ESTUDOS SOBRE A JURISDIÇÃO (PENAL) INTERNACIONAL

Formas de implementação, expansão,
fragmentação e *actio popularis*

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

Estudos Sobre
a Jurisdição (Penal) Internacional:
Formas de Implementação, Expansão,
Fragmentação e *Actio Popularis*

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA

Reitor Ari Miguel Teixeira Ott

Vice-Reitor José Juliano Cedaro

EDITORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA

CONSELHO EDITORIAL

Presidente Lou-Ann Kleppa
Ariana Boaventura Pereira
Carlos Alexandre Trubiliano
Eliane Gemaque Gomes Barros
Gean Carla Silva Sganderla
Leandro Soares Moreira Dill
Márcio Secco
Marli Lúcia Tonatto Zibetti
Pedro Ivo Silveira Andretta
Ricardo Gilson da Costa Silva
Xênia de Castro Barbosa

Editora Filiada

Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

Edufro - Editora da Universidade Federal de Rondônia
BR 364, Km 9,5
Campus Unir
76801-059 - Porto Velho - RO
Tel.: (69) 2182-2175
www.edufro.unir.br
edufro@unir.br

Estudos Sobre a Jurisdição (Penal) Internacional: Formas de Implementação, Expansão, Fragmentação e *Actio Popularis*

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

Porto Velho - RO

© 2020 by Marcus Vinícius Xavier de Oliveira.
Esta obra é publicada sob a Licença Creative Commons Atribuição-Não
Comercial 4.0 Internacional.

Capa:
Vitoria Gonçalves Morão

Revisão:
Dra. Jeane Mari Spera

Projeto gráfico:
Edufro - Editora da Universidade Federal de Rondônia

Diagramação:
Guilherme André de Campos

Impressão e acabamento:
Seike & Monteiro Editora

Aprovado no Edital 01/2018/EDUFRO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR)
Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da UNIR

O482e Oliveira, Marcus Vinícius Xavier de.

Estudos sobre a jurisdição (penal) internacional: formas de implementação, expansão, fragmentação e *Actio Popularis* / Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. - Porto Velho, RO: EDUFRO, 2020.

200 p.

ISBN: 978-65-87539-34-8 (físico)

ISBN: 978-65-87539-26-3 (digital)

1. Direito Internacional. 2. Direito Penal Internacional. 3. Jurisdição Internacional. 4. Crimes Internacionais. I. Título. II. Fundação Universidade Federal de Rondônia.

CDU 341.48

A meus pais.

Para Deborah Christina e Annah Clara: por significarem
para mim muito mais do que elas podem imaginar.

Para Môr.

La Oveja Negra

En un lejano país existió hace muchos años una Oveja negra.
Fue fusilada.

Un siglo después, el rebaño arrepentido le levantó una estatua ecuestre
que quedó muy bien en el parque.

Así, en lo sucesivo, cada vez que aparecían ovejas negras eran
rápidamente pasadas por las armas para que las futuras generaciones
de ovejas comunes y corrientes pudieran ejercitarse también en la
escultura.

(MONTERROSO, Augusto. **La Oveja Negra y Demás Fábulas**.
2 ed., Madrid: Alfaguarra, 1998, p. 25)

Sumário

11	Introdução
15	1. A <i>ACTIO POPULARIS</i> NO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO
15	1.1 Introdução
19	1.2 A <i>actio popularis</i> no Direito Romano
24	1.3 A inserção da <i>actio popularis</i> no Direito Internacional: os casos Etiópia e Libéria vs África do Sul
32	1.4 Egon Schwelb e a crítica à decisão da Corte Internacional de Justiça
37	1.5 <i>Actio popularis</i> , a máxima <i>aut dedere aut judicare</i> , Direito Penal Internacional e a implementação indireta da persecução penal de crimes internacionais
60	1.6 Conclusões
61	Referências
65	Decisões Judiciais
67	2. EXPANSÃO E FRAGMENTAÇÃO NO CONTEXTO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL
67	2.1 O conceito de jurisdição no Direito Internacional
78	2.2 Breve percurso sobre o desenvolvimento da jurisdição penal internacional
87	2.3 Jurisdição penal internacional: entre expansão e fragmentação
99	2.4 Conclusões
100	Referências
107	3. O DIREITO DA EXECUÇÃO PENAL NO CONTEXTO DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO: ENTRE <i>HARD LAW</i> E <i>SOFT LAW</i>
107	3.1 Significado e contexto da internacionalização do direito

114	3.2 A internacionalização do Direito da Execução Penal
123	3.3 Persecução-garantia-dignidade dos sujeitos encarcerados: a tríade conformadora do Direito Penal no bojo de sua internacionalização
130	3.4 Conclusões
135	Referências
139	4. A DERROGAÇÃO DA LEI DE ANISTIA NO CASO BRASILEIRO: UM DILEMA ENTRE A IMPRESCRITIBILIDADE E A PROIBIÇÃO DE IRRETROATIVIDADE. UMA ANÁLISE DA CLÁUSULA <i>PRO HOMINE</i> E DO POSTULADO DA RAZÃO PRÁTICA
139	4.1 Introdução
143	4.2 A Lei de Anistia brasileira, a Emenda Constitucional 25/86 e o constitucionalismo de transição
155	4.3 A ADPF 153 e o Caso Gomes Lund
166	4.4 A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e a vedação de irretroatividade
174	4.5 Conflito entre normas internacionais de Direitos Humanos e a cláusula <i>pro homine</i>
181	4.6 Conclusões
182	Referências
187	5. CERVANTES E O DIREITO DAS GENTES: A GUERRA NO QUIXOTE
199	Sobre o autor

Introdução

“*Terra incognita*”: essa foi a expressão utilizada por um dos mais destacados teóricos acerca da relação entre Direito Internacional e direito nacional, para identificar os problemas decorrentes da vigência interna das normas do Direito Internacional, mormente no que toca à sua aplicação, uma vez internalizada a obrigação internacional, pelos órgãos do Estado¹. Importante que se lembre: quando feita essa afirmação, no distante ano de 1899, no seminal *Völkerrecht und Landesrecht* – texto que serviu de base para seu Curso na Academia de Direito Internacional, na Haia, em 1937 – Heinrich Triepel fazia referência àquilo que, academicamente, conhecemos como Direito Internacional Geral, como seja, o conjunto de princípios e regras internacionais, majoritariamente consuetudinárias, que, para ficarmos no conceito dado ao Direito Internacional pela Corte Permanente de Justiça Internacional no famoso *affaire Lotus*, “[...] régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l’indépendance des États ne se présument donc pas”², em que os conceitos de valores e interesses comuns da humanidade, se não desconhecidos, eram solenemente ignorados pelas ações dos Estados.

Entretanto, conforme se buscou demonstrar nos textos que compõem o presente livro, muito embora se possa afirmar que aquele Direito Internacional Geral tenha que conviver, nos dias que correm, com um conjunto assistemático de Direitos Internacionais Especializados autônomos *vis-à-vis*, o que deu azo àquilo que se tem denominado de fragmentação do

¹ TRIEPEL, Carl Heinrich. **Le rapports entre droit interne et le Droit International**, RCADI 62, 1937, p. 94.

² PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. *The case of S. S. Lotus*, Série A, n. 10, de September 7th, 1927, disponível em http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf, acessado em 30. jan. 2009, p. 30.

Direito Internacional³, não se pode afirmar, no mesmo passo, que esse campo normativo seja menos incógnito que o era à época de Triepel, em especial no contexto do Direito brasileiro em que, nada obstante a sua permanência na matriz curricular do curso de bacharelado em Direito desde a sua criação pela Lei de 11 de agosto de 1827, que, como é sabido, instituiu as Faculdades de Direito de Olinda (atual Faculdade de Direito de Recife) e de São Paulo (atual Faculdade de Direito da USP), no qual a disciplina constava já no primeiro ano do bacharelado, assim composto “Direito Natural, Público, Direito das Gentes” e “Análise da Constituição do Império e Diplomacia”. Para tanto, basta lembrarmos que o último grande internacionalista brasileiro que compôs o Supremo Tribunal Federal foi Francisco Rezek, que, aposentando-se da Corte em 1997, foi eleito pela Assembleia Geral das Nações Unidas para compor a Corte Internacional de Justiça para mandato de nove anos que se encerrou em 2006, tendo sido precedido, na função, por Filadelfo de Azevedo (1946/1951), Levi Carneiro (1951/1954), José Sette Câmara (1979/1988). Hoje, o Brasil se vê representado por Antônio Augusto Cançado Trindade que, tendo sido eleito em 2008 para mandato de nove anos, foi reconduzido em novembro de 2017 para um novo mandato. Se situarmos a discussão à época da Corte Permanente de Justiça Internacional, lembraremos que Rui Barbosa foi eleito para a compor entre os anos de 1921/1930; tendo ele falecido em 1923, sem ter participado de qualquer julgamento na Corte, foi substituído pelo ex-Presidente brasileiro Epiácio Pessoa, que exerceu mandato entre os anos de 1923/1930. A isso tudo se pode somar o fato de que o Instituto Rio Branco se constitui, merecidamente, num dos maiores e mais destacados centros de formação de agentes diplomáticos no mundo.

O estranhamento se torna maior ainda quando se apercebe que o Estado de Rondônia, embora se constitua em polo relevantíssimo das rela-

³ KOSKENNIEMI, Martti. **Fragmentation of international law**: difficulties arising from the diversification and the expansion of International Law - Report of the Study Group of the International Law Commission. **INTERNATIONAL LAW COMMISSION**, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006; VARELLA, Marcelo D., de Oliveira, Vitor Eduardo Tavares. *Da unidade à fragmentação do Direito Internacional: o caso Mox Plant*, Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 54, jan/jun 2009, pp. 119-140.

ções internacionais no Brasil, na América Latina ou mesmo no cenário da transnacionalização das relações econômicas – para ficarmos em alguns exemplos –, da perspectiva histórica (Tratado de Petrópolis e a consequente anexação do território do Estado do Acre e a construção da Ferrovia Madeira-Mamoré), geográfica (região de fronteira com o Estado Plurinacional da Bolívia; rota de tráfico de substanciais estupefacientes e seus problemas decorrentes no plano da segurança), ambiental (região amazônica e o Tratado de Cooperação Amazônica) e econômica (produção agropastoril, integração energética etc) –, salvo exceções realmente demarcadas, o Direito Internacional, quando aqui se faz presente, é na forma de produção intelectual exógena, no mais das vezes dissociada de uma compreensão sobre a necessidade de fixação e desenvolvimento de estudos próprios.

Nesse sentido, o *Jus Gentium* (Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional) assumiu, no contexto da Universidade Federal de Rondônia, o relevante papel de buscar efetuar estudos e pesquisas no âmbito político-jurídico do direito e das relações internacionais desde o chão comum das Terras de Rondon.

No presente livro, como delineado em seu título – **Estudos sobre a jurisdição (penal) internacional: formas de implementação, expansão, fragmentação e *actio popularis*** – reúne uma série de estudos que o autor fez sobre este relevante campo do Direito Internacional contemporâneo, o Direito Penal Internacional.

Assim, no primeiro capítulo se estuda o instituto da *actio popularis* no Direito Internacional contemporâneo, mormente a partir dos conceitos político-normativos de interesses e valores comuns da humanidade e a necessidade de se prevenir e punir os autores de crimes internacionais, em especial os chamados crimes nucleares do Direito Internacional (*core crimes*), quais seja, genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e o crime de agressão, mas também os crimes transnacionais. Já no segundo capítulo, se estuda o fenômeno da fragmentação da jurisdição penal internacional, bem como as consequências que referido fenômeno representa para a função preventiva inerente ao Direito Penal Internacional.

O terceiro capítulo versa sobre um aspecto pouco estudado no âmbito da internacionalização do Direito Penal: a internacionalização do Direito da Execução Penal, em especial na sua imediata vinculação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, com base no princípio da dignidade do sujeito encarcerado.

No quarto capítulo, o autor apresenta uma reflexão acerca das possibilidades normativas do mandado de derrogação da Lei de Anistia brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia), tendo como contraponto, de um lado, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, julgada, em 2010, pelo Supremo Tribunal Federal, e, de outro lado, o problema da solução de antinomias reais no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a partir da cláusula *pro homine*.

Por fim, o último capítulo se constitui na tradução que o autor fez de um texto seminal nos estudos entre Direito Internacional e literatura – um dos campos aos quais ele se dedica e se constitui em linha de pesquisa própria do *Jus Gentium* –, a saber: **Cervantes e o Direito das Gentes: a guerra no Quixote**, de Dom Antonio Royo Villanova, que foi professor de Direito Internacional na Universidad de Zaragoza, e que corresponde à conferência por ele ministrada no ano letivo de 1905, por ocasião do tricentenário da publicação de Dom Quixote de la Mancha. O texto, conforme determinado pela Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas e pelas leis de Direitos Autoriais brasileira e espanhola, encontra-se em domínio público, haja vista ter sido publicada antes do ano de 1923.

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira
Terras de Rondon, primavera de 2018.

1. A *ACTIO POPULARIS* NO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO

1.1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo central demonstrar que a *actio popularis* é um instituto vigente e aplicável no contexto do Direito Internacional, mormente em razão de ele constituir, como se procurará demonstrar, o fundamento que permite aos Estados, no exercício de suas jurisdições penais extraterritoriais, exercerem a persecução penal dos acusados do cometimento de crimes internacionais, próprios ou transnacionais. Para comprovar essa hipótese, dever-se-á, entretanto, e inicialmente, enfrentar, sob perspectiva crítica, a decisão da Corte Internacional de Justiça no contexto dos casos Etiópia e Libéria *v.* África do Sul (*South-West Africa Cases*), bem como buscar uma reconstrução histórica do instituto em sua origem romana.

Portanto, a discussão acerca da vigência e aplicabilidade do instituto da *actio popularis* no Direito Internacional contemporâneo, e que se liga diretamente à regra *aut dedere aut judicare*, bem como seus significados e efeitos, cuja origem remonta, até onde pudemos aferir, aos casos Etiópia e Libéria *v.* África do Sul (*South-West Africa Cases*), constitui-se, conforme se procurará demonstrar nas linhas que seguem, em tópico privilegiado para se dilucidar as diferenças existentes entre os sistemas internacionais westfaliano⁴ e da Carta⁵, mormente no que concerne à legitimidade para os Estados atuarem na proteção daquilo que M. Sherif Bassiouni denomina de valores e interesses comuns (*common-shared values e common-shared interests*) da sociedade internacional, com especial ênfase nos campos do Direito Penal Internacional (proscrição e persecução dos autores de crimes internacionais próprios e/ou transnacionais), cuja vin-

⁴ JOSÉ BREMER, Juan. *De Westfalia a post-Westfalia: hacia un nuevo orden internacional*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 66-67.

⁵ WEIL, Prosper. *Le Droit International en quête de son identité*, RCAD vol. 237, 1992, p. 28.

culação, ademais, com o Direito Internacional dos Direitos Humanos é mais do evidente: é de essência⁶.

O estudo do instituto é importante porque, nada obstante a defesa da tese feita pelos internacional-constitucionalistas, segundo a qual a sociedade internacional contemporânea já se constitua em uma Comunidade Internacional⁷, parecem-nos mais acertadas as afirmações de Pastor Ridruejo, Thomas Kleinen, Prosper Weil, dentre outros autores, para os quais, de fato, isso ainda não ocorreu. Para aquele primeiro, a característica mais destacada da sociedade internacional contemporânea é a de se encontrar numa fase de transição de uma sociedade de justaposição (modelo westfaliano de Estados independentes) para uma sociedade de cooperação (modelo da Carta), em que, ao lado dos interesses particulares dos Estados, passa-se a ter um maior compartilhamento de interesses e valores universais e/ou comuns que devem ser protegidos não pelo Estado, mas pelos Estados, baseados em um regime de cooperação que tem, na juridicização (Direitos Internacionais Especiais), na institucionalização (constituição de Organizações Internacionais e/ou regimes internacionais) e na jurisdicionalização

⁶ “The identification, application and enforcement of commonly-shared values and commonly-shared interests by the modern international legal system presuppose the existence of a community that postulates certain universal objects and moral imperatives requiring certain actions and compelling the refraining from others. From there we identify the boundaries that limit the actions of states, impel them to cooperate for the common good and act in the common interest. To argue that this is exclusively a moralistic approach is to ignore all that which common experience teaches based on the lessons of justified pragmatic considerations, enlightened self-interest, and prudent judgment. An international community is not therefore dependent on the existence or even the desirability of a world government”. (BASSIOUNI, M. Cherif. *The perennial conflict between international criminal justice and realpolitik*, 38th Henry J. Miller Distinguished Lecture, Georgia State University College of Law, disponível em http://law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/Miller-Lecture-S06-BassiouniDraft.pdf, acesso em: 15 mai. 2012.)

⁷ “The international legal order is not the same as it was 66 years ago [...] today a community [...] would seem to come closer [...] to really than any time before [...] States live [...] within a legal framework of a limited number of basic rules which determines their basic rights and obligations with or without their will [...] every State receives its legal entitlement to be respected as a sovereign entity, the constitution of international society [...] community being a term suitable to indicate a closer union than between members of a society [...] Thus, Article 2 (1) of the UN [...] Article 38 of the Statute [...] Article 26 of the Vienna Convention [...] good faith. All of these principles and rules may be relied upon to identify the juridical architecture of the international system [...]”. (TOMUSCHAT, Christian. *Obligations arising for States without or against their will*, RCADI 241, 1993, p. 211-212.)

(sistemas judiciais ou quase-judiciais de soluções de controvérsias), as suas marcas mais significativas⁸.

Já para Kleinen, o que existe, de fato, é uma Comunidade Internacional em potência, posto que, para sua concretização na facticidade histórica, deveriam estar presentes os “[...] elementos centrais da dimensão dogmática da teoria da constitucionalização [...]”, quais sejam “[...] a hierarquia das normas do direito internacional, o desenvolvimento de uma ordem universal que objetive a proteção dos bens comuns e a vinculação normativa do exercício das competências públicas para além do Estado”⁹.

Nesse sentido, esse estado paradoxal de já, mas ainda não – restando pensar-se, doutro polo, se a efetiva constitucionalização da sociedade internacional é, de fato, factível e desejável¹⁰ –, tem causado não poucas perplexidades nos estudiosos do Direito Internacional, pelo que muitos têm apelado ao fato de que, com a queda do muro de Berlim em 1989 e os seus desdobramentos posteriores, a sociedade internacional tenha ingressado numa fase de transformações efetivas e concretas rumo à Comunidade Internacional.

Importante, entretanto, repisar as lições de Prosper Weil em seu *Cour Général* na Haia, em 1992, que, se firmando nas lições de Maurice Bourquin de 1931¹¹, afirma que a ideia de que a queda do muro de Berlim e o fim do império soviético teriam dado novo impulso ao Direito Internacional não passa de um *trompe-l'oeil*. Em verdade, reportando-se às lições de

⁸ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 18. ed., Madri: Tecnos, 2014, p. 48-49.

⁹ KLEINEN, Thomas. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht: einer idealistischen Völkerrechtstheorie*, Heildeberg: Springer, 2012, p. 315.

¹⁰ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 2, 2016, p. 424.

