas sob a Lei de Proteção contra crueldade cometidas contra crianças de 1926 (abuso de menina menor de 13 anos, ou entre 13 e 14 anos; abdução de meninas para fins imorais) e ofensas relativas às destruições negligentes de propriedade sob a Lei do Dano Doloso de 1861 (colocar fogo em residências ou a prédios públicos ou não).<sup>165</sup>

Ao contrário de outros tribunais penais internacionais, o TESL não traz previsão no sentido de perseguir o crime de genocídio.

#### **2.4.2 Persecução dos crimes étnicos e de guerra e outros sérios crimes durante o período de administração das Nações Unidas no Kosovo: o sistema judicial da UNMIK**

##### Introdução histórica

No contexto dos conflitos armados no território da antiga Iugoslávia, os combates na província separatista do Kosovo tomaram uma dimensão própria, em

<sup>165</sup> *Offences relating to the abuse of girls under the Prevention of Cruelty to Children Act, 1926; Offences relating to the wanton destruction of property under the Malicious Damage Act, 1861.* JONES; POWLES, *op. cit.*, p. 23.

grande parte devido ao caráter étnico, já que 90% da população é de origem albanesa.

Ainda que formalmente pertença à Sérvia, a província do Kosovo passou a ser protetorado internacional após o acordo assinado em Dayton em 1999. Uma força de paz estrangeira a KFOR (*Kosovo Force*), assumiu o controle militar do território. A administração da província está a cargo da UNMIK (*United Nations Mission in Kosovo*), uma missão de manutenção de paz das Nações Unidas. A KFOR, da OTAN, desempenha tarefas militares, tais como: observação do cessar-fogo, a retirada das forças militares e para-militares e a desmilitarização do Exército de Libertação Nacional. Já a UNMIK está encarregada das tarefas de *peacebuilding* pós-conflito, criando as condições para a definição do estatuto permanente do Kosovo.<sup>166</sup>

Uma das tarefas da UNMIK é no sentido de construir um aparato judiciário multiétnico, independente e imparcial, através da intervenção das Nações Unidas. Isso foi encaminhado pelos Regulamentos 1999/24 e 2001/9, da UNMIK; ao contrário dos demais tribunais internacionalizados, não se constituiu ainda um tribunal, um painel ou uma câmara permanente, mas simplesmente incorporou magistrados internacionais ao sistema judicial nacional para cada caso em especial.<sup>167</sup>

#### Instalação e funcionamento

A questão de se constituir um tribunal de características mistas para o Kosovo apresenta uma série de dificuldades adicionais, já que a competência territorial do ICTY cobre os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos no Kosovo. No entanto, a extensão de tais distúrbios no Kosovo tornou necessário que também os tribunais kosovares exerçam certa atuação nestes crimes.

As tensões étnicas entre albano-kosovares e sérvios demonstram que é necessário a intervenção internacional nos procedimentos locais de julgamento. Assim, o sistema judicial do Kosovo, sob a administração temporária das Nações

---

<sup>166</sup> PINTO, Maria do Céu. *As Nações Unidas e a manutenção da paz: e as atividades de peacekeeping* doutras Organizações Internacionais. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 281-282.

<sup>167</sup> CERONE, John; BALDWIN, Clive. Explaining and evaluating the UNMIK court system. In: ROMANO, Cesare; NOLLKAEMPER, André; KLEFFNER, Jann (eds.). *Internationalized criminal courts and tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*. Oxford: Oxford University Press, p. 42.

Unidas, apresenta um esforço adicional da justiça penal internacional além do estabelecimento do ICTY, permitindo a persecução dos mais sérios crimes internacionais tanto por órgãos locais como pela comunidade internacional, dentro de uma moldura imposta pela missão da ONU.

#### Jurisdição e crimes internacionais

Em contraste com os outros tribunais mistos, as Câmaras criadas para o Kosovo pela UNMIK, têm jurisdição somente sobre os crimes do direito doméstico, ainda que esse direito doméstico aplicável tenha também incorporado em suas normas os crimes internacionais. Entre os crimes previstos encontram-se: delitos contra a segurança e a ordem pública, incluindo-se delitos graves como homicídio, estupro, seqüestro, incêndios provocados ou crimes de guerra.

A possibilidade de se criar uma corte especial para o Kosovo para julgar crimes étnicos e de guerra chegou a ser levantada, mas não foi implementada. Em parte pela recusa de advogados sérvios em participar e também por parte dos advogados albaneses – previamente excluídos, mas posteriormente aceitos – não terem experiência, e pela flagrante parcialidade. Assim, a UNMIK adotou uma série de resoluções adicionando juízes e promotores na cortes domésticas, primeiro somente em Mitrovica, depois em todas as cortes distritais do Kosovo<sup>168</sup>. Encontram-se juízes e promotores internacionais em todas as cinco cortes distritais, na Suprema Corte e no Gabinete do Procurador Público do Kosovo.

#### **2.4.3 O Painel dos Graves Crimes nos Tribunais do Distrito de Dili: Timor Leste (*The Serious Crimes Panel of the Dili District of Court*)**

##### Introdução histórica

Em dezembro de 1975 a Indonésia invadiu o Timor Leste, território ainda sob o controle de Portugal, mas que já iniciara um processo de independência e auto-determinação. Posteriormente, a Indonésia anexou o Timor Leste, tornando-o sua vigésima sétima província, mesmo sob protestos internacionais e de decisão do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Calcula-se que durante a ocupação tenham morrido 200 mil habitantes da ilha.

---

<sup>168</sup> NOUWEN, Sarah M. H. "Hybrid Courts": the hybrid category of a new type of international crimes courts. vol. 2, n. 2 (2006). Utrecht: Utrecht Law Review, pp. 197-198.

A renúncia do presidente indonésio Suharto em 1998 abriu a possibilidade para o diálogo com os separatistas timorenses, permitindo a realização de um plebiscito para decidir o destino do Timor Leste. Em 30 de agosto de 1999, com cerca de 78,5% de votos favoráveis à independência, derrotaram a proposta de autonomia dentro da federação indonésia. Em poucas horas, as milícias descontentes com o resultado – com apoio de militares indonésios –, lançaram um verdadeiro massacre, ocasionado centenas de mortes, estupros, desaparecimentos, tortura, deslocamentos e uma destruição sistemática das propriedades.

Em setembro de 1999, o governo indonésio consentiu com a intervenção internacional e permitiu a presença da INTERFET, força multinacional liderada pelos australianos, sob a autoridade da Resolução 1264, de 15 de setembro de 1999, do Conselho de Segurança<sup>169</sup>. Em outubro de 1999, o parlamento indonésio ratificou os resultados do plebiscito e cedeu o controle do território para as Nações Unidas. Nesse mesmo dia, o Conselho de Segurança criou a UNTAET (*United Nations Transitional Administration in East Timor*). Uma das missões da UNTAET, *inter alia*, é apoiar o império da lei e desenvolver instituições que possibilitem a sua manutenção.<sup>170</sup>

#### Instalação e funcionamento

Como consequência dos trágicos eventos de agosto/setembro, a infra-estrutura do Timor Leste ficou arruinada, incluindo-se seu sistema legal. O Regulamento 2000/11 criou o aparato judicial do Timor Leste, com uma série de cortes distritais e um tribunal de apelação em Dili.

Por meio do Regulamento 2000/15 foi criado o primeiro Painel para Crimes Graves no Tribunal de Dili, constituído por dois juízes internacionais e um timorense. Ainda de acordo com esse regulamento a lei a ser aplicada é a do Timor Leste – conforme promulgada pelo Regulamento 1999/1 da UNTAET –, além de outros regulamentos subseqüentes no que seja apropriado, tratados e reconhecidos princípios e normas do direito internacional, incluindo os princípios estabelecidos pelo direito internacional dos conflitos armados. A maioria das definições e princípios

---

<sup>169</sup> *Idem, ibidem*, p. 175.

<sup>170</sup> JONES; POWLES, *op. cit.*, p. 30.

do direito internacional penal inseridas no Regulamento 2000/15, são reflexos de dispositivos do Estatuto que criou o Tribunal Penal Internacional.<sup>171</sup>

#### Jurisdição e crimes

De acordo com a Seção 10 do Regulamento 2000/11, a jurisdição dos Painéis está reservada aos “crimes graves”. Estes são descritos como: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, homicídio, delitos sexuais e tortura. A jurisdição sobre os crimes de homicídio, delitos sexuais e tortura ficaram limitados temporalmente àqueles cometidos entre 1º de janeiro e 25 de outubro de 1999.

No dia 20 de maio de 2005, o mandato dos Painéis Especiais foi concluído e finalizaram seus juízos. Foram 84 condenações e somente três absolvições.

#### 2.4.4 Câmaras Extraordinárias nos Tribunais do Camboja (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*)

##### Introdução histórica

O período da história cambojana de 1975 a 1979 é considerado como um dos períodos mais negros em termos de violações dos direitos humanos da história moderna. Algumas estimativas apontam para um número de mortos entre 1,5 e 1,7 milhão de mortos durante o período do *Khmer Rouge*, o que representaria vinte por cento da população do país antes da ascensão do regime sanguinário de Pol Pot.

Em maio de 2003 depois de longas negociações, as Nações Unidas e o governo do Camboja assinaram um acordo em que a ONU daria assistência no estabelecimento e funcionamento de Câmaras Extraordinárias dentro da estrutura dos tribunais domésticos cambojanos. Esse acordo entre as partes é reflexo, de certa maneira, do compromisso de evitar a impunidade e de preservar a soberania desse país do sudoeste asiático.

##### Instalação e funcionamento

As Câmaras Extraordinárias também fazem parte dos tribunais híbridos, em que tanto o aparato como o direito aplicável são uma mistura do direito internacional e do direito doméstico, no entanto, as Câmaras Extraordinárias têm algumas

---

<sup>171</sup> *Idem, ibidem*, p. 31.

peculiaridades. Apesar da Assembléia Geral das Nações Unidas ter previamente aprovado a assinatura do acordo (Resolução 57/225B), este documento não dá a fundamentação legal a estas câmaras, ao contrário dos demais tribunais vistos acima, mas uma lei interna do Camboja. O acordo somente provem os termos em que dar-se-á a assistência e cooperação das Nações Unidas no funcionamento do tribunal.<sup>172</sup>

A jurisdição *ratione temporae* das Câmaras Extraordinárias ficou restrita ao período em que o Kampuchea Democrático esteve no poder, ou seja, de 17 de abril de 1975 a 6 de janeiro de 1979. A recomendação é no sentido de que as Câmaras exercitem sua jurisdição somente sobre os líderes do *Khmer Rouge* e os “maiores responsáveis” pelos crimes cometidos. Dessa forma, exclui-se muitos dos criminosos de nível inferior nos processos, reflexo das limitações orçamentárias das Câmaras.

As Câmaras Extraordinárias contam com uma Câmara de Julgamento e uma Câmara de Suprema Corte, a primeira composta por três juízes cambojanos e dois internacionais, e a segunda por quatro juízes cambojanos e três juízes internacionais. Apesar de contar com a maioria, a Lei Especial adotou o critério da “super maioria”, em que as decisões precisam dos votos afirmativos da maioria dos juízes mais um, assegurando dessa forma que as decisões precisam contar com pelo menos um voto de um juiz internacional.<sup>173</sup>

#### Jurisdição e crimes previstos

A jurisdição material das Câmaras Extraordinárias é uma composição tanto de ofensas ao direito internacional humanitário quanto ao direito penal cambojano. Portanto, a jurisdição ficará restrita aos crimes de genocídio, no sentido da Convenção do Genocídio – ainda que seja difícil como aponta Sarah Williams demonstrar tal prática contra uma população em geral –, crimes contra a humanidade, as graves violações das Convenções de Genebra de 1949, a destruição de produções culturais durante o conflito, nas circunstâncias proibidas pela Convenção de Haia para a Proteção da Propriedade Cultural no Caso de um Conflito Armado (1954), e os crimes cometidos contra as pessoas protegidas

---

<sup>172</sup> WILLIAMS, Sarah. Genocide: the Cambodian experience. *International Criminal Law Review*, vol. 5 (2005). The Hague: Koninklijke Brill NV, p. 457.

<sup>173</sup> *Idem, ibidem*, pp. 459-460.

internacionalmente de acordo com a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961). Além disso, as Câmaras terão jurisdição sobre os crimes de homicídio, tortura e perseguições religiosas previstos no Código Penal do Camboja de 1956.<sup>174</sup>

Além dessas dificuldades em combinar o direito internacional e o direito interno cambojano, lembra Göram Sluiter que também nos aspectos procedimentais alguns problemas poderão surgir, já que o sistema processual do Camboja é de características do sistema romano-germânico (*civil law*), o que difere de maneira substancial dos procedimentos praticados nos outros tribunais como o ICTY, ICTR e TESL. A questão que se coloca é se esses procedimentos orientados pelo *civil law* serão compatíveis com as características muito peculiares praticadas nos processos internacionais que julgam os crimes internacionais.<sup>175</sup>

#### **2.4.5 Reflexões finais: os resultados dos tribunais mistos ou internacionalizados**

Procurou-se identificar algumas diferenças e similitudes entre estes, especialmente no âmbito da competência material desses tribunais internacionalizados.

O que se percebe na análise desse sub-capítulo é que, apesar da criação de um Tribunal Penal Internacional em caráter permanente, houve nos últimos anos uma multiplicação significativa de órgãos judiciais no âmbito do direito internacional penal. Isso se deve em grande parte às exigências políticas e/ou às circunstâncias peculiares de algumas situações, que necessitaram do estabelecimento de sistemas de justiça penal específicos.

A razão do estabelecimento desses tribunais internacionalizados são várias. Para Geert-Jan Knoops as duas mais relevantes são as seguintes: (i) todas essas cortes foram originadas de conflitos armados ou de combates civis, no contexto em que crimes sérios, de maneira generalizada foram cometidos. A instalação desses tribunais foram vistos como resposta para esses graves crimes, ao invés de endossar processos de reconciliação nacional. Claramente criados como mais uma ferramenta dos processos de reconstrução do país, e também como uma via para a

---

<sup>174</sup> JONES; POWLES, *op. cit.*, p. 35.

<sup>175</sup> SLUITER, Göram. Due process and criminal procedure in the Cambodian Extraordinary Chambers. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 4 (2006). Oxford: Oxford University Press, p. 322.

restauração da paz e da segurança nacional; (ii) conflitos internos armados conjugados com disputas étnicas e políticas são normalmente acompanhadas da destruição do sistema judicial, como no caso do Timor Leste e de Serra Leoa. Devido a esse desmoronamento do sistema judicial ficaram inviabilizados os julgamentos independentes e imparciais, como no caso do Camboja. Ou mesmo há obstáculos colocados pela própria população civil, razão pela qual surgiram os Regulamentos 2000/11 e 2000/15 das Nações Unidas para o Kosovo.<sup>176</sup>

Entre as principais diferenças entre esses tribunais podem-se citar as distintas motivações históricas que permitiram sua criação e as bases legais peculiares de cada um. Entre os elementos de semelhança o principal traço é o seu caráter híbrido, ou seja, a mistura do nacional e do internacional; mas também o local onde ocorrem as atividades, ou seja, nos próprios países – ao contrário do ICTY e do ICTR –; o envolvimento das Nações Unidas; a natureza *ad hoc*; a cooperação não compulsória de outros Estados; a ausência de contribuições compulsórias – como ocorre no caso do ICTY e do ICTR por parte dos Estados-membros das Nações Unidas e do TPI por parte dos Estados que ratificaram o Estatuto de Roma –, ainda que no caso dos tribunais do Kosovo e do Timor Leste, o projeto de reconstrução do sistema judiciário nessas localidades contem parcialmente com fundos das administrações locais da Nações Unidas e também com recursos financeiros locais.<sup>177</sup>

Nesses aspectos, a criação desses tribunais internacionalizados pode ser vistas como instrumentos de restauração da paz e da segurança nacionais, com potencial para contribuir para a paz e a segurança no nível internacional.

## 2.5 JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE: A CONCRETIZAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Em razão da relevância temática, ou seja, ser o Tribunal Penal Internacional o cerne desta tese, esta importante corte internacional merece uma análise histórica um pouco mais detalhada. Deixando-se de lado, neste momento, a questão da jurisdição e dos crimes previstos para exame posterior.

---

<sup>176</sup> KNOOPS, Geert-Jan Alexander. International and Internationalized Criminal Courts: the new face of international peace and security? *International Criminal Law Review*. vol. 4 (2004). The Hague: Koninklijke Brill NV, pp. 537-538.

<sup>177</sup> NOUWEN, *op. cit.*, pp. 193-212.

Como visto nos itens anteriores, as jurisdições penais internacionais têm, além de diversos modos de atuação, também uma evolução histórica bastante particular para cada caso. Para a constituição de uma jurisdição penal internacional permanente isso não é diferente, ou seja, é de certa forma resultado de iniciativas anteriores, mas não propriamente um herdeiro direto dos mesmos.

Assim, pode-se dizer que os Tribunais Militares de Nuremberg e de Tóquio são decorrentes de uma idéia surgida dos acontecimentos da Primeira Guerra Mundial. No período entre guerras a Associação Internacional de Direito Penal sustentou a tese através de estudos de Vespasian V. Pella, Henri Donnedieu de Vabres, entre outros. Com os horrores sem precedentes da Segunda Guerra Mundial, a necessidade da constituição dos referidos tribunais tornou-se mais premente.

A oportunidade histórica de se desenvolver projetos que rumassem a um tribunal penal internacional em caráter permanente foi perdida com o final da Segunda Guerra, assim como o fora também no término do primeiro grande conflito. A Guerra Fria que se sucedeu impossibilitou a renovação de esforços. Mas, como ver-se-á em seguida, muitos estudiosos continuaram debruçados sobre o tema. Por isso, quando a oportunidade histórica surgiu para a concretização de um tribunal penal permanente, o projeto já existia, necessitando de evidentes aperfeiçoamento jurídicos e políticos. Porém, repita-se, as principais idéias debatidas na Conferência Diplomática de Roma não surgiram naquele momento como sugerido por alguns, e sim de um esforço de abnegados que tornou possível – pelos trabalhos de uma vida toda – o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. Com o fim de demonstrar tal ponto, a evolução histórica dessa jurisdição penal internacional permanente será dividida nas três partes subseqüentes.

#### **2.5.1 Os esforços na constituição de um tribunal penal internacional: 1937-1989**

Os esforços na criação de uma corte penal internacional em caráter permanente começaram no âmbito da Liga das Nações e continuaram nas Nações Unidas. As energias empenhadas dentro da Liga das Nações estiveram diretamente ligadas a uma corte penal internacional permanente cuja jurisdição estaria limitada somente ao previsto na Convenção contra o Terrorismo de 1937 – o protocolo desta

Convenção trazia inclusive um estatuto de um tribunal penal internacional<sup>178</sup> –, todavia, tais intenções desafortunadamente falharam em grande parte pela crise mundial da época que se alastrou do começo da Guerra Civil Espanhola, passando pela invasão italiana da Abissínia até a política agressiva da Alemanha que culminaram com a Segunda Guerra Mundial.<sup>179</sup>

As atitudes da ONU também foram no sentido de criar uma corte penal internacional permanente. Tais diligências por parte do novo organismo internacional podem ser traçados em dois sentidos: a codificação dos crimes internacionais e a elaboração de um projeto de estatuto para o estabelecimento de uma corte penal internacional.

Curiosamente, lembra Bassiouni, a evolução desses dois caminhos separados, seria pela lógica que fossem integrados, mas a história desses dois percursos revela que houve uma deliberada falta de vontade política das principais potências em uní-los em um projeto conjunto. Isso fica bastante evidente nos cursos separados que as instituições da ONU tomaram entre 1947 e 1998.<sup>180</sup>

Em 1947, a Assembléia Geral solicitou do Comitê das Nações Unidas para Promover a Codificação e o Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional<sup>181</sup> – predecessor da atual Comissão de Direito Internacional (CDI) – que: (i) formulasse princípios do direito internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e no julgamento por parte do Tribunal; (ii) preparasse um projeto de código de delitos contra a paz e a segurança da humanidade, indicando de maneira clara a posição a ser acordada aos princípios mencionados no sub-parágrafo acima.

Em 1949, seguindo a orientação dada pela AGNU, a CDI começou seus trabalhos nesse sentido. Foi formado um subcomitê e indicado um relator para preparar o Projeto de Código de Delitos contra a Paz e a Segurança da Humanidade (*Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind*). Posteriormente, o título foi mudado em 1988 para Projeto de Código de Crimes

---

<sup>178</sup> Somente a Índia ratificou esta Convenção, que nunca entrou em vigor.

<sup>179</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Draft Statute International Tribunal*. 2. ed. Toulouse: Èrès, 1993. (Nouvelles Études Pénales, n. 10), p. 281.

<sup>180</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. Historical survey: 1919-1998. In: BASSIOUNI, M. Cherif (compiled). *The Statute of the International Criminal Court: a documentary history*. Ardsley: Transnational Publishers, 1998, p. 11.

<sup>181</sup> Organismo criado pela Resolução 94 (I) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 11 de dezembro de 1946. Composto por representantes de dezessete Estados: Argentina, Austrália, Brasil, China, Colômbia, Egito, França, Índia, Iugoslávia, Países Baixos, Reino Unido, Estados Unidos, Suécia, União Soviética e Venezuela.

contra a Paz e a Segurança da Humanidade (*Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*).<sup>182</sup>

Já para projeto de um tribunal, a CDI recomendou a constituição de uma jurisdição internacional com as seguintes características: (i) a instituição de uma câmara penal na Corte Internacional de Justiça, que teria competência sobre crimes contra a paz e contra a humanidade; (ii) uma Corte Penal Extraordinária de Justiça, que teria competência para julgar os crimes internacionais que deveriam ser castigados ainda quando fossem cometidos em tempos de paz, os crimes de guerra e todos os delitos de direito comum, conexos aos dos crimes contra a humanidade, cometidos por Chefes de Estados.<sup>183</sup>

O primeiro projeto surgiu em 1951, sendo revisto tal projeto em 1953. No final, a Assembléia Geral, basicamente por motivações políticas variadas, decidiu postergar o tratamento de ambas as versões, achando necessário primeiro considerar os trabalhos da CDI a respeito do projeto de Código de Delitos (*Draft Code of Offences*), que ainda não haviam sido concluídos.

Em 1954, a CDI aprovou o projeto de Código de Delitos (*Draft Code of Offences*), que consistia de cinco artigos listando treze crimes internacionais. Mas, o projeto foi colocado de lado até que a “agressão” fosse definida, isso porque em 1950 a Assembléia Geral removeu a “agressão” do mandato da CDI ao elaborar o projeto de Código de Delitos (*Draft Code of Offences*), e deu a missão a um Comitê Especial da própria AGNU. O Comitê Especial teve seu mandato renovado para 1952 e posteriormente para 1954, e precisou de vinte anos para definir “agressão”.<sup>184</sup>

Quando a Assembléia Geral adotou, em 14 de dezembro de 1974, a Resolução 3314 (XXIX), que estabelece a definição de agressão, a CDI esteve novamente apta para continuar seus trabalhos de codificação do direito internacional penal. Mas, entre 1974 e 1978 a AGNU não tratou do projeto de Código de Delitos.

Em 1978, em decorrência da pressão de vários governos e de organizações não-governamentais, a AGNU colocou o tema de volta na pauta, submetendo por fim o projeto de Código de Delitos (*Draft Code of Offences*) às observações dos Estados

---

<sup>182</sup> BASSIOUNI, *Historical survey...*, pp. 12-13.

<sup>183</sup> GRAMAJO, *op. cit.*, pp. 77-78.

<sup>184</sup> Na verdade foram quatro comitês que debateram a definição de “agressão”. O último comitê terminou seus trabalhos em 1974, vinte anos depois de ser encarregado da tarefa, quando finalmente definiu “agressão”.

e, em 1981, mediante Resolução 36/106, convidou a CDI a retomar seus trabalhos.<sup>185</sup>

Em 1982, um novo relator produziu seu primeiro relatório sobre o projeto de Código de Delitos. Ainda que considerando a lista de 1954 como um ponto de partida que estabelecia uma série de generalidades sobre o direito internacional penal, responsabilidade individual e estatal e outras observações sobre os eventuais conteúdos do projeto, como afirma o próprio Bassiouni: “o novo relator estava começando seu trabalho sobre o projeto *ab initio*, e levou até 1991 a produzir o que seria no seu entendimento o texto final”. Mas, devido às críticas de governos e outros estudiosos, o texto foi novamente revisado e adotado pela CDI somente em 1996.<sup>186</sup>

Como resumo dos fatos acima relatados, percebe-se que a AGNU deu mandato para que a CDI preparasse o Projeto de Código de Delitos (*Draft Code of Offences*), mas também deu mandato para um Comitê Especial para que preparasse um projeto de Estatuto para uma Corte Penal Internacional (*Draft Statute*). O Comitê preparou o Projeto de Estatuto em 1951 e revisto em 1953, sendo colocado de lado neste ano porque o Projeto de Código de Delitos não estava completo, quando ficou em 1954, o Projeto de Código de Delitos foi então colocado de lado pela falta de consenso em torno da definição de agressão, cuja acepção havia sido confiada a outro órgão, que não concluiu seus trabalhos até 1974. Percebe-se, então, que era fácil para a AGNU colocar de lado sucessivamente os projetos apresentados, porque um ou outro não estava pronto.

Esta falta de sincronização não era de todo fortuita, lembra o relator Bassiouni, era por vontade política em postergar o estabelecimento de uma corte penal internacional, visto que naquela época o mundo estava dividido em dois pólos antagônicos e o risco de uma guerra de proporções catastróficas não era de todo inexistente.<sup>187</sup>

### 2.5.2 O período 1989-1998

Em duas oportunidades durante a Guerra Fria, a sociedade internacional alcançou certo consenso para fazer referência a uma jurisdição penal internacional:

---

<sup>185</sup> GRAMAJO, *op. cit.*, p. 82.

<sup>186</sup> BASSIOUNI, *Historical survey...*, pp. 14-15.

<sup>187</sup> *Idem, ibidem*, p. 15.

o artigo VI da Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime do Genocídio (1948)<sup>188</sup> e o artigo 5 da Convenção do *Apartheid* (1973); nenhum deles, no entanto, foi criado.

O tema da criação de uma corte penal internacional foi novamente levantado em 1989, quando a Assembléia Geral das Nações Unidas abrigou um evento sobre o problema do tráfico de drogas. Na oportunidade, Arthur Robinson, então primeiro ministro de Trinidad e Tobago, propôs a retomada dos trabalhos de redação dos estatutos do tribunal. Em 4 de dezembro desse mesmo ano, a Assembléia Geral das Nações Unidas solicitou à Comissão de Direito Internacional que voltasse a trabalhar no assunto.<sup>189</sup>

Em 1990 a CDI terminou um primeiro relatório que foi submetido à AGNU. Ainda que tal relatório não tenha ficado limitado ao tráfico de drogas, como previsto, foi recebido de maneira favorável pela Assembléia Geral, que encorajou a CDI a continuar no seu trabalho. Assim, sem um mandato claro e específico a, CDI elaborou um abrangente projeto de estatuto para uma corte penal internacional em 1993<sup>190</sup>, que sofreu alterações em 1994 (*1994 Draft Statute for an International Criminal Court*). Neste mesmo ano, pela Resolução 49/53, de 9 dezembro, a AGNU criou um Comitê *ad hoc* (*Ad Hoc Committee for the Establishment of an International Criminal Court*) para discutir o Projeto de Estatuto (*1994 Draft Statute*), que apesar dos trabalhos intensos, resolveu desmembrar os projetos do Estatuto da Corte (*1994 Draft Statute*) do Código de Crimes (*1991 Draft Code of Crimes Against Peace and Security of Mankind*).<sup>191</sup>

Um ano depois, o Comitê *ad hoc* foi convertido num Comitê Preparatório (*PrepCom*) – mantendo-se o mesmo Presidente, embaixador holandês Adriaan Bos e os mesmos membros da mesa – ampliando-se seu mandato. A diferença não era só nominal, o Comitê Preparatório podia agora redigir propostas e alternativas ao

---

<sup>188</sup> “Artigo VI. As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhes tiverem reconhecido jurisdição”.

<sup>189</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 446.

<sup>190</sup> É interessante lembrar que durante a II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), há uma breve menção no parágrafo 92 do Programa de Ação de Viena – até hoje o documento mais abrangente sobre direitos humanos no âmbito das Nações Unidas – a um Tribunal Penal Internacional. In: ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. XVIII.

<sup>191</sup> BASSIOUNI, *Historical survey...*, pp. 16-18.

Estatuto preparado pela CDI, a fim de preparar um texto consolidado à Conferência dos Plenipotenciários, ainda sem data definida. Um dos elementos que os representantes dos Estados conseguiram implantar nessa época de trabalhos, que tornou-se repetido ao longo dos anos, foi o princípio da complementaridade.<sup>192</sup>

Em 1996, a AGNU adotou por consenso a Resolução 51/206 que convocava uma conferência de plenipotenciários para concluir uma convenção sobre o estabelecimento de uma Corte Penal Internacional, em princípio para junho de 1998 e aceitando o oferecimento do governo da Itália em sediar o evento.

Pouco antes da Conferência, em 3 de abril de 1998, o Comitê Preparatório conseguiu consolidar um texto de 173 páginas, contendo 116 artigos, mas com nada menos de 1.300 palavras entre colchetes, variando de múltiplas opções para alguns dispositivos a somente algumas palavras em determinados artigos. Sobre esse texto, a Conferência teria cinco semanas para trabalhar em Roma.

### **2.5.3 A Conferência Diplomática de Roma: a idéia torna-se uma realidade**

A Conferência Diplomática começou em 15 de junho de 1998, no prédio da FAO em Roma, agora sob a presidência do embaixador canadense Philippe Kirsch – devido ao afastamento por motivos de saúde de Adriaan Bos – reuniu representantes de 160 Estados, que foram assistidos por mais de vinte organizações intergovernamentais, catorze agências especializadas das Nações Unidas, e um conjunto de mais de duzentas organizações não-governamentais, representando interesses os mais diversos, somando-se ainda mais de 474 jornalistas acreditados ao evento.<sup>193</sup>

Os trabalhos demoraram duas semanas para engrenar, já que mais de cinqüenta delegações que não tinham participado de nenhuma das discussões no Comitê Preparatório, desejavam se manifestar sobre o Projeto de Estatuto. Enquanto isso, os coordenadores dos grupos de trabalho estavam engajados em forjar compromissos entre as delegações.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> GLASIUS, Marlies. *The international criminal court: a global civil society achievement*. London: Routledge, 2006, p. 13.

<sup>193</sup> LEE, Roy S. The Rome Conference and its contributions to International Law. In: LEE, Roy S. (ed.). *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute, issues, negotiations, results*. The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 14.

<sup>194</sup> BASSIOUNI, *Historical survey...*, pp. 28-29.

Depois de três semanas, em 6 de julho, um primeiro documento começou a circular com base nestes trabalhos informais. Seguiu-se no dia 9 de julho uma proposta que restringia muito as opções sobre a controversa Parte II do Estatuto, até chegar-se ao dia 16 de julho, um dia antes do encerramento da Conferência, quando surgiu a idéia de compromisso nos termos “pegar ou largar” (*take-it-or-leave-it*). O pouco realizado nestes dez dias deve ser creditado aos encontros restritos entre delegações na busca de alianças, o que gerou um certo pânico entre os favoráveis ao Tribunal Penal Internacional, imaginando-se que o fracasso da conferência estaria encerrando a oportunidade de concretização da corte penal por um longo tempo, até que o mesmo *momento* pudesse ser novamente alcançado.<sup>195</sup>

Por fim, na noite de 17 de julho, o que era para ser um encontro plenário rápido de encerramento da Conferência Diplomática, investiu-se de certa dramaticidade.

Em represália a versão final do texto final da Conferência, duas delegações propuseram emendas de última hora. A Índia, desejando a inclusão ao uso de armas nucleares na definição de crimes de guerra e a restrição ao Conselho de Segurança de enviar casos ao Tribunal<sup>196</sup>. E os Estados Unidos, que queriam que o Tribunal somente tivesse jurisdição com o consentimento do país da nacionalidade do acusado<sup>197</sup>. A reabertura dos trabalhos, por moção da Noruega, foi amplamente rejeitada. Já próximo das 22 horas, os Estados Unidos tentaram uma nova manobra, solicitando votação nominal, ao invés de ser o texto adotado por consenso. Mas, o expediente americano não foi suficiente, já que a Ata Final da Conferência Diplomática foi aprovada, em votação secreta, com 120 votos favoráveis, 7 contrários e 21 abstenções<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> GLASIUS, *op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>196</sup> De acordo com a primeira emenda indiana, seria acrescentado antes do subparágrafo (xx) do artigo 8(2)(b), um nov subparágrafo com a seguinte redação: “*Employing weapons of mass destruction, i. e nuclear, chemical and biological weapons*”. Já a segunda emenda seria apagar os artigos 16, 13 (b) e a expressão “no caso do artigo 13(a) ou (c)”, do artigo 12.

<sup>197</sup> Já a proposta norte-americana tinha a seguinte redação: “*1. With respect to States not party to the Statute, the Court shall have jurisdiction over acts committed in the territory of a State not party, or committed by officials or agents of a State not party in the course of official duties and acknowledged by the States as such, only if the acceptance of a State that is not a Party to this Statute is required under the Article 7, that State may, by declaration lodged with the Registrar, consent to the exercise of jurisdiction by the Court with respect to the crime in question. The accepting State shall co-operate with the Court without any delay or exception in accordance with Part 9 of this Statute*”.

<sup>198</sup> De acordo com a solicitação americana seria uma votação sem registro, e apenas três países que votaram contra (Estados Unidos, China e Israel) publicamente anunciaram que tinham votado dessa maneira. Especula-se que os outros quatro votos contrários tenham sido do Filipinas, Índia, Sri Lanka e Turquia.

Ao contrário da prática usual desse modelo de conferência, quando um intervalo temporal entre o final do evento e a colocação de firmas é recomendável, a cerimônia de abertura às assinaturas foi realizada já no dia seguinte no // *Campidoglio*, em Roma, prontamente contando no final do dia com vinte e seis assinaturas na Convenção – o que é um número considerável visto que muitas delegações precisavam de autorização das suas capitais para tanto –, permanecendo o prazo aberto até o dia 30 de outubro desse ano aos cuidados do Ministério das Relações Exteriores da Itália, quando foi transferida para a sede das Nações Unidas em Nova Iorque, ficando aberto à assinatura até o dia 31 de dezembro de 2000.<sup>199</sup>

O Estatuto, que consta de 128 artigos, entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002, quando alcançou o número mínimo exigido de sessenta depósitos de instrumentos de ratificação, conforme preceitua o artigo 126 do Estatuto.

Com sede em Haia, na Holanda, tem como órgão principal a Assembléia de Estados-Partes. O TPI tem uma estrutura administrativa, composta pela Presidência do Tribunal, uma Câmara de Recursos, uma Câmara de Julgamentos em Primeira Instância e uma Câmara de Instrução, o Gabinete do Promotor e a Secretaria, conforme preceitua o artigo 34 do Estatuto de Roma.

De acordo com o numeral 11 e do artigo 1 do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é complementar à dos Estados, e a jurisdição *ratione materiae* sobre o genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, ficando o crime de agressão no aguardo de uma definição e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a esse crime, conforme preceitua o artigo 5 do Estatuto de Roma.

A inclusão do crime de agressão trouxe sérias controvérsias durante a Conferência de Roma. Em linhas gerais tais crimes poderiam ser classificados como o emprego não provocado da força de um Estado contra outro. Assim como o crime de terrorismo e em contrataste com os demais crimes cobertos pelo Estatuto, a agressão é conceito com densa imbricação política e forte carga ideológica, o que dificulta a definição juridicamente precisa e vigorosa indispensável em matéria penal.<sup>200</sup>

---

<sup>199</sup> LEE, *op. cit.*, p. 11.

<sup>200</sup> BIATO, Marcel. O Tribunal Penal Internacional e a segurança coletiva. *Política Externa*. vol. 10, n. 3, dez./jan./fev. 2001-2002. São Paulo: Paz e Terra, p. 139.

A jurisdição *ratione materiae* do TPI é consideravelmente menor do que a do artigo 20 do projeto original feito pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (*ILC Draft Statute*), que imaginava que a corte seria também capaz de julgar casos envolvendo os crimes previstos em tratados internacionais. Para alguns, como Sadat e Carden, a restrição nesse momento da competência do TPI foi altamente positiva, já que permitiu que a Conferência Diplomática de Roma reforçasse o caráter compulsório da jurisdição da Corte, que inicialmente era opcional no projeto da CDI das Nações Unidas. E também porque o Comitê Preparatório sentiu-se forte o suficiente para que se definisse no Estatuto do TPI os crimes de sua jurisdição ao invés de apenas listá-los, como estava no *ILC Draft Statute*.<sup>201</sup>

Como bem aponta Alain Pellet, é importante lembrar também que por mais chocantes e condenáveis que sejam os outros crimes inscritos no artigo 20 do projeto inicial (tráfico ilícito de estupefacientes, pirataria aérea e marítima, entre outros) não são condutas que afetam no mesmo grau a paz e a segurança da humanidade. Para Pellet, o crime de tráfico de entorpecentes é repugnante, “mas colocá-lo no mesmo plano que um genocídio, é um passo que é infinitamente preferível de não dar se não vamos juntá-lo ao horror todo particular que se apegam a este último; ou isso seria o efeito inevitável da competência conferida a esta mesma jurisdição para julgar um e outro”<sup>202</sup>. Por isso mesmo, repita-se, o artigo 5 do Estatuto do TPI fala que a sua competência restringir-se-á aos “crimes mais graves que afetam a comunidade internacional, no seu conjunto”, ou seja, aqueles que ameaçam os fundamentos desta e ferem a consciência de todos os seres humanos.

No tocante à jurisdição, cabe lembrar que os dispositivos relacionados a esta matéria foram os que mais polêmica e debates geraram ao longo da Conferência. Era consenso entre as delegações, desde o início dos trabalhos preparatórios, de que o Tribunal não deveria ter primazia de jurisdição em relação às jurisdições dos Estados. A saída possível encontrada que permitisse o funcionamento do Tribunal foi a adoção do princípio complementaridade. Dessa forma, o Tribunal se destina a intervir somente sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, em que se verifique a incapacidade ou falta de

---

<sup>201</sup> SADAT, Leila Nadya; CARDEN, Richard. The new international criminal court: an uneasy revolution. In: PASSAS, Nikos (ed.) *International crimes*. Aldershot: Ashgate, 2003, p. 158.

<sup>202</sup> PELLET, Alain. Pour la Cour Pénale Internationale, quand même! – Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine. *International Criminal Law Review*. n. 1 (2001). The Hague: Kluwer Law International, pp. 92-95.

disposição dos Estados-parte de processar os responsáveis pelos crimes previstos no Estatuto.<sup>203</sup>

Desta maneira, de acordo com os termos do Estatuto, o Tribunal deverá permanecer inicialmente inativo e intervir no assunto somente em um segundo momento, já que as jurisdições nacionais poderão sempre atuar com precedência.

Portanto, o Estatuto outorga prioridade as jurisdições estatais, mas ao mesmo tempo vincula essa prioridade ao exame das atividades dos tribunais locais por parte do TPI, estabelecendo um limite que, sem embargo, não é determinado precisamente. A propósito, lembra Pablo Eiroa, deve-se observar que se bem que o TPI tenha faculdade para avaliar quando um caso será admissível ou não, as jurisdições nacionais teriam sempre a possibilidade de retardar a atuação da jurisdição internacional justamente na fase extremamente delicada do início das investigações podendo colocar assim em risco a sua efetividade.<sup>204</sup>

Poder-se-ia dizer que há uma certa capitulação de princípios, mas “não desembocamos de súbito num éden de cosmopolitismo e juridicidade por simples determinação de teóricos e militantes bem intencionados”<sup>205</sup>. O Tribunal Penal Internacional ainda tem um longo caminho a percorrer para se consolidar como uma instância jurisdicional de vocação universal que proporcione maior eficiência na punição efetiva de crimes de impacto internacional.

## 2.6 CONCLUSÕES FINAIS DO CAPÍTULO

Feitas as análises das tentativas de implantação de uma justiça penal internacional nas suas variadas modalidades, o exame mais jurídico e mais específico dos grandes problemas que se defrontou a sociedade internacional na busca de evitar a impunidade, percebe-se que o *corpus* normativo no qual se deve inspirar a justiça penal internacional não foi muito bem elaborado nas situações jurídicas vistas acima.

---

<sup>203</sup> MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 77-78.

<sup>204</sup> EIROA, Pablo D. *La Corte Penal Internacional: fundamentos y jurisdicción*. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, pp. 90-94.

<sup>205</sup> ARAÚJO, Fernando. O Tribunal Penal Internacional e o problema da jurisdição universal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. XLIII, n. 1, 2002. Coimbra: Coimbra Editores, pp. 120.

Como visto, há similitudes e diferenças entre os tribunais penais internacionais e internacionalizados existentes. Ainda que haja diferenças no regime de tais tribunais, pode-se estabelecer alguns elementos suscetíveis de comparação.

Alguns desses elementos centrais versam sobre a competência material dos tribunais. O crime de genocídio não está previsto somente no Tribunal Especial para Serra Leoa, estando presente nos demais. Os crimes de guerra estão previstos em todos os ordenamentos citados, com algumas peculiaridades citadas acima. Nos crimes contra a humanidade há uma uniformidade maior, estando, também presentes em todos os citados tribunais. No que respeita a outros crimes pode-se considerar que: o TPI traz a previsão do crime de agressão; enquanto os tribunais *ad hoc* não trazem nenhum além dos citados. No caso do TESL, há também os crimes definidos na legislação leonesa. No caso do Camboja, os crimes definidos pela lei cambojana que criou as Câmaras Extraordinárias. E no caso do Timor Leste, o assassinato, delitos sexuais e tortura. E no caso do Kosovo os crimes previstos na legislação doméstica.

É inegável que a partir do dois tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), o estabelecimento de um tribunal em caráter permanente ganhou impulso.

No entanto, a existência desses tribunais depende em muito da boa vontade desse órgão das Nações Unidas, que tem como sua principal missão cuidar da segurança e da manutenção da paz internacional. Quando estes objetivos são alcançados, cessa a competência do CSNU sobre tais tribunais, portanto, é indissociável o caráter político dos tribunais *ad hoc*.

Uma das idéias centrais do Tribunal Penal Internacional é de que ele foi imaginado para transcender a essas questões políticas e também de ser capaz de processar tanto os perdedores quanto os vitoriosos, soldados e generais, de maneira justa e efetiva. Por isso, seus julgamentos deveriam resistir em serem taxados de “julgamentos políticos”. Esses julgamentos deveriam ser somente: internacionais, imparciais e não-seletivos.

O principal seria a constituição de um sistema permanente que institua uma verdadeira justiça internacional, por meio de uma jurisdição penal internacional permanente, fugindo também do espectro de Nuremberg. Para tanto, como coloca com propriedade o professor da London School of Economics Gerry Simpson,

*“Nuremberg would be remembered as a provocation to action but not a direct precedent or inspiration”.*<sup>206</sup>

---

<sup>206</sup> SIMPSON, Gerry. Politics, sovereignty, remembrance. In: MCGOLDRICK, Dominic; ROWE, Peter; DONNELLY, Eric (edited by). *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 51.

## **CAPÍTULO 3 – O DIREITO INTERNACIONAL PENAL E A INFLUÊNCIA DA COMMON LAW**

Já examinado o conceito, terminologia, fontes do direito internacional penal e jurisdições penais, é imprescindível nesse momento examinar que se entende por *common law*, antes de analisar as influências decisivas que tem esse sistema jurídico sobre o atual direito internacional penal. Neste terceiro capítulo, então, serão analisados os conceitos iniciais sobre o que se compreende por crime na *common law*, através da perspectiva dos seus elementos objetivo e subjetivo – o *actus reus* e o *mens rea* –, respectivamente, bem como o alcance dessa família do direito na doutrina internacional-penalista.

### **3.1 A FAMÍLIA DO DIREITO DA COMMON LAW**

Em sua obra clássica sobre os grandes sistemas do direito contemporâneo, René David agrupou para fins didáticos o direito em famílias, valorizando as semelhanças e as diferenças que existem entre os diferentes direitos. Ainda que entendendo que classificações suscitam muito debate, já que por vezes há grandes doses de arbitrariedades nessas classificações, acredita-se que a categorização exposta por David, de maneira bastante sumária e útil, é a mais recomendável. Os seguintes sistemas ou famílias seriam: a família romano-germânica – conhecida entre os nativos de língua inglesa usualmente como *Civil Law*; a família da *Common Law* e a família dos direitos socialistas. A estas se uniriam também outras concepções da ordem social e do direito, como o direito muçulmano, o direito da Índia, os direitos do Extremo Oriente – chinês e japonês – e direitos da África e de Madagascar.<sup>207</sup>

A família que interessa estudar nesse momento, no entanto, é somente a segunda família, a da *common law*, comportando o direito inglês e os direitos que se modelaram a partir da considerável influência que este direito exerceu sobre o de vários países que estiveram, numa determinada época de sua história, sob dominação britânica. Conforme será esclarecido em seguida, o termo *common law*

---

<sup>207</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 21-32.

não pode ser traduzido como direito inglês, direito britânico ou direito anglo-saxônico.

A expressão *common law* comporta sentidos diferentes. Quem bem expressa tais diferenças é Guido Soares. Para o professor seriam três os sentidos da expressão:

1º) *common law* e *equity law*<sup>208</sup> – a primeira acepção de *common law* é de “direito comum”, ou seja, um sistema de direito escrito e sistematizado, que se tornou comum às tribos dos povos anglo-saxônicos, por influência da conquista normanda na Inglaterra em 1066 e que, por ter se tornado rígido e formalístico, exigiu a constituição de um sistema paralelo, a *equity*, a qual conviveria com aquele por muitos séculos, tendo deixado traços no tratamento de muitos institutos jurídicos da Inglaterra e dos sistemas vigentes nos Estados da federação dos Estados Unidos e no seu direito federal. Deste modo, o direito inglês teve desde o século XV, uma estrutura dualista, isto é, de um lado, a *common law* – constituída em sentido estrito pelas regras definidas pelas Cortes Reais de Westminster (Cortes de *common law*), e, de outro lado, pela *equity (rules of equity)* que consiste, na expressão da época, nos *remedies precede rights* (os remédios têm precedência aos direitos subjetivos) admitidos e aplicados por uma Corte Real específica, a Corte da Chancelaria. Pelos *Judicature Acts* ingleses de 1873 e 1875, as competências de aplicação tanto da *common law* quanto da *equity law* passou a tribunais comuns da Inglaterra, mas ambos conservando suas características originais e suas regras próprias. Nos dias atuais, na Inglaterra, pode-se afirmar que a diferença entre um e outro ramo do direito se prende mais às tipicidades dos institutos abrigados, submetidos a interpretações judiciárias próprias.<sup>209</sup>

2º) *common law* e *statute law*<sup>210</sup> – o segundo sentido de *common law* se refere ao contraste existente entre, de um lado, a *common law*, como o direito criado pelo juiz (*judge-made law*), e, por outro lado, o direito criado pelo legislador (*statute law*), entendido este direito como aquele resultante dos *enactments of legislature* (como os tratados internacionais, constituição, leis ordinárias, entre outros). Nesse sentido,

---

<sup>208</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 31-35.

<sup>209</sup> Apesar dessa unificação dos órgãos judiciários, os juristas familiarizados com um desses ritos não o são com o outro; assim, a distinção fundamental entre os advogados ingleses continua sendo uma distinção entre *common lawyers* e *equity lawyers*, fundada numa consideração processual. DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.11.

<sup>210</sup> SOARES, *Common law*, pp. 37-38.

o sistema judiciário, na sua tarefa de distribuir a justiça, define regras abstratas do direito através do *judge made law*, em que os efeitos dessas decisões ou dessa coisa julgada ultrapassam as partes e o objeto discutido numa causa passa a ser aplicado a um universo maior, em que haja casos semelhantes àquele onde a regra surgiu. É novamente Guido Soares quem em poucas palavras resume essa segunda acepção da palavra *common law*, o direito “*laid down by the courts, rather than by legislature*”.

3º) *common law* e *civil law*<sup>211</sup> – o terceiro sentido da expressão *common law* é no sentido de ser uma família de direito, originado do direito inglês, que inclui antigas colônias britânicas (Austrália, Nova Zelândia, Canadá, Índia, Paquistão, Bangladesh, Quênia, Nigéria, Hong Kong, Guiana, Trinidad e Tobago, entre outros)<sup>212</sup> e de outro lado, o sistema da família romano-germânica, muito conhecida também por *civil law* nos países de língua inglesa.

Como visto, tecnicamente, a expressão *common law* não pode ser traduzida por direito inglês porque este está limitado, no seu domínio de aplicação, à Inglaterra e ao País de Gales. Não é nem mesmo o direito do Reino Unido, tampouco o da Grã-Bretanha, visto que a Irlanda do Norte, por um lado, a Escócia, as Ilhas do Canal da Mancha e a Ilha de Man, por outro, não estão submetidas ao direito “inglês”. Apesar do domínio territorial limitado em que se aplica o direito inglês, este ocupa um lugar proeminente na família da *common law*.<sup>213</sup>

Tampouco, seria possível entender de maneira correta *common law* como direito anglo-saxônico. Após a conquista normanda, o direito que as Cortes Reais de Westminster criavam era denominado *common law* – corruptela da expressa dita na língua do rei: *commune ley* – em oposição ao direito anglo-saxônico, este constituído de direitos costumeiros, locais e muitos particularizados a cada tribo dos primitivos habitantes, que somente deixaram alguns traços para direitos locais ingleses, mas

<sup>211</sup> SOARES, *Common law*, pp. 47-48

<sup>212</sup> Guido Soares lembra que os Estados Unidos, com exceção do estado da Louisiana, são considerados um sistema misto, conquanto pertencente à *common law*, enquanto a Escócia, Israel, África do Sul e Filipinas, também são países de sistema misto, mas pertencentes à família romano-germânica. No caso dos Estados Unidos, as antigas possessões espanholas, como a Califórnia e o Texas, embora reflitam, em alguns aspectos dos direitos de família, algumas características dos antigos colonizadores, são inegavelmente pertencentes ao *common law*, enquanto, a Louisiana, é o único *sister state* da federação americana que se conservou fiel aos franceses e espanhóis, primeiros povoadores, já que pertence à família do direito romano-germânico. SOARES, *Common law*, p. 52.

<sup>213</sup> DAVID, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 353.

que pouco influenciaram a *common law* que se formou a partir do *jus scriptum* e jurisprudencial posterior à conquista normanda de Guilherme I.<sup>214</sup>

Assim sendo, nos termos desta tese a utilização da expressão *common law* referir-se-á à família de direito, que abrange de modo exemplar o direito da Inglaterra e os demais direitos que se moldaram sobre o direito inglês. Essa família da *common law* tem entre suas características a de que foi formada pelos juizes, que tinham que resolver litígios particulares, e hoje é portadora, de forma inequívoca, da marca dessa origem.

O jurista britânico F. T. Giles partilha de um entusiasmo todo particular em relação a *common law*, para ele este direito é o maior dos sistemas jurídicos que a humanidade já conheceu, já que, talvez iguale em importância ao seu rival mais poderoso o direito romano. Giles aponta três razões para sustentar tal afirmativa: em primeiro lugar, o direito inglês tem uma origem muito peculiar, visto que não se encontra nem nos livros e nem nas lições de grandes juristas romanos, como ocorre na maioria dos outros sistemas legais vigentes no continente europeu, mas a *common law* provem dos costumes e práticas imperantes nos campos, granjas, caminhos e vilas dos saxões que habitavam a Inglaterra, já há uns mil e quinhentos anos; o segundo fator, seria a contribuição normanda no sentido de fundir todos aqueles costumes e práticas em um só corpo jurídico, produzindo o que se conhece por *common law* inglês, sobre essa base pode-se agora estruturar um sistema de Direito adaptado aos importantes e transcendentais mudanças e alterações que requer uma civilização muito mais complexa do que a dos romanos; e, por fim, um terceiro motivo desse destaque a *common law*, no entendimento de Giles, é a tendência dos ingleses as viagens e a vida aventureira que fez com que se estabelecessem em diversas regiões do globo, levando consigo esse sistema peculiar de Direito, por exemplo, aos Estados Unidos, a Índia, ao Paquistão e tantos outros membros da atual *Commonwealth*.<sup>215</sup>

No tocante ao Direito Penal, continua Giles, tudo o que foi dito sobre a *common law* pode ser transferido para esse ramo do direito. Para o jurista britânico, existe no sistema da *common law* uma maior liberdade do que em outros sistemas. Para os anglo-saxões a liberdade não é um problema a resolver com abstrações mais ou

---

<sup>214</sup> SOARES, *Common law*, p. 51.

<sup>215</sup> GILES, F. T. *The Criminal Law: a short introduction*. Harmondsworth: Penguin Books, 1954, pp. 11-12.

menos altissonantes, ao contrário, consiste na proteção que há de se dar ao indivíduo dentro do Estado. A liberdade dependeria, assim, da afirmação do direito dos indivíduos e da eficácia do sistema jurídico vigente, mormente no seu ramo penal, para defendê-los. Finaliza Giles com a idéia de que a principal diferença entre o procedimento criminal inglês dos outros sistemas, é que na *common law* a pessoa acusada de um delito comparece, perante os tribunais ingleses, como inocente, e continua considerado como tal até que a acusação demonstre sua culpabilidade. Em outros lugares, acredita o britânico, o Estado espera que o acusado contribua, com maior ou menor intensidade, a demonstrar sua inocência.<sup>216</sup>

Apesar de todo esse entusiasmo com o Direito Penal da *common law*, manifestado por Giles, também há vozes, poucas na verdade, de que esse ramo do Direito pode operar de maneira contrária ao princípio da legalidade. Uma das tentativas de solucionar tal lapso seria pela promulgação de um código penal, projeto este que contou durante vários anos com o empenho de John C. Smith, no *Criminal Law Revision Committee*, produzindo mesmo um relatório e um esboço de uma lei (*bill*) que formaria as bases desse código.

Essa idéia, não rejeitaria totalmente os elementos consuetudinários, já que no entendimento de A. T. H Smith

a code, even when it is enacted, cannot be expected to resolve all the problems that will inevitably arise over the precise scope of criminal liability. There will continue to be difficulties of interpretation and construction; gaps in the law will emerge because of unforeseen manifestations of human wickedness, and the inherently ambiguous nature of language must mean that the courts will still have to resolve the doubts from time to time.<sup>217</sup>

No entanto, também aponta A. T. H. Smith que há fortíssimas resistências a qualquer tentativa de previsões em abstrato no sistema da *common law*, que se caracteriza nas soluções dos *cases* propostos. Por isso, aponta o mestre inglês que

The common law tradition is that such doubts should be settled piecemeal, as they arise for decision in each case, with an immediate impact on the case out of which the problem arises. Even though the courts recognise that their decision-making has the dual purposes of dispute resolution and the articulation of legal rules, they are by tradition hostile to any attempt to have them resolve disputed legal questions in the abstract.<sup>218</sup>

<sup>216</sup> *Idem, ibidem*, p. 14.

<sup>217</sup> SMITH, A. T. H. Clarifying the criminal law: declarations in criminal proceedings. In: SMITH, Peter (ed.). *Criminal Law: essays in honour of J. C. Smith*. London: Butterworths, 1987, p. 132.

<sup>218</sup> *Idem, ibidem*, p. 132.

### 3.2 O CRIME NA COMMON LAW: OS ELEMENTOS DO *ACTUS REUS* E DO *MENS REA*

Na família da *common law* usualmente a responsabilidade penal é expressa por meio da expressão latina *actus non facit reum nisi mens sit rea* – cunhada por Sir Edward Coke, por volta de 1872 – tal frase quer dizer que “um ato não faz uma pessoa culpada, a menos que o pensamento também seja culpado”, ou como dizem os anglófonos “*an act does not make a person guilty unless their mind is also guilty*”. Colocando de outra maneira, o indivíduo para ser considerado culpado pela prática de determinado ato precisa ter cometido a conduta delituosa (*actus reus*) com uma determinada condição mental (*mens rea*).

Na prestigiosa lição dos professores da Nottingham University John C. Smith e Brian Hogan, os elementos do crime na *common law*, são assim considerados:

Before a man can be convicted of a crime it is usually necessary for the prosecution to prove (a) that a certain event or a certain state of affairs, which is forbidden by the criminal law, has been caused by his conduct and (b) that this conduct was accompanied by a prescribed state of mind. The event, or state of affairs, is usually called by the *actus reus* and the state of mind the *mens rea* of the crime.<sup>219</sup>

Como esses dois elementos são fundamentais para provar a responsabilidade penal individual, o *actus reus* e o *mens rea* tornaram-se mais do que meras ferramentas analíticas. Segundo A.T. H. Smith

This division of crime into its constituent parts is an exercise of analytical convenience: the concepts of *actus reus* and *mens rea* are simply tools, useful in the exposition of the criminal law. Great care should, therefore, be taken to avoid determining questions of policy by reference to definition and terminology. Such observations as that the maxim *actus non facit reum nisi sit rea* serves the ‘important purpose of stressing two basic requirements of criminal liability, make *actus reus* and *mens rea* seem rather more than analytical tools. They have been converted from the descriptive to the normative: to propositions that criminal liability *should* be based on harmful conduct, and *should* require a mental element.<sup>220</sup>

Além do que, a presença desses dois elementos usados para descrever a conduta criminosa deve ficar provada, como dizem os anglófonos, *beyond reasonable doubt by the prosecution*.

Portanto, de maneira bastante simplificada, pode-se afirmar que o *mens rea* – elemento mental, subjetivo – da ofensa tem que sempre acompanhar o *actus reus* – elemento objetivo – para a caracterização do crime, no sistema da *common law*. Por

<sup>219</sup> SMITH, John C.; HOGAN, Brian. *Criminal law*. 5. ed. London: Butterworths, 1983, p. 29.

<sup>220</sup> SMITH, A.T.H. On *actus reus* and *mens rea*. In: GLAZEBROOK, Peter Rowland (ed.). *Reshaping the Criminal Law: essays in honour of Glanville Williams*. London: Stevens, 1978, p. 97.

exemplo, no caso do crime de roubo, o *mens rea* é a intenção de privar, em caráter permanente, o proprietário do seu bem.

### 3.2.1 O elemento *actus reus*

O *actus reus* – algumas vezes chamado de elemento externo ou de elemento objetivo do crime – é entendido entre os praticantes da *common law* como o *guilty act*, aqui pode ser compreendido como o “ato culpável”. Então, quando fica provado, acima de qualquer dúvida razoável, a presença do *actus reus* em combinação com o *mens rea*, há a responsabilidade penal individual para o direito penal da *common law*.

Recorre-se novamente a lição de Smith e Hogan para construir a idéia de *actus reus*. Primeiro, para afirmar que esse primeiro elemento não é tão-somente um ato (*act*), pode também consistir em um estado de coisas (*state of affairs*). Assim de maneira muito freqüente, “*the actus reus requires proof of an act or an omission (conduct). Usually it must be proved that the conduct had a particular result*”. Por exemplo, no homicídio, tem que ficar provado que a conduta do acusado causou a morte da vítima. Alguns crimes, no entanto, não precisam da evidência de qualquer resultado, como é o caso do perjúrio. Há, então, dois diferentes casos de ofensas: os *result crimes* e os *conduct crimes*, respectivamente<sup>221</sup>.