¹¹ “C’est devenu une banalité de dire que le droit international est en pleine transformation. Non seulement ses emprises sur la vie des peuples se multiplient, mais les conceptions qui l’inspirent subissent un profond renouvellement... S’il n’y a point, à vrai dire, de solutions de continuité, il y a des phases d’évolution rapide, où le paysage ancien se désagrège sous les regards du spectateur, pour laisser apparaître l’ébauche d’un paysage nouveau, dont le temps précisera les contours et qui finira par régner sans partage. Que nous soyons dans une telle période, trop de signes l’attestent pour qu’il soit permis d’en douter. C’est ce qui fait aujourd’hui l’intérêt passionnant du droit international. C’est ce qui fait en même temps la difficulté de son étude”. *Apud* WEIL, *Le Droit International en quête...*, p. 26.

Gerald Fitzmaurice, o autor alude ao contínuo processo de transformações e mudanças que acompanham o Direito Internacional desde sempre, insistindo, ademais, que, apesar da contínua institucionalização da sociedade internacional, os Estados continuam os sujeitos internacionais *par excellence*, mesmo em campos tão prenhes de significados humanitários como o Direito Internacional dos Direitos Humanos¹².

O mesmo para Malcolm Shaw, para quem, nada obstante o

[...] aumento do número de atores e participantes no sistema jurídico internacional, os Estados permanecem, de longe, como as pessoas coletivas mais importantes e, apesar do aumento da globalização e de tudo o que isso implica, os Estados mantêm a sua atração como o principal foco da atividade social humana e, portanto, do Direito Internacional¹³.

Segue na mesma direção Shabtai Rosenne, quando afirma que as transformações pelas quais o Direito Internacional tem passado não lhes são nem estranhas nem lhes retira o seu caráter perene de fator regulante da sociedade internacional conformada, principalmente, mas não exclusivamente, por Estados. Muito pelo contrário, se o Direito Internacional ainda permanece como critério imperioso para as relações entre os Estados, é em razão mesmo dessa sua capacidade de adaptação às constantes mudanças pelas quais tem passado a sociedade internacional, e isso em razão do papel preponderante que o princípio da boa-fé sempre ocupou no âmbito das relações internacionais¹⁴.

Assim, o tema abordado no presente trabalho parece se constituir num dos meios pelos quais as conhecidas deficiências do Direito Internacional, sinteticamente alocadas por Pastor Ridruejo nas expressões

¹² WEIL, *Le Droit International en quête...*, p. 100-128.

¹³ SHAW, Malcolm. *International Law*, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 197.

¹⁴ ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of modern International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 449-455.

“carências institucionais” e “politização alargada”¹⁵, poderiam ser mitigadas, mormente porque pressuporia não a infirmação das jurisdições nacionais (*rectius*: soberania), mas a exigência de atuação concreta e institucionalmente adequada dos Estados na defesa dos valores e interesses comuns da humanidade, que tem, nos Direitos Humanos e na proscrição dos crimes internacionais, em especial os em *stricto sensu* (Genocídio, Crimes Contra a Humanidade, Crimes de Guerra e Crimes de Agressão), o *locus* central de conformação.

1.2 A *actio popularis* no Direito Romano

O instituto de que cuida o presente trabalho tem sua origem situada no Direito Romano.

Para Aron X. Fellmeth e Maurice Horwitz, a *actio popularis* tinha por fundamento a ideia de que tanto o Estado como qualquer cidadão detinham legitimidade para pleitear judicialmente a proteção de interesses públicos, constituindo-se, nesse sentido, numa “*qui tam action*”, expressão que tem origem na sentença “*qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*”, do que exsurge a ideia de uma corresponsabilidade e legitimidade concorrente entre cidadãos e o Estado. Esse “*qui tam*” constitui-se, portanto, no principal fundamento pelo qual a maior parte dos ordenamentos jurídicos da família romano-germânica, pelo menos em suas fases de regimes republicanos e/ou democráticos, tem assegurado *actiones populares* para que o cidadão proponha medidas judiciais que objetivam a tutela de interesses públicos¹⁶.

No mesmo sentido, asseverava M. Seabra Fagundes, para quem:

¹⁵ “Comparado com os Direitos internos dos Estados, o Direito Internacional Público se nos apresenta como uma disciplina especialmente problemática, caracterizada por umas denunciadas carências institucionais que causam incertezas e relativismos no plano normativo, graves insuficiências na prevenção e na sanção de [sua] violação e uma politização alargada – ainda que não absoluta – na solução de controvérsias, quando não na impossibilidade de sua resolução” PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales...*, p. 23.

¹⁶ FELLMETH, Aron X., HORWITZ, Maurice. *Guide to latin in International Law*, Oxford: New York: Oxford University Press, 2009, 12/240.

Ação popular é aquela por meio da qual o indivíduo provoca o pronunciamento do órgão judicante (em nosso regime político o Poder Judiciário) sobre atos ou abstenções da Administração Pública, que, não ferindo direito seu, afetem, de qualquer modo, o direito objetivo no que concerne aos serviços públicos, ao domínio do Estado, às servidões administrativas e às obrigações públicas. É instrumento posto a serviço dos membros da coletividade para o controle permanente da legitimidade extrínseca (e, às vezes, também intrínseca) do procedimento administrativo. No dizer de Gascon y Marin, completa o regime de direito a que se vincula a Administração Pública. Segundo Ranelletti, a ação popular pode ter sentido corretivo, se visa a reparar erro da Administração na realização do direito, e supletivo quando procura suprir a inércia da autoridade pública fazendo executar lei, cuja aplicação se descurou¹⁷.

Para Adolf Berger, as *actiones populares* consistiam em

[...] ações que podiam ser propostas por “qualquer um do povo” (*quivis [quilibet] ex populus*). Elas tiveram origem pretoriana, [e] objetivavam proteger o interesse público (*ius populi*). Eram de natureza Penal e, em caso de condenação do infrator, o demandante recebia a penalidade paga [...]. Contudo, algumas foram estabelecidas em leis ou Ordenações, em que a pena era paga para o Estado ou para o tesouro municipal, ou dividido entre o *aerarium* e o acusador, como, por exemplo, a prevista em um decreto do Senado para o caso de danos aos aquedutos (D. 47, 23)¹⁸.

Contudo, para Egon Schwelb, essa afirmação peremptória de que se constituíam essencialmente em ações de natureza penal não é certa. Com efeito, conforme Schwelb:

¹⁷ FAGUNDES, M. Seabra. *Da ação popular*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946, pp. 1-2.

¹⁸ BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953, p. 347.

No direito romano, a *actio popularis* era uma ação que era proposta por qualquer membro do público (*quivis ex populo*). As duas ações populares mais importantes e mais conhecidas descritas abaixo tinham certo elemento penal e de ordem pública [*policing*], mas não eram tanto ‘instituições do direito penal romano’, mas parte do direito das obrigações. Surgiram no âmbito de ações originadas de *quasi ex delicto*, [que] muitas vezes, não muito precisamente, [são] chamadas de ‘quase-delitos’. Os assim chamados quase-delitos eram instituições não da antiga lei penal romana, mas da lei pós-clássica e, principalmente, do código Justiniano. Um quase-delito era um fato que, sem ser um delito, criava obrigações semelhantes às decorrentes de um delito, isto é, [a] responsabilidade de pagar indenização e, em determinados casos, responsabilidade criminal. A *actio de deiectionibus vel effusionibus* se movia em face do proprietário do imóvel de onde coisas tinham sido jogadas ou líquidos derramados, de modo a prejudicar as pessoas na rua. O proprietário também era responsável se seu escravo, convidado ou criança tivesse sido responsável pelo lançamento ou despejo. O pretor romano concedia a *actio de posito et suspeso* a todos os cidadãos quando as coisas eram dispostas ou suspensas no exterior de uma casa ou numa janela de forma a pôr em perigo os transeuntes¹⁹.

Esse problema, pertinente à natureza da *actio popularis* no Direito Romano, isto é, saber se se constituíam em ações de caráter civil e/ou penal, pode ser solvido em duas obras do romanista Theodor Mommsen. A primeira, contida no volume 3 de suas *Gesammelte Schriften*, no qual consta um artigo sobre as Ações Populares [*Popularklagen*], e a outra, no seu Direito Penal Romano, especificamente o Capítulo II, do Livro III, que trata do procedimento penal, intitulado “[D]As partes e da Assistência Jurídica no Procedimento Acusatório”.

Em seu Ações Populares, MOMMSEN inicia seu trabalho contestando a opinião defendida por Brunswick, segundo a qual o conceito de ação popular se aplicava àquelas demandas que poderiam ser propostas por qual-

¹⁹ SCHWELB, Egon. *The actio popularis and International Law*, Israel Yearbook on Human Rights, v. 2, 1972, p. 47.

quer do povo, mas desde que delas redundassem benefícios ou vantagens próprias, em especial a coparticipação na percepção das multas aplicadas. Mommsen aponta o equívoco dessa concepção ao sustentar que, segundo as fontes, *popularis* seriam aquelas ações que poderiam ser propostas por qualquer cidadão e, diversamente do que sustentado por aquele autor, por elas se tutelavam o *interesse da comunidade*²⁰ e não interesses indiretos que poderiam ser aferidos pelo demandante. Confirma a hipótese mommseana o fato de o autor-popular, em caso de urgência, poder propor uma *populare interdictum*, que, como toda medida dessa natureza²¹, tinha por função permitir a intervenção imediata do órgão competente (judiciário ou governamental, a depender da esfera de competência) para prevenir ou determinar a cessação de dano à coisa pública. Uma vez interposta a ação popular, uma consequência de seu acolhimento seria a determinação de restituição da *res publica* ao seu estado anterior, bem como a imposição de multa, de caráter civil ou penal, que poderia ou não ser atribuída ao autor popular.

Já no Capítulo II do Livro III de seu Direito Penal Romano²², Mommsen informa que, na segunda etapa histórica do processo penal romano, coincidente com a República, o antigo modelo inquisitorial fora substituído pelo sistema da *actio*, o que pressupôs a instituição de um sistema acusatório em que o juiz ocupava uma função equidistante das partes.

²⁰ “[...] *popularis* bezeichnet die Handlung, die von jedem Bürger vorzunehmen ist [...]. Als Motiv dieser Anordnung bezeichnen die Rechtslehre nicht, wie Bruns will den Vorteil des Klägers, sondern das Interesse der Gemeinde“. MOMMSEN, Theodor. *Gesammelte Schriften*: Juristischen Schriften, 3 v. V. 3, Berlin: Weidmannsche Buchhanlung, 1907, p. 376-377.

²¹ “An order issued by a praetor or other authorized official (proconsul in the provinces) at the request of a claimant and addressed to another person upon whom a certain attitude is imposed: either to do something or to abstain from doing something. The interdictal procedure is more administrative than judicial in nature and differs from a normal trial in that there is no division of the proceedings into two stages inasmuch as the issuance of an interdictum depends upon the magistrate as an act of his imperium, not of jurisdiction. The interdictum is a provisory remedy with the purpose of protecting existing situations by a quick decision of the official. It fulfills its task-a speedy ending of a controversy-only when the adversary complies with the order. If he does not, the subsequent procedure which assumes the form of a normal trial, though not without certain particularities resulting from the fact that an interdict had been issued, is rather complicated and perhaps even slower than an ordinary process”. BERGER. *Encyclopedic dictionary of Roman Law...*, p. 507.

²² MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1899, p. 366 e ss.

Ora, se somente no período do Império surgirá a figura do *procuratoris principis*, a quem competia exercer a acusação? Di-lo Mommsen:

A base do procedimento acusatório era a seguinte: aquele que a propunha em representação à Comunidade [Vertretung der Gemeinde] em razão dos danos que lhe foram impingidos, uma pessoa tomava sobre si referido encargo e assumia referida responsabilidade, [mas] não de ofício, isto é, em razão de seu cargo, mas por própria e livre resolução. Esta pessoa era o acusador ou demandante [...] O fato de não [se] exercer a ação ou demanda em razão do delito poderia dar origem a desvantagens jurídicas àquele que não a exercesse, enquanto que o seu exercício poderia produzir vantagens jurídicas aos acusados. Entretanto, não existia no direito meio coativo algum para obrigar alguém a interpor a ação, de modo que se nenhuma pessoa acusasse por sua própria vontade, o delito restava impune, salvo as hipóteses em que intervinha a *cognitio* [...] ²³.

Em síntese, portanto, se pode concluir que as ações populares no direito romano não eram identificadas pela natureza jurídica da causa – civil, quase-delito ou delito –, mas: a) pela legitimidade ativa atribuída a qualquer cidadão, b) pela natureza jurídica do interesse tutelado, a saber, coletivo [*res publica; interesse der Gemeinde*] e c) pela intenção que movia o autor popular, isto é, preservar o interesse coletivo ante as insuficiências institucionais do regime jurídico, uma vez que, sem a sua intervenção, ele encontrava-se sob ameaça de dano.

Que o processo penal republicano se assentasse sobre a acusação popular como forma de se evitar a impunidade, haja vista a inexistência de órgão público dotado de titularidade exclusiva para a ação, constitui-se em uma circunstância bastante significativa para se dilucidar a *actio popularis* tal como prevista no Direito Internacional contemporâneo, em especial no

²³ MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*..., p. 366.

tema relativo aos crimes internacionais, já que, sem a atuação dos Estados no tocante ao binômio prevenção-persecução, remanesceria aquele fato que se pretendia evitar com a acusação popular, a saber, a impunidade.

1.3 A inserção da *actio popularis* no Direito Internacional: os casos Etiópia e Libéria vs África do Sul

Conforme indicado nas linhas iniciais, até onde se pode divisar nas pesquisas efetuadas, a *actio popularis* ingressou nos debates do Direito Internacional a partir dos Casos Etiópia e Libéria v. África do Sul, julgados pela Corte Internacional de Justiça entre os anos de 1962 e 1964, tendo por substrato fático-jurídico as distorções promovidas pela África do Sul, na execução do mandato de tutela outorgado pela Liga das Nações, logo após o término da Primeira Grande Guerra Mundial.

Até então, o Sudoeste Africano constituía-se em colônia alemã, cuja ocupação se dera durante o II Reich, sob o reinado do Kaiser Wilhelm I e a chancelaria de Bismark, que logo após a Conferência de Berlim se lançou à ocupação dos “espaços vazios” que restavam no continente africano. Vazio, no entanto, de ocupações coloniais europeias, uma vez que referido território era habitado pelas etnias herero e ovambo, sendo que aqueles se tornaram as primeiras vítimas do “crime dos crimes” que se daria no continente europeu durante a Primeira (com os armênios) e a Segunda Grandes Guerras (com judeus e ciganos): o genocídio. Diga-se, somente de passagem, que só recentemente se reconheceu o genocídio contra os herero. Mesmo um autor tão destacado em seus estudos acerca da origem do genocídio como Schabas, reconhece-o somente desde o armênio, e não antes, muito embora faça eco à famosa frase sartriana, segundo a qual “[...] o genocídio é tão antigo como o mundo”²⁴.

O Sudoeste Africano somente conquistou sua independência da África do Sul em 1990, quando, após a luta pela descolonização, forte-

²⁴ SCHABAS, William A. *Genocide in International Law: the crime of crimes*, 2th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p.1 e ss.

mente apoiada, em nível político, pelas Nações Unidas, e militarmente pela Angola pós-descolonização, constituiu-se na hoje República da Namíbia²⁵.

Como já dito, as demandas foram propostas em 4/11/1960 pela Etiópia e pela Libéria, tendo por objeto o mandato outorgado à África do Sul pela Liga das Nações. Em razão de este organismo ter sido sucedido pelas Nações Unidas, o mandato detinha a natureza de tratado internacional vigente, bem como os deveres e obrigações dele decorrentes²⁶. Em referidas reclamações, os Governos alegaram a jurisdição da Corte com fundamento nos artigos 8º, I da Carta das Nações Unidas, artigo 7 do Mandato e 37 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Tendo a África do Sul sido notificada para apresentar a sua defesa preliminar, em 30/11/1961 ela apresentou suas Objeções Preliminares, pelo que foram suspensos os procedimentos de análise do mérito. Nesse interregno, tanto os demandantes como a demandada apresentaram juízes *ad hoc*, nos termos do artigo 31, §3º do Estatuto da Corte.

A base da reclamação tinha por objeto o fato de que a África do Sul havia modificado de forma substancial e unilateral os termos do mandato outorgado pela Liga das Nações, bem como violado os deveres de prestação de contas mediante a apresentação anual de Relatórios às Nações Unidas, deixando de dar cumprimento a seus deveres de promover o bem-estar econômico e moral da população, mormente por ter instituído em referido território a política de Apartheid já vigente no seu território, práticas com as quais ela

[...] adotou e aplicou legislação, regulamentos administrativos e ações oficiais que suprim[iram] os direitos e as liberdades dos habitantes do

²⁵ INSTITUTO DEL TERCER MUNDO. *Enciclopédia do mundo contemporâneo*, São Paulo: Publifolha/Rio de Janeiro: Editora Terceiro Milênio, 2002, p. 434-436.

²⁶ É importante lembrar, ademais, que a Corte Internacional de Justiça já afirmara, em outra ocasião, que o mandato outorgado pela Liga das Nações à África do Sul constituía-se: a) em um tratado internacional, b) vigente e c) que deveria ser cumprido de boa-fé por este Estado no contexto do sistema da Carta, conforme estabeleceram as resoluções aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas por ocasião de sua Primeira Seção de 1946. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *International Status of South-West Africa*. Advisory Opinion of July 11th, 1950. Disponível em <http://www.icj-cij.org/files/case-related/10/010-19500711-ADV-01-00-EN.pdf>. Acessado em 12 dez. 2016.

Território, essenciais à sua evolução ordenada para o autogoverno, cujo direito é implícito no Pacto da Sociedade das Nações, aos termos do Mandato e aos padrões internacionais [...] aceitos, consagrados na Carta das Nações Unidas e na Declaração dos Direitos do Homem [...] ²⁷.

O Juiz Bustamente²⁸, em seu voto em separado, destacou expressamente quais seriam esses direitos: liberdade pessoal e proibição de escravidão, liberdade de consciência e de religião, proibição de discriminação perante o Mandatário e acesso à educação, desenvolvimento econômico e independência política.

Nesse ponto, é importante citar as diversas Resoluções que a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou em sua Primeira Seção, no ano de 1946, acerca da absorção pelas Nações Unidas das funções políticas, acordos, tratados, bens etc. existentes sob o regime da Liga das Nações, com especial ênfase na relação sistema de mandato (Liga das Nações) – sistema de tutela (Nações Unidas)²⁹. Assim, esquematicamente, tem-se que: a) pela Resolução 9 (I) de 09/02/1946, a Assembleia Geral reconheceu que as sociedades sem capacidade de auto-governo constituam uma das principais causas de conflitos internacionais, pelo que assumiu a administração provisória dos regimes de mandato da Liga das Nações nos termos do artigo 79 da Carta das Nações Unidas, tendo decidido, doutro polo, pela criação da Comissão de Tutela; b) pela Resolução 24 (I), de 12/02/1946, a Assembleia Geral decidiu pela constituição de comissão interorganizacional de gestão do processo de transferência das atividades administrativas e políticas da Liga das Nações para as Nações Unidas, bem como os respectivos documentos, acordos, tratados, bens etc., dentre os quais se encontravam os

²⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Preliminary Objections. Judgment of 21 December 1962. Disponível em <http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-00-EN.pdf>. Acessado em 20 jan. 2016, p. 14.

²⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Preliminary Objections. Separate Opinion of Judge Bustamante. Judgment of 21 December 1962. Disponível em <http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-02-EN.pdf>. Acessado em 20 jan. 2016.

²⁹ As resoluções foram consultadas no seguinte sítio <http://research.un.org/en/docs/ga/quick/regular/1>. Acessado em: 22 jan. 2016.

acordos relativos aos mandatos, *ex vi* da Resolução 51 (I), de 14/12/1946; pelas Resoluções 63, 64 e 65 (I), respectivamente, de 13 e 14/12/1946, a Assembleia Geral aprovou a criação do Conselho de Tutela (Resolução 63), e os Acordos de Tutela referentes aos territórios da Nova Guiné (Austrália), Ruanda-Urundi (Bélgica), parte do território de Camarões (França), parte do território de Togolândia (França), Samoa Oeste (Nova Zelândia), Tanganica (Reino Unido), parte do território de Camarões (Reino Unido) e parte do território de Togolândia (Reino Unido) (Resolução 64). No que toca à Resolução 65, a Assembleia Geral indeferiu o pedido formulado pelo Governo da África do Sul de anexar o território do Sudeste da África e, reportando-se às Resoluções 63 e 64, concitou a África do Sul a lhe apresentar projeto de Acordo de Tutela sobre o território, bem como que ela, enquanto não provisse o projeto e ele fosse aprovado, continuasse a exercer, de conformidade com o Mandato outorgado pela Liga das Nações, a administração do território.

A África do Sul, em sua Defesa Preliminar, alegou que os dois Estados não detinham *locus standi* para promover o contencioso, sendo que em suas sustentações orais reforçou referida ideia ao infirmar a existência de jurisdição da Corte para julgar a contenda, mormente porque: a) com a dissolução da Liga das Nações, o Mandato decaía de vigência; b) que tanto a Libéria como a Etiópia, por não terem sido membros da Liga das Nações, careciam de *locus standi* para pleitear a jurisdição da Corte no que tange ao Mandato, e c) que a Libéria e a Etiópia careciam de interesse processual na interposição da reclamação internacional, porque o território do Mandato não pertencia a nenhum desses Estados nem apresentava qualquer violação a direitos de seus nacionais.

Na primeira fase, portanto, a Corte Internacional de Justiça apreciou a arguição de incompetência da Corte, tendo por parâmetro, de um lado, a alegação dos proponentes, que o fizeram, como visto, pela combinação dos artigos 8º, I da Carta das Nações Unidas, 7 do Mandato e 37 do Estatuto, e de outro lado, aferir se a Etiópia e a Libéria detinham, de fato, *locus standi*, mormente a partir do precedente advindo do caso *Mavrimatis Palestine Concessions* da Corte Permanente de Justiça Internacional (doravante

CPIJ), segundo o qual, o *locus standi* adviria da existência de uma desavença [disagreement] “[...] on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between two persons”, cuja aferição deveria ser encontrada no caso concreto desde a sua facticidade histórica e da oposição jurídica que a pretensão de fato ou de direito concretiza, e não, somente, dos argumentos que as partes em litígio enunciavam.

Para a Corte, a existência da lide encontrava-se perfeitamente clara ante a desavença acerca dos cumprimentos dos termos do mandato pela África do Sul, uma vez que o mandato, tendo sido conferido pela Liga das Nações, tinha por fundamento “[...] o reconhecimento de determinados direitos [comum a todos os] povos [para os] povos de um território sub-desenvolvido; o estabelecimento de um regime de tutela por uma nação desenvolvida como [um] mandato em nome da Liga das Nações; o reconhecimento de uma ‘sagrada confiança da civilização’ [sacred trust of civilisation] outorgado à Liga como comunidade internacional organizada e aos Estados membros”. Este [sistema de Mandato é] dedicado ao objetivo declarado de promover o bem-estar e o desenvolvimento de tais povos, reforçado por meio da criação de salvaguardas para a proteção de seus direitos. Nesse sentido, os interesses e poderes que o mandatário recebia se constituíam em meros instrumentos [*tools*] para a fiel execução dos objetivos desse instrumento. Em outros termos, ao assumir o mandato, assumia *eo ipso* os deveres e obrigações inerentes ao regime, não lhe subsistindo qualquer interesse externo a seu fiel cumprimento perante a comunidade internacional e a Liga das Nações, quais sejam, a de prestar, anualmente, contas do mandato e a implementação de suas cláusulas fundamentais, e de outro lado, a de exercê-lo de conformidade com a “sagrada confiança da civilização”.

No que tange à natureza jurídica do mandato, a Corte reconheceu, expressamente, constituir-se em tratado internacional celebrado entre a África do Sul e o Conselho da Liga das Nações, e que se distanciava dos tratados internacionais anteriores pelo fato de ter sido celebrado não entre dois Estados, mas entre um Estado e uma Organização Internacional. Isso porque, em razão da absorção da Liga das Nações e da Corte Permanente

de Justiça Internacional pelas Nações Unidas e a Corte Internacional de Justiça, o referido mandato encontrava-se sob a autoridade daquela primeira e sob a jurisdição dessa última, e, uma vez que os litigantes eram membros das Nações Unidas, bem como aceitaram a jurisdição da Corte, ao ratificarem o seu Estatuto, a jurisdição contenciosa prevista no artigo 7º do mandato poderia por ela ser exercida.

No que tange ao tema do *locus standi*, a Corte considerou-a presente em razão de: a) o regime jurídico do mandato pressupor não somente a tomada de contas pela então Comissão Permanente de Mandatos e pela Assembleia Geral da Liga das Nações, mas também pelos Estados membros, que podiam requerer informações adicionais quanto ao seu cumprimento. Na opinião da Corte, a única forma efetiva de proteger esse regime era a de um Membro ou Membros da Liga invocar o artigo 7 e apresentar uma demanda contra o Mandatário, invocando a jurisdição da Corte Permanente de Justiça Internacional, sendo que, em razão de a Liga das Nações ter sido absorvida pelas Nações Unidas, referidos direitos, obrigações e jurisdição continuavam em vigência em razão do princípio geral do direito da continuidade dos mandatos, que fora direta ou indiretamente reconhecido pelos Estados que participaram das discussões na Assembleia Geral das Nações Unidas, quando do debate acerca da assunção de tais mandatos por esse organismo.

Nesse sentido, a afirmação de que os Estados demandantes detinham *locus standi* para provocarem a jurisdição contenciosa da Corte se submia na ideia de que, ao atuarem como membros da comunidade internacional, com o objetivo de, por um lado, assegurar o fiel cumprimento do mandato fundado sobre a “sagrada confiança da civilização”, e que tinha, por outro lado, o objetivo declarado de promover o bem-estar e o desenvolvimento dos povos submetidos a referido regime, o que era reforçado pela criação de salvaguardas para a proteção de seus direitos, os Estados agiam na forma de uma *actio popularis*, vale dizer, objetivavam não a tutela de um interesse particular, mas de interesses comuns da sociedade internacional que estavam sendo violados tanto pela ausência de prestação de contas pelo mandatário, como pelo estabelecimento de uma política de Estado, que em

período posterior veio a ser considerada como genuíno crime internacional próprio – conforme previsto no *International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid*, de 1973.

Entretanto, é importante frisar que, diversamente do que se poderia esperar, a expressão *actio popularis* somente foi empregada pelo então Presidente M. Winiarski para negar que os Estados demandantes detinham *locus standi*, pois, em sua concepção, o Direito Internacional não o reconhecia como instituto vigente nem em 1919-1920, nem à época do julgamento das questões preliminares:

The characteristic feature of this alleged supervision was that it could be brought into operation by any Member of the League which considered that there existed between it and the mandatory administration “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views” on the way in which the Mandatory was exercising its Mandate. Reference has been made in this connection to an institution under the old Roman penal law known as “*actio popularis*” which, however, seems alien to the modern legal systems of 1919-1920 and to international law. Is it possible that such can have been the common intent of the framers of the Mandate instruments? There is no evidence for it, it has been asserted without any attempt to show that it was so; on the contrary, it would seem that the circumstances in which the Mandate was established exclude such an eventuality³⁰.

Por fim, o último ponto alegado pela África do Sul na infirmação da jurisdição da Corte – a de que não existiria um litígio entre os demandantes, mormente porque, desde 1946, ela se encontrava em processo de negociação diplomática com as Nações Unidas para estabelecer o Acordo nos termos do sistema de tutela, e que, portanto, a Etiópia e a Libéria também participavam dessas deliberação na forma de Estados membros das Nações Unidas –, a Corte o rechaçou sob o argumento de que, seja com a

³⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Preliminary Objections. Dissenting Opinion of President Winiarski. Judgment of 21 December 1962. Disponível em <http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-05-EN.pdf>. Acessado em 20 jan. 2016.

propositura da demanda seja nos procedimentos orais, restou clara a existência de uma lide em torno à execução do mandado, não subsumível nem abrangido pelas negociações coletivas havidas nas Nações Unidas.

Assim, por oito votos a sete, a Corte Internacional de Justiça, afastando as objeções formuladas pela África do Sul, declarou-se competente para julgar as demandas propostas pela Libéria e a Etiópia.

Contudo, na segunda fase de julgamento do caso, em 1966, a Corte, seguindo o voto proferido pelo então Juiz-Presidente M. Winiarski, quando da apreciação das Objeções Preliminares, decidiu, por maioria, não conhecer das reclamações propostas pelos Estados, conforme resta evidenciado na Ementa da decisão:

Alleged contraventions of League of Nations Mandate for South West Africa - Question of the legal status of the Applicants-Status governed by their position as former members of the League - Antecedent question arising on the merits of the case whether Applicants, as individual States former members of the League, have any legal right or interest in the subject-matter of their claim - Character of the mandates system within the framework of the League-Effect of Article 22 of the League Covenant instituting the system generally - Obligations of each mandatory defined its particular instruments of mandate - Structure of these instruments - Clauses conferring in respect of the mandated territory direct commercial or other special rights on League members its their capacity as separate States - Clauses providing for the carrying out of the mandate as a "sacred trust of civilization" in regard to the inhabitants of the territory-Mandatory's obligations under latter class of clauses owed to League as an entity, not to member States individually - Lack of any legal right for member States individually to claim performance of these obligations -Additional rights not acquired by reason of dissolution of the League.

Political, moral and humanitarian considerations not in themselves generative of legal rights and obligations.

Jurisdictional clause of the mandates - Effect of decision given by the Court in 1962 on the question of its competence - Relationship between decisions on a preliminary objection and any question of merits

-Inability in principle of Jurisdictional clauses to confer substantive rights - Capacity to invoke a jurisdictional clause does not imply existence of any legal right or interest relative to the merits of the claim - Interpretation of jurisdictional clause of the mandates - Jurisdictional clauses of the minorities treaties not comparable - Analysis of League practice in respect of mandates - Inconsistency with existence of rights now claimed by the Applicants.

Functions of a court of law - Limits of the teleological principle of interpretation - Court not entitled by way of interpretation to revise, rectify or supplement³¹.

A Corte, portanto, ao afirmar que “[...] [c]onsiderações políticas, morais e humanitárias, por si só, não geram direitos e obrigações legais [...]” a se legitimar a propositura das demandas, negou a vigência e a incidência da *actio popularis* no contexto do Direito Internacional.

1.4 Egon Schwelb e a crítica à decisão da Corte Internacional de Justiça

Parece não existir dúvida razoável no que toca à natureza da discussão acerca da vigência da *actio popularis* no Direito Internacional no contexto dos casos Etiópica e Libéria v. África do Sul. Tratou-se de aferir, em suas duas fases, se este instituto constituía-se em um princípio geral do direito reconhecido pelas nações civilizadas, nos termos do artigo 38, 1, “c” do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, do que decorreria a legitimidade para que os dois Estados demandassem face à África do Sul, objetivando a tutela jurisdicional não de seus interesses nacionais, mas a preservação da “sagrada confiança da civilização” expressa no Mandato. Verificou-se, nesse sentido, que, segundo a concepção da maioria da Corte, seguindo o voto dissidente proferido pelo então Juiz-Presidente M. Winiarski na primeira fase do julgamento, que não, mormente por ter considerado que, repitamos,

³¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Second Fase. Judgment on 18 JULY 1966. Disponível em <http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19660718-JUD-01-00-EN.pdf>. Acessado em 20 jan. 2016.

“[...] [c]onsiderações políticas, morais e humanitárias, por si só, não geram direitos e obrigações legais [...]”.

Em crítica a essa decisão da Corte, Egon Schwelb publicou, em 1972, um de seus muitos trabalhos, com os quais granjeou destaque na comunidade internacionalista – **The *Actio Popularis* and International Law** –, no qual ele comprovou que a interpretação por ela dada ao instituto era equivocada, principalmente porque os muitos tratados internacionais vigentes sobre matérias como o Direito Penal Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos se assentavam, como forma de prevenção/repressão às graves violações ao Direito Internacional, sobre a corresponsabilidade e colegitimidade para a tutela jurisdicional de referidos interesses e valores comuns³². Contudo, seguindo as trilhas lançadas por Alfred P. Rubin, parece ser exagerado afirmar-se que se possa atribuir a Schwelb a “paternidade” ou mesmo a “primazia” na inserção da *actio popularis* no Direito Internacional, mesmo porque, como visto, o seu texto é uma crítica ao julgamento da Corte Internacional de Justiça, na qual o problema do reconhecimento internacional do instituto já fora discutido³³.

Ademais, Schwelb não foi o único nem o primeiro a discutir os muitos problemas decorrentes da decisão da Corte. Lyndel, por exemplo, discutiu as muitas dificuldades enfrentadas pela Corte já na primeira fase, uma vez presentes desde a própria complexidade da matéria julgada, a heterogeneidade da composição da Corte, isto é, juízes advindos de culturas jurídicas distintas – *Common Law*, *Civil Law*, direito soviético, direitos islâmico e asiático –, o manifesto caráter político-jurídico das pretensões postas em juízo, pelo que considerou que referida decisão constitui-se, para o Direito Internacional, como uma sorte de “[...] Rubicon, not only because of the uncommon nature and of the importance of the issues involved, but also because the most fundamental matters of function and method were wrestled with [...]”, especialmente no tocante aos próprios limites da atuação da Corte e na manifesta contraposição que se estabeleceu entre os

³² SCHWELB, Egon. *The actio popularis and International Law...*, p. 46-56.

³³ RUBIN, Alfred P. *Actio popularis, jus cogens and offenses erga omnes?*, New England Law Review, v. 35, n. 2, 2000/2001, p. 265-280.

partidários de um intervenção orientada por princípios (a maioria), face à minoria que se orientou, na linha dos votos dissidentes dos Juízes Fitzmaurice e Spender Jr, por uma interpretação legalista³⁴.

Já MacKean, em um trabalho cindido em duas partes, enfrentou os problemas advindos do julgamento da seguinte forma. Na primeira parte de seu trabalho, intitulado **Legal right or interest in the South West Africa Cases**³⁵, ele criticou, de um lado, o fato de a segunda fase de julgamento do caso ter chegado a uma conclusão diametralmente oposta àquela ocorrida na fase inicial, tendo-se em vista que, para tanto, a Corte Internacional de Justiça se utilizou da máxima *pas d'interêt, pas d'action*, uma vez que considerou inexistente a presença de interesse jurídico da Etiópia e da Libéria para demandar face à África do Sul. De outro lado, o fato de a própria Corte ter considerado, como razão de decidir na primeira fase, que a essência do regime de mandato era que os Estados Membros, e não só o Estado e a Organização Internacional, tivessem interesse jurídico no adimplemento das cláusulas dos mandato, do que dessumiria, nesse sentido, o reconhecimento e aplicação do instituto da *actio popularis* na forma de um princípio geral do direito reconhecido pelas nações civilizadas³⁶. Já na segunda parte de seu trabalho³⁷, MacKean apresenta algumas perplexidades que a comunidade de juristas australianos – internacionalistas

³⁴ LYNDEL, V. Prott. *Some aspects of judicial reasoning in the South-West Africa Case of 1962*, Belgian Review of International Law, 1967, v. 1, p. 37-51.

³⁵ MACKEAN, W. A. *The South West Africa cases (1966): Two Views – I.* “Legal right or interest” in the South West Africa Cases: a Critical Comment, Australian Year Book of International Law, 1966, v. 12, p. 135-141.

³⁶ “Of course, in the South West Africa Cases, the applicants were not strictly speaking parties to the Mandate agreement but were exercising rights under stipulations *per autrui* (though this is doubted by some of the minority judges). The Mandates were concluded by the League Council on behalf of its members and the Mandatories. As Judges Jessup, Tanaka, and Mbanefo show in their dissenting opinions, there are clear analogies in municipal law, where members of certain organizations have enforceable legal interests apart from those exercised by the organizations themselves. Moreover in the present circumstances, only States *could* be parties in contentious proceedings before the Court, the only method of obtaining a *binding decision* concerning the interpretation and application of the Mandate”. MACKEAN, W. A. *The South West Africa cases (1966): Two Views – I...*, p. 138.

³⁷ MACKEAN, W. A. *The South West Africa cases (1966): Two Views – II.* An Examination of Certain Criticisms of the South West, Africa Cases Judgment, Australian Year Book of International Law, 1966, V.12, pp. 143-148.

e constitucionalistas – sentiram com relação à segunda fase do Julgamento, em especial no tópico relativo à não aplicação da *actio popularis*, na medida em que, tanto no âmbito da *equity* como do direito constitucional australianos, é amplamente reconhecida a legitimidade para particulares proporem ações na defesa de interesses públicos, quanto mais em razão de a “[...] International Court of Justice erred in so far as it refused to regard itself as bound by its decision in 1962, on the preliminary objection to jurisdiction, when it ruled that the applicants were entitled to invoke the Court’s jurisdiction”³⁸.

Seja como for, há que se reconhecer, no entanto, ser o trabalho de Schwelb bastante didático e preciso na crítica à decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça, na medida em que, conforme por ele demonstrado, o Direito Internacional reconhecia a aplicação da *actio popularis* já no âmbito de diversos tratados internacionais do período do entre guerras, como, por exemplo, o capítulo III do Tratado de Versalhes, que constitui a Organização Internacional do Trabalho (anterior, portanto, ao Mandato discutido no caso), segundo a qual qualquer Estado membro poderia demandar perante a Corte Permanente de Justiça Internacional face a um terceiro Estado que não estivesse a cumprir tratados internacionais ratificados sob a autoridade da Organização (artigo 411 do Tratado de Versalhes c/c artigo 26 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho). O mesmo no âmbito dos Tratados Internacionais para a Proteção de Minorias, e que haviam sido pactuados pelos litigantes com o término da Primeira Guerra Mundial.

Já no sistema da Carta, segundo Schwelb, a essência dos tratados internacionais, em matéria de Direito Penal Internacional – Convenção sobre a Prevenção e Punição ao Genocídio, em especial na representação de reclamação perante a Assembleia Geral das Nações ou o Conselho de Segurança, mas também em matéria de interpretação ou aplicação de cláusulas do Tratado, mediante reclamação judicial perante a Corte Internacional de Justiça – ou de Direito Internacional dos Direitos Humanos, regionais ou

³⁸ MACKEAN, *The South West Africa Cases (1966): Two Views – II ...*, p. 144.

universais – a Convenção Europeia e a Americana; Protocolo à Convenção Contra a Discriminação na Educação, de 1962, Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação etc, reconheceu-se aos Estados Partes a legitimidade para judicializar hipóteses de graves violações ao Direito Internacional, ou mesmo exercer a persecução penal dos autores de conformidade com o seu próprio sistema de justiça. Para tanto, Schwelb se reportou à decisão da própria Corte na Segunda Fase do caso *Barcelona Traction*, no qual a Corte fixou as bases das obrigações *erga omnes*:

[...] an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law [...]; others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character³⁹.