Vale a destacar os exemplos dos próprios autores:

In murder, for example, it must be shown that the accused's conduct caused the death. Some crimes do not require evidence of any result. Perjury is committed as soon as D makes a statement on oath which he does not believe to be true. It is irrelevant whether he is believed or not. [...] It has been said that in “result crimes” the law is interested only in the result and not in the conduct bringing about the result. Similarly, a well-known definition of *actus reus* is “such result of human conduct as the law seeks to prevent”. But a dead man with a knife in his back is not the *actus reus* of murder. It is putting the knife in the back thereby causing the death which is the *actus reus*. The law is no less interested in the conduct which brings about the result in a “result crime” than in a “conduct crime”. A case can indeed be made out that in *all* crimes the law should have regard only to the conduct and not to the result.<sup>222</sup>

Essa distinção, em algumas circunstâncias, também é apresentada como: (a) os atos perpetrados (*commissions*), a conduta ou os atos positivos e afirmativos; e (b) os atos omissos (*omissions*), os atos não observados. Com base nessa distinção,

<sup>221</sup> SMITH; HOGAN, *op. cit.*, p. 31.

<sup>222</sup> *Idem, ibidem*, p. 31.

Glanville Williams rema contra a maré ao rejeitar, em princípio, o uso do termo *actus reus*, porque nem sempre há um ato. A expressão *conduct* seria mais adequada, porque seria mais ampla, já que “*it covers not only an act but an omission and a bodily position. The conduct must sometimes take place in legally-relevant circumstances, and, [...] in some crimes it must produce a legally-forbidden consequence. As a final complication, some crimes can be committed without any conduct by the defendant*”.<sup>223</sup>

A definição de cada ofensa, seja na *common law* ou *statute law*, sempre incluirá os elementos factuais necessários para ficar constituído o *actus reus*. Alguns desses fatos serão:

a) contextuais – descrevem as circunstâncias gerais em que ocorreram os fatos alegados, por exemplo, o veículo era conduzido à noite com problemas nos faróis;

b) alguns elementos centrais considerados suficientemente anti-sociais que deveriam ser condenados, por exemplo, dirigir o veículo de maneira assaz perigosa. Normalmente, esse fato é baseado em um ou mais advérbios que qualificam os verbos preponderantes que descrevem mais claramente o modo em que o acusado cometeu o ato.

c) conseqüências – descrevem o resultado ou a conseqüência requerida para constituir a ofensa, por exemplo, a vítima foi lesionada pelo ato cometido.

Por fim, John C. Smith e Brian Hogan alertam que:

Sometimes a particular state of mind on the part of the *victim* is required by the definition of the crime. If so, that state of mind is part of the *actus reus* and, if the prosecution are unable to prove its existence, they must fail. If D is prosecuted for rape, it must be shown that P did not consent to the act of intercourse. The absence of consent by P is an essential constituent of the *actus reus*. But in many crimes the consent of the victim is entirely irrelevant. If D is charged with the murder of P, it is no defence for him to show that P asked to be killed. It is apparent from these examples that it is only by looking at the definition of the particular crime that we can see what circumstances are material to the *actus reus*. We find this definition, in the case of common law crimes, in the decisions of the courts and, in the case of statutory crimes, in the words of the statute, as construed by the courts.<sup>224</sup>

### 3.2.2 O elemento *mens rea*

É amplamente aceito entre os historiadores do direito da *common law* que até o século XII, um homem acusado poderia ser considerado culpado simplesmente porque seu ato tinha causado a conseqüência delituosa, sem nenhuma prova do seu

<sup>223</sup> WILLIAMS, Glanville. *Textbook of criminal law*. 2. ed. London: Stevens & Sons, 1983, p. 146.

<sup>224</sup> SMITH; HOGAN, *op. cit.*, p. 32.

comportamento mental censurável. Sob a influência do Direito Canônico e do Direito Romano, uma mudança bastante lenta começou a ser perceptível nas cortes, que passaram a requerer prova de um elemento moral culpável, uma espécie de “*guilty mind*”. No desenvolvimento do crime na *common law*, esse elemento mental passou a ser sempre necessário e conhecido como *mens rea*.<sup>225</sup>

No entanto, a idéia de ser o *mens rea* traduzido como *guilty mind*, como observam Smith e Hogan, freqüentemente causa mal entendidos, já que “*a man may have mens rea, as it is generally understood today, without any feeling of guilt on his part. He may indeed, be acting with a perfectly clear conscience, believing his act to be morally, and even legally, right, and yet be held to have mens rea*”. Por isso, apontam os professores seria mais apropriado apontar as possíveis diferenças nas atitudes mentais do sujeito com respeito ao *actus reus* do crime em questão: (a) intenção (*intention* ou *purpose*); (b) imprudência (*recklessness*); (c) negligência (*negligence*); e, (d) inadvertência culposa (*blameless inadvertence*).<sup>226</sup>

Essas quatro categorias de *mens rea*, variam na nomenclatura de autor para autor e também de país para país. Por exemplo, Elliot e Wells utilizam a que é, aparentemente, a mais utilizada: (a) intenção (*intention* ou *purpose*); (b) conhecimento (*knowledge*); (c) imprudência ou desídia (*recklessness* ou *wilful blindness*); e (d) negligência (*negligence*).<sup>227</sup>

Já para o professor da Universidade de Cambridge Glanville Williams, o elemento mental geralmente é expresso nas palavras: *intention*, *recklessness* ou *knowledge*<sup>228</sup>. Nessa mesma linha também está o professor Andrew Ashworth da All Souls College, de Oxford: “*the mens rea is usually described as the mental element – the intention, knowledge or recklessness of the defendant in relation to the proscribed conduct*”<sup>229</sup>.

Voltando a idéia dos professores Smith e Hogan, note-se a seguinte passagem:

We are now in a position to consider the meaning of *mens rea*. If the *actus reus* of a crime consists of a number of defined consequences and circumstances which, in the view of the law, constitute an evil to be prevented by criminal sanctions, the most blameworthy state of mind with respect to those consequences and circumstances is clearly intention, followed by recklessness, negligence and blameless inadvertence in that

<sup>225</sup> SMITH; HOGAN, *op. cit.*, p. 47.

<sup>226</sup> *Idem, ibidem*, p. 48.

<sup>227</sup> ELLIOT, D. W.; WELLS, Celia. *Casebook on Criminal Law*. London: Sweet & Maxwell, 1982, p. 46.

<sup>228</sup> WILLIAMS, *op. cit.*, p. 140.

<sup>229</sup> ASHWORTH, Andrew. *Principles of Criminal Law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 96.

order. It seems obvious that the intentional man is fully responsible for the *actus reus* and should be held guilty; it seems equally obvious that the blamelessly inadvertent man is not at all responsible and *should* be acquitted. Somewhere between the two a line must be drawn; and the common law usually – but not invariably – drew it between recklessness and negligence. The reckless man was liable, the negligent man was not. This does not mean that it is not necessary to draw the distinction between intention and recklessness for [...] in some cases intention *only* will suffice. These cases may be regarded as exceptions, however, to a general principle which does not distinguish between intention and recklessness.<sup>230</sup>

Trazendo o debate sobre o elemento *mens rea* para a jurisprudência do ICTY, o egípcio Mohamed Elewa Badar diz que mais de uma década depois da criação deste tribunal penal *ad hoc*, a definição precisa do termo ainda permanece em aberto. Acredita Badar que como o Estatuto do ICTY é ausente sobre os limites da aplicação do termo, coube ao próprio tribunal determinar o elemento *mens rea* para cada crime sob a sua jurisdição material. Por isso,

Through its jurisprudence, the Yugoslavia Tribunal has made enormous efforts to assign various types of *mens rea* for different crimes under its Statute. In descending order, these degrees of *mens rea* are the following: special intent (*dolus specialis, dolus aggravé*); direct intent or *dolus directus*; advertant recklessness or *dolus eventualis*. In many judgments, the ICTY adopted an element analysis, requiring different degrees of *mens rea* with regard to each of the material elements of an offence.<sup>231</sup>

Portanto, nos limites desta tese, entender-se-á *mens rea*, levando em consideração os princípios gerais da *common law*, que de maneira genérica definem a expressão da seguinte maneira: “*intention or recklessness with respect to all those circumstances and consequences of the accused’s act (or the state of affairs) which constitute the actus reus of the crime in question*”.<sup>232</sup>

### 3.3 A APLICAÇÃO DOS ELEMENTOS *ACTUS REUS* E *MENS REA*

Portanto, enquanto no sistema romano-germânico o crime é a conjunção de três fatores: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, no sistema da *common law* o crime é a representação de dois fatores: o *actus reus* que é a proibição de um ato ou conduta, e o *mens rea* que é o estado mental da pessoa no momento da ofensa que deve ser estabelecido para a existência do crime.

<sup>230</sup> SMITH; HOGAN, *op. cit.*, p. 58.

<sup>231</sup> BADAR, Mohamed Elewa. Drawing the Boundaries of *Mens Rea* in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *International Criminal Law Review*. n. 6 (2006). The Hague: Koninklijke Brill NV, p. 315.

<sup>232</sup> SMITH; HOGAN, *op. cit.*, p. 59.

A própria língua inglesa tem dificuldade em encontrar termos correspondentes adequados para tipicidade e antijuridicidade. De acordo com o *Noronha's Legal Dictionary*, a tradução de tipicidade seria *vagueness doctrine*, não trazendo um verbete com o termo antijuridicidade, mas tão-somente de antijurídico, *unlawful*, o que é uma tradução literal do termo. Já o termo culpabilidade não oferece obstáculo, constando a tradução mais usual *culpability* ou *guilty*<sup>233</sup>.

Mesmo reconhecendo o valor da obra jurídica e da dificuldade em elaborar um dicionário, que além de superar as barreiras lingüísticas também tem que superar os obstáculos de serem dois sistemas jurídicos distintos – entende-se que a melhor tradução para o termo tipicidade seria *wrongdoing* e para antijuridicidade *absence of justification*, concordando com a utilização da palavra *culpability* para culpabilidade.

Examinando também a família da *common law*, o espanhol Francisco Muñoz Conde reconhece que esse sistema é praticamente desconhecido nos países da tradição romano-germânico, um dos motivos possíveis para tanto é que tem menos pretensões de validade universal e não se preocupa com questões sistemáticas ou demasiado abstratas na hora de interpretar e aplicar o direito positivo, já que seu principal interesse reside na solução do caso concreto. Lembra ainda o catedrático de direito penal da Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, que essa característica pode ser tanto uma vantagem como um defeito. Esse *case law*, ou seja, quando os casos se decidem normalmente pelos juízes ou tribunais de justiça – que atuam com total independência política – se convertem em precedentes, que quando bem fundamentados e adquiram prestígio servem como base de outras decisões judiciais e como instrumento de ensino do direito, e que por óbvio, também tem sua aplicação no direito penal, “*aunque a veces y cada vez con mayor frecuencia se le complemente con disposiciones emanadas del órgano legislativo*”. Aduz Muñoz Conde que

no cabe duda de que a pesar de las indudables ventajas de este sistema, su elaboración teórica-abstracta es bastante escasa, sobre todo si se la compara con la del sistema dogmático jurídico alemán, que lleva un gran adelanto sobre las tímidas construcciones sistemáticas que hacen los autores del “Common Law”.<sup>234</sup>

<sup>233</sup> GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. *Noronha's Legal Dictionary/Noronha Dicionário Jurídico: English-Portuguese/Inglês-Português*. 5. ed. rev. São Paulo: Observador Legal, 2003.

<sup>234</sup> CONDE, Francisco Muñoz. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada. *Revista de Estudios Criminales*. Ano VII, n. 27 (2007). Porto Alegre: Fonte do Direito, p.10.

Esses elementos *mens rea* e *actus reus*, são amplamente reconhecidos e utilizados pela doutrina internacional-penalista, ou seja, aqueles estudiosos do direito internacional penal, em um sentido amplo. Mesmo aqueles juristas da tradição romano-germânica renderam-se a influência da *common law* na caracterização do crime internacional, ou pelo menos, daqueles crimes previstos nos Estatutos dos Tribunais Penais *ad hoc* e de Roma, como ver-se-á na seqüência.

Um dos maiores estudiosos do Tribunal Penal Internacional, o alemão Kai Ambos, reconhece que o crime na concepção da *common law* reflete-se em uma estrutura básica em que se descrevem, em um primeiro nível, os pressupostos da responsabilidade individual e, em um segundo nível, as possíveis defesas (*defences*), que excluem essa responsabilidade individual. Essa prática muito difundida na *common law* é conhecida por ter um duplo pilar – algumas vezes conhecido também como um triplo pilar na concepção do crime (*actus reus*, *mens rea* e *defences*) – e que, portanto, diferencia-se de maneira fundamental da construção do delito bipartida ou tripartida, orientada sobre a base da diferenciação entre injusto e culpabilidade, reinante na Alemanha, e também no Brasil<sup>235</sup>.

Como conseqüência disso, lembra Ambos que a distinção subjacente entre o elemento mental (o dolo) e a culpabilidade (a reprovação) não está reconhecida no Estatuto de Roma. Este fundamenta-se na diferenciação canônica clássica entre o lado externo e o interno do ato de um crime – *actus non facit reum nisi mens sit rea* – e tampouco incorpora o Estatuto tendências mais contemporâneas do direito penal, especialmente o conceito finalista de um ato humano que levou a distinção entre o dolo, como parte do *actus reus*, e a reprovação, como parte da culpabilidade.<sup>236</sup>

Nessa mesma linha, para os professores ingleses Claire De Than e Edwin Shorts todos os crimes internacionais podem ser divididos em dois elementos – como no direito doméstico da família da *commow law* –, em *actus reus* e *mens rea*. Em que o *actus reus* é a proibição de um ato ou conduta, e a *mens rea* é o estado mental da pessoa no momento da ofensa que deve ser estabelecido para a existência do crime. No momento contemporâneo do direito internacional penal não existem crimes que não possuam esse vínculo estreito, ou seja, crimes que não precisem provar a existência do elemento *mens rea*. A maioria das convenções

---

<sup>235</sup> AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 67-73.

<sup>236</sup> AMBOS, Kai. *Los crímenes más graves en el derecho penal internacional*. México, D.F: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005, p. 97.

internacionais trazem de maneira explícita a necessidade de provar o *mens rea*, o qual usualmente aparece referida em termos como “intenção” (*intention*) ou “propositadamente” (*wilfulness*). Ausência de *mens rea* poderá ser alegada como motivo de defesa, incluindo-se erro (*mistake*), coação (*duress*) ou insanidade (*insanity*).<sup>237</sup>

Essa formulação teórica é utilizada pela maioria dos estudiosos do direito internacional penal. Outro professor alemão Gerhard Werle, também entende válida essa distinção, ou seja, a diferenciação entre de um lado as ofensas que criam graus de responsabilidade individual, consistindo de um elemento objetivo ou material (*actus reus*) e um elemento subjetivo (*mens rea*), e de outro lado, as causas de defesa que excluem a responsabilidade. Estas incluem não somente graus substantivos de exclusão da responsabilidade criminal (tais como a legítima defesa), mas também obstáculos processuais (tais como incapacidade e limitações estatutárias)<sup>238</sup>. É importante lembrar da decisão da Conferência de Roma não empregar o termo *defences* (“defesas”), mas fala em causas de exclusão da responsabilidade penal.

Menção explícita a esses dois elementos (*actus reus* e *mens rea*) na jurisprudência dos tribunais *ad hoc* são freqüentes, como será examinado de maneira mais detalhada nos próximos capítulos. Merece destaque, por exemplo, no caso Promotoria *versus* Delalic e outros (IT-96-21-T), também conhecido por caso “Celebici”, quando examinando a figura do homicídio inscrita entre os crimes contra a humanidade, a Câmara de Julgamento do ICTY advertiu que “*While the terminology utilised varies, these two elements have been described as ‘universal and persistent in mature systems of law’* (§424, nota de rodapé 433).”<sup>239</sup>

Considerar que esses dois elementos são “universais e persistentes nos sistemas jurídicos maduros” causa espanto. Sobre essa passagem, Kai Ambos formula interessante raciocínio: “*La Cámara aparentemente pasa por alto la concepción alternativa principal, fundamentada en la concepción romano-germánica: Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld*”.<sup>240</sup>

<sup>237</sup> DE THAN, Claire; SHORTS, Edwin. *International Criminal Law and Human Rights*. London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 3.

<sup>238</sup> WERLE, *op. cit.*, pp. 92-93.

<sup>239</sup> Promotoria *versus* Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic e Esad Landzo (Caso IT 96-21-T), julgamento de 16 de novembro de 1998.

<sup>240</sup> AMBOS, *Los crímenes más graves en el derecho penal internacional*, p. 170.

Por isso, destaca Kai Ambos que a *common law* determinou de maneira decisiva, e de modo praticamente exclusivo, a evolução da jurisprudência e das codificações de direito internacional penal, de certa maneira isso é reflexo da crescente importância do inglês como língua franca, que se refletiu no diálogo jurídico, reforçando essa tendência. Por isso, a correta compreensão do direito internacional penal e, especialmente, do Estatuto de Roma passa em grande parte pelo entendimento de figuras e terminologias jurídico-penais da *common law*.<sup>241</sup>

Destaca ainda Kai Ambos que:

También en la literatura – predominantemente angloamericana – se argumenta sustancialmente de manera poco diferenciada en un sentido “causalista clásico” [“all international offences have two cumulative constituent elements: a criminal act (*actus reus*) and a criminal consciousness (*mens rea*)]. Aunque el derecho penal internacional también esté dominado por el principio de culpabilidad, por lo general en el ámbito de los presupuestos subjetivos de la responsabilidad se trata exclusivamente de cuestiones del dolo (conocimiento y voluntad); la conciencia de la antijuridicidad es mencionada únicamente por la jurisprudencia del OGHBrZ y por la justicia militar de los Estados Unidos en el marco del error. Desde luego, en estos casos no se trata de una decisión dogmática consciente sobre la base de un sistema de teoría del delito, sino de productos de la causalidad de una jurisprudencia pragmática. Asimismo, la falta de diferenciación entre injusto y culpabilidad, o bien entre justificación y exculpación, se debe menos a una decisión consciente de la praxis de derecho penal internacional existente que la carencia de reflexión y de investigación sobre los fundamentos. Por tal motivo, también respecto de la distinción propuesta por el derecho vigente entre causas que excluyen la punibilidad y otras *defences* se plantea la cuestión de si no sería materialmente necesaria una mayor diferenciación.<sup>242</sup>

Corroborando essa posição exposta por Kai Ambos encontra-se o também alemão Hans Joachim Hirsch, catedrático emérito da Universidade de Colônia. Para Hirsch, essa influência do direito penal da *common law* no direito internacional penal retroage inclusive à Nuremberg, mas nos dias atuais esse alcance dá-se de maneira ainda mais acentuada.<sup>243</sup>

Para Mireille Delmas-Marty, na falta de disposição no estatuto ou de precedentes judiciais, os juízes devem buscar uma solução apelando para o direito comparado. Mas, a própria professora francesa acredita que o deslocamento da função de interpretação para uma prática pode levar à dominação de um sistema jurídico. Delmas-Marty lembra que a Câmara de Apelação no caso Erdemovic, a

<sup>241</sup> AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, p. 41.

<sup>242</sup> *Idem, ibidem*, pp. 165-167.

<sup>243</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Internacionalización del derecho penal y de la ciencia del derecho penal nacional y universal. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: RT, 2007, p. 32.

maioria da Câmara terminou ficando com as considerações práticas fundadas em grande parte no direito inglês e mais amplamente nos sistemas de *common law*.<sup>244</sup>

Outro ponto que demonstra essa influência da *common law* no direito internacional penal é o debate em torno do *plea of guilty* e a *plea bargaining*. O Estatuto do ICTY traz em seu artigo 20 (3): “a Câmara de Primeira Instância procede à leitura da acusação, assegura-se de que os direitos sejam respeitados, certifica-se de que o acusado compreendeu o teor da acusação e *ordena que ele se declare culpado ou não culpado*. A Câmara de Primeira Instância fixa então a data do processo”<sup>245</sup>. Já o artigo 62 do Regulamento Processual é mais preciso e indica que a Câmara “convide o acusado a se declarar culpado ou não culpado para cada item da acusação; e, caso o acusado não o faça, ela inscreve, em seu nome, nos autos que ele se declarou não culpado”.

A professora da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne) Delmas-Marty lembra que essa admissão de culpa tem a grande vantagem que permite realizar o julgamento sem precisar reunir júri nem efetuar a busca de provas segundo leis de aceitação e de exclusão muito complexas, reduzindo assim a duração e o custo do procedimento, que são especialmente elevados no caso dos tribunais penais internacionais. No entanto, apesar das aparentes vantagens desse *plea of guilty*, há também uma faceta negativa porque

[...] a prática acabou instaurando de modo progressivo uma *plea bargaining* (literalmente barganha, ou negociação da defesa) com a acusação que permite ao acusado se beneficiar, com ou sem o aval de um juiz, mas sem a intervenção da vítima, de uma atenuação da pena, direta ou indireta (pelo jogo de uma qualificação menos pesada) nos países de *common law*, mesmo que as práticas sejam diferentes de um país a outro. Ela se inscreve bem na tradição penal acusatória em que a acusação e a defesa têm papel mais ativo que o juiz e em que a vítima está pouco presente. No sentido inverso nos países ditos civilistas, de tradição inquisitória, em que o juiz permanece senhor do processo e a vítima tem reconhecido, segundo modalidades diversas, um papel ativo e às vezes o estatuto de parte no processo, tal procedimento não era tradicionalmente admitido.<sup>246</sup>

Como será visto nos capítulos 5 e 6 quando serão examinadas as decisões dos tribunais penais internacionais, há algumas admissões de culpa (*plea of guilty*), por

<sup>244</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. A influência do direito comparado sobre a atividade dos tribunais penais internacionais. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004, pp. 120-121.

<sup>245</sup> Grifo nosso. A versão em inglês tem a seguinte redação: “*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*”.

<sup>246</sup> DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 123.

exemplo, no ICTY: casos Erdemovic, Jelisic e Todorovic; no caso do ICTR: casos Kambanda, Serushago, Ruggiu, Bisengimana, Serugendo, Rugambarara. É interessante observar que tanto no caso Jelisic como no caso Kambanda, a admissão de culpa não evitou a pena máxima: prisão perpétua.

A utilização dos termos *actus reus* e *mens rea* é muito difundida também entre os autores latino-americanos. Veja-se, por exemplo, a argentina Hortensia Gutierrez Posse, para quem a descrição do ato ilícito deve englobar o elemento objetivo ou *actus reus*, mas também a intenção e o conhecimento dessa ilicitude – o elemento subjetivo ou *mens rea* – que tem que ter o indivíduo ao levar a cabo tal ato. Ou seja, mesmo para uma representante da família romano-germânica, mas estudiosa profunda do direito internacional penal, é fundamental que

en toda concepción de este derecho las reglas sustantivas habrían de contener las disposiciones que indicasen los actos que fuesen punibles. Esto es, tanto los elementos necesarios para considerarlos como prohibidos – el *actus reus* y la *mens rea* – como las circunstancias que pudiesen comportar eximentes de responsabilidad penal individual.<sup>247</sup>

A jurisprudência do ICTY e do ICTR e a formatação do atual TPI merecem atenção na análise da influência da *common law* no direito internacional penal contemporâneo.

Como ainda não há decisões sobre casos no TPI, somente há previsão no Estatuto de Roma, por exemplo no artigo 21(2). Neste dispositivo legal está previsto que: “O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores”. Assim conclui-se que este artigo abre a possibilidade para a aplicação da doutrina do *stare decisis*<sup>248</sup>, típica da *common law*. Nos capítulos 4, 5 e 6 quando do exame dos crimes definidos no Estatuto do TPI e da jurisprudência dos tribunais *ad hoc*, esse fato ficará plenamente comprovado.

Apesar de um pouco longo, merece destaque a seguinte passagem da decisão do caso *Aleksovski*<sup>249</sup>, sobre a importância das decisões anteriores

Traditionally common law jurisdictions have recognised the principle of *stare decisis*, or binding precedent, by which courts are bound by their previous decisions. [...] Although, in general, civil law jurisdictions do not recognise the principle of *stare decisis* or binding precedent, as a matter of practice, their highest courts will generally follow their previous decisions. [...] While

<sup>247</sup> POSSE, *op. cit.*, pp. 17-20.

<sup>248</sup> *Stare decisis* é o que restou da expressão maior *stare decisis et non quieta movere*, ou “que as coisas permaneçam firmes e imodificáveis em razão das decisões”.

<sup>249</sup> *Promotora versus Aleksovski* (IT-95-14/1-A), Apelação, 24 de março de 2000.

the doctrine of precedent does not operate formally in the European Court of Human Rights system, “as a matter of general practice and practical necessity, the Commission regards the Court’s binding judgments as the final authority on the interpretation of the Convention.” In the *Cossey Case*, the Court noted that, although not strictly bound, it would normally follow its previous decisions and would only depart from them if there were “cogent reasons” for doing so. [...] Despite the non-operation of the principle of *stare decisis* in relation to the International Court of Justice, its previous decisions are accorded considerable weight. This may be due to their perceived status as authoritative expressions of the law. [...] The Appeals Chamber recognises that the principles which underpin the general trend in both the common law and civil law systems, whereby the highest courts, [...] whether as a matter of doctrine or of practice, will normally follow their previous decisions and will only depart from them in exceptional circumstances, are the need for consistency, certainty and predictability. This trend is also apparent in international tribunals. [...] There is no provision in the Statute of the Tribunal that deals expressly with the question of the binding force of decisions of the Appeals Chamber. The absence of such a provision, however, does not mean that the Statute is of no assistance in this matter. [...] It is necessary to stress that the normal rule is that previous decisions are to be followed, and departure from them is the exception. The Appeals Chamber will only depart from a previous decision after the most careful consideration has been given to it, both as to the law, including the authorities cited, and the facts.

[...]

What is followed in previous decisions is the legal principle (*ratio decidendi*), and the obligation to follow that principle only applies in similar cases, or substantially similar cases. This means less that the facts are similar or substantially similar, than that the question raised by the facts in the subsequent case is the same as the question decided by the legal principle in the previous decision. There is no obligation to follow previous decisions which may be distinguished for one reason or another from the case before the court.

Where, in a case before it, the Appeals Chamber is faced with previous decisions that are conflicting, it is obliged to determine which decision it will follow, or whether to depart from both decisions for cogent reasons in the interests of justice.

Generally, in common law jurisdictions, decisions of a higher court are binding on lower courts. In civil law jurisdictions there is no doctrine of binding precedent. However, as a matter of practice, lower courts tend to follow decisions of higher courts (§§92-112).

Assim a Câmara de Apelação rejeita o rótulo de aplicação do *stare decisis*, mas reconhece que as decisões dos tribunais superiores são seguidas pelas cortes inferiores.

Menções explícitas as relações entre os dois principais sistemas jurídicos e eventual predomínio de um sobre o outro são raras nas decisões tanto do ICTY quanto do ICTR. Algumas dessas “aparições” merecem ser destacadas.

No caso *Delalic et alii*<sup>250</sup>, na parte que trata sobre o direito aplicável, a Câmara de Julgamento do ICTY lembrou que deve haver uma interação entre os dois principais sistemas jurídicos:

The Tribunal's Statute and Rules consist of a fusion and synthesis of two dominant legal traditions, these being the common law system, which has influenced the English-speaking countries, and the civil law system, which is characteristic of continental Europe and most countries which depend on the Code system. It has thus become necessary, and not merely expedient, for the interpretation of their provisions, to have regard to the different approaches of these legal traditions. (§159)

Essa mesma Câmara de Julgamento do ICTY, no mesmo caso e em oportunidade anterior, já havia feito consideração semelhante, lembrando que “*the general philosophy of the criminal procedure of the International Tribunal aims at maintaining a balance between the accusatory procedure of the common law systems and the inquisitorial procedure of the civil law systems; whilst at the same time ensuring the doing of justice* (§20)”. Agora, como diz essa passagem a idéia é manter um certo equilíbrio entre os procedimentos penais, no entanto, mais adiante, nesse mesmo parágrafo reconhece-se a indubitável influência do sistema da *common law*: “*There is little doubt about the predominating influence of the common law system and the impact of the accusatory procedure in the majority of the Articles of the Statute and the Rules* (§20).”<sup>251</sup>

Antonio Cassese – juiz e atuando como presidente da Câmara de Julgamento do ICTY durante o caso Erdemovic – expôs importante opinião pessoal sobre o assunto. Em sua *Separate and dissenting opinion*, examinando a noção do *guilty plea* e como as cortes penais internacionais podem depender do direito nacional, Cassese recordou que os procedimentos do direito internacional penal não se originam de um corpo uniforme de direito, mas é

It substantially results from an amalgamation of two different legal systems, that obtaining in common-law countries and the system prevailing in countries of civil-law (although for historical reasons, there currently exists at the international level a clear imbalance in favour of the common-law approach). (§4<sup>o</sup>)<sup>252</sup>

<sup>250</sup> Promotoria *versus* Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic e Esad Landzo (Caso IT 96-21-T), Julgamento, 16 de novembro de 1998.

<sup>251</sup> Decision on the prosecution's motion for an order requiring advance disclosure of witnesses by the defence. Promotoria *versus* Delalic *et al.* (Caso IT-96-21-T).

<sup>252</sup> Separate and dissenting opinion of Judge Cassese. Promotoria *versus* Erdemovic (IT-96-22), 7 de outubro de 1997. Grifo nosso.

A título de reforço dessa influência da *common law* nas decisões destes dois tribunais, veja-se o que foi visto acima sobre a *guilty plea*, não prevista nos estatutos destas cortes penais, mas reconhecido nas regras processuais como estratégia de defesa dos acusados, conforme estabelecido no sistema da *common law*.

É novamente Cassese quem manifesta sua contrariedade com a predominância do *common law*, mormente com o *guilty plea*

It follows that - unless expressly or implicitly commanded by the very provisions of international criminal law - it would be inappropriate mechanically to incorporate into international criminal proceedings ideas, legal constructs, concepts or terms of art which only belong, and are unique, to a specific group of national legal systems, say, common-law or civil-law systems. (§4<sup>o</sup>)<sup>253</sup>

Pode-se, por fim, afirmar que o âmbito jurídico em que foi forjado o direito internacional penal foi o da *common law*, ainda que alguns princípios do sistema romano-germânico estejam presentes, como por exemplo, o *nullum crimen sine lege* e a proibição ao recurso por analogia.

---

<sup>253</sup> *Idem.*

## CAPÍTULO 4 – CRIMES INTERNACIONAIS: CONCEITOS E CLASSIFICAÇÕES

Tema bastante espinhoso no direito internacional penal é o de definir o crime internacional. Muitos autores de diversos sistemas jurídicos debruçaram-se sobre o tema, propondo definições, estabelecendo classificações e/ou criando terminologias para tanto, tudo no afã de clarificar idéias.

Por isso, é importante fazer uma revisão bibliográfica sobre as tentativas de definições do crime internacional, desde seus primeiros esforços até os mais recentes trabalhos. Nesse sentido, portanto, utilizar-se-á uma ordem cronológica, sempre que possível, para a exposição do assunto.

Vários estudos sobre o TPI e temas correlatos furtam-se a definir o que é um crime internacional, do ponto de vista do direito internacional penal. Mas, para a compreensão da competência *ratione materiae* do TPI torna-se imperioso alcançar ou, pelo menos tentar, encontrar respostas a essas perguntas: o que faz um crime tornar-se internacional? E por que dentre estes crimes o TPI decidiu avocar a sua jurisdição sobre alguns crimes internacionais e não sobre outros?

Posteriormente, serão examinados os crimes previsto no Estatuto de Roma, ou seja, o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra.

Antes, no entanto, é importante distinguir os ilícitos internacionais atribuídos ao Estado (responsabilidade internacional do Estado) dos crimes internacionais praticados por indivíduos (responsabilidade internacional penal do indivíduo).

### 4.1 RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO (ILÍCITOS INTERNACIONAIS) E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL PENAL DOS INDIVÍDUOS (CRIMES INTERNACIONAIS)

Como visto no capítulo 1, na maior parte da evolução histórica do Direito Internacional Público somente o Estado era entendido como sujeito do direito internacional. Por isso, se somente esses entes participavam no processo de elaboração deste direito, somente os Estados tinham legitimidade para reclamar pelo descumprimento de suas regras violadas por outros Estados. Por isso a responsabilidade internacional do Estado surge quando este sujeito, por ação ou omissão, viola uma obrigação internacional.

Portanto, o Estado responsável por um ato ilícito, segundo o direito internacional, deve reparar o Estado contra o qual foi cometido este ato. No caso da

fábrica de Chorzow (1928), a Corte Permanente de Justiça Internacional definiu pela primeira vez a função de reparação no quadro da responsabilidade internacional do Estado nascida de uma expropriação ilícita. Também a Corte Internacional de Justiça expressou-se nessa mesma linha, em que se constatando a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional, surge o dever de compensação como consequência da responsabilidade.<sup>254</sup>

Dessa maneira, a responsabilidade por ilícitos internacionais recaía unicamente no Estado, surgindo assim a concepção dos “crimes de direito internacional”, objeto da responsabilidade dos Estados. Assim, o direito internacional tentou diferenciar os “crimes”, ou melhor, “ilícitos internacionais atribuídos ao Estado”, dos “delitos internacionais”. No artigo 19, §2, do “Projeto sobre a Responsabilidade dos Estados (1980)”, a Comissão de Direito Internacional definiu crime internacional como: “o fato ilícito internacional que se resulta de uma violação por um Estado, de uma obrigação internacional tão essencial para salvaguarda de interesses fundamentais da comunidade internacional, que a sua violação está reconhecida como um crime por essa comunidade, no seu conjunto constitui um crime internacional”<sup>255</sup>. Entende-se que a terminologia proposta no “Projeto” é equívoca, mais apropriado seria utilizar o termo “ilícitos internacionais” para as violações cometidas pelos Estados, e “crimes internacionais” para as violações perpetradas por indivíduos.

Com as novas tendências do direito internacional surgidas no pós-Segunda Guerra Mundial, que atribuíram no âmbito do direito punitivo obrigações e responsabilidades ao indivíduo, também estes, sejam governantes ou particulares, podem incorrer em responsabilidade penal internacional por violação do direito das gentes ou *delicta iuris gentium*.

É bem verdade que essa subjetividade é de alcance limitado e em nada comparável a dos Estados. Mas, de maneira relevante, algumas normas internacionais contemporâneas atribuem consequências internacionais as condutas delitivas da pessoa humana individualmente considerada, isto é, estabelecem a responsabilidade penal do indivíduo. Nesse sentido pode-se dizer que o ordenamento jurídico internacional apresenta uma vertente penal, que tem como

---

<sup>254</sup> QUADROS, Fausto de. *A protecção da propriedade da propriedade privada pelo direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 74-77.

<sup>255</sup> PEREIRA, Luis Cesar Ramos. *Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas consequências no direito internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado*. São Paulo: LTr, 2000, pp. 321-322.

objetivo primordial a regulação por meio de normas internacionais daquelas condutas cometidas por particulares em violação a obrigações prescritas pelo direito internacional.<sup>256</sup>

Como visto no capítulo 2, a aplicação de sanções aos indivíduos no marco dessa responsabilidade internacional individual ficava, na maioria dos casos, a cargo de cada Estado. Normalmente, a realização desse objetivo era alcançada pela aplicação de diferentes técnicas do princípio da cooperação, tais como, o princípio da jurisdição universal, o princípio do *aut dedere aut iudicare* e os mecanismos de cooperação policial e judicial estatais.

Ainda que pese certa semelhança entre a responsabilidade internacional do Estado e a responsabilidade internacional penal do indivíduo, é importante ressaltar que se trata de duas instituições de natureza distinta e autônoma, já que no caso da primeira ela é de caráter reparatório, enquanto a segunda é de caráter penal, sancionatório. É inegável, no entanto, que há certa conexão entre ambas as responsabilidades, mas isso não afeta o caráter autônomo e distinto de cada uma.<sup>257</sup>

Os ilícitos internacionais (delitos) ou os crimes internacionais, surgiram evocando princípios superiores de justiça, mas como expressão de necessidades e interesses reais e concretos, resulta em árdua tarefa defini-los e agrupá-los de acordo com um critério científico<sup>258</sup>. Vejamos a seguir algumas tentativas.

#### 4.2 CRIMES INTERNACIONAIS: DEFINIÇÕES E CLASSIFICAÇÕES POSSÍVEIS

Como visto, quando examinada a história e a conceituação do direito internacional penal, os estudos sobre esse ramo jurídico são antigos – um aparente contra-senso –, por isso as primeiras tentativas de definições de crimes internacionais são relativamente antigas. Entre os precursores desses estudos estão, o romeno Vespasian V. Pella e o francês Henri Donnedieu de Vabres – posteriormente juiz do Tribunal de Nuremberg – estes dois inclinando-se sobre o tema muito antes da Segunda Guerra Mundial. No período do pós Segunda Guerra Mundial destacam-se as concepções sobre os crimes internacionais formuladas pelos também franceses Stanislaw Plawski e Claude Lombois, pelo belga Stefan

---

<sup>256</sup> DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍNEZ, Magdalena Martín. *La Corte Penal Internacional: justicia versus impunidad*. Barcelona: Ariel, 2001, pp. 7-8.

<sup>257</sup> *Idem, ibidem*, p. 14.

<sup>258</sup> LAPLAZA, Francisco P. *El delito de genocidio o genticidio*. Buenos Aires: Depalma, 1953, p. 47.

Glaser, o alemão Hans-Heirich Jescheck e o espanhol Antonio Quintano Ripollés. E, por derradeiros, e em maior quantidade, reflexo da importância que ganhou a disciplina, as posições mais recentes: Cherif Bassiouni, Antonio Cassese, Vladimir-Djuro Degan, Kai Ambos, Kriangsak Kittichaisaree, Gerhard Werle, entre outros.

Uma das primeiras definições foi formulada por Vespasian Pella em seu clássico *La criminalité collective des États et le droit penal d'avenir* (1925), no entendimento de Pella: “*l’infraction internationale est une action ou une inaction, sanctionnée par une peine prononcée et exécutée au nom de la communauté des États*”. E essas infrações internacionais, do mesmo modo que as infrações cometidas no interior dos Estados por parte dos indivíduos, contam com certos elementos essenciais e invariáveis, que seriam: o elemento material, o elemento moral, o elemento injusto e o elemento legal.<sup>259</sup>

Posteriormente, em outra obra *La guerre-crime et les criminels de guerre* (1964), ou seja, já no pós-Segunda Guerra Mundial quando foi consagrada a responsabilidade penal individual, Pella repetiu a definição de infração internacional, mas acrescentou uma nova idéia, que “*dans cette définition nous avons considéré aussi bien les personnes physiques que les États comme sujets actifs d’infractions internationales*”. Sendo possível que perseguição possa ocorrer individualmente ou enquanto membros de grupos ou organizações declaradas criminais, como aconteceu em Nuremberg.<sup>260</sup>

Já Stefan Glaser definiu a infração internacional como “*un fait contraire au droit international et, de plus tellement nuisible aux intérêts protégés par ce droit qu’il s’établit dans les rapports entre les États une règle lui attribuant un caractère criminel*”. Glaser refere-se ao fato de que depois de longo tempo o direito internacional reconheceu certos atos como especialmente perigosos para a comunidade internacional, entre estas condutas pode-se citar a pirataria em alto mar.<sup>261</sup>

Nesta definição de Glaser é por vezes referida a falta de uma noção de sanção penal que deve estar ligada a noção de infração. Talvez por isso, em trabalho posterior, Glaser não propõe um conceito do que seja um crime internacional,

<sup>259</sup> PELLA, Vespasien. *La criminalité collective des États...*, p. 175.

<sup>260</sup> PELLA, Vespasien V. *La guerre-crime et les criminels de guerre* : réflexions sur la justice pénale internationale ce qu’elle est ce qu’elle devrait être. Neuchatel : Éditions de la Baconnière, 1964, pp. 52-53 (grifos do original).

<sup>261</sup> GLASER, Stefan. *Introduction à l’étude du droit international pénal*. Bruxelles, 1954, p. 11.

contentando-se tão-somente em examinar os elementos constitutivos da infração internacional e suas características. Glaser distingue dessa maneira que no direito internacional penal – que tem por missão salvaguardar os interesses superiores cuja proteção pertence ao direito internacional – os elementos constitutivos da infração são os seguintes: *i)* elemento material, ou seja, a infração considerada como um ato; *ii)* elemento legal, ou seja, infração considerada com um ato previsto pelo direito; *iii)* elemento injusto, ou seja, a infração na qualidade de um ato contrário ao direito; *iv)* elemento moral ou de culpabilidade, uma infração considerada com um ato culposo (*fautif*); *v)* elemento penal, ou seja, a infração como um ato punível.<sup>262</sup>

Mas em seu derradeiro trabalho sobre o direito internacional penal, Stefan Glaser voltou a elaborar uma nova definição do que é um crime internacional:

o crime internacional é um fato (ação ou omissão) contrário ao direito internacional, e a tal ponto nocivo aos interesses ou bens comuns da comunidade internacional, protegida por esse direito, que se estabeleceu nas relações entre os Estados a convicção de que tais fatos devem ser penalmente sancionados.<sup>263</sup>

O internacionalista britânico Georg Schwarzenberger também formulou sua própria definição para o crime internacional. Entendendo o direito penal como manifestação de todo grupo social que procura proteger seus valores e interesses mais importantes pela imposição dessas regras. Assim,

international crimes would, therefore, be in all likelihood only acts of subjects or objects of international law which strike at the very roots of international society. Such rules would have to be a prohibitive character and would have to be strengthened by punitive sanctions of their own.<sup>264</sup>

O espanhol Antonio Quintano Ripollés, autor do clássico *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, nas primeiras páginas de sua obra, examinando a questão dos crimes internacionais, furta-se a uma conceituação, mas formula interessante classificação das infrações internacionais.

Na concepção de Ripollés faz-se necessário fazer uma classificação entre as infrações chamadas internacionais ou com transcendência internacional. Nesse sentido, propõe uma divisão tripartida:

---

<sup>262</sup> GLASER, Stefan. *Infraction internationale: ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques exposé sur la base du droit pénal comparé*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, pp. 9-10.

<sup>263</sup> GLASER, Stefan. *Droit penal conventionel*. Bruxelas: Emile Bryllant, 1970, p. 49.

<sup>264</sup> SCHWARZENBERGER, *The problem of an International Criminal Law*, pp. 14-15.

a) *delitos de ordem interna com transcendência internacional* – ou seja, são aqueles delitos tipificados na legislação penal interna de cada Estado, pertencendo portanto ao ordenamento próprio desses países. No entanto, “*interesan a lo internacional, por cuanto que rebasan ese mismo ordenamiento nacional en lo objetivo por razón del bien jurídico violado, de transcendencia internacional, así como por el fin de la propia norma, que es el de proteger esos mismos intereses de la comunidad en que el Estado forma parte*”. Esses delitos, dos três concebidos, são os menos internacionais destes, não seriam, a rigor, delitos internacionais em sentido estrito, ainda que contra o Direito Internacional ou das Gentes, nomenclatura utilizada freqüentemente em textos de códigos penais, entre estes o espanhol<sup>265</sup>. Dentro dessa categoria encontram-se os seguintes crimes: atentados contra a soberania estatal estrangeira e de seus órgãos, a pirataria, entre outros.

b) *delitos de fonte internacional, acordados em tratados* – entre estes podem encontrar-se também alguns dos anteriormente considerados, mas também muitos outros em que a repressão foi convencionada por tratados assinados entre as partes. A característica em comum com os do grupo precedente é sua inclusão na órbita jurídica interna, mas diferem daqueles por não ser somente esta sua única razão de ser, mas como diz o mestre espanhol:

obedeciendo la misma a una necesidad de prosecución internacional jurídicamente reconocida y relevante. En ellos la duplicidad de normas no es ya meramente ocasional, sino que se impone por su bipolar naturaleza genética. No son, por tanto, sólo delitos de Derecho interno ‘internacionalizados’ por su finalidad y por el bien jurídico protegido, como con los del tipo a) acontece; son delitos de transcendencia internacional, aunque no precisamente ‘internacionales’ aún, en los que se deroga a veces la normal sistemática procesal de la territorialidad a favor de una competencia universal más o menos efectiva.<sup>266</sup>

Resumidamente, são os típicos *delicti iuris gentium*: tráfico de mulheres e crianças, de publicações obscenas, de estupefacientes, entre outros.

c) *delitos internacionais propriamente ditos* – já estes delitos são impostos por um organismo internacional ou supranacional, com ou sem a vontade de um Estado determinado. A rigor, são somente estes que merecem a denominação de internacionais, que compõem o direito internacional penal e não meramente, como os anteriores, o direito penal internacional. A origem destes delitos e deste ramo jurídico estaria em Nuremberg, uma “*realidad inconclusa, y con ella, la de un*

<sup>265</sup> RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 24.

<sup>266</sup> *Idem, ibidem*, pp. 26-27.

*Derecho Internacional Penal con el que hay que contar en el inmediato pasado, en el presente y en el porvenir. Un Derecho en gestación [...]”<sup>267</sup>. Entre estes delitos, encontram-se: crimes contra a paz, crimes de guerra, crimes contra a humanidade.*

O também espanhol Luis Jiménez de Asúa resolveu lançar luzes sobre os crimes internacionais. Asúa manifestava contrariedade a noção de infração internacional exposta por Stefan Glaser, visto que “*lo hace en su doble aspecto de la actividad individual y estatal, estudiando las infracciones que tienen por sujeto activo la persona física, y las propias del Estado, tanto en época de paz como en tiempo de guerra*”<sup>268</sup>. Segue Jiménez de Asúa em suas críticas:

Para el catedrático de Lieja, lo es todo hecho contrario al derecho internacional que para ser criminal precisa presentar un *plus* de trascendencia: perjudicar de tal modo los intereses internacionales que justifique su represión penal. [...] El desasosiego que nos deja esa definición de Glaser aumenta al leer que, para él, no significa un valor constante e inmutable, sino que está sujeta a evoluciones, como todas las normas del derecho internacional. Mas aún: no es necesario – según el enseñante de Lieja – que ese concepto delictuoso se precise en un tratado, pues a su juicio lo internacional penal escapa a los angostos límites de los convenios.<sup>269</sup>

Entendendo a classificação de Quintano Ripollés demasiado rigorosa e, por isso mesmo, sujeita a algumas fissuras, optou Asúa por uma classificação mais simples.

Esclarece, antes de tudo que o que ocorreu com o direito penal internacional também ocorreu com os delitos internacionais. A denominação imprópria formulada por Bentham, levando-se em consideração o conteúdo que tinha até há pouco, foi paulatinamente evoluindo com o passar dos anos, a uma maior harmonia entre o título e a essência. Também com os delitos internacionais passou o mesmo, ou seja, foram antes infrações que, pela sua permanência ou cosmopolitismo, mereciam ser julgadas por qualquer Estado que prendiam o delinqüente (sistema da ubiqüidade), e agora, ao contrário, consideram-se como tais “*las agresiones que se dirigen contra la comunidad pacífica de los Estados o contra la Humanidad*”.<sup>270</sup>

Mas, lembra o penalista espanhol, este é o caso dos “delitos novos” que coexistem com os velhos impropriamente chamados de internacionais e que se cruzam com outras formas que se revestem de características análogas, no tocante

<sup>267</sup> *Idem, ibidem*, pp. 27-28.

<sup>268</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Delitos internacionales, política criminal internacional y otros temas penales*. México, D.F.: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 28.

<sup>269</sup> *Idem, ibidem*, p. 28.

<sup>270</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, p. 1170.

a uma necessidade de uma sanção internacional, ainda que estes mesmos também possam receber semelhante denominação. O que importa para Asúa é agrupar em quatro categorias os “velhos” e os “novos” delitos internacionais<sup>271</sup>:

a) *delitos de persecução cosmopolita* – antigamente considerados como formas de criminalidade internacional, são aqueles delitos que (i) preparados ou iniciados em um território, continuavam em outro e podem mesmo consumir-se em um terceiro; (ii) atentam contra interesses que em todas as partes se consideram necessitados de proteção, por exemplo, a segurança do comércio internacional, das grandes linhas de comunicação, das relações monetárias e a defesa contra os inimigos do gênero humano (*hostes generis humani*): piratas, traficantes de escravos, de mulheres e menores, etc. O III Congresso Internacional de Direito Penal, reunido em Palermo, em 1933, votou uma larga lista de delitos deste caráter: pirataria, tráfico de escravos, de mulheres e crianças, de estupefacientes, a circulação e tráfico de publicações obscenas, ruptura e deterioração de cabos submarinos, as infrações graves em matéria de comunicações radioelétricas, especialmente a transmissão ou circulação de sinais de catástrofe ou de chamadas de auxílio falso ou enganosos, a falsificação de moeda, a falsificação de papéis de valor ou de instrumentos de crédito e atos de barbárie ou vandalismo capazes de originar um perigo comum.

b) *delitos internacionais em sentido estrito sem conteúdo político* – todos esses delitos catalogados em Palermo em 1933, na verdade, são delitos que se consagraram em convênios internacionais, ratificados pela maioria dos Estados e que se cometem em lugares em que país algum tem jurisdição, o alto mar, constituem os delitos internacionais propriamente dito que são o germen do direito penal internacional. Na posição de Asúa, não há motivos para que esses delitos saiam do regime da ubiqüidade e tampouco parece ao doutrinador espanhol que possam ser transferidos para a competência de um tribunal penal internacional.

c) *delitos propriamente internacionais de conteúdo político* – para Asúa são todos aqueles delitos que se referem a assuntos que interessam ao Estado ou Estados e que, portanto, a imparcialidade requer se sejam submetidos a uma corte internacional de justiça, por exemplo, a guerra de agressão. Continua o espanhol que não compete aos penalistas definir tal delito – devem conceituar os estadistas e

---

<sup>271</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Delitos internacionales...*, pp. 12-15.

doutrinadores do direito internacional –, mas tão-somente inseri-lo em um código penal internacional.

d) *delitos contra a humanidade* – tais delitos surgem como seqüela da II Guerra Mundial, previstos que estavam no Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Para Asúa, a característica deste delito contra a humanidade seria o genocídio, os crimes de guerra e os crimes contra as populações ocupadas, entre outros.

Um pouco acautelado lembra Jiménez de Asúa que o futuro desses verdadeiros crimes internacionais é ainda incerto e até mesmo utópico. Enquanto não tenha um órgão de soberania superior aos Estados, “*cuando se hable de Tribunal internacional y de sanciones internacionales, para juzgar y punir los delitos iuris gentium no pasará de especulaciones científicas – en el mejor de los casos – o de ganas de perder tiempo y emborronar papel – en el peor de ellos*”.<sup>272</sup>

Stanislaw Plawski acredita que dentro da noção de infração internacional é preciso distinguir os mesmos elementos que são propostos na análise de infração no direito penal interno. Estes elementos são: legal, material e moral. Com base nestes três elementos, a infração internacional pode ser qualificada como: “*L’infraction internationale est un acte illicite des individus coupables, réprimé et sanctionné par le droit international, étant nuisible aux rapports interhumains dans la communauté internationale*”. Dentro dessa noção de infração internacional, Plawski é bastante enfático em utilizar tal conceito como sinônimo de crime internacional, quando afirma que:

dans le domaine du droit international pénal en parlant de l’infraction nous y entendons les crimes. Et cette notion de crime ne dépend pas de la sanction qui menace ni de la sanction appliqué. Il s’agit de la gravité et de l’importance des infractions internationales.<sup>273</sup>

Claude Lombois, debruçando-se sobre o assunto das infrações internacionais, destaca que

l’infraction est internationale par nature parce qu’elle consiste en un comportement illicite qui porte atteinte aux fondements de la société internationale elle-même. Comme la société internationale est établie entre Etats, on peut définir l’infraction internationale comme le comportement illicite d’un Etat dans se relations avec les autres Etats: la guerre d’agression en est le type.<sup>274</sup>

<sup>272</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, pp. 1172-1173.

<sup>273</sup> PLAWSKI, Stanislaw. *Etude des principes fondamentaux du droit international pénal*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, pp. 74-75.

<sup>274</sup> LOMBOIS, *op. cit.*, pp. 33-35.

Mas lembra Lombois que seria um erro considerar que porque essa conduta afeta as relações entre Estados, a infração internacional aconteceria em um mundo etéreo povoado de pessoas imateriais. Bem ao contrário, já que “*ce sont des hommes qui la commettent et ce sont des hommes qui en souffrent*”. Por isso, para o professor francês,

les infractions internationales sont, d'abord, les agissements contraires au droit international public et tellement nuisibles aux intérêts protégés par ce droit que la société internationale a décidé de les réprimer pénalement. L'infraction est internationale au double sens matériel – l'intérêt protégé par la disposition répressive appartient à l'ordre public de la société internationale – et formel – c'est une norme internationale qui établit l'infraction.<sup>275</sup>

Para M. Cherif Bassiouni – em um dos seus primeiros estudos e ainda muito citado – os delitos contra o direito das gentes ou *delicti jus gentium*, pela sua própria natureza afetam a sociedade internacional como um todo. Tais condutas, porém, não podem recair na exceção de delito político porque, embora possam ter conexão política, essas condutas violam “leis da humanidade” em geral e o direito internacional penal em particular. Nesse sentido, o conceito de crime internacional deve englobar dois aspectos de conduta ofensiva: (i) aquela que ofende a moralidade comum da humanidade e é reconhecido como ofensivo a humanidade como um todo; e (ii) aquela prevista em um tratado como um crime internacional, mas este deve recair no princípio da “exceção da exceção”, ou seja, a exceção do delito político não pode ser invocada.<sup>276 277</sup>

O próprio Bassiouni lembra que no *Draft Code of Offences*, posteriormente conhecido como *Draft Code of Crimes* – que nunca teve a intenção de codificar todos os crimes internacionais – flutuou bastante no número de crimes internacionais, de um mínimo de cinco até os atuais vinte e cinco, os quais são: agressão; genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra; crimes contra o pessoal das Nações Unidas e associados; posse, uso e colocação ilícita de armas; furto de materiais nucleares; mercenarismo; *apartheid*; escravidão e outras condutas penais conexas; tortura e outras formas de tratamentos ou punições cruéis,

<sup>275</sup> *Idem, ibidem*, p. 34.

<sup>276</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *International extradition and world public order*. Leyden: A. W. Sijthoff, 1974, pp. 416-418.

<sup>277</sup> Veja-se, por exemplo, o artigo 7 da Convenção do Genocídio (1948): “O genocídio e os outros atos enumerados no artigo 3 não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição. As Partes Contratantes se comprometem, em tal caso, a conceder a extradição de acordo com sua legislação e com os tratados em vigor”.

desumanos ou degradantes; experimentação humana ilícita; pirataria; pirataria aérea e crimes contra a segurança aérea internacional; crimes contra segurança da navegação marítima e da segurança das plataformas em alto mar; ameaça e uso da força contra pessoas protegidas internacionalmente; captura de reféns civis; uso ilícito do serviço postal; tráfico ilícito de entorpecentes e crimes conexos; destruição e/ou furto de tesouros nacionais; crimes contra certos elementos do meio ambiente protegido internacionalmente; tráfico ilícito de material obsceno; falsificação e contrafação; interferência ilícita nos cabos submarinos internacionais; e corrupção de funcionários públicos estrangeiros. Os três crimes mais recentemente incorporados, ainda segundo Bassiouni, foram: crimes contra o pessoal das Nações Unidas e associados, mercenarismo e crimes contra segurança da navegação marítima e da segurança das plataformas em alto mar.<sup>278</sup>

Lembra Bassiouni ainda que alguns desses crimes, tais como pirataria e crimes de guerra, são resultados direto do direito internacional costumeiro, estando incluídos também, de uma forma ou outra, em tratados de direito internacional penal.<sup>279</sup>

Margarida Cantarelli – que sustentou a tese de doutorado “Da territorialidade à transnacionalidade: a desterritorialização da jurisdição penal” – também examinou o conceito de crime internacional. Para a professora, “os crimes internacionais, também chamados de *delicti juris gentium*, são criados diretamente pelo Direito Internacional, a maior parte deles através de normas convencionais (tratados, convenções, protocolos e outras regras internacionais), mas também, através de normas costumeiras”. Nesse sentido, delitos internacionais são aqueles “atos contrários ao direito internacional público e de tal modo nocivos aos interesses protegidos por esse direito que a sociedade internacional decidiu reprimi-los penalmente”.<sup>280</sup>

Já para o jurista italiano Antonio Cassese, ex-presidente do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, “*International crimes are breaches of international rules entailing the personal criminal liability of the individual concerned (as opposed to the responsibility of the States of which the individuals may act as organs)*”. Por

---

<sup>278</sup> BASSIOUNI, *Historical survey...*, p. 12.

<sup>279</sup> BASSIOUNI, *Characteristics of international criminal law conventions*, p. 1.

<sup>280</sup> CANTARELLI, Margarida de Oliveira. Da territorialidade à transnacionalidade: a desterritorialização da jurisdição penal. Dois tomos. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, Tese (Doutorado em Direito), 2000, pp. 214-217.

isso, os crimes internacionais devem conter cumulativamente os seguintes elementos: a) violações do direito internacional costumeiro, bem como dos tratados internacionais; b) regras com intenção de proteger valores considerados importantes para toda a sociedade internacional; c) que haja um interesse universal na repressão desses crimes; e, d) que aquele que tenha cometido tal ato tenha atuado com capacidade oficial estatal, *de facto* ou *de jure*. Portanto, nesta definição de crimes internacionais incluem-se, tão somente: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, tortura, agressão e algumas formas extremas de terrorismo.<sup>281</sup>

Para os britânicos Claire De Than e Edwin Shorts “*an international crime is an act which the international community recognizes as not only a violation of ordinary State criminal law but one which is so serious that it must be regarded as a matter for international concern; further, for one of a variety of reasons, it cannot be left to the State which would normally have jurisdiction over it.*” Tais motivos que justificariam a intervenção internacional para julgamento desses crimes seriam: a eficiência, o caráter prático e os receios sobre a probabilidade de persecução pelo Estado que tem a jurisdição. Aduzem De Than e Shorts, que praticamente todos os crimes internacionais podem ser qualificados como sérias violações aos direitos humanos e em diversas violações ao direito internacional humanitário, um fator que pouco contribuiu para clarificar os princípios ou as fronteiras do direito internacional penal.<sup>282</sup>

Por fim, conclui-se que a lista dos crimes internacionais estaria em um rápido processo de expansão desde os anos 1940, mas com grandes divergências quanto ao seu conteúdo preciso. Muitos autores argumentam que um crime só pode ser considerado como crime internacional quando for processado por um tribunal penal internacional permanente ou *ad hoc* (ICTY, ICTR e TPI), mas tal definição excluiria alguns dos mais antigos crimes internacionais aceitos com tal *status*, como por exemplo a pirataria. Essa sujeição pode ser considerada como um bom ponto de partida. Todo crime internacional tem sua fonte em uma convenção internacional, em uma regra de direito consuetudinário ou em uma combinação destes dois fatores. Estes, no entanto, tendem a serem muito específicos e utilizados como uma resposta a uma grave crise em particular – como um genocídio, um seqüestro, uma

---

<sup>281</sup> CASSESE, *International criminal law*, pp. 23-24.