A mesma Corte, ainda no ano de 1951, por ocasião do Parecer Consultivo acerca das Reservas à Convenção sobre o Genocídio, anotara a distinção entre o objeto de referida Convenção em relação àqueles presentes, *e.g.*, em matérias de interesses particulares dos Estados, uma vez que os

³⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain). Second Fase. Judgment of 5 February 1970. Disponível em <http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>. Acessado em 20.fev. 2012, p. 33.

[...] princípios nos quais ela se fundamenta são reconhecidos pelas nações civilizadas, como obrigatórios aos Estados, independentemente de serem normas de uma Convenção Internacional; ela foi concebida como uma convenção de alcance universal; sua finalidade é puramente humana e civilizadora; os contratantes não auferem nem vantagens, nem desvantagens individuais; nem interesses próprios, mas um interesse comum. De onde é permitido concluir-se que o objeto e a finalidade da Convenção implicam, tanto no que respeita à Assembleia Geral, quanto aos Estados que a adotam, a intenção de reunir o maior número possível de participação⁴⁰.

Nesse sentido, pode-se colher como correta a crítica de Schwelb à decisão da Corte Internacional de Justiça, na Segunda Fase do caso Etiópia e Lívia v. África do Sul, segundo a qual, o Direito Internacional reconhecia a *actio popularis* como instituto válido tanto “[...] em 1919/1920, [como] em 1962 e 1966, assim como hoje”⁴¹.

1.5 *Actio popularis*, a máxima *aut dedere aut judicare*, Direito Penal Internacional e a implementação indireta da persecução penal de crimes internacionais

Neste tópico, o tema principal a ser abordado toca no problema dos regimes de persecução dos crimes internacionais, próprios e transnacionais, bem como nas formas de implementação previstas no Direito Penal Internacional contemporâneo, em especial no chamado regime de implementação indireta, conformado pela regra *aut dedere aut judicare* e pela *actio popularis*.

No que concerne ao conceito de crimes internacionais, como já dito em outra oportunidade,

⁴⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Advisory Opinion of May 28 1951. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>. Acessado em 31 jul. 2007, p. 7.

⁴¹ SCHWELB, *The actio popularis and International Law...*, p. 55.

Denomina-se crime internacional qualquer comportamento humano a que uma norma internacional, convencional ou consuetudinária, atribua, como uma consequência de sua realização, uma sanção penal, sendo que a persecução penal poderá ser exercida seja pelos próprios Estados, de conformidade com os seus ordenamentos jurídicos, seja pelos tribunais penais internacionais.⁴²

Como seja, conforme M. Cherif Bassiouni, “Os aspectos penais do Direito Internacional derivam das ‘convenções’, ‘costumes’ e ‘princípios gerais do direito’, todos os quais são uma das fontes dessa disciplina jurídica tal como enunciado no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça”⁴³.

Já por formas de implementação do Direito Penal Internacional, entendem-se os diferentes regimes normativos e institucionais pelos quais a persecução penal dos crimes internacionais é exercida, e que implicam, de um lado, a preservação, embora mitigada, da jurisdição penal dos Estados, e de outro lado, a criação, como regra geral, de mecanismos de complementação ou concorrência entre jurisdições estatais e internacionais e ou entre jurisdições estatais.

Conforme Werle, “[O] Direito Internacional Penal faz uma distinção entre mecanismos de persecução (*enforcement*) direta ou indireta. Aqueles (os de persecução direta) se referem à persecução dos crimes internacionais pelos tribunais internacionais, de um lado, ou pelas cortes nacionais, de outro lado”⁴⁴. O que leva, em razão da possibilidade de ocorrer, em determinadas circunstâncias, conflito jurisdicional entre tribunais nacionais ou entre tribunais nacionais e tribunais internacionais, à aplicação de critérios de solução desse conflito.

⁴² DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Da inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal por violação ao princípio ne bis in idem, *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, 2012, p. 428-429.

⁴³ BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*: second revised edition, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 9.

⁴⁴ WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*, 2th ed., Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, p. 80-81.

Pois bem. Esses regimes, instituídos pelo Direito Internacional, objetivam, em última instância, colmatar a lacuna de punibilidade fática a que muitos crimes internacionais estão submetidos em razão da prevalência da *realpolitik* ou mesmo da impotência de muitos Estados em fazerem frente à criminalidade organizada, política ou econômica, sobre a necessidade de preservação da autoridade normativa do direito e a efetiva proteção dos bens e interesses comuns da sociedade internacional⁴⁵.

Assim, internacionalmente, existem dois regimes de implementação do Direito Penal Internacional.

O primeiro é o sistema da implementação direta (*direct enforcement system*), cujo exercício da persecução penal se dá pelos tribunais penais internacionais, e que se caracteriza pelo “[...] regime aplicável às instituições judiciais internacionais que têm o poder para executar seus mandatos (*have the power of enforcing their orders*) e julgamentos sem passar pelos Estados ou qualquer outra autoridade legal”⁴⁶. Esse regime é criado por normas internacionais, sendo os tribunais compostos exclusivamente de juízes internacionais, estando as suas competências materiais delimitadas à persecução de crimes internacionais próprios.

Outra característica importante do regime de implementação direta é a de que, até a entrada em funcionamento do Tribunal Penal Internacional, em 2002, todos os Tribunais Internacionais que existiram foram *ad hoc*, vale dizer, criados especificamente para exercer a persecução penal de eventos históricos concretos.

Historicamente, nada obstante a tentativa pós 1ª Guerra Mundial de submeter o Kaiser Guilherme II da Alemanha a julgamento perante um tribunal penal internacional por “crimes contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos Tratados”, nos termos do artigo 227 do Tratado de

⁴⁵ AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional, trad. Alexandra Rosado, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 49, São Paulo: RT, 2004, p. 48-88; AMBOS, Kai. *A parte geral do Direito Penal Internacional: bases para uma Elaboração Dogmática*, trad. Carlos E. A. Japiassú e Daniel Andrés Raizman. São Paulo: RT, 2008, p. 40.

⁴⁶ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 22.

Paz de Versalhes⁴⁷, ao lado de outros projetos internacionais⁴⁸, o sistema de implementação direta se manifestou, concretamente, com a criação dos Tribunais Internacionais Militares de Nuremberg e Tóquio, no pós 2ª GGM, cujos Estatutos foram responsáveis, em parte, pela tipificação internacional dos crimes internacionais próprios⁴⁹. Com efeito, por essas normas, referidos tribunais detinham competência para o julgamento dos indivíduos qualificados, respectivamente, como os maiores criminosos de guerra do eixo europeu e do Japão durante a 2ª GGM (Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg, artigo 1º; Estatuto do Tribunal Internacional Militar do Extremo Oriente, artigo 1º), e aos quais se imputaram a prática dos crimes contra a paz, atualmente conformado no crime de agressão (Estatuto de Nuremberg, artigo 6, a; Estatuto de Tóquio, artigo 5, a), crimes de guerra (Estatuto de Nuremberg, artigo 6, b; Estatuto de Tóquio, artigo 5, b) e crimes contra a humanidade (Estatuto de Nuremberg, artigo 6, c; Estatuto de Tóquio, artigo 5, c). O crime de genocídio somente foi criado com a aprovação, no ano de 1948, da Convenção sobre Genocídio, sendo que os comportamentos levados a julgamento em Nuremberg, e que em mencionada convenção se tipificariam como tal, foram perseguidos na modalidade de crimes contra a humanidade, consistentes no assassinato, extermínio e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou a perseguição por motivos religiosos, raciais.

É fato que os julgamentos de Nuremberg suscitaram, e ainda suscitam, sérios problemas de legitimidade⁵⁰, na medida em que, ao julgamento

⁴⁷ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a Internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 40.

⁴⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. *Os Crimes Contra a Humanidade no actual Direito Internacional Penal*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 26-27.

⁴⁹ Nuremberg pode, de fato, ser considerado como “[...] the birth certificate of international criminal law”. WERLE, *Principles of International Criminal Law*..., p. 7.

⁵⁰ Em síntese, conforme J. Spiropoulos, as principais acusações que se levantaram contra Nuremberg foram as seguintes: “a) que se tratava de Tribunal *ad hoc*; b) que os julgamentos foram mais políticos do que jurídicos; 3) que apenas as quatro potências vitoriosas criaram o Tribunal e, por consequência, que elas não representavam a comunidade internacional; e 4) que houve ofensa ao princípio da legalidade (*nullum crimen, nullum poena sine lege*)”. UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*, vol II, 1950, p. 374-378. Disponível em http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf. Acessado em 20 fev. 2012, p. 374-378.

dos “maiores criminosos de guerra do eixo”, identificado pelo termo *jubiley* – Tribunal Militar Internacional *vs* Hermann Göring *et al.* –, se seguiram outros por categorias de agentes do regime político nacional-socialista, dentre eles juristas, médicos, industriais etc., feitos no bojo dos “Processos de Guerra de Nuremberg”, e a partir não mais do Estatuto de Nuremberg, mas da Control Council Law nº 10⁵¹, que foi a base normativa para o julgamento dos acusados de crimes internacionais por tribunais militares nas zonas ocupadas pelos aliados⁵².

É importante, no entanto, demarcar que, internacionalmente, com a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas da Resolução 95 (I), de 11 de dezembro de 1946, com a qual se confirmaram os princípios do Direito Internacional reconhecidos pela Carta do Tribunal de Nuremberg, seguida da Resolução 177 (II), de 21 de novembro de 1947, que determinou à Comissão de Direito Internacional (doravante CDI) a formulação desses princípios, bem como, por fim, com o cumprimento desse comissionamento, a partir do Relatório apresentado por J. Spiropoulos, em 1950, foram estabelecidos os “Princípios do Direito Internacional Reconhecido pela Carta do Tribunal de Nuremberg e nos Julgamentos desse Tribunal”, segundo os quais:

Princípio I: Toda pessoa que cometa um ato que constitua crime de Direito Internacional é por ele responsável e está sujeito a sanção.

Princípio II: O fato de que o direito interno não imponha pena alguma por um ato que constitua crime de Direito Internacional não exime

⁵¹ CONTROL COUNCIL LAW N. 10. Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>. Acessado em 20 jan. 2012.

⁵² “Especificamente, os julgamentos incluem os assim chamados Julgamento dos Médicos (Brandt *et al.*), o julgamento do Marechal de Campo Erhard Milch por participação no programa de rearmamento, o Julgamento dos Juristas (Altstötter *et al.*), o julgamento dos membros dos departamentos econômicos e administrativos da SS, nos quais estão incluídos os das administrações dos campos de concentração (Pohl *et al.*), o julgamento dos Industriais (Flick *et al.*), o assim chamado julgamento IG Farben (Krauch *et al.*), o denominado Julgamentos dos Reféns (List *et al.*), o julgamento dos membros do Escritório de Depuração Racial (*Race and Settlement Main Office*) (RuSHA, Greifelt *et al.*), o denominado julgamento Einsatzgruppen (Ohlendorf *et al.*) [...] e o denominado Julgamento do Alto Comando contra os oficiais superiores da Wharmacht (von Leeb *et al.*)”. WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, p. 13.

de responsabilidade perante o Direito Internacional a quem o tenha cometido.

Princípio III: O fato de que a pessoa que tenha cometido um crime que constitua crime de Direito Internacional tenha atuado como Chefe de Estado ou como autoridade do Estado, não a exime de responsabilidade conforme o Direito Internacional.

Princípio IV: O fato de que uma pessoa tenha atuado em cumprimento de uma ordem de seu Governo ou de seu superior hierárquico não a exime de responsabilidade conforme o Direito Internacional, se efetivamente teve a possibilidade moral de opção.

Princípio V: Toda pessoa acusada de um crime de Direito Internacional tem direito a um juízo imparcial sobre os fatos e sobre o direito.

Princípio VI: Os crimes a seguir enunciados são puníveis como crimes de Direito Internacional: a. Crimes contra a paz: i) planejar, preparar, iniciar ou fazer uma guerra de agressão ou uma guerra que viole a tratados, acordos e garantias internacionais; ii) participar de um plano comum ou conspiração para a perpetração de qualquer dos atos mencionados no inciso i; b. Crime de guerra: as violações às leis de guerra, que compreende, sem que esta enumeração tenha caráter limitativo, o assassinato, o maltrato ou a deportação para trabalhar em condições de escravidão ou com qualquer outro propósito, da população civil dos territórios ocupados ou que neles se encontre, o assassinato ou maltrato de prisioneiros de guerra ou de pessoas que se encontrem no mar, a execução de reféns, o saque da propriedade pública ou privada, a destruição injustificada de cidades, vilas ou aldeias, ou a devastação não justificada pelas necessidades militares; c) Crimes contra a humanidade: o assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e outros atos desumanos, cometidos contra qualquer população civil, ou as perseguições levadas a cabo ao se perpetrar um crime contra a paz ou um crime de guerra, ou ele relacionado.

Princípio VII: A cumplicidade na comissão de um crime contra a paz, de um crime de guerra ou de um crime contra a humanidade, enunciados no Princípio VI, constitui por si mesmo um crime de Direito Internacional.

Com essas normas internacionais, às quais se seguiu, em 26 de novembro de 1968, a aprovação, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, ao lado de tantos outros instrumentos internacionais, em especial a Carta Internacional de Direitos Humanos e as diversas convenções internacionais, universais e regionais sobre essa matéria, o Direito Internacional dotou-se de um conjunto de normas internacionais convencionais e costumeiras que tornam legítimas, para longe de qualquer dúvida razoável, as perseguições aos crimes internacionais próprios.

Hoje, passados largos anos desde Nuremberg e Tóquio, posto que em razão da bipolaridade leste-oeste, conformada na Guerra Fria, o sistema de perseguição direta foi submetido a um verdadeiro “silêncio”⁵³. Mas ele se manifestou novamente com a criação, por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas dos então Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e Ruanda, hoje reunidos na forma de Câmaras no Mecanismo Residual dos Tribunais Penais Internacionais. Em 1998, na Conferência Diplomática de Roma, foi aprovado, não sem muita luta⁵⁴, o Tribunal Penal Internacional, que se constitui, a todo rigor, numa das maiores conquistas civilizacionais do Direito Internacional contemporâneo, posto que, de um lado, concretiza o projeto internacional de constituição de um tribunal penal internacional permanente, e, de outro, principalmente no plano do direito material, consolida e aperfeiçoa os tipos penais de Direito Penal Internacional em nível formal, muito embora não exclua *eo ipso* a aplicação da analogia e dos costumes internacionais sobre o tema⁵⁵.

Contudo, esse regime também abarca os chamados tribunais internacionais mistos (*mixed-model tribunals*), cuja composição, diversamente

⁵³ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 565-566; BAZELAIRE, Paul, CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*, trad. Luciana Pinto Venâncio. Barueri: Manole, 2004, p. 41-42.

⁵⁴ “As lágrimas de alegria dos membros de algumas delegações da Conferência de Roma, que deu origem ao estatuto da CPI em julho de 1998, podem levar a crer que, no combate eterno do indivíduo contra a razão dos Estados, Antígona levou uma vantagem decisiva sobre Creonte”. BAZELAIRE, CRETIN, *A justiça penal internacional...*, p. 111.

⁵⁵ AMBOS, A. *A parte geral do Direito Penal Internacional...*, p. 42-47; WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, p. 18-25.

do que ocorre nos tribunais penais internacionais em sentido estrito, é de juízes nacionais e internacionais. Têm em comum com os tribunais penais internacionais pré-Tribunal Penal Internacional a característica de serem *ad hoc*, criados, pois, para a persecução de crimes internacionais próprios em seus Estados sede. Constituem, portanto, uma etapa da justiça de transição em relação a períodos anteriores nos quais ocorreu o cometimento de crimes internacionais próprios e graves violações aos direitos humanos.

A principal característica desses tribunais é o fato de serem instituídos por meio de acordos internacionais entre os Estados e a Assembleia Geral das Nações Unidas ou organismo regional, ou por resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas – que são as hipóteses de Serra Leoa e Líbano –, ou por organismo de transição instituído pelo Conselho de Segurança, que é o caso de Timor Leste. Têm por direito substancial tanto as normas de Direito Penal Internacional, nomeadamente, os crimes de genocídio, contra a humanidade e crimes de guerra, como também, em muitos casos, o Direito Penal nacional dos Estados sede, o que tem provocado, na opinião de M. Cherif Bassiouni, uma “[...] inconsistência nas normas de Direito Internacional costumeiro, principalmente em relação aos crimes contra a humanidade que, diferentemente dos crimes de guerra e genocídio, não tem uma convenção unificadora”⁵⁶.

O outro sistema internacional de persecução aos crimes internacionais é identificado pelo conceito de implementação indireta (*indirect enforcement*), sendo este o que toca mais diretamente o tema deste trabalho.

Esse sistema é caracterizado pelo exercício da persecução penal dos crimes internacionais próprios e/ou impróprios pelos Estados em regime de cooperação internacional em matéria penal. Conforme Bassiouni, ele é fundado sobre dois aspectos:

O primeiro aspecto é a assunção pelos Estados de incorporarem em seus ordenamentos jurídicos as obrigações decorrentes do [Direito Penal Internacional]. Este processo de internalização (*domestication*) do

⁵⁶ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 23.

[Direito Penal Internacional] destina-se, em parte, a que as obrigações decorrentes dos tratados sejam reguladas segundo o direito nacional. Assim, a internalização do [Direito Penal Internacional] torna-o aplicável pelo sistema normativo nacional em conformidade com as suas exigências. O segundo aspecto deriva do primeiro, e consiste [em] que os Estados exerçam seus procedimentos legais não somente para executar as suas obrigações em nível interno (*obligations domestically*), mas também para cumprir suas obrigações de cooperar internacionalmente. A expressão “cooperação interestatal em matéria penal” aplica-se às modalidades invocadas pelos Estados em suas relações bilaterais para dar eficácia às suas respectivas normas penais⁵⁷.

O regime da implementação indireta, portanto, estriba-se por sobre dois fundamentos: a) a internalização das obrigações internacionais em matéria penal – convencionais ou consuetudinárias –, que envolve, de um lado, na assunção de obrigações de prevenir e/ou exercer a persecução penal dos autores de crimes internacionais segundo os princípios jurídicos fundamentais dos Estados, com especial ênfase nos princípios da territorialidade e da jurisdição universal, e, de outro, a depender dos termos em que foi vazada a fonte da obrigação internacional, na de tipificar internamente o comportamento, e b) a criação de obrigações internacionais que instituem princípios, procedimentos e formas de cooperação internacional em matéria de Direito Penal, tais como a extradição e a entrega de acusados ou condenados, a assistência legal, a execução de sentenças penais estrangeiras, a transferência internacional de processos, o bloqueio e repatriação de dinheiro e/ou bens objetos de crimes, a execução de regimes de inteligência e compartilhamento de informações e investigação conjunta etc.

Esse regime tem como princípio fundamental (*cornerstone*) a máxima “processar ou extraditar” (*aut dedere aut judicare*), frente à qual todos os demais institutos pertinentes à cooperação internacional em matéria penal

⁵⁷ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 487.

são “secundários”⁵⁸, na medida em que os diversos processos de incriminação pelo Direito Internacional se fundam sobre o interesse comum dos Estados de cooperarem na prevenção e na punição de crimes, em especial os internacionais, como, de resto, se evidencia pela *Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels*, de 30 de novembro de 2012, da Assembleia Geral das Nações Unidas, que, em seu item 22, reafirmou o comprometimento político dos Estados Membros em

[...] garantir que não [será] tolerada a impunidade por genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade ou para as violações do Direito Internacional Humanitário e graves violações dos direitos humanos, e que tais violações sejam adequadamente investigadas e sancionadas de forma adequada, inclusive para se levar os autores de quaisquer crimes à justiça, através de mecanismos nacionais ou, se for o caso, mecanismos regionais ou internacionais, em conformidade com o Direito Internacional [...].