<sup>282</sup> DE THAN; SHORTS, *op. cit.*, 2003, pp. 3-13.

tortura – enquanto os baseado no direito internacional consuetudinário são mais furtivos e flexíveis.<sup>283</sup>

Já para Vladimir-Djuro Degan para ser um crime internacional é preciso que haja as seguintes características: (i) que haja uma responsabilidade individual daqueles que cometeram o crime, mas em alguns casos pode ser que contenha tal ato uma responsabilidade estatal; (ii) que o crime internacional atinja direitos humanos, mesmo que essa conduta seja em decorrência da represália por parte de um Estado que foi atingido por um ato ilícito por parte de outro Estado, seja em tempo de paz ou de guerra; (iii) todos os crimes internacionais são imprescritíveis; (iv) todas as obrigações que tenham como objetivo evitar as violações as normas fundamentais, são obrigações *erga omnes*; (v) para ser crime internacional é preciso que haja um vínculo com a norma imperativa (*jus cogens*) de direito internacional, prescrita no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969).<sup>284</sup>

O professor Kriangsak Kittichaisaree, da Universidade de New South Wales, furta-se a definir o crime internacional, aproveita para citar uma definição formulada pelo Tribunal de Nuremberg, como se segue:

An international crime is such act universally recognized as criminal, which is considered a grave matter of international concern and for some valid reason cannot be left within the exclusive jurisdiction of the State that would have control over it under ordinary circumstances...

Mas, lembra o Kittichaisaree que é a comunidade internacional que define quais crimes à luz dos mais recentes desenvolvimentos do direito, da moralidade e o senso de justiça criminal que merecem tal grau de importância. E agrega que: “*it is correct to contend that what acts should be characterized as international crimes depends on the machinery by which such acts are to be dealt with*”.<sup>285</sup>

De maneira bem simplificada – talvez mesmo no sentido de não criar grande polêmica – Gerhard Werle não utiliza a expressão crime internacional (*international crime*) em sua obra, preferindo utilizar o termo “crimes conforme o direito internacional penal” (*crimes under international criminal law*). Para o professor de Direito Internacional Penal da Universidade Humboldt, “*crimes under international*

<sup>283</sup> *Idem, ibidem*, pp. 12-13.

<sup>284</sup> DEGAN, Vladimir-Djuro. Responsibility of states and individuals for international crimes. In: YEE, Sienho; TIEYA, Wang. *International law in Post-Cold War World: essays in memory of Li Haopei*. London: Routledge, 2001, pp. 204-206.

<sup>285</sup> KITTICHAISAREE, *op. cit.*, p. 3.

*law are all crimes that involve direct individual criminal responsibility under international law*". Enquanto o direito internacional penal – que deve ser entendido no sentido de *Völkerstrafrecht*, *droit international pénal* e *derecho internacional penal* – “engloba todas as normas que estabelecem, excluem ou de certa maneira regula a responsabilidade para os crimes conforme o direito internacional penal”. Na concepção de Werle os crimes conforme o direito internacional são o genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão, os assim chamados crimes mais graves (*core crimes*) que são “‘*most serious crimes of concern to the international community*’ and are subject to the jurisdiction of the *International Criminal Court*”.<sup>286</sup>

Em vista desses pontos de vista concordantes e discordantes é fácil concluir que não é uma tarefa simples conceituar crime internacional e/ou infração internacional. O que não deixa de ser irônico já que esses dois termos são utilizados correntemente na linguagem jurídica universal para qualificar os comportamentos, ativos ou omissivos, que contradizem as normas legais.

Para o italiano Luigi Condorelli, infração “*est notoiremen très general ou générique: il évoque [...] une notion ‘fourre-tout’, capable d’embrasser tous les genres et toutes les espèces d’agissements illégaux; on peut en ce sens le considérer comme l’équivalent de l’expression ‘fait illicite’*”. Enquanto o termo crime, que é oriundo do vocabulário do direito penal, “*stigmatise la gravité particulière du comportement en question, assigne à la qualification juridique donnée le rôle d’exprimer la réprobation sociale la plus élevée, et justifie du même coup que la réponse punitive prévue par l’ordre juridique pertinent atteigne des niveaux d’un singulière sévérité*”. Condorelli acredita, no entanto, que tudo isso se complica, quando esses termos são acompanhados do adjetivo internacional. As precisões terminológicas são colocadas de lado, muito em decorrência da evolução do direito internacional e das modificações importantes ocorridas recentemente, “*tant pour ce qui est de son enrichissement structurel et normatif, que quant à la manière d’appréhender les questions relatives aux moynes pour assurer le respect de ses règles*”.<sup>287</sup>

<sup>286</sup> WERLE, *op. cit.*, pp. 25-26.

<sup>287</sup> CONDORELLI, Luigi. Présentation de la II<sup>ème</sup> partie. In: ASCENSIO, Hervé ; DECAUX, Emmanuel ; PELLET, Alain (orgs.). *Droit International Pénal*. Paris: A. Pedone, 2000, p. 241.

Por isso, acredita Condorelli, deve-se evitar de utilizar o termo crime – mesmo para o comportamento mais graves dos Estados – que não ajuda em nada o entendimento sobre a responsabilidade internacional estatal, optando-se pelo emprego da expressão fatos ilícitos ou infrações (*faits illicites ou infractions*), especialmente porque esse comportamento dá-se em relação mais “horizontal”. Enquanto,

Le terme “crime” semblait convenir, en fin de compte, seulement dans une logique de “verticalité” ou “hiérarchisation”, telle celle du droit pénal: logique qui – d’après la conception traditionnelle – n’a pas de place véritable en droit international, pour ce qui est des relations interétatiques. Rien d’étonnant, par contre, qu’on vît le terme en question comme parfaitement utilisable pour qualifier des agissements d’individus (et non pas d’États) considérés comme mettant en péril les rapports entre États souverains.<sup>288</sup>

Como visto nos capítulos anteriores, o direito internacional penal vem sendo formatado em bases variadas: direito internacional costumeiro, tribunais *ad hoc* e uma variada gama de tratados que podem alcançar o número de trezentos, nos últimos 175 anos. Estes tratados internacionais elencam o que seja o crime internacional e colocam o Estado na obrigação de criminalizar as condutas prescritas neles, bem como de processar os acusados por tais atos e punir aqueles que forem condenados ou extraditá-los para o Estado que seja apto para tal.

O direito internacional penal desenvolveu-se muito no século XX até a inclusão dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, na competência do Tribunal Penal Internacional.

A esse respeito Jesús Orlando López, acredita que:

Aunque la naturaleza de los crímenes contra el derecho de gentes ha sido discutida, indicándose que se trataría de delitos de derecho interno con trascendencia internacional, lo cierto es que en actualidad, en nuestra opinión, cuando se colman los requisitos de artículos 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, no cabe duda de que se trata de verdaderos delitos de naturaleza interestatal, tanto por la calidad de los bienes jurídicos ofendidos como por titulares de los bienes, pues se trata de crímenes que afectan bienes esenciales de la comunidad internacional y no sólo de titulares individuales en el interior de un Estado.<sup>289</sup>

De maneira sintética, considera-se basicamente dois motivos para que um crime internacional seja considerado como tal para a sociedade internacional, e por isso, suscetível de ação do direito internacional penal: (i) quando o delito possa ter contornos claros de que não pode ser perseguido de maneira eficaz pelo Estado

<sup>288</sup> *Idem, ibidem*, p. 242.

<sup>289</sup> LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. *El delito de genocidio*. Bogotá, D.C.: Doctrina y Ley, 2003, p. 35.

onde o fato delituoso ocorreu, gerando um interesse comum por partes dos demais Estados em promover tal perseguição; (ii) o segundo fator caracterizador é a extrema gravidade de certos crimes, que geralmente vem acompanhada pela renúncia, desinteresse ou incapacidade dos sistemas jurídicos dos Estados em promover a devida persecução penal.

Como visto, através de todas as posições expostas, que as conceituações de crime internacional variaram bastante ao longo dos anos examinados. Mas, aparentemente, em nenhuma delas constam elementos como tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade em suas definições.

Há por vezes a tentativa de identificação de elementos comuns nestes delitos que os alcem a uma categoria de internacionalmente, por exemplo, o elemento legal ou o elemento internacional. E na presença destes elementos, e de outros, estar-se-ia defronte uma prática repudiada pela sociedade internacional, sujeita a uma sanção internacional.

O curioso de toda essa exposição é que talvez a melhor definição de crime internacional, seja mesmo a primeira, ou seja, a elaborada por Vespasien Pella em 1925, de que a infração internacional constitui-se de um comportamento proibido sujeito a uma sanção penal, desde que essa seja aplicada e executada em nome da comunidade internacional.

O próprio Stanislaw Plawski que também elaborou sua própria conceituação, acredita que a noção do que seja uma infração internacional elaborada por Pella é "*une définition théoriquement sans reproche*". Mas, alerta Plawski, que o professor romeno falava do direito internacional penal como o direito do futuro (*de l'avenir*), já que era "*partisant de la justice internationale il liat la notion de l'infraction internationale avec l'existence du tribunal international permanent compétent pour juger les auteurs de ces infractions. Or, l'état actuel du droit international pénal est encore loin de cet état idéal*".<sup>290</sup>

Mas, nos dias atuais com a constituição de um tribunal penal internacional permanente chegou-se no patamar idealizado por Pella e por tantos outros, ou melhor, o direito penal do futuro (*droit penal de l'avenir*) tornou-se finalmente, depois de um longo percurso histórico, o direito internacional penal da sociedade

---

<sup>290</sup> PLAWSKI, *op. cit.*, p. 72.

internacional, que criou um tribunal permanente para julgar os crimes internacionais que constam no seu estatuto e impor sanções em nome da sociedade internacional.

Portanto, entende-se que um crime internacional é tão-somente aquela conduta criminosa prevista e processada perante um tribunal penal internacional, seja este *ad hoc* ou permanente. Mas, sobre aqueles, ou seja, os dispostos em estatutos de tribunais *ad hoc* a crítica a violação ao princípio da legalidade ainda é recorrente, mas a construção jurisprudencial destes crimes por esses tribunais torna sua análise relevante, ainda mais se considerar-se que os crimes previstos nos estatutos do ICTY e do ICTR são muito semelhantes, quando não idênticos, aos crimes previstos no TPI permanente.

Por isso, é somente depois da Conferência das Nações Unidas que criou o Tribunal Penal Internacional, que sem máculas pode-se definir o que sejam os crimes internacionais. Que são aqueles sob a jurisdição *ratione materiae* deste tribunal, isto é, o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra.

#### 4.3 CRIMES EM ESPÉCIE: GENOCÍDIO

Neste subitem será visto o crime de genocídio, desde suas origens históricas até suas principais características, objetivas e subjetivas, conforme a previsão do Estatuto de Roma.

O genocídio pode ser cometido tanto em tempo de paz quanto em tempo de guerra, quando membros de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso são mortos, severamente lesionados ou submetidos a condições calculadas que levem a destruição parcial ou completa do grupo. Ainda, acontece o genocídio quando a membros desses grupos são impostas medidas destinadas a impedir nascimentos ou há a transferência forçada de crianças do seio grupo para outro grupo.

Portanto, como será examinado abaixo, o genocídio requer a configuração de um dos atos listados no artigo 6(a) a (e) do Estatuto de Roma. Além disso, o elemento subjetivo do genocídio exige que o elemento objetivo seja acompanhado com a intenção específica de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

#### 4.3.1 Antecedentes históricos do crime de genocídio (história jurídica)

A palavra genocídio é resultado da conjunção do grego *genos* (no sentido de raça ou tribo) com a latina *cide* (no sentido de matança). É relativamente moderna tendo sido cunhada em 1944 – ainda durante a Segunda Guerra Mundial – pelo jurista de origem polonesa Raphaël Lemkin no seu livro *Axis Rule in Occupied Europe*. Segundo Lemkin a cunhagem do novo termo era necessária porque era uma nova concepção para a destruição de nações.<sup>291</sup>

Levando-se em conta que o fenômeno do genocídio<sup>292</sup> está diretamente associado as grandes tragédias do século XX, sem dúvida o mais brutal de todos os anteriores, diversos genocídios ocorreram em outras partes do mundo. De certa maneira, o mundo acostumou-se à expulsão e massacres de milhões de seres humanos, fenômenos que se tornaram tão conhecidos que foi preciso inventar novas palavras para eles, como o caso dos “sem Estado” (apátridas) e genocídio.<sup>293</sup>

Um primeiro genocídio, isto é, uma primeira tentativa moderna de eliminar toda uma população, foi o dos armênios pelos turcos otomanos em 1915, durante a Primeira Guerra Mundial<sup>294</sup>. É o “genocídio esquecido” na expressão de Leo Kuper, lembrado tão-somente pelos armênios. Os números variam de um mínimo de 800 mil até 1,5 milhão de vítimas.<sup>295</sup>

Mas o clímax da história do genocídio foi mesmo o Holocausto, o extermínio de judeus pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, quando aproximadamente seis milhões de pessoas foram vítimas das políticas anti-semitas implantadas pelo Terceiro Reich de Adolf Hitler. O destaque de tal fato histórico recai em parte pelo

<sup>291</sup> LEMKIN, Raphaël. *Axis rule in occupied Europe: laws of occupation, analysis of Government proposals for redress*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p. 79. Lemkin também pensou no termo *ethnocide* fusão da palavra grega *ethnos* (nação) e do latim *cide* (matança), mas genocídio acabou generalizando-se.

<sup>292</sup> Uma outra alternativa é a de evitar o termo “genocídio” no seu conjunto. Alguns estudiosos empregaram termos como “*democide*”, “*state sponsored mass murder*”, “*ethnocide*”, “*ethnic cleansing*” e “*politicide*”, para descrever alguns eventos algumas vezes descrito como genocídio. Muitos desses termos foram empregados em que o uso da expressão genocídio tornou-se controverso. No entanto, essas opções não são muito consideradas entre os estudiosos do genocídio. KABATSI, Freda. Defining or Diverting Genocide: changing the comportment of genocide. *International Criminal Law Review*.. vol. 5 (2005). The Hague: Koninklijke Brill NV, p. 395.

<sup>293</sup> HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 57.

<sup>294</sup> Já para o filósofo e escritor francês Jean-Paul Sartre: “o fenômeno do genocídio é tão velho quanto à própria humanidade: e até hoje não houve sociedade alguma cuja estrutura a impedisse de cometer tal crime. Mas cada caso de genocídio tem sua origem histórica e apresenta as características da sociedade de que derivou”. SARTRE, Jean-Paul. Sobre o conceito de genocídio. In: RUSSEL, Bertrand; SARTRE, Jean-Paul; DEDIJER, Vladimir. *Os Estados Unidos no banco dos réus*. São Paulo: Paz e Terra, 1970, p. 430.

<sup>295</sup> KUPER, Leo. *Genocide*. Harmondsworth: Penguin Books, 1981, p. 105.

total de vítimas, mas em boa parte também pela maneira como ocorreu, ou seja, um bem elaborado e burocrático plano para tal fim, com a utilização industrial para o extermínio como as câmaras de gás dos campos de concentração.

Importante passo no caminho de dar-se relevância maior ao crime de genocídio veio com a “Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948”. Cabe salientar que tanto durante a redação da Carta Orgânica do Tribunal Militar como enquanto transcorriam os julgamentos em Nuremberg, não se imaginou necessário ver a figura do crime de genocídio como um crime separado dos crimes contra a humanidade. Ainda que, lembre-se, essa Convenção foi o primeiro tratado do pós-guerra em matéria de direitos humanos – algumas horas antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro desse mesmo ano – certamente também em memória do Holocausto judeu. A Convenção foi adotada pela Resolução 260 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1948, entrando em vigor internacional em 12 de janeiro de 1951.

Já no preâmbulo da Convenção, constata-se que o genocídio é considerado um crime internacional: “considerando que a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em sua Resolução 96 (I), de 11 de dezembro de 1946, declarou que ‘o genocídio é um crime contra o Direito Internacional, contrário ao espírito e aos fins das Nações Unidas e que o mundo civilizado condena’”, merecendo por parte da sociedade internacional cooperação no seu combate. O artigo 1 da Convenção confirma que o crime de genocídio pode ser praticado tanto em tempo de guerra quando em tempo de paz, e “é um crime contra o Direito Internacional”.

Posteriormente, o crime de genocídio foi também incorporado aos Estatutos dos Tribunais Penais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, bem como no Estatuto de Roma.

Como a definição do crime de genocídio inscrita no artigo 6 do Estatuto de Roma, que prevê tal crime, é a mesma do artigo 2 da Convenção do Genocídio (1948)<sup>296</sup>, este instrumento internacional torna-se fundamental para o entendimento deste crime. Além disso, a Convenção trouxe importantes novidades para o direito internacional penal como a possibilidade de criação de uma corte penal internacional (artigo VI) e a irrelevância do cargo ou posto oficial do autor do delito, estipulando

---

<sup>296</sup> Exceção feita ao original “Na presente Convenção”, que foi adaptado “Para os efeitos do presente Estatuto”.

que “as pessoas que tiverem cometido o genocídio [...] serão punidas, sejam governantes, funcionários ou particulares” (artigo IV).

No caso Akayesu, julgado pelo ICTR, a Câmara de Julgamento I desta corte entendeu que as bases do genocídio vão mais além dos tratados, afirmando a idéia de que genocídio é “inegavelmente considerado como parte do direito internacional costumeiro”. Esta conclusão é fundamentada no Parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça (CIJ) sobre Reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio. No Parecer Consultivo, emanado em 28 de maio de 1951, os juízes membros da CIJ entenderam que “os princípios sobre os quais ela é fundada [a Convenção] são reconhecidos pelas nações civilizadas como obrigatórias aos Estados mesmo sem nenhuma ligação convencional. Entendeu-se que a Convenção teria alcance universal. Seu propósito é puramente humanitário e civilizador”<sup>297</sup>. A linguagem adotada corresponde ao artigo 38(1)(d) do Estatuto da CIJ que evoca entre as fontes do direito internacional “os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas”.

No entanto, apesar dessa longa evolução histórica do crime de genocídio, as decisões jurídicas sobre o mesmo são bastante escassas, englobando: algumas decisões interlocutórias emanadas pelo ICTY, a decisão do caso Akayesu pelo ICTR e algumas brevíssimas decisões nacionais esparsas. Como visto no capítulo 2 Jean-Paul Akayesu foi o primeiro indivíduo a ser condenado pelo crime de genocídio; e, no caso Eichmann – também visto no capítulo 2 – a questão do genocídio não foi uma das acusações principais, mas estava inserida dentro dos crimes contra a humanidade.

#### 4.3.2 Sujeito ativo

Qualquer indivíduo pode ser sujeito ativo do crime de genocídio. Há também uma responsabilidade penal individual exclusiva, ou de outra maneira, não se admite – seja na Convenção de 1948<sup>298</sup> seja no Estatuto de Roma<sup>299</sup> – a responsabilidade

---

<sup>297</sup> Para uma versão em português do Parecer Consultivo, v. BRANT, *op. cit.*, p. 513.

<sup>298</sup> Artigo IV: “As pessoas que tiverem cometido o genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados do artigo III serão punidas, sejam governantes, funcionários ou particulares”. Artigo VI: “As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição”.

<sup>299</sup> Artigo 25: “1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas”.

penal das pessoas jurídicas, punindo-se somente os representantes dos Estados<sup>300</sup>. Já o penalista Heleno Cláudio Fragoso aduz que, em regra, o sujeito ativo do crime de genocídio é o chefe político e/ou militar<sup>301</sup>.

#### 4.3.3 Sujeito passivo

O sujeito passivo do crime de genocídio é o “grupo nacional, étnico, racial e religioso”. É uma enumeração taxativa a respeito dos grupos mencionados, bem como em relação as condutas praticadas, mencionadas abaixo.

O que se denota, em primeiro lugar, é a exclusão de outros possíveis grupos vítimas deste crime, por exemplo, grupos culturais, políticos e econômicos. Exclusão que foi intencional deste quando se redigiu a Convenção do Genocídio (1948), já que a preocupação naquele momento histórico era em prevenir que se recorresse a políticas de extermínio planejadas executadas, como as dos nazistas, que tinham como alvo uma específica comunidade distinguida por atributos relativamente estáveis. É freqüente a crítica a exclusão a estes outros grupos, mas atualmente se depreende que há uma intenção de dar um caráter mais “estável”, distinguindo assim de grupos mais “móveis”, como os de caráter cultural, político e econômico.

Segundo o professor alemão Gerhard Werle, a classificação de um grupo de pessoas como “nacional, étnico, racial e religioso” pode ser acompanhada por uma variedade de perspectivas, mas dois critérios auxiliariam de maneira decisiva. O critério objetivo, marcado por costumes comuns, linguagem, religião ou características físicas facilmente distinguíveis, como a cor da pele ou estatura. Mas, também o critério subjetivo pode ajudar, como: auto-identificação como membro do grupo ou a percepção por parte de outros de que aquela pessoa compõem o grupo nacional, étnico, racial e religioso. Ambos critérios podem ser encontrados em decisões dos tribunais penais internacionais.<sup>302</sup>

Por exemplo, em Akayesu, percebe-se claramente o critério objetivo: grupo nacional “*is defined as a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties*”; grupo étnico “*is generally defined as a group whose members share a common language or*

---

<sup>300</sup> CANÊDO, Carlos Augusto. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp. 180-182.

<sup>301</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*, vol. I. 6. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 97-98.

<sup>302</sup> WERLE, *op. cit.*, p. 194.

*culture*”; grupo racial “*is based on the hereditary physical traits often identified with a geographical region, irrespective of linguistic, cultural, national or religious factors*”; enquanto, o grupo religioso “*is one whose members share the same religion, denomination or mode of worship (§§512-515)*”<sup>303</sup>.

Já no caso *Kayishema e Ruzindana*, a Câmara de Julgamento caracterizou um grupo étnico

*is one whose members share a common language and culture; or, a group which distinguishes itself, as such (self identification); or, a group identified as such by others, including perpetrators of the crimes (identification by others) (§98).*<sup>304</sup>

No exame do caso contra *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, na Câmara de Julgamento I do ICTR – composta pelos juízes Laïty Kama (presidente), Lennart Aspegren e Navanethem Pillay –, a Câmara vai mais além na importância de se considerar o elemento subjetivo na análise do pertencimento a um dos grupos protegidos quando salienta que:

[...] the concepts of national, ethnical, racial and religious groups have been researched extensively and that, at present, there are no generally and internationally accepted precise definitions thereof. Each of these concepts must be assessed in the light of a particular political, social and cultural context. Moreover, the Chamber notes that for the purposes of applying the Genocide Convention, membership of a group is, in essence, a subjective rather than an objective concept. The victim is perceived by the perpetrator of genocide as belonging to a group slated for destruction. In some instances, the victim may perceive himself/herself as belonging to the said group (§56).<sup>305</sup>

#### 4.3.4 Bem jurídico: o objeto de proteção

A criminalização do genocídio busca proteger certos grupos, dando a estes o direito de existir. Isto fica bastante evidente com a leitura da Resolução 96 (I) da Assembleia Geral das Nações Unidas, que define o genocídio como:

denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups, and its contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations.

Para Fragoso o bem jurídico tutelado no crime de genocídio não é propriamente a vida do indivíduo do grupo, mas a do grupo de pessoas na sua

<sup>303</sup> Promotoria *versus Akayesu* (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998.

<sup>304</sup> Promotoria *versus Kayishema e Ruzindana* (ICTR-95-1-T), Julgamento, 21 de maio de 1999.

<sup>305</sup> Promotoria *versus Rutaganda* (ICTR-96-3-T), Julgamento, 9 de dezembro de 1999.

totalidade – mesmo reconhecendo que tal prática delituosa possa configurar-se ainda que só uma pessoa seja vítima, desde que atingido em caráter impessoal, como membro de um dos grupos protegidos –, ou seja, é a vida em comum dessas coletividades que é protegida em primeiro lugar. Além disso, entende o mestre carioca que o objeto de proteção no genocídio reside em ideais humanitários, de que todos os povos e grupos de pessoas, não obstante suas características próprias, têm pretensão de reconhecimento de sua dignidade humana e existência. Portanto, “não se trata, pois, de considerar a humanidade como bem jurídico, mas, sim, de identificar valores particularmente dignos de proteção jurídica no respeito humano de pessoas que integram certos grupos que de outros se destacam apenas por sua nacionalidade, raça ou religião”<sup>306</sup>.

Nessa mesma linha, o professor italiano Antonio Cassese salienta que o crime de genocídio é o típico crime baseado na “despersonalização da vítima”, isto é, um crime em que a vítima não é propriamente o alvo nas suas qualidades ou características pessoais, mas somente porque faz parte do grupo.<sup>307</sup>

O genocídio será punido quando uma conduta tiver o intuito de destruir no todo ou em parte um grupo nacional, racial, étnico ou religioso. A existência física e social desses grupos recebem proteção prioritária. Portanto, o crime de genocídio protege o direito de certos grupos de existir.

Mas, o professor de Direito Penal e Direito Internacional Público da Universidade de Colônia, Claus Krieb, pergunta-se se seria somente este o bem jurídico protegido no crime de genocídio. Para Krieb quando o crime de genocídio foi elevado a “crime dos crimes” – em contraste com a categorização de Nuremberg que considerava a guerra de agressão “*the supreme crime under international law*”. Nesse sentido, esse contraste revelaria a tendência mais recente nas cortes penais internacionais de “*supplant a State-sovereignty-oriented approach by a human-being-oriented approach*”.<sup>308</sup>

A guerra de agressão necessária e diretamente viola a paz e a segurança internacional, no sentido estrito do termo. O crime de genocídio, no entanto, pode permanecer restrito aos limites do Estado, e assim somente ameaçará a paz e a segurança internacional no sentido de “distúrbios internacionais”, que podem resultar

<sup>306</sup> FRAGOSO, *op. cit.*, pp. 97-98.

<sup>307</sup> CASSESE, *International Criminal Law*, p. 103.

<sup>308</sup> KREB, Claus. The crime of genocide under international law. *International Criminal Law Review*. vol. 6 (2006). The Hague: Koninklijke Brill NV, p. 464

dessas ações. Portanto, “*whether the Nuremberg pronouncement still holds true would thus seem to depend on whether or not international peace and security continues to be the value primarily protected by the international legal order*”.<sup>309</sup>

Por isso, seria prematuro desligar totalmente o crime de genocídio como objeto de proteção da paz e da segurança internacional, ainda mais porque esse valor continuará a ser um ponto de referência a ser buscado pela ordem legal internacional penal. Não esquecendo também que no Preâmbulo do Estatuto de Roma, explicita que os crimes previstos “constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade”.

#### 4.3.5 O *actus reus*

Os elementos materiais do crime de genocídio são aquelas condutas específicas descritas no artigo 6: a) Homicídio de membros do grupo; b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo. Esta lista é exaustiva, desde uma dupla perspectiva: tanto no tocante as condutas mencionadas quanto no respeito as grupos mencionados.

##### 4.3.5.1 *Homicídio de membros do grupo*

Essa primeira expressão do elemento objetivo do crime não coloca grandes obstáculos na sua interpretação. Uma das poucas questões suscitadas sobre esse item refere-se a utilização dos termos em inglês e francês. A questão é a seguinte: a versão francesa emprega a palavra *meurtre*, isto é, um homicídio intencional e ilícito, enquanto a versão inglesa utiliza o termo *killling*, que tem um sentido mais amplo que pode incluir negligência ou imprudência. Dada essa divergência de nomenclaturas, mereceu uma nota de rodapé nos Elementos Constitutivos do Crime que aduz que o termo *killed* (matou) é intercambiável com o termo *caused death* (causado a morte). Para Kittichaisaree, essa discussão virtualmente não tem importância no contexto do genocídio, já que ambos estão ligados a intenção de destruir um grupo, no todo ou em parte, não uma conduta que poderia acontecer por acidente ou como um

---

<sup>309</sup> *Idem, ibidem*, p. 465.

resultado de uma mera negligência<sup>310</sup>. Como afirmou, superando a divergência, a Câmara de Julgamento I no caso contra Alfred Musema, entendeu que essa questão “*must be interpreted in accordance with the definition of murder in the Criminal Code of Rwanda, which provides, under Article 311, that ‘Homicide committed with intent to cause death shall be treated as murder (§155)’*”.<sup>311</sup>

Usualmente, o crime de genocídio acontece com a prática de assassinatos massivos, incêndios de propriedades dos membros daquele grupo, inclusive a destruição da infra-estrutura e de outros sistemas para o sustento da vida, bem como o transporte por meio da força de membros daquele grupo a determinados locais, onde normalmente são assassinados de maneira coletiva ou os deixam morrer.

Porém, isso não impediu o debate em torno do tema se o homicídio de apenas um membro do grupo preenche o *actus reus* do genocídio. Isso porque entendem alguns que mesmo o assassinato isolado de um membro do grupo, mas com intenção de destruir um grupo preencheria os requisitos necessários do genocídio, e de outro lado, aqueles que dificilmente a idéia de genocídio possa ser compatível com a morte de apenas um indivíduo<sup>312</sup>.

#### 4.3.5.2 Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo

No julgamento Kayishema e Ruzindana, a Câmara de Julgamento do ICTR considerou as palavras “ofensas graves à integridade física” (*serious bodily harm*) como largamente auto-explicáveis, mas acrescentou um entendimento bastante útil para o que seja ofensa: “*seriously injures the health, causes disfigurement or causes serious injury to the external, internal organs or senses (§109)*”<sup>313</sup>. Como exemplo de tais práticas podem ser listadas, entre outras práticas: mutilação e uso da força, espancamento com coronhadas, lesões causadas com *machete*. Além disso, nessa definição pode-se incluir especificamente violência sexual, que causa graves danos à integridade física, e na maior parte dos casos, também graves ofensas à integridade mental. Quanto às ofensas à integridade mental é preciso destacar antes

<sup>310</sup> KITTICHAISAREE, *op. cit.*, pp. 77-78.

<sup>311</sup> Promotoria *versus* Musema (ICTR-96-13-A), Julgamento, 27 de janeiro de 2000.

<sup>312</sup> BYRON, Christine. The crime of genocide. In: MCGOLDRICK, Dominic; ROWE, Peter; DONNELLY, Eric (edited by). *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 164-165.

<sup>313</sup> Promotoria *versus* Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-T) Julgamento, 21 de maio de 1999.

de tudo que estas podem ocorrer independentemente das ofensas físicas. Voltando à Câmara de Julgamento do ICTR no caso contra Kayishema e Ruzindana, esta confirmou que o critério de ofensa mental possui o seu próprio escopo. Mas, opinou no sentido de que ser contra a qualquer definição do termo em abstrato e aconselha, por exemplo, uma interpretação caso-a-caso à luz da jurisprudência mais relevante.<sup>314</sup>

É interessante ressaltar o fato de no julgamento Akayesu, a Câmara de Julgamento I do ICTR fez menção explícita ao caso Eichmann, julgado pela Corte Distrital de Jerusalém e examinado no capítulo 2. Segundo o ICTR, a Corte israelense considerou que graves ofensas à integridade física ou mental podem ser causadas “*by the enslavement, starvation, deportation and persecution [...] and by their detention in ghettos, transit camps and concentration camps in conditions which were designed to cause their degradation, deprivation of their rights as human beings, and to suppress them and cause them inhumane suffering and torture (§503)*”.<sup>315</sup>

Outra pergunta que surge é: o atentado grave contra a integridade física ou mental tem que ser permanente e irremediável?

O questionamento surgiu na doutrina e também na jurisprudência dos tribunais penais internacionais porque os Estados Unidos quando ratificaram a Convenção do Genocídio formularam o seguinte “entendimento”: “*that the term mental harm in article II (b) means permanent impairment of mental faculties through drugs, torture or similar techniques*”. No entanto, no caso Akayesu, a Câmara de Julgamento do ICTR manifestou seu entendimento de que: “*causing serious bodily or mental harm to members of the group does not necessarily mean that the harm is permanent and irremediable (§502)*”<sup>316</sup>. Outra corte penal internacional, o ICTY ratificou tal posição, frisando também que: “*that serious harm need not cause permanent and irremediable harm, but it must involve harm that goes beyond temporary unhappiness, embarrassment or humiliation. It must be harm that results in a grave and long-term disadvantage to a person’s ability to lead a normal and constructive life (§542)*”.<sup>317</sup>

---

<sup>314</sup> Promotoria versus Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-T) Julgamento, 21 de maio de 1999, § 110.

<sup>315</sup> Promotoria versus Akayesu (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998.

<sup>316</sup> Promotoria versus Akayesu (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998.

<sup>317</sup> Promotoria versus Krstic (IT-98-33-T), Julgamento, 2 de agosto de 2001.

#### 4.3.5.3 *Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial*

O terceiro ato enumerado no artigo 6 do Estatuto de Roma faz referência a destruição de um dos grupos protegidos por meio de uma “morte lenta”, ou seja, não há por parte dos perpetradores o desejo da morte imediata dos membros do grupo, mas tem por finalidade última a destruição física do grupo. O caso Akayesu traz a seguinte compreensão do que seja essa sujeição a condições de vida:

means of deliberate inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction, in whole or part, include, *inter alia*, subjecting a group of people to a subsistence diet, systematic expulsion from homes and the reduction of essential medical services below minimum requirement (§506)<sup>318</sup>.

Salienta Werle, que estupro coletivo não é uma das “condições de vida” em si mesma, mas podem tornarem-se caso tornem-se práticas sistemáticas e repetidas, talvez mesmo em conexão com outras medidas<sup>319</sup>.

Já Claus Krieb lembra que essas práticas devem estender-se a *mais de um* membro do grupo protegido, ainda que na primeira parte trate de *grupo*, para no final referir-se apenas a *parte do grupo*. Partindo do pressuposto que a ênfase da sentença recai na capacidade de provocar a destruição física, parece que é suficiente para essa prática proibitiva do ato tenha por alvo *parte do grupo*.<sup>320</sup>

#### 4.3.5.4 *Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo*

Impor medidas destinadas a impedir nascimentos dentro de um grupo é uma maneira de genocídio biológico, ou seja, é um ato que se perfaz negando àqueles os meios para reproduzir-se, entre as medidas encontram-se: esterilização forçada de homens e mulheres, mutilação sexual, controle de natalidade forçado, separação de ambos os sexos e a proibição de matrimônio.

Novamente é no caso Akayesu que há uma menção importante:

In patriarchal societies, where membership of a group is determined by the identity of the father, an example of a measure intended to prevent births within a group is the case where, during rape, a woman of the said group is deliberately impregnated by a man of another group, with the intent to have her give birth to a child who will consequently not belong to its mother's group (§507).<sup>321</sup>

<sup>318</sup> Promotória *versus* Akayesu (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998.

<sup>319</sup> WERLE, *op. cit.*, p. 202.

<sup>320</sup> KREB, *op. cit.*, p. 481.

<sup>321</sup> Promotória *versus* Akayesu (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998.

Nesse caso, considera-se uma espécie de genocídio biológico, visto que tal prática seria uma tentativa de mudar a composição étnica do grupo.

Ainda em Akayesu acrescentou a mesma Câmara de Julgamento que: *“measures intended to prevent births within the group may be physical, but can also be mental. For instance, rape can be a measure intended to prevent births when the person raped refuses subsequently to procreate, in the same way that members of a group can be led, through threats or trauma, not to procreate (§508)”*<sup>322</sup>. Essas medidas destinadas a impedir nascimentos deverão ser forçadas, o mero fato de permitir abortos não é suficiente.

Em nenhum caso, medidas tomadas por alguns países densamente povoados, como China ou Índia, de forçar a queda nas taxas de natalidade por motivo social, econômico ou qualquer outra razão será entendida como uma intenção de cometer um genocídio.<sup>323</sup>

#### 4.3.5.5 Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo

Segundo Otto Triffterer, o quinto e último ato de genocídio previsto no artigo 6 é resultado de uma proposta controversa formulada pela Grécia durante os trabalhos de elaboração da Convenção de 1948, já que alguns delegados levantaram o problema dessa transferência forçada de crianças poder ser aplicada no caso de evacuação de crianças do teatro da guerra<sup>324</sup>.

Um outro problema também pode ser levantado nesse item. Considerando que os instrumentos jurídicos criados em torno da prevenção e repressão ao crime de genocídio protegem a existência física dos membros do grupo, não haveria aqui na simples transferência, ainda que à força, de crianças do seio de um grupo para outro a destruição física das mesmas.

Nesse sentido, a Câmara de Julgamento no caso Akayesu manifestou sua opinião de que

[...] as in the case of measures intended to prevent births, the objective is not only to sanction a direct act of forcible physical transfer, but also to sanction acts of threats or trauma which would lead to the forcible transfer of children from one group to another (§509)<sup>325</sup>.

<sup>322</sup> Promotória *versus* Akayesu (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998.

<sup>323</sup> WERLE, *op. cit.*, p. 202.

<sup>324</sup> SCHABAS, William A. ICC Statute: article 6. In: TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 114.

<sup>325</sup> Promotória *versus* Akayesu (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998, § 509.

Mas, inegavelmente, essa conduta também no fundo leva a destruição física do grupo, isto porque a existência biológica do grupo corre risco quando essas crianças não se reproduziram dentro do seu próprio grupo.

A fim de sanar qualquer dúvida, deixam claro os Elementos Constitutivos do Crime no artigo 6 (e)(5), que criança é toda pessoa que tenha menos de 18 anos de idade. Apesar da delegação americana durante os trabalhos de preparação para o Tribunal Penal Internacional ter-se manifestado no sentido de ser imposto o limite de idade em 15 anos<sup>326</sup>. A idéia americana, no entanto, não surtiu efeito já que diversos Estados lembraram que na Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), que é unanimemente aceita, deixa claro o artigo 1 que “para os efeitos da presente Convenção, entende-se por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade”.

#### 4.3.6 O *mens rea*

O genocídio é cometido através dos atos listados acima, mais o requisito de *mens rea*, ou seja, o elemento mental. Genocídio pode ser cometido por atos ou por omissão. Não há necessidade de estabelecer-se um número preciso de vítimas de um ato de genocídio atribuído a um acusado.

O crime de genocídio requer que os elementos materiais do crime sejam cometidos como “intenção e conhecimento” (artigo 30 do Estatuto). Além disso, o crime de genocídio requer como elemento específico a intenção de destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal. Sendo assim, a intenção do genocida é de destruir o grupo ou parte dele, tornando-se assim uma pré-condição para a responsabilidade individual penal no plano internacional. Essa intenção na destruição simultaneamente dá corpo para a sistematização do elemento de genocídio, o que dá ao crime essa dimensão internacional.

Como lembra Fragoso, não existe o genocídio culposos, exige-se sempre o dolo, o elemento caracterizador é exatamente esse aspecto subjetivo da ilicitude, o dolo específico (*dolus specialis*). Além disso, requer-se a vontade consciente no sentido de destruir, no todo ou em parte, o grupo “como tal” (“*as such*”).<sup>327</sup>

---

<sup>326</sup> KITTICHAISAREE, *op. cit.*, p. 82.

<sup>327</sup> FRAGOSO, *op. cit.*, p. 100.

Em Jelisic, a Câmara de Julgamento deixou bastante claro que “*it is the fact the mens rea which gives genocide its speciality and distinguishes it from an ordinary crime and other crimes against international humanitarian law [...]*”.<sup>328</sup>

Portanto, dois são os elementos subjetivos, que o autor deve necessariamente saber: que a vítima faz parte daquele grupo e os atos cometidos tenham a intenção de destruir, no todo ou em parte, um dos grupos protegidos.

#### 4.3.6.1 Com intenção (“with intent”)

Para a configuração do crime de genocídio, o ofensor precisa ter a intenção de destruir, no todo ou em parte, um dos quatro grupos protegidos. É uma intenção específica de destruir o grupo, o objetivo principal.

Essa idéia esta presente em Akayesu, quando a Câmara de Julgamento lembra que:

genocide is distinct from other crimes inasmuch as it embodies a special intent or *dolus specialis*. Special intent of a crime is the specific intention, required as a constitutive element of the crime, which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act charged. Thus, the special intent in the crime of genocide lies in ‘the intent to destroy’, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such<sup>329</sup>.

A Corte de Julgamento do caso Akayesu, também faz uma menção explícita a contribuição brasileira para o entendimento do que seja essa intenção, quando se reporta aos trabalhos preparatórios da Convenção de 1948:

As observed by the representative of Brazil during the *travaux préparatoires* of the Genocide Convention, ‘genocide [is] characterised by the factor of particular intent to destroy a group. In the absence of that factor, whatever the degree of atrocity of an act and however similar it might be to the acts described in the convention, that act could still not be called genocide’.<sup>330</sup>

No julgamento Kayishema e Ruzindana, a Câmara considerou que “*the specific intent can be inferred form words and deeds and may be demonstrated by a pattern of purposeful action*”.<sup>331</sup>

Para que o acusado seja condenado, portanto, é preciso que fique provado que ele tenha tido essa intenção específica (*specific intent* ou *dolus specialis*), que é esse nexos psicológico entre o resultado concreto e o estado mental do perpetrador

<sup>328</sup> Promotora *versus* Jelisic (IT-95-10-T), Julgamento, 14 de dezembro de 1999, § 34.

<sup>329</sup> Promotora *versus* Akayesu (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998, § 498.

<sup>330</sup> Promotora *versus* Akayesu (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998, § 519.

<sup>331</sup> Promotora *versus* Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-T), Julgamento, 21 de maio de 1999, § 527.

de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. É imperioso que o acusado sabia ou que deveria saber que seus atos eram dirigidos a destruir, no todo ou em parte, um dos grupos protegidos. E, por fim, essa intenção específica deve ser anterior à comissão dos atos genocidas.

Essa intenção específica acontece mesmo quando dirigida contra uma única vítima. Tampouco requer-se que as condutas definidas sejam perpetradas de maneira maciça e generalizada, nem que sejam parte de um plano organizado ou estatal<sup>332</sup>.

Assim que, o ofensor precisa tão-somente ter a intenção de alcançar aquele objetivo. Para a finalização do crime, portanto, não importa se ele obteve êxito ou não, ou talvez nunca venha a ter, por causa das medidas de defesa impostas pelo grupo protegido ou outras pessoas preocupadas com tal prática. Para exemplificar Triffterer entende que a *Reichskristallnacht* (“noite dos cristais”) de 1938, quando os primeiros judeus foram mortos, foi um completo genocídio já que Hitler já tinha a intenção de finalmente “limpar” a Europa desse grupo.<sup>333</sup>

#### 4.3.6.2 *No todo ou em parte*

Permitindo que o genocídio possa ser cometido “no todo ou em parte”, procurou-se – já durante a formulação da Convenção do Genocídio – evitar duas conseqüências: primeira, não era intenção que o crime de genocídio se estendesse a atos isolados de violência de motivação racial, dessa forma, deve haver uma quantidade apreciável de vítimas, isto é, o crime de genocídio é dirigido à destruição de um conjunto substancial de membros do grupo; segunda, a expressão “no todo ou em parte” indica que o ofensor não precisa ter a intenção de destruir toda a coletividade, mas somente uma porção substancial do grupo protegido.<sup>334</sup>

No julgamento de segunda instância de Krstic, a Câmara de Apelação aproximou-se desse entendimento “numérico”, quando afirmou que

the numeric size of the targeted part of the group is the necessary and important starting point, though not in all cases the ending point of the

<sup>332</sup> FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 256-257.

<sup>333</sup> TRIFFTERER, Otto. Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such. In: CRYER, Robert; BEKOU, Olympia (edited by). *The International Criminal Court*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 2004, pp. 103-104.

<sup>334</sup> SCHABAS, *op. cit.*, pp. 109-110.

inquiry. The number of individuals targeted should be evaluated not only in absolute terms, but also in relation to the overall size of the entire group.<sup>335</sup>

Cabe a pergunta se além do elemento quantitativo também pode ser considerado a presença de elementos qualitativos. No julgamento Krstic, esse elemento foi “considerado útil”, mas somente “*in addition to the numeric size of target portion*”. Neste caso particular, a respeito dos muçulmanos habitantes de Srebrenica, a Câmara de Apelação enfatizou o caráter proeminente dessa parte do grupo de bósnios muçulmanos e considerou que o destino deles serviria como uma questão emblemática para todos os bósnios muçulmanos, mas chegou a conclusão porque foi também considerado que “[...] *most of the Muslim inhabitants of the region had, by 1995, sought refuge within the Srebrenica enclave [...]*”, levando, novamente em consideração a questão numérica.<sup>336</sup>

Por isso, o melhor entendimento para essa expressão “no todo ou em parte” é no sentido de que a essa destruição é de uma parte importante, seja esta de uma perspectiva quantitativa ou qualitativa, isto é, o acusado da prática do genocídio tenha tido a intenção de destruir ou uma proporção substancial desse grupo ou uma fração representativa, como por exemplo, líderes religiosos ou intelectuais.

#### 4.3.6.3 O grupo protegido, “como tal” (“as such”)

A questão dos grupos protegidos já foi examinada quando da análise do sujeito passivo do genocídio, portanto, fazendo desnecessária sua apreciação novamente.

No entanto, uma outra questão ainda subsiste, merecendo ainda uma breve análise, a da expressão colocada no final do parágrafo: “um grupo [...], como tal” (*as such, comme tel*).

Essa expressão “como tal” – algumas traduções trazem a expressão “tal como” ou “enquanto tal” – foi aduzida durante a elaboração da Convenção de 1948, como tentativa de resolver um impasse entre aqueles acreditavam ser preciso um motivo especial para o genocídio e aqueles que viam isso de maneira desnecessária e contra produtiva. Segundo William Schabas, a colocação dos termos não resolveu

<sup>335</sup> Promotora *versus* Krstic (IT-98-33-A), Apelação, 19 de abril de 2004, §12.

<sup>336</sup> Promotora *versus* Krstic (IT-98-33-A), Apelação, 19 de abril de 2004, §§ 12, 15 e 16.

nada, e ainda deixou a previsão ambígua, se é necessário provar ou não a motivação do ato genocida como um elemento essencial do crime.<sup>337</sup>

Para Claus Krieb o requisito é que o ofensor escolha a vítima enquanto membro do grupo alvo da campanha de genocídio<sup>338</sup>. Também Lemkin considerou que *“genocide is directed against the national group as an entity, and the actions involved are directed against individuals, not in their individual capacity, but as members of the national group”*<sup>339</sup>

Kai Ambos considera então que o bem jurídico protegido também alcança o ato individual (*hecho individual*). Dessa maneira, se “um grupo como tal”, ou seja, a unidade social supraindividual, está protegida contra uma destruição parcial, então uma lesão do bem jurídico se verifica já com uma modificação violenta dessa unidade, isto é, com um ataque a um membro do grupo. O indivíduo em si não é importante, senão unicamente como membros do grupo. Dessa maneira, a vítima primordial do genocídio é o grupo, mas sua destruição requer a realização de atos contra seus membros, isto é, contra indivíduos que pertençam a esta agremiação. Esse entendimento não vai contra o previsto, como aparentemente pode-se imaginar, já que:

A la posibilidad de admitir un hecho individual no se opone tampoco el texto del art. II [artigo 6 do Estatuto de Roma], según el cual el grupo debe ser destruido al menos “en parte” (“in part”). Pues, con esto no se trata del resultado *objetivo* de la “destrucción” de un determinado número de miembros del grupo, de modo que por ejemplo objetivamente tuviera que estar afectado más de un miembro del grupo, sino del objeto de referencia de la *intención de destrucción*, esto es, de a cuántos miembros el autor quería “destruir”.<sup>340</sup>

O fato de o artigo 6, letras *a* e *b* falar em “membros” e na letra *e*, utilizar o termo “crianças”, é compreendido por Kai Ambos como um descuido de redação, repetido em outros diplomas legais – como o brasileiro. Somente nos Elementos Constitutivos do Crime (artigo 6, letras *a*, *b*, *c*, *d* e *e*) o equívoco foi sanado, já que ali está corretamente colocado que trata-se “uma ou mais pessoas” (“*one or more persons*”). Portanto, do exposto resulta que *“el ataque contra un miembro de un grupo protegido es suficiente para el perfeccionamiento del tipo, siempre y cuando el autor*

<sup>337</sup> SCHABAS, *op. cit.*, p. 111.

<sup>338</sup> KREB, *op. cit.*, pp. 498-499.

<sup>339</sup> LEMKIN, *op. cit.*, p. 79.

<sup>340</sup> AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, p. 119.

*quiera – con intención especial – destruir al menos ‘en parte’ el grupo y esta parte cumple con los requisitos cuantitativos y/o cualitativos*<sup>341</sup>.

Contrário a este entendimento majoritário, o professor Cassese entende que

It would seem that the customary international rule, as codified in Article 6, does not require that the victims of genocide be numerous. The only thing that can be clearly inferred from the rule is that *genocide cannot be held to occur when there is only one victim*. However, as long as the other requisite elements are present, the killing or commission of the other enumerated offences against more than one person may amount to genocide.<sup>342</sup>

A despeito dessas considerações de Antonio Cassese, o melhor entendimento sobre essa questão, conforme afirmado anteriormente, é de que o crime de genocídio protege o grupo como uma entidade social supraindividual, protegendo “o grupo como tal”.

#### 4.3.7 Outras questões importantes sobre o crime de genocídio

Tanto a jurisprudência dos tribunais penais *ad hoc* como a doutrina entendem que os atos elencados na definição formam uma lista de atos exaustiva e não meramente exemplificativa. Isso, no entanto, não impedirá que se coloque em debate também o conceito de “limpeza étnica”, a questão dos grupos não protegidos e a importância substancial do elemento contexto na configuração do genocídio.

##### 4.3.7.1 É necessária a destruição do grupo?

Conforme visto acima nos itens subjetivos analisados, fica bastante evidente que não é necessária a destruição do grupo. Mas, reforçando ainda mais essa idéia pode-se acrescentar o entendimento também da jurisprudência, no sentido de que, *“contrary to popular belief, the crime of genocide does not imply the actual extermination of group in its entirety, but is understood as such once any one of the acts mentioned in Article 2(2)(a) through 2(2)(e) is committed with the specific intent to destroy ‘in whole or in part’ a national, ethnical, racial or religious group”*.<sup>343</sup>

<sup>341</sup> AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, p. 120. Também Werle entende que *“the requirement is already fulfilled if a single member of the group is affected by the conduct”*. WERLE, *op. cit.*, p. 199.

<sup>342</sup> CASSESE, *International Criminal Law*, pp. 107-108. Grifo nosso.

<sup>343</sup> *Promotora versus Akayesu* (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998, § 497.

Essa questão deve ser examinada também ao lado de outra questão: é preciso no crime de genocídio um fator de contexto? Uma interpretação literal pode levar a equívocos.

Um entendimento direto considera que não há a necessidade de um elemento de contexto, já que mesmo um ato isolado de um indivíduo agindo com a intenção específica pode, através de sua atuação individual, ser considerada como a prática de um genocídio.

No entanto, os Elementos Constitutivos do Crime nos artigos 6 (a), (b), (c), (d) e (e) diz que: *“the conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against the group or was conduct could itself effect such destruction”*. Aparentemente, portanto, haveria a necessidade de um elemento contextual, que seria um elemento adicional, já que não previsto no artigo 6 do Estatuto de Roma.

Gerhard Werle assinala que os Elementos Constitutivos dessa maneira promovem um mal entendido, isto é, que a destruição parcial ou total seria necessária para o genocídio<sup>344</sup>. No entanto, os tribunais penais *ad hoc* já firmaram entendimento de que a existência de um plano ou de uma política não é um ingrediente jurídico do crime de genocídio e que somente pode chegar a ser um fator importante para provar a intenção específica, em consequência disso, Kai Ambos entende que os elementos constitutivos do crime violam o artigo 9(3) do Estatuto de Roma e que, portanto, deve ser considerado sem efeito<sup>345</sup>.

Assim, já que não há a necessidade de que o ataque faça parte de um “contexto maior”, a Promotoria pode acusar determinada pessoa pela prática de determinado ato prescrito no artigo 6 do Estatuto de Roma, desde que diretamente dirigido, mesmo que contra apenas um, mas tenha tal conduta a intenção de destruição parcial ou total do grupo.

---

<sup>344</sup> WERLE, *op. cit.*, pp. 204-205. Assinala o professor alemão que os termos “in the context of” e “manifest” devem ser interpretados mais precisamente com o artigo 6 dos *Elementos do Crime*: “The term ‘in the context of’ would include the initial acts in an emerging pattern. The term ‘manifest’ is an objective qualification”.

<sup>345</sup> AMBOS, *Los crímenes más graves...*, pp. 18-19. O artigo 9 (3) do Estatuto de Roma diz que: “os elementos constitutivos dos crimes e respectivas alterações deverão ser compatíveis com as disposições contidas no presente Estatuto”.

#### 4.3.7.2 *Os grupos não protegidos*

O ato é o extermínio físico ou biológico, ou seja, não foram admitidas as práticas de destruição “cultural” (proibição do uso da língua, de certos costumes, destruição de templos ou monumentos históricos, etc.), bem como o crime de genocídio não abrange a proteção de grupos políticos e tampouco de grupos econômicos. São omissões deliberadas por parte da Convenção de 1948, dos estatutos dos tribunais penais *ad hoc* e do Estatuto de Roma.

A justificativa para tanto seria que esses instrumentos jurídicos internacionais restringiram sua proteção a grupos de pessoas as quais na maioria dos casos pertencem a esses grupos de maneira “involuntária” e não raro, por nascimento. Evitar ao máximo a aplicação ambígua, mormente no caso do grupo político, e que fosse proveniente de uma “vontade pessoal”, não presente nos grupos racial, étnico e nacional, mas não tão claro no caso do grupo religioso, em que os membros podem ter se tornado parte do grupo de maneira voluntária.<sup>346</sup>

No entanto, os atos cometidos contra tais grupos não incluídos nesses tratados, podem eventualmente ser enquadrado em algum dos delitos contra a humanidade, segundo o artigo 7(2)(g) do Estatuto de Roma, ou seja, a perseguição, em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa.<sup>347</sup>

#### 4.3.7.3 *A “limpeza étnica” (“ethnic cleansing”) também é uma forma de genocídio?*

Durante a guerra na antiga Iugoslávia um termo muito usado pela imprensa internacional era o de “limpeza étnica”. A expressão era usada para referir-se a prática comum das forças sérvias durante a ocupação da Bósnia-Herzegovina de forçar muçulmanos e croatas a saírem das suas tradicionais áreas de colonização. Essa política de expulsão tinha por objetivo criar uma região ocupada somente por sérvios, que posteriormente seria unida à Sérvia, formando uma “Grande Sérvia”. As operações de “limpeza étnica” incluíam matanças coletivas, estupros, bombardeamento de cidades, destruição de patrimônio cultural, entre outras práticas.

A doutrina e a jurisprudência, no entanto, dividem-se sobre se tais práticas podem configurar-se em genocídio. Ainda durante a redação da Convenção do

---

<sup>346</sup> CASSESE, *International Criminal Law*, pp. 96-97.

<sup>347</sup> VILLALPANDO, *op. cit.*, pp. 324-325.

Genocídio a Síria tentou, sem êxito, emendar a proposta inicial incluindo uma sexta classe para o ato de genocídio: “*Imposing measures intended to oblige members of a group to abandon their homes in order to escape the threat of subsequent ill-treatment*”.<sup>348</sup>

De um lado, Gerhard Werle lembra que a expressão “limpeza étnica” não é um termo jurídico. Descreve essas vergonhosas práticas criminais, uma política de governo cuja implementação é acompanhada por sérias violações dos direitos humanos gerada pela expulsão de grupos étnicos de certa região com o objetivo de mudar a composição étnica da população, mas sua classificação como genocídio é falha porque o principal objetivo da “limpeza étnica” é a expulsão de uma população, não o seu extermínio. Também não estaria incluída no genocídio outras práticas comuns da “limpeza étnica”, como por exemplo, a destruição de casas e igrejas, pilhagens e a destruição de propriedades. Mesmo assim, reconhece o professor alemão, que com alguma frequência a “limpeza étnica” tenha características de genocídio, podendo ser punido como tal, como por exemplo, quando nas operações de matanças forem escolhidas vítimas baseada em critérios étnicos, sugerindo que o propósito dos homicidas não seja a expulsão, mas tão simplesmente o extermínio do grupo.<sup>349</sup>

Em sentido contrário, para o italiano Antonio Cassese, o melhor entendimento para tais práticas seria considerar que a expulsão sistemática pode ser um método de destruição e, portanto, uma indicação, ainda que não podendo considerar-se como um elemento isolado, uma intenção de destruir tal grupo.<sup>350</sup>

A jurisprudência não é uniforme. No caso Jelusic, o ICTY reconheceu que Goran Jelusic participou de uma campanha de “limpeza étnica” em Brcko, mas entendeu que a expulsão forçada de pessoas de um grupo particular étnico, racial ou religioso, não pode ser incluída na noção de genocídio<sup>351</sup>. Em um outro

---

<sup>348</sup> UN A/C6/234.

<sup>349</sup> WERLE, *op. cit.*, p. 204.

<sup>350</sup> CASSESE, *International Criminal Law*, pp. 99-100.

<sup>351</sup> O pronunciamento da Corte: “*In conclusion, the acts of Goran Jelusic are not the physical expression of an affirmed resolve to destroy in whole or in part a group as such. All things considered, the Prosecutor has not established beyond all reasonable doubt that genocide was committed in Brcko during the period covered by the indictment. Furthermore, the behavior of the accused appears to indicate that, although he obviously singled out Muslims, he killed arbitrarily rather than with the clear intention to destroy a group. The Trial Chamber therefore concludes that it has not been proved beyond all reasonable doubt that the accused was motivated by the *dolus specialis* of the crime of genocide. The benefit of the doubt must always go to the accused and, consequently, Goran Jelusic must be found not guilty on this count.*”

juízo anterior a este, o caso contra Karadzic e Mladic, o ICTY reconheceu a “limpeza étnica” como um genocídio<sup>352</sup>.

O entendimento atual mais correto aponta no sentido de não se considera a “limpeza étnica” como um genocídio. Não somente porque o julgamento de Goran Jelisic foi posterior, mas também no julgamento do caso Tadic, o ICTY reconheceu os terríveis atos cometidos de “limpeza étnica”, mas não constituiu tais práticas como do crime de genocídio.

Apesar do interesse do debate, a questão dentro do Estatuto de Roma perdeu muito do interesse, já que mesmo que não possa ser caracterizada “limpeza étnica” dentro do crime de genocídio, pode sem dúvida alguma ser enquadrada dentro do artigo 7, ou seja, crime contra a humanidade.

#### 4.3.8 Considerações finais sobre genocídio

Como visto acima, o genocídio é um fenômeno característico do século XX, tendo sua nomenclatura sido elaborado para descrever uma ação que tem como intenção primeira a destruição de um determinado grupo.

Apesar das boas intenções da Convenção do Genocídio de 1948, foi ainda preciso um interregno de tempo bastante substancial para que esse crime fosse efetivamente processado por um tribunal penal internacional. A partir destas cortes, no entanto, o entendimento do que seja o crime de genocídio ganhou contornos mais nítidos, seja em razão da doutrina que se debruçou sobre tal delito, seja em razão da jurisprudência dos tribunais penais *ad hoc*.

Tomando como ponto de partida, então, essas contribuições ao direito internacional penal, foi possível encontrar as principais características do genocídio – para o exame comparativo com os demais crimes previstos no Estatuto de Roma -, tais como: o sujeito passivo, o sujeito ativo e o bem jurídico protegido.

Outro fator importante nessa análise foi o estudo um pouco mais aprofundado do elemento objetivo e subjetivo, além de outras questões em aberto do crime de genocídio.

---

<sup>352</sup> O pronunciamento da Corte: “*The policy of ‘ethnic cleansing’ referred to above presents, in its ultimate manifestation, genocidal characteristics. Furthermore, in this case, the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, which specific to genocide, may clearly be inferred from the gravity of the ‘ethnic cleansing’ practised in Srebrenica and its surrounding areas, i.e., principally, the mass killings of Muslims which occurred after the fall of Srebrenica in July 1995, which were committed in circumstances manifesting an almost unparalleled cruelty*”.

O genocídio traz cinco condutas descritas no artigo 6 do Estatuto de Roma. Trata-se de uma lista taxativa, não permitindo outras extensões.

O elemento subjetivo diferencia-se de qualquer outro dos crimes internacionais previstos em outros instrumentos internacionais, já que no caso deste crime em particular o aspecto subjetivo exigido é uma intenção específica (*dolus specialis*). Juntamente com isso, é preciso ficar demonstrado que o ato foi cometido diretamente contra um grupo nacional, étnico, racial ou religioso e foi levado a cabo com o objetivo de destruir, no todo ou em parte, esse agrupamento específico de pessoas. Qualquer coisa diferente disso será considerado um outro delito, por exemplo, um crime contra a humanidade, como ver-se-á no capítulo seguinte.

Por fim, foram levantadas e esclarecidas outras questões controversas em torno do crime de genocídio, como a “limpeza étnica”, a proteção dos grupos não mencionados e se há a necessidade de destruição, no todo ou em parte, do grupo.

#### 4.4 CRIMES EM ESPÉCIE: CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Para a realização dos crimes contra humanidade é preciso que aconteça um dos atos descritos no artigo 7(1), essas condutas tornam-se crimes contra a humanidade quando realizados no curso de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. Esse ataque contra essa população civil representa o elemento de contexto do crime. O elemento subjetivo exige intenção e conhecimento (artigo 30 do Estatuto de Roma), em relação aos elementos materiais do crime, incluindo o contexto em que aconteceu o crime.

##### 4.4.1 Antecedentes históricos dos crimes contra humanidade

Não é exagero afirmar que os crimes contra a humanidade vêm sendo perpetrados contra populações civis desde os tempos mais remotos. Na verdade, vários impérios foram erigidos por meio da subjugação, escravidão, massacres e diversos outros atos desumanos praticados contra esses conjuntos de pessoas. Mas, apesar de todos esses terríveis precedentes cometidos ao longo dos séculos contra pessoas inocentes, somente a pouco mais de cem anos tais condutas

passaram a ser moralmente inaceitáveis e repreensíveis, e a não mais de sessenta anos atrás tornaram-se essas práticas legalmente insustentáveis.<sup>353</sup>

Apesar do uso bastante generalizado da expressão “crimes contra a humanidade”, a definição do que propriamente sejam esses crimes foi se clarificando ao longo de vários anos, desde sua primeira aparição explícita em um documento internacional, que foi na *Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight*, ou simplesmente, a Declaração de São Petersburgo de 1868, que limitou o uso de explosivos ou projéteis incendiários considerados contrários as leis da humanidade.<sup>354</sup>

Esse conceito foi referendado posteriormente no Preâmbulo das Convenções de Haia de 1899 e 1907<sup>355</sup>, em que se previa a obrigatoriedade das partes beligerantes em obedecer as “leis da humanidade” (*“laws of humanity”*). Por exemplo, no parágrafo segundo do Preâmbulo dessa Convenção de Haia de 1907 consta que as partes contratantes desejam servir mesmo em caso de guerra *“the interests of humanity and the ever-progressive needs of civilization”*, e no parágrafo oitavo desse mesmo Preâmbulo (a chamada Cláusula Martens), as partes declaram, entre outras coisas: *“the inhabitants and belligerents remain under the protection and governance of the principles of the law of nations, derived from the usages established among civilized peoples from the laws of humanity, and from the dictates of the public conscience”*. No entanto, o termo “crimes contra a humanidade e a civilização” (*“crimes against humanity and civilization”*), apareceu pela primeira vez em 1915, na Declaração Conjunta da França, Reino Unido e Rússia<sup>356</sup>, usado para se referir ao massacre dos armênios pelos otomanos. Foi novamente utilizado no Tratado de Sèvres de 1920, que oficializou a paz entre as potências aliadas e a Turquia, em que este concordava em levar a julgamento os responsáveis por tais crimes cometidos contra os armênios, durante a Primeira Guerra Mundial, e

<sup>353</sup> DE THAN; SHORTS, *op. cit.*, p. 87.

<sup>354</sup> DIXON, Rodney. ICC Statute: article 7, introduction/general remarks. In: TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes*, article by article. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 121. Segundo o artigo: *“The parties agreed to draw up additional instruments “in view of future improvements which science may effect in the armament of troops, in order to maintain the principles which they have established, and to conciliate the necessities of war with the law of humanity”*.

<sup>355</sup> Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land, July 29, 1889. Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, with annexed Regulations, October 18, 1907.

<sup>356</sup> Joint Declaration of France, Great Britain and Russia, May 28, 1915, “crimes against humanity and civilization for which its agents implicated in the massacres”.

aceitavam também a jurisdição concorrente de tribunais dos países aliados sobre tais atos.<sup>357</sup>

Posteriormente, foram incluídos os crimes contra a humanidade nos Estatutos que criaram os tribunais internacionais militares de Nuremberg (artigo 6, c)<sup>358</sup> e Tóquio (artigo 5, c)<sup>359</sup>, englobando: o assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou a as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, quer tenham constituído ou não uma violação do direito interno do país onde foram perpetrados, tenha sido cometidos em decorrência de qualquer crime que faça parte da competência do tribunal, ou estejam vinculados a esse crime.

Também foram incorporados os crimes contra a humanidade na Lei de Controle n. 10, mas nesta com uma importante supressão: *before or during the war* (antes ou durante a guerra). Ou seja, enquanto em Nuremberg e Tóquio exigia-se uma conexão clara dos crimes contra a humanidade com uma guerra de agressão ou crimes de guerra, esse documento posterior deixou de lado tal exigência.<sup>360</sup>

Entre os primeiros trabalhos da Comissão de Direito Internacional, foram formulados os Princípios de Nuremberg em 1950, que trazia os crimes contra a humanidade no Princípio VI (c)<sup>361</sup>. Posteriormente, os crimes contra a humanidade

---

<sup>357</sup> ROBINSON, Darryl. Defining crimes against humanity at the Rome Conference. In: CRYER, Robert; BEKOU, Olympia (ed.). *The International Criminal Court*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 2004, p. 112.

<sup>358</sup> Estatuto do Tribunal de Nuremberg, artigo 6, c: “os crimes contra a humanidade: isto é, o assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, quer tenham constituído ou não uma violação do direito interno do país onde foram perpetrados, tenham sido cometidos em decorrência de qualquer crime que faça parte da competência do Tribunal, ou estejam vinculados a esse crime”.

<sup>359</sup> Estatuto do Tribunal de Tóquio, artigo 5, c: “crimes contra a humanidade. Isto é, assassinato, extermínio, escravização, deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos ou raciais, na execução ou na relação com qualquer crime que recaia na jurisdição do Tribunal, esteja ou não violando a legislação interna do país onde foi perpetrado o crime. Os chefes, organizadores, provocadores e cúmplices que tornaram parte na elaboração ou na execução de um plano comum ou em complô para cometer qualquer um dos crimes enunciados são responsáveis por todos os atos realizados por qualquer pessoa na execução desse plano”.

<sup>360</sup> Lei de Controle n. 10, artigo II (1)(c): “Crimes contra a humanidade: atrocidades e ofensas, incluindo, mas não limitadas a, assassinato, extermínio, escravidão, deportação, encarceramento, tortura, estupro e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, sejam ou não uma violação da legislação interna do país onde foram perpetrados”.

<sup>361</sup> Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal (1950). Principle VI: “Crimes against humanity, (c) Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or

foram inseridos no *Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind* (1954)<sup>362</sup> e nos demais esboços elaborados pela CDI.

Como visto no capítulo 2 – quando do estudo dos tribunais penais *ad hoc* –, os crimes contra a humanidade constam dos estatutos do ICTY e do ICTR. Listam os dois estatutos os mesmos atos: homicídio, extermínio, escravidão, deportação, prisão, tortura, estupro, perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos e outros atos desumanos. Mas, com diferenças no *caput*, já que no artigo 5 do Estatuto do ICTY, serão julgados esses atos quando “cometidos durante um conflito armado, de caráter internacional ou interno, e dirigidos contra qualquer população civil”, enquanto que no artigo 3 do Estatuto do ICTR, com maior correção, afirma que serão julgados aqueles crimes listados acima quando “cometidos como parte de um ataque, generalizado e sistemático, contra qualquer população civil, por motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos”.

Por todos esses precedentes e pela própria relevância, a inclusão dos crimes contra a humanidade no Estatuto de Roma na jurisdição *ratione materiae* nunca foi questionada. No entanto, a ausência de controvérsia para a inclusão dessa categoria de delito, não pode ofuscar o fato de que imensas dificuldades se antepuseram no momento de alcançar consenso sobre as ofensas específicas que constituem os crimes contra a humanidade.<sup>363</sup>

No entender de Theodor Meron, como contribuição para o direito internacional, o artigo 7 do Estatuto de Roma é o mais importante. Lembra o professor americano que se colocarmos de lado as breves previsões das cartas de Nuremberg e Tóquio e dos estatutos dos tribunais penais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, esse artigo 7 é a primeira vez que um tratado multilateral traz uma definição tão abrangente do que sejam crimes contra a humanidade. Isso porque, apesar do termo crimes contra a humanidade ser longamente usado depois do término da Primeira Guerra Mundial, nenhum tratado multilateral sobre a definição dos crimes

---

*persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime”.*

<sup>362</sup> Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (1954). Article 2: “*The following acts are offences against the peace and security of mankind: (11) Inhuman acts such as murder, extermination, enslavement, deportation or persecutions, committed against any civilian population on social, political, racial, religious or cultural grounds by the authorities of a State or by private individuals acting at the instigation or with the toleration of such authorities*”.

<sup>363</sup> McCORMACK, Timothy L. H. Crimes against humanity. In: McGOLDRICK, Dominic; ROWE, Peter; DONNELLY, Eric (edited by). *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 179.

contra a humanidade foi alguma vez negociado antes da Conferência de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional.<sup>364</sup>

Por isso, apesar da unanimidade em torno da inclusão dos crimes contra a humanidade no Estatuto de Roma, não foi fácil sua concretização. As referências a esses quatro tribunais precedentes foram oportunas, mas somente no momento de listar as condutas específicas a serem incluídas naquelas a constituírem os crimes contra a humanidade. No entanto, esses quatro instrumentos são muito simplórios e em não raras oportunidades durante os trabalhos desses quatro tribunais foi preciso que os juízes recorressem a outras fontes suplementares para esclarecer elementos específicos dos crimes contra a humanidade. Repita-se, foi somente em Roma, pela primeira vez que um evento intergovernamental discutiu e elaborou uma definição do que sejam crimes contra a humanidade, o que inegavelmente procrastinou muito os trabalhos da Conferência.<sup>365</sup>

#### 4.4.2 Sujeito ativo

Entre os possíveis autores de um crime contra a humanidade, normalmente encontram-se órgãos estatais, isto é, indivíduos atuando de maneira oficial, como representantes de um Estado soberano, tais como comandantes militares.

Mas, seria esse fato um elemento imprescindível dos crimes contra a humanidade ou poderiam indivíduos por conta própria, sem fazer parte de forças estatais e sem contar com o aval de um Estado também cometer um crime contra a humanidade?

A doutrina e também a jurisprudência concordam que os crimes contra a humanidade podem ser cometidos tanto por indivíduos atuando na sua capacidade individual, quanto como parte de uma política estatal, encontrando suporte para a perpetuação de tais atos.<sup>366</sup>

Vale ressaltar também que para os propósitos do crime contra a humanidade, o “ataque” (vide item abaixo) englobará uma série de atos cometidos por um ou por diversos indivíduos.

---

<sup>364</sup> MERON, Theodor. Crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court. In: HEBEL, Herman A. M. von; LAMMERS, Johan G.; SCHUKKING, Jolien. *Reflections on the International Criminal Court: essays in honour of Adriaan Bos*. The Hague: Asser Press, 1999, p. 49.

<sup>365</sup> McCORMACK, *op. cit.*, pp. 180-181.

<sup>366</sup> CASSESE, *International Criminal Law*, p. 83.

#### 4.4.3 Sujeito passivo

Os crimes contra a humanidade são dirigidos contra uma população civil. Nesse sentido, duas questões merecem destaque: em primeiro lugar deve ficar claro quem são os indivíduos sobre quem recai a definição de civis; e, em segundo lugar, é preciso examinar o conceito de população.

A jurisprudência dos tribunais *ad hoc* e também a doutrina consideram que o termo *civil* exposto no crime contra a humanidade deve ser interpretado de uma maneira mais abrangente, ou seja, no sentido de englobar não somente uma população em geral, mas também membros de forças armadas ou de resistência que estejam fora de combate, por motivo de doenças ou outra razão. Veja-se, por exemplo, no julgamento do caso Akayesu:

Members of the civilian population are people who are not taking any active part in the hostilities, including members of the armed forces who laid down their arms and those persons placed *hors de combat* by sickness, wounds, detention or any other cause. Where there are certain individuals within the civilian population who do not come within the definition of civilians, this does not deprive the population of its civilian character.<sup>367</sup>

Para ilustrar esta definição, Kittichaisaree exemplifica com duas possibilidades: a primeira, em que o chefe da família é obrigado a usar armas para defender sua família, e a segunda, em que o policial ou o membro da força local de defesa atua no sentido de prevenir os conflitos armados. Nestas duas situações estes sujeitos não perdem a sua condição de civis.<sup>368</sup>

Ao contrário dos crimes de guerra, essa definição protege não somente os civis do lado oposto, mas também, e especialmente, a população civil do mesmo Estado daqueles que cometeram tais crimes. Portanto, nem a nacionalidade da vítima, nem a do ofensor importa. Tampouco, a presença de soldados entre as vítimas daquela população civil, é suficiente para desqualificar tal violência como contra a humanidade, uma vez que os atos são dirigidos contra “qualquer” população civil, ou seja, fica claro que os crimes contra a humanidade podem ser cometidos contra pessoas sem Estado ou sem nacionalidade ou civis da mesma nacionalidade do perpetrador, bem como contra civis estrangeiros.

A colocação do termo população certamente deve ser interpretado no sentido de que haja uma multiplicidade de vítimas. Há uma ênfase propositada em recordar

<sup>367</sup> Promotoria *versus* Akayesu (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998, § 582.

<sup>368</sup> KITTICHAISAREE, *op. cit.*, p. 95. Ver também Promotoria *versus* Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-T), Julgamento, 21 de maio de 1999, § 127.

que o crime é de uma natureza coletiva, portanto, excluindo aqueles atos isolados de violência. Para exemplificar, veja-se o posicionamento da Câmara de Julgamento no caso Tadic, sobre esse ponto importante:

“The requirement [...] ‘population’ does not mean that the entire population of a given State or territory must be victimised by these acts in order for the acts to constitute a crime against humanity. Instead the ‘population’ element is intended to imply crimes of a collective nature and thus exclude single or isolated acts which, although possibly constituting war crimes or crimes against national penal legislation, do not rise to the level of crimes against humanity. The requirement [...] ‘directed against any civilian population’ ensures that what is to be alleged will not be one particular act but, instead, a course of conduct [...] Thus the emphasis is not on the individual victim but rather on the collective, the individual being victimised not because of his individual attributes but rather because of his membership of a targeted civilian population (§664)”.<sup>369</sup>

#### 4.4.4 Bem jurídico: objeto da proteção

Os crimes contra a humanidade têm por objeto de proteção não somente a vítima, em seu caráter individual, na verdade o amparo recai sobre uma idéia maior, a da própria sociedade internacional como um todo. Ou seja, os valores a serem protegidos transcendem ao indivíduo, ainda que proteja direitos individuais como a vida, saúde, liberdade e dignidade.

#### 4.4.5 O elemento de contexto do crime contra a humanidade

Como apresentado na introdução deste capítulo, a definição do crime contra a humanidade requer que o ato individual seja cometido dentro de um contexto mais amplo, é o que se chama de elemento de contexto.

Em razão da extrema importância para a configuração do crime contra a humanidade do elemento contextual em que se inserem os atos enumerados (*actus reus*), é importante antes de analisar-se tais condutas cometidas, estudar-se as circunstâncias para a existência de tal crime.

De acordo com o artigo 7(1) do Estatuto de Roma, 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 deste ataque”.

<sup>369</sup> Promotora *versus* Tadic (IT-94-1-T), Julgamento, 7 de maio de 1997, §664. Conferir também Promotora *versus* Kunarac *et al.*, (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Apelação, 12 de junho de 2002, §90.

Ainda que o artigo 7(2)(a) diga que “por ‘ataque contra uma população civil’ entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no §1 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”, dessa definição alguns elementos para a caracterização correta do contexto em que ocorreu o crime contra a humanidade ainda precisam de uma análise mais acurada.

Por isso, o estudo do elemento contexto passa pela análise dos seguintes itens:

#### 4.4.5.1 O ataque, generalizado ou sistemático

A primeira intenção de se qualificar o crime contra a humanidade no conjunto de um “ataque, generalizado ou sistemático” é no sentido se colocar de lado os atos isolados e fortuitos, ou seja, é necessário a prática desses atos desumanos cometidos em uma situação mais ampla. Isso fica mais claro quando analisado juntamente com o artigo 7(2)(a) do Estatuto de Roma que explicita a necessidade de que a conduta “*envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º*” (grifo nosso).

Essa necessidade de que o ataque seja generalizado ou sistemático apareceu pela primeira no Estatuto do ICTR e posteriormente neste Estatuto do TPI. Ainda que não apareça de modo explícito no Estatuto do ICTY, este tribunal também adotou tal posicionamento em relação a necessidade de ser o ataque generalizado ou sistemático.<sup>370</sup>

A primeira definição de “ataque” foi apresentada no caso Akayesu:

The concept of 'attack' maybe defined as a unlawful act of the kind enumerated in Article 3(a) to (l) of the Statute, like murder, extermination, enslavement etc. An attack may also be non violent in nature, like imposing a system of apartheid, which is declared a crime against humanity in Article 1 of the Apartheid Convention of 1973, or exerting pressure on the population to act in a particular manner, may come under the purview of an attack, if orchestrated on a massive scale or in a systematic manner.<sup>371</sup>

<sup>370</sup> Prosecutor *versus* Tadic, (IT-94-1-T), Julgamento, 7 de maio de 1997, §648 e Promotoria *versus* (IT-95-14-T), Julgamento, 3 de março de 2000, §202.

<sup>371</sup> Promotoria *versus* Akayesu (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998, § 581. “O conceito de ataque pode ser definido como um ato ilegal do tipo enumerado no artigo 3(a) a (l) do Estatuto, como o assassinato, o extermínio, a escravidão, etc. Um ataque pode ser não violento em sua natureza, como a imposição do sistema de *apartheid*, que é declarado como crime contra a humanidade no artigo 1 da Convenção do *Apartheid* de 1973, ou a pressão exercida sobre a população para que se atue de uma maneira particular possa denominar-se ataque, se está orquestrada em uma escala massiva ou de uma maneira sistemática”. Menções a essa definição de ataque também aparecem em Promotoria *versus* Rutaganda (ICTR-96-3-T), Julgamento, 9 de

Cabe ressaltar, ainda, que esse ataque não é exclusivamente um ataque militar, já que na definição do crime se incluem outros meios, como a criação de um sistema de *apartheid*, por exemplo, conforme o direito internacional consuetudinário, não é necessário que um crime contra a humanidade seja cometido durante um conflito armado. Mas também não exclui tal possibilidade. Como sentenciado no julgamento de apelação do caso Kunarac “*under customary law, the attack could precede, outlast, or continue during the armed conflict, but need not to be part of it*”<sup>372</sup>. De qualquer maneira essa questão foi superada quando nos elementos constitutivos do crime (*elements of crimes*) artigo 7, item 3, foi explicitado que “*the acts need not constitute a military attack*”.

Vale lembrar que no artigo 5 do Estatuto do ICTY coloca que este tribunal tem competência para julgar crimes contra a humanidade “quando cometidos durante um conflito armado, de caráter internacional ou interno”. No entanto, o requisito da presença de um conflito armado é um elemento jurisdicional que define a competência material do ICTY – e somente deste tribunal –, e não um elemento subjetivo dos crimes contra a humanidade em geral. Portanto, não é preciso provar o nexo entre os atos específicos supostamente cometidos pelo acusado e um conflito armado.

Foi também discutido durante a Conferência de Roma, se deveria ser adotado um enfoque cumulativo ou alternativo para o ataque, ou seja, um ataque generalizado e/ou sistemático. Entre os defensores da perspectiva alternativa encontravam-se o grupo dos países *like-minded*, mas não eram poucos os Estados que acreditavam ser preciso utilizar um critério cumulativo. Por fim, foi adotado a proposição alternativa, o que de fato não foi uma surpresa, vindo ao encontro inclusive da jurisprudência do caso Tadic:

While this issue has been the subject of considerable debate, it is now 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 or systematic manner. Either one of these is sufficient to exclude isolated or random acts.<sup>373</sup>

---

dezembro de 1999, §70, e Promotoria *versus* Musema (ICTR-96-13-A), Julgamento, 27 de janeiro de 2000, §205.

<sup>372</sup> Promotoria *versus* Kunarac *et al.*, (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Apelação, 12 de junho de 2002, §85.

<sup>373</sup> Promotoria *versus* Tadic (IT-94-1-T), Julgamento, 7 de maio de 1997, §646.

De certa maneira são adotados dois critérios: enquanto o generalizado serve para descrever o ataque no seu elemento quantitativo, o sistemático serve para apresentar na sua natureza qualitativa.

Um ataque generalizado requer uma grande quantidade de vítimas que podem ser resultado de múltiplos atos ou de um ato único de “extraordinária magnitude”. É perceptível a intenção de excluir-se dessa noção os atos desumanos concebidos de maneira isolada por um indivíduo e levado a cabo contra uma pessoa isolada. Também pode ser considerado – todavia, não de maneira plenamente satisfatória – o aspecto geográfico, isto é, a amplitude territorial do ataque.<sup>374</sup>

Já a expressão sistemático, como bem qualificado no Julgamento Kunarac, traz consigo “*the organised nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence. Patterns of crimes – that is the non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis – are a common expression of such systematic occurrence*”<sup>375</sup>. Dessa definição ressaltam dois componentes para o ataque sistemático: o primeiro que o ato precisa ser organizado como tal e não levado a cabo de maneira aleatória; e, segundo, é preciso ato similar e repetido em bases regulares.

Mas ainda que o artigo 7(1) do Estatuto de Roma estabeleça como critério alternativo, ou seja, que o ataque seja “generalizado” ou “sistemático”, na prática, ambos estão geralmente acompanhados. Veja-se, por exemplo, em Blaskic: “*the fact still remains however that, in practice, these two criteria will often be difficult to separate since a widespread attack targeting, a large number of victims generally relies on some form of planning or organization*”.<sup>376</sup>

#### 4.4.5.2 A política de um Estado

O preço pago pela opção ao critério alternativo, ao invés do acumulativo, para os pressupostos “generalizado” e “sistemático”, durante as negociações em Roma, foi a inclusão de uma definição do que seja um “ataque contra uma população civil”.

<sup>374</sup> Um excelente debate sobre esse “generalizado”, em uma conjuntura territorial variável, é realizado por Hiram Abathi. Para Abathi tanto o 11 de setembro – quando foram atingidas as torres gêmeas e o Pentágono – como os ataques americanos pós 11 de setembro ao Afeganistão – tendo como alvos Mazar-e-Sharif e Bamiyan – são ataques generalizados. ABATHI, Hiram. From the destruction of the Twin Buddhas to the destruction of the Twin Towers: Crimes against civilisation under the ICC Statute. *International Criminal Law Review*. n. 4 (2004). The Hague: Koninklijke Brill NV, pp.21-22.

<sup>375</sup> Promotoria versus Kunarac et al. (IT-96-23-T & 96-23/1-T), 22 de fevereiro de 2002, § 429.

<sup>376</sup> Promotoria versus Blaskic, (IT-95-14-T), Julgamento, 3 de março de 2000, §207.

De acordo com o artigo 7(2)(a) do Estatuto de Roma, é preciso que esse ataque seja levado a termo “de acordo com a política de um Estado de uma organização para praticar esses atos”. Denota-se, então, a presença de um elemento político, que se aplica tanto ao ataque generalizado quanto ao sistemático. Segundo Werle, a formulação desse elemento político foi inspirado no *Draft Code 1996*, no qual a incitação ou a colaboração de um crime por um governo, organização ou grupo era um pressuposto para a criminalidade.<sup>377</sup>

Mas, essa política não precisa ser formal ou precisa em termos programáticos. Ao contrário, o termo é interpretado de maneira bastante ampla como um planejamento, com atos de violência organizada, em oposição a idéia de espontâneo, com atos isolados de violência. É o que se vê na decisão do caso Tadic, segundo a Câmara de Julgamento: “*such a policy need not be formalized and can be deduced from the way in which that acts occur. Notably, if the acts occur on a widespread or systematic basis that demonstrates a policy to commit those acts, whether formalized or not*”.<sup>378</sup>

Não mais dúvida de que a entidade que opera por trás da política não tem que ser um Estado no sentido do Direito Internacional Público, sendo suficiente tão-somente que seja uma organização que exerça *de facto* um poder naquele território.<sup>379</sup>

É preciso ainda salientar sobre esse tópico que, segundo o direito internacional consuetudinário, tão relevante para o direito internacional penal, o pressuposto de ser um “ataque generalizado e sistemático contra uma população civil”, não conta com a limitação da presença de um “elemento político”. O ICTY afirmou essa idéia em Kunarac, depois de uma hesitação inicial:

there was nothing in [...] customary international law [...] which required proof of the existence of a plan or policy to commit these crimes [...] Proof that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic, are legal elements of the crime. But to prove these elements, it is not necessary to show that they were the result of the existence of a policy or plan. It may be useful in establishing that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic (especially the latter) to show that there was in fact a policy or plan, but it may be possible to prove these things by reference to other matters. Thus, the existence of a policy or plan may be evidentially relevant, but it is not a legal element of the crime.<sup>380</sup>

<sup>377</sup> WERLE, *op. cit.*, p. 226.

<sup>378</sup> Promotora *versus* Tadic (IT-94-1-T), Julgamento, 7 de maio de 1997, §653.

<sup>379</sup> AMBOS, *Los crímenes más graves...*, pp. 138-139.

<sup>380</sup> Promotora *versus* Kunarac *et al.*, (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Apelação, 12 de junho de 2002, §98.

Essa idéia da desnecessidade da presença do elemento político é compartilhada por Gerhard Werle, para quem: “*since Nuremberg, most definitions of crimes against humanity have not contained an additional policy element. [...] To prove his contextual element, it is usually helpful to show evidence of a corresponding policy. But that does not make the policy element a criterion of the offense*”. Segundo o professor alemão o Tribunal Penal Internacional vai ter que determinar se o elemento político do Estatuto restringe o nexos em comparação com o direito internacional consuetudinário, mas “*if interpreted broadly, as suggested here, the ICC Statute’s policy element is essentially nothing more than an illustration of the requirements for the contextual element of a widespread or systematic attack on a civilian population*”<sup>381</sup>. Essa posição é referendada na jurisprudência mais recente dos tribunais *ad hoc* que tendem a omitir por completo o elemento político e a considerá-lo somente como um indicador da existência de um ataque.

Por fim, cabe ainda comentar uma aparente contradição do exposto acima e presente nos Elementos Constitutivos do Crime. Segundo o artigo 7(3), deste dispositivo legal e que serve como ferramenta de interpretação para os juizes do TPI, “[...] *It is understood that ‘policy to commit such attack’ requires that the State or organization actively promote or encourage such an attack against a civilian population*”. Ou seja, ao contrário do afirmado acima aparentemente somente as políticas ativas estariam sujeitas, excluindo-se aquelas políticas tolerantes do Estado ou organização em relação as condutas descritas no artigo 7. Mas, uma nota de rodapé nesse mesmo artigo 7(3), introdução, do artigo 7, consta que “uma política cujo objeto de ataque seja uma população civil seria implementada pelo Estado ou uma ação da organização. Tal política pode aplicar-se em circunstâncias excepcionais *pelo descumprimento deliberado de atuar*, no qual se busca encorajar tal ataque. A existência de tal política não pode ser constatada somente pela abstenção de uma ação governamental ou organizativa”. (grifo nosso).

#### 4.4.5.3 *Dirigida contra uma população civil*

Vale lembrar que o fundamento do requisito é de que o objeto do ataque deva ser dirigido contra uma população civil, sendo usado para um ataque generalizado

---

<sup>381</sup> WERLE, *op. cit.*, p. 230.

ou sistemático. No entanto, a questão da população civil, já foi analisada no item sujeito passivo do crime contra a humanidade, neste capítulo.

#### 4.4.6 O *actus reus*

Conforme visto no item acima, o *caput* do artigo 7 do Estatuto do TPI traz as condições que elevam os atos praticados de crimes comuns a crimes contra a humanidade. Os atos enumerados no §1(a) a (k) do artigo 7 são: homicídio; extermínio; escravidão; deportação; prisão; tortura; agressão sexual; perseguição; desaparecimento forçado; *apartheid*; outros atos desumanos. Para a maioria destas condutas, muitas delegações de Estados insistiram em previsões adicionais que clarificassem tais termos, que se encontram no §2 do artigo 7.<sup>382</sup>

##### 4.4.6.1 Homicídio

O homicídio como crime contra a humanidade já estava reconhecido na Declaração de São Petersburgo (1915), foi também incluído na lista das violações das “leis da humanidade” no Relatório da Comissão da Conferência de Paz (1919) e tem sido arrolado como o primeiro crime contra a humanidade em todo instrumento que defina este crime. Apesar de a Comissão de Direito Internacional ter-se furtado a definir tal crime, em razão do entendimento generalizado do que seja homicídio em todos os Estados, a questão não é tão simples, visto que alguns elementos mudam de Estado para Estado, veja-se por exemplo, o debate em torno do termo *murder* (versão em inglês do Estatuto) e *meurtre* (versão em francês do Estatuto).<sup>383</sup>

No entanto, dois julgamentos realizados posteriormente à Conferência de Roma concluíram que era preciso encontrar-se os elementos para o homicídio, e chegaram as resultados similares. Dessa maneira são preciso três condições: (i) a morte da vítima; (ii) que a morte da vítima seja decorrência de um ato do acusado; e, (iii) que o acusado tivesse a intenção de matá-la ou de causar-lhe danos corporais sérios, com o conhecimento razoável, de que o ataque provavelmente ocasionaria a morte da vítima.<sup>384</sup>

<sup>382</sup> ROBINSON, *op. cit.*, p. 120.

<sup>383</sup> HALL, Christopher K. ICC Statute: article 7, the different subparagraphs. In: TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes*, article by article. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 129.

<sup>384</sup> *Promotora versus Akayesu* (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998, §589.

#### 4.4.6.2 *Extermínio*

O artigo 7(2)(b) do Estatuto de Roma diz que 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”. Conseqüentemente, o fato de matar nesse caso, não resulta necessariamente de um ato direto e violento. O extermínio distingue-se do homicídio pela intenção de matar e modo de fazê-lo, uma população ou uma parte importante da população, em oposição a uma só pessoa, ou seja, exige o extermínio um elemento de destruição massivo que não se requer no crime de homicídio. Dessa maneira, aproxima-se do crime de genocídio, já que ambos os crimes estão dirigidos contra uma grande quantidade de vítimas, no entanto, o extermínio como crime contra a humanidade não é dirigido necessariamente contra uma população nacional, étnica, racial ou religiosa.<sup>385</sup>

Apesar disso, lembra Kai Ambos, um só homicídio pode qualificar-se como extermínio se é parte de um massacre e se o autor cometeu tal crime dentro desse contexto, ou seja, ainda que o extermínio comporte, de maneira geral, uma grande quantidade de vítimas, não é necessário que se elimine uma proporção específica desta população.<sup>386</sup>

#### 4.4.6.3 *Escravidão*

É uma das primeiras violações de direitos humanos que foi reconhecida como crime por tratado internacional, em decorrência da Convenção sobre a Escravidão (1926), que se definiu como “o *status* ou condição de uma pessoa sobre a qual se exercem um ou todos os poderes ligados ao direito de propriedade”. Desde 1945 tentou-se incluir diversas formas de escravidão dentro da definição de crimes contra a humanidade. É importante lembrar que se as formas tradicionais da escravidão e tráfico de escravos desapareceram, no entanto, outras formas de condutas persistem, por exemplo, trabalhos forçados, tráfico de pessoas, compromissos matrimoniais forçados para mulheres, entre outras.<sup>387</sup>

<sup>385</sup> BETTATI, Mario. Le crime contre l'humanité. In : ASCENSIO, Hervé ; DECAUX, Emmanuel ; PELLET, Alain (orgs.). *Droit International Pénal*. Paris: A. Pedone, 2000, p.313.

<sup>386</sup> AMBOS, *Los crimes más graves...*, p. 57.

<sup>387</sup> TRIVIÑO, Jaime Córdoba. *Derecho penal internacional: estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo código penal*. Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2001, p. 130.

No caso do Estatuto de Roma, o artigo 7(2)(c) entende por escravidão “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”.

É importante que fique caracterizado que a escravidão conste do exercício deliberado de um poder ligado ao direito de propriedade, é o que afirma a Câmara de Julgamento no caso Kunarac<sup>388</sup>: “*enslavement as a crime against humanity in customary international law consisted of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person (§539)*”. E acrescenta em seguida quanto aos elementos *actus reus* e *mens rea*: “*Trial Chamber finds that the actus reus of the violation is the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person. The mens rea of the violation consists in the intentional exercise of such powers (§540)*.”

#### 4.4.6.4 *Deportação ou transferência forçada de uma população*

De acordo com a definição prevista no artigo 7(2)(d) do Estatuto de Roma, “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”.

É comum distinguir que por deportação se entende a remoção forçada de pessoas de um país a outro e a transferência forçada como o movimento obrigatório de pessoas de uma área a outra dentro de um mesmo Estado. É o que se depreende da decisão no caso Krstic<sup>389</sup>:

Both deportation and forcible transfer relate to the involuntary and unlawful evacuation of individuals from the territory in which they reside. Yet, the two are not synonymous in customary international law. Deportation presumes transfer beyond State borders, whereas forcible transfer relates to displacements within a State. (§521)

#### 4.4.6.5 *Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional*

O direito internacional proíbe a prisão arbitrária, como parte da proteção aos direitos humanos. Mas, nem a Carta de Nuremberg e tampouco a de Tóquio incluíam a prisão como crime contra a humanidade, vindo a constar somente em

<sup>388</sup> Promotoria *versus* Kunarac *et al.* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Julgamento, 22 de fevereiro de 2001.

<sup>389</sup> Promotoria *versus* Krstic (IT-98-33-T), Julgamento, 2 de agosto de 2001.

documentos subsequentes: Lei do Conselho de Controle n. 10, Convenção do *Apartheid*, Estatuto do ICTY, Estatuto do ICTR e agora no Estatuto de Roma.

A Câmara de Julgamento do ICTY no caso Kordic e Cerkez, foi a primeira corte internacional a oferecer uma definição de prisão.

The Trial Chamber concludes that the term imprisonment in Article 5(e) of the Statute should be understood as arbitrary imprisonment, that is to say, the deprivation of liberty of the individual without due process of law, as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population. In that respect, the Trial Chamber will have to determine the legality of imprisonment as well as the procedural safeguards pertaining to the subsequent imprisonment of the person or group of persons in question, before determining whether or not they occurred as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population (§302).

Com base nessa definição, a Câmara também arrola que a prisão de civis será ilegal quando estiverem presentes as seguintes condições:

(i) civilians have been detained in contravention of Article 42 of Geneva Convention IV, i.e., they are detained without reasonable grounds to believe that the security of the Detaining Power makes it absolutely necessary; (ii) the procedural safeguards required by Article 43 of Geneva Convention IV are not complied with in respect of detained civilians, even where initial detention may have been justified; (iii) they occur as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population (§303).

Hall afirma que o texto não deixa claro qual foi a intenção dos propositores do texto com a palavra “prisão”, se deveria ser usada em um sentido restrito – depois da condenação por uma corte – ou amplo – como fizera a Lei do Conselho de Controle n. 10 –, mas, acredita que a justaposição da expressão “privação da liberdade física” sugere que deve ser utilizada no sentido mais restrito. Em qualquer dos casos, o segundo termo tem um significado mais amplo que abrangeria a definição extensiva de prisão e incluiria uma ampla variedade de restrições a liberdade física, como por exemplo, a prisão domiciliar (*house arrest*).<sup>390</sup>

#### 4.4.6.6 Tortura

A proibição da tortura é absoluta, não comporta exceções sob o direito internacional humanitário ou o direito internacional dos direitos humanos. Já fora previsto na Convenção contra a Tortura e outros tratamentos desumanos ou degradantes (1984)<sup>391</sup>. A lista de atos não é exaustiva, já que não há motivo para

<sup>390</sup> HALL, *op. cit.*, pp. 137-138.

<sup>391</sup> O artigo 1 da Convenção tem a seguinte redação: “Para fins da presente Convenção, o termo ‘tortura’ designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são

excluir da tortura aquelas razões puramente sádicas, sem um motivo ou um real objetivo. Quanto ao estupro, acreditam De Than e Shorts que *“even though rape constitutes a separate offence in international law, it may also amount to torture if it is part of the interrogation process”*.<sup>392</sup>

A definição inscrita no artigo 7(2)(e) do Estatuto de Roma, entende que “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, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas”.

Conforme essa redação, não se exige um propósito específico para o crime de tortura, que foi deliberadamente omitido, bem como dos Elementos dos Crimes artigo 7(1)(f), que traz ainda esclarecedora nota de rodapé n. 14: *“it understood that no specific purpose needs to be proved for this crime”*.

#### 4.4.6.7 Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável

*Agressão sexual*<sup>393</sup> – a primeira previsão de crime contra a humanidade a incluir expressamente o estupro dentro desta categoria foi a Lei do Conselho de Controle n. 10, ainda que não tenham ocorrido investigações por estupro nos juízos ocorridos sob este instrumento legal. Como resultado dos sucessivos relatos de estupros e outros abusos sexuais cometidos na ex-Iugoslávia, os estatutos do ICTY e do ICTR incluíram expressamente o estupro como um crime contra a humanidade,

---

infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo”.

<sup>392</sup> DE THAN; SHORTS, *op. cit.*, p. 101.

<sup>393</sup> O texto em inglês traz simplesmente a palavra *rape*, estupro. A versão em português dos estatutos do ICTY e do ICTR trazem o termo estupro (*rape*), mas no caso do Estatuto de Roma, *rape*, foi traduzido por agressão sexual. Por isso, serão aqui entendidos como sinônimos.

sem mencionar de forma explícita outras formas de abuso sexual. Nestes tribunais, foram freqüentes as acusações por estupro e outros abusos dessa natureza.<sup>394</sup>

Ainda não havia, no entanto, uma definição para o estupro. O próprio artigo 7 do Estatuto de Roma não traz definições para as expressões “agressão sexual”, “escravatura sexual”, “prostituição forçada”, “gravidez forçada”, “esterilização forçada”, “ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável”. Assim, foram os Elementos Constitutivos do Crime que trouxeram pela primeira vez uma definição mais específica da conduta criminal<sup>395</sup>.

Uma definição de estupro aparece na jurisprudência do ICTR, no julgamento Akayesu<sup>396</sup>: *“The Chamber defines rape as a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence which includes rape, is considered to be any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive (§598)”*<sup>397</sup>. E no caso Furundzija<sup>398</sup>, a Câmara de Julgamento do ICTY caracterizou a agressão sexual como: *“(i) the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; (ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person (§185)”*

Com base nessa definição, Werle explica que

The material element requires an invasion of the victim’s body by the perpetrator, which must result in penetration. This is understood to be gender-neutral, as both men and women can be victims of rape. Rape does not include only forced sex (penetration of the male penis into vagina); the crime also includes sexual conduct connected with the insertion of the perpetrator’s sexual organ into other body cavities (oral and anal

<sup>394</sup> TRIVIÑO, *op. cit.*, pp. 134-135.

<sup>395</sup> Elementos dos Crimes, artigo 7(1)(g)-1: *“Crime against humanity of rape. 1. The perpetrator invaded [nota de rodapé 15: the concept of ‘invasion’ is intended to be broad enough to be gender-neutral] the body of a person by conduct resulting in penetration, however slight, of any part of the body of the victim or of the perpetrator with a sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object of any other part of the body. 2. The invasion was committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a coercive environment, or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent [nota de rodapé 16: it is understood that a person may be incapable of giving genuine consent if affected by natural, induced or age-related incapacity. This footnote also applies to the corresponding elements of Artigo 7(1)(g)-3, 5 and 6]. 3. The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population. 4. The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population”*.

<sup>396</sup> Promotória versus Akayesu (ICTR-96-4-T), Julgamento, 2 de setembro de 1998.

<sup>397</sup> Menções a essa definição de estupro aparecem, por exemplo, no caso Promotória versus Musema (ICTR-96-13-A), §220; caso Promotória versus Delalic et al. (IT-96-21-T), §479.

<sup>398</sup> Promotória versus Furundzija (IT-95-17/1-T), Julgamento, 10 de dezembro de 1998.

penetration). Finally, the insertion of other parts of the perpetrator's body or of objects into the vagina or other parts of the body is included. The definition of the crime also requires the use of violence or the threat of violence or force.<sup>399</sup>

*Escravatura sexual* – no contexto do artigo 7, a escravatura sexual foi listada como ofensa à parte. A palavra “sexual” nesse contexto refere-se a um particular crime de escravidão, que inclui: limitações a autonomia, liberdade de movimento e poder de decidir assuntos relacionados com sua própria atividade sexual. Além disso, a escravatura sexual também abrange situações em que as mulheres ou as jovens são forçadas a casar-se, ao serviço doméstico ou outros trabalhos forçados, que de alguma maneira conduzem a atividade sexual forçada, incluindo a violação pelos seus captores.<sup>400</sup>

*Prostituição forçada* – já foi argumentado que a escravatura sexual inclui muitas, senão todas as formas de prostituição forçada, a qual geralmente se refere às condições de controle sobre uma pessoa que está condicionada por outra a dedicar-se a atividade sexual. Também foi já levantado que a escravatura sexual teria sido reduzida para chamar-se somente prostituição forçada, mas esse termo poderia ocultar a violência, coerção e controle que é característica da escravidão. O termo “prostituição” sugere que os serviços sexuais são oferecidos como parte de uma troca, ainda que um dos dois esteja sob coação das circunstâncias, e, inclusive que a atividade sexual é iniciada pela vítima em lugar do ofensor. Por isso, a inclusão do crime de prostituição forçada é necessária para prever uma situação que não vem a ser uma escravatura – ainda que uma pessoa é compelida a realizar atos sexuais com o fim de obter algo necessário para sua sobrevivência ou para evitar um dano. Tais situações poderiam não ser incluídas na definição de agressão sexual, caso não preenchessem os requisitos de um elemento de coerção, uso da força ou ameaça do uso da força. Ainda, o crime de estupro é uma violência consumada, enquanto a escravatura sexual constitui uma ofensa continuada; a prostituição forçada pode ser uma ofensa continuada ou constituir um ato em separado.<sup>401</sup>

---

<sup>399</sup> WERLE, *op. cit.*, p. 248.

<sup>400</sup> BOOT, Machteld. ICC article 7, rape. In: TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 140.

<sup>401</sup> TRIVIÑO, *op. cit.*, pp. 136-137.

*Gravidez forçada* – a inclusão desse crime foi bastante controversa, já que algumas delegações temiam que as políticas oficiais que não oferecessem serviços de aborto, poderiam ser interpretadas como propiciadoras de gravidez forçada. No entanto, essa interpretação não é factível porque essas leis não estão dirigidas a afetar a composição étnica de uma população ou a atingir outras graves violações dos tratados internacionais<sup>402</sup>. É o que deixa claro o artigo 7(2)(f) do Estatuto de Roma: “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”;

*Esterilização forçada* – esse crime já fora sancionado no contexto dos experimentos médicos conduzidos particularmente em campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial, cometidos tanto contra prisioneiros como contra civis. A esterilização sem consentimento poderia constituir também um crime de genocídio quando cometido com a intenção de destruir um grupo em particular, no todo ou em parte. A esterilização forçada é uma forma de “imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo”, conforme prevê o artigo 6(d) do Estatuto de Roma.<sup>403</sup>

*Qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável* – a violência sexual é um termo bastante amplo que inclui o estupro e não está limitada a uma “invasão física” do corpo humano, podendo incluir também atos que não incluam penetração ou qualquer tipo de contato físico. Veja-se o que consta da decisão do caso Akayesu (ICTR-96-4-T): “*The Tribunal considers sexual violence, which includes rape, as any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence is not limited to physical invasion of the human body and may include acts which do not involve penetration or even physical contact*” (§688).

---

<sup>402</sup> *Idem, ibidem*, p. 137.

<sup>403</sup> BOOT, *op. cit.*, p. 144.

4.4.6.8 *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*

O artigo 7(2)(g) do Estatuto de Roma deixa claro que: “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”. Ainda que o crime de perseguição já era reconhecido por outros tribunais precedentes - como Nuremberg e Tóquio, além do ICTY e do ICTR -, não era definido e muitas delegações presentes na Conferência Diplomática de Roma temiam sua inclusão por receio de qualquer prática discriminatória poderia caracterizar um “crime contra a humanidade” para o tribunal. Relata Darryl Robinson que todas as delegações concordam que a jurisdição da corte refere-se somente as sérias violações do direito internacional penal, excluindo-se assim, desse ponto, o direito internacional dos direitos humanos. Agrega ainda Robinson: “*to address the concerns raised about this crime, it was emphasized that, while discrimination may not be criminal, extreme forms amounting to deliberate persecution clearly are criminal*”.<sup>404</sup>

A Câmara de Julgamento do ICTY no caso Kupreskic e outros (IT-95-16-T), resume os elementos do crime de perseguição da seguinte maneira: “(a) *those elements required for all crimes against humanity under the Statute; (b) a gross or blatant denial of a fundamental right reaching the same level of gravity as the other acts prohibited under Article 5; (c) discriminatory grounds (§627)*”.

Interessante também é a decisão da Câmara de Julgamento II no caso Krnojelac, que registra que o crime de perseguição consta de um ato ou de uma omissão que:

1. discriminates in fact and which denies or infringes upon a fundamental right laid down in international customary or treaty law (the *actus reus*); and
2. was carried out deliberately with the intention to discriminate on one of the listed grounds, specifically race, religion or politics (the *mens rea*).<sup>405</sup>

#### 4.4.6.9 *Desaparecimento forçado de pessoas*

O artigo 7(2)(i) do Estatuto de Roma esclarece que “por ‘desaparecimento forçado de pessoas’ entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por

<sup>404</sup> ROBINSON, *op. cit.*, p. 121.

<sup>405</sup> Promotória *versus* Krnojelac (IT-97-25-T), Julgamento, 15 de março de 2002, § 431.

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”.

Christopher Hall afirma que o crime de desaparecimento forçado de pessoas parece ter sido inventado por Adolf Hitler em sua *Nacht und Nebel Erlass* (Episódio da Noite e Neve), ocorrido em 7 de dezembro de 1941. O propósito da ação era capturar as pessoas que estivessem “colocando em perigo a segurança alemã” e, sem executá-las imediatamente, fazê-las desaparecer sem deixar rastro algum, negando-se todo tipo de informação sobre seu paradeiro as famílias. É verdade que não estava previsto o desaparecimento forçado de pessoas na Carta de Nuremberg, mas o major Keitel foi condenado por essa prática delituosa no bojo de crimes de guerra<sup>406</sup>. Kai Ambos estranhamente, acredita que “*el crimen se remonta a la experiencia latinoamericana, que hizo que fuera calificado como crimen contra la humanidad por al Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas 1994*”<sup>407</sup>. Ainda que não tenham sido os “inventores” do desaparecimento forçado de pessoas, foram os latino-americanos os seus grandes “utilizadores”.

Não existe jurisprudência de direito internacional penal sobre esse crime em particular, mas somente em direitos humanos. Uma destas decisões merece destaque, é o caso “Velásquez Rodríguez”, julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trata do desaparecimento forçado deste indivíduo em Honduras, em 1981. Acolhendo comunicação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte condenou o Estado hondurenho ao pagamento de indenização aos familiares do desaparecido, em julho de 1989. Ao fundamentar a decisão a Corte Interamericana afirmou que: “o desaparecimento forçado de seres humanos é uma violação múltipla e contínua de muitos direitos constantes da Convenção, que os Estados-partes são obrigados a respeitar e garantir”.<sup>408</sup>

---

<sup>406</sup> HALL, C. ICC Statute: article 7, “enforced disappearance of persons/the crime of apartheid”. In: TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers’ notes, article by article*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 151.

<sup>407</sup> AMBOS, *Los crímenes más graves...*, p. 67.

<sup>408</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 253-255.

#### 4.4.6.10 *Crime de apartheid*

No artigo 7(2)(h) do Estatuto de Roma está previsto que “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”.

O termo *apartheid* – que em africâner quer dizer separação – foi cunhado pelos sul-africanos e em nomeação a política de segregação das populações negra e branca, veiculada pelo governo de minoria branca da República da África do Sul em 1948. Pelo menos desde de 1965 as Nações Unidas já condenavam tal prática, quando foi qualificado como um crime contra a humanidade. E, em 1973, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou, por meio da Resolução 3068 (XXVIII), a Convenção Internacional sobre a Repressão e Castigo do Crime de *Apartheid*, em que os Estados-partes declaravam, entre outros pontos, que o *apartheid* é um crime contra a humanidade: “artigo 1(1), os Estados partes na presente Convenção declaram que o *apartheid* é um crime contra a humanidade [...]”

#### 4.4.6.11 *Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental*

A adoção dessa fórmula foi também incluída nas Cartas de Nuremberg e de Tóquio e na Lei do Conselho de Controle n. 10. A idéia dessa letra é indicar que os crimes previstos anteriormente, não formam uma lista exaustiva, por exemplo, a privação de meios de subsistência é um ato que poderia ser coberto por esses “outros atos desumanos”.

No entanto, a letra encerra-se com a expressão “que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental” foi evitar uma possível violação do princípio *nullum crimen sine lege* de tal forma que se impõem uma limitação ao simples “outros atos desumanos”. Assim, a desumanidade do ato deve ser julgada segundo suas conseqüências e a natureza desumana do ato como tal.<sup>409</sup>

---

<sup>409</sup> TRIVIÑO, *op. cit.*, p. 145.

#### 4.4.7 *O mens rea*

Conforme deixa claro a cabeça do artigo 7 do Estatuto de Roma, que para que ocorra o crime contra a humanidade o autor deve ter conhecimento do ataque – parte de um “ataque generalizado ou sistemático” –, e, deve saber, que seu ato individual forma parte daquele ataque. Esses dois elementos tratam-se de forma conjunta e concorrente.

Mas, o autor dos ataques não precisa conhecer todos os detalhes desse plano ou política. É o que diz o artigo 7, introdução dos Elementos dos Crimes: “[*the element should not be interpreted as requiring proof that the perpetrator had knowledge of all characteristics of the attack or the precise details of the plan or policy of that State or organization.*”

Kai Ambos lembra que “*por un lado, es evidente que el requisito del conocimiento en crímenes contra la humanidad es específico en cuanto a que sólo se refiere al ‘ataque’ y que, como tal, no debe confundirse con el requisito general de la intención, que se aplica a los actos fundamentales de los crímenes contra la humanidad*”.<sup>410</sup>

Como aponta Werle critérios adicionais subjetivos para configurar um crime contra a humanidade não são encontrados nem no direito internacional costumeiro nem na definição dos crimes previstos no Estatuto de Roma. Lembra o professor alemão que:

In particular, crimes against humanity do not require that the perpetrator act out of discriminatory motives, as required by Article 3 of the ICTR Statute and by early decisions on Article 5 of the Statute. Discriminatory intent is required only for the act of persecution, one of the possible individual acts in the definition.<sup>411</sup>

Tal posição é corroborada pelo *leading case* Tadic<sup>412</sup>

The Prosecution submits that the Trial Chamber erred in finding that all crimes against humanity must be committed with a discriminatory intent. It is the submission of the Prosecution that the requirement of a discriminatory intent applies only to “persecution type” crimes and not to all crimes against humanity. The Prosecution notes that Article 5 of the Statute contains no express requirement of a discriminatory intent for all crimes against humanity. [...] A requirement of discriminatory intent for all crimes against humanity is also absent from customary international law. (§§273-275)

<sup>410</sup> AMBOS, *Los crímenes más graves...*, p. 50.

<sup>411</sup> WERLE, *op. cit.*, p. 231.

<sup>412</sup> Promotoria versus Tadic (IT-94-1-A), Apelação, 15 de julho de 1999.

De acordo com Antonio Cassese, os tribunais insistem que a caracterização do elemento subjetivo dos crimes contra a humanidade passam por três pontos: (i) a intenção que o acusado tinha de alcançar certo resultado que configura-se um crime contra a humanidade; (ii) no caso do acusado que age como um agente de um plano ou política, que causa diretos e imediatos atos desumanos, não é fundamental que os resultados planejados sejam integralmente realizados, é suficiente tão-somente que a sua ação poderia trazer sérias conseqüências para as vítimas dessa violência ou arbitrariedade; (iii) o agente deve saber que há um vínculo entre a sua conduta delituosa e um plano de ataque sistemático ou generalizado dirigido contra uma população civil.<sup>413</sup>

É o que deixa claro a Câmara de Apelação no caso Tadic<sup>414</sup>

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 population<sup>311</sup> 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. (§248)

Antonio Cassese, resume a posição do *mens rea* nos crimes contra a humanidade dessa maneira

To sum up, the requisite subjective element or *mens rea* in crimes against humanity is not simply limited to the *criminal intent (or recklessness) required for the underlying offence* (murder, extermination, deportation, rape, torture, persecution, etc.). The viciousness of these crimes goes far beyond the underlying offence, however wicked or despicable it may be. This additional element – which helps to distinguish crimes against humanity from war crimes – consists of awareness of the broader context into which this crime fits, that is *knowledge that the offences are part of a systematic policy* or widespread and large-scale abuses. In addition, when these crimes take the form of persecution, another mental element is required: a persecutory or discriminatory animus. The intent must be to subject a person or group to discrimination, ill-treatment, or harassment, so as to bring about great suffering or injury to that person or group on religious, political, or other such grounds. This added element for persecution amounts to a *special criminal intent (dol spécial)*.

<sup>413</sup> CASSESE, *International Criminal Law*, pp. 81-82.

<sup>414</sup> Promotória versus Tadic (IT-94-1-A), Apelação, 15 de julho de 1999.

## 4.5 CRIMES EM ESPÉCIE: CRIMES DE GUERRA

### 4.5.1 Direito internacional humanitário

Como visto no capítulo 1, a história do direito internacional pode ser traçada a partir de dois conceitos fundamentais: a paz e a guerra, sendo um muitas vezes definido em função do outro. Durante muito tempo a tônica das relações internacionais foi a guerra, razão pela qual o direito internacional preocupou-se, na maior parte de sua existência, com este fenômeno. A preocupação com a paz é algo recente na história, surgindo especificamente no século XX.

Durante séculos, a guerra foi admitida como meio de solução de controvérsias internacionais, constituindo um mecanismo de sanção das normas internacionais próprio de uma sociedade internacional carente de mecanismos de coerção característicos dos ordenamentos internos estatais.

No século atual, a guerra foi formalmente prescrita pelo Pacto Briand-Kellog (1928) – também conhecido como Tratado de Renúncia à Guerra –, e pelo artigo 2(4) da Carta da ONU, que proíbe a ameaça ou o uso da força contra outros Estados. Desde 1945, a guerra já não constitui uma maneira aceitável de resolver os conflitos entre os Estados na órbita internacional. Apesar disso, a sociedade internacional permanece mergulhada nas convulsões de guerra. Infelizmente, o banimento da guerra pelo ordenamento jurídico não foi suficiente para provocar o seu efetivo desaparecimento.<sup>415</sup>

Por esse motivo, tornou-se necessário o estabelecimento de normas reguladoras da condução das hostilidades, impondo às partes em conflito um padrão mínimo humanitário e impedindo o uso descontrolado da força. Essa função é própria do direito internacional humanitário, isto é, regulamentar o direito de guerra – *jus in bello* –, até mesmo porque regulamentar a limitação e proibição do direito de recorrer à guerra – *jus ad bellum* – é o objetivo do direito internacional e do sistema criado pelas Nações Unidas, conforme o artigo 2 da Carta da ONU, que preceitua que os membros da organização “deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força”.<sup>416</sup>

---

<sup>415</sup> LUQUINI, Roberto de Almeida. A aplicação do Direito Internacional Humanitário nos “conflitos novos”. *Revista de Informação Legislativa*. n. 158, ano 40, abr./jun. 2003. Brasília: Senado Federal, pp. 127-128.

<sup>416</sup> BORGES, Leonardo Estrela. *O direito internacional humanitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp.3-4.

#### 4.5.1.1 Origens

O Direito Internacional Humanitário, ou o Direito Internacional dos Conflitos Armados é um fenômeno com raízes antigas que foi se estabelecendo progressivamente pela prática costumeira dos Estados e pelos seus tratados, procurando limitar a escolha dos métodos empregados na guerra a fim de evitar sofrimentos e destruições inúteis. Proíbe certos comportamentos e organiza o direito aos socorros a favor dos não combatentes para atenuar os sofrimentos criados pela guerra.<sup>417</sup>

No entanto, o atual Direito Internacional Humanitário (DIH) é um fenômeno recente, iniciado em meados do século XIX. Esse desenvolvimento das normas humanitárias nos conflitos armados nos tempos se deve em grande parte ao trabalho realizado pelo suíço Henri Dunant (1828-1910).

Profundamente horrorizado com a sorte dos feridos da batalha de Solferino (1859), Dunant publicou um livro chamado *Un souvenir de Solferino* (1862), que recorda a tragédia que presenciou. Além disso, propõe duas ações que deveriam ser adotadas: criação de sociedades de socorro privadas, que atuariam nos locais de conflito independentemente do vínculo com qualquer das partes; e a aprovação de um tratado internacional que facilitasse a sua atuação. A primeira ação concretizou-se com o estabelecimento da Cruz Vermelha: uma sociedade encarregada de formar um pessoal voluntário que auxilia com serviços sanitários militares sobre as bases de princípios adotados em tratados internacionais multilaterais que obrigam a todos os beligerantes. A segunda iniciativa, concretizou-se com a primeira das convenções de Genebra de 1864, que tinha por objeto melhorar as condições dos feridos e enfermos das forças armadas em campos de batalha.<sup>418</sup>

Continua seu desenvolvimento com a Declaração de São Petersburgo de 1868, destinada a proibir o uso de determinados projéteis em tempo de guerra – como aqueles que tivessem peso inferior a 400 gramas e que fossem explosivos, ou estivessem carregados com materiais explosivos ou inflamáveis. Na formação do direito internacional humanitário também destaque-se as Conferências da Haia de 1899 e 1907<sup>419</sup>. Ainda que não houvesse, em nenhum desses instrumentos

---

<sup>417</sup> BOUCHET-SAULNIER, Françoise. *Dicionário prático do direito humanitário*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004, p. 194.

<sup>418</sup> DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. 15. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 1028.

<sup>419</sup> Apesar de convidado pelo Czar Nicolau II a participar da Primeira Conferência da Paz de Haia (1899), o Brasil recusou o convite, “por motivos que são óbvios”, conforme expressou o presidente

internacionais, a previsão de sanções penais no caso de violações, “*a belligerent Party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces*”.<sup>420</sup>

Data marcante para o DIH dá-se em 12 de agosto de 1949, quando são assinadas as quatro Convenções de Genebra, que estão baseadas no respeito da pessoa humana e da sua dignidade, além de estabelecer o princípio do auxílio desinteressado e prestado sem discriminação às vítimas, ao ser humano, que, ferido, prisioneiro ou náufrago, sem defesa alguma, já não é um inimigo mas sim tão-somente uma pessoa que sofre<sup>421</sup>. As quatro convenções de Genebra aprovadas versam sobre: Convenção (I) de Genebra para melhorar a situação dos feridos e enfermos das forças armadas em campanha; Convenção (II) de Genebra para melhorar a situação dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar; Convenção de Genebra (III) relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra; Convenção (IV) de Genebra relativa à Proteção das pessoas civis em tempo de guerra. Essas quatro convenções entraram em vigor internacional no dia 29 de junho de 1957. E um destaque final aos Protocolos Adicionais de 8 de junho de 1977: Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais (Protocolo I) e Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados não-internacionais (Protocolo II).