⁵⁸ Informa Donnedieu de Vabres que a fórmula latina foi cunhada no século 14 por Baldus, tendo origem em norma do Código de Justiano contida no Livro III, Título 15 – “Ubi de Criminibus Agi Oportet”, e que foi posteriormente desenvolvida por Hugo Grotius em 1624 em seu 2º volume d’O Direito da Guerra e da Paz, vazada na diade “*aut dedere... aut punire*”. No entanto, a partir da influência do liberalismo penal no século XVIII, a fórmula adquiriu a sua atual composição, “*aut dedere aut judicare*”, ou “*the obligation to extradite or prosecute*”: “Tel qu’on vient de le définir, le système de l’universalité du droit de punir a sa modeste origine dans un texte du Code de Justinien, C. III, 15, Ubi de criminibus agi oportet, 1, qui, déterminant le ressort, en matière pénale, des gouverneurs de l’Empire, donne à la fois compétence au tribunal du lieu de commission du délit, et à celui du lieu d’arrestation du coupable (judex deprehensionis) [...] Il appartient à Grotius qui fut, à l’aube du xvii siècle, le grand vulgarisateur, sinon le fondateur du droit international, d’attacher à la théorie de la compétence universelle toute sa valeur philosophique. A l’heure où les grandes unités politiques, de constitution récente, se dressaient les unes contre les autres, il formula, comme un précurseur, la loi de la solidarité humaine. Il existe, dit-il, une société universelle des hommes, societas generis humani. Le crime, envisagé comme une violation du droit naturel qui la régit, droit non écrit, mais gravé dans la conscience individuelle, est une offense à l’humanité tout entière. L’obligation de punir qu’il engendre est universelle. Elle se traduit, pour l’Etat, dans le pouvoir duquel le criminel est tombé, par l’alternative fameuse d’extrader ou de punir: aut dedere, aut punire. L’influence de Grotius peut s’observer dans la doctrine de ses successeurs hollandais, scandinaves ou allemands. On la rencontre au xviii siècle, et dans la période révolutionnaire, où la pure tendance individualiste et humanitaire résiste au socialisme, à l’étatisme issus du Contrat social. On la retrouve, au cours du xix siècle, dans les écrits de nombreux théoriciens, et dans quelques législations positives”. *Apud* BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice*, Virginia Journal of International Law, n. 42, v. 81, fall 2001., p. 9-10.

Portanto, a exata compreensão da máxima *aut dedere aut judicare* pressupõe, num primeiro momento, que se estabeleçam as diferentes formas pelas quais os Estados exercem as suas jurisdições penais, melhor compreendidas pela díade esfera de validade e esfera de eficácia⁵⁹.

Todo Estado é, pois, um ente territorial, pois o território identifica e delimita o “[...] espaço no qual a ordem jurídica nacional se aplica [...] onde cada Estado exerce válida e permanentemente sua própria autoridade [...] sua própria competência”⁶⁰. Isso implica afirmar, doutro passo, que toda pessoa ou coisa que se encontre na esfera de validade do direito nacional, bem como qualquer violação ao direito que nele venha a ocorrer, torna, como regra geral, legítimo o exercício da persecução de imputação da responsabilidade decorrente da iliceidade cometida. A esse princípio fundamental denomina-se de princípio da territorialidade, e que no Direito Penal brasileiro é regido pelas regras contidas no artigo 5º do CP.

Já a esfera de eficácia identifica, noutro passo, a legitimidade de o Estado exercer suas jurisdições para perseguir a imposição de suas normas jurídicas por atos ou fatos que se tenham cometido fora de seu território, é identificado pelo conceito de extraterritorialidade, que, no âmbito do Direito Penal brasileiro, é regido pelas regras contidas no artigo 7º do CP, tendo

⁵⁹ “As normas jurídicas internacionais regem o comportamento dos Estados e de outras pessoas internacionais, em qualquer parte onde as respectivas competências se possam exercer. Em relação a cada Estado, suas competências se estendem, normalmente, a certo espaço limitado, que é o território próprio, espaço onde sua autoridade é reconhecida pelo direito internacional geral e se exerce plena e validade. O domínio ou esfera de validade das competências do Estado ou da ordem jurídica estatal não se deve confundir [...] com a sua esfera de eficácia. O primeiro é aquele no qual o Estado executa, ou aplica, com exclusividade, suas próprias normas. A esfera de eficácia é mais extensa, sendo, por assim dizer, ilimitada” ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*, 3 v., V. 2, 3 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 156.

⁶⁰ ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público...*, p. 157.

como paradigma jurisprudencial o caso Lotus, julgado em 07 de setembro de 1927 pela Corte Permanente Internacional de Justiça⁶¹.

Os dois conceitos desenvolvidos são importantes, na medida em que eles modulam, na forma de obrigações alternativas, o exercício da jurisdição penal, em relação aos crimes internacionais, a partir da máxima *aut dedere aut judicare*, que cria para os Estados os deveres de prevenir, geralmente mediante a existência de mandados de criminalização do comportamento, e de exercer a persecução penal dos autores de crimes internacionais, tenham eles sido praticados em seus territórios ou fora dele, e de outro lado, caso não queiram ou não possam exercê-la, extraditar o acusado para o Estado que se julgar competente para fazê-lo ou entregá-lo para um tribunal penal internacional⁶².

Assim, conforme Zdzislaw Galicki, em seu relatório preliminar sobre o tema, apresentado em 07 de junho de 2006 perante a Comissão de Direito Internacional,

[Esta] obrigação é construída [como uma] alternativa, dando ao Estado a escolha para decidir que parte desta obrigação vai cumprir. Presume-se que após o cumprimento de uma parte dessa obrigação composta, o Estado é livre para cumprir a outra. Há a possibilidade, no entanto, [de] que um Estado deseje cumprir ambas as partes da obrigação em questão. Por exemplo, após o estabelecimento de sua jurisdição, [do exercício] da persecução, do julgamento e condenação

⁶¹ A Corte Permanente de Justiça Internacional, tendo como parâmetro os votos proferidos pelos Juízes Altamira e Huber, afirmou a legitimidade do exercício da jurisdição penal extraterritorial do Estado turco a partir do princípio geral de liberdade, também denominado de norma geral exclusiva, segundo o qual, ao Estado somente se objetaria a persecução caso houvesse uma norma de Direito Internacional que explicitamente o proibisse. PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. *The case of S. S. Lotus*, Série A, n. 10, de September 7th, 1927, disponível em http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf, acessado em 30. jan. 2009.

⁶² UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMMISSION. *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, Final Report of the International Law Commission 2014. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf. Acessado em: 20.set. 2014.

de um criminoso, o Estado pode decidir extraditar o ofensor para outro Estado, [que] também [tem] o direito de estabelecer a sua jurisdição, com a finalidade de executar a sentença [...]”⁶³.

Referida caracterização foi confirmada no Relatório Final da Comissão, no qual se consignou que a máxima *aut dedere aut judicare* cria as seguintes obrigações internacionais para os Estados: a) as normas internacionais impõem aos Estados a obrigação de exercer a persecução penal quando, tendo sido solicitada a extradição do acusado, ela não foi concedida em razão, v.g., de alguma proibição decorrente de seu ordenamento jurídico, ou, num segundo nível, uma obrigação *ipso facto* de processar o infrator que se encontre em seu território. Em ambas as hipóteses “[...] o Estado é obrigado a processar o indivíduo”, e b) derivada, pois, dessas duas obrigações, surge para o Estado a alternativa de extraditar ou julgar somente quando, concretamente, referidos pedidos forem feitos, podendo o Estado optar entre o exercício da persecução penal ou a extradição/entrega do indivíduo. Em qualquer circunstância, o descumprimento de tais deveres implica na imputação de responsabilidade internacional ao Estado, não se constituindo, pois, numa faculdade que possa ser ilida por qualquer argumento de ordem jurídica ou política⁶⁴.

A finalidade, portanto, da regra “processar ou extraditar” é, de um lado, suprir a lacuna da punibilidade fática que favoreça os autores de crimes internacionais, pois, a partir desse genuíno princípio fundamental do Direito Penal Internacional, quer o Estado territorialmente competente exerça ou não a sua jurisdição penal, nada obsta que outro Estado o faça, e, em sede de crimes internacionais próprios, surge a possibilidade do exercício da persecução penal por um Tribunal Penal Internacional

⁶³ UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMMISSION. *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, Preliminary report, by Mr. Zdzislaw Galicki, Special Rapporteur. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_571.pdf. Acessado em: 20 set. 2014.

⁶⁴ UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMMISSION. *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, Final Report..., *passim*.

através da denominada “terceira alternativa”⁶⁵, e, de outro lado, instituir procedimentos, princípios e regimes de cooperação internacional entre os Estados ou entre estes e os tribunais penais internacionais, em especial a extradição ou a entrega, preservando, embora de forma mitigada, as jurisdições penais dos Estados.

Essa asserção é comprovada, noutro passo, pelo fato de inúmeros tratados internacionais em matéria penal preverem referido princípio, sendo que a Comissão de Direito Internacional em seu Relatório Final reconhece a sua validade internacional somente na forma de norma convencional; no que concerne, doutro passo, a uma pressuposta natureza costumeira, por existir um enorme dissenso entre os Estados, mormente após decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Bélgica vs. Senegal*⁶⁶, em que ela indeferiu o pedido feito pela Bélgica de se determinar a obrigação de

⁶⁵ “With the establishment of the International Criminal Court and various *ad hoc* international criminal tribunals, there is now the possibility that the State faced with an obligation to extradite or prosecute a accused person might have recourse to a third alternative – that a surrendering the suspect to a competente international criminal tribunal. This third alternative is stipulated, for example, in article 11, paragraph 1 of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 2006”. UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMMISSION. *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, Final Report..., p. 11.

⁶⁶ A Corte Internacional de Justiça, nessa demanda que tinha por direito aplicável disposições da Convenção contra a Tortura, consignou a natureza cogente desse princípio na forma de uma obrigação *erga omnes* seguindo, pois, a sua própria jurisprudência, mormente o Parecer Consultivo sobre Reservas à Convenção sobre Genocídio, nos seguintes termos: “[...] The States parties to the Convention have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. The obligations of a State party to conduct a preliminary inquiry into the facts and to submit the case to its competent authorities for prosecution are triggered by the presence of the alleged offender in its territory, regardless of the nationality of the offender or the victims, or of the place where the alleged offences occurred. All the other States parties have a common interest in compliance with these obligations by the State in whose territory the alleged offender is present. That common interest implies that the obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention. All the States parties “have a legal interest” in the protection of the rights involved (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33). These obligations may be defined as “obligations *erga omnes partes*” in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case. In this respect, the relevant provisions of the Convention against Torture are similar to those of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium vs. Senegal)*, 20 July 2012. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>, acessado em 30 dez. 2013, p. 31.

extraditar, sob o argumento de que referido princípio somente seria exigível para fatos ocorridos após a ratificação, por Senegal, da Convenção contra a Tortura, nos termos do artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados. A Comissão de Direito Internacional não logrou consignar a existência dos elementos constitutivos do costume internacional, em especial a *opinio iuris sive necessitatis*.

A regra da extraditabilidade dos crimes internacionais é internacionalmente assegurada por duas cláusulas comuns a muitos tratados internacionais sobre a matéria. A primeira delas é conformada pela inexigibilidade de existência de um tratado internacional de extradição entre os Estados ativo e passivo, bastando, portanto, ou a promessa de reciprocidade pelo Estado solicitante ou que o Estado passivo considere o próprio tratado internacional como fundamento para a concessão da extradição, desde que referida medida seja compatível com o direito interno. De outro lado, a extraditabilidade é assegurada por meio da cláusula comum a muitos tratados internacionais sobre a matéria, segundo a qual o crime internacional regulado não poderá ser considerado como crime político, de modo que, de um lado, se impeça a concessão de asilo político ou o refúgio, e, de outro lado, obriga o Estado, ante sua omissão em processar e julgar o acusado, de extraditá-lo ou entregá-lo para o Estado ou o Tribunal Penal Internacional solicitante.

Por seu passo, o princípio da justiça universal, também denominada justiça cosmopolita, se manifesta como uma decorrência da máxima “processar ou extraditar”. Por ela, os Estados detêm legitimidade internacional para exercer a persecução penal dos autores de crimes internacionais na forma da jurisdição penal extraterritorial, isto é, para fatos que se tenham cometido fora de sua esfera de validade, se constituindo, a todo rigor, num dos temas mais polêmicos hoje existentes no âmbito do Direito Penal Internacional. Conforme afirmado por Bassiouni:

A jurisdição universal tornou-se a técnica preferida por aqueles que procuram evitar a impunidade dos crimes internacionais. Não havendo dúvidas de que é um instrumento útil e, por vezes, a técnica necessária, [ela] também tem aspectos negativos. O exercício da jurisdição universal

é geralmente reservado para os mais graves crimes internacionais, tais como crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio. Entretanto, podem existir outros crimes internacionais nos quais um tratado aplicável prevê referido fundamento jurisdicional, como no caso do terrorismo. [O exercício] desenfreado da jurisdição universal pode causar perturbações na ordem mundial e [a] privação de direitos humanos individuais quando utilizada de forma politicamente motivada ou para fins abusivos. Mesmo com a melhor das intenções, a jurisdição universal pode ser usada imprudentemente, criando atritos desnecessários entre os Estados [...]. A jurisdição universal deve, portanto, ser utilizada de forma cautelosa [par]a minimiza[r] possíveis consequências negativas, de modo a permitir que atinja as suas finalidades [...] Além disso, deve-se notar que o Direito Internacional Privado ainda não tem regras ou critérios desenvolvidos suficiente[mente] claros para estabelecer prioridades no exercício da jurisdição penal [para quando ocorrer] a reivindicação de mais de uma jurisdição estatal⁶⁷.

Essa modalidade de jurisdição penal extraterritorial tem como regra de conexão a incriminação internacional, ou como prefere Bassiouni, a natureza (internacional) do crime aliada à finalidade da sociedade internacional em perseguir a imputação da responsabilidade penal, tendo por fundamento jurídico-político o conceito de *actio popularis*, pois o

[...] Estado age em nome da comunidade internacional porque tem interesse na preservação da ordem mundial como membro dessa comunidade [...] Como *actio popularis*, a jurisdição universal pode ser exercida pelo Estado sem que haja qualquer regra de conexão jurisdicional [*without any jurisdictional connection or link*] entre o local da comissão, a nacionalidade do acusado, a nacionalidade da vítima e o Estado competente [*enforcing state*]. O fundamento é, portanto, exclusivamente a natureza do crime, e a finalidade é exclusivamente reforçar a ordem mundial para assegurar a [atribuição de] responsabilidade [*ensuring accountability*] pela prática de determinados crimes⁶⁸.

⁶⁷ BASSIOUNI, *Universal jurisdiction for international crimes...*, p. 3.

⁶⁸ BASSIOUNI, *Universal jurisdiction for international crimes...*, p. 5.

Outra não é a lição de Comellas Aguirrezábal, para quem

[...] el principio de jurisdicción universal, también llamado de universalidad o de justicia universal, es un título o criterio de atribución de jurisdicción cuya característica esencial estribaría en su falta de vinculación con los tradicionales elementos constitutivos del Estado: ni se vincula al *territorio* (base natural que habilita el ejercicio de la función jurisdiccional y que, junto a razones de índole práctica, determinan que la regla general en el ámbito penal sea el principio de territorialidad), ni con la *población* (con la que están relacionados los principios de nacionalidad o personalidad activa y pasiva), ni con la *organización del poder* (a la que está de alguna manera ligado el principio real o de protección de intereses). Diferenciándolo, por tanto, de otros criterios de atribución de jurisdicción, el principio de universalidad se concebiría como un título en virtud del cual los Estados asumen competencia para perseguir y enjuiciar delitos cometidos *en el extranjero, por extranjeros, contra extranjeros y sin que tal Estado pueda considerarse especialmente lesionado*.⁶⁹

Essa ideia central de que a jurisdição universal enseja, pelo só fato da incriminação internacional, aliada ao conceito de *actio popularis*, o exercício da persecução penal sem que haja qualquer vínculo entre o Estado que a exerce e o fato ou o seu autor, tem suscitado não poucas polêmicas no contexto da sociedade internacional contemporânea, mormente porque, como dito por Bassiouni, o uso desarrazoado, embora bem intencionado por parte de juízes nacionais, tem sido causa frequente de conflitos diplomáticos entre os Estados envolvidos e de violação a princípios e regras fundamentais da sociedade internacional.

⁶⁹ COMELLAS AGUIRREZÁBAL, Maria Teresa. *La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009: racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad?*, Anuário Español de Derecho Internacional, v. 26, 2010, p. 67.

Conforme indica Cassese, existem duas teorias acerca da expansão do princípio da jurisdição universal. A primeira ele denomina de “absoluta”, a segundo de “condicionada”⁷⁰.

A teoria da justiça universal absoluta, muitas vezes identificada com a defenestração feita por Beccaria contra a regra *aut dedere aut judicare* em seu *Dos Delitos e das Penas*⁷¹, que conta, em nível doutrinário, com a adesão de inúmeros internacional-penalistas e, em parte, no *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction* de 2001⁷², e, em nível legislativo, nas regulamentações nacionais inicialmente previstas no art. 23.4 da Lei Orgânica do Poder Judiciário, da Espanha, e na Bélgica, por meio da

⁷⁰ 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*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004, p. 67.

⁷¹ “Alcuni credono parimente che un’azione crudele fatta, per esempio, a Costantinopoli possa esse punita a Parigi, per l’astratta ragione che chi offende l’umanità [*sic*] merita di avere tutta l’umanità inimica, e l’esecrazione universale; **quase che i giudici vindici fossero della sensibilità degli uomini**, e non piuttosto dei patti che li legano fra di loro” (BECCARIA, Cesare. *Opere*, 2 v., V. 1, Firenze: Sansoni, 1958, p. 95, grifamos). A expressão “*quase che si giudici vindici fossero della sensibilità degli uomini*” tem sido geralmente traduzida pela expressão “como se os juízes fossem cavaleiros errantes da natureza humana” e nos parece, para além de qualquer dúvida razoável, um claro erro de tradução. CASSESE, *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?*..., p. 17.

⁷² “**Principle 1 — Fundamentals of Universal Jurisdiction:** 1. For purposes of these Principles, universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction. 2. Universal jurisdiction may be exercised by a competent and ordinary judicial body of any state in order to try a person duly accused of committing serious crimes under international law as specified in Principle 2(1), provided the person is presente before such judicial body. 3. A state may rely on universal jurisdiction as a basis for seeking the extradition of a person accused or convicted of committing a serious crime under international law as specified in Principle 2(1), provided that it has established a prima facie case of the person’s guilt and that the person sought to be extradited will be tried or the punishment carried out in accordance with international norms and standards on the protection of human rights in the context of criminal proceedings. 4. In exercising universal jurisdiction or in relying upon universal jurisdiction as a basis for seeking extradition, a state and its judicial organs shall observe international due process norms including but not limited to those involving the rights of the accused and victims, the fairness of the proceedings, and the independence and impartiality of the judiciary (hereinafter referred to as “international due process norms”). 5. A state shall exercise universal jurisdiction in good faith and in accordance with its rights and obligations under international law.” PRINCETON UNIVERSITY. *The Princeton principles on universal jurisdiction*. Disponível em https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf. Acessado em 20 out. 2011.