#### 4.5.1.2 Definição

Para C. Swinarski, o direito internacional humanitário, também chamado de direito internacional dos direitos humanos, é o

conjunto normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito escolher livremente os métodos, e meios

---

Campos Sales. Já na Segunda Conferência da Paz de Haia (1907), o Brasil teve atuação destacada com o Delegado Rui Barbosa. CARDIM, Carlos Henrique. *A raiz das coisas*: Rui Barbosa – o Brasil no mundo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, pp. 62-95.

<sup>420</sup> SANDOZ, Yves. Penal aspects of International Humanitarian Law. In: BASSIOUNI, M. Cherif (edited by). *International criminal law: crimes*, vol. I. Dobbs Ferry: Transnational Publishers, 1986, pp. 209-212.

<sup>421</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho internacional público*. 5. ed. atual. Bogotá: Temis, 2002, pp 597-598.

utilizados na guerra, ou que protegem as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito.<sup>422</sup>

É, portanto, o direito internacional humanitário um ramo do direito internacional, tanto de fonte convencional como consuetudinária que tem como meta colocar limites aos métodos e meios empregados em um conflito armado, com fim de proteger as vítimas desses conflitos e os bens indispensáveis para sua sobrevivência.

#### 4.5.1.3 Fontes

O direito internacional humanitário compreende três fontes, chamadas também de correntes: o direito da Haia, o direito de Genebra e mais recentemente passou-se a falar também no direito de Nova Iorque.<sup>423</sup>

(i) o direito da Haia, originado de duas Conferências realizadas nesta cidade em 1899 e 1907, cujas disposições tinham a finalidade de regulamentar a condução das hostilidades entre beligerantes. Além dessas duas convenções seguiram-se as de 1954, 1957, 1970 e 1973. Todos esses instrumentos internacionais regulamentam tanto o *jus ad bellum*, que são as normas internacionais que regulam o direito de ir à guerra e o direito de prevenção à guerra, quanto sobre o *jus in bello*, isto é, as normas internacionais sobre a condução das hostilidades;

(ii) o direito de Genebra, refere-se ao tratamento humanitário das pessoas que participam nos conflitos armados e também daquelas que não participam nas hostilidades, tem suas raízes com os primeiros esforços de Dunant, ganhou maior notoriedade com a celebração das quatro Convenções de Genebra, em 1949 e posteriormente em 1977, quando foram assinados dois Protocolos Adicionais, visando complementar as omissões das quatro convenções e adequar as suas normas à nova realidade dos conflitos armados atuais, ampliando o rol de normas jurídicas para a proteção das vítimas em conflitos;

(iii) direito de Nova Iorque, corresponde aos esforços das Nações Unidas para o desenvolvimento do direito internacional humanitário, cujo principal foco de ação vem a ser o desarmamento e da não proliferação de armamentos atômicos. Esse direito de Nova Iorque é apontado como um direito misto, posto que ao tratar de

---

<sup>422</sup> Apud JUBILUT, Liliansa Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, p. 145.

<sup>423</sup> BORGES, *op. cit.*, pp. 23-32.

desarmamento, objetivaria limitar a possibilidade de guerra e de recursos para esta caso venha a ocorrer, a partir de medidas adotadas e levadas a cabo em tempos de paz.

#### 4.5.2 Crimes de guerra

##### 4.5.2.1 *Antecedentes*

Os crimes de guerra são aquelas violações as leis e costumes de guerra que podem ser cometidos tanto por combatentes como por particulares, incluindo-se os nacionais do Estado neutro. O conceito não é novo, pois desde a antiga Grécia condena-se todo ato que faça uso de meios de luta ou de armas consideradas ilegais, mas somente na época moderna é que se realiza a codificação dos crimes de guerra, o que acontece com o aparecimento do Código Lieber em 1863, durante o governo do presidente Abraham Lincoln. O Código Lieber, em razão do nome do seu autor, estabelece o direito dos tribunais dos Estados Unidos para julgar qualquer pessoa que intencionalmente provoque ferimentos adicionais a um inimigo já derrotado, ou o mate ou ordene ou instigue aos soldados a fazê-lo.<sup>424</sup>

A adoção da Carta de Nuremberg e de Tóquio deu um impulso significativo a codificação do direito internacional humanitário já que trouxe pela primeira vez uma regulamentação convencional que definiu uma série de infrações penais como imputáveis ao indivíduo, além de instituir uma jurisdição que efetivamente atuou enunciando uma série de princípios que são hoje universalmente reconhecidos. Mas, lembrando que nessa etapa do desenvolvimento histórico das condutas ilícitas que mereciam ser sancionadas, ainda tinham que estar vinculadas com a guerra, ou melhor dito, com a luta armada entre dois ou mais Estados.<sup>425</sup>

Em 1949, com a adoção das quatro convenções de Genebra (“o direito de Genebra”), são enunciados uma série de atos que comportam infrações graves quando cometidos contra pessoas ou bens protegidos nas convenções em situação de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que surja entre Estados, ainda que um deles não tenha reconhecido o estado de guerra, bem como todos os casos de ocupação total ou parcial do território de um Estado ainda que a ocupação encontre resistência militar.

---

<sup>424</sup> TRIVIÑO, *op. cit.*, pp. 246-247.

<sup>425</sup> POSSE, *op. cit.*, p. 110-111.

No entanto, nem nas Convenções da Haia nem nas Convenções de Genebra aparece a expressão “crime de guerra”, preferindo-se utilizar as “graves infrações” ou “graves ou sérias violações” a estas normas convencionais. Também nos estatutos do ICTY e do ICTR não aparece o termo “crime de guerra”, utilizando-se “violações das leis ou dos costumes da guerra” e “violações do artigo 3 comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II”, respectivamente.

É, portanto, o Estatuto de Roma que faz a definição mais completa sobre os crimes de guerra, distinguindo entre aqueles que são cometidos no contexto de um conflito armado internacional daqueles que são perpetrados no contexto de um conflito armado não internacional.

#### 4.5.2.2 A noção dos crimes de guerra

O mestre britânico do direito internacional Lassa Oppenheim considerava quatro crimes de guerra, que deveriam ser distinguidos já que possuíam diferenças na caracterização dos seus atos:

- (i) violations of recognised rules regarding warfare committed by members of the armed forces; (ii) all hostilities in arms committed by individuals who are not members of the enemy armed forces; (iii) espionage and war treason; (iv) all marauding acts.<sup>426</sup>

Tradicionalmente, os crimes de guerra eram considerados como aquelas sérias violações ao direito aplicável ao conflito armado internacional. Mais recentemente, no entanto, começou a ser reconhecido também que os crimes de guerra podem ser praticados quando ocorrem sérias violações ao direito internacional humanitário quando cometidos durante um conflito armado não internacional.<sup>427</sup>

De maneira lapidar Georges e Rosemary Abi-Saab definem os crimes de guerra como

les violations des règles du *jus in bello* [...] qui entraînent, selon le droit international, la responsabilité pénale des individus qui les commettent. En d'autres termes, le droit international attribue à ces violations un effet pénal au-delà ou en plus des effets traditionnels des violations de ses règles en terme de responsabilité internationale de l'État.<sup>428</sup>

<sup>426</sup> OPPENHEIM, Lassa. *International law: a treatise*, vol. II. 7. ed. London: Longmans Green, 1952, p. 567.

<sup>427</sup> FENRICK, William J. ICC Statute: article 8, introduction/general remarks. In: TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes*, article by article. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 180.

<sup>428</sup> ABI-SAAB, Georges; ABI-SAAB, Rosemary. Les crimes de guerre. In: ASCENSIO, Hervé ; DECAUX, Emmanuel ; PELLET, Alain (orgs.). *Droit International Pénal*. Paris: A. Pedone, 2000, p. 278.

Os crimes podem ser cometidos seja mediante violência contra o ser humano, seja por meio do emprego de métodos ou meios de combate proibidos – o emprego de gases asfixiantes ou o uso indevido de símbolos ou insígnias protegidos –, seja em um conflito internacional ou interno. Isto é, os elementos que caracterizam o crime de guerra são a violação de uma regra de direito, convencional ou consuetudinária, e também a imputação da responsabilidade ao indivíduo por essa ofensa ao direito internacional.<sup>429</sup>

O que se deve evitar é a utilização dos crimes de guerra com qualquer conotação política, o que nem sempre é simples, como aponta Peter Rowe

The term war crimes may, on occasion, be used for political purposes to denigrate the acts of an adversary during an armed conflict and in such a context it may be perceived to have an important propaganda function in showing that the enemy is “not civilised” or that its fighters are merely “criminals”. Used in this sense it may cause the opposite of its intended purpose and lead to an unwillingness amongst combatants to accord the “protection” of the law to their adversaries, who are seen in this light. In non-international armed conflicts it has become common for the leaders of States to describe those who have taken up arms against them as “criminals” or “terrorists” who may, paradoxically, crave the “status” of *war* criminal. In their minds there may be only a short step from this to an expectation of being treated as a prisoner of war if captured and a hope that others will see them as fighting for a “legitimate” cause, even though the State concerned does not see their actions in this light.<sup>430</sup>

Os crimes de guerra comportam condutas ilícitas diretamente vinculadas com um conflito armado internacional e também em um conflito armado não internacional. Por isso, é particularmente importante determinar o alcance territorial do direito internacional humanitário.

#### 4.5.3 Conflito armado de caráter internacional e de caráter não internacional

Os conflitos armados se classificam em internacionais e em não internacionais, também conhecidos por conflitos armados internos.

##### 4.5.3.1 Conflito armado de caráter internacional

A utilização da palavra guerra gera um número incontável de controvérsias entre os doutrinadores do direito internacional, todos no afã de conceituar o que

<sup>429</sup> POSSE, *op. cit.*, p. 131.

<sup>430</sup> ROWE, Peter. War crimes. In: McGOLDRICK, Dominic; ROWE, Peter; DONNELLY, Eric (ed.). *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 204.

seria a guerra. Nos estudos do direito internacional não há uma definição constringente sobre a guerra em uma convenção multilateral em vigor.<sup>431</sup>

Por isso, uma das principais metas do direito internacional humanitário tem sido o de encontrar um conceito que permita a aplicação das suas normas sem necessidade que elas sejam vistas como uma intromissão no conflito armado. Conceitos com o de guerra civil ou de guerra internacional são noções que suscitam a resistência dos Estados, já que implicam em uma qualificação por vezes política dos problemas envolvidos, o que os Estados não estão dispostos a aceitar. Por exemplo, no caso de que um Estado tenha um conflito armado com uma facção dentro de seu mesmo Estado – forças armadas legalmente constituídas ou outros grupos armados – não reconheceria tal situação fática, porque ao fazer isto implicaria reconhecer uma certa perda de soberania e poderia dar mesmo a intervenção de terceiros Estados. Por tal motivo, o direito internacional humanitário tem preferido utilizar o conceito de conflito armado, pois este expressa uma situação fática que carece de qualquer conotação política e se limita a realizar um simples enunciado descritivo.<sup>432</sup>

A definição do conflito armado internacional é fundamental porque permite a aplicação das regras do direito internacional previstas para os conflitos armados internacionais. O artigo 2 comum das Convenções de Genebra (1949) diz que os conflitos armados internacionais são aqueles que opõem dois ou vários Estados. Além disso, o artigo 1 do Protocolo Adicional I (PA I), aduz que as guerras de libertação nacional, em que os povos lutam contra o domínio colonial, a ocupação estrangeira ou um regime racista e pretendem em geral exercer o seu direito à autodeterminação são geralmente assimilados a conflitos armados internacionais.

As regras de direito internacional humanitário são essencialmente desenvolvidas no âmbito de conflitos armados internacionais. Ainda hoje é em relação a estes conflitos que essas regras são mais detalhadas. Fixam limitações aos meios e métodos de guerra e as obrigações das partes do conflito em matéria de socorros e de proteção das populações civis.<sup>433</sup>

---

<sup>431</sup> DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*. Barueri: Manole, 2004, pp. 3-5.

<sup>432</sup> TRIVIÑO, *op. cit.*, p. 251.

<sup>433</sup> BOUCHET-SAULNIER, *op. cit.*, p. 100.

#### 4.5.3.2 *Conflito armado de caráter não internacional*

Já uma boa maneira de qualificar o que seja um conflito armado não internacional é partir para a exclusão, ou seja, dizer o que não é. Um conflito armado não internacional não é um distúrbio interior, nem uma tensão interna, muito menos um conflito armado internacional.

A definição do conflito armado de caráter não internacional também é importante porque permite a aplicação, como na situação internacional, de regras do direito internacional previstas para esse tipo de conflito, com destaque para o Protocolo Adicional II (PA II) e o artigo 3 comum às quatro convenções de Genebra de 1949. O artigo referido tem seguinte redação

##### Artigo 3

O artigo referido tem a seguinte redação: No caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Potências contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada a aplicar pelo menos as seguintes disposições:

1) As pessoas que tomem parte diretamente nas hostilidades, incluídos os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimento, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer critério análogo.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

- a) As ofensas contra a vida e integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, torturas e suplícios;
- b) A tomada de reféns;
- c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;
- d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados.

Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às Partes no conflito.

As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor por meio de acordos especiais todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção.

A aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das Partes no conflito.

Além desse artigo comum às quatro convenções de Genebra, posteriormente, o Protocolo Adicional II traz no artigo 1(1) uma definição restritiva de conflito armado sem caráter internacional, que são aqueles que

[...] se desenrolem em território de uma Alta Parte Contratante, entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comando responsável, exerçam sobre

uma parte do seu território um controlo tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e aplicar o presente Protocolo.

O âmbito de aplicação do PA II se restringe ao conflito armado de carácter não internacional – também chamado de guerra civil – em sua forma mais conhecida e exclui expressamente as “situações de tensão e de perturbação internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos, que não são considerados como conflitos armados”.

Inegavelmente, a proteção que se estabelece para as vítimas dos conflitos armados sem carácter internacional é menos completa e detalhada que a prevista no caso dos conflitos armados internacionais, visto que o PA II é consideravelmente mais breve e sucinto que o PA I e carece de normas sobre métodos e meios de combate.<sup>434</sup>

#### 4.5.3.3 A proteção da população civil

Ao lado do objetivo de debilitar o lado adversário para conseguir uma vantagem militar decisiva, também deve ser colocado com um princípio a proteção e o respeito da população civil alheia ao desenvolvimento das hostilidades.

Essa proteção à população civil só recentemente foi reconhecida. Antes de 1949 as principais convenções regulamentavam a condução dos combates e a situação dos combatentes feridos, doentes, náufragos ou prisioneiros. A proteção concedida a população civil dependia da obrigação de não atacar senão objetivos militares e da obrigação de os combatentes usarem uniforme e combaterem abertamente. Depois de 1949, a Convenção IV passou a proteger especificamente a população civil, protegendo contra os atos de uma parte adversa. O DIH prevê, por um lado, um regime geral de proteção a favor dessa população civil; por outro lado, reforça a proteção em situações específicas – como territórios ocupados – ou a favor de algumas categorias de pessoas vulneráveis, como crianças, detidos feridos e enfermos. O Protocolo I reforçou essa proteção nos conflitos armados internacionais. O Protocolo II alargou essa proteção destinada a população civil nos conflitos de carácter não internacional, que se encontra particularmente exposta pela dificuldade de distinguir os combatentes civis.<sup>435</sup>

---

<sup>434</sup> DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 1060.

<sup>435</sup> BOUCHET-SAULNIER, *op. cit.*, p. 358.

Além disso a Convenção IV em seu artigo 2 garante que “além das disposições que devem entrar em vigor desde o tempo de paz, a presente Convenção será aplicada em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que possa surgir entre duas ou mais das Altas Partes contratantes, mesmo se o estado de guerra não for reconhecido por uma delas” e na segunda alínea desse mesmo artigo consta que: “a Convenção aplicar-se-á igualmente em todos os casos de ocupação total ou parcial do território de uma Alta Parte contratante, mesmo que esta ocupação não encontre qualquer resistência militar”. Essas duas passagens foram mencionadas no Parecer Consultivo de 9 de julho de 2004 da CIJ sobre as “Conseqüências Jurídicas da Edificação de um muro no território palestino ocupado”. Os juizes da CIJ lembraram, por maioria – vencido o juiz norte-americano Buergenthal – que

A segunda alínea do artigo 2, que menciona “a ocupação do território de uma Alta parte contratante”, não tem como objetivo restringir o campo de aplicação da Convenção assim fixada pela alínea primeira, excluindo desse campo de aplicação os territórios que não pertencessem à soberania de uma das partes contratantes, mas somente especificar que, mesmo se a ocupação operada no curso do conflito sem encontrar resistência militar, a Convenção permanece aplicável. Essa interpretação reflete a intenção dos autores da Quarta Convenção de Genebra de proteger pessoas civis que se encontrem, de alguma forma, sob o poder da potência ocupante [...].<sup>436</sup>

#### 4.5.3.4 A noção de combatente

As normas internacionais que protegem aqueles que lutam em um conflito armado partem da distinção entre os combatentes e a população civil. Os combatentes devem respeitar obrigações precisas durante o combate e são protegidos, entre outros, pelo estatuto de prisioneiro de guerra.

Os membros das Forças Armadas de uma parte do conflito, com exceção do pessoal sanitário e religioso, são os combatentes, conforme o artigo 43 do PA I. O combatente é aquele que está autorizado a utilizar a força, que se deve fazer no quadro de uma cadeia de comando responsável e disposta a respeitar as regras do DIH. É esta autorização do uso da força que distingue o combatente do civil.<sup>437</sup>

No caso dos conflitos armados de caráter não internacional, o direito internacional humanitário não utiliza o termo “combatente”, mas faz distinção entre as pessoas que utilizam a força e as que não o fazem.

---

<sup>436</sup> BRANT, *op. cit.*, p. 637.

<sup>437</sup> BOUCHET-SAULNIER, *op. cit.*, p. 76.

Questão fortemente discutida, durante a Conferência de Genebra para a adoção dos Protocolos Adicionais, foi a condição dos guerrilheiros que participam de um conflito armado sem distinguir-se da população civil, visto que todo o sistema de DIH está baseado justamente nesta distinção através de sinais exteriores entre os combatentes e a população civil. Apesar da discordância de alguns Estados, prevaleceu a posição dos países do Terceiro Mundo que insistiram na necessidade de incluir os guerrilheiros entre aqueles que podem ser considerados combatentes e, no caso, beneficiar-se do tratamento de prisioneiro de guerra. Isto foi consagrado no artigo 44(3) do PA I.<sup>438</sup>

3 - Para que a proteção da população civil contra os efeitos das hostilidades seja reforçada, os combatentes devem distinguir-se da população civil quando tomarem parte num ataque ou numa operação militar preparatória de um ataque. Dado, no entanto, existirem situações nos conflitos armados em que, devido à natureza das hostilidades, um combatente armado não se pode distinguir da população civil, conservará o estatuto de combatente desde que, em tais situações, use as suas armas abertamente: a) Durante cada encontro militar; e b) Durante o tempo em que estiver à vista do adversário quando tomar parte num desdobramento militar que preceda o lançamento do ataque em que deve participar.

Os atos que satisfaçam as condições previstas pelo presente número não são considerados como perfídias nos termos do artigo 37, n. 1, alínea c).

#### 4.5.3.5 *O princípio da distinção e as pessoas protegidas pelo DIH como bem jurídico tutelado*

O PA I estabelece claramente o princípio da distinção entre a população civil e combatentes e entre bens civis e objetivos militares, para dizer que em caso de dúvida acerca da condição de uma pessoa, esta será considerada como civil. E estabelece também o PA I que a população civil será protegida dos perigos decorrentes das operações militares, mediante a proibição de atos de terror ou cometidas em represália e dos ataques indiscriminados, sempre que as pessoas protegidas se abstenham de participar diretamente nas hostilidades.

Também o PA II traz previsão similar no artigo 13:

1 - A população civil e as pessoas civis gozam de uma proteção geral contra os perigos resultantes das operações militares. Com vista a tornar essa proteção eficaz, serão observadas em todas as circunstâncias as regras seguintes. 2 - Nem a população civil, enquanto tal, nem as pessoas civis deverão ser objeto de ataques. São proibidos os atos ou ameaças de violência cujo objetivo principal seja espalhar o terror na população civil. 3 - As pessoas civis gozam da proteção atribuída pelo presente título, salvo se participarem diretamente nas hostilidades e enquanto durar tal participação.

<sup>438</sup> DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pp. 1053-1054.

Com essa previsão, o PA II põem fim a qualquer dúvida a cerca da aplicação do princípio da distinção nos conflitos armados de caráter não internacional, visto que sua finalidade é outorgar uma maior proteção a população civil dos danos decorrentes da guerra.

O princípio da distinção traz como conseqüência, então, que se estabeleça uma clara diferenciação entre as pessoas e bens que podem ser atacados e aqueles que não podem. Como conseqüência dessa distinção, os artigos 51 a 56 do PA I estabelecem a obrigação para os combatentes em respeitar as pessoas civis e a seus bens, já os artigos 59 e 60 assinalam o dever de respeitar as localidades não defendidas ou as zonas desmilitarizadas. Desse modo, os ataques se limitam única e exclusivamente aos objetivos militares que são “são limitados aos que, pela sua natureza, localização, destino ou utilização contribuam efetivamente para a ação militar e cuja destruição total ou parcial, captura ou neutralização ofereça, na ocorrência, uma vantagem militar precisa (artigo 52(2))”.

Assim o bem jurídico protegido não pode ser o direito internacional humanitário, mas sim os bens jurídicos protegidos pelo direito internacional humanitário, os quais coincidem com os do direito ordinário. Mas, como acrescenta Jaime Triviño

Sin embargo, las violaciones al DIH son más graves porque vulneran el mínimo protegido por esta normatividad. Los delitos no se agotan en los actos contra las personas protegidas, por lo que debe sostenerse que el bien jurídico es la vida, la libertad, etc., que se afecta en una situación de conflicto y que, por ello, se protege por el DIH.<sup>439</sup>

#### **4.5.4 Os crimes de guerra no Estatuto do TPI**

##### **4.5.4.1 O elemento *actus reus***

O artigo 8 do Estatuto de Roma contém cinquenta disposições com diversos crimes de guerra. Em razão dessa grande quantidade de condutas prescritas, optou-se, de maneira excepcional, por fazer uma amostragem desses crimes inscritos no artigo 8. Justifica-se tal método por ser o mesmo bem jurídico tutelado, não havendo, portanto, necessidade de analisar exaustivamente todos eles, e também porque o trabalho não versa sobre os crimes de guerra em si, mas analisar a dogmáticas dessas condutas.

Buscou-se escolher, então, aquelas condutas mais representativas, por isso, seguiu-se basicamente o documento do Comitê Internacional da Cruz Vermelha

---

<sup>439</sup> TRIVIÑO, *op. cit.*, p. 271.

(CICV) – órgão relevante no direito internacional humanitário – que examinou os crimes listados no Estatuto de Roma é o “*ICRC. Working paper. Crimes listed in Article 8 paragraph 2 (b), i, ii, iii, iv, v, vi, vii, ix, xi e xii*”, de 12 de julho de 1999. Além destes crimes serão examinados também alguns dos crimes de guerra praticados no âmbito de um conflito armado não internacional, também aqui optou-se por um documento do CICV: “*ICRC. Working paper. Crimes listed in Article 8 paragraph 2 (c)*”, de 28 de maio de 1999. Estes dois estudos do Comitê Internacional da Cruz Vermelha foram utilizados nos trabalhos da Comissão Preparatória para a criação dos Elementos Constitutivos dos Crimes (*elements of crimes*).

Durante os trabalhos preparatórios houve consenso que o artigo 8(2)(b) deveria contar com dois elementos comuns a todos esses crimes: “*(i) the conduct took place in the context of and was associated with an international armed conflict; (ii) the perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict*”. Esses dois elementos foram contemplados na versão final do artigo 8(2)(b) quando prevê que: “outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais” e estão definidos de maneira idêntica também os crimes previstos no artigo 8(2)(a).<sup>440</sup>

Além desses crimes de guerra previstos no artigo 8(2)(b), também é importante analisar-se os crimes de guerra gerados em conflitos não internacionais, especialmente os do artigo 8(2)(c) do Estatuto de Roma.

Para Cassese, como não há uma lista legal com caráter obrigatório dos crimes de guerra, sendo o Estatuto de Roma apenas um rol exemplificativo, e que, portanto, não tem intenção de codificar o direito consuetudinário, o elemento objetivo (*actus reus*) somente poderá ser examinado caso a caso.<sup>441</sup>

4.5.4.1.1 Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades (artigo 8(2)(b)(i)).

A origem dessa ofensa está no artigo 51(2) do Protocolo Adicional I (PA I) que estipula que: “nem a população civil enquanto tal nem as pessoas civis devem ser objeto de ataques. São proibidos os atos ou ameaças de violência cujo objetivo principal seja espalhar o terror entre a população civil”. Essa passagem é

<sup>440</sup> DÖRMANN, Knut. *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: sources and commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 128.

<sup>441</sup> CASSESE, *International Criminal Law*, p. 54.

complementada pelo artigo 51(3), também do PA I, que prevê que: “as pessoas civis gozam da proteção concedida pela presente secção, salvo se participarem diretamente nas hostilidades e enquanto durar essa participação”.

Já o artigo 49(1) do PA I define ataque como “os atos de violência contra o adversário, quer sejam atos ofensivos, quer defensivos”.

A Câmara de Julgamento no Blaskic<sup>442</sup> examina esse crime de guerra:

As proposed by the Prosecution, the Trial Chamber deems that the attack must have caused deaths and/or serious bodily injury within the civilian population or damage to civilian property. The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property. Targeting civilians or civilian property is an offence when not justified by military necessity. Civilians within the meaning of Article 3 are persons who are not, or no longer, members of the armed forces. Civilian property covers any property that could not be legitimately considered a military objective. Such an attack must have been conducted intentionally in the knowledge, or when it was impossible not to know, that civilians or civilian property were being targeted not through military necessity (§158).

De acordo Kittichaisaree, o elemento *actus reus* desse crime perfaz-se com “*an attack or targeting of a civilian population or civilians, without justifiable military necessity, that causes deaths or serious corporal damage to the civilian population or individuals civilians*”. Enquanto o *mens rea* dessa ofensa “*is the intention to carry out the attack in the knowledge (also in the sense of not being able to ignore) that civilians would be targeted without military necessity*”.<sup>443</sup>

4.5.4.1.2 Dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja, bens que não sejam objetivos militares (artigo 8(2)(b)(ii))

Os ataques devem ser estritamente limitados aos objetivos militares. De acordo com o artigo 52(2) do PA I “os objetivos militares são limitados aos que, pela sua natureza, localização, destino ou utilização contribuam efetivamente para a ação militar e cuja destruição total ou parcial, captura ou neutralização ofereça, na ocorrência, uma vantagem militar precisa”. Ainda segundo esse instrumento convencional, em caso de dúvida sobre se um objetivo que normalmente se destina ao uso civil, tal como uma casa ou um local de culto, presume-se não ser utilizado com o propósito de trazer uma contribuição efetiva à ação militar.

Para Kittichaisaree, os elementos *actus reus* e *mens rea* dessa ofensa são idênticos aos requeridos na hipótese anterior, com os “bens civis” substituindo a

<sup>442</sup> Promotória *versus* Blaskic (IT-95-14-T), Julgamento, 3 março de 2000.

<sup>443</sup> KITITICHAISAREE, *op. cit.*, p. 158.

“população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades” como alvo dos ataques.<sup>444</sup>

O ataque tem que causar danos a objetos civis, entendendo-se estes como todos aqueles que não possam legitimamente serem considerados como objetivos militares. O perpetrador deve levar a cabo o ataque como conhecimento que os objetos civis serão alvos sem nenhuma necessidade militar.

4.5.4.1.3 Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados (artigo 8(2)(b)(iii))

Este é um crime de guerra muito recente, já que foi incluído pela primeira vez na Conferência de Roma em resposta a uma incessante pressão internacional para a inclusão de “crimes contra o pessoal das Nações Unidas como uma categoria em separado dos demais crimes internacionais e sob jurisdição do Tribunal Penal Internacional”. Os elementos *actus reus* e *mens rea* para este crime são idênticos àqueles dos dois anteriores, com exceção que os alvos do presente crime são o pessoal, instalações, material, unidades ou veículos em uma: (a) missão de assistência humanitária, ou (b) missão de manutenção da paz, de acordo com a Carta das Nações Unidas. Como lembra Kittichaisaree:

the inclusion of this war crime in the ICC Statute has symbolic significance as a signal that the international community of nations attaches great importance to these missions and any attack on them would be a serious crimes of concern to the international community as a whole.<sup>445</sup>

A proteção das missões de paz já era assegurada pela Convenção sobre a segurança do pessoal das Nações Unidas e Associados (1994). Já o pessoal que pertence a missões de assistência humanitária tem sua proteção legal garantida pelos artigos 70(2) a (4) do PA I

2 - As Partes no conflito e cada Alta Parte Contratante autorizarão e facilitarão a passagem rápida e sem obstáculo de todas as remessas de equipamento e pessoal de socorro fornecidos em conformidade com as prescrições da presente secção, mesmo se esta ajuda se destinar à população civil da Parte adversa.

3 - As Partes no conflito e cada Alta Parte Contratante que autorizarem a passagem de socorro, equipamento e pessoal, nos termos do n.º 2:

<sup>444</sup> KITTICHAISAREE, *op. cit.*, p. 159.

<sup>445</sup> KITTICHAISAREE, *op. cit.*, p. 160.

- a) Dispondo do direito de prescrever os regulamentos técnicos, incluindo as verificações, a que uma tal passagem está subordinada,
  - b) Poderão subordinar a sua autorização à condição de que a distribuição da assistência seja efetuada sob controlo local de uma Parte protetora;
  - c) Não desviarão, de forma alguma, as remessas de socorro do seu destino, nem atrasarão o seu encaminhamento, salvo em casos de necessidade urgente, no interesse da população civil em causa.
- 4 - As Partes no conflito assegurarão a proteção das remessas de socorro e facilitarão a sua rápida distribuição.

O ataque contra esse pessoal assim como suas instalações, materiais, unidades ou veículos, constitui um crime que se equipara com os ataques contra pessoas ou bens civis. Pode-se perfeitamente entender que um objeto deixa de ser protegido quando usado para fazer uma contribuição efetiva à ação militar de uma das partes em conflito. Mas, mesmo assim, o pessoal das missões de paz estará protegido salvo se tomarem partido nas hostilidades, nesta hipótese, durante o tempo em que isso ocorra não gozará da mencionada proteção. O pessoal pertencente as missões de assistência humanitária estará protegido caso não cometa atos prejudiciais contra o inimigo por força da sua atuação humanitária.<sup>446</sup>

4.5.4.1.4 Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa (artigo 8(2)(b)(iv))

Essa previsão é uma combinação dos artigos 35(3), 51(5)(b), 55(1), 57(2)(a)(iii) e 85(3), do PA I<sup>447</sup>. Por outro lado, a Conferência de Roma ainda acrescentou as

<sup>446</sup> TRIVIÑO, *op. cit.*, p. 287.

<sup>447</sup> Artigo 35(3): “É proibido utilizar métodos ou meios de guerra concebidos para causar, ou que se presume irão causar, danos extensos, duráveis e graves ao meio ambiente natural”; Artigo 51(5)(b): “Serão considerados como efetuados sem discriminação, entre outros, os seguintes tipos de ataques: (b) Os ataques de que se possa esperar venham a causar incidentalmente perda de vidas humanas na população civil, ferimentos nas pessoas civis, danos nos bens de caráter civil ou uma combinação destas perdas e danos, que seriam excessivos relativamente à vantagem militar concreta e direta esperada”; Artigo 55(1): “A guerra será conduzida de forma a proteger o meio ambiente natural contra danos extensivos, duráveis e graves. Esta proteção inclui a proibição de utilizar métodos ou meios de guerra concebidos para causar ou que se presume venham a causar tais danos ao meio ambiente natural, comprometendo, por esse fato, a saúde ou a sobrevivência da população”; Artigo 57(2)(a)(iii): “2 - No que respeita aos ataques, devem ser tomadas as seguintes precauções: (a) Os que preparam e decidem um ataque devem: (iii) Abster-se de lançar um ataque de que se possa esperar venha a causar incidentalmente perdas de vidas humanas na população civil, ferimentos nas pessoas civis, danos nos bens de caráter civil ou uma combinação dessas perdas e danos que seriam excessivos relativamente à vantagem militar concreta e direta esperada.”; Artigo 85(3): “Além das infrações graves definidas no artigo 11, os seguintes atos, quando cometidos intencionalmente, em violação das disposições pertinentes do presente Protocolo e que acarretem a morte ou causem danos graves à integridade física ou à saúde, consideram-se infrações graves ao presente Protocolo.”

palavras “claramente (*clearly*)” e “global (*overall*)” – seguindo sugestão dos Estados Unidos – às mencionadas disposições do PA I, no sentido de permitir uma apreciação mais ampla aos soldados em campo e excluir seus eventuais erros de julgamento sobre crimes de guerra de acordo com o Estatuto de Roma.

Deve-se entender que a vantagem militar que se previa de um ataque se refere a ofensiva como um todo e não de uma parte isolada deste. No entanto, também deve-se considerar que quando se fala do ataque como um todo não se está falando da totalidade do conflito. Por isso, a interpretação desta conduta deve levar em consideração que quem comanda a operação de investida deve realizar uma previsão razoável acerca da sua utilidade militar, das possíveis vítimas civis e se estas baixas seriam excessivas, antes de lançar-se o assalto.

A vantagem militar a que faz referência no artigo não é tanto imediata, podendo ser entendida também como parte de uma estratégia de operação e por isso poder-se-ia estar falando não somente de uma ação senão de uma pluralidade delas.

Além disso, o artigo 56 do PA I, proíbe ataques às obras ou instalações contendo forças perigosas, tais como barragens, diques e centrais nucleares de energia elétrica, mesmo que constituam objetivos militares, se esses ataques causarem severas perdas na população civil.

O *actus reus* dessa ofensa é o lançamento do ataque que causa perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil ou danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar, em violação ao princípio da necessidade e proporcionalidade. Já o *mens rea* para essa ofensa é a intenção em lançar esse ataque, com conhecimento ou senso de conhecimento, de que o ataque seria desproporcional às vantagens militares antecipadas para as circunstâncias.

Sobre esses dois elementos Kittichaisaree considera que o *mens rea* parte da regra geral de que não é necessário que o perpetrador tenha conhecimento pessoal completo das circunstâncias. Assim, “*to be guilty of this war crime, the perpetrator must have known, in the sense of making the value judgment, that the attack launched by him would cause incidental death or injury to civilians [...] However, an evaluation of that value judgment must be based on the requisite information*

*available to the perpetrator at the time*<sup>448</sup>. Vale lembrar que para a caracterização do *actus reus* desse crime de guerra não é preciso que o resultado se concretize, sendo requerido tão-somente o ato de lançamento do ataque dessa natureza e que o perpetrador tenha a condição mental descrita.

4.5.4.1.5 Atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares (artigo 8(2)(b)(v))

Essa ofensa é decorrente do previsto nas Convenções da Haia (1907), com exceção das palavras “e que não sejam objetivos militares” (*and which are not military objectives*), posteriormente acrescentado.

Essa regra da Haia, foi reiterada no artigo 59 do PAI, e com base neste artigo as autoridades de determinado Estado podem declarar que certa localidade é não defendida. Nesse contexto, essa localidade é entendida como todo lugar habitado que se encontre na proximidade ou no interior de uma zona onde as forças armadas estão em contato e que esteja aberta à ocupação por uma Parte adversa. Para tanto, é preciso reunir as seguintes características, elencadas no artigo 52(2) do PA I: a) todos os combatentes, armas e material militar móveis deverão ter sido evacuados; b) não deve ser feito uso hostil das instalações ou estabelecimentos militares fixos; c) as autoridades e a população não cometerão atos de hostilidade; d) nenhuma atividade de apoio a operações militares deve ser empreendida.

4.5.4.1.6 Matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido (artigo 8(2)(b)(vi))

Também esse crime estava previsto nas Convenções da Haia (1907) e mais recentemente nos artigos 41(1) e (2) do PA I, que proíbe os ataques contra pessoas fora de combate. Está fora de combate toda a pessoa que: a) estiver em poder de uma Parte adversa; b) exprimir claramente a intenção de se render; ou c) tiver perdido os sentidos ou esteja por qualquer outra forma em estado de incapacidade devido a ferimentos ou doença e, conseqüentemente, incapaz de se defender; desde que, em qualquer caso, se abstenha de atos de hostilidade e não tente evadir-se.

---

<sup>448</sup> KITTICHAISAREE, *op. cit.*, p. 164.

De maneira similar o artigo 42 do PA I protege os pára-quedistas que não devem ser objeto de ataque durante a descida. Há precedentes também em que indivíduos foram declarados culpados por cometer homicídios ou atentados contra pessoas indefesas, como por exemplo, sobreviventes de naufrágio que eram posteriormente objeto de disparos.

4.5.4.1.7 Utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves (artigo 8(2)(b)(vii))

Essa norma tem sua origem também em Haia, bem como mais recentemente nos artigos 38 e 39 do PA I sobre a conduta do perpetrador e no artigo 85(3)(f) também do PA I em relação ao resultado da conduta que a converte em uma grave violação.

Os emblemas reconhecidos pelo artigo 38 são o sinal distintivo da Cruz Vermelha ou do Crescente Vermelho, Leão e Sol Vermelhos ou outros emblemas, sinais ou sinalizações previstos pelas Convenções ou pelo presente Protocolo<sup>449</sup>. É proibido utilizar o emblema distintivo das Nações Unidas fora dos casos em que o seu uso é autorizado por aquela Organização.

Quanto aos sinais de nacionalidade estes são as bandeiras, pavilhões, símbolos, insígnias ou uniformes militares de Estados neutros ou outros Estados não Partes do conflito. E também é proibido utilizar as bandeiras, pavilhões, símbolos, insígnias ou uniformes militares das Partes adversas durante os ataques ou para dissimular, favorecer, proteger ou prejudicar operações militares.

Com esse dispositivo procurou-se evitar e condenar certas “práticas” da Segunda Guerra Mundial como o famoso caso da incursão do destróier inglês *Campbeltown*, que convenientemente camuflado, nos finais de 1942, chegou

---

<sup>449</sup> Esses três sinais estão de acordo com o artigo 4 do Regulamento Relativo à Identificação, Anexo I ao Protocolo Adicional I. O emblema do Leão e Sol Vermelhos não é utilizado desde 1980, quando o Irã manifestou sua intenção de não mais utilizá-lo, adotando o Crescente Vermelho. Já o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à adoção de um emblema distintivo adicional (Protocolo III), assinado em Genebra em 8 de dezembro de 2005, acrescentou o “Cristal Vermelho”, que representa uma solução abrangente e definitiva para a solução do emblema, uma vez que, de acordo com o preâmbulo do Protocolo III, “não tem a intenção de possuir qualquer significado religioso, étnico, racial, regional ou político.”

navegando sob pavilhão alemão até Saint-Nazaire e não içou o pavilhão inglês até o momento de abrir fogo.<sup>450</sup>

É importante assinalar que nem todo uso impróprio dos emblemas distintivos das Convenções de Genebra vem a ser um crime internacional, já que em um determinado momento podem constituir somente um uso abusivo. Para que esse uso seja considerado um crime de guerra, deve ter-se presente que estes crimes somente se configuram quando violem as regras fundamentais da guerra e os princípios gerais do direito penal em razão da atrocidade e brutalidade ou de sua interferência gratuita com os direitos de propriedade sem nenhuma conexão com os requerimentos razoavelmente concebidos da necessidade militar. Portanto, na medida em que a utilização dos emblemas não seja desenvolvida com estas características, este será simplesmente um uso indevido não sancionado como crime de guerra.<sup>451</sup>

Os Elementos Constitutivos dos Crimes, artigo 8(2)(b)(vii)-2 traz um complicador para a Promotoria provar o *mens rea* desse uso indevido de bandeira, insígnias ou uniforme das Nações Unidas do que das demais condutas ofensivas previstas também nesse artigo, já que nesta hipótese “*the perpetrator knew or should have known of the prohibited nature of such use*”.<sup>452</sup>

4.5.4.1.8 Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares (artigo 8(2)(b)(ix))

Também esta norma já havia sido prevista em Haia em 1907 e nas convenções de Genebra de 1949 sobre proteção de hospitais e lugares aonde se concentram feridos e enfermos, especialmente os artigos 19 a 23 da Convenção I; dos artigos 22, 23, 34 e 35 da Convenção II; os artigos 14, 18 e 19 da Convenção IV; e os artigos 12, 13, 24 e 31 do Protocolo Adicional I.

A destruição de bens culturais ou pilhagem são uma perda irreparável para o patrimônio cultural dos povos. Para ilustrar essa conduta, veja o seguinte caso:

la actitud del rey Pedro III *el Ceremonioso*, de Cataluña y Aragón, que calificó al Partenón de Atenas como ‘la más bella joya que existe en el

<sup>450</sup> DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 1042.

<sup>451</sup> TRIVIÑO, *op. cit.*, pp. 293-294.

<sup>452</sup> Grifo nosso. Veja-se em comparação que outros artigos dos elementos constitutivos dos crimes trazem tão-somente a expressão: “*the perpetrator knew*”.

mundo' y ordenó durante la dominación catalano-aragonesa su protección con una guardia especial, contrasta con la de lord Elgin, que lo despojó de sus célebres frisos, trasladándolos a Gran Bretaña, y con las destrucciones de monumentos y múltiples pillajes de obras de arte realizados en el curso de las dos guerras mundiales.<sup>453</sup>

O direito internacional protege o patrimônio cultural e espiritual de toda a humanidade: monumentos históricos, obras de arte, lugares de culto. Em caso de conflito armado, esses bens devem ser respeitados salvaguardados contra os efeitos previsíveis do conflito armado. Além das previsões que constam dos Protocolos Adicionais I e II, foi assinada em Haia a Convenção para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado, em 14 de maio de 1954. Esta Convenção estabelece além das regras de proteção também o papel da Organização das Nações Unidas para Ciência, Educação e Cultura (UNESCO) neste domínio.<sup>454</sup>

#### 4.5.4.1.9 Matar ou ferir a traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo (artigo 8(2)(b)(xi))

A definição de perfídia prevista no artigo 37 do PA I encaixa-se nesse crime de guerra, visto que a perfídia define-se pela perversão da proteção prevista pelas Convenções de Genebra, com o fim de enganar, matar, ferir ou capturar um inimigo. São exemplos de perfídia os seguintes atos: *a)* simular a intenção de negociar coberto da bandeira parlamentar, ou fingir a rendição; *b)* simular uma incapacidade causada por ferimentos ou doença; *c)* simular ter estatuto de civil ou de não combatente; *d)* simular ter um estatuto protegido utilizando sinais, emblemas ou uniformes das Nações Unidas, Estados neutros ou de outros Estados não Partes no conflito. Cabe ressaltar a distinção com os estratagemas de guerra, que não são proibidos.

O elemento *mens rea* desse crime de guerra configura-se pela intenção de trair a confiança ao invés de matar ou ferir pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo.

#### 4.5.4.1.10 Declarar que não será dado quartel (artigo 8(2)(b)(xii))

Essa norma também fora prevista nas Convenções da Haia de 1907, ratificado pelo artigo 40 do PA I, que prescreve que: “é proibido ordenar que não hajam

<sup>453</sup> DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 1035.

<sup>454</sup> BOUCHET-SAULNIER, *op. cit.*, pp. 63-64.

sobreviventes, ameaçar de tal o adversário ou conduzir as hostilidades em função dessa decisão.”

Gerhard Werle identifica os elementos *actus reus* e *mens rea* deste crime de guerra da seguinte maneira:

The crime of giving no quarter is satisfied once the relevant declaration is made or the order given. If no quarter is actually given, and if, consequently, persons no longer engaging in combat are killed, criminal liability can arise with regard to the relevant offenses, especially Article (2)(b)(vi) of the ICC Statute. As to the mental element, Article 30 of the ICC Statute applies with regard to the declaration or order and the perpetrator's authority. In addition, the Elements of Crimes require that the declaration be made with intent to (“in order to”) threaten the enemy or to carry out hostilities on this basis.<sup>455</sup>

4.5.4.1.11 Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura (artigo 8(2)(c)(i))

Esse crime, e também o do próximo item, é bastante similar aos crimes previstos como “violações graves às Convenções de Genebra”, inscritos no artigo 8(2)(a)(i) a (iii): “homicídio doloso (*wilful killing*)”, tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas” e “causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde”. De fato, em muitos aspectos elas se correspondem.<sup>456</sup>

A Comissão Preparatória pareceu concordar com esse ponto de vista adotado pela Câmara de Julgamento no caso Delalic e também do Comitê Internacional da Cruz Vermelha: “*can be no line drawn between ‘wilful killing’ and ‘murder’ which affects their content (§442)*”<sup>457</sup>.

Também a Câmara de Julgamento no caso Blaskic, considerou que “*the mens rea constituting all the violations of Article 2 of the Statute includes both guilty intent and recklessness which may be likened to serious criminal negligence (§152)*”<sup>458</sup>.

Mais especificamente é novamente o caso Delalic

[...] in no doubt that the necessary intent, meaning *mens rea*, required to establish the crimes of wilful killing and murder, as recognised in the Geneva Conventions, is present where there is demonstrated an intention on the part of the accused to kill, or inflict serious injury in reckless disregard of human life (§439).<sup>459</sup>

<sup>455</sup> WERLE, *op. cit.*, p. 362.

<sup>456</sup> DE THAN; SHORTS, *op. cit.*, pp. 163-164.

<sup>457</sup> Promotoria *versus* Delalic *et al.* (IT-96-21-T), Julgamento, 16 de novembro de 1998.

<sup>458</sup> Promotoria *versus* Blaskic (IT-95-14-T), Julgamento, 3 de março de 2000.

<sup>459</sup> Promotoria *versus* Delalic *et al.* (IT-96-21-T), Julgamento, 16 de novembro de 1998.

As mutilações são proibidas no artigo 4(2)(a) do PA II. De acordo com os Elementos Constitutivos dos Crimes, artigo 8(2)(c)(i)-2, mutilação é entendida como “*permanently disfiguring the person or persons, or by permanently disabling or removing an organ or appendage*”. Como acrescenta Gerhard Werle: “*the victim’s permission does not vitiate criminal liability*”<sup>460</sup>. Também nesse crime aplica-se o artigo 30 do Estatuto de Roma no que toca ao elemento *mens rea*.

Já os tratamentos cruéis não contam com uma definição em nenhum instrumento internacional legal, sendo impossível encontrar-se uma solução satisfatória para o conceito, este deve ser determinado, portanto, à luz das circunstâncias específicas caso a caso. Essa opção é salientada em decisão do caso Delalic perante o ICTY: “*The offences charged as cruel treatment in the Indictment are brought under Article 3 of the Statute, either in the alternative to charges of torture, or additional to charges of wilfully causing great suffering or serious injury or inhuman treatment (§545)*”<sup>461</sup>. Também nesse crime aplica-se o artigo 30 do Estatuto de Roma no que toca ao elemento *mens rea*.

No tocante à tortura, está de acordo com a “Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes” (1984), o termo “tortura”

Designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; [...] Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Para ser punido como crime de guerra, a tortura tem que servir a um propósito específico, em conformidade com o que prega este artigo 1 da Convenção contra a Tortura. Isto distingue a tortura como crime de guerra da tortura como crime contra a humanidade.

<sup>460</sup> WERLE, *op. cit.*, pp. 307-308.

<sup>461</sup> Promotória *versus* Delalic *et al* (IT-96-21-T), Julgamento, 16 de novembro de 1998.

#### 4.5.4.1.12 Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes (artigo 8(2)(c)(ii))

A proibição de tratamentos humilhantes e degradantes, de base consuetudinária, está prevista também no artigo 4(2)(e) do PA II. De acordo com os Elementos Constitutivos do Crime: “*the severity of the humiliation, degradation, or other violation was of such degree as to be generally recognized as an outrage upon personally dignity*”. Para ser reconhecida como ultrajante essa violação tem que ter um componente de severidade.

A Câmara de Julgamento I do ICTR no caso Musema, lembra que “*these offences may be regarded as a lesser forms of torture; moreover ones in which the motives required for torture would not be required, nor would it be required that the acts be committed under state authority* (§285)”<sup>462</sup>.

Os elementos desse crime são descritos da seguinte maneira

The *actus reus* of the culpable act must satisfy an objective test; namely, the perpetrator must commit a humiliating or degrading act upon the victim to the extent that a reasonable man would feel outraged thereby. With regard to the requisite *mens rea*, the perpetrator must willfully or intentionally act or omit to act with intent or humiliate or ridicule the victim, being aware of the foreseeable and logical consequences that his act or omission will humiliate or degrade the victim.<sup>463</sup>

#### 4.5.4.1.13 A tomada de reféns (artigo 8(2)(c)(iii))

A fonte internacional desse delito encontra-se no artigo 3 comum e no artigo 4 do PA II de 1977. A tomada de reféns esta coberta no Estatuto de Roma pelo artigo 8(2)(a)(viii) no caso de um conflito armado internacional e no caso de um conflito armado não internacional pelo artigo 8(2)(c)(iii), os requisitos são os mesmos para os dois crimes. Nesta última hipótese, a Câmara de Julgamento do ICTY no caso Kordic e Cerkez<sup>464</sup> estabeleceu seus elementos:

(i) civilians were seized, detained, or otherwise held hostage; (ii) the detained civilians were wilfully used for the purpose of obtaining some advantage or securing some commitment from a Party to the conflict, or other person or group of persons; and (iii) there was a threat to the life, well-being or freedom of the civilians detained if such advantage was not obtained or such commitment not secured (§305).

Gerhard Werle lembra que além do elemento mental (*mens rea*) geral dos crimes, previsto no artigo 30 do Estatuto de Roma, no caso desse crime de guerra

<sup>462</sup> Promotoria *versus* Musema (ICTR-96-13-A), Julgamento, 27 de janeiro de 2000.

<sup>463</sup> KITTICHAISAREE, *op. cit.*, p. 197.

<sup>464</sup> Promotoria *versus* Kordic e Cerkez (IT-95-14/2-T), Julgamento, 26 de fevereiro de 2001.

há também a necessidade de um elemento subjetivo específico que é “*purpose on part of the perpetrator to coerce a state, international organization, natural or legal person or group of people to act or fail to act in a certain way as an express or implicit condition for the safety, continued bodily integrity, or release of the victims*”. Esse elemento subjetivo específico, presente nos Elementos Constitutivos dos Crimes, vem da Convenção Internacional contra a tomada de reféns, de 17 de dezembro de 1979.<sup>465</sup>

4.5.4.1.14 As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis (artigo 8(2)(c)(iv))

As garantias judiciais fazem parte das garantias fundamentais concedidas aos indivíduos pelas convenções internacionais de direito humanitário e dos direitos do homem.

Durante um conflito armado, o funcionamento regular da justiça pode conhecer sérias dificuldades. A noção de violação à ordem pública e o direito penal aplicável podem ser alterados em alguns territórios ocupados ou não em relação a algumas pessoas. O DIH fixa então regras mínimas de procedimento judicial. Dá uma atenção especial às pessoas privadas de liberdade e às populações dos territórios ocupados. A maior parte das garantias judiciais é comum aos conflitos armados internacionais e não internacionais.<sup>466</sup>

De acordo com os Elementos Constitutivos do Crime, artigo 8(2)(c)(iv)

the perpetrator passed sentence or execute one or more persons [without any] previous judgment pronounced by a court, or the court that rendered judgment was not ‘regularly constituted’, that is, it did not afford the essential guarantees of independence and impartiality, or the court that rendered judgment did not afford all other judicial generally recognized as indispensable under international law.

#### 4.5.4.2 O elemento *mens rea*

Antes de examinar-se propriamente o elemento *mens rea*, ressalte-se que o crime de guerra exige um elemento de contexto, no caso, a existência de um conflito armado. A jurisprudência exige de forma unânime que deve haver “*in addition to existence of an armed conflict, it is imperative to find an evident nexus between the*

<sup>465</sup> WERLE, *op. cit.*, pp. 326-327.

<sup>466</sup> BOUCHET-SAULNIER, *op. cit.*, pp. 249-250.

*alleged crimes and the armed conflict as a whole* (§69)<sup>467</sup>. A jurisprudência exige que o nexo exista quando os crimes estão estreitamente relacionados com as hostilidades que têm lugar em outras partes dos territórios controlados pelas partes em conflito. Não é necessário que os supostos crimes ocorram durante uma batalha ou que o “*armed conflict was occurring at the exact time and place of the proscribed acts*”<sup>468</sup>, sendo suficiente apenas que se possa estabelecer uma relação entre estes.

Kai Ambos acredita que esta questão do elemento de contexto traz efeitos sobre os possíveis requisitos mentais, já que

Si uno entiende el elemento de contexto como algo puramente objetivo, *jurisdiccional*, no es necesario incluirlo en la intención del autor. Pero si uno concibe este elemento como una *circunstancia* dentro del significado del artículo 30(3) del Estatuto de la CPI, el autor debe saber de su existencia. Cuando este problema eminentemente práctico se analizó por primera vez entre una y otra sesión en el curso de la reunión de la *Comisión Preparatoria*, realizada en Siracusa, Italia, en febrero de 2000, surgieron dos posiciones. La primera de ellas representa lo que podemos llamar enfoque del *Derecho Internacional Público objetivo*, y la segunda, el enfoque *subjetivo del Derecho Penal* (en lo sucesivo, enfoques “objetivo” y “subjetivo”). Quienes defendían el enfoque *objetivo* argumentaron que la finalidad del Derecho Internacional Humanitario es contrarrestar el riesgo, que se ha incrementado, de que en realidad no se persigan penalmente los crímenes graves durante un conflicto armado y que se creara un sistema de Derecho Penal supranacional que reemplace las imperfectas persecuciones penales nacionales. Tal sistema del Derecho Humanitario, prosigue el argumento, constituye solamente un régimen paralelo de competencia en relación con el Derecho nacional. En concordancia con ello, en la actualidad, la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* siempre ha concebido el conflicto armado como un simple “elemento jurisdiccional”. Por último, los redactores del Estatuto de Roma no incluyeron un requisito de intención en el encabezado del artículo 8 del Estatuto, a diferencia de los artículos 6 y, en particular, el 7 del mismo Estatuto.<sup>469</sup>

Para caracterização do elemento mental (*mens rea*) dos crimes de guerra aplica-se o artigo 30 Estatuto de Roma<sup>470</sup>, e em algumas circunstâncias também, como visto acima, um elemento específico.

<sup>467</sup> Promotora *versus* Blaskic (IT-95-14-T), Julgamento, 3 de março de 2000.

<sup>468</sup> Promotora *versus* Tadic (IT-94-1-T), Julgamento, 7 de maio de 1997.

<sup>469</sup> AMBOS, *Los crímenes más graves*, p. 81.

<sup>470</sup> Artigo 30 do Estatuto de Roma: “1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais. 2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que atua intencionalmente quem: a) Relativamente a uma conduta, se propuser adotá-la; b) Relativamente a um efeito do crime, se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos. 3. Nos termos do presente artigo, entende-se por ‘conhecimento’ a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos. As expressões ‘ter conhecimento’ e ‘com conhecimento’ deverão ser entendidas em conformidade.”

Por exemplo, a utilização da expressão “intencionalmente” (*wilful* ou *wilfully*), sem dúvida deixa claro a “intenção criminosa” de levar à cabo as conseqüências do ato proibido pela regra internacional. No caso de “causar intencionalmente grande sofrimento (*wilfully causing great suffering*) tem que ficar provado que aquele que cometeu o ato tinha a intenção de causar grande sofrimento.

Além disso, pode também o crime de guerra requerer, pelo menos, a imprudência (*recklessness*), “*which exists whenever somebody, although aware of the likely pernicious consequences of his conduct, knowingly takes the risk of bringing about such consequences*”<sup>471</sup>. Para outros atos, para provar a responsabilidade penal também exige-se o conhecimento (*knowledge*), normalmente como parte da intenção. Antonio Cassese também lembra que

When international rules do not provide, even implicitly, for a subjective element, it would seem appropriate to hold that what is required is the intent or, depending upon the circumstances, recklessness as prescribed in most legal systems of the world for the underlying offence (murder, rape, torture, destruction of private property, pillage, etc.).<sup>472</sup>

---

<sup>471</sup> CASSESE, *International Criminal Law*, pp. 57-58.

<sup>472</sup> *Idem, ibidem*, p. 58.

## CAPÍTULO 5 – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO ICTY

Neste capítulo serão analisados alguns dos casos finalizados (*completed cases*) do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY), a fim de demonstrar que essa jurisdição penal internacional utiliza na análise dos crimes previstos em seu Estatuto dos elementos do crime próprios da *common law*, isto é, o elemento objetivo (*actus reus*) e o elemento subjetivo (*mens rea*), e conseqüentemente, deixando de lado as contribuições do sistema romano-germânico para o exame dos crimes: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Optou-se pela apreciação de dez casos, dos cerca de trinta já concluídos pelo ICTY. Assim, foram examinados os cinco primeiros – considerando o julgamento e também a apelação – e os cinco últimos casos. Os julgamentos iniciais são aqueles normalmente mais citados, enquanto os mais últimos mostram o posicionamento mais recente do ICTY.

### 5.1 DRAZEN ERDEMOVIC

#### 5.1.1 Promotoria *versus* Erdemovic: Julgamento (IT-96-22-T)<sup>473</sup>

Também conhecido como caso “Pilica Farm”, Drazen Erdemovic foi julgado pelo envolvimento no massacre de Srebrenica. No dia 31 de maio de 1996, perante à corte, Erdemovic solicitou o *plea of guilty*, em relação ao pedido 1 do indiciamento, crimes contra a humanidade. Sendo tal pedido aceito pela Câmara. Além do pedido, Erdemovic também aduziu a seguinte declaração, reproduzida no §10 da sentença:

Your Honour, I had to do this. If I had refused, I would have been killed together with the victims. When I refused, they told me: “If you’re sorry for them, stand up, line up with them and we will kill you too”. I am not sorry for myself but for my family, my wife and son who then had nine months, and I could not refuse because then they would have killed me.

O *guilty plea* foi baseado no artigo 20(3) do Estatuto do ICTY<sup>474</sup>. A própria Câmara de Julgamento II reconheceu que o *guilty plea* é uma estratégia de defesa típica da *common law*:

---

<sup>473</sup> Julgado na Câmara de Julgamento II, composta pelos juízes Claude Jorda (presidente), Elizabeth Odio Benito, Fouad Riad. Pela acusação: Eric Ostberg e Mark Harmon, pela defesa Jovan Babic, e atuando como secretária Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh, decisão proferida no dia 29 de novembro de 1996.

<sup>474</sup> Artigo 20(3): “A Câmara de Primeira Instância procede à leitura da acusação, assegura-se de que os direitos do acusado sejam respeitados, certifica-se de que acusado compreendeu o teor da

The Trial Chamber would first point out that the choice of pleading guilty relates not only to the fact that the accused was conscious of having committed a crime and admitted it, but also to his right, as formally acknowledged in the procedures of the International Tribunal and as established *in common law* legal systems, to adopt his own defence strategy. The plea is one of the elements which constitute such a defence strategy (§13).