Lei Relativa à Repressão das Graves Violações do Direito Internacional Humanitário, de 1993, sustenta a ideia de que esse

[...] sistema consiste em autorizar as jurisdições nacionais a se pronunciarem sobre processos penais movidos contra qualquer pessoa acusada de graves crimes internacionais, sem, no entanto, exigir previamente que esta se encontre, mesmo que de passagem, em seu território. Portanto, mesmo na ausência do autor presumido do crime internacional, o juiz nacional pode mover processos penais, instaurar inquérito, buscar os elementos de prova necessários, e até mesmo expedir mandado de prisão [...] os juízes podem julgar ações penais contra qualquer chefe de Estado ou órgão do Estado estrangeiro, desde que alguém apresente queixa⁷³.

Para Jankov, que afirma a validade dessa modalidade absoluta,

[...] a jurisdição universal, ou melhor denominado, *princípio da jurisdição universal*, configura-se como a possibilidade de o Estado exercer a *jurisdição prescritiva* na ausência de qualquer outro vínculo jurisdicional aceitável na época da ocorrência do crime [...] de acordo com o princípio [...] um Estado afirma sua competência sem que exista qualquer critério de conexão direto com a infração, inclusive sem ser necessária a presença do autor em seu território⁷⁴.

Já a teoria da jurisdição universal condicionada, defendida por Cassese, sustenta a necessidade de que essa forma de jurisdição penal extraterritorial seja exercida “*cum grano salis*”, e desde que satisfeitas determinadas exigências, em particular que

⁷³ CASSESE, *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?*..., p. 16.

⁷⁴ JANKOV, Fernanda F. F. *Direito Internacional Penal: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105.

[...] o indiciado encontre-se no território do foro [...], pois exige sempre a presença do autor presumido do crime no território do juiz, como condição essencial à qual fica subordinada a própria existência da jurisdição”, fundando-se, nesse sentido, no princípio do *forum deprehensionis* nos termos do adágio “*ubi te invenero, ibi te judicabo*”⁷⁵.

Em outras palavras, não caberia aos tribunais nacionais agirem como se fossem “[...] *vindici [...] della sensibilità degli uomini [...]*”, mas como substitutos às “[...] jurisdições nacionais omissas para garantir em seu lugar que a justiça seja feita. Esses juízes nacionais ficariam incumbidos de agir como órgãos da comunidade internacional, como guardiões dos valores fundamentais dessa comunidade”⁷⁶.

Para Cassese, essa compreensão relativizada da jurisdição universal evitaria alguns problemas especialmente graves em termos de eficácia e eficiência, que cobram um preço considerável para a própria legitimidade interna e internacional do instituto, a saber: a) o primeiro atine à circunstância de que é possível que o acusado não se apresente perante o juízo nacional – por ingresso espontâneo no território, pela denegação de pedido extradicional, pelo não cumprimento do mandado de prisão internacional etc. –, impossibilitando, nesse sentido, o seu efetivo julgamento; b) caso o juízo resolva julgar o acusado à revelia (*in absentia*), referida medida violaria um conjunto de direitos humanos que asseguram um julgamento justo, atraindo, de um lado, a impossibilidade de cumprimento do mandado de execução da pena por sua manifesta nulidade, e, de outro, suscitar críticas a tais violações, cobrando seríssimo preço em termos de legitimidade do procedimento; c) a abertura de processo em tais casos, mormente se envolver (ex-)Chefes de Estado ou Órgãos Superiores de outro Estado, ilidirá a colheita de provas caso o Estado do “*loci delicti commissi*” decida não cooperar, impossibilitando também a eficiência da instrução processual; e d) se todos os Estados adotarem o modelo absoluto, e ante a ausência já indicada por

⁷⁵ CASSESE, *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?*..., p. 16.

⁷⁶ CASSESE, *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?*..., p. 16-18.

Bassiouni de uma regra internacional para a solução de conflitos jurisdicionais sobre a matéria, elevaria o risco de apreciações divergentes, com a possibilidade de decisões judiciais excludentes entre si e ofensa à garantia ao *ne bis in idem*⁷⁷.

Em duas ocasiões em que a Corte Internacional de Justiça foi provocada a se manifestar sobre conflitos decorrentes do exercício da jurisdição universal absoluta, tal como prevista na legislação belga, ela considerou-a incompatível em face de diversos princípios fundamentais do Direito Internacional.

O caso Mandado de Prisão de 11 de Abril de 2000, também denominado Yerodia, envolvendo a República Democrática do Congo vs o Reino da Bélgica⁷⁸, versa sobre o conflito decorrente da emissão de mandado de prisão internacional *in absentia* por um magistrado belga em face do então Ministro das Relações Exteriores do Congo, Abdoulaye Yerodia Ndombasi, em que se lhe imputava a prática do crime de incitação ao genocídio de forma pública e ostensiva contra a minoria tutsi no curso dos conflitos étnicos ocorridos em 1998 no país. O Congo, ao propor a reclamação internacional, infirmou a legitimidade do procedimento penal com base em dois fundamentos: a) a Bélgica violara a regra consuetudinária de imunidade internacional, inclusive penal, de que são revestidos Chefes de Estado e Ministros das Relações Diplomáticas, e b) a violação ao princípio da igualdade soberana entre os Estados, pelo qual um Estado não está submetido à autoridade do outro. A Bélgica, em sua defesa, alegou a legitimidade do exercício da persecução penal na forma da justiça universal, tal como prevista em seu ordenamento jurídico, na medida em que o caso fora aberto sem que o acusado estivesse em seu território ou presentes quaisquer elementos de conexão – e.g. vítimas ou acusados de nacionalidade belga ou qualquer reflexo de tais comportamentos em seu

⁷⁷ CASSESE, *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?*..., p. 17.

⁷⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>, acessado em 25.jul. 2012.

território. Em outros termos, bastava a presença do elemento de conexão da incriminação internacional do comportamento.

A Corte, no julgamento de mérito, considerou, por maioria, que a expedição do mandado de prisão internacional violara tanto a imunidade internacional dos Ministros de Relações Diplomáticas⁷⁹, como a necessidade de que a Bélgica, para poder exercer a jurisdição universal em face de crimes internacionais, comprovasse a presença de elementos mínimos de conexão entre o fato e o seu interesse na persecução penal, sob pena de se convalidar a violação ao princípio da não intervenção em assuntos de jurisdição interna⁸⁰.

Os Juízes Guillaume, Rezek e Rajeva, em seus votos em separado, apresentaram importante distinção no concernente às formas de manifestação do princípio da justiça universal. A primeira seria aquela que poderia ser exercida, independentemente da presença do acusado no foro, por eles denominada de *universal criminal jurisdiction properly so called*, e a segunda denominada de *territorial jurisdiction over persons for extraterritorial events*, e que exige a presença do acusado perante o juízo processante. Para esses juízes, a jurisdição universal em sentido estrito somente poderia

⁷⁹ “The Court accordingly concludes that the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties.” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)..., p. 6.

⁸⁰ “The *universal jurisdiction* that the Belgian State attributes to itself under Article 7 of the Law in question contravenes the international jurisprudence established by the Judgment of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in the “*Lotus*” case (7 September 1927, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10). The Court recognized at that time that territoriality is a principle of international law (while ruling that this principle is not absolute, in that it cannot prevent a State from prosecuting acts done outside its territory if they had consequences on that territory, such as, in that case, on board a ship flying the Turkish flag). According to the judgment, this principle means that *a State may not exercise its authority on the territory of another State*. This rule of jurisprudence is now corroborated by Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations, which states: “The Organization is based on the principle of the *sovereign equality* of all its Members.” The only instances in which general international law allows, exceptionally, that a State may prosecute acts committed on the territory of another State by a foreigner are, first, cases involving violation of the security or dignity of the first State and, second, cases involving serious offences committed against its nationals.” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)..., p. 15.

ser exercida desde que preenchidas as seguintes condições: a) que o Estado, antes de iniciar a persecução penal, oportunizasse ao Estado territorialmente competente pronunciar-se sobre os fatos; b) que os órgãos investidos de competência persecutória e judicial gozem das prerrogativas de independência funcional; c) que a persecução penal seja iniciada pelo pedido formulado pelas vítimas ou por seus familiares; d) que os fatos se subsumam entre as hipóteses de *core crimes*; e) que sejam respeitadas as regras e princípios internacionais que orientam as relações entre Estados, em especial as imunidades internacionais⁸¹.

A segunda decisão da Corte Internacional de Justiça, também envolvendo a legislação belga sobre crimes internacionais próprios – Bélgica vs. Senegal –, a Corte cindiu a análise do caso em dois pontos distintos, tendo como base a regra *aut dedere aut judicare*: a) o Senegal tinha a obrigação internacional de exercer a persecução penal em face de Hissène Habré, porquanto a incriminação do crime de tortura se constitui em uma obrigação *erga omnes* e de natureza *jus cogens*, derivada não da Convenção contra a Tortura, mas do direito internacional costumeiro⁸², não sendo admissível, internacionalmente, que o autor de tais atos – ex-Presidente do Chade –, ficasse impune em razão de asilo diplomático a ele concedido; b) no que concerne, doutro passo, à natureza convencional da regra processar ou extraditar, ela não poderia ser exigível do Senegal pela Bélgica, em razão do

⁸¹ CASSESE, *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?*..., p. 18.

⁸² “In the Court’s opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*). That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the *opinio juris* of States. It appears in numerous international instruments of universal application (in particular the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims; the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966; General Assembly resolution 3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), and it has been introduced into the domestic law of almost all States ; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora.” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* (Belgium vs. Senegal)..., p. 39.

princípio da irretroatividade contida no artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre os Estados de 1969⁸³.

A consequência de referida decisão da Corte Internacional de Justiça foi a constituição de um tribunal internacional misto – a Câmaras Extraordinárias Africanas – por acordo entre o Senegal e a União Africana, para levar Hissène Habre a julgamento pelos crimes que se lhe imputam, e cujo resultado foi a sua condenação à pena de prisão perpétua.

1.6 Conclusões

Destarte, seria possível concluir-se que a tese afirmada por Cassese é a que melhor atende aos princípios do Direito Internacional, na medida em que o princípio da jurisdição universal não foi instituído, apesar de ardorosos defensores em sentido contrário, para permitir que os Estados, sob as vestes de combate à impunidade, se imiscuem em assuntos de jurisdição interna de outros Estados, elevando, tanto em nível interno como internacional, a conflituosidade e o fechamento de alternativas civilizacionais de proteção aos direitos internacionalmente relevantes.

Doutro passo, é bastante evidente, do relato exposto, que o Direito Penal Internacional, tendo por pedra fundamental de sua conformação institucional o princípio *aut dedere aut judicare*, somente logrará, de fato, efetividade, se os Estados atenderem ao chamado internacional pela colmatação da impunidade fática dos crimes internacionais e realizarem, na facticidade histórica, a persecução dos autores dos crimes internacionais através do exercício, quando cabível, da *actio popularis*.

Se uma democracia consolidada exige, como condição de sua existência, que o cidadão assuma uma postura ativa e institucionalmente adequada para a proteção dos interesses coletivos, o mesmo se dá no plano internacional, uma vez que a realização histórica da *rule of Law* impõe

⁸³ “However, the obligation to prosecute the alleged perpetrators of acts of torture under the Convention applies only to facts having occurred after its entry into force for the State concerned. Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which reflects customary law on the matter [...]”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* (Belgium vs. Senegal)...., p. 39.

comportamentos políticos que transcendem a mera proteção dos interesses particulares do Estado, a fim de que se processe concretamente a defesa comum, e também institucionalmente adequada dos interesses e valores comuns da sociedade internacional.

Em ambas as esferas, lembrando a máxima que deu origem à *actio popularis* – *qui tam actio* –, só há efetiva proteção de referidos valores e interesses passíveis de serem sintetizados no princípio fundante e conformador da dignidade da pessoa humana, se houver corresponsabilidade na prevenção geral e/ou especial de comportamentos institucionais e individuais que os violem, donde, por conseguinte, a colegitimidade de todos os Estado em cooperarem na persecução penal, seja por meio da persecução ativa, seja na cooperação internacional por intermédio, *e.g.*, da extradição e da não concessão de asilo político a indivíduos que sejam acusados da prática dos crimes mais graves perante a sociedade internacional.

Contudo, essa colegitimidade e corresponsabilidade devem ser efetuadas *cum granus salis*, vez que nem os juízes nacionais devam agir como se fossem “[...] *vindici* [...] *della sensibilità degli uomini* [...]”, nem os Estados como se fossem xerifes da sociedade internacional, utilizando-se dos institutos que o Direito Penal Internacional dispôs para a tutela daqueles valores e interesses comuns como meio à satisfação de seus interesses particulares ou para a promoção de suas geopolíticas.

Em síntese, é certo que a *actio popularis* constitui-se em um instituto vigente e legítimo no Direito Internacional contemporâneo, dando azo àquelas corresponsabilidades e colegitimidades tão caras ao aperfeiçoamento das insuficiências institucionais da sociedade internacional.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**, 3 v., v. 2, 3. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AMBOS, Kai. Impunidade por Violação dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional. Trad. Alexandra Rosado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 49, 2004, p. 48-88.

AMBOS, Kai. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional**: bases para uma Elaboração Dogmática. Trad. Carlos E. A. Japiassú e Daniel Andrés Raizman. São Paulo: RT, 2008.

BAZELAIRE, Paul, CRETIN, Thierry. **A Justiça Penal Internacional**: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia. Trad. Luciana Pinto Venâncio, Barueri: Manole, 2004.

BASSIOUNI, M. Cherif. Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice, Virginia. **Journal of International Law**, n. 42, v. 81, fall 2001.

BASSIOUNI, M. Cherif. **The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik**, 38th Henry J. Miller Distinguished Lecture, Georgia State University College of Law. Disponível em: http://law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/MillerLecture-S-06-BassiouniDraft.pdf. Acesso em: 15 mai. 2012.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Second revised edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Opere**, 2 v., v. 1, Firenze: Sansoni, 1958.

BERGER, Adolf. **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953.

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**. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

COMELLAS AGUIRREZÁBAL, Maria Teresa. La Jurisdicción Universal en España tras la Reforma de 2009: Racionalización del Principio o un Paso Atrás en la Lucha Contra la Impunidad?. **Anuário Español de Derecho Internacional**, v. 26, 2010.

COSTI, Alberto. Hybrid Tribunals as a Valid Alternative to International Tribunals for the Prosecution of International Crimes. *Human Rights Research Review*, v.3, 2005, p. 1-26. Disponível em: <http://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcpl/publications/human-rights-research-journal/publications/vol-3/Costi.pdf>. Acessado em 20/03/2015, às 16 horas.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Da Inconstitucionalidade dos Artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal por Violação ao Princípio Ne Bis In Idem. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, 2012, p. 1-31.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Extensão e fragmentação no contexto da Jurisdição Penal Internacional. **Revista de Direito Internacional**, v.13, n. 3, 2016, p. 423-443.

FAGUNDES, M. Seabra. Da Ação Popular. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946, p. 1-19.

FELLMETH, Aron X., HORWITZ, Maurice. **Guide to Latin in International Law**. Oxford: New York: Oxford University Press, 2009.

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. **Os crimes contra a humanidade no Actual Direito Internacional Penal**. Coimbra: Almedina, 2009.

INSTITUTO DEL TERCER MUNDO. **Enciclopédia do mundo contemporâneo**. São Paulo: Publifolha/Rio de Janeiro: Editora Terceiro Milênio, 2002.

JANKOV, Fernanda F. F. **Direito Internacional Penal**: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

JOSÉ BREMER, Juan. **De Westfalia a post-Westfalia**: Hacia un Nuevo Orden Internacional. Ciudad de México: Universidad Nacional Autonoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

KLEINEN, Thomas. **Konstitutionalisierung im Völkerrecht**: Einer Idealistischen Völkerrechtslehre. Heildeberg: Springer, 2012.

LYNDEL, V. Prott. Some aspects of Judicial Reasoning in the South-West Africa Case of 1962, **Belgian Review of International Law**, 1967, v.1, p.37-51.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa. **Revista de Direito Internacional**, v. 13, n. 2, 2016, p. 423-443.

MACKEAN, W. A. The South West Africa Cases (1966): Two Views – I. “Legal right or interest” in the South West Africa Cases: a Critical Comment. **Australian Year Book of International Law**, 1966, v. 12, p. 135-141.

MACKEAN, W. A. The South West Africa Cases (1966): Two Views – II. An Examination of Certain Criticisms of the South West, Africa Cases Judgment. **Australian Year Book of International Law**, 1966, v.12, p. 143-148.

MOMMSEN, Theodor. **Gesammelte Schriften**: Juristischen Schriften, 3 v. V. 3, Berlin: Weidmannsche Buchhanlung, 1907.

MOMMSEN, Theodor. **Römisches Strafrecht**. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1899.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**, 18.ed., Madri: Tecnos, 2014.

PRINCETON UNIVERSITY. **The Princeton Principles on Universal Jurisdiction**. Disponível em: https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf, acessado em 20/10/2011, às 14 horas.

ROSENNE, Shabtai. **The Perplexities of Modern International Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

RUBIN, Alfred P. *Actio popularis*, Jus Cogens and Offenses Erga Omnes?. **New England Law Review**, v.35, n.2, 2000/2001, p. 265-280.

SHAW, Malcolm. **International Law**, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SCHWELB, Egon. **The Actio Popularis and International Law**, Israel Yearbook on Human Rights. v. 2, 1972, p. 46-56.

TOMUSCHAT, Christian. **Obligations Arising for States Without or Against Their Will**, RCADI 241, 1993.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels**, 30 November 2012. Disponível em: http://www.unrol.org/article.aspx?article_id=192. Acessado em: 20 fev.2014, às 20 horas.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Formulation of the Principles Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and the Judgment of the Tribunal**, 21 NOV. 1947. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/84/IMG/NR003884.pdf?OpenElement>. Acessado em: 20 fev.2012, às 14h30.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal**, 11 DEC. 1946. Disponível em <http://www.un-documents.net/a1r95.htm>, acessado em 20.FEV.2012, às 14:00.

UNITED NATIONS . INTERNACIONAL LAW COMISSION. **The Obligation to Extradite or Prosecute (Aut Dedere Aut Judicare)**, Preliminary report, by Mr. Zdzislaw Galicki, Special Rapporteur. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_571.pdf. Acessado em: 20 set.2014, às 14h50.

UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMISSION. **The Obligation to Extradite or Prosecute (Aut Dedere Aut Judicare)**. Final Report of the International Law Commission. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf, Acessado em 20.set..2014, às 18 horas.

UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMISSION. **Yearbook of the International Law Comission**, v. II, 1950, p. 374-378. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf. Acessado em: 20 fev.2012, às 13h35.

WEIL, Prosper. **Le Droit International En Quête de Son Identité**. RCAD. v. 237, 1992.

WERLE, Gerhard. **Principles of International Criminal Law**, 2th ed., Hague: T.M.C. Asser Press, 2009.

Decisões Judiciais

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. **The case of S. S. Lotus**, Série A, n. 10, de September 7th, 1927. Disponível em: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf. Acessado em: 30 jan.2009, às 21horas.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **International Status of South-West Africa**. Advisory Opinion of July 11th, 1950. Acessado em <http://www.icj-cij.org/files/case-related/10/010-19500711-ADV-01-00-EN.pdf>. Acessado em: 12 dez.2016, às 23horas.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **South West Africa Cases** (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Preliminary Objections. Judgment of 21 dez.1962. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-00-EN.pdf>. Acessado em: 20 jan.2016, às 21horas.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **South West Africa Cases** (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Preliminary Objections. Separate Opinion of Judge Bustamante. Judgment of 21 December 1962. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-02-EN.pdf>. Acessado em: 20 jan.2016, às 21h05.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **South West Africa Cases** (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Preliminary Objections. Dissenting Opinion of President Winiarski. Judgment of 21 December 1962. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-05-EN.pdf>. Acessado em 20 jan.2016, às 21h10.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **South West Africa Cases** (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Second Fase. Judgment on 18 JULY 1966. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19660718-JUD-01-00-EN.pdf>. Acessado em: 20 jan.2016, às 21h40.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited** (Belgium v. Spain). Second Fase. Judgment of 5 February 1970. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>. Acessado em: 20 fev.2012, às 11horas.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**. Advisory Opinion of May 28 1951, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>, acessado em 31.JUL.2007, às 14:32.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **Arrest Warrant of 11 April 2000** (Democratic Republic of the Congo *v.* Belgium). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>. Acessado em: 25 jul.2012, às 10horas.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite** (Belgium *vs.* Senegal), 20 July 2012. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>. Acessado em: 30 dez.2013, às 18h30.

_____. **Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite** (Belgium *vs.* Senegal), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, 20 July 2012. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17072.pdf>, acessado em 30.DEZ.2013, às 18:35.

2. EXPANSÃO E FRAGMENTAÇÃO NO CONTEXTO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL

2.1 O conceito de jurisdição no Direito Internacional

São de experiência universal estas cousas simples e profundas: 1° - Os homens dissentem mais em virtude da equivocidade da linguagem que usem, do que pelas concepções que tenham das realidades em si. 2° - O conhecimento exato dos fenômenos sociais fará mais pela ordem jurídica e pela paz, do que o temor das forças motorizadas. 3° - Quando o povo ignora os grandes princípios do Estado, a liberdade que ainda tenha é precária, ou já em ruínas.¹

Estas lições de A. Sampaio Dória, proferidas no ano de 1946, não perderam nada de seu viço, pelo que se as toma como norte para a dilucidação do tema que será discutido neste trabalho, a jurisdição (penal) internacional.

Com efeito, a Ciência Jurídica Contemporânea reconhece como um traço constitutivo de sua epistemologia dois fatos importantes²: a) o direito “é” linguagem, e onde ela vige não se busca a “essência” das coisas, mas o “uso” social das palavras. Em outros termos, desde a “*linguistic turn*” sabe-se que a vida “é” linguagem, na qual não existem “coisas”, mas fatos e usos linguísticos através dos quais a comunidade de viventes busca atribuir significados e diretrizes para o seu agir; b) sendo o “uso” linguístico o referencial que se toma para a compreensão e a fixação de normas para o agir humano (a essência é uma consequência do uso linguístico, e não

¹DÓRIA, A. Sampaio. *Curso de Direito Constitucional (Os Direitos do Homem)*, t. 1, 2. ed., São Paulo: Cia Editora Nacional, 1946, Prefácio.

²FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica decisão dominação*, 3.ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 34-39.

o seu suposto³), o traço mais próprio da linguagem humana é, em nível semântico, a ambiguidade, e que se levado a seu extremo pode desaguar na inexpressividade, dita anfibia. Se naquela a comunidade de falantes experimenta o fato de que uma determinada palavra pode identificar duas ou mais realidades distintas, esta se caracteriza como uma impossibilidade de comunicação e ou predicação⁴.

Assim, a primeira tarefa que cabe à Ciência do Direito é enfrentar a ambiguidade constitutiva de sua própria linguagem (sendo por isso caracterizada como uma metalinguagem), para, a partir disso, construir, racional e objetivamente, o significado jurídico-normativo dos conceitos, tornando possível a correta aplicação das normas jurídicas segundo seus próprios fundamentos. Com isto quer afirmar-se que, embora a linguagem do direito padeça das mesmas características semânticas da linguagem ordinária, ao discurso juridicamente significativo é possível e necessário perseguir e atribuir o seu *telos* jurídico-institucional e, com isso, evitar-se a anfibia (o que, em último caso, levaria ao *non liquet*), pois a função interpretativa não é dissociada da função aplicativa, que nada mais é do que reconhecer, no momento mesmo de imputar as consequências jurídicas a um comportamento, humano ou institucional, que o “[...] ordenamento jurídico estabelece a realidade de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores”⁵.

Estes fundamentos epistemológicos são tão ou mais válidos para o Direito Internacional quanto para o Direito Nacional, na medida em que

³ Em outros termos, é o uso de tópicos axiológicos que atribui a uma determinada realidade o *status* de essência, e não o contrário. “1.1 Die Welt ist die Gesamtheit der Tatsachen, nicht der Dinge [...] 3.11 Wir benützen das sinnlich wahrnehmbare Zeichen (Laut – oder Schriftzeichen etc.) des Satzes als Projektion der möglichen Sachlage. Die Projektionsmethode ist das Denken des Satz-Sinnes”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*, Londres: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, 1922, pp. 93/99.

⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Nota introdutória sobre o conceito de democracia*. Trad. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. In: DANNER, Fernando, DANNER, Leno, KONZEN, Paulo Roberto. *Democracia, política, representação: ensaios filosóficos*, Porto Alegre, FI, 2014, pp. 11-15.

⁵ ÁVILA, Humberto. *Teorias dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

naquele, mais do que neste, a eficácia e a concretização de suas normas estão condicionadas, ora mais ora menos, aos interesses historicamente situados de seus principais atores, os Estados⁶. Conforme Pastor Ridruejo⁷,

Comparado com os Direitos internos dos Estados, o Direito Internacional Público se nos apresenta como uma disciplina especialmente problemática, caracterizada por umas denunciadas carências institucionais que causam incertezas e relativismos no plano normativo, graves insuficiências na prevenção e na sanção de [sua] violação e uma politização alargada – ainda que não absoluta – na solução de controvérsias, quando não na impossibilidade de sua resolução.

Por suposto que a própria organização da Sociedade Internacional é a principal condicionante desses “problemas” do Direito Internacional⁸, mas também, o fato de a sua estrutura fundamental encontrar-se em um largo processo de transformação na qual ainda se encontram os traços caracterizadores do modelo westfaliano – uma estrutura justaposta de Estados independentes que se coordenam entre si –, e o do modelo inaugurado pela Carta das Nações Unidas, dito Sistema da Carta⁹, que tende a conformar-se em uma estrutura de cooperação, vale dizer, em que a institucionalização

⁶ Nesse sentido: “Apesar do aumento da gama de atores e participantes no sistema jurídico internacional, os Estados permanecem, de longe, como as pessoas coletivas mais importantes e, apesar do aumento da globalização e de tudo o que isso implica, os Estados mantêm a sua atração como o principal foco da atividade social humana e, portanto, do Direito Internacional” SHAW, Malcolm. *International Law*, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 197 (livre tradução).

⁷ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 18. ed., Madri: Tecnos, 2014, p. 23 (livre tradução).

⁸ Para ficarmos na mais óbvia, a Sociedade Internacional é organizada horizontalmente (“*tertio supra partes non datur*”), enquanto as sociedades nacionais são, por definição, verticais, na medida em que o Estado concentra os poderes políticos fundamentais em sua própria estrutura institucional. Nesse sentido, BOBBIO, Norberto; POLITO, Pietro (Orgs.). *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a guerra e a paz*. Trad. Daniela Versiani. São Paulo: Manole, 2009, p. 287-290.

⁹ “La Charte des Nations Unies, en second lieu, qui a substitué au “modèle de Westphalie”, caractérisé par la force comme principale source de légitimité, le “modèle de la Charte” (ou “droit des Nations Unies”) qui refuse toute légitimité au recours à la force”. WEIL, Prosper. *Le Droit International en quête de son identité*. Cours général de droit international public, RCAD, v. 237, 1992, p. 9-370 (p. 28).

normativa e orgânica da Sociedade Internacional tende(ria) a se sobrepor ao puro interesse dos Estados¹⁰ e, quiçá, conformar-se numa Comunidade Internacional constitucionalmente organizada¹¹.

De qualquer modo, seja qual tenha sido, ou venha a ter, a estrutura da Sociedade Internacional, é certo que a jurisdição se constitui em um dos conceitos fundamentais do Direito Internacional, na medida em que, através dele, se identificam pelo menos três de seus institutos essenciais, a saber: 1) o conjunto de competências político-jurídicas nele contidos e atribuídos a um determinado órgão, 2) a soberania do Estado e 3) a competência jurisdicional atribuída pelo Direito Internacional aos diversos sistemas e regimes de soluções de controvérsias internacionais.

Que jurisdição abarque pelo menos três desses institutos fundamentais do Direito Internacional constitui-se em prova provada de que, nesse contexto, a Ciência do Direito Internacional se depara e opera com e na ambiguidade, sendo, pois, sua função, dilucidar os sentidos e aclarar os significados deste “[...] *protean concept*”¹².

No que concerne ao primeiro sentido que se atribui ao conceito de jurisdição, o vocábulo identifica os fundamentos, contornos e limites para o exercício de uma competência jurídico-política. Para Patrick Capps, Malcolm Evans e Stratos Konstadinidis, a “‘Jurisdição’ é uma forma de poder jurídico ou competência”¹³. Assim, a existência de uma jurisdição é precedida por uma decisão política fundamental, pela qual se criam e se estabelecem as formas, modos e limites para o seu exercício, mas, principalmente, a sua

¹⁰ Nesse sentido, PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales...*, p. 48-49.

¹¹ O que pressupõe, entre outros requisitos, a necessidade de que as jurisdições internacionais possam ser exercidas para além dos senões impostos pelos Estados. Conforme Thomas Kleinen: “Zentrale Elemente dieser dogmatischen Dimension der Konstitutionalisierungsthese sind die Hierarchisierung völkerrechtlicher Normen, die Herausbildung einer objektiven universellen Ordnung zum Schutz von Gemeinschaftsgütern und die Rechtsbindung der Ausübung von Hoheitsgewalt jenseits des Staates” KLEINEN, Thomas. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht: einer idealistischen Völkerrechtslehre*. Heildeberg: Springer, 2012, p. 315.

¹² BERMAN, Sir Franklin. *Jurisdiction: the State*. In: CAPPSS, Patrick; EVANS, Malcolm; KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting jurisdiction: international and European legal approaches*. Portland: Hart Publishing, 2003, p.3.

¹³ CAPPS, EVANS, KONSTADINIDIS, *Asserting jurisdiction...*, p. xix.

atribuição para um órgão. Em outras palavras, a decisão política precede à atribuição jurídica da jurisdição porque, em última instância, é essa decisão que cria e confere legitimidade para o seu exercício. Com efeito, é competente – detém jurisdição – não quem assim o deseja, mas o órgão a quem a norma jurídica atribua o poder jurídico para agir.

Para compreender essa asserção, é preciso, mesmo que sinteticamente, aclarar que o vocábulo jurisdição é um conceito jurídico que abrange três espécies de competências político-jurídicas distintas, que podem, ou não, ser atribuídas a um mesmo órgão¹⁴:

1. **Legislativa** (*prescriptive jurisdiction*), que é o conjunto de competências político-jurídicas pertinente à capacidade legiferante, isto é, ao poder de criação de normas jurídicas;
2. **Executiva** (*executive jurisdiction* ou *enforcement jurisdiction*), que identifica o conjunto de competências político-jurídicas de auto-governo e legitimidade para perseguir a imputação das sanções jurídicas;
3. **Judiciária** (*adjudicative jurisdiction*), que identifica o conjunto de competências político-jurídicas atribuídas aos órgãos de soluções de controvérsias para solver uma determinada lide.

Assim, *e.g.*, quando se afirma que o Conselho de Segurança das Nações Unidas é o órgão internacional que detém jurisdição internacional para manter a segurança e a paz internacionais (*enforcement jurisdiction*) (artigo 24, 1 da Carta das Nações Unidas), devendo os Estados Membros das Nações Unidas acatar e executar as Resoluções desse Órgão (*prescriptive jurisdiction*) no cumprimento de seu mandato internacional (artigo 25 da Carta)¹⁵, isso não se deve porque assim o querem os Estado Membros do CSONU, mas porque a atribuição dessa jurisdição foi precedida por

¹⁴ CAPPS, EVANS, KOSTANDINIDIS, *Asserting jurisdiction...*, xxi-xxiv; JANKOV, Fernanda F. F. *Direito Internacional Penal: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66-83; AKERURST, Michael, MALANCZUK, Peter (Org.). *Akehurst's modern introduction to International Law*, 17. ed., New York: Routledge, 1997, pp. 109-110. SHAW, *International Law*, p. 645-650.

¹⁵ Trata-se, como sabido, das únicas Resoluções de Organização Internacional com eficácia cogente. AKEHURST, *Akehurst's moderns introduction...*, p. 52-53.

um processo de deliberação política – a aprovação da Carta das Nações Unidas – em que os Estados acordaram em atribuir a esse órgão referida competência. De semelhante forma, quando se afirma que o Tribunal Penal Internacional detém competência *ratione materiae* para exercer a persecução penal e julgar (*enforcement jurisdiction* e *adjudicative jurisdiction*) os autores dos crimes internacionais previstos no artigo 5, 1, a, b, c e d c/c artigos 6, 7 e 8 de seu Estatuto (nomeadamente, os crimes de agressão, genocídio, contra a humanidade e de guerra) – mas não, *v.g.*, o terrorismo internacional ou o tráfico internacional de estupefacientes¹⁶ e que, ademais, a competência *ratione materiae* para a persecução do crime de agressão está submetida a uma cláusula suspensiva (artigo 5, 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional) – isso se deve, em outros termos, ao fato de que no curso do processo deliberativo que antecedeu à sua criação, os Estados envolvidos escolheram submeter à jurisdição do Tribunal Penal Internacional determinados crimes (sem qualquer dúvida, os mais graves, e por isso mesmo denominados de *core crimes*), e outros não, bem como decidiram, em razão das enormes controvérsias políticas pertinentes ao crime de agressão, mormente por seu estreito liame com a competência do Conselho de Segurança das Nações

¹⁶ A referência a esses dois crimes internacionais não é aleatória. Com efeito, a convocação da Conferência de Roma foi precedida, em 1989, pela discussão havida na Assembleia Geral da ONU sobre o tráfico internacional de drogas, na qual a delegação de Trinidad e Tobago sugeriu a criação de um tribunal penal internacional com competência para a persecução desse crime. Tendo referida sugestão sido acatada pela Assembleia Geral, esta solicitou à Comissão de Direito Internacional que elaborasse o projeto de referido órgão. O resto, como se sabe, desaguou na criação do Tribunal Penal Internacional, no qual nem se cogitou, no anteprojeto ou mesmo na conferência diplomática, em submeter esse crime à jurisdição da corte. Nesse sentido, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 81 e ss. Já que no diz respeito ao crime de terrorismo, Antonio Casse afirma que, no curso da Conferência de Roma, se chegou a cogitar de submeter o terrorismo internacional à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, mas, ante a falta de consenso sobre a própria tipificação do crime, referido projeto foi rechaçado. CASSESE, Antonio. *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale I: diritto sostanziale*. Bolgna: Il Molino, 2005, p. 167-168.

Unidas, aguardar que novas condições políticas se manifestassem para a tipificação de dito crime¹⁷.

Já em sua segunda acepção, o termo jurisdição identifica, no Direito Internacional, o conjunto de poderes político-jurídicos por ele **assegurado** para que os Estados, no exercício de sua independência, possam se autogovernar, interna e externamente. Em outros termos, jurisdição é sinônimo de soberania. E aqui se encontra, talvez, uma das maiores polêmicas política, jurídica e doutrinária no âmbito da história das ideias. Conforme afirmado alhures:

Não parece existir um tema mais polêmico no plano das relações entre Direito Nacional e Direito Internacional do que o relativo à soberania, polêmica que opõe em polos distintos soberanistas e internacionalistas, oposição, ademais, que parece excluir uma via conciliatória, bastando lembrar, para fins de pontuação, a oposição entre monistas e dualistas no que diz respeito às relações entre Direito Internacional e direito interno.

Convém perceber, entretanto, que o termo polêmica (do gr. *Polemikós* (πολεμικός)), tal como aqui empregado, se reporta em seu étimo a *Pólemos* (Πόλεμος, derivado de *pelomai* – πελομαι –, do qual se originaram, por exemplo, *to bustle*, alvoroço, controvérsia etc) – que originalmente indicava o *daimon* da guerra e da discórdia, e que, por derivação metonímica, passou a nomear o próprio fato da discórdia, da guerra.

¹⁷ O crime de agressão, desde a vigência do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, em 2002, estava submetido à cláusula suspensiva de vigência contida no artigo 5º, 2, que permitia o exercício jurisdicional da Corte sobre esse crime somente após a tipificação de seus elementos, o que foi feito, em parte, por ocasião da Conferência de Revisão do Estatuto ocorrida em Kampala, Uganda, entre 31 de março e 11 de junho de 2010, restando, no entanto, a sua confirmação pela Assembleia dos Estados Partes que ocorreu em 2017, que, tendo sido aprovada, iniciou-se a etapa para ratificação/adesão dos Estados partes. Consultar, nesse sentido, o Regulamento do Tribunal Penal Internacional sobre os Elementos dos Crimes já revisados. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2011.

Faz-se essa digressão linguística para pôr em questão o próprio fato de sua origem, que somente pode ser encontrada no âmbito da discórdia discursiva entre soberanistas e internacionalistas [...] ¹⁸.

Para ficar no contexto do Direito Penal Internacional, essa polêmica se manifesta de forma muito instigante nas duas narrativas abaixo reproduzidas:

[...] Antonio Cassesse narra um diálogo por ele travado com um parlamentar de um Estado europeu logo após a criação do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia – do qual ele foi o primeiro presidente – [...]. Disse o parlamentar a Antonio Cassesse: ‘As Comunidades Europeias estão expropriando nosso poder legislativo! E agora, vocês vêm, com esse Tribunal Internacional, retirar-nos o último bastião de nossa soberania: o poder de punir. Se as coisas continuarem assim, o Estado soberano acabará por se dissolver.’

Mas o mesmo se passa na seara dos penal-internacionalistas, conforme, jocosamente, expressa Robert Cryer: ‘Quando a soberania aparece na área de estudo do Direito Internacional Penal, comumente vem vestida com chapéu e capa. Um cheiro de enxofre permeia o ar. Geralmente os estudiosos do Direito Penal Internacional vêm a soberania como inimiga. Ela é vista como irmã da *realpolitik*, frustrando a justiça penal internacional em cada rodada.’ ¹⁹

Nesse ponto tem-se, entretanto – e reduzindo-se a questão àquela primeira aproximação linguística – um manifesto mal-entendido, se não má-fé, o que é válido para muitos casos, com enormes efeitos político-jurídicos no contexto do Direito Internacional. Um mal-entendido porque soberania é somente o conceito empregado pelas diversas disciplinas que se deparam com o problema político-jurídico da independência dos Esta-

¹⁸ DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. Direito Penal Internacional, Estado Constitucional e o problema da mitigação da soberania na persecução dos crimes internacionais próprios. In: DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Temas escolhidos sobre a internacionalização do Direito Penal*. Porto Alegre: FI, 2015, p.19-20.