No entanto, a Câmara de Julgamento II lembrou que a obediência hierárquica não o isenta de responsabilidade penal, mas pode ser considerado como um motivo para redução da pena, conforme prescreve o artigo 7(4) do Estatuto do ICTY. Por isso

Nevertheless, the very contents of a declaration which is ambiguous or equivocal might affect the plea's validity. In order to explain his conduct, the accused argued both an obligation to obey the orders of his military superior and physical and moral duress stemming from his fear for his own life and that of his wife and child. In and of themselves, these factors may mitigate the penalty. Depending on the probative value and force which may be given to them, they may also be regarded as a defence for the criminal conduct which might go so far as to eliminate the *mens rea* of the offence and therefore the offence itself. In consequence, the plea would be invalidated. The Trial Chamber considers that it must examine the possible defence for the elements invoked (§14).

Sobre a obediência hierárquica, já dizia o escritor Elias Canetti, vencedor do Nobel de Literatura em 1981, que “Ordem é ordem, é possível que o caráter definitivo e indiscutível atrelado à ordem seja a causa de pouca reflexão a seu respeito. Aceita-se a ordem como algo que sempre existiu; ela parece tão natural quanto imprescindível”<sup>475</sup>. Acrescenta ainda Canetti que:

No cumprimento do dever, o soldado só age sob ordens. Ele pode ter vontade de fazer uma coisa ou outra, mas, sendo soldado, isso não conta: tem de renunciar a fazê-lo. Um soldado não pode ver-se diante de uma encruzilhada, pois, diante de uma, não é ele quem decide qual dos dois caminhos tomar. Sua vida ativa é restrita sob todos os aspectos. Ele faz o que todos os demais soldados fazem *juntamente* com ele; e faz o que lhe é ordenado. A ausência nele de todos os demais atos que os outros homens acreditam praticar de livre e espontânea vontade torna-o sedento dos atos que ele *tem* de executar.<sup>476</sup>

Também Arthur Kaufmann debruçou-se sobre o tema, colocando que falta aos soldados qualquer direito de resistência. Para o filósofo alemão nesse caso:

Falta desde logo a proporcionalidade; a resistência teria que ocorrer em grande escala e conduziria por isso provavelmente a situações caóticas e ao derramamento de sangue. Mas, sobretudo, não possuem os simples

---

acusação e ordena que ele se declare culpado ou não culpado. A Câmara de Primeira Instância fixa então a data do processo”.

<sup>475</sup> CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 303.

<sup>476</sup> *Idem, ibidem*, p. 312.

soldados (entre os quais como também os oficiais inferiores e intermédios) o necessário discernimento e a exigível visão global da situação; eles não se encontram, portanto, entre as “personalidades de especial estatuto e consideração”. Finalmente a perspectiva de êxito dessa resistência seria mínima. Mesmo abstraindo de tudo isto, é de ter em consideração que seria demasiado exigir ao simples soldado que tivesse de ponderar juridicamente todas estas questões: dever de obediência, deserção, resistência. Por isso, prevalece quanto a ele o dever de obediência.<sup>477</sup>

Já para o penalista italiano Vincenzo Manzini, “a ordem hierárquica, fundada sobre normas de direito, tem a finalidade de declarar categórica e imperativamente ao subordinado o que, segundo a lei, ele deve fazer para cumprir com seu dever”.<sup>478</sup>

Normalmente, a busca por uma excludente de responsabilidade individual por obediência a ordens superiores é utilizada por escalões inferiores, como o caso de Drazen Erdemovic, mas foi utilizada por oficiais de alto escalão como Adolf Eichmann perante à Corte Distrital de Jerusalém.

Na decisão do caso Erdemovic, ficou entendido que o fato de o acusado agir em obediência a ordens superiores não constitui uma defesa por si própria, mas é um elemento que pode ser levado em consideração com outras circunstâncias, como a presença de coação ou de um estado de necessidade para apoiar uma defesa de ordens superiores. Ou seja, o princípio da obediência hierárquica não é um argumento de defesa, embora possa ser invocado excepcionalmente nos casos de crimes de guerra em estritas e limitadas condições.<sup>479</sup>

Para Geneviève Dufour, no caso deste julgamento, conclui-se que a defesa com base no cumprimento de ordens superiores não existe simplesmente como defesa, mas serve para apoiar uma outra defesa como a de coação.<sup>480</sup>

A Câmara de Julgamento II discutiu o tema da obediência hierárquica de maneira longa na decisão, citando diversos precedentes, especialmente de Nuremberg (§52).

Como houve a aceitação do *guilty plea*, a decisão não adentrou no debate sobre os elementos do crime contra a humanidade, centrando-se em aspectos

<sup>477</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 373-374.

<sup>478</sup> MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1949, p. 32.

<sup>479</sup> Para Kai Ambos, a previsão do artigo 33 do Estatuto de Roma “*sigue ‘el principio de ilegalidad manifiesta’ mientras que las actuales tendencias en Derecho internacional se decantan mejor por el ‘principio mens rea’, rechazando considerar las órdenes del superior como argumento defensivo per se*”. In: AMBOS, Kai. *La nueva justicia penal internacional*. Ciudad de Guatemala: Fundación Myrna Mack, 2000, pp. 160-161.

<sup>480</sup> DUFOUR, Geneviève. ¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores? *Revista Internacional de la Cruz Roja*. n. 840, 31 dez. 2000, p. 971.

procedimentais. Além de ser, sobretudo, uma decisão relativamente breve, contado com vinte e cinco páginas.

No entanto, isso não impediu de a Câmara reconhecer a gravidade do crime: *“The killing of approximately 1,200 unarmed civilians during a five-hour period on 16 July 1995 was a crime of enormous proportions. Mr. Erdemovic, depending on which of his numerous accounts is accurate, is responsible for killing between 10 and 100 people. His role in this mass execution was significant (§85)”*. Foi ressaltado pela Câmara o fato de Erdemovic ter usado uma arma automática.

Apesar disto, houve uma cooperação por parte de Erdemovic, o que contribuiu como fator mitigador. Além da sua idade no momento do evento (23 anos) e seu grau de subordinação militar hierárquica, Erdemovic também demonstrou remorso pelos fatos ocorridos e seu desejo em entregar-se ao ICTY, seu *guilty plea* e sua cooperação com a Promotoria, e por fim, a Câmara de Julgamento II considerou que o acusado *“does not constitute a danger and the corrigible character of his personality; and the fact that the sentence pronounced will be served in a prison far from his own country (§111)”*.

Para a determinação da pena, a Câmara de Julgamento II decidiu que:

In his closing statement, the Prosecutor suggested that the Trial Chamber hand down a prison sentence not exceeding 10 years. The Defence argued principally for a remission of the penalty and in the alternative a mitigation of the sentence down to one year. The Trial Chamber considers that in light of all the legal and factual elements which it has reviewed and accepted, it is appropriate to sentence Drazen Erdemovic as punishment for the crime against humanity for which he admitted guilt to a prison sentence of 10 years with credit to be given for previous periods spent in custody, pursuant to Sub-rule 101(E) of the Rules.

### 5.1.2 Promotoria versus Erdemovic: Apelação (IT-96-22-A)<sup>481</sup>

A decisão em grau de apelação centrou-se no debate do *guilty plea* de Erdemovic. De forma unânime os juízes entenderam que o pedido foi formulado de maneira voluntária (§17). No entanto, por maioria os juízes entenderam que a coação (*duress*) não oferece uma defesa completa no caso de acusação de prática de crime contra a humanidade e/ou crime de guerra que envolva a morte de civis inocentes, vencidos os juízes Cassese e Stephen (§19).

<sup>481</sup> Julgado na Câmara de Apelação, composta pelos juízes Antonio Cassese (presidente), Gabrielle Kirk McDonald, Haopei Li, Ninian Stephen, Lal Chand Vohrah. Pela acusação: Grant Niemann e Payam Akhavam, pela defesa: Jovan Babic, e atuando como secretária Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh, decisão proferida no dia 7 de outubro de 1997.

De maneira unânime, a Câmara de Apelação rejeitou o pedido de absolvição formulado por Erdemovic. Por maioria, vencido o juiz Li, a Câmara rejeitou o pedido de revisão de Erdemovic. E, por fim, por maioria, a Câmara entendeu em “*the case must be remitted to a Trial Chamber, other than the one which sentenced the Appellant, so that the Appellant may have the opportunity to replead in full knowledge of the nature of the charges and the consequences of his plea.*”

### 5.1.3 Promotoria versus Erdemovic: Julgamento (IT-96-22-Tbis)<sup>482</sup>

Em razão da decisão da Câmara de Apelação, o caso Erdemovic foi novamente enviado para o primeiro grau, para uma Câmara de Julgamento diferente da primeira para que fosse permitido ao acusado formular um novo pedido de *guilty plea*, “*with full knowledge of both the nature of the charges against him and the consequences of his plea before another Trial Chamber*” (§7). Assim, no dia 14 de janeiro de 1998, a Câmara de Julgamento aceitou um novo *guilty plea* do acusado, reconhecendo agora a culpa pelas violações cometidas às leis e aos costumes de guerra (§8).

A nova sentença para o caso Erdemovic é consideravelmente mais curta, muito em razão do novo pedido do *guilty plea*. Grande parcela da sentença teceu considerações sobre essa nova declaração do acusado.

Por conseqüência, a Câmara de Julgamento não examinou os crimes propriamente de que Erdemovic é acusado, detendo-se somente no reconhecimento por parte do acusado. Os principais elementos desse *plea bargain agreement* são assim considerados na sentença:

(a) The accused would plead guilty to count 2, a violation of the laws or customs of war, in full understanding of the distinction between that charge and the alternative charge of a crime against humanity, and the consequences of his plea. (b) The accused's plea was based on his guilt and his acknowledgement of full responsibility for the actions with which he is charged. (c) The parties agreed on the factual basis of the allegations against the accused, and in particular the fact that there was duress. (d) The parties, in full appreciation of the sole competence of the Trial Chamber to determine the sentence, recommended that seven years' imprisonment would be an appropriate sentence in this case, considering the mitigating circumstances. (e) In view of the accused's agreement to enter a plea of guilty to count 2, the Prosecutor agreed not to proceed with the alternative count of a crime against humanity (§18).

<sup>482</sup> Julgado na Câmara de Julgamento, composta pelos juízes Florence Ndepele Mwachande Mumba (presidente), Mohamaed Shahabuddeen e Wang Tieya. Pela acusação: Grant Niemann e Peter McCloskey. Pela defesa: Jovan Babic e Nikola Kostic, e atuando como secretária Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh, decisão proferida no dia 5 de março de 1998.

Portanto, em decorrência desse *plea agreement*, Drazen Erdemovic foi sentenciado ao cumprimento de uma pena de prisão de cinco anos, visto as graves violações das leis e dos costumes de guerra, previsto no artigo 3 do Estatuto do ICTY, sendo também deduzido o tempo cumprido na prisão desde 28 de março de 1996.

## 5.2 DUSKO TADIC

### 5.2.1 Promotoria versus Tadic: Julgamento (IT-94-1-T)<sup>483</sup>

É uma das decisões mais citadas na jurisprudência dos tribunais penais internacionais. A sentença é bastante longa e tem mais de trezentas páginas, dividida em oito partes.

A primeira é uma introdução (§1-§52), conta depois com um longo histórico do conflito e as averiguações preliminares (§53-§192), a constatação dos fatos (*factual findings*), com uma série de resumo de depoimentos, inicia-se no §193 e estende-se até o §477, a quarta parte versa sobre o alibi de defesa do acusado (§478-§528), a quinta sobre as evidências materiais (§529-§556), a sexta sobre o direito aplicável (§557-§692), a sétima sobre os *legal findings* (§693-§765) e a última é o julgamento.

É interessante observar no §670, examinando os parâmetros da responsabilidade individual, a sentença cita que “*the Prosecution urges the Trial Chamber to follow the example of the Australian common law, under which, the Prosecution asserts, the most marginal act of assistance or encouragement can amount to an act of complicity in the crime.*”

Examinando a questão do ataque generalizado ou sistemático para a configuração do crime contra a humanidade, a Câmara de Julgamento lembra de um precedente alemão, pós-Segunda Guerra, em que “*both of the accused were acquitted due to a lack of mens rea as they had not had either a concrete idea of the consequences of their action or an ‘abominable attitude’*” (§657).

Há apenas essa única menção em toda a sentença sobre os elementos do crime. O que não desqualifica a importância dessa decisão nos termos deste

---

<sup>483</sup> Julgado na Câmara de Julgamento II, composta pelos juízes Gabrielle Kirk McDonald (presidente), Ninian Stephen e Lal Chand Vohrah. Pela acusação: Grant Niemann, William Fenrick, Brenda Hollis, Michael Keegan e Alan Tieger, pela defesa: Michaïl Wladimiroff, Alphons Orié, Steven Kay, Sylvia de Bertodano, Milan Vujin e Nikola Kostic, e atuando como secretária Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh, decisão proferida no dia 7 de maio de 1997.

trabalho, já que em diversas oportunidades anteriores foi mencionada a decisão do caso Tadic.

Justifica-se o fato de praticamente não haver apreciações sobre os elementos *mens rea* e *actus reus*, porque o foco da sentença está no exame dos artigos 2 e 3 do Estatuto do ICTY, violações graves às Convenções de Genebra de 1949 e violações das leis ou dos costumes da guerra, respectivamente. Que conforme visto no capítulo anterior tem suas próprias especificidades. Além disso, a sentença traz em grande quantidade observações e esclarecimentos sobre o direito internacional humanitário e as questões sobre a sua aplicabilidade no conflito armado na ex-Iugoslávia.

Por maioria, vencida a juíza McDonald, a Câmara de Julgamento considerou Dusko Tadic culpado da maioria das acusações. A sentença condenatória foi publicada posteriormente<sup>484</sup>, somando-se as condenações chega-se a 98 anos. No entanto, como as penas são cumpridas de modo concorrente, a Câmara recomenda que “*unless exceptional circumstances apply, Dusko Tadic’s sentence should not be commuted or otherwise reduced to a term of imprisonment less than ten years from the date of this Sentencing Judgment.*”

### 5.2.2 Promotoria versus Tadic: Apelação (IT-94-1-A)<sup>485</sup>

A Câmara de Apelação de início recorda que com exceção do caso Erdemovic, que solicitou o *plea of guilty*, essa é a primeira vez que o ICTY decide um caso em grau de recurso. Tanto Dusko Tadic como a Promotoria recorreram de aspectos da decisão da Câmara de Julgamento.

Na apelação há algumas passagens que merecem atenção sobre os elementos dos crimes da *common law*. No §194, a Câmara de Apelação expressa que:

However, the Tribunal’s Statute does not specify (either expressly or by implication) the objective and subjective elements (*actus reus* and *mens rea*) of this category of collective criminality. To identify these elements one must turn to customary international law. Customary rules on this matter are discernible on the basis of various elements: chiefly case law and a few instances of international legislation.

<sup>484</sup> Sentença publicada no dia 14 de julho de 1997.

<sup>485</sup> Julgado na Câmara de Apelação, composta pelos juízes Mohamed Shahabudden (presidente), Florence Ndepele Mumba, Antonio Cassese, Wang Tieya e Rafael Nieto-Navia. Pela acusação: Upawansa Yapa, Brenda Hollis, William Fenrick, Michael Keegan e Ann Sutherland. Pela defesa: William Clegg e John Livingston e atuando como secretária Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh, decisão proferida no dia 15 de julho de 1999.

Pode-se concluir que a Câmara de Apelação guia-se em suas análises dos crimes previstos no seu Estatuto pelos elementos objetivos e subjetivos (*actus reus* e *mens rea*) e mesmo quando não há especificamente esses elementos no Estatuto, os identificará por meio do direito internacional consuetudinário.

No caso de tratamento desumano a Câmara de Apelação identificou os elementos *actus reus* e *mens rea* desse crime da seguinte maneira:

It would seem that in these cases the required *actus reus* was the active participation in the enforcement of a system of repression, as it could be inferred from the position of authority and the specific functions held by each accused. The *mens rea* element comprised: (i) knowledge of the nature of the system and (ii) the intent to further the common concerted design to ill-treat inmates (§203).

Mais adiante, a Câmara de Apelação identifica novamente o elemento subjetivo da seguinte maneira

As for the objective and subjective elements of the crime, the case law shows that the notion has been applied to three distinct categories of cases. First, in cases of co-perpetration, where all participants in the common design possess the same criminal intent to commit a crime (and one or more of them actually perpetrate the crime, with intent). Secondly, in the so-called “concentration camp” cases, where the requisite *mens rea* comprises knowledge of the nature of the system of ill-treatment and intent to further the common design of ill-treatment. Such intent may be proved either directly or as a matter of inference from the nature of the accused’s authority within the camp or organisational hierarchy. With regard to the third category of cases, it is appropriate to apply the notion of “common purpose” only where the following requirements concerning *mens rea* are fulfilled: (i) the intention to take part in a joint criminal enterprise and to further – individually and jointly – the criminal purposes of that enterprise; and (ii) the foreseeability of the possible commission by other members of the group of offences that do not constitute the object of the common criminal purpose (§220).

E acrescenta no §227: “*objective elements (actus reus) of this mode of participation in one of the crimes provided for in the Statute (with regard to each of the three categories of cases)*”. Há diversas outras menções aos elementos *actus reus* e *mens rea* na decisão, mas que se afastam, de certa maneira, do objeto desta tese, veja-se, por exemplo, os parágrafos 189, 218, 219, 228, 240, 249, 269, 272, entre outras.

Além propriamente da decisão, também há nessa sentença da Câmara de Apelação, uma importante opinião dissidente do juiz Cassese. Antonio Cassese esclarece primeiramente que

international criminal rules, being still at a rudimentary stage of development, do not provide for offences that are specific and well-defined. They do not describe in detail an individual class of conduct (say, murder, or the

destruction of private property, or rape). Rather, they contemplate broad categories of disparate offences.

Também o juiz italiano Cassese utiliza-se nas suas análises sobre os crimes previstos no Estatuto do ICTY da tradição anglo-saxã do direito. Veja-se na seguinte passagem:

Murder, in order to be defined a “crime against humanity”, must be part of a widespread or systematic practice. In addition, it must be established that the mental element of the crime includes not only the *mens rea* concerning the killing of the victim, but also knowledge of the existence of the widespread or systematic practice.

E também há essa outra passagem do voto dissidente do juiz Cassese

If the murder perpetrated by a certain accused is classified as a “war crime,” it is sufficient for the *actus reus* to consist of the death of the victim as a result of the acts or omissions of the perpetrator, while the requisite mental element must be the intent to kill or to inflict serious injury in reckless disregard of human life.

É importante destacar, presente no voto dissidente, que Cassese vê no direito internacional penal características próprias, diferentes do direito penal, já que seu entendimento “*the nulla poena sine praevia lege poenali principle that is generally upheld in most national legal systems is still inapplicable in international criminal law*”.

### 5.3 ZJENIL DELALIC, ZDRAVKO MUCIC (“PAVO”), HAZIM DELIC E ESAD LANDZO (“ZENGA”): “CASO CELEBICI”

#### 5.3.1 Promotoria versus Delalic et alii: Julgamento (IT-96-21-T)<sup>486</sup>

O julgamento dos acusados começou no dia 10 de março de 1997 e encerrou-se no dia 15 de outubro de 1998. Os crimes – violações graves às Convenções de Genebra de 1949 (artigo 2) e violações das leis ou dos costumes da guerra (artigo 3) – foram praticados no campo de detenção em Celebici, localizado na municipalidade de Konjic, na parte central da Bósnia-Herzegovina, durante alguns meses de 1992.

A Câmara de Julgamento lembrou que o tanto o Estatuto como o Regulamento Processual consistem em uma fusão e síntese de duas tradições legais dominantes: *common law* e o *civil law*. E considerou que é necessário no caso de interpretação de seus dispositivos considerar as diferentes visões desses dois sistemas (§159).

<sup>486</sup> Julgado na Câmara de Julgamento, composta pelos juízes Adolphus Karibi-Whyte (presidente), Elizabeth Odio Benito e Saad Saood Jan. Pela acusação: Grant Niemann e Teresa McHenry, pela defesa Edina Residovic, Eugene O’Sullivan (Zejnil Delalic), Nihada Buturovic e Howard Morrison (Zdravko Mucic), Salih Karabic e Tom Moran (Hazim Delic) e Cynthia McMurrey e Nancy Boler (Esad Landzo) e atuando como secretária Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh, decisão proferida no dia 16 de novembro de 1998.

Lembrou ainda a Câmara de Julgamento durante esse julgamento que os dois sistemas têm vários pontos de aproximação, como por exemplo, enquanto o sistema romano-germânico utiliza-se do “*teleological approach*” – também chamado *progressive* ou *extensive approach* –, a *common law* também utiliza-se da mesma regra só que com outro nome *mischief rule* – regra proveniente de decisão da antiga corte inglesa de Exchequer em 1584 –, que permite a interpretação de matéria prevista na legislação em um contexto de condições contemporâneas, ou seja, “*the idea of the approach is to adapt the law to changed conditions, be they special, economic or technological, and attribute such change to the intention of the legislation* (§§161-163)”. Entre outras passagens da sentença a Câmara de Julgamento destacou similitudes entre os dois sistemas.

No entanto, apesar das semelhanças da *common law* e do *civil law*, há uma clara opção no exame dos crimes previstos no Estatuto pelo sistema da *common law*; em nenhum momento, a Câmara de Julgamento fez menção aos elementos tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, optando em identificar os elementos *mens rea* e *actus reus*.

A defesa de Esad Landzo buscando descrever o conceito de intenção de maneira mais estrita, apóia-se na tradição da *common law* para tentar convencer os juízes, citando inclusive decisões de cortes inglesas e opiniões de membros da *House of Lords* (§427).

Mais adiante, debruçando-se sobre o tema do homicídio, a Câmara de Julgamento coloca que “*In most common law jurisdictions, the mens rea requirement of murder is satisfied where the accused is aware of the likelihood or probability of causing death or is reckless as to the causing of death* (§434)”. Para apoiar este posicionamento utilizou-se de decisões da Austrália, Canadá e Paquistão, todos países que adotam a *common law*. A decisão também cita diversos precedentes dos tribunais penais internacionais, especialmente os casos Tadic e Akayesu, por exemplo, no §956 e seguintes.

Especificamente sobre a intenção, a Câmara de Julgamento utilizou o *mens rea* para caracterizá-lo: “*the corresponding intent, or mens rea, is indicated by the requirement that the act of participation be performed with knowledge that it will assist the principal in the commission of the criminal act* (§325)”.

Posteriormente, a Câmara de Julgamento recordou que para provar a responsabilidade penal individual os dois elementos precisam ficar provados:

The requisite *actus reus* for such responsibility is constituted by an act of participation which in fact contributes to, or has an effect on, the commission of the crime [...] The corresponding intent, or *mens rea*, is indicated by the requirement that the act of participation be performed with knowledge that it will assist the principal in the commission of the criminal act. Thus, there must be “awareness of the act of participation coupled with a conscious decision to participate by planning, instigating, ordering, committing, or otherwise aiding and abetting in the commission of a crime”. (§326).

No entanto, o *mens rea* “*need not have been explicitly expressed, but that it may be inferred from all relevant circumstances* (§328)”. Também a Promotoria<sup>487</sup> utilizou-se dos elementos *mens rea* e *actus reus*, por exemplo

The Prosecution asserts that the requisite *mens rea* under Article 7(3)<sup>488</sup> may be established as follows: (1) actual knowledge established through direct evidence; or (2) actual knowledge established through circumstantial evidence, with a presumption of knowledge where the crimes of subordinates are a matter of public notoriety, are numerous, occur over a prolonged period, or in a wide geographical area; or (3) wanton disregard of, or failure to obtain, information of a general nature within the reasonable access of a commander indicating the likelihood of actual or prospective criminal conduct on the part of his subordinates (§379).

Ainda sobre o tema da obediência hierárquica, apesar das tentativas da defesa,

the Trial Chamber to conclude that a superior may possess the *mens rea* required to incur criminal liability where: (1) he had actual knowledge, established through direct or circumstantial evidence, that his subordinates were committing or about to commit crimes referred to under Article 2 to 5 of the Statute, or (2) where he had in his possession information of a nature, which at the least, would put him on notice of the risk of such offences by indicating the need for additional investigation in order to ascertain whether such crimes were committed or were about to be committed by his subordinates (§383).

É importante destacar também essa passagem da decisão

Having reached this conclusion, the remaining issue becomes the formulation of the elements of these crimes of “wilful killing” and “murder”. It is apparent that it is a general principle of law that the establishment of criminal culpability requires an analysis of two aspects. The first of these may be termed the *actus reus* – the physical act necessary for the offence. In relation to homicide of all natures, this *actus reus* is clearly the death of the victim as a result of the actions of the accused. The Trial Chamber finds it unnecessary to dwell on this issue, although it notes that omissions as well as concrete actions can satisfy the *actus reus* element and, further, that the conduct of the accused must be a substantial cause of the death of the victim. The second aspect of the analysis of any homicide offence relates to

<sup>487</sup> Como lembra a Câmara de Julgamento neste mesmo caso: “*Both the Prosecution and the Defence have focused upon the word ‘wilful’ in their discussion of the necessary mens rea required to establish the offences of ‘wilful killing’ and ‘murder’* (§431)”.

<sup>488</sup> O artigo 7(3) do Estatuto do ICTY: “O fato de qualquer um dos atos referidos nos artigos 2 a 5 do presente Estatuto ter sido cometido por um subordinado não isenta o seu superior de responsabilidade penal quando ele sabia ou tinha motivos para saber que o subordinado se preparava para cometer tal ato ou já o tinha cometido e não adotou as medidas necessárias e razoáveis para impedir que o referido ato fosse cometido ou para punir os seus autores”.

the necessary mental element, or mens rea. Often this debate centres around the question of “intent” and it is, indeed, this issue which is the subject of dispute between the parties in the present case. Thus, before proceeding further in its discussion, the Trial Chamber deems it necessary to set out the arguments raised by the parties in this regard (§424-425).<sup>489</sup>

Há diversas outras citações aos elementos *actus reus e mens rea* nesta decisão. Acredita-se que essas mencionadas já demonstram de maneira bastante clara, mormente esta última, que a Câmara de Julgamento fez uma opção bastante clara pelo sistema da *common law* no momento de identificar a responsabilidade penal individual no âmbito do direito internacional penal.

### 5.3.2 Promotoria *versus Delalic et alii*: Apelação (IT-96-21-A)<sup>490</sup>

Como na decisão de primeira instância, também em grau de recurso, há apontamentos às lições da *common law*, por exemplo: “*it is generally available in common law jurisdictions* (§541)”. Ou seja, aqui e ali há menções a procedimentos ou regras criadas pela *common law* que aparecem na decisão. Em raras oportunidades, a Câmara de Apelação rejeita a aplicação de regras ou procedimentos deste sistema. Exemplo desta última hipótese: “*The Appeals Chamber recognises that the rationale for the partial defence provided for the offence of murder by the English Homicide Act 1957 is inapplicable to proceedings before the Tribunal* (§590)”. O que vai escasseando ao longo das decisões são citações ao sistema romano-germânico ou *civil law*.

A Câmara de Apelação não se detém a examinar os elementos *actus reus e mens rea* no corpo da decisão, centrando-se basicamente em questões processuais e aspectos de defesa levantados pelos advogados dos acusados.

No entanto, nas opiniões em separado e dissidente dos juízes David Hunt e Mohamed Bennouna, há importantes menções aos aspectos *actus reus e mens rea*. Inicialmente, os dois juízes afirmam que “*the majority has elected to include [...] the elements of the crimes which go to the actus reus and mens rea of the offences* (§25)”.

<sup>489</sup> Grifo nosso.

<sup>490</sup> Julgado na Câmara de Apelação, composta pelos juízes David Hunt (presidente), Fouad Riad, Rafael Nieto-Navia, Mohamed Bennouna e Fausto Pocar. Pela acusação: Upawansa Yapa, William Fenrick, Christopher Staker, Norman Farrell, Sonja Boelaert-Souminen e Roeland Bos. Pela defesa: John Ackerman e Edina Residovic (Zjenil Delalic), Tomislav Kuzmanovic e Howard Morrison (Zdravko Mucic), Salih Karabic e Tom Moran (Hazim Delic) e Cynthia Sinatra e Peter Murphy (Esad Landzo). Secretário: Hans Holthuis, decisão proferida no dia 20 de fevereiro de 2001.

Examinando a questão do estupro de uma “pessoa protegida” em um campo de prisioneiros, no contexto de um conflito armado internacional e um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil, tal violação poderá ser processada pela Promotoria como estupro como uma violação grave sob o artigo 2 do Estatuto; como estupro como conduta proibida segundo o artigo 3 do Estatuto; e como estupro como crime contra a humanidade segundo o artigo 5 também do Estatuto do ICTY. Para Hunt e Bennouna “*the application of the test as posed by the majority, in addition to a comparasion of the elements relating to the actus reus and mens rea of the offence of rape, must take into account the following elements [...] (§30)*”.

Ainda em relação ao crime de estupro os juízes são ainda mais enfáticos quanto a necessidade de se configurar os elementos *actus reus* e *mens rea*:

In relation to rape under Articles 2 and 3, these elements would be only the *actus reus* and the *mens rea* of the offence of rape, which are the same in both cases, with the result that the offences cannot be considered to be genuinely legally distinct. In relation to rape under Article 5 of the Statute, the relevant elements would be the *actus reus* and *mens rea* of rape, the latter including the additional requirement that the perpetrator have knowledge that the rape occurs in the context of an attack against a civilian population (§33).

## 5.4 ZLATKO ALEKSOVSKI

### 5.4.1 Promotoria versus Aleksovski: Julgamento (IT-95-14/1-T)<sup>491</sup>

Concentrando-se na análise dos elementos que compõem a ofensa penal prevista no artigo 3 do Estatuto do ICTY, violações das leis ou costumes de guerra, a Câmara de Julgamento deixou claro que se deve visualizar “*the actus reus (the act of omission) of the offence and what is the requisite degree of mens rea (necessary intent) (§55)*”. As quatro Convenções de Genebra não exigem explicitamente que se exponham esses elementos, contudo, a Câmara de Julgamento considera que “*the Commentaries prove to be more helpful by providing that ‘outrages upon personal dignity refer to acts which, without directly causing harm to the integrity and physical and mental well-being of persons, are aimed at humiliating and ridiculing them’ (§55)*”.

---

<sup>491</sup> Julgado na Câmara de Julgamento, composta pelos juízes Almiro Simões Rodrigues (presidente), Lal Chand Vohrah e Rafael Nieto-Navia. Pela acusação: Grant Niemann e Anura Meddegoda, pela defesa Srdan Joka e atuando como secretário Jean-Jacques Heintz, decisão proferida no dia 25 de junho de 1999.

Conseqüentemente, o componente objetivo do *actus reus*, segundo a decisão nesse caso, é a humilhação da vítima que deve ser tão intensa que uma pessoa razoável sentir-se-ia ofendida. Para o requisito *mens rea*, a Câmara de Julgamento indica que o acusado deve cometer o ato com intenção de humilhar ou ridicularizar a vítima, citando inclusive o Comitê Internacional da Cruz Vermelha que propôs que “*the mental element for the offence of ‘inhuman treatment’ accepted a lower degree of mens rea, requiring the perpetrator to act wilfully* (§56)”.

Na decisão do caso *Aleksovski* também há uma série de menções a decisões anteriores, seja do ICTY seja do ICTR, por exemplo, no §64 há referências aos casos *Tadic*, *Akayesu* e *Furundzja*. Nos §72 e §75, ao caso *Celebici*. Nos §§73-74 ao caso “*USA v. Pohl*”, e em outros diversos trechos acontece o mesmo, demonstrando que a jurisprudência é uma ferramenta importante nas suas decisões.

Debruçando-se sobre o artigo 7(1) do Estatuto que considera que “quem tiver planejado, instigado, ordenado, cometido ou, por qualquer outra forma, tiver ajudado e encorajado a planejar, preparar ou executar um dos crimes referidos nos artigos 2 a 5 do presente Estatuto, é considerado individualmente responsável por esse crime”, a Câmara de Julgamento manifesta opinião de que “*the mens rea may be deduced from the circumstances, and the position of authority constitutes one of the circumstances which can be considered when establishing that the person against whom the claim is directed knew that his presence would be interpreted by the perpetrator of the wrongful act as a sign of support or encouragement* (§65)”.

Essas passagens da decisão em primeira instância do caso *Aleksovski* demonstram, ao lado das anteriores, que a Câmara de Julgamento utiliza com freqüência na caracterização dos crimes a técnica bipartida típica da *common law*, rejeitando por conseguinte os elementos tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, e dá papel preponderante as decisões anteriores, seja dos tribunais *ad hoc*, seja de outros tribunais, como cortes americanas ou britânicas.

#### 5.4.2 Promotoria versus Aleksovski: Apelação (IT-95-14/1-A)<sup>492</sup>

Sobre esse último tópico, ou seja, da utilização das decisões anteriores, a Câmara de Apelação tenta rejeitar o rótulo, sem muita felicidade, de que se utiliza do mecanismo da *stare decisis*, típico da *common law*. Assim, prefere utilizar o termo “precedente” ao invés de “*stare decisis*”, visto que “*the use of precedents is common to courts in both common and civil law systems* (§86)”. Isso é verdade, mas no sistema romano-germânico os precedentes não têm a força que tem os precedentes na *common law* e que também têm nas jurisdições internacionais penais.

A Câmara de Apelação tece longos comentários sobre a *stare decisis* a partir desse ponto. Confirma que “*traditionally common law jurisdictions have recognised the principle of stare decisis, or binding precedent, by which courts are bound by their previous decisions* (§92)”, cita pronunciamentos das cortes supremas norte-americanas e australiana, nesse sentido. Contudo reconhece que a questão é tratada de modo diferente no sistema romano-germânico, já que “*in general, civil law jurisdictions do not recognise the principle of stare decisis or binding precedent, as a matter of practice, their highest courts will generally follow their previous decisions* (§93)”. Acredita por fim, a Câmara de Apelação que “*generally, in common law jurisdictions, decisions of a higher court are binding on lower courts. In civil law jurisdictions there is no doctrine of binding precedent. However, as a matter of practice, lower courts tend to follow decisions of higher courts* (§112)”. Entende-se, como já considerado anteriormente, que as referências as decisões anteriores dos tribunais *ad hoc* são mais do que meros precedentes não obrigatórios, ficando muito próximo da *stare decisis* do que propriamente dos precedentes não obrigatórios da *civil law*.

Quanto a presença dos elementos *actus reus* e *mens rea* nessa sentença de segundo grau, as referências são inúmeras. O item segundo da sentença trata especificamente sobre a possível ausência do requisito *mens rea* (*first ground of appeal by the appellant: the lack of requisite mens rea*), que se inicia no §13 estendendo-se até o §28. Em nenhum momento desse tópico discute-se a possibilidade de se fazer a análise do crime de outra maneira que não seja por meio da comprovação do elemento subjetivo (*mens rea*).

---

<sup>492</sup> Julgado na Câmara de Apelação, composta pelos juízes Richard May (presidente), Florence Ndepele Mumba, David Hunt, Wang Tieya e Patrick Robinson. Pela acusação: Upawansa Yapa, William Fenrick e Norman Farrell, pela defesa Srdjan Joka e atuando como secretária Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh, decisão proferida no dia 24 de março de 2000.

Dessa forma, a defesa de Aleksovski tentou provar que “*discriminatory intent is a necessary motive (which is not the same as mens rea), and that there was no proof that the Appellant had a discriminatory attitude* (§16)”. No entanto, a Câmara de Apelação não se convenceu em mudar os argumentos já consagrados pela Câmara de Julgamento, visto que:

The Trial Chamber’s indication that the *mens rea* of the offence is the “intent to humiliate or ridicule” the victim may therefore impose a requirement that the Prosecution was not obliged to prove and the Appeals Chamber does not, by rejecting this ground of appeal, endorse that particular conclusion (§27).

Além dessa tentativa infrutífera por parte da defesa de Aleksovski, o apelante também submeteu à Câmara de Apelação o argumento de que a Promotoria não conseguiu provar além de qualquer dúvida razoável que o elemento *actus reus* das ofensas graves contra a dignidade pessoal prevista no artigo 3 do Estatuto (§57), mas também não surtiu efeito esperado esse argumento da defesa. Em outras passagens da decisão há outras aparições do elemento *mens rea*, por exemplo, nos §§161, 162 e 164, mas com uma importância menor do que as acima destacadas.

## 5.5 GORAN JELISIC

### 5.5.1 Promotoria versus Jelisic: Julgamento (IT-95-10-T)<sup>493</sup>

Indiciado pela prática de genocídio, com base no disposto no artigo 4(2)(a) do Estatuto do ICTY. Goran Jelisic, o “Adolfo Sérvio”, entrou com um *guilty plea* em relação às violações as leis e costumes de guerra (dezesseis pedidos) e crimes contra a humanidade (quinze pedidos), conforme o que consta no §24 da decisão. Contudo, a Câmara de Julgamento notou que “*a guilty plea is not in itself a sufficient basis for the conviction of an accused* (§25)”. Sobre esse *guilty plea*, Kai Ambos acredita que “*a más tardar en este momento se hace perceptible la influencia del proceso adversatorio angloamericano: por un lado, se introduce el guilty plea, y por*

<sup>493</sup> Julgado na Câmara de Julgamento, composta pelos juízes Claude Jorda (presidente), Fouad Riad e Almiro Simões Rodrigues. Pela acusação: Geoffrey Nice e Vladimir Tochilovsky e pela defesa Veselin Londrovic e Michael Greaves e atuando como secretária atuando como secretária Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh, decisão proferida no dia 14 de dezembro de 1999.

*otro queda clara la separación entre la resolución judicial que contiene la sentencia y aquella que sólo contiene medición de la pena”*.<sup>494</sup>

Considera Kai Ambos, e essa observação vale não só para o julgamento Jelisic, que “*el proceso ante el ICTY, por lo que se refiere a su estructura, se guía por el proceso de partes adversatorio angloamericano. Esta circunstancia se explica por la fuerte influencia que los países del common law desempeñaron a la hora de crear el ICTY y por la codificación de sus principios legales fundamentales*”. E mais, também no tocante aos crimes no ICTY dá-se o mesmo: “*ello también queda claro desde el punto de vista jurídico-material, si se examina la jurisprudencia del ICTY*”<sup>495</sup>.

A Câmara de Julgamento nesse caso também analisa o crime de genocídio, expondo de maneira clara como compreende que deva ser a caracterização desse crime internacional:

Genocide is characterised by two legal ingredients according to the terms of Article 4 of the Statute: - the material element of the offence, constituted by one or several acts enumerated in paragraph 2 of Article 4; - the *mens rea* of the offence, consisting of the special intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such (§62).

Mais claro impossível, isto é, a Câmara entende que a caracterização do genocídio dá-se com a presença de dois ingredientes legais: o elemento material (*actus reus*) e o elemento subjetivo (*mens rea*). Para a Câmara de Julgamento o elemento material da ofensa no caso é o homicídio de membros do grupo, dá suporte a acusação feita pela Promotoria com base no artigo 4(2)(a) do Estatuto do ICTY.

Já o *mens rea* da ofensa nesse caso é a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Já foi afirmado no capítulo quarto, mas vale frisar que para o ICTY:

It is in fact the *mens rea* which gives genocide its speciality and distinguishes it from an ordinary crime and other crimes against international humanitarian law. The underlying crime or crimes must be characterised as genocide when committed with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group as such (§66).

---

<sup>494</sup> AMBOS, Kai. Defesa penal ante el Tribunal de la ONU para la ex-Yugoslavia. In: AMBOS, Kai; GUERRERO, (compiladores). *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 29.

<sup>495</sup> *Idem, ibidem*, p. 45.

Na parte final da decisão, a Câmara de Julgamento considerou Goran Jelusic culpado dos dezesseis pedidos de violações das leis ou dos costumes da guerra, doze pedidos de homicídio, três pedidos de tratamento cruel, um pedido de saque e quinze por crimes contra a humanidade (doze de homicídio e três de atos desumanos), conforme o §109. Por esses motivos, de forma unânime Jelusic foi condenado a quarenta anos de prisão (§139).

### 5.5.2 Promotoria *versus* Jelusic: Apelação (IT-95-10-A)<sup>496</sup>

Ambas as partes apelaram da decisão de primeiro grau (§6). De início, a Câmara de Apelação fez interessante observação sobre a composição da Câmara de Julgamento no caso Jelusic, alertando que “*in this case consisted wholly of non-common law judges* (§34).

Essa composição, no entanto, não impediu que a Câmara de Julgamento utiliza-se os elementos típicos da *common law*, já que a Promotoria em grau de recurso questiona a definição do requisito *mens rea* para o genocídio no caso da destruição, no todo ou em parte, de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso (§42). Assim a Câmara de Apelação entendeu que o *mens rea* para o crime de genocídio

i) he consciously desired the committed acts to result in the destruction, in whole or in part, of the group, as such; or ii) he knew that his acts were destroying, in whole or in part, the group, as such; or iii) he, acting as an aider or abettor, commits acts knowing that there is an ongoing genocide which his acts form part of, and that the likely consequence of his conduct would be to destroy, in whole or in part, the group as such (§42).

As discussões em torno do requisito *mens rea* sob o artigo 4 do Estatuto do ICTY continuam nos §§43-50.

A Câmara de Apelação deu amplo destaque a caracterização do crime de genocídio feita pela Câmara de Julgamento, por exemplo, no §58 repete que o genocídio é caracterizado por dois elementos legais, de acordo com o previsto no artigo 4 do ICTY, ou seja, o elemento material (*actus reus*) da ofensa, constituído por um ou mais atos enumerados no artigo 4(2), e do *mens rea* da ofensa, que consiste

<sup>496</sup> Julgado na Câmara de Apelação, composta pelos juízes Mohamed Shahabuddeen (presidente), Lal Chand Vohrah, Rafael Nieto-Navia, Patricia Wald e Fausto Pocar. Pela acusação: Upawansa Yapa, Geoffrey Nice, Morten Bergsmo e Fabricio Guariglia e pela defesa William Clegg e Jovan Babic e atuando como secretário Hans Holthuis, decisão proferida no dia 5 de julho de 2001.

na intenção especial de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal.

Quanto ao primeiro ingrediente, a Câmara de Apelação diz que esse é o “*actus reus or ‘material element’ of genocide*”, e lembra que no julgamento de primeira instância, a Câmara de Julgamento não precisou estabelecer “*the precise number of victims ascribable to Goran Jelusic for the period in the indictment, it notes that, in this instance, the material element of the crime of genocide has been satisfied (§59)*”. E o segundo ingrediente é o *mens rea* da ofensa (§60).

Apesar de a Câmara de Apelação unanimemente confirmar a sentença de quarenta anos de prisão imposta pela Câmara de Julgamento, isso não impediu manifestações divergentes dos juízes em separado. Por exemplo, a opinião em separado do juiz Rafael Nieto-Navia, discutiu a aplicação de algumas regras processuais. Há uma opinião parcialmente dissidente da juíza Patricia Wald, além de uma opinião também parcialmente dissidente do juiz Mohamed Shahabuddeen. Essa manifestação do juiz Shahabuddeen, merece pequeno destaque porque cita expressamente os elementos *actus reus* e *mens rea* (§43 da opinião dissidente).

## 5.6 MIODRAG JOKIC

### 5.6.1 Promotoria versus Jokic: Julgamento (IT-01-42/1-S)<sup>497</sup>

Miodrag Jokic rendeu-se voluntariamente ao ICTY em 12 de novembro de 2001 e dois dias após declarou-se não culpado nos dezesseis pedidos inscritos no indiciamento. Mas, no dia 25 de agosto de 2003 a Promotoria e Miodrag Jokic entraram em um acordo, assim de maneira conjunta, ingressaram as partes com um *plea agreement* dois dias depois (§5), sobre seis pedidos do indiciamento (homicídio; tratamento cruel; ataque ilegal contra civis; destruição não justificada pelas exigências militares; ataque ilegal contra objetivos civis e destruição ou danificação deliberada de edifícios consagrados à religião, à beneficência e ao ensino, às artes e às ciências, monumentos históricos, obras de arte e de caráter científico). Dessa maneira, o *plea agreement* foi formulado da seguinte maneira: “*Miodrag Jokic*

---

<sup>497</sup> Julgado na Câmara de Julgamento I, composta pelos juízes Alphons Orié (presidente), Amin El Mahdi e Joaquín Martín Canivell. Pela acusação: Susan L. Somers. Pela defesa: Zarko Nikolic e Eugene O’Sullivan e atuando como secretário Hans Holthuis, decisão proferida no dia 18 de março de 2004.

*intends to enter a plea of guilty and admit his guilt as to each and every count*” referidos acima (§9).

Grande parte da decisão de julgamento do caso Jokic são os desenvolvimentos e a aceitação do *plea agreement*. As demais partes da sentença: fatos, direito aplicável, fatores da sentença são consideravelmente mais enxutos que nas demais decisões do ICTY. Também nesse caso são freqüentes as menções a decisões anteriores, como por exemplo, caso Kupreskic (§41), caso Galic (§44) e caso Aleksovski (§63).

Conforme consta do *plea agreement*, há um compromisso por parte da Promotoria de recomendar uma sentença não superior a dez anos de prisão, mas a própria Promotoria recorda da existência de substanciais fatores mitigadores, que poderiam justificar uma sentença menor (§69), como por exemplo, o remorso demonstrado por Jokic (§79). Por fim, a Câmara de Julgamento conclui que há relevantes fatores para diminuir a pena, tais como: entrega voluntária por parte do acusado, *guilty plea*, remorso, cooperação com a Promotoria e circunstâncias pessoais (§103).

Com a sentença voltada praticamente para discussão destes elementos, reforçada pelo *guilty plea*, não há espaço para a apresentação da responsabilidade penal individual, ou seja, dos elementos *actus reus* e *mens rea*.

Por fim, Miodrag Jokic foi condenado a sete anos de prisão, com um crédito de cento e dezesseis dias do tempo em que permaneceu em custódia do ICTY (§116).

### 5.6.2 Promotoria versus Jokic: Apelação (IT-01-42/1-A)<sup>498</sup>

Mesmo com o *plea agreement* e a consideração por parte da Câmara de Julgamento de circunstâncias mitigadoras, Miodrag Jokic recorreu da decisão de primeiro grau. A Câmara de Apelação dedicou-se, por óbvio, a considerar os argumentos levantados pela defesa de Jokic. Como os crimes internacionais não foram diretamente discutidos na primeira decisão, por isso, também estão ausentes na apelação.

---

<sup>498</sup> Julgado na Câmara de Apelação, composta pelos juízes Inés Mônica Weimberg de Roca (presidente), Mohamed Shahabuddeen, Florence Ndepele Mwachande Mumba, Mehmet Güney e Wolfgang Schomburg. Pela acusação: Norman Farrell e Marie Ursula Kind. Pela defesa: Zarko Nikolic e Eugene O’Sullivan e atuando como secretário Hans Holthuis, decisão proferida no dia 30 de agosto de 2005.

Há uma breve referência no §15 ao elemento subjetivo: “*the unlawful shelling of the Old Town of Dubrovnik was sufficient to establish the mens rea requirement to support a conviction for aiding and abetting*”. Não há outras menções ao *mens rea* e tampouco ao *actus reus*.

Mesmo bastante breve a sentença de segundo grau tem grande quantidade de citações de precedentes, o que reforça a idéia da aplicação do princípio da *stare decisis*, apesar das rejeições aparentes. Somente nessa apelação do caso Jokic são citados os seguintes casos do ICTY: Aleksovski, Banovic, Blaskic, Celebici, Furundzija, Jelusic, Kordic e Cerkez, Krstic, Kunarak, Kupreskic, Kvočka, Nikolic, Tadic e Vasiljevic; e do ICTR: Akayesu, Kambanda, Kajelijeli, Kayishema e Ruzindana, Musema, Niyitegeka e Serushago.

A Câmara de Apelação rejeitou todos os argumentos levantados pela defesa de Jokic e confirmou a pena de sete anos imposta ao acusado.

## 5.7 DARKO MRDA

### 5.7.1 Promotoria versus Mrda: Julgamento (IT-02-59-S)<sup>499</sup>

Em abril de 2002, Darko Mrda foi indiciado em três pedidos formulados pela Promotoria: extermínio como crime contra a humanidade, homicídio como violação das leis ou dos costumes da guerra e atos desumanos como crime contra a humanidade.

Preso em junho de 2002, Mrda inicialmente declarou-se inocente (*not guilty*) da prática dos atos constantes no indiciamento (§3). Cerca de um depois, a Mrda e a Promotoria entraram em um acordo (*plea agreement*), explicitado dessa maneira

Darko Mrda agrees that he is pleading guilty to counts 2 and 3 of the Indictment because he is in fact guilty and acknowledges full responsibility for his actions. [...] Darko Mrda acknowledges that he has entered the [Plea] Agreement freely and voluntarily, that no threats were made to induce him to enter this guilty plea and that the only promises are those set forth in the agreement (§4).

Feitas as considerações iniciais sobre o *guilty plea*, a Câmara de Julgamento passou ao exame dos fatos e do perfil biográfico do acusado. Seguindo-se ao direito

<sup>499</sup> Julgado na Câmara de Julgamento I, composta pelos juízes Alphons Orié (presidente), Amin El Mahdi e Joaquín Martín Canivell. Pela acusação: Alan Tieger e Timothy Resch e pela defesa Vojislav Dimitrijevic e Otmar Wachenheim e atuando como secretário Hans Holthuis, decisão proferida no dia 31 de março de 2004.

aplicável ao caso, ou seja, o Estatuto do ICTY e as Regras sobre Procedimento e Evidência (*Rules of Procedure and Evidence*).

Além disso, a sentença de primeiro grau elenca também circunstâncias mitigadoras para o acusado, por exemplo, a cooperação com a Promotoria, o *guilty plea*, o remorso demonstrado e as circunstâncias pessoais de Darko Mrda (§110).

Em razão desse *guilty plea*, a decisão da Câmara de Julgamento é bastante mais simples, não examinando os crimes de maneira especificamente e, conseqüentemente, não se detendo também na apreciação dos elementos *actus reus* e *mens rea*.

Em razão do direito envolvimento de Darko Mrda no assassinato de doze civis (§124), a Câmara de Julgamento sentenciou Mrda ao cumprimento da pena de dezessete anos de prisão, devendo ser abatidos desse total os 658 dias que o acusado ficou em custódia do ICTY.

Não houve apelação de nenhuma das partes da sentença expedida em primeiro grau.

## 5.8 VIDOJE BLAGOJEVIC E DRAGAN JOKIC

### 5.8.1 Promotoria versus Blagojevic e Jokic: Julgamento (IT-02-60-T)<sup>500</sup>

A sentença de primeiro grau do caso contra Vidoje Blagojevic e Dragan Jokic é uma das mais elaboradas por uma Câmara de Julgamento do ICTY, contando com mais de trezentas páginas. No entanto, como no exame dos casos antecedentes, serão mencionados apenas os aspectos pertinentes ao crime na *common law*.

Dessa maneira a Câmara de Julgamento descreve os elementos para que ocorra o crime de extermínio da seguinte maneira:

(a) act or omission that results in the death of persons on a massive scale (*actus reus*), and (b) the intent to kill persons on a massive scale, or to inflict serious bodily injury or create conditions of life that lead to the death in the reasonable knowledge that such act or omission is likely to cause the death of a large number of persons (*mens rea*) (§572).

Assim, o *actus reus* do extermínio “*consists of acts or omissions, which directly or indirectly lead to the death of a large number of persons*” (§573), enquanto o *mens*

<sup>500</sup> Julgado na Câmara de Julgamento I, seção A, composta pelos juízes Liu Daqun (presidente), Volodymyr Vassylenko e Carmen Maria Argibay. Pela acusação: Peter McCloskey, Stefan Waespi, Antoniette Issa, Milbert Shin e Salvador Viada, pela defesa de Vidoje Blagojevic: Michael Karnavas e Suzana Tomanovic e de Dragan Jokic: Miodrag Stojanovic e Blanko Lukic e atuando como secretário Hans Holthuis, decisão proferida no dia 17 de janeiro de 2005.

*rea* para o crime de extermínio “*consists of the intent to kill persons on a massive scale or to inflict serious bodily injury or create conditions of life that lead to the death of a large number of individuals*” (§574).

Também a Câmara de Julgamento identificou os elementos *actus reus* e *mens rea* para o crime de perseguição, que consiste em um ato ou omissão que: (i) *discriminates in fact and which denies or infringes upon a fundamental right laid down in international customary or treaty law* (*actus reus*); and (ii) *is carried out deliberately with the intention to discriminate on one of the listed grounds, specifically race, religion or politics* (*mens rea*) (§579).

No caso da transferência forçada, a Câmara de Julgamento ajustou novamente suas idéias as da *common law* ao afirmar que para este crime, entendido pela jurisprudência como “*forced displacement of individuals from the area in which they are lawfully present without grounds permitted under international law*” (§595), a caracterização do elemento “*mens rea, the perpetrator must intent to remove the victims, which implies the intention that they should not return*” (§601).

Vale destacar que também a defesa de Blagojevic utilizou-se dos elementos *actus reus* e *mens rea* na suas argüições. Por exemplo, no §636 manifestou a defesa da sua concordância com a Promotoria sobre o requisito de cumplicidade no crime de genocídio, dessa maneira presente: “*Regarding the mens rea requirement, the Blagojević Defence’s initial position was in agreement with that of the Prosecution*”.

Posteriormente, a Câmara de Julgamento afirmou que o artigo 4 do Estatuto do ICTY caracteriza o crime com os seguintes elementos constitutivos:

Article 4 of the Statute characterises genocide by the following constitutive elements: (1) one or several of the underlying acts of the offence, which consist of two parts: (i) the *actus reus* enumerated in subparagraphs (a) to (e) of Article 4(2); and (ii) the *mens rea* required for the commission of each; and (2) the specific intent of the crime of genocide, which is described as the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such (§640).

Esse tipo de colocação causa estranheza já que como se vê na seqüência, os elementos *actus reus* e *mens rea* não estão explicitamente presentes na definição do crime de genocídio, constante do artigo 4 do Estatuto do ICTY:

#### Artigo 4

1. O Tribunal Internacional tem competência para julgar as pessoas que tenham cometido genocídio, tal como definido no §2º do presente artigo ou qualquer um dos atos enumerados no §3º do presente artigo.

2. Entende-se por genocídio qualquer um dos atos enumerados a seguir, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como:

- a) homicídio de membros do grupo;
- b) ofensa grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) sujeição intencional do grupo a condições de existência capazes de provocar sua destruição física, total ou parcial;
- d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) transferência forçada de crianças de um grupo para outro.

3. Serão punidos os seguintes atos:

- a) genocídio;
- b) conspiração com intenção de genocídio;
- c) incitação direta e pública a que se cometa o genocídio;
- d) tentativa de genocídio;
- e) cumplicidade no genocídio.

No caso de ajudar (*aiding*) e encorajar (*abetting*), conforme o prescrito no artigo 7(1) do Estatuto do ICTY, a Câmara de Julgamento "*finds that the actus reus for 'aiding and abetting' is that the accused carried out an act which consisted of practical assistance, encouragement or moral support to the principal*" (§726). E para esses mesmos atos a Câmara de Julgamento em relação ao elemento subjetivo creditou que "*it is not required that the aider and abettor shared the mens rea required for the crime; it is sufficient that the aider and abettor had knowledge that his or her own acts assisted in the commission of the specific crime by the principal offender*" (§727). Mais adiante, a decisão referiu-se novamente aos verbos ajudar e encorajar: "*as for the mens rea required for aiding and abetting, the Trial Chamber will assess if Dragan Jokić had knowledge that his acts assisted in the commission of the crime(s)*" (§761). O mesmo ocorreu no §779: "*as for the mens rea required for an aider and abettor, 'an individual who aids and abets a specific intent offence may be held responsible if he assists the commission of the crime knowing the intent behind the crime'*".

A Câmara de Julgamento condenou Vidoje Blagojevic a uma pena de dezoito anos de prisão, em razão dos seguintes pedidos constantes no indiciamento: cumplicidade no genocídio, homicídio (crime contra a humanidade), homicídio (violações das leis ou costumes da guerra), e perseguição (crime contra a humanidade) e atos desumanos (transferência forçada de pessoas). Já o acusado Dragan Jokic foi considerado culpado, de acordo com o artigo 7(1), por ajudar e encorajar, a prática dos seguintes atos: extermínio (crime contra a humanidade), homicídio (violações das leis ou costumes da guerra) e perseguição (crime contra a humanidade), sendo condenado a nove anos de prisão.

### 5.8.2 Promotoria *versus* Blagojevic e Jokic: Apelação (IT-02-60-A)<sup>501</sup>

Conforme consta no §5, ambas as partes recorreram da decisão. Também a apelação é substancial na sua fundamentação, dedicando em diversas passagens atenção aos elementos *actus reus* e *mens rea*.

Na decisão de segunda instância, a Câmara de Apelação voltou a discutir a questão do ajudar e do encorajar, sempre à luz dos elementos dogmáticos da *common law*. Assim a Câmara de Apelação

has also determined that the *actus reus* of aiding and abetting may be satisfied by a commander permitting the use of resources under his or her control, including personnel, to facilitate the perpetration of a crime. The requisite mental element of aiding and abetting is knowledge that the acts performed assist the commission of the specific crime of the principal perpetrator (§127).

Como ocorrera na decisão de primeiro grau, também a defesa na apelação colocou parte de sua argumentação nos elementos *actus reus* e *mens rea*. Assim, a defesa de Jokic arguiu que a alegada assistência nas matanças da Escola Pilica/Fazenda Militar Branjevo “*did not constitute the actus reus for aiding and abetting*” (§179).

Há, um item na sentença dedicado aos supostos erros da Câmara de Julgamento relativos ao *actus reus* do ajudar e encorajar (§182-§200). De acordo com a defesa de Jokic, “*the Trial Chamber erred in law by holding that his acts, as found, constituted the actus reus of aiding and abetting*” (§182). Mais adiante acredita a defesa de Jokic que a Câmara de Julgamento “*fails to demonstrate the exercise of any independent power or initiative it could not, without more, constitute the actus reus of aiding and abetting*” (§182).

A Câmara de Apelação na sua fundamentação trouxe uma série de precedentes para justificar sua posição, reforçando a idéia de que utilizou de fato do princípio da *stare decisis*, por exemplo, os casos Tadic, Blaskic, Vasiljevic e Furundzija (§§184-188).

---

<sup>501</sup> Julgado na Câmara de Apelação, composta pelos juízes Fausto Pocar (presidente), Mohamed Shahabuddeen, Mehmet Güney, Andréia Vaz e Thedor Meron. Pela acusação: Norman Farrell, Antoniette Issa, Marie-Ursula Kind e Matteo Costi. Pela defesa de Vidoje Blagojevic: Vladimir Domazet e pela defesa de Dragan Jokic: Peter Murphy e Chrissa Loukas e atuando como secretário Hans Holthuis, decisão proferida no dia 9 de maio de 2007.

A Câmara de Apelação reiterou que “*one of the requirements for the actus reus of aiding and abetting is that the support of the aider and abettor have a substantial effect upon the perpetration of the crime*” (§187). A Câmara de Apelação também avaliou correta a aplicação do elemento objetivo feito no julgamento do caso Furindzija, quando considerou que o elemento *actus reus* consiste “*practical assistance, encouragement, or moral support which has a substantial effect on the perpetration of the crime*” (§188).

Mais adiante, a Câmara de Apelação reflexionou que “*to the extent specific direction forms an implicit part of the actus reus of aiding and abetting, where the accused knowingly participated in the commission of an offence and his or her participation*” (§189). Do mesmo modo rejeitou a “*proposition that independent initiative, power, or discretion must be shown in order for the actus reus of aiding and abetting to be established*” (§195).

Essa decisão é profícua em referências aos elementos *actus reus* e *mens rea*, a maior parte ligadas ao tema da ajuda e do encorajamento, que já foram suficientemente exemplificadas. Outras passagens no mesmo sentido podem ser encontradas nos §§196, 201, 202, 219, 220, 292 e 297. O tema da comprovação do *mens rea* é tão fundamental que se reconheceu que “*because he lacked the requisite mens rea, the Trial Chamber did not convict Blagojevic of aiding and abetting the mass executions*” (§217).

Merece atenção que a Câmara de Apelação além de tecer seus próprios entendimentos sobre a ajuda e o encorajamento, citou os pronunciamentos de decisões anteriores para reforçar suas teses. Por exemplo, “*in support of its position concerning the mens rea of aiding and abetting, [...] refers to the Blaskic Appeal Judgment, three trial judgments, and several national jurisdictions*” (§220) . Ou, nessa outra: “*in describing the applicable law for aiding and abetting, the Trial Chamber restated the formulation of the mens rea for aiding and abetting found in the Vasiljevic Appeal Judgment*” (§221). Por fim, a Câmara de Apelação rejeitou os argumentos da defesa e concordou com a Câmara de Julgamento, visto que “*Trial Chamber did not error in its formulation of the mens rea requirement for aiding and abetting, and the Appeals Chamber dismisses this sub-ground of appeal*” (§223).

Por fim, a Câmara de Apelação voltou sua atenção também para a presença do elemento *mens rea* na cumplicidade no genocídio, previsto no artigo 4(3) do Estatuto

do ICTY. Concluiu-se que Blagojevic teve suficiente *mens rea* na cumplicidade no genocídio, de acordo com a análise do julgamento (§242).

Mas, o que dominou a fundamentação da sentença do caso Blagojevic e Jokic foi mesmo a questão do ajudar (*aiding*) e encorajar (*abetting*), outras referências aos elementos *actus reus* e *mens rea*, relacionadas a essa questão também são encontradas nos §§ 278, 284, 288 e 290, além das já citadas.

## 5.9 SEFER HALILOVIC

### 5.9.1 Promotoria versus Halilovic: Julgamento (IT-01-48-T)<sup>502</sup>

Como acontece com todas as decisões, a sentença iniciou-se com um perfil biográfico do acusado e uma visão geral das acusações imputadas a Sefer Halilovic. Feito isso, seguiu-se uma longa explanação sobre questões processuais, como a avaliação das provas. Na seqüência, o direito aplicável, no julgamento de Halilovic atenção especial ao artigo 3 (violações das leis ou costumes de guerra) e ao artigo 7(3), que versa sobre a obediência hierárquica<sup>503</sup>.

Focalizando no caso das violações das leis ou costumes de guerra, a Câmara de Julgamento – citando pronunciamento do caso Galic também do ICTY – explanou que no que concerne ao crime de ataque contra civis, previsto no artigo 51 do Protocolo Adicional I e artigo 13 do Protocolo Adicional II, e punível de acordo como o artigo 3 do Estatuto do ICTY, que

for the *mens rea* recognized by Additional Protocol I to be proven, the Prosecution must show that the perpetrator was aware or should have been aware of the civilian status of the persons attacked. [...] In other words, the *mens rea* of the perpetrator of murder must encompass the fact that the victims were persons taking no active part in the hostilities (§36).

No que toca ao artigo 7(3), a Câmara de Julgamento fez referência à opinião parcialmente dissidente do juiz Mohamed Shahabuddeen no caso Hadzihasanovic, também julgado pelo ICTY. Naquela oportunidade, Shahabudden entendeu que o que tornava o comandante culpado era o fato de que “*guilty of an offence committed*

<sup>502</sup> Julgado na Câmara de Julgamento I, seção A, composta pelos juízes Liu Daqun (presidente), Florence Ndepele Mwachande Mumba e Amin El Mahdi. Pela acusação: Philip Weiner, Sureta Chana, David Re e Manoj Sachdeva. Pela defesa: Peter Morrissey e Guénaël Mettraux e atuando como secretário Hans Holthuis, decisão proferida no dia 16 de novembro de 2005.

<sup>503</sup> O artigo 7(3) do Estatuto do ICTY dispõe que: "O fato de qualquer um dos atos referidos nos artigos 2º a 5º do presente Estatuto ter sido cometido por um subordinado não isenta o seu superior de responsabilidade penal quando ele sabia ou tinha motivos para saber que o subordinado se preparava para cometer tal ato ou já o tinha cometido e não adotou as medidas necessárias e razoáveis para impedir ato que fosse cometido ou para punir os seus autores".

*by others even though he neither possessed the applicable mens rea nor had any involvement whatsoever in the actus reus*” (§53). A Câmara de Julgamento no caso Halilovic aproveitou esse entendimento em sua decisão.

Destarte, para a Câmara de Julgamento o conhecimento do comandante é, por exemplo, *“the criminal reputation of his subordinates may be sufficient to meet the mens rea standard required by Article 7(3) of the Statute”* (§68). Novamente, um outro julgamento por uma jurisdição penal internacional considerou que o elemento subjetivo *mens rea* encontra-se no Estatuto do ICTY.

Como em outros casos a lista de casos citados é enorme. No caso do próprio ICTY, os precedentes: Aleksovski, Blaskic, Blagojevic, Celebici, Furundzija, Galic, Hadzihasanovic, Kordic e Cerkez, Krstic, Kunarac, Kvocka, Krnojelac, Naletilic, Obrenovic, Stakic, Strugar, Tadic e Vasiljevic. Do ICTR, os casos: Bagilishema, Musema, Rutaganda e Semanza. Além de citar decisões de Nuremberg, Tóquio, Conselho de Controle, Corte Internacional de Justiça e cortes norte-americanas e britânicas.

### 5.9.2 Promotoria versus Halilovic: Apelação (IT-01-48-A)<sup>504</sup>

A Promotoria tentando reverter a decisão de primeiro grau que absolveu Sefer Halilovic das acusações de homicídio, como violação das leis ou dos costumes da guerra, interpôs recurso junto à Câmara de Apelação. Especialmente para provar o *mens rea* de Halilovic no tocante ao tema da obediência hierárquica conforme o disposto no artigo 7(3) do Estatuto do ICTY (§5).

Na seqüência da sentença de apelação, não há outras referências ao termo *mens rea* e tampouco ao elemento *actus reus*, com exceção de uma nota de rodapé pouco relevante dentro da temática desse trabalho.

A Câmara de Apelação confirmou a absolvição de Sefer Halilovic. Há duas opiniões em separado, dos juizes Theodor Meron e Wolfgang Schomburg, manifestando pequenas divergências, mas concordando com a absolvição de Halilovic. E, por fim, há uma declaração do juiz Mohamed Shahabuddeen.

---

<sup>504</sup> Julgado na Câmara de Apelação, composta pelos juizes Mehmet Güney (presidente), Mohamed Shahabuddeen, Andréia Vaz, Theodor Meron e Wolfgang Schomburg. Pela acusação: Peter Kremer, Arthur Buck, Laurel Baig, Xavier Tracol e Matteo Costi. Pela defesa: Peter Morrissey e Guénaël Mettraux e atuando como secretário Hans Holthuis, decisão proferida no dia 16 de outubro de 2007.

Destaque-se ainda a grande quantidade de precedentes citados. Nessa apelação são citados do ICTY os casos: Aleksovski, Blaskic, Blagojevic e Jokic, Bdranin, Celebici, Delic, Furundzija, Galic, Hadzihasanovic e Kubura, Jelusic, Kordic e Cerkez, e tantos outros. Do ICTR: Akayesu, Bagilishema, Gacumbitsi, Kajelijeli, Kamuhanda, Kayishema e Ruzindana, Musema, Semanza, e diversos outros. Além de decisões de cortes nacionais norte-americanas e britânicas.

## 5.10 FATMIR LIMAJ, HARADIN BALA E ISAK MUSLIU

### 5.10.1 Promotoria *versus* Limaj, Bala e Musliu: Julgamento (IT-03-66-T)<sup>505</sup>

Os acusados Fatmir Limaj, Haradin Bala e Isak Musliu foram indiciados pela alegada prática de crimes cometidos por eles e outros membros do Exército de Libertação do Kosovo (ELK) de maio de 1996 a mais ou menos 26 de julho de 1998 contra civis sérvios e civis kosovo-albaneses, entendidos como colaboradores dos sérvios na localidade de Llapushnik/Lapusnik, área central do Kosovo, foram pelo menos trinta e cinco civis seqüestrados pelo ELK e levados para um campo de prisão em Llapushnik/Lapusnik.

Essas alegações conduziram a um indiciamento em cinco pedidos formulados pela Promotoria, com base em violações das leis e dos costumes da guerra e outros cinco pedidos com base em violações aos crimes contra a humanidade, respectivamente os artigos 3 e 5 do Estatuto do ICTY.

Todos os três acusados declararam-se não culpados (*pleaded not guilty*) de todos os atos alegados contra eles.

A Câmara de Julgamento fez uma série de considerações sobre o contexto dos fatos, ou seja, o contexto político do Kosovo e o aparecimento do ELK e considerou a aplicação dos artigos 3 e 5 do Estatuto aos fatos imputados aos acusados.

Voltando as atenções aos elementos *actus reus* e *mens rea*, objetivo central do trabalho, vê-se que no §231 que em relação ao tratamento cruel previsto no artigo 3 do Estatuto do ICTY – entendido como um ato ou omissão intencional que causa sérios prejuízos mentais e físicos ou lesões, além de constituir um grave ataque à dignidade humana contra uma pessoa que não toma parte das hostilidades – a

---

<sup>505</sup> Julgado na Câmara de Apelação II, composta pelos juízes Kevin Parker (presidente), Krister Thelin e Christine Van Den Wyngaert. Pela acusação: Alex Whiting, Julian Nicholls, Colin Black e Milbert Shin. A defesa de Fatmir Limaj: Michael Mansfield e Karim Khan; a defesa de Haradin Bala: Gregor Guy-Smith e Richard Harvey; a defesa de Isak Musliu: Michael Topolski e Steven Powles e atuando como secretário Hans Holthuis, decisão proferida no dia 30 de novembro de 2005.

Câmara de Julgamento entendeu que para este crime o elemento subjetivo comprova-se quando: “*As regards mens rea, the perpetrator must have acted with direct intent to commit cruel treatment or with indirect intent, i.e. in the knowledge that cruel treatment was a probable consequence of his act or omission*”. Já para o caso da tortura, o elemento objetivo descrito dá-se da seguinte maneira: “*an act or omission may constitute the actus reus of torture if it has caused severe pain or suffering*” (§236).

No caso da responsabilidade penal individual prevista no artigo 7 do Estatuto do ICTY, quem tiver cometido (*committing*) um dos crimes previstos nos artigos 2 a 5 é considerado individualmente responsável por esse crime. Assim, a Câmara de Julgamento entende que “*‘committing’ a crime ‘covers physically perpetrating a crime or engendering a culpable omission in violation of criminal law’*” (§509). Dessa maneira, pode-se apontar que “*the actus reus required for committing a crime is that the accused participated, physically or otherwise directly, in the material elements of a crime provided for in the Statute, through positive acts or omissions, 1673 whether individually or jointly with others*”, enquanto que para o elemento subjetivo “*The requisite mens rea is that the accused acted with an intent to commit the crime, or with an awareness of the probability, in the sense of the substantial likelihood, that the crime would occur as a consequence of his conduct*” (§509).

Já para o ato de planejar (*planning*) um dos crimes previstos nos artigos 2 a 5, igualmente inscrito no artigo 7(1) do Estatuto do ICTY, que implica que uma ou mais pessoas planejaram os atos executórios do crime, seja na fase preparatória, seja na fase execução. A Câmara de Julgamento entendeu o elemento objetivo da seguinte maneira: “*the actus reus of ‘planning’ requires that one or more persons plan or design the criminal conduct constituting one or more crimes provided for in the Statute, which are later perpetrated*”, enquanto o elemento subjetivo caracteriza-se quando “*a person who plans an act or omission with an intent that the crime be committed, or with an awareness of the substantial likelihood that a crime will be committed in the execution of that plan, has the requisite mens rea for establishing responsibility under Article 7(1) of the Statute for planning*” (§513).

O mesmo se dá com o ato de instigar (*instigating*), definido como a intenção de estimular outro a cometer a ofensa, dessa forma o nexo entre a instigação e o cometimento do ato tem que ficar demonstrado. No entendimento da Câmara de Julgamento o elemento objetivo preenche-se quando “*the actus reus is satisfied if it*

*is shown that the conduct of the accused was a factor substantially contributing to the perpetrator's conduct*", e o elemento subjetivo é identificado quando "*the requisite mens rea for 'instigating' is that the accused intended to provoke or induce the commission of the crime, or was aware of the substantial likelihood that a crime would be committed in the execution of that instigation*" (§514).

Também o ato de ordenar (*ordering*), segundo a Câmara de Julgamento, precisa identificar os dois elementos típicos da *common law*, ou seja, "*the actus reus of 'ordering' requires that a person in a position of authority instructs another person to commit an offence*", já para o elemento subjetivo "*with regard to the mens rea, the accused must have either intended to bring about the commission of the crime, or have been aware of the substantial likelihood that the crime would be committed as a consequence of the execution or implementation of the order*" (§515).

Também nesse caso são discutidos os elementos *actus reus* e *mens rea* dos atos de ajudar (*aiding*) e encorajar (*abetting*), veja-se, por exemplo, no §517 e §658, mas como esses elementos já foram apresentados no caso Blagojevic e Jokic, não vale a pena repisá-los.

Por derradeiro, uma última referência aos elementos característicos da *common law* encontra-se no §238. Nesse parágrafo a Câmara de Julgamento descreveu o elemento subjetivo do crime de tortura e estabeleceu que essa descrição é fruto de construção jurisprudencial – do caso Kunarac – que tratou de referendar. Assim, entenderam os juízes no caso que

As for the *mens rea* required for the crime of torture, the previous jurisprudence of the Tribunal establishes that direct intent is required: the perpetrator must have intended to act in a way which, in the normal course of events, would cause severe pain or suffering, whether physical or mental, to his victims. It is irrelevant that the perpetrator may have had a different motivation, if he acted with the requisite intent (§238).

#### 5.10.2 Promotoria *versus* Limaj, Bala e Musliu: Apelação (IT-03-66-A)<sup>506</sup>

Depois de terem largamente apresentados os elementos *actus reus* e *mens rea* na decisão de primeiro grau, o mesmo não ocorreu na decisão de apelação. A Câmara de Apelação fez breves incursões sobre a temática.

<sup>506</sup> Julgado na Câmara de Apelação, composta pelos juízes Fausto Pocar (presidente), Mohamed Shahabuddeen, Andréia Vaz, Thedor Meron e Wolfgang Schomburg. Pela acusação: Helen Brady, Shelagh McCall, Steffen Wirth, Kristina Carey, Katharina Margetts e Barbara Goy. defesa de Fatmir Limaj: Michael Mansfield e Karim Khan; a defesa de Haradin Bala: Gregor Guy-Smith e Richard Harvey; a defesa de Isak Musliu: Michael Topolski e Steven Powles e atuando como secretário Hans Holthuis, decisão proferida no dia 27 de setembro de 2007.

Limitou-se, de fato, a apelação a apresentar os elementos objetivo e subjetivo junto a questão do vínculo criminal, mormente no caso de um empreendimento criminal conjunto (*joint criminal enterprise*) no crime de tratamento desumano. Para a Câmara de Apelação, “*the mens rea of a systematic joint criminal enterprise requires proof of the participant’s personal knowledge of the system of illtreatment, as well as the intent to further this system of illtreatment*” (§109).

Em seguida a Câmara de Apelação prosseguiu na caracterização dos elementos *actus reus* e *mens rea* nesse evento em conjunto:

While motive is not an element of the *mens rea* of a joint criminal enterprise, the existence - and scope - of a common plan is part of its *actus reus*. Hence, the targeting of these specific groups was part of the *actus reus* of the joint criminal enterprise charged in the Indictment (§110).

Se não fossem suficientes todos os indicativos que as Câmaras de Julgamento e Apelação do ICTY trabalham com os elementos próprios da tradição da *common law* e, por conseguinte, desprezando os elementos típicos do sistema romano-germânico, isto é, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, esse caso contra Fatmir Limaj, Haradin Bala e Isak Musliu, deixou bem claro – como as explicitações acima – que “*the Appeals Chamber recognized the applicability of this principle to the mens rea requirement of knowledge of the existence of an armed conflict*” (§21).

## CAPÍTULO 6 – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO ICTR

O objetivo principal desse capítulo é comprovar a atual tendência que mostram os tribunais penais internacionais de utilizar na investigação dos crimes previstos em seus estatutos, a utilização da técnica bipartida do crime própria do sistema da *common law*, ou seja, o elemento objetivo (*actus reus*) e o elemento subjetivo (*mens rea*). Deixando de lado as contribuições do sistema romano-germânico ou *civil law*, isto é, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Para tanto, far-se-á na seqüência o estudo da jurisprudência dos casos conclusos (*completed cases*) do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), em ordem cronológica das decisões de primeira instância, de maneira exemplificativa, ou seja, examinando as cinco primeiras decisões e as cinco últimas, utilizando-se do mesmo método do capítulo anterior.

### 6.1 JEAN-PAUL AKAYESU

#### 6.1.1 Promotoria *versus* Akayesu: Julgamento (ICTR-96-4-T)<sup>507</sup>

Uma das decisões mais citadas na jurisprudência do direito internacional penal, o caso Akayesu ganhou notoriedade, entre outros fatores, por ter sido a primeira decisão condenatória de um indivíduo pela prática do crime de genocídio.

A decisão em análise é bastante extensa, a versão em inglês disponível no sítio do Tribunal na *Internet* conta com aproximadamente cento e oitenta páginas, divida em oito pontos principais: *i*) introdução; *ii*) contexto histórico dos eventos ocorridos em Ruanda em 1994; *iii*) genocídio em Ruanda em 1994?; *iv*) questões probatórias (*evidentiary matters*); *v*) constatação dos fatos (*factual findings*); *vi*) o direito aplicável; *vii*) avaliações legais (*legal findings*); *viii*) veredicto.

O ponto primeiro contou com uma breve introdução da criação do tribunal, citando a Resolução 955, de 8 de novembro de 1994, que criou o ICTR e outros fatores sobre o estabelecimento do tribunal em Arusha, na Tanzânia. Ainda nesse primeiro ponto consta o indiciamento de Jean-Paul Akayesu – burgomestre da comuna de Taba, prefeitura de Gitarama – nos crimes de genocídio, crimes contra a

---

<sup>507</sup> Julgado na Câmara de Julgamento I, composta pelos juízes Laïty Kama (presidente), Lennart Aspegren e Navanethem Pillay. Pela acusação Pierre-Richard Prosper, pela defesa Nicolas Tiangaye e Patrice Monthé, e atuando como secretário Agwu U. Okali, decisão proferida no dia 2 de setembro de 1998.

humanidade e violações ao artigo 3 das Convenções de Genebra de 1949. Por fim, ainda nesse tópico inicial, constam fatores sobre a jurisdição do ICTR, o julgamento e a qualificação do réu e suas funções em Taba.

O ponto seguinte versou sobre o contexto histórico dos eventos ocorridos em Ruanda em 1994. Ainda que de maneira resumida, a Câmara de Julgamento entendeu importante fazer um resumo histórico de Ruanda desde o período pré-colonial, começando em 1897, até a data dos eventos. São oito páginas, dos §§78 a 111, dedicadas a trágica história ruandesa.

O terceiro tópico da decisão foi formulado em termos de uma pergunta: genocídio em Ruanda em 1994?, começando no §112 e estendendo-se até o §129, quando a Câmara de Julgamento concordou que o que ocorreu de fato naquela data foi de fato um genocídio, especialmente em Taba. O quarto ponto tratou sobre questões probatórias (*evidentiary matters*), tais como: declarações das testemunhas, falso testemunho, o impacto do trauma nos testemunhos, a interpretação do *kinyarwanda* para o francês e o inglês, entre outras questões. O quinto quesito versou sobre a constatação dos fatos (*factual findings*), examinando-se alegações gerais, mortes, emboscadas, espancamento e violência sexual, avaliando à luz do que consta do indiciamento. A sexta parte tratou sobre o direito aplicável, começando no §461 estendendo-se até o §637 e a sétima sobre as demais avaliações legais (*legal findings*) que não estão presentes no ponto anterior, do §638 ao 744. Estes dois pontos são os mais extensos da decisão e merecerão maior atenção adiante. E, por último, o veredicto condenatório de Jean-Paul Akayesu.

O ponto sexto da decisão que considerou o direito aplicável (*the law*), dividido também em itens e subitens. O primeiro desses itens é sobre as acusações acumulativas (*cumulative charges*) com mais de um crime em relação ao mesmo conjunto de fatos, visto que o acusado poderia ser considerado culpado tanto por genocídio como por crimes contra a humanidade em relação aos mesmos fatos descritos, podendo talvez argüir que fora julgado duas vezes pela mesma conduta ofensiva. Portanto, a Câmara colocou em questionamento se essa prática seria possível e não feriria o princípio do *non bis in idem* próprio do direito penal.

E aqui apareceu uma das características do direito internacional penal utilizado pelos tribunais *ad hoc* das Nações Unidas muito influenciado pelo sistema da *common law*: a referência a outras decisões dos próprios tribunais, ou dito de outra forma, o papel predominante da jurisprudência como fonte do direito internacional

penal, muito próximo da *stare decisis* anglo-americana. Isto porque, a Câmara respondeu a sua própria dúvida no §463 citando decisão da Câmara de Julgamento II do ICTY no caso Tadic, quando esta afirmou na oportunidade que:

In any event, since this is a matter that will only be relevant insofar as it might affect penalty, it can best be dealt with if and when matters of penalty fall for consideration. What can, however, be said with certainty is that penalty cannot be made to depend upon whether offences arising from the same conduct are alleged cumulatively or in the alternative. What is to be punished by penalty is proven criminal conduct and that will not depend upon technicalities of pleading.

A Câmara de Julgamento do caso Akayesu recordou que na decisão do caso Tadic, aquele Tribunal utilizou o mesmo princípio esposado pela *Cour de Cassation* francesa no caso Barbie. Também lembrou que nos sistemas da *civil law*, incluindo-se o de Ruanda, existe um princípio conhecido por *concurrs ideal d'infractions*, que permite múltiplas condenações pelo mesmo fato, sob certas condições. Ponderou, por fim que:

The crime of genocide exists to protect certain groups from extermination or attempted extermination. The concept of crimes against humanity exists to protect civilian populations from persecution. The idea of violations of article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II is to protect non-combatants from war crimes in civil war. These crimes have different purposes and are, therefore, never co-extensive.

O segundo item do ponto sexto da decisão é sobre a responsabilidade penal individual de acordo com o artigo 6 do Estatuto do ICTR. Examinando o artigo 6(3), típico na linguagem da *common law*, conhecido também por elemento subjetivo, no §488. Ainda que considerando que a *mens rea* requerida para a responsabilidade superior possa ter variadas visões, a Câmara acredita que:

[...] the negligence must be so serious that it is tantamount to malicious intent, apart from any link between the conduct in question and the damage that took place. This element in criminal law is far from being clarified, but it is essential, since it is precisely on the question of intent that the system of penal sanctions in the Conventions is based.

O terceiro item ainda do ponto sexto recaiu sobre o crime de genocídio e abriu uma pequena brecha para o “*Roman-continental legal systems*”, ao afirmar que tal crime caracteriza-se pelo *dolus specialis*, ou uma intenção específica (*special intent*), muito conhecida do direito penal neste sistema jurídico.

Examinando a questão da cumplicidade no genocídio, artigo 2(3)(e) do Estatuto do ICTR, no §527 há nova referência ao sistema romano-germânico, desta vez acompanhado também da *common law*: “*The Chamber notes that complicity is*

*viewed as a form of criminal participation by all criminal law systems, notably, under the Anglo-Saxon system (or Common Law) and the Roman-Continental system (or Civil Law)*". Quanto aos elementos materiais da cumplicidade no genocídio, a própria Câmara de Julgamento I tratou de nomeá-los de *actus reus*, conforme visto no §533: *"the physical elements of complicity in genocide (actus reus)"*. Mas notou a Câmara que os elementos da cumplicidade, seja na *common law*, seja na *civil law*, não parecem divergirem, como se vê no §535.

Seguindo na linha de considerar decisões judiciais como uma das fontes do direito internacional penal, a Câmara de Julgamento I também fez menção ao caso Eichmann, julgado pela Corte Distrital de Jerusalém em 1961 e pela Corte Suprema de Israel em 1962, ao constatar que as cortes israelenses naquela oportunidade também reconheceram a idéia do *mens rea* e do *actus reus*, na sua decisão, ao afirmar no §544 que: *"The findings of the Israeli courts in this case support the principle that the mens rea, or special intent, required for complicity in genocide is knowledge of the genocidal plan, coupled with the actus reus of participation in the execution of such plan"*. Outras citações a decisões de cortes nacionais também encontram-se no §548, mencionando-se os casos *Jefferson* e *Coney*, além de novamente citar trecho de decisão da Corte de Cassação francesa.

No subitem 6.3.3. a Câmara de Julgamento I passou a examinar a incitação direta e pública a que se cometa o genocídio, prevista no artigo 2(3)(c), aqui citando o que considera ser o precedente mais famoso no gênero o de Julius Streicher perante o Tribunal de Nuremberg. Aqui a Câmara de Julgamento I pareceu reconhecer que predominou idéia da *common law*, ao considerar a incitação como uma forma particular de participação, punível como tal, e não como na maioria dos sistemas do direito romano-germânico que considera a incitação uma forma de cumplicidade, como se vê no §552:

Under Common law systems, incitement tends to be viewed as a particular form of criminal participation, punishable as such. Similarly, under the legislation of some Civil law countries, including Argentina, Bolivia, Chile, Peru, Spain, Uruguay and Venezuela, provocation, which is similar to incitement, is a specific form of participation in an offence; but in most Civil law systems, incitement is most often treated as a form of complicity.

Especialmente nos §§553 ao 559 da sentença, prolongou-se o debate sobre a incitação, agora também considerando alguns aspectos do previsto no código penal

de Ruanda, no sistema da *civil law* e também manifestações da *International Law Commission*.

Por fim, a Câmara de Julgamento I chega a um denominador comum sobre a incitação, ao afirmar que:

The *mens rea* required for the crime of direct and public incitement to commit genocide lies in the intent to directly prompt or provoke another to commit genocide. It implies a desire on the part of the perpetrator to create by his actions a particular state of mind necessary to commit such a crime in the minds of the person(s) he is so engaging. That is to say that the person who is inciting to commit genocide must have himself the specific intent to commit genocide, namely, to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such. (§560)

Depois de longamente debater a questão da incitação direta e pública, considerando vários sistemas jurídicos em diferentes aspectos, a Câmara de Julgamento I acabou por adotar uma idéia da incitação a partir da figura do *mens rea* necessária para que haja a incitação. Ou seja, conheceu das demais tradições jurídicas sobre determinado ponto, mas no momento de decidir sobre o instituto, fez uma opção clara pela *common law*.

No item 6.4. passou-se ao exame dos crimes contra a humanidade. (artigo 3 do Estatuto do ICTR), a partir do §563. Iniciando pelo desenvolvimento histórico de tais crimes, a Câmara lembrou – recurso ao direito costumeiro<sup>508</sup> – que os crimes contra a humanidade estavam previstos na Carta de Nuremberg e na Lei do Conselho de Controle n. 10, trazendo inclusive na seqüência ambas as definições desses instrumentos jurídicos. Vai mais além ao recordar a Cláusula Martes da Convenção de Haia de 1907 e dos julgamentos de Eichmann, Barbie, Touvier e Papon.

Os elementos do crime contra a humanidade examinados na decisão, já foram vistos anteriormente no item referente ao crime no capítulo quarto, quando se analisou tal crime.

Em razão da extensão das pretensões da Promotoria, passa-se de maneira simplificada ao veredicto do caso Akayesu. Por unanimidade, o veredicto foi o seguinte: Pedido 1. Culpado do crime genocídio; Pedido 2. Absolvido na cumplicidade do genocídio; Pedido 3. Culpado pelo crime contra a humanidade (extermínio); Pedido 4. Culpado pela incitação direta e pública a que se cometa genocídio; Pedido 5. Culpado pelo crime contra a humanidade (homicídio); Pedido 6.

<sup>508</sup> Vale referir que sobre o uso do direito consuetudinário o Tribunal é bastante enfático, veja-se, por exemplo, o §605: “[...] the International Tribunal should apply rules of International Humanitarian Law which are beyond any doubt part of customary law”.

Absolvido da violação ao artigo 3 comum às Convenções de Genebra (homicídio); Pedido 7. Culpado pelo crime contra a humanidade (homicídio); Pedido 8. Absolvido da violação ao artigo 3 comum às Convenções de Genebra (homicídio); Pedido 9. Culpado pelo crime contra a humanidade (homicídio); Pedido 10. Absolvido da violação ao artigo 3 comum às Convenções de Genebra (homicídio); Pedido 11. Culpado pelo crime contra a humanidade (tortura); Pedido 12. Absolvido da violação ao artigo 3 comum às Convenções de Genebra (tratamento cruel); Pedido 13. Culpado pelo crime contra a humanidade (estupro); Pedido 14. Culpado pelo crime contra a humanidade (outros atos desumanos); Pedido 15. Absolvido da violação ao artigo 3 comum às Convenções de Genebra e do artigo 4 (2) (e) do Protocolo Adicional II (ultraje à dignidade da pessoa, em especial os tratamentos humilhantes e degradantes, a violação e atentado violento ao pudor).

Exatos trinta dias após a publicação da sentença de julgamento, no dia 2 de outubro de 1998, foi lido o veredicto dos juízes que compunham a Câmara. Para o Pedido 1: prisão perpétua; Pedido 3 – prisão perpétua; Pedido 5 – quinze anos de prisão; Pedido 7 – quinze de prisão; Pedido 9 – quinze anos de prisão; Pedido 11 – dez anos de prisão; Pedido 13 – quinze anos de prisão; Pedido 14 – dez anos de prisão.

Em razão disso, a Câmara decidiu que as sentenças acima deveriam ser cumpridas de maneira conjunta e, portanto, condenou Akayesu a uma sentença única de prisão perpétua.

### 6.1.2 Promotoria *versus* Akayesu: Apelação (ICTR-96-4-T)<sup>509</sup>

A sentença de apelação também é uma decisão bastante longa e detalhada. Também, como na decisão anterior, uma série de referências a julgados anteriores, seja do ICTR seja do ICTY, veja-se por exemplo, o §132, com referências a caso Alekovski, Tadic, Furundzija, ou no §142, ao caso Kayishema e Ruzindana, entre outras.

A apelação tem basicamente cinco partes: uma introdução, seguida por um tópico de questões gerais sobre a apelação, o terceiro sobre os fundamentos da

---

<sup>509</sup> Câmara de Apelação composta pelos seguintes juízes: Claude Jorda (presidente), Lal Chand Vohrah, Mohamed Shahabuddeen, Rafael Nieto-Navia e Fausto Pocar. Pela acusação: Carla Del Ponte, Solomon Loh, Wen-qu Zhu, Mathias Marcussen, Sonja Boelaert-Souminen e Morris Anyah. Pela defesa: John Philpot e André Tremblay. Secretário: Adama Dieng. Decisão proferida no dia 1º de junho de 2001.

apelação de Akayesu – subdivididos em onze subitens –, o quarto sobre os fundamentos da Promotoria e as disposições finais. Típico do modelo das decisões da cortes internacionais há aqui também uma declaração do juiz Shahabuddeen, uma opinião dissidente do juiz Nieto-Navia e mais três anexos. Tanto a defesa como a Promotoria no grau de apelação tecem divergências sobre a qualificação material dos crimes, concentrando do lado da defesa em questões técnicas, como por exemplo, o fato de a Jean-Paul Akayesu não ter sido dado o direito de escolher um conselho de defesa, a questão de lhe ter sido negado o direito há um conselho de defesa competente e que o Tribunal é tendencioso e partidário, entre outras questões.

Na parte das disposições finais, a Câmara de Apelação de maneira unânime rejeitou todos os fundamentos de apelação levantados por Akayesu, confirmando assim a sentença inicial de prisão perpétua.

## 6.2 JEAN KAMBANDA

### 6.2.1 **Promotoria versus Kambanda: Julgamento (ICTR-97-23-S)**<sup>510</sup>

A sentença é significativamente mais breve que anterior, apenas dezoito páginas. Sem dúvida em razão da admissão de culpa (*plea of guilty*) por parte de Jean Kambanda. O documento – *Plea Agreement between Jean Kambanda and the OTP*<sup>511</sup> – com o reconhecimento formal foi entregue à Câmara de Julgamento I no dia 28 de abril de 1998. Neste acordo, o acusado fez o reconhecimento pleno de diversos fatos, trazidos na sentença no §39: genocídio, conspiração com intenção de genocídio, incitação direta e pública a que se cometa genocídio, cumplicidade no genocídio, crimes contra a humanidade (homicídio) conforme o artigo 3(a) do Estatuto e crimes contra a humanidade (extermínio) conforme o artigo 3(b). A Câmara de Julgamento I aceitou a confissão de culpa de Jean Kambanda, considerando-o culpado dos seis pedidos formulados, condenando-o a prisão perpétua.

A Câmara de Julgamento I dada a peculiaridade do caso, não chegou a se debruçar sobre os crimes com a mesma atenção que havia feito no caso Akayesu. A

---

<sup>510</sup> Julgado na Câmara de Julgamento I, composta pelos juízes Laïty Kama (presidente), Lennart Aspegren e Navanethem Pillay. Pela acusação: Bernard Muna, Mohamed Othman, James Stewart e Udo Gehring. Pela defesa: Oliver Michael Inglis, e atuando como secretário Agwu U. Okali, decisão proferida no dia 4 de setembro de 1998.

<sup>511</sup> OTP – *Office of the Prosecutor*.

sentença fez uma série de referências a decisões anteriores – de Nuremberg ao ICTY – considerando o crime contra a humanidade uma violação ao direito internacional, ao direito doméstico derivado do direito penal das nações civilizadas (§15). Em relação ao crime de genocídio, faz menção novamente a Carta do Tribunal de Nuremberg e a Lei Orgânica de Ruanda.

### 6.2.2 Kambanda *versus* Promotoria: Apelação (ICTR-97-23-A)<sup>512</sup>

Em virtude da condenação à prisão perpétua, a defesa de Jean Kambanda recorreu da decisão. O primeiro fundamento de Kambanda, versou sobre o direito de defesa escolhido pelo próprio acusado, o segundo ponto da defesa tratou de uma suposta ilegalidade na detenção de Kambanda, o terceiro argumento versou sobre o respeito da invalidade da admissão de culpa (*plea of guilty*), e o quarto, quinto, sexto, sétimo e oitavo fundamentos da apelação de Kambanda levantaram objeções propriamente a sentença. Também nesta sentença de apelação há uma massiva referência a jurisprudência das cortes internacionais.

A Câmara de Apelação, de maneira unânime, considerou que “*sees no reason to disturb the decision of the Trial Chamber*” (§126), confirmando portanto a pena de prisão perpétua imposta pela Câmara de Julgamento I.

## 6.3 OMAR SERUSHAGO

### 6.3.1 Promotoria *versus* Serushago: Julgamento (ICTR-98-39-S)<sup>513</sup>

No dia 9 de junho de 1998, Omar Serushago – chefe da milícia *Interahamwe* – entregou-se de maneira voluntária as autoridades marfinesas em Abidjan, posteriormente transferido para o ICTR em Arusha. Depois do indiciamento formal, Omar Serushago apresentou sua admissão de culpa (*plea of guilty*) em quatro dos cinco pedidos formulados pela Promotoria, isto é, genocídio, nos termos do artigo 2(3)(a) do Estatuto, crime contra a humanidade (homicídio), conforme previsto no artigo 3(a) do Estatuto, crime contra a humanidade (extermínio), conforme previsto

<sup>512</sup> Câmara de Apelação composta pelos juízes: Claude Jorda (presidente), Lal Chand Vohrah, Mohamed Shahabuddeen, Rafael Nieto-Navia e Fausto Pocar. Pela defesa: Tjarda van der Spoel e Gerard Mols. Pela acusação: Carla Del Ponte, Solomon Loh, Norman Farrell, Morris Anyah e Mathias Marcussen. Secretário: Agwu Okali. Decisão proferida no dia 20 de outubro de 2000.

<sup>513</sup> Julgado na Câmara de Julgamento I, composta pelos juízes Laity Kama (presidente), Lennart Aspegren e Navanethem Pillay. Pela acusação: Bernard Muna, Mohamed Othman e Josée D’Aoust. Pela defesa: Mohamed Ismail, e atuando como secretário Agwu U. Okali, decisão proferida no dia 5 de fevereiro de 1999.

no artigo 3(b) do Estatuto e crime contra a humanidade (tortura), nos termos do artigo 3(f) do Estatuto. Seguido de um pedido de não admissão de culpabilidade para o pedido 5 do indiciamento, ou seja, crime contra a humanidade (estupro), conforme estipulado no artigo 3(g) do Estatuto. Nessa condição, a Promotoria foi autorizada pela Câmara de Julgamento – conforme previsto nos Regras 51 e 73 do Regulamento Processual – a retirar esse pedido.

No §14 da sentença de julgamento, a Câmara de Julgamento aproveitou para lembrar das suas decisões precedentes: Promotoria vs. Jean-Paul Akayesu e Promotoria vs. Jean Kambanda, especialmente no que toca a dificuldade que existe em qualificar um crime mais grave do que o outro em um grau hierárquico de gravidade, visto que ambos são “*crimes which both particularly shock the collective conscience. In fact, they are inhumane acts committed against civilians on a discriminatory basis*”.

No caso do crime de genocídio, a Câmara de Julgamento no §15 lembrou que se trata de um crime de características únicas, em vista da presença do elemento *dolus specialis* (*special intent*) “*which requires that the crime be committed with the intent ‘to destroy in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group as such’*”, lembrando ainda que o genocídio constitui o “crime dos crimes”.

Em razão da admissão de culpa por parte de Serushago, a sentença de julgamento é bastante simples, com aproximadamente quinze páginas, como fora a do caso Kambanda. O objetivo do conselho de defesa de Serushago era tão somente o de evitar uma pena perpétua, já que não há previsão de pena de morte no Estatuto do ICTY.

No §26, a Câmara de Julgamento aceitou a admissão de culpa de Serushago e considerou-o culpado dos crimes listados anteriormente. Conforme descrito no §27, Serushago pessoalmente assassinou quatro membros da etnia tutsi, além de outras vinte e três pessoas terem sido assassinadas por militantes que estavam sob suas ordens. Além desses graves fatos, a Câmara também reconheceu no §30 a participação voluntária nos eventos, ou seja, “*Omar Serushago committed the crimes knowingly and with premeditation*”.

A partir do §31 até o §42, a Câmara de Julgamento passou a examinar algumas circunstâncias atenuantes, como a cooperação com a Promotoria, a entrega voluntária, a admissão de culpa, o histórico familiar e social, a assistência dada por Serushago a algumas vítimas potenciais tutsi durante o genocídio,

circunstâncias individuais e uma demonstração pública de remorso e contrição. A Câmara de Julgamento lembrou por fim do caso Drazen Erdemovic, julgado pelo ICTY.

Na parte do veredicto, a Câmara de Julgamento I considerando todos os fatores, reconheceu o envolvimento de Serushago nos crimes previstos nos pedidos 1 a 4, e o condenou a uma pena simples de quinze anos de prisão.

### 6.3.2 Serushago versus Promotoria: Apelação (ICTR-98-39-A)<sup>514</sup>

O apelante procurou a redução da pena imposta baseada em dois argumentos: *i)* a Câmara de Julgamento teria errado na sentença em não ter pesado corretamente os fatores atenuantes; *ii)* a sentença da Câmara de Julgamento é manifestamente excessiva, já que a Câmara de Julgamento não prestou atenção as sentenças praticadas pelos tribunais de Ruanda (§6).

Já a Promotoria pediu a desconsideração da apelação e afirmou o desejo de que a sentença da Câmara de Julgamento fosse confirmada (§11).

As discussões da apelação centraram-se em dois fatores apenas: *i)* se foi dado o peso correto as circunstâncias atenuantes (§§21 a 27) e *ii)* se foram devidamente consideradas as sentenças das cortes ruandesas (§§ 28 a 31).

Por fim, “*Appeals Chamber would see no reason to depart from the Trial Chamber’s sentence*” (§33), ou seja, rejeitou a apelação de Omar Serushago e confirmou a sentença da Câmara de Julgamento (§34).

## 6.4 CLÉMENT KAYISHEMA E OBED RUZINDANA

### 6.4.1 Promotoria versus Kayishema e Ruzindana: Julgamento (ICTR-95-1-T)<sup>515</sup>

A sentença desse caso também é bastante extensa merecendo atenção especial a quarta parte intitulada *The Law*, subdividida em quatro subitens: genocídio, crimes contra a humanidade, violações do artigo 3 comum às

<sup>514</sup> Câmara de Apelação composta pelos juízes: Claude Jorda (presidente), Lal Chand Vohrah, Mohamed Shahabuddeen, Rafael Nieto-Navia e Fausto Pocar. Pela defesa: Mohamed Ismail. Pela acusação: Bernard Muna, Mohamed Othman, Upawansa Yapa e Zhu Wen-qi. Secretário: Agwu U. Okali. Decisão proferida no dia 6 de abril de 2000.

<sup>515</sup> Julgado pela Câmara de Julgamento II, composta pelos juízes William H. Sekule (presidente), Yakov A. Ostrovsky e Tafazzal Hossain Khan. Pela Promotoria: Jonah Rahetlah, Brenda Sue Thornton e Holo Makwaia. Pela defesa de Clément Kayishema: André Ferran e Philippe Moriceau, e pela defesa de Obed Ruzindana: Pascal Besnier e Willem Van der Griend. Secretário: Agwu U. Okali. Decisão proferida no dia 21 de maio de 1999.

Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II e responsabilidade penal, artigos 6(1) e 6(3).

O subitem que versa sobre o crime de genocídio inicia-se no §87, trazendo a definição do artigo 2(2) do Estatuto do ICTR, lembrando que tal definição reproduz os artigos II e III da Convenção do Genocídio (1948) e artigo 17 do *International Law Commission Draft Code of Crimes (1996)*. Reconheceu também que a Convenção do Genocídio tornou-se amplamente aceita e um importante instrumento do direito internacional dos direitos humanos, além disso, o “*crime of genocide is considered part of international customary law and, moreover, a norm of jus cogens*” (§88). No §89, a sentença lembrou também que o genocídio estava fundado em um dos crimes contra a humanidade, no entanto, é diferente dos demais crimes contra a humanidade por um fator essencial: o genocídio requer uma intenção específica (*specific intent*) de exterminar os grupos protegidos – no todo ou em parte –, enquanto o crime contra a humanidade requer que a população civil seja alvo de um ataque generalizado ou sistemático.

O §90 merece atenção especial no contexto desse trabalho, posto que explicita que “*for the crime of genocide to be committed, two elements are required, namely, the mens rea, the requisite specific intent, and the actus reus, the prohibited act or omission*”.

O subitem 4.1.1. é intitulado *mens rea* e começa no §91. Neste mesmo parágrafo, a Câmara de Julgamento II lembrou que a intenção específica ou *dolus specialis*, ou seja, a intenção de destruir no todo ou em parte um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, aplica-se a todos os atos genocidas mencionados no artigo 2(a) a (e) do Estatuto do ICTR. A Câmara recordou ainda que “*for the crime of genocide to occur, the mens rea must be formed prior to the commission of the genocidal acts*”.

Ainda no exame do elemento *mens rea*, a sentença debruçou-se sobre cinco pontos: *i*) a prova do requisito intenção (§§93-94); *ii*) a questão da destruição de um grupo (§95); *iii*) no todo ou em parte (§§96-97); *iv*) o grupo nacional, étnico, racial ou religioso (§98); e, *v*) a destruição, no todo ou em parte, de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal (§99). Este último merece ser transcrito na íntegra: “*This phrase speaks to specific intent (the requisite mens rea). The ‘destroying’ has to be directed at the group as such, that is, qua group, as stipulated in Article 2(2) of the*

*Statute*". Tanto este último elemento quanto os demais foram examinados com maiores detalhes no capítulo referente ao crime de genocídio.

O *actus reus* dá nome ao subitem 4.1.2, que se inicia no §100. Nesse parágrafo, há o entendimento expresso que o artigo 2(2)(a) a (e) do Estatuto do ICTR e o artigo 2(a) a (e) da Convenção do Genocídio, lista aqueles atos, que se cometidos com intenção específica, importam no genocídio.

O exame do *actus reus* prosseguiu na sentença do caso Kayishema e Ruzindana com a análise de três figuras: o homicídio de membros do grupo (§§101-107), ofensa grave à integridade física (§§108-109) e ofensa grave à integridade mental (§110). Detalhes sobre estes itens, inclusive com menções a esta sentença, estão presentes no capítulo sobre o genocídio.

Na sexta parte da decisão, quando do exame dos aspectos legais (*legal findings*), a Câmara de Julgamento II voltou-se a debruçar sobre os crimes imputados a Clément Kayishema e Obed Ruzindana. Mas, nessa parte da sentença – ao contrário daquela outra que examinou os componentes do crime de genocídio – , a Câmara cuidou do “*accused persons’ mens rea in order to determine whether they carried out acts with the specific intent to destroy the Tutsi group in whole or in part*” (§520), ou seja, tratou de provar, além de qualquer dúvida razoável, os componentes da intenção específica.

Entre os tópicos examinados estão o do grupo alvo do genocídio. Nesse caso, a Câmara considerou que “*the evidence proves, beyond a reasonable doubt, that the victims of the acts for which Kayishema and Ruzindana are charged were Tutsis*” (§522) e que os Tutsis são considerados como um grupo étnico (§523). Citando um precedente – prática recorrente dos tribunais penais internacionais – notou-se que “*in Akayesu, Trial Chamber I found that the Tutsis are an ethnic group, as such. Based on the evidence presented in the present case, this Trial Chamber concurs*” (§526). Outras questões examinadas neste tópico versaram sobre o contexto dos massacres (§527), o genocídio em Ruanda e Kibuye (§§528-530), a intenção específica de Kayishema de destruir, no todo ou em parte, o grupo Tutsi, como tal (§§531-540), dentro desse subitem, foram examinadas diversos assuntos, entre estes, o número de vítimas sob a responsabilidade de Kayishema – estimado entre 20.000 e 40.000 pessoas –, a Câmara de Julgamento II considera que “*The number of the Tutsi victims is clear evidence of intent to destroy this ethnic group in whole or in partigo The killers had the common intent to exterminate the ethnic group and*

*Kayishema was instrumental in the realisation of that intent*" (§533). Também é examinada a intenção de Ruzindana de destruir, no todo ou em parte, a população Tutsi, como tal (§§541-545).

Com base no artigo 3 do Estatuto do ICTR – crimes contra a humanidade –, a Promotoria acusou Kayishema em apenas três desses crimes: homicídio, extermínio e outros atos desumanos, como parte de um ataque, generalizado e sistemático, contra qualquer população civil, em bases discriminatórias (§575).

Já com base no artigo 4 do Estatuto do ICTR – violações do artigo 3 comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II – a peça da Promotoria contra Kayishema e Ruzindana listou vinte e três violações ao primeiro tratado e vinte e quatro ao segundo, todas incluídas neste artigo 4 (§593).

No veredicto, a decisão deu-se por maioria, com opinião dissidente do juiz Kahn<sup>516</sup>. A Câmara de Julgamento II entendeu, por unanimidade apenas quanto aos pedidos feito pela Promotoria da ocorrência do crime de genocídio. Portanto, condenou Clément Kayishema nos pedidos 1, 7, 13 e 19 – todos conectados ao genocídio – a quatro prisões perpétuas, e a Obed Ruzindana no pedido 19 – também crime de genocídio – a vinte e cinco anos de prisão.

#### 6.4.2 Promotoria versus Kayishema e Ruzindana: Apelação (ICTR-95-1-A)<sup>517</sup>

Kayishema em grau de apelação considerou equivocado, entre outros fatores, a decisão da Câmara de Julgamento que afirmou que havia o elemento *mens rea* para o crime de genocídio, desconsiderando o depoimento da Testemunha O., de que Kayishema fora responsável pelo resgate de setenta e duas crianças Tutsis, que sobreviveram ao massacre de *Home St. Jean Complex*. No entanto, a Câmara de Apelação lembrou que foram levados em conta "*all relevant evidence that had been*

<sup>516</sup> Conforme expressa o juiz Tafazzal Hossain Khan, em sua separada e dissidente opinião, "*I fully agree with and share in the Judgment with the exception of the Majority's view that the charges of crimes against humanity/murder [...] and of crimes against humanity/extermination [...] are improper and untenable. The Majority finds that there is no reason to enter a conviction under these counts. I respectfully disagree*" (§1). E mais adiante, reforçando seu ponto de vista, continua: "*I find that, notwithstanding the concurrence of crimes, the charges were proper and deserve full consideration. Having fully examined the criminal responsibility of the accused under the said charges, I find Kayishema and Ruzindana Guilty for all the counts of murder and of extermination preferred against them*" (§3). Esses dois §§ da opinião dissidente do juiz Khan vem grifadas no original.

<sup>517</sup> Câmara de Apelação composta pelos juízes: Claude Jorda (presidente), Lal Chand Vohrah, Mohamed Shahabuddeen, Rafael Nieto-Navia e Fausto Pocar. Pela Promotoria: Carla Del Ponte, Salomon Loh, Wen-qi Zu, Sonja Boelaert-Souminen e Morris Anyah. Pela defesa de Clément Kayishema: André Ferran e Philippe Moriceau, e pela defesa de Obed Ruzindana: Pascal Besnier e Willem Van der Griend. Secretário: Adama Dieng. Decisão proferida no 1º de junho de 2001.

*presented to it, including also other aspects of Witness O's testimony*". Com base nisso, foi considerado, além de qualquer dúvida razoável, que o requisito *mens rea* estava presente (§148). E continua:

The Appeals Chamber observes that in light of the overall evidence, the fact that the 72 children *may* have been taken to the hospital pursuant to Kayishema's instructions has little direct bearing on the question whether he possessed the requisite *mens rea*. Accordingly, the Appeals Chamber finds Kayishema's submissions to be unpersuasive and that he has failed to demonstrate the unreasonableness of the Trial Chamber's conclusion. (§149).

Kayishema também contestou a Câmara de Apelação sobre a interpretação do termo *killling* ou *meurtre*, conforme o artigo 2(2)(a) do Estatuto<sup>518</sup>. De acordo com a defesa do condenado, o termo *meurtre* "*is restricted to unlawful and intentional killing*", dessa forma a Câmara de Julgamento teria errado ao não fazer uma distinção equânime entre os termos *killling* e *meurtre* no contexto do genocídio. O que segundo a defesa de Kayishema provocou um erro relativo a uma questão de direito que invalida o julgamento, conforme o artigo 24 do Estatuto do ICTR. (§150).

A Câmara de Julgamento considerou que *killling* e *meurtre* não são a mesma coisa, mas considerou que "*there is virtually no difference' between the two terms as the term 'killling' is linked to the intent to destroy in whole or in part*". A Câmara de Apelação aceitou essa parte da decisão inicial, ou seja, rejeitando o argumento de erro levantado pela defesa de Kayishema (§151).

Também Ruzindana chamou a atenção da Câmara de Apelação do equívoco da sentença ao examinar o *mens rea*, isto é, a ausência de manifestação explícita de intenção, o que invalidaria o julgamento. Mas, também a Câmara de Apelação rejeitou os argumentos trazidos por Ruzindana de que não ficara provado seu sentimento anti-Tutsi. (§§160-161).

É importante destacar também que a Câmara de Apelação concordou que a responsabilidade penal individual, conforme jurisprudência do ICTR e do ICTY, é demonstrada a partir de dois fatores (§186):

1. The requisite *actus reus* for such responsibility is constituted by an act of participation which in fact contributes to, or has an effect on, the commission of the crime. Hence, this participation must have a direct and substantial effect on the commission of the illegal act; and
2. The corresponding intent, or *mens rea*, is indicated by the requirement that the act of participation be performed with knowledge that it will assist the principal in the commission of the criminal act.

<sup>518</sup> No artigo 2(2)(a) do Estatuto do ICTR, a versão em inglês refere-se a "*killling members of the group*", e em francês consta a expressão "*meurtre de membres du groupe*".

A Câmara de Apelação também consagrou os elementos *actus reus* e *mens rea* – como já haviam feito as câmaras de julgamento do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda – como os requeridos da responsabilidade penal individual conforme “*common purpose doctrine*” (§193).

Na parte final (§372), a Câmara de Apelação de maneira unânime rejeitou os argumentos levantados na defesa de Clément Kayishema e Obed Ruzindana, confirmando as sentenças de prisão perpétua para o primeiro e de vinte e cinco anos de prisão para o segundo.

A sentença de apelação trouxe ainda uma opinião dissidente em separado do juiz Shahabuddeen<sup>519</sup>, uma declaração em separado do juiz Nieto-Navia e o Anexo A sobre a audiência de Apelação (*Hearing on Appeal*), nenhum desses três documentos merecem atenção sobre os termos desse trabalho.

## 6.5 GEORGES ANDERSON NDERUBUMWE RUTAGANDA

### 6.5.1 Promotoria *versus* Rutaganda: Julgamento (ICTR-96-3)<sup>520</sup>

Georges Rutaganda foi acusado pela prática dos três crimes previstos no Estatuto do ICTR. Os pedidos (*counts*) formulados pela Promotoria foram divididos em quatro partes. Os pedidos 1 e 2 são relacionados aos eventos ocorridos na comunidade de Masango. O Pedido 1: genocídio, baseado no artigo 2(3)(a); Pedido 2: crimes contra a humanidade (extermínio), conforme o artigo 3(b). Já os pedidos 3 e 4 referem-se ao eventos que aconteceram na Escola ETO, ou seja, Pedido 3: crimes contra a humanidade (homicídio), baseado no artigo 3(a); Pedido 4: violações do artigo 3 comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II (homicídio), conforme artigo 4(a). Os pedidos de números 5 e 6 referem-se a

<sup>519</sup> Os motivos da dissidência do juiz Shahabuddeen pode ser resumida no §1º da sua opinião: “*I agree with the judgement of the Appeals Chamber, with one exception. The exception relates to the holding that the briefs of the Prosecutor were not filed within the stipulated time-limits, with the consequence that (1) the appeal by the Prosecutor is inadmissible in its entirety, and (2) the respondent’s briefs of the Prosecutor in the appeals by Mr Kayishema and Mr Ruzindana (“Defence”) are also inadmissible. I appreciate the thinking of the Appeals Chamber, but consider that more convincing reasons speak for another conclusion*”.

<sup>520</sup> Julgado na Câmara de Julgamento I, composta pelos juízes Laity Kama (presidente), Lennart Aspegren e Navanethem Pillay. Pela Promotoria: James Stewart, Udo Herbert Gehring e Holo Makwaia. Pela defesa: Luc De Temmerman e Tiphaine Dickson. Decisão proferida no dia 6 de dezembro de 1999.

tragédia em Nyanza, isto é, Pedido 5: crimes contra a humanidade (homicídio), baseado no artigo 3(a); Pedido 6: violações do artigo 3 comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II (homicídio), conforme artigo 4(a). E, por fim, os pedidos 7 e 8, são relacionados ao homicídio de Emmanuel Kaytare, Pedido 7: crimes contra a humanidade (homicídio), baseado no artigo 3(a); violações do artigo 3 comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II (homicídio), conforme artigo 4(a). Gize-se que todas essas situações a que se faz menção estão descritas na sentença.

No exame dos aspectos materiais (§§15-23), a Câmara de Julgamento I adotou prática – como visto anteriormente, bastante usual – de citar julgamentos anteriores para fundamentar suas decisões. Veja-se, por exemplo, neste tópico: caso Akayesu (§16), casos Akayesu e Tadic (§18), caso Akayesu (§19). O método continuou em diversas outras oportunidades.

No exame da responsabilidade penal individual, a partir do §31, a Câmara de Julgamento I discutiu os três crimes a que estava sendo julgado Rutaganda. No §32 lembrou-se que vários desses fatos já foram examinados nos casos Akayesu, Tadic, Kayishema e Ruzindana e Celebici.

No exame do crime de genocídio, no §50 recordou o debate – agora muito mais simplificado, porque já fora decidido em alguns desses casos – *killing* e *meurtre*. No §59, lembrou-se que o genocídio requer a presença do *dolus specialis*, entendido como a “intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”. Para a Câmara de Julgamento I o *dolus specialis* é “*a key element of an intentional offence, which offence is characterized by a psychological nexus between the physical result and the mental state of the perpetrator*”, para caracterizar melhor esse elemento-chave, novamente a Câmara de Julgamento I citou trechos de julgamentos anteriores, como Akayesu e Kayishema e Ruzindana.

No caso dos crimes contra a humanidade, inicialmente (§64), notou-se que a Câmara de Julgamento no caso Akayesu traçou os aspectos históricos e a evolução dos crimes contra a humanidade, a partir do Tribunal de Nuremberg, recordando também, naquela oportunidade, os casos Eichmann, Barbie, Touvier e Papon.

Para a Câmara de Julgamento, como já o fizera no caso Akayesu, constatou-se que para que haja o crime contra a humanidade quatro elementos são essenciais:

- (a) the *actus reus* must be inhumane in nature and character, causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health; (b) the *actus reus* must be committed as part of a widespread or systematic attack;

(c) the *actus reus* must be committed against members of the civilian population; (d) the *actus reus* must be committed on one or more discriminatory grounds, namely, national, political, ethnic, racial or religious grounds.

Foram examinadas na sentença essas quatro categorias de *actus reus* (§§67-76), além de dois atos enumerados no artigo 3 do Estatuto do ICTR, homicídio (§§79-81) e extermínio (§§82-84), nesses dois subitens há menções ao caso Akayesu.

Já as violações do artigo 3 comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II, foram analisadas a partir do §85. A título introdutório, a Câmara colocou interessante comentário ao aplicar esse artigo 4 do Estatuto do ICTR: “*the Chamber must be satisfied that the principle of nullum crimen sine lege is not violated*”. Ou seja, a Câmara reconheceu parte das críticas feitas a sua jurisdição de que aplicaria *ex post facto laws*, em violação a esse princípio. Mas, por outro lado, utilizou-se pronunciamento do Secretário-Geral da ONU de que “*in the application of the principle of nullum crimen sine lege the International Tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law*” (§86). Seguindo a linha da análise dos outros crimes, também neste ponto foram citadas as decisões anteriores, por exemplo, dos casos Akayesu (§§87-88) e Kayishema e Ruzindana (§§112-114), também em diversas outras passagens.

Na parte do veredicto, depois do exame detalhado de todas as circunstâncias, a Câmara de Julgamento de maneira unânime julgou Rutaganda culpado nos pedidos 1, 2 e 7. Sendo condenado a uma sentença de prisão perpétua.

#### 6.5.2 Rutaganda versus Promotoria: Apelação (ICTR-96-3-A)<sup>521</sup>

Apesar do processo em grau de reexame ser movido por Rutaganda contra a Promotoria, também esta recorreu das absolvições nos pedidos de crimes de guerra.

A primeira passagem da apelação que merece destaque encontra-se no §554, quando a Câmara de Apelação examinou, a pedido de Rutaganda, a questão da intenção específica para o crime de genocídio. Na apelação esta confirmou o julgamento, ao afirmar que “*it confirmed the validity of the approach by which dolus*

<sup>521</sup> Câmara de Apelação composta pelos juízes: Theodor Meron (presidente), Fausto Pocar, Claude Jorda, Mohamed Shahabuddeen e Mehmet Güney. Pela Promotoria: Norman Farrell, Mathias Marcussen, Norul Rashid e Helen Brady. Pela defesa: David Jacobs e David Paciocco. Secretário: Adama Dieng. Decisão proferida em 26 de maio de 2003.

*specialis was inferred from certain facts, such as the general context and the perpetration of other acts systematically directed against a targeted group”.*

Já a Parte XII da apelação cuidou do pedido da Promotoria, que recorreu das absolvições nos pedidos 4, 6 e 8, ou seja, violações do artigo 3 comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II (homicídio), conforme artigo 4(a) do Estatuto do ICTR. Naquela oportunidade, a Câmara de Julgamento considerou que a Promotoria não conseguiu provar, além de qualquer dúvida razoável, o nexo requerido entre os fatos e o acusado.

Mereceu atenção nesse caso o fato incomum da defesa de Rutaganda ter abandonado a apelação e partir para um pedido de reconsideração (§586). No entanto, não impediu o prosseguimento do processo em grau de apelação.

A Câmara de Apelação de maneira unânime anulou a condenação no pedido 7, mas não aos outros pedidos da defesa. No lado do recurso da Promotoria, a Câmara rejeitou de maneira unânime o pedido de condenação no pedido 8, mas por maioria – vencido o juiz Pocar – condenou Georges Rutaganda nos pedidos 4 e 6. Confirmando, a prisão perpétua.

Além da decisão, a apelação trouxe também uma opinião em separado dos juízes Meron e Jorda, uma opinião dissidente do juiz Pocar, outra opinião em separado do juiz Shahabuddeen, um anexo A (procedimentos de apelação) e um anexo B (glossário).

### 6.5.3 Rutaganda versus Promotoria: Reconsideração (ICTR-96-3-R)<sup>522</sup>

Passados quase três anos da decisão da Câmara de Apelação que condenou Georges Rutaganda a uma sentença de prisão perpétua, em 13 de abril de 2006, o próprio Rutaganda interpôs pedido de reconsideração da decisão. A Promotoria formulou também uma resposta a esse pedido de reconsideração, em 23 de maio de 2006. Uma réplica (*Consolidated Reply*) de Rutaganda apareceu em 7 de junho de 2006. E mais, em 17 de agosto de 2006 fez um pedido de revelação (*Request for Disclosure*) – no sentido de que a Promotoria divulgasse a identidade completa, testemunhos e outros documentos pertinentes das testemunhas de acusação –,

<sup>522</sup> Câmara de Apelação composta pelos juízes: Fausto Pocar (presidente), Mohamed Shahabuddeen, Mehmet Güney, Andréia Vaz e Theodor Meron. Pela Promotoria: Hassan Bubacar Jallow, George Mugwanya e Inneke Onsea. Pela defesa: Georges Rutaganda *pro se*. Secretário: Adama Dieng. Decisão proferida no dia 8 de dezembro de 2006.

seguido de resposta por parte da Promotoria em três semanas depois, com réplica por parte de Rutaganda. E, por fim, em 26 de outubro de 2006, Rutaganda ainda fez um pedido de esclarecimento (*Request for Clarification*), com resposta por parte da Promotoria e réplica da defesa.

Portanto, o nome integral da decisão da Câmara de Apelação, com base nas peças interpostas por Rutaganda, é *Decision on Requests for Reconsideration, Review, Assignment of Counsel, Disclosure, and Clarification*.

Como a questão é de caráter processual, não mereceu análise deste trabalho, merecendo somente essa breve menção. Fazendo-se constar ainda que todos os pedidos formulados por Rutaganda foram negados nessa oportunidade.

## 6.6 VINCENT RUTAGANIRA

### 6.6.1 Promotoria versus Rutaganira: Julgamento (ICTR-95-1C-T)<sup>523</sup>

Certamente em razão dos seguidos anos de trabalho do ICTR, a Câmara de Julgamento III foi bastante sintética em alguns aspectos que nos primeiros julgamentos detinha-se com maior atenção. Por exemplo, a parte primeira da decisão é sempre dedicada à descrição do Tribunal e de sua jurisdição, nesse aspecto a sentença do caso contra Vincent Rutaganira é breve, bem como o perfil biográfico do acusado e das regras procedimentais.

De fato, toda a sentença do caso Rutaganira é enxuta, contando com cerca de quarenta páginas, em decorrência também do *guilty plea* do acusado. Lembrou a Câmara de Julgamento que o Estatuto do ICTR não trouxe explicitamente a previsão do *guilty plea*, mas esse foi aceito com base no Regulamento Processual, de acordo com o §26 da sentença.

Há ainda na sentença um capítulo dedicado aos eventos ocorridos em Kibuye, no período de 8 a 15 de abril de 1994, que contou com a omissão decisiva de Vicent Rutaganira. Além de uma série de resumos dos testemunhos de algumas vítimas do trágico episódio.

No que toca a responsabilidade penal, a Câmara de Julgamento III, citando decisão do caso Blaskic, do ICTY, colocou que no ajudar e encorajar, que “*the actus*

<sup>523</sup> Julgado na Câmara de Julgamento III, composta pelos juízes Andrésia Vaz (presidente), Flavia Lattanzi e Florence Rita Arrey. Pela acusação: Charles Adeogun-Phillips, Wallace Kapaya, Renifa Madenga, Maymuchka Lauriston e Florida Kabasinga. Pela defesa: François Roux, Maroufa Diabira e Soraya Brikci-Laucci. Atuando como secretário Adama Dieng, decisão proferida no dia 14 de março de 2005.

reus of aiding and abetting may be perpetrated through an omission, provided this failure to act had a decisive effect on the commission of the crime and that it was coupled with the requisite mens rea” (§64).

Além disso, a Câmara de Julgamento III explicitou ainda que: “*must therefore consider the elements of aiding and abetting by omission, namely, the act (actus reus) and the mental element (mens rea) (§66)*, colocando também dois pontos autônomos na sentença aos elementos objetivo e subjetivo. Dessa maneira, a Câmara de Julgamento se satisfaz quando “*that the facts admitted by the Accused are quite sufficient to prove the existence of the actus reus of aiding and abetting by omission, extermination as a crime against humanity*” (§91). E o elemento subjetivo, a Câmara é da opinião de que “*the mens rea of an accomplice lies in his knowledge of, on the one hand, the mens rea of the principal perpetrator of the crime and, on the other hand, of the fact that his conduct would further the perpetration of the crime*” (§92).

Na parte final, a Câmara de Julgamento III considerou Vicent Rutaganira culpado com base no pedido 15 (extermínio, como crime contra a humanidade, por ajudar e encorajar), sendo absolvido dos demais pedidos formulados pela Promotoria. Sendo condenado a uma pena de seis anos de prisão.

#### 6.6.2 Promotoria versus Rutaganira: Apelação (ICTR-95-1C-AR)<sup>524</sup>

Rutaganira não recorreu da sentença imposta pela Câmara de Julgamento III. Posteriormente, em 5 de março de 2006, Rutaganira ingressou com um pedido de liberdade antecipada (*early release*) ao Presidente do Tribunal que foi negado em 2 de junho do mesmo ano.

A defesa formulou então dois dias depois um ato de apelação dessa manifestação do juiz-presidente Fausto Pocar. A Promotoria instada a se manifestar pleiteou pela manutenção de Rutaganira na prisão.

Dessa forma a apelação não é da sentença, mas sim da decisão posterior da denegação da liberdade antecipada, por isso do caso ser, *Decision on Appeal of a*

---

<sup>524</sup> Julgado na Câmara de Apelação composta pelos juízes: Fausto Pocar (presidente), Mohamed Shahabuddeen, Liu Daqun, Theodor Meron e Wolfgang Schomburg. Pela acusação: Hassan Bubacar Jallow, James Stewart, Dior Sow Fall e Abdoulaye Seye. Pela defesa: François Roux, Maroufa Diabira e Soraya Brikci-Laucci. Secretário: Adama Dieng. Decisão proferida no dia 24 de agosto de 2006.

*Decision of the President on Early Release.* A decisão tem três páginas e rejeitou de maneira unânime o pedido da defesa de Rutaganira.

## 6.7 JEAN MPAMBARA

### 6.7.1 Promotoria *versus* Mpambara: Julgamento (ICTR-01-65-T)<sup>525</sup>

O julgamento de Mpambara tem alguns aspectos interessantes no âmbito desse trabalho.

No caso do crime de genocídio, os juízes da Câmara de Julgamento I entenderam o que outros julgamentos já haviam considerado, com os casos Krstic e Rutaganda, que o *“actus reus of genocide does not require the actual destruction of a substantial part of the group; the commission of even a single instance of one of the prohibited acts is sufficient, provided that the accused genuinely intends by that act to destroy at least a substantial part of the group”* (§8).

Já para o crime de extermínio, a Câmara vai na mesma linha, visto que se considera que o *“actus reus of the offence is that the perpetrator participates with others in a collective or ongoing mass killing event. The act need not directly cause any single victim’s death, but must contribute to a mass killing event. As to the nature of the contribution”* (§9). Enquanto o *“mens rea of extermination is that the accused must intend by his actions to bring about the deaths on a large-scale”* (§10).

A utilização dos elementos objetivo e subjetivo estendeu-se nesse julgamento também sobre os modos de atuar e participar. Na hipótese do *joint criminal enterprise*, a Câmara de Julgamento I considerou que *“mere knowledge of the criminal purpose of others is not enough: the accused must intend that his or her acts will lead to the criminal result. The mens rea is, in this sense, no different than if the accused committed the crime alone”*. Enquanto o *“actus reus may be satisfied by any participation, no matter how insignificant”* (§14).

A Câmara de Julgamento I debruçou-se também sobre o tema de dar ordem (*ordering*), assim

the *actus reus* of ordering is that a person in a position of authority instructs another person to commit an offence. No formal superior-subordinate relationship between the accused and the perpetrator is required. It is sufficient that there is proof of some position of the part of the accused that

<sup>525</sup> Julgado na Câmara de Julgamento I, composta pelos juízes Jai Ram Reddy (presidente), Sergei Alekseevich Egorov e Flavia Lattanzi. Pela Promotoria: Richard Karegyesa, Andra Mobberly, Didace Nyirinkwaya e Ousman Jammeh. Pela defesa: Arthur Vercken e Vincent Courcelle-Labrousse. Atuando como secretário: Adama Dieng, decisão proferida no dia 11 de setembro 2006.

would compel another to commit a crime in following the accused's order (§19).

Sobre as acusações que pesavam sobre Jean Mpambara, a Câmara de Julgamento I considerou que não ficou provado acima de qualquer dúvida que o acusado teria distribuído armas e incitado ao genocídio (§164), assim Mpambara foi absolvido (§175).

Não houve recurso da Promotoria da decisão da Câmara de Julgamento I.

## 6.8 ANDRÉ RWAMAKUBA

### 6.8.1 **Promotoria versus Rwamakuba: Julgamento (ICTR-98-44C-T)**<sup>526</sup>

André Rwamakuba foi acusado pela Promotoria por ter planejado, instigado, ordenado e cometido os crimes de genocídio, ou cumplicidade no genocídio, homicídio e extermínio como crime contra a humanidade, na comuna de Gikomero e no hospital universitário de Butare, durante o mês de abril de 1994 (§11).

A sentença focou suas atenções na apresentação das provas testemunhais arroladas no processo. Foram ouvidas quarenta e nove testemunhas da defesa e da Promotoria, além de terem sido exibidas noventa e quatro evidências da Promotoria e duzentas e dezoito da defesa de Rwamakuba, durante os setenta e oito dias que durou o julgamento.

Assim, os debates não se concentraram, em momento algum desse caso, sobre os elementos objetivo e subjetivo do crime.

Como a Promotoria não conseguiu provar “acima de qualquer dúvida razoável” a responsabilidade penal de André Rwamakuba, nos termos do artigo 6(1) do Estatuto do ICTR, o acusado foi absolvido pela Câmara de Julgamento III, dos quatro pedidos constantes do indiciamento: genocídio, cumplicidade no genocídio, homicídio como crime contra a humanidade e extermínio como crime contra a humanidade.

Não houve recurso da Promotoria da decisão da Câmara de Julgamento III.

---

<sup>526</sup> Julgado na Câmara de Julgamento III, composta pelos juízes Dennis Byron (presidente), Karin Hökborg e Gberdao Gustave Kam. Pela acusação: Dior Fall, Iain Morley, Adama Niane e Tamara Cummings-John. Pela defesa: David Hooper e Andreas O’Shea. Atuando como secretário Adama Dieng, decisão proferida no dia 20 de setembro de 2006.

## 6.9 JOSEPH NZABIRINDA

### 6.9.1 Promotoria versus Nzabirinda: Julgamento (ICTR-2001-77-T)<sup>527</sup>

Preso em dezembro de 2001 em Bruxelas, na Bélgica, Joseph Nzabirinda, com base no indiciamento confirmado pelo ICTR, foi posteriormente transferido para Arusha (*United Nations Detention Facility*). Em março de 2002, quando da primeira aparição do acusado perante a corte penal, o acusado declarou-se inocente (*not guilty*) das acusações impostas a ele.

Somente em dezembro de 2006, a Promotoria e a defesa de Nzabirinda chegaram a um acordo sobre um *plea agreement* (§7). Assim, dois dias depois, em 14 de dezembro, Nzabirinda “*pleaded guilty to aiding and abetting murder, a crime against humanity, as accomplice by omission in the preparation of the commission of the crime*” (§9).

O ajudar (*aiding*) e o encorajar (*abetting*) que configuram a responsabilidade penal individual, nos moldes do artigo 6(1) do ICTR, são no entendimento da Câmara de Julgamento II uma forma acessória de vínculo com a prática delituosa, dessa maneira, entendeu-se que o “*actus reus of the crime is not performed by the accused but by another person*” (§16). Já o elemento subjetivo configura-se quando o “*mens rea of an aider and abettor is demonstrated by proof of his knowledge that his act is assisting the commission of the crime by the principal offender*” (§19).

Como os demais casos em que houve a formulação de um *guilty plea*, a sentença do caso Nzabirinda é bastante curta, não adentrando no debate específico dos crimes que constam da acusação.

Joseph Nzabirinda foi condenado a sete anos de prisão, devendo-se considerar como crédito o tempo já cumprido, na época da sentença, mais de cinco anos.

Não houve recurso de nenhuma das partes da decisão da Câmara de Julgamento II.

---

<sup>527</sup> Julgado na Câmara de Julgamento II, composta pelos juízes Arlette Ramarason (presidente), William Hussein Sekule e Solomy Balungi Bossa. Pela acusação: William Egbe, Veronic Wright, Patrick Gabaake, Suleyman Khan e Amina Ibrahim. Pela defesa: François Roux, Jean Haguma, Célestin Buhuru e Charlotte Moreau. Atuando como secretário Adama Dieng, decisão proferida no dia 23 de fevereiro de 2007.

## 6.10 JUVÉNAL RUGAMBARARA

### 6.10.1 Promotoria *versus* Rugambarara: Julgamento (ICTR-00-59-T)<sup>528</sup>

O caso contra Juvénal Rugambarara assemelha-se muito aos anteriores julgados pelo ICTR. O tribunal penal internacional *ad hoc* pressionado pela ONU a encerrar seus trabalhos o quanto antes em razão dos elevados custos, tendeu nessas últimas decisões a ser bastante sintético nas suas fundamentações.

Junte-se a isso o fato de também Rugambarara ter aceitado o acordo com a Promotoria e ter solicitado um *guilty plea agreement*, no dia 13 de junho de 2007 (§4).

Por isso, a Câmara de Julgamento III não examinou os crimes imputados ao acusado de maneira aprofundada. Há apenas uma breve menção ao elemento objetivo no crime de extermínio como crime contra a humanidade, nesse caso o “*actus reus of the crime of extermination requires ‘killing on a large scale’, this does not suggest a ‘numerical minimum’. A particularly large number of victims, however, can be an aggravating circumstance in relation to the sentence for this crime if the extent of the killings exceeds that required for extermination*”. (§23).

Juvénal Rugambarara foi condenado a onze anos de prisão.

Não houve recurso de nenhuma das partes da decisão da Câmara de Julgamento III.

---

<sup>528</sup> Julgado na Câmara de Julgamento III, composta pelos juízes Asoka de Silva (presidente), Taghrid Hikmet e Seon Ki Park. Pela acusação: Charles Adeogun-Phillips, Peter Tafah e Memory Maposa. Pela defesa: Maroufa Diabira e Boubou Diabira. Atuando como secretário Adama Dieng, decisão proferida no dia 16 de novembro de 2007.

## CONCLUSÕES

Nesta tese examinou-se o sistema dogmático do direito internacional penal, por meio da natureza dos elementos conceituais do crime à luz da jurisdição penal internacional. Isto é, objetivou-se identificar os elementos conceituais do direito internacional penal e chegou-se a conclusão que o sistema tripartido – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – não se aplica como estrutura dogmática, mas se emprega o sistema bipartido próprio da *common law*, os elementos *actus reus* e *mens rea*.

Ficou demonstrado ao longo do trabalho que o direito internacional penal aplicado pelos tribunais penais internacionais, imaginado como uma representação dos principais sistemas jurídicos do mundo, guia-se no tocante aos crimes previstos em seus estatutos por institutos usuais da *common law*. Isto é, desconsiderando toda a herança e o desenvolvimento dogmático dos crimes inscrito na tradição jurídica do sistema romano-germânico.

Antes de consolidar tais conclusões, algumas idéias prévias tiveram que ser esclarecidas, como a formação do direito internacional, a sociedade internacional contemporânea e o direito internacional penal, suas fontes e métodos e a aplicação desse direito pelas cortes internacionais penais.

O direito internacional que não reconhecia o indivíduo como sujeito, passou no século XX, em decorrência do processo de desenvolvimento e concretização do direito internacional dos direitos humanos a reconhecer a pessoa humana como detentor de personalidade jurídica internacional. É bem verdade que a personalidade dos indivíduos, no plano internacional, é ainda limitada, mas no tocante aos crimes mais graves previstos nos estatutos dos tribunais internacionais penais, essa responsabilidade internacional penal é total, alcançando mesmo aqueles em função oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de um governo ou parlamento, representante eleito ou funcionário de governo.

Além de se destacar o papel da sociedade internacional e da formação histórica do direito internacional, também mereceu menção o fato de se evidenciar a distinção entre o direito penal internacional e o direito internacional penal. A celeuma terminológica não é nova, no entanto, foi preciso salientar que o primeiro é um ramo do direito interno preocupado com a competência da jurisdição penal do Estado, em confronto com as jurisdições estrangeiras, que determina a aplicação de suas leis

penais na ordem dos lugares e pessoas que elas regem e a autoridade sobre o território daquele país. Já o direito internacional penal é o resultado de tratados e convenções internacionais, ou seja, é um ramo do direito internacional que prevê aquelas condutas da pessoa humana como crimes internacionais, imputando uma responsabilidade penal àqueles que com intenção e conhecimento das circunstâncias provoquem, seja como autor, co-autor ou de algum modo ajudem na comissão do ato, seja este ato cometido por ação ou omissão.

O direito internacional penal, ramificação do direito internacional público, tem uma longa tradição histórica, mas que se tornou um fenômeno palpável no momento atual da sociedade internacional, deixando de ser um tema restrito à literatura jurídica para figurar como realidade concreta. Como ramo do direito internacional tem entre suas fontes também as arroladas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, além de outras próprias atinentes à especificidade da matéria, como os estatutos dos tribunais, resoluções e projetos de códigos.

Não se pode concordar que esse direito internacional penal seja obstáculo à soberania dos Estados. É fato que o fortalecimento desse direito representou um considerável progresso e que não provoca um conflito insuperável entre eles. O processo de internacionalização do direito penal, fruto de um processo de globalização, é um retorno da sociedade internacional frente a impossibilidade do Estado solucionar os problemas mais graves surgidos no âmbito das violações cometidas contra os direitos humanos e o direito internacional humanitário.

Como fenômeno jurídico, o aparecimento de uma jurisdição internacional penal está diretamente associado à internacionalização dos direitos humanos, ou mais especificamente, ao direito internacional dos direitos humanos, de um lado, e de outro, ao próprio incremento do direito internacional penal, um importante elemento de reação da sociedade internacional contra as mais violentas formas de abuso.

Essa evolução no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos não foi resultado da vontade expressa dos Estados plasmada em tratados internacionais. Foi produto da interação das diversas fontes do direito internacional penal: costume, convenções internacionais, bem como de resoluções e declarações da Assembléia Geral das Nações Unidas.

As respostas na busca de evitar a impunidade dos crimes internacionais foram as mais variadas possíveis, seja por meio da constituição de jurisdições internacionais penais, passando por respostas essencialmente nacionais, até o

surgimento de tribunais internacionalizados ou mistos, ou seja, nacionais e internacionais. Entre os primeiros, destaque para as primeiras tentativas: antecedentes anteriores à Primeira Guerra Mundial e os famosos julgamentos de Nuremberg e Tóquio. Já no caso das jurisdições penais nacionais, com a aplicação do princípio da jurisdição universal, foi dada ênfase aos casos Eichmann, Pinochet, o caso da jurisdição belga para crimes contra a humanidade e o caso da jurisdição espanhola sobre os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Um terceiro modelo para superar a impunidade daqueles responsáveis pelos crimes internacionais mais graves é através da jurisdição penal internacional não permanente, os tribunais *ad hoc* das Nações Unidas. Criados nos anos 1990 por meio de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), foram respostas possíveis para aquele momento histórico.

O estabelecimento dos dois tribunais *ad hoc* deu ânimo para que outras jurisdições penais internacionais surgissem. Contudo, como o Conselho de Segurança estava resistente a idéia de criar-se novos órgãos jurisdicionais internacionais, que certamente encareceriam ainda mais as já pesadas contribuições dos Estados-membros da ONU. Surgiu a possibilidade, por meio do Secretariado das Nações Unidas em desenvolver um modelo similar na forma, substância e legitimidade internacionais ao dos tribunais *ad hoc*, mas com uma participação maior dos Estados interessados em constituir tribunais internacionais, apareceram dessa forma as jurisdições penais mistas para Serra Leoa, Timor Leste, Camboja e Kosovo.

Contudo, essa reação por parte da sociedade internacional servindo-se de um direito internacional penal, pôde ser melhor alcançado com a constituição de um Tribunal Penal Internacional (TPI), em caráter permanente, com os crimes mais graves cometidos previstos em seu Estatuto.

Desde o final da Primeira Guerra Mundial e, mormente, com o término da Segunda Guerra Mundial em 1945, que a sociedade internacional buscou consolidar uma jurisdição penal internacional permanente. A guerra fria entre os blocos capitalista e comunista que se sucedeu impossibilitou a concretização desses esforços. Isto, no entanto, não impediu que muitos estudiosos continuassem estudando a temática para uma oportunidade futura, que surgiu nos anos 1990. A

Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas trabalhou de maneira incansável em projeto de estatuto para uma corte penal internacional, quando essa idéia era ainda politicamente distante e teve seus esforços recompensados quando em 1996 a Assembléia Geral da ONU convocou uma conferência de plenipotenciários para meados de 1998.

Contando também com subsídios de uma Comissão Preparatória, a Conferência Diplomática de Roma iniciou seus trabalhos em 15 de junho de 1998, reunindo mais de 160 Estados. Depois de um longo mês de trabalho, cercado de dificuldades, os plenipotenciários reuniram-se na noite de 17 de julho para aprovarem a versão final do Estatuto. O que era para ser somente um encontro plenário final para aprovação por consenso, revestiu-se de certa dramaticidade, visto a solicitação dos Estados Unidos de votação nominal. Apesar do expediente norteamericano, a Ata Final da Conferência Diplomática foi aprovada com 120 votos favoráveis, 7 contrários e 21 abstenções.

Ao contrário do inicialmente imaginado, o Estatuto de Roma – como ficou conhecido o Estatuto que criou o Tribunal Penal Internacional – entrou em vigor internacional de maneira relativamente rápida, em 1º de julho de 2002, quando alcançou o número mínimo exigido de sessenta depósitos de instrumentos de ratificação.

Dessa maneira, o estabelecimento do TPI, depois de uma etapa histórica em que a prática dos Estados parecia inclinar-se por iniciar um caminho de aceitação da jurisdição universal com o fim de lutar contra a impunidade dos autores dos crimes mais graves contra a humanidade, a partir do século XXI iniciou um caminho contrário, dando uma especial relevância a jurisdição internacional penal.

Do mesmo modo é certo que há uma vontade de instituição de uma jurisdição internacional penal de base universal, que se plasma no TPI, corresponda à esperança de que aquilo que nasceu com a aparência de justiça dos vencedores, de vendeta e de reação, acabe recoberto pela respeitabilidade de um direito positivado pela ordem jurídica internacional, uma espécie de prefiguração dos pilares de uma federação cosmopolita.

No contexto do trabalho foi fundamental dedicar um capítulo exclusivo à família do direito da *common law*, com especial atenção, aos elementos do crime no direito anglo-saxão, com seus dois elementos constitutivos: o *actus reus* (elemento objetivo) e o *mens rea* (elemento subjetivo).

Ao contrário do que ocorre na família romano-germânica que considera o crime como uma ação típica, antijurídica e culpável, isto é, para que haja um crime é necessário a presença destes três elementos, quais sejam: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, no caso da *common law* a responsabilidade penal é expressa por meio da expressão latina *actus non facit reum nisi mens sit rea*, vertida para o inglês da seguinte maneira: “*an act does not make a person guilty unless their mind is also guilty*” (“um ato não torna uma pessoa culpada, a menos que o pensamento também seja culpado”). Ou seja, para a tradição da *common law* o indivíduo para ser considerado culpado pela prática de determinado ato precisa ter cometido a conduta delituosa (*actus reus*) com uma determinada condição mental (*mens rea*).

Os dois elementos próprios da *common law* converteram-se de uma natureza descritiva para uma característica normativa, assim a proposição da responsabilidade penal deve estar embasada em uma conduta delituosa (*actus reus*) e deve ficar provado o elemento mental (*mens rea*), demonstrados esses elementos “acima de qualquer dúvida razoável”. O *actus reus* requer a prova de um ato ou omissão (conduta), além do que, deve ficar provada que essa conduta ocasionou determinado resultado, por exemplo, no caso do homicídio, deve ficar provado que a conduta do acusado causou a morte da vítima. Já o elemento *mens rea* é o elemento subjetivo que deve acompanhar o elemento objetivo, entendido aquele como a intenção ou a imprudência no que respeita as circunstâncias e conseqüências do ato do acusado, este configurando já no *actus reus*.

Provou-se nesse trabalho – especialmente a partir do capítulo terceiro – que esses elementos da técnica bipartida da *common law* transcenderam os foros puramente anglo-americanos e passaram a ser aplicados no exame dos crimes internacionais previstos nos estatutos do ICTY e do ICTR. A raiz dessa inclinação pode ser creditada ao primeiro tribunal internacional penal do pós-Segunda Guerra, o Tribunal de Nuremberg, muito influenciado pela atuação de ingleses e americanos, e consolidou-se nos tribunais *ad hoc* das Nações Unidas.

Além disso, constatou-se também que não só a jurisprudência orienta-se pelo modelo da *common law*, também diversos doutrinadores que se debruçam sobre o direito internacional penal tomam em consideração na análise dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, os elementos *actus reus* e *mens rea*. Dessa forma, os elementos *actus reus* e *mens rea* passaram a ser

amplamente reconhecidos e utilizados pela doutrina internacional-penalista, mesmo por aqueles doutrinadores da tradição romano-germânica que se renderam a influência da *common law* na caracterização do crime internacional.

Abriu-se espaço na tese também para discutir a questão dos crimes internacionais, mormente aqueles considerados mais graves, como o genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, que são aqueles previstos no Estatuto de Roma. Mas, optou-se por identificar nesses crimes o *actus reus* e o *mens rea*, seja por parte da doutrina, seja por parte da jurisprudência. Esse estudo, conseqüentemente, veio em detrimento da teoria dogmática romano-germânico, em que se observa o crime pelos elementos tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, mas comprovou a forte influência da *common law* na investigação dos crimes mais graves (*core crimes*).

Assim, o estudo do crime de genocídio foi realizado com uma apresentação histórico-jurídica, com a identificação dos sujeitos ativo e passivo e do bem jurídico tutelado, do *actus reus*: homicídio de membros do grupo; ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo; e, do *mens rea*, ou seja, o genocídio requer que os elementos materiais do crime sejam cometidos como intenção e conhecimento. Além de examinar algumas questões polêmicas sobre o genocídio, como a “limpeza étnica”.

O mesmo se fez com os crimes contra a humanidade, partindo dos antecedentes históricos, da identificação dos sujeitos ativo e passivo e do bem jurídico tutelado, do elemento de contexto do crime: ataque generalizado ou sistemático e a política de um Estado, até chegar-se aos elementos *actus reus* (homicídio, extermínio, escravidão, deportação ou transferência forçada, prisão ou outra forma de privação da liberdade, tortura, agressão sexual, perseguição, desaparecimento forçado de pessoas, *apartheid* e outros atos desumanos) e *mens rea*, em que o autor deve ter conhecimento do ataque – parte de um ataque generalizado ou sistemático –, e, deve saber, que seu ato individual forma parte daquele ataque.

Já os crimes de guerra tiveram um exame ligeiramente diferente, necessitando uma aproximação introdutória sobre o direito internacional humanitário – origens,

definição e fontes – antes de propriamente entrar-se nos crimes de guerra – antecedentes e noção do crime de guerra. Requereu-se ainda a distinção entre o conflito armado de carácter internacional e o conflito armado de carácter não internacional. Sem esquecer-se da proteção da população civil, da noção de combatente e das demais pessoas protegidas pelo direito internacional humanitário como bem jurídico tutelado. Em razão da enorme quantidade de condutas delituosas previstas na definição do artigo 8 do Estatuto de Roma, teve que se escolher somente aquelas mais relevantes, dessa forma optou-se, então, por aquelas condutas mais representativas, seguindo-se as orientações de dois documentos de trabalho do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, que examinaram os crimes de guerra listados no Estatuto de Roma. Estes dois estudos do Comitê Internacional da Cruz Vermelha foram utilizados nos trabalhos da Comissão Preparatória para a criação dos Elementos Constitutivos do Crime (*elements of crimes*).

E, por fim, os derradeiros capítulos continuam na mesma linha dos anteriores, de procurar demonstrar a influência da *common law* no direito internacional penal contemporâneo. Apesar de tentativas breves e esparsas de qualificar os respectivos estatutos como uma tentativa de fusão entre os dois principais sistemas legais. A análise, ainda que exemplificativa, das decisões deixou claro a opção pela tradição do direito anglo-saxão no que toca a responsabilidade penal individual no âmbito do direito internacional penal da atualidade.

O capítulo quinto voltado para as decisões do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY), demonstrou que essa jurisdição penal internacional utilizou-se dos elementos do crime próprios da *common law*, isto é, o elemento *actus reus* (objetivo) e o *mens rea* (subjetivo), e por conseguinte, rejeitou as contribuições do sistema romano-germânico para o exame dos crimes: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Ao longo dos dez casos examinados – os cinco primeiros e os cinco últimos do ICTY – no capítulo cinco, constatou-se de maneira inequívoca que quando analisando as questões de fundo, ou seja, os crimes previstos no Estatuto do ICTY, sempre que houve oportunidade, tanto as Câmaras de Julgamento e Apelação utilizaram-se na caracterização dos crimes dos elementos *actus reus* e *mens rea*.

As Câmaras de Julgamento e Apelação nunca fazem menções ou tentativas de aproximações com a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Os elementos *actus reus* e *mens rea* foram aparecendo nas decisões e outros julgamentos

tornaram-se precedentes, consolidando os elementos objetivo e subjetivo característico da *common law*.

A influência da *common law* também foi percebida na importância que se deu aos debates em torno do *guilty plea*, especialmente no caso Drazen Erdemovic. Naquela oportunidade, a própria Câmara de Julgamento II reconheceu que o *guilty plea* é uma estratégia de defesa típica da *common law*, prevista no artigo 20(3) do Estatuto do ICTY.

Um outro fator relevante da aproximação do direito internacional penal com a *common law* é a questão da *stare decisis* ou na expressão corrente: “que as coisas permaneçam firmes e imodificáveis em razão das decisões”. Em algumas decisões nota-se o desejo das Câmaras de Julgamento e Apelação em rejeitarem a aplicação desse princípio clássico da tradição anglo-saxã do direito, preferindo utilizar-se do termo precedente. Entende-se, no entanto, apesar da aparente rejeição, que de fato tanto o ICTY quanto o ICTR utilizam-se da *stare decisis*.

Em alguns julgamentos perante o ICTY foi possível identificar por parte das câmaras uma tentativa de demonstrar que tanto o Estatuto como o Regulamento Processual (*Rules of Procedure and Evidence*), consistiriam em uma fusão e síntese da *common law* e do *civil law*. Considerando que a necessidade de em casos de interpretação de seus dispositivos considerar as diferentes visões desses dois sistemas. Apesar de expressar esse desejo de realizar essa composição entre as duas principais tradições jurídicas, não se encontrou nos casos examinados a concretização dessa idéia.

O mesmo ocorreu no capítulo final que trouxe a análise dos casos julgados pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), evidenciando que também nessa jurisdição penal internacional há uma forte preponderância pelos elementos *actus reus* e *mens rea*, dessa forma, desconsiderando a herança do sistema romano-germânico.

Também no caso do ICTR foram pesquisadas dez decisões concluídas, da mesma maneira do ocorrera no capítulo anterior, isto é, foram investigados os cinco primeiros casos e também os cinco mais recentes dessa jurisdição penal internacional.

Mostrou-se no sexto capítulo que inicialmente, no caso Akayesu, houve uma tímida tentativa de compatibilizar as duas principais tradições jurídicas, a *common*

*law* e a *civil law*, no entanto, na seqüência decisões examinadas, praticamente desapareceram indicações ao sistema romano-germânico.

Desse modo, consolidou-se a tendência de que também o ICTR guia-se na questão da responsabilidade penal individual pelas lições do sistema de direito da *common law*.

Gize-se, em nenhum momento, as Câmaras de Julgamento e Apelação fizeram menção aos elementos tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, optando em identificar os elementos *actus reus* (elemento objetivo) e o *mens rea* (elemento subjetivo).

A conclusão da escolha do sistema da *common law* nas análises da responsabilidade penal internacional, tanto da doutrina quanto da jurisprudência dos tribunais *ad hoc*, ficou largamente perceptível, especialmente a partir do capítulo quarto, que mescla as contribuições dos principais estudiosos do direito internacional penal com as decisões do ICTY e do ICTR.

Por fim, reforça-se que apesar do apregoado em algumas passagens jurisprudenciais manifestarem o desejo de realizar uma síntese das duas grandes tradições jurídicas, ou seja, a *common law* e a *civil law*, a noção de equilíbrio entre os dois principais sistemas não existe. O pensamento que sustenta o procedimento penal dos tribunais *ad hoc* inclina-se também pelo procedimento acusatório do sistema da *common law* – a aceitação do *plea of guilty* é um exemplo – em detrimento do procedimento inquisitório do sistema da tradição civilista. Há ainda uma indubitável influência do sistema da *common law* no que toca ao papel das decisões anteriores, ou seja, a aplicação do princípio da *stare decisis*, especialmente nos crimes internacionais previstos nos estatutos dos tribunais penais internacionais. Dessa maneira, o estatuto da jurisprudência internacional dos tribunais *ad hoc* nesse sentido sobre os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra confere por si só um poder anormalmente amplo na definição e consolidação do direito internacional penal.

Constatou-se ao longo da tese que esses elementos da técnica bipartida da *common law* transcenderam os foros puramente anglo-americanos e passaram a ser aplicados no exame dos crimes internacionais previstos nos estatutos do ICTY e do ICTR. Esse fenômeno jurídico é resultado da prática costumeira, fonte do direito internacional penal por excelência, advinda desde pelo menos o Tribunal de

Nuremberg, em que os juízes e promotores britânicos e americanos tiveram um papel preponderante.

A escolha pelos tribunais penais internacionais *ad hoc* da técnica bipartida da *common law* justifica-se por ser um sistema baseado no *case law*, isto é, os casos se decidem pelos juízes ou cortes de justiça e convertem-se em precedentes, que quando bem fundamentados e consolidados servem de base para outras decisões judiciais e como instrumento de ensino do direito, e que como visto, tem ampla aceitação no direito internacional penal. É um sistema potencialmente mais célere e prático, adequado para o momento atual do direito internacional penal que luta por se consolidar, para concretizar a justiça penal internacional.

Mesmo reconhecendo no sistema dogmático romano-germânico uma técnica mais elaborada, este foi preterido em prol de uma elaboração teórico-abstrata mais escassa, com construções sistemáticas mais tímidas realizadas pelos penalistas do direito da *common law*. Dessa forma, os elementos *actus reus* e *mens rea* passaram a ser amplamente reconhecidos e utilizados pela doutrina internacional-penalista, mesmo por aqueles doutrinadores da tradição romano-germânica que se renderam a influência da *common law* na caracterização do crime internacional. No entanto, considerar que esses dois elementos são “universais e persistentes nos sistemas jurídicos maduros”, como se fez no julgamento do caso “Celebici”, causa estranheza, já que esses dois elementos são praticamente desconhecidos no sistema romanista, além de passar por cima dos elementos tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABATHI, Hirad. From the destruction of the Twin Buddhas to the destruction of the Twin Towers: Crimes against civilisation under the ICC Statute. *International Criminal Law Review*. n. 4 (2004). The Hague: Koninklijke Brill NV, pp. 1-63.

ABI-SAAB, Georges. The proper role of universal jurisdiction. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 1, n. 3 (2003). Oxford: Oxford University Press, pp. 596-602.

\_\_\_\_\_; ABI-SAAB, Rosemary. Les crimes de guerre. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (orgs.). *Droit International Pénal*. Paris: A. Pedone, 2000, pp. 265-285.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

AKHAVAN, Payam. The crime of genocide in the ICTR jurisprudence. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 3 (2005). Oxford: Oxford University Press, pp. 989-1005.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Perspectiva, 2003.

AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. 2. ed. actual y rev. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

\_\_\_\_\_. *La nueva justicia penal internacional*. Ciudad de Guatemala: Fundación Myrna Mack, 2000.

\_\_\_\_\_. *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

\_\_\_\_\_. *Los crímenes más graves en el derecho penal internacional*. México, D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.

\_\_\_\_\_. Defesa penal ante el Tribunal de la ONU para la ex-Yugoslavia. In: AMBOS, Kai; GUERRERO, (compiladores). *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

ARAÚJO, Fernando. O Tribunal Penal Internacional e o problema da jurisdição universal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. XLIII, n. 1, 2002. Coimbra: Coimbra Editores, pp. 71-120.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorin. *Direito internacional penal: delicta iuris gentium*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENDRT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ASCENSIO, Hervé. O desenvolvimento do Direito Internacional Penal. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp.265-285.

ASHWORTH, Andrew. *Principles of Criminal Law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BADAR, Mohamed Elewa. Drawing the Boundaries of *Mens Rea* in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *International Criminal Law Review*. n. 6 (2006). The Hague: Koninklijke Brill NV, p. 313-348.

BADIE, Bertrand. Un mundo sin soberanía: Estados entre artificio y respnsabilidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

BAKKER, Christine. Universal jurisdiction of Spanish Courts over genocide in Tibet: can it work? *Journal of International Criminal Justice*. n. 4 (2006). Oxford: Oxford University Press, pp. 595-601.

BASSIOUNI, M. Cherif. Characteristics of international criminal law conventions. In: BASSIOUNI, M. Cherif (edited by). *International criminal law: crimes*, vol. I. Dobbs Ferry: Transnational Publishers, 1986, pp. 1-9.

\_\_\_\_\_. *Draft Statute International Tribunal*. 2. ed. Toulouse: Èrès, 1993. (Nouvelles Études Pénales, n. 10).

\_\_\_\_\_. Historical survey: 1919-1998. In: BASSIOUNI, M. Cherif (compiled). *The Statute of the International Criminal Court: a documentary history*. Ardsley: Transnational Publishers, 1998, pp. 1-35.

\_\_\_\_\_. *International Criminal Law: procedure*, vol. II. Dobbs Ferry: Transnational Publishers, 1986.

\_\_\_\_\_. *International extradition and world public order*. Leyden: A. W. Sijthoff, 1974.

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

BERARDO, Telma. Soberania, um novo conceito? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 40, ano 10, jul.-set. 2002. São Paulo: RT, pp.21-45.

BETTATI, Mario. Le crime contre l'humanité. In : ASCENSIO, Hervé ; DECAUX, Emmanuel ; PELLET, Alain (orgs.). *Droit International Pénal*. Paris: A. Pedone, 2000, pp.293-317.

BIATO, Marcel. O Tribunal Penal Internacional e a segurança coletiva. *Política Externa*. vol. 10, n. 3, dez./jan./fev. 2001-2002. São Paulo: Paz e Terra, pp.132-147.

BOOT, Machteld. ICC article 7, rape. In: TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes*, article by article. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 139-146.

BORGES, Leonardo Estrela. *O direito internacional humanitário*. Belo Horizonte. Del Rey, 2006.

BOUCHET-SAULNIER, Françoise. *Dicionário prático do direito humanitário*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema à luz do Princípio da Legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça e a construção do direito internacional*. Belo Horizonte: O Lutador, 2005.

BRIERLY, James Leslie. *Direito internacional*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BULL, Hedley. *A sociedade anárquica: um estudo da ordem na política mundial*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2002.

BURCHARD, Christoph. The Nuremberg trial and its impact on Germany. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 4 (2006). Oxford: Oxford University Press, pp. 800-829.

BYRON, Christine. The crime of genocide. In: MCGOLDRICK, Dominic; ROWE, Peter; DONNELLY, Eric (edited by). *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 143-177.

CANÊDO, Carlos Augusto. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CANTARELLI, Margarida de Oliveira. Da territorialidade à transnacionalidade: a desterritorialização da jurisdição penal. Dois tomos. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, Tese (Doutorado em Direito), 2000.

CARDIM, Carlos Henrique. *A raiz das coisas: Rui Barbosa – o Brasil no mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CARNEIRO, Henrique. Guerra dos Trinta Anos. In: MAGNOLI, Demétrio (org.). *História das Guerras*. São Paulo: Contexto: 2006, pp. 163-187.

CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille

(orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004, pp. 3-24.

\_\_\_\_\_. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003

\_\_\_\_\_. *International law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law. In: PASSAS, Nikos (ed.) *International Crimes*. Aldershot: Ashgate, 2003, pp. 577-592.

\_\_\_\_\_; RÖLING, Bert V. A. *The Tokyo Trial and beyond: reflections of a peacemonger*. Cambridge: Polity Press, 1993.

CERONE, John; BALDWIN, Clive. Explaining and evaluating the UNMIK court system. In: ROMANO, Cesare; NOLLKAEMPER, André; KLEFFNER, Jann (eds.). *Internationalized criminal courts and tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*. Oxford: Oxford University Press, pp. 39-57.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada. *Revista de Estudios Criminales*. Ano VII, n. 27 (2007). Porto Alegre: Fonte do Direito, pp. 9-41.

CONDORELLI, Luigi. Présentation de la II<sup>ème</sup> partie. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (orgs.). *Droit International Pénal*. Paris: A. Pedone, 2000, pp. 241-247.

DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEGAN, Vladimir-Djuro. Responsibility of states and individuals for international crimes. In: YEE, Sienho; TIEYA, Wang. *International law in Post-Cold War World: essays in memory of Li Haopei*. London: Routledge, 2001, pp. 202-223.

DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍNEZ, Magdalena Martín. *La Corte Penal Internacional: justicia versus impunidad*. Barcelona: Ariel, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. A influência do direito comparado sobre a atividade dos tribunais penais internacionais. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004, pp. 105-149.

DE THAN, Claire; SHORTS, Edwin. *International Criminal Law and Human Rights*. London: Sweet & Maxwell, 2003.

DE VATTEL, Emer. *Direito das gentes*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

DE VISSCHER, Charles. *Teorías y realidades en derecho internacional público*. Barcelona: Bosch, 1962.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. 15. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DINSTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*. Barueri: Manole, 2004.

DIXON, Rodney. ICC Statute: article 7, introduction/general remarks. In: TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 121-128.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *Les principes modernes du droit pénal international*. Paris: Sirey, 1928.

DÖRMANN, Knut. *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: sources and commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

DUFOUR, Geneviève. ¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores? *Revista Internacional de la Cruz Roja*. n. 840, 31 dez. 2000.

EIROA, Pablo D. *La Corte Penal Internacional: fundamentos y jurisdicción*. Buenos Aires: Ad hoc, 2004.

ELLIOT, D. W.; WELLS, Celia. *Casebook on Criminal Law*. London: Sweet & Maxwell, 1982.

FENRICK, William J. ICC Statute: article 8, introduction/general remarks. In: TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 180-195.

FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRO, Ana Luiz Almeida. *O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FLETCHER, George P. Against universal jurisdiction. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 1, n. 3 (2003). Oxford: Oxford University Press, pp. 580-584.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*, vol. I. 6. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

GARZÓN, Baltasar. *Cuento de navidad: es posible un mundo diferente*. Buenos Aires: Universidad Nacional Quilmes, 2002.

GEIGER, Hansjörg. O Tribunal Penal Internacional e os aspectos do novo código penal internacional alemão. In: SILVA, Pablo Alflen da (org.). *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional Alemão*. Porto Alegre: Safe, 2004, pp. 61-87.

GIL, Alicia Gil. *Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 1999.

\_\_\_\_\_. Jurisdicção de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 190- 208.

\_\_\_\_\_. Os novos instrumentos de implementação do Estatuto de Tribunal Penal Internacional na Legislação Espanhola. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 233-243.

GILBERT, Martin. *A noite de cristal: a primeira explosão do ódio nazista contra os judeus*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

GILES, F. T. *The Criminal Law: a short introduction*. Harmondsworth: Penguin Books, 1954.

GLASER, Stefan. *Droit penal conventionel*. Bruxelles: Emile Bryllant, 1970.

\_\_\_\_\_. *Infraction internationale: ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques exposé sur la base du droit pénal comparé*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957.

\_\_\_\_\_. *Introduction à l'étude du droit international pénal*. Bruxelles, 1954.

GLASIUS, Marlies. *The international criminal court: a global civil society achievement*. London: Routledge, 2006.

GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg: 1945-1946: a gênese da uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. *Noronha's Legal Dictionary/Noronha Dicionário Jurídico: English-Portuguese/Inglês-Português*. 5. ed. rev. São Paulo: Observador Legal, 2003.

GRAMAJO, Juan Manuel. *El estatuto de la Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Depalma, 2003.

GUZMÁN, Augusto Ibáñez. *El sistema penal en el Estatuto de Roma*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*. Buenos Aires: Katz, 2008.

HALL, Christopher K. ICC Statute: article 7, the different subparagraphs. In: TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 129-139.

\_\_\_\_\_. ICC Statute: article 7, "enforced disappearance of persons/the crime of apartheid". In: TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 151-154.

HALLIDAY, Fred. *Repensando as relações internacionais*. Porto Alegre: EDUFRGS, 1999.

HIRSCH, Hans Joachim. Internacionalización del derecho penal y de la ciencia del derecho penal nacional y universal. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 30-40.

HOBSBAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOMEM, António Pedro Barbas. *História das relações internacionais: o direito e as concepções políticas na Idade Moderna*. Coimbra: Almedina, 2003.

HUNT, David. The International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 2, n. 1 (2004). Oxford: Oxford University Press, pp. 56-70.

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

JASPERS, Karl. Who should have tried Eichmann? *Journal of International Criminal Justice*, n. 4 (2006). Oxford: Oxford University Press, pp.853-858.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Delitos internacionales, política criminal internacional y otros temas penales*. México, D.F.: Editorial Jurídica Universitária, 2001.

\_\_\_\_\_. *Tratado de derecho penal*, tomo II. Buenos Aires: Losada, 1950.

JONES, John R. W. D.; POWLES, Steven. *International Criminal Practice: The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, The International Criminal Tribunal for Rwanda, The International Criminal Court, The Special Court for Sierra*

Leone; The East Timor Special Panel for Serious Crimes, War Crimes Prosecutions in Kosovo. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

JONES, John R. W. D *et alii*. The Special Court for Sierra Leone: a defence perspective. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 2 (2004). Oxford: Oxford University Press, pp. 211-230.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

KABATSI, Freda. Defining or Diverting Genocide: changing the comportment of genocide. *International Criminal Law Review*. vol. 5 (2005). The Hague: Koninklijke Brill NV, pp. 387-400.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KERR, Rachel. *The international criminal tribunal for former Yugoslavia: an exercise in law, politics and diplomacy*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

KNOOPS, Geert-Jan Alexander. International and Internationalized Criminal Courts: the new face of international peace and security? *International Criminal Law Review*. vol. 4 (2004). The Hague: Koninklijke Brill NV, pp. 527-547.

KREB, Claus. The crime of genocide under international law. *International Criminal Law Review*. vol. 6 (2006). The Hague: Koninklijke Brill NV, pp. 461-502.

KUPER, Leo. *Genocide*. Harmondsworth: Penguin Books, 1981.

LAPLAZA, Francisco P. *El delito de genocidio o genticidio*. Buenos Aires: Depalma, 1953.

LEBEC, Éric. *História secreta da diplomacia vaticana*. Petrópolis: Vozes, 1999.

LEE, Roy S. The Rome Conference and its contributions to International Law. In: LEE, Roy S. (ed.). *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute, issues, negotiations, results*. The Hague: Kluwer Law International, 2002, pp. 1-39.

LEMKIN, Raphaël. *Axis rule in occupied Europe: laws of occupation, analysis of Government proposals for redress*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

LEVI, Nino. *Diritto Penale Internazionale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1949.

LUQUINI, Roberto de Almeida. A aplicação do Direito Internacional Humanitário nos "conflitos novos". *Revista de Informação Legislativa*. n. 158, ano 40, abr./jun. 2003. Brasília: Senado Federal, pp. 127-142.

LOMBOIS, Claude. *Droit pénal international*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1979.

LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. *El delito de genocidio*. Bogotá, D.C.: Doctrina y Ley, 2003.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1949.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MATIAS, Eduardo Felipe P. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

McCORMACK, Timothy L. H. Crimes against humanity. In: McGOLDRICK, Dominic; ROWE, Peter; DONNELLY, Eric (edited by). *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 179-202.

McKAY, Leanne. Characterising the system of the International Criminal Court: an exploration of the role of the Court through the Elements of Crimes and the Crime of Genocide. *International Criminal Law Review*. n. 6 (2006). The Hague: Koninklijke Brill NV, pp. 257-274.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 2 vols.

MERON, Theodor. Crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court. In: HEBEL, Herman A. M. von; LAMMERS, Johan G.; SCHUKKING, Jolien. *Reflections on the International Criminal Court: essays in honour of Adriaan Bos*. The Hague: Asser Press, 1999, pp. 47-55.

MINEAR, Richard H. *Victor's justice: the Tokyo war crimes trial*. Princeton: Princeton University Press, 1971.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho internacional público*. 5. ed. atual. Bogotá: Temis, 2002.

MORTON, Jeffrey S. *The International Law Commission of the United Nations*. Columbia: University of South Carolina Press, 2000.

MULLINS, Claud. *The Leipzig trials: an account of the war criminals' trial and a study of German mentality*. London: H. F & Witherby, 1921.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Atlas, 2005.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1993.

NOUWEN, Sarah M. H. "Hybrid Courts": the hybrid category of a new type of international crimes courts. vol. 2, n. 2 (2006). *Utrecht Law Review*, Utrecht: Igitur, pp. 190-214.

NYE JR., Joseph. *Compreender os conflitos internacionais: uma introdução à teoria e à história*. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2002.

OPPENHEIM, Lassa. *International law: a treatise*, vol. II. 7. ed. London: Longmans Green, 1952.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PELLA, Vespasien V. *La criminalité collective des États et le droit penal de l'avenir*. Bucarest : Imprimerie de l'État, 1925.

\_\_\_\_\_. *La guerre-crime et les criminels de guerre : réflexions sur la justice pénale internationale ce qu'elle est ce qu'elle devrait être*. Neuchatel : Éditions de la Baconnière, 1964.

PELLET, Alain. Pour la Cour Pénale Internationale, quand même! – Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine. *International Criminal Law Review*. n. 1 (2001). The Hague: Kluwer Law International, pp. 91-110.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Costume internacional: gênese do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas consequências no direito internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado*. São Paulo: LTr, 2000.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. O princípio de complementaridade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea. *Política Externa*. vol. 8, n. 4, mar./abr./mai. 2000. São Paulo: Paz e Terra, pp. 3-11.

PINTO, Felipe Flores. Tradição e modernidade na obra de Hugo Grócio. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A nova dimensão do Direito Internacional Público*. Brasília: Instituto Rio Branco, 2003, pp. 265-287.

PINTO, Maria do Céu. *As Nações Unidas e a manutenção da paz: e as atividades de peacekeeping* doutras Organizações Internacionais. Coimbra: Almedina, 2007.

PINTO, Mónica. *El derecho internacional: vigencia y desafíos en un escenario globalizado*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PLAWSKI, Stanislaw. *Etude des principes fondamentaux du droit international pénal*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.

POSSE, Hortensia D. T. Gutierrez. *Elementos de derecho internacional penal*. Buenos Aires: De los cuatro vientos, 2006.

QUADROS, Fausto de. *A protecção da propriedade da propriedade privada pelo direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 1998.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, vol. I. Madrid: Instituto Francisco de Vitória, 1955.

ROBINSON, Darryl. Defining 'crimes against humanity' at the Rome Conference. In: CRYER, Robert; BEKOU, Olympia (ed.). *The International Criminal Court*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 2004, pp. 111-125.

ROBLEDO, Antonio Gómez. *Fundadores del derecho internacional*. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

RODRIGUES, Fernanda Savian. Soberania e supranacionalidade: oposição intrínseca ou aparente? In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 329-338.

ROWE, Peter. War crimes. In: MCGOLDRICK, Dominic; ROWE, Peter; DONNELLY, Eric (edited by). *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 203-230.

SADAT, Leila Nadya; CARDEN, Richard. The new international criminal court: an uneasy revolution. In: PASSAS, Nikos (ed.) *International Crimes*. Aldershot: Ashgate, 2003, pp. 133-226.

SANDOZ, Yves. Penal aspects of International Humanitarian Law. In: BASSIOUNI, M. Cherif (edited by). *International criminal law: crimes*, vol. I. Dobbs Ferry: Transnational Publishers, 1986, pp. 209-220.

SARTRE, Jean-Paul. Sobre o conceito de genocídio. In: RUSSEL, Bertrand; SARTRE, Jean-Paul; DEDIJER, Vladimir. *Os Estados Unidos no banco dos réus*. São Paulo: Paz e Terra, 1970, pp. 430-445.

SCHABAS, William A. ICC Statute: article 6. In: TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers'*

notes, article by article. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 107-116.

\_\_\_\_\_. Os princípios de direito penal. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000, pp.149-190.

SCHWARZENBERGER, Georg. *International law as applied by International Courts and Tribunals: the law of armed conflicts*, vol. II. London: Stevens & Sons, 1968.

\_\_\_\_\_. The problem of an International Criminal Law. In: SIMPSON, Gerry (org.). *War crimes law*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 2004, pp. 5-38.

SHRAGA, Daphna. The second generation UN-Based Tribunals: a diversity of mixed jurisdictions. In: ROMANO, Cesare; NOLLKAEMPER, André; KLEFFNER, Jann (eds.). *Internationalized criminal courts and tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*. Oxford: Oxford University Press, pp. 15-38.

SIMBEYE, Yitiha. *Immunity and international criminal law*. Aldershot: Ashgate, 2004.

SIMPSON, Gerry. Politics, sovereignty, remembrance. In: MCGOLDRICK, Dominic; ROWE, Peter; DONNELLY, Eric (ed.). *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 47-61.

SINATRA, Cynthia. The International Criminal Tribunal for former Yugoslavia and the application of genocide. *International Criminal Law Review*. vol. 5 (2005). The Hague: Koninklijke Brill NV, pp. 417-430.

SLUITER, Göram. Due process and criminal procedure in the Cambodian Extraordinary Chambers. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 4 (2006). Oxford: Oxford University Press, pp. 314-326.

SMITH, A. T. H. Clarifying the criminal law: declarations in criminal proceedings. In: SMITH, Peter (ed.). *Criminal Law: essays in honour of J. C. Smith*. London: Butterworths, 1987, pp. 132-147.

\_\_\_\_\_. On *actus reus* and *mens rea*. In: GLAZEBROOK, Peter Rowland (ed.). *Reshaping the Criminal Law: essays in honour of Glanville Williams*. London: Stevens & Sons, 1978, p. 95-107.

SMITH, John C.; HOGAN, Brian. *Criminal law*. 5. ed. London: Butterworths, 1983.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002.

SORENSEN, Max (ed.). *Manual de derecho internacional publico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

SUNGA, Lyal S. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp.191-219.

SZUREK, Sandra. La formation du droit international pénal. In : ASCENSIO, Hervé ; DECAUX, Emmanuel ; PELLET, Alain (orgs.). *Droit International Pénal*. Paris: A. Pedone, 2000, pp. 7-22.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TÖNNIES, Ferdinand. *Communauté et Société: catégories fondamentales de la sociologie pure*. Paris: Presses Universitaires de France, 1944.

TRIFFTERER, Otto. Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such. In: CRYER, Robert; BEKOU, Olympia (edited by). *The International Criminal Court*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 2004, pp. 101-109.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reavaliação das fontes do Direito Internacional Público ao início da década de oitenta. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um mundo em transformação* (ensaios 1976-2001). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 19-76.

TRIVIÑO, Jaime Córdoba. *Derecho penal internacional: estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo código penal*. Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2001.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VALLE, Alexandre Del. *Guerras contra a Europa*. Rio de Janeiro: Bom Texto, 2003.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1982.

VILLALPANDO, Waldo. *De los derechos humanos al derecho internacional penal*. Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2000.

WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*. Brasília: UnB, 2004.

WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. The Hague: TMC Asser Press, 2005.

\_\_\_\_\_; NERLICH, Volker. A punibilidade dos crimes de guerra de acordo com o direito alemão. In: SILVA, Pablo Alflen da (org.). *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional Alemão*. Porto Alegre: Safe, 2004, pp. 89-121.

WILLIAMS, Glanville. *Textbook of criminal law*. 2. ed. London: Stevens & Sons, 1983.

WILLIAMS, Sarah. Genocide: the Cambodian experience. *International Criminal Law Review*. n. 5 (2005). The Hague: Koninklijke Brill NV, pp. 447-462.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores: de Nuremberg a Bagdad*. Buenos Aires: Edhasa, 2007.

ZUPPI, Alberto Luis. *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional: el camino hacia la Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Ad hoc, 2002.

## **INSTITUIÇÕES PESQUISADAS**

Universidade Federal de Pernambuco – Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife.

Universidade Católica de Pernambuco – Biblioteca Central.

Universidade Federal de Pelotas (UFPel) – Biblioteca da Faculdade de Direito de Pelotas

Universidade Católica de Pelotas (UCPel) – Biblioteca Central

London School of Economics (LSE) – British Library of Political & Economic Science

University of Oxford – Bodleian Law Library

Universidad de los Andes – Biblioteca da Faculdade de Direito

Universidad Externado de Colombia – Biblioteca Central

**SÍTIOS NA *INTERNET* DE INTERESSE**

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS NOS TRIBUNAIS DO CAMBOJA: [www.eccc.gov.kh](http://www.eccc.gov.kh).

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA: [www.sc-sl.org](http://www.sc-sl.org).

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA: [www.icty.org](http://www.icty.org)

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA: [www.ictr.org](http://www.ictr.org)

UNITED NATIONS MISSION IN KOSOVO: [www.unmikonline.org](http://www.unmikonline.org)