¹⁹ DE OLIVEIRA, *Direito Penal Internacional, Estado Constitucional...*, p. 44.

dos *vis-à-vis*, mas que não se reporta nunca ao do Direito Internacional²⁰. Má-fé porque, no contexto do Direito Internacional, soberania pode significar muitas coisas, mas jamais um poder acima do Direito Internacional e dos interesses dos demais Estados²¹.

Para solver qualquer mal-entendido – e espancar a má-fé – é preciso frisar que aquilo que em outras disciplinas se denomina soberania, no Direito Internacional é designado por jurisdição, isto é, o conjunto de competências internacionalmente asseguradas para que os Estados possam exercer os poderes necessários para, conforme Vaughan Lowe “[...] **criar, aplicar e executar as regras de conduta aos indivíduos**. Relaciona-se essencialmente à expansão do direito do Estado de regular a conduta e as consequências dos eventos”²² (grifos nossos); ou, conforme Celso D. de A. Mello: “O Estado tem o direito de exercer **sua jurisdição** sobre todas as pessoas e coisas no seu território nacional. As restrições à **jurisdição** estatal são impostas pelo DI”²³ (grifos nossos).

Com efeito, o artigo 2, 7 da Carta das Nações Unidas assegura que nenhum Estado ou organismo internacional poderá intervir “[...] em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado [...]”, com o qual se conforma a moldura da chamada soberania interna, ancorada no princípio da não intervenção em assuntos de jurisdição interna, sendo que o artigo 2, 1 assegura o princípio da igualdade de todos os Estados, com o qual se fixam os limites da soberania externa. Em outros termos, as competências para legislar, governar e julgar que os Estados detêm enquanto entidades internacionais independentes são

²⁰ “Uma palavra que se repete frequentemente nos escritos dos seguidores de Vattel é “soberania”, e é duvidoso que qualquer outra palavra tenha causado tanta confusão intelectual e conflito [lawlessness] internacional”. AKERURST, *Akehurst's modern introduction...*, p. 17.

²¹ “[...] a palavras ainda carrega uma tonalidade emotiva de poder ilimitado, acima da lei, e isso deu uma imagem totalmente enganosa das relações internacionais. O fato de um governante poder fazer o que ele quer em seus próprios assuntos não significa que ele possa fazê-lo, em questões de direito ou de poder político, a outros Estados”. AKEHURST, *Akehurst's modern introduction...*, p. 17.

²² Citado por JANKOV, *Direito Internacional Penal...*, p. 69.

²³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 2 v. v. 1, 11. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 428.

asseguradas pelo Direito Internacional, sendo, além disso, mais do que indubitado, que a soberania nunca foi concebida internacionalmente contra o Direito Internacional²⁴, pois é a partir dele, e não contra ele, que eles logram exercer plenamente suas jurisdições.

Por fim, o terceiro significado que se pode atribuir ao conceito de jurisdição no Direito Internacional decorre do fato de que determinados organismos internacionais detêm competência adjudicativa para a solução de controvérsias internacionais, abarcando uma pluralidade de sujeitos processuais bastante variados, isto é, desde os Estados e Organizações Internacionais, passando pela pessoa humana e chegando às empresas (o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos talvez seja o caso mais interessante nesse último caso). Em outros termos, jurisdição, tal como empregada nesse contexto, teria a mesma conotação atribuída no Direito Nacional para identificar os órgãos do poder judiciário.

Contudo, é interessante perceber que a constituição de um órgão com competência adjudicativa é precedida tanto pelo exercício coletivo de competência legislativa (de titularidade dos Estados envolvidos pelas suas capacidades para celebrar tratados internacionais – *jus tractuum*), como do asseguramento de competência de autogoverno, *v.g.*, mediante a atribuição de personalidade jurídico-internacional, dotação orçamentária, regime de

²⁴ Esta é a concepção que se pode recolher entre os clássicos do Direito Internacional moderno: BODINO, Juan. *Los seis libros de la Republica*, t. I, trad. Gaspar de A. Isunza. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 267 e ss; GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*, v. I. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijui, 2004, p. 175 e ss; DE VATTEL, Emer. *O Direito das Gentes*, tard. Vicente Marotta Rangel, Brasília: IPRI/Editora da UNB, 2004, p. 1 e ss. Markus Kotzur chama a atenção para o fato de que a tríade caracterizadora da soberania na obra de Vattel ainda hoje orienta a compreensão da Corte Internacional de Justiça em sua jurisprudência: “[...] E. de Vattel tencionou fazer uma interpretação ampla da soberania estatal e estabeleceu uma diferenciação com base nas seguintes características: autogoverno, independência de outros Estados e vinculação direta ao Direito Internacional. A tríade de de Vattel marcou, e marca ainda hoje, a doutrina internacional sobre a soberania, a atuação dos Estados e a jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional, primeiro, e logo depois da Corte Internacional de Justiça. Consequentemente, um Estado é soberano quando não está submetido a nenhuma autoridade que não seja o Direito Internacional, quando pode adotar decisões obrigatórias últimas sobre os seus súditos em seu território (soberania interna) e quando é independente externamente, longe de todo influxo proveniente de outros Estados”. KOTZUR, Markus. *A Soberania hoje*. Palavras-Chave para um diálogo europeu latino-americano sobre um atributo do Estado Constitucional moderno. Trad. Marcus V. X. de Oliveira e Gabriel G. de Godói. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, 2012, p. 1-19.

tomada de decisões coletivas, delimitação de competência *ratione materiae* etc. Em outros termos, os órgãos adjudicativos internacionais estão inseridos – com relativa autonomia em, ou constituem-se nelas, *de per se* – em organizações internacionais, sendo o traço mais característico desse fato não a perda, mas a mitigação da soberania estatal, pois, se antes da constituição de referidos órgãos era assegurado aos Estados jurisdição exclusiva sobre a matéria, com a criação de organismo adjudicante para solver controvérsias, os Estados se submetem, facultativa ou obrigatoriamente, à sua jurisdição internacional (*pacta sunt servanda*), devendo cumprir suas decisões de boa-fé (*bona fide*)²⁵.

Em conclusão parcial, é importante frisar a circunstância de que, contemporaneamente, o Direito Internacional tem experienciado o fenômeno de sua extensão normativa, isto é, uma contínua e ininterrupta regulação internacional de matérias que antes se submetiam à exclusiva jurisdição estatal, fenômeno este que tem causado não poucas perplexidades teóricas no contexto da disciplina. Com efeito, conforme Michael Akehurst:

Hoje o Direito Internacional cobre vastas e complexas áreas de interesses transnacionais, incluindo tópicos tradicionais, como a posição, sucessão e responsabilidade dos Estados, paz e segurança, o direito da guerra, o direito dos tratados, o direito do mar, o Direito Internacional dos cursos d'água e das relações diplomáticas, bem como novos tópicos, tais como as organizações internacionais, economia e desenvolvimento, energia nuclear, direito aéreo e outras atividades espaciais, o uso dos recursos em alto-mar, o meio-ambiente, comunicações e finalmente, mas não menos importante, a proteção internacional dos direitos humanos. Este desenvolvimento resultou em um incremento da especialização acadêmica [...].²⁶

²⁵ KOTZER, *A soberania hoje...*, *passim*. No tocante às organizações internacionais, KLABBERS, Jan. *An introduction to International Institutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 1-16 e p. 253-277.

²⁶ AKEHURST, *Modern introduction...*, p. 7 (livre tradução).

O campo específico deste artigo, a jurisdição internacional em matéria penal, envolve não poucas perplexidades frente ao Direito Internacional tradicional, seja porque toca num tema central de sua estrutura – a jurisdição para a perseguição de crimes, tradicionalmente atribuídas aos Estados –, seja no que toca à complexa tessitura institucional e princiológica de relações entre Estados ou entre estes e organizações internacionais, seja, por fim, na afirmação de seu princípio fundamental, o da responsabilidade penal direta do indivíduo perante o Direito Internacional, tópicos estes que serão enfrentados a seguir.

2.2 Breve percurso sobre o desenvolvimento da jurisdição penal internacional

Para compreender o percurso histórico da jurisdição penal internacional é preciso, antes de qualquer coisa, compreender o significado da expressão crime internacional, porque é a partir desse conceito e das articulações entre jurisdição nacional e jurisdição internacional em matéria penal, que se pode, concretamente, aferir o seu desenvolvimento.

Denomina-se crime internacional qualquer comportamento humano a que uma norma internacional, convencional ou consuetudinária²⁷, atribua, como uma consequência de sua realização, uma sanção penal, e a perseguição penal poderá ser exercida, seja pelos próprios Estados, de conformidade com os seus ordenamentos jurídicos, seja pelos tribunais penais internacionais. Três grandes problemas exsurtem dessa confluência entre Direito Penal e Direito Internacional.

A primeira diz respeito não ao fato de que o Estado legisle sobre a matéria, mas que os Estados, no exercício de suas jurisdições internacionais, o façam. Nesse fato tem-se o pressuposto bastante evidente de que o comportamento humano de relevância jurídico-penal-internacional ofende,

²⁷ “Os aspectos penais do Direito Internacional derivam das “convenções”, “costumes” e “princípios gerais do direito”, todos os quais são uma das fontes dessa disciplina jurídica tal como enunciado no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça”. BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*, 2th edition, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 9 (livre tradução).

cumulativa ou alternativamente, ou a interesses comuns ou a interesses intrínsecos da Comunidade Internacional.

O segundo ponto problemático, especificamente grave para o Direito Penal de matriz liberal-garantista, decorre do fato de se considerar os costumes como fontes jurídicas de fatos puníveis, na medida em que, para este paradigma político-criminal, a única fonte legítima seria a lei formal²⁸, e no Direito Internacional, os Tratados Internacionais.

Por fim, o terceiro foco de problemas respeita à circunstância de que a pessoa humana, e não o Estado, seja sujeito passivo de uma sanção internacional, mais especificamente de caráter penal que, sem qualquer dúvida, é a forma mais grave de restrição à liberdade humana. Em outros termos, que o Direito Penal Internacional imponha uma sanção de caráter individual (à pessoa humana) e não coletiva (ao Estado)²⁹.

Contudo, ao se analisar referidos problemas em seu devido contexto, verifica-se que:

a) A criação de normas jurídico-penais no âmbito da Sociedade Internacional não é nem fato novo nem extraordinário. Com efeito, o crime internacional *par excellence* ainda no âmbito do Direito Internacional westfaliano foi o de pirataria, podendo-se remontar a sua incriminação ao século XVI, tendo como fundamento doutrinário tanto a concepção ciceroniana de que o pirata se constituía em *hostis humanis generis*, como na doutrina de inúmeros internacionalistas da época (Alberico Gentili, Balthasar de Ayala e Hugo Grotius), para quem ela decorria de uma norma consuetudinária do

²⁸ Para ficarmos em um de seus mais renomados teóricos, “O primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio [...]. O desvio punível [...] É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nullum poena et nullum crimen sine lege* [...] A primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da consequente submissão do *juiz* à lei [...]. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed., trad. Juarez Tavares et al., São Paulo: RT, 2006, p. 38-39.

²⁹ KELSEN, Hans. Will the judgment in the Nuremberg Trial constitute a precedent in International Law?. *International Law Quarterly*, v. 1, n. 2, summer 1947, p. 15-171.

Direito Internacional Geral, pela qual todo Estado detinha o poder-dever de persecução penal³⁰.

b) No que toca, doutro giro, a se considerar o costume internacional como fonte legítima para a incriminação internacional, não resta qualquer dúvida de que, à luz do paradigma liberal-garantista, ocorre, sim, violação ao postulado *nullum crimen sine lege scripta*. Contudo, nem a Sociedade Internacional é um Superestado, nem o princípio *rule of Law* se aplica, integralmente, na conformação de seu ordenamento jurídico. Os costumes internacionais ainda são fontes por excelência do Direito Internacional³¹ – ao lado dos Tratados Internacionais –, sendo que, mormente no que toca aos *core crimes*, a acusação de violação ao postulado do princípio da legalidade em Direito Penal foi satisfatoriamente colmatada com a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional e do seu Regulamento dos Elementos dos Crimes³².

c) Por fim, no que concerne ao princípio da responsabilidade direta do indivíduo perante o Direito Penal Internacional, uma clara dissonância em relação ao instituto da responsabilidade coletiva, é importante notar que ela se estabeleceu, com os Julgamentos de Nuremberg e Tóquio, como uma norma aceita pela Sociedade Internacional, mormente após a aprovação, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da Resolução sobre os Princípios do Direito Internacional Reconhecidos pela Carta do

³⁰ BASSIOUNI, M. Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, n. 42, v. 81, fall 2001, p. 13-14.

³¹ GUGGENHEIM, Paul. *Contribution a l'histoire des sources du Droit des Gens*, RCADI, v. 94 (1958-II), p. 36 : « [...] la coutume, au point de vue de la doctrine, est la source originaire et la plus importante. C'est d'elle que la seconde des sources, la convention, tira sa validité [...] »

³² Nesse sentido, AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Berlin/Montvideo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2005, p. 35-37. Já M. Cherif Bassiouni defende, sem meias palavras, a legitimidade dos costumes internacionais, mormente porque, no Direito Penal Internacional, ele não é nem pode ser dissociado da prática nacional dos Estados, no tocante à persecução dos crimes, e por ser o costume internacional uma fonte primária do Direito Internacional, muito embora ele ponha um acento excessivamente dissonante na *opinio juris* sobre o *usus*. “The binding character of customary international law is not only based on state practice, but also evidenced by states’ intentions to be bound by certain practices, *opinio juris*”. BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity: historical evolution and contemporary application*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. xi/xxvii-xix.

Tribunal de Nuremberg, de 1950, segundo o qual, em seu artigo 1º: “Qualquer pessoa que cometer um ato que constitua um crime sob o Direito Internacional é [por ele] responsável e passível de ser julgado”³³, pelo que hoje não remanesce nenhuma dúvida quanto à sua legalidade e legitimidade³⁴.

Se, portanto, crime internacional é todo fato punível criado pela ação coletiva dos Estados, remanesce o problema de se definir o “como” do exercício das jurisdições penais de persecução e adjudicação, vale dizer, o modo pelo qual os Estados e/ou os organismos internacionais exercem a persecução penal dos autores dos crimes internacionais. Para responder a esse problema, é preciso considerar que o exercício dessas competências leva em conta dois critérios distintos. O primeiro critério diz respeito à *distingo* entre crimes internacionais próprios e crimes internacionais impróprios, também denominados de crimes internacionais transnacionais. O segundo se reporta à conformação internacional entre a persecução penal de competência nacional, dita *indirect enforcement*, e a persecução penal de competência internacional, dita *direct enforcement*, sendo que a prática contemporânea do Direito Penal Internacional criou uma terceira variante, os tribunais internacionais mistos.

Com relação àquela primeira distinção, denominam-se crimes internacionais próprios, ou também *Core Crimes*, *International Crimes Stricto Sensu*, *Crimes Against International Law*, *Jus Cogens International Crimes*, dentre outros³⁵, aos fatos puníveis internacionais de maior gravidade no Direito Internacional, posto que ofendem os interesses, direitos e princípios fundamentais da Sociedade Internacional. Por isso são os crimes nucleares (*core crimes*) e, passados largos anos desde Nuremberg e Tóquio (os primeiros tribunais penais internacionais), eles foram definitivamente submetidos à jurisdição penal do Tribunal Penal Internacional, muito embora vários desses crimes também sejam internacionalmente regulados

³³ UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Formulation of the Principles Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and the Judgment of the Tribunal*, 21 nov. 1947. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/84/IMG/NR003884.pdf?OpenElement>. Acessado em: 20 fev. 2012.

³⁴ AMBOS, *La parte general...*, p. 34-35.

³⁵ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 142.

por convenções internacionais específicas³⁶. Assim, o crime de agressão, os crimes contra a humanidade, o genocídio e os crimes de guerra são fatos puníveis internacionais porque, à luz da atual conformação da Sociedade Internacional, é inadmissível que os seus autores fiquem impunes, mormente porque essa impunidade é, por definição, fática, e não jurídica. Fática porque, nada obstante ser mais do que claro o rechaço político e jurídico de tais práticas, bem como a tipificação da maior parte destes crimes pelos próprios Estados e pelo Direito Internacional, a persecução penal em nível interno ainda se condiciona, em muitos casos, à ineficiência deliberada, querida e ilícita de quem esteja a exercer o poder, de fato ou de direito³⁷.

Já os crimes internacionais impróprios, também denominados de *International Crimes Largo Sensu*³⁸ ou crimes transnacionais³⁹, são os fatos puníveis internacionais que violam determinados interesses da Comunidade Internacional, sejam eles pertinentes, *v.g.*, à prevenção de um determinado comportamento de caráter econômico (tráfico internacional de drogas, corrupção, criminalidade organizada etc) ou mesmo à violação de direitos humanos (tráfico internacional de pessoas, pornografia infantil etc) e que, por conveniência política, se ajustaram formas de prevenção geral e especial de dito comportamento mediante a cooperação penal internacional entre os Estados. São, sem qualquer sombra de dúvida, os mais numerosos, muitos deles de manifesta conotação econômica, pelo que também ocorreu a incriminação internacional da lavagem de capitais, forma de criminalidade financeira que atravessa, por assim dizer, todos os demais crimes transnacionais⁴⁰.

³⁶ *V.g.* Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados, sendo que estes dois últimos crimes internacionais são também punidos na forma de crimes contra a humanidade, *ex vi* do artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

³⁷ Por todos, AMBOS, Kai, KARAYAN, Monica. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 2 ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 33-60.

³⁸ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 142.

³⁹ GIL-GIL, Alicia. *Derecho Penal Internacional*. Madri: Tecnos, 1999, p. 35-36.

⁴⁰ Sobre o tema, A internacionalização do Direito Penal: uma aproximação a partir do crime de lavagem de capitais. In: DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Temas escolhidos sobre a internacionalização do Direito Penal*. Porto Alegre: FI, 2015, p. 130-163.

A distinção entre crimes internacionais próprios e impróprios é fundamental para a compreensão do “como” do exercício da jurisdição penal internacional, na medida em que, sinteticamente, a prática de crimes internacionais próprios enseja a possibilidade de exercício de várias formas de jurisdição penal, seja pelos Estados – **jurisdição penal concorrente** entre competência territorial e jurisdição penal extraterritorial decorrente do princípio da justiça universal, e isso em razão da regra de conexão da incriminação internacional⁴¹ –, seja por Tribunais Penais Internacionais, em especial o Tribunal Penal Internacional, que se orienta pelo princípio da complementariedade, nos termos dos artigos 1 e 17 do seu Estatuto.⁴²

⁴¹ Colha-se o seguinte trecho da decisão do Tribunal Constitucional espanhol nos autos do Sentença 237/2005: “El principio de subsidiariedad no aparece recogido en nuestro Derecho positivo, ni en la LOPJ ni en el Convenio sobre genocidio, que efectivamente no prohíbe la jurisdicción universal respecto de ese delito, existiendo de hecho diversos países que la han establecido en sus legislaciones. La jurisdicción universal «no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad», aplicándose el principio de no necesidad de intervención cuando está actuando la jurisdicción territorial. Esto no faculta para exigir la acreditación plena de la inactividad de dicha jurisdicción territorial para admitir la querella, sino la aportación de indicios razonables de que los crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo, lo que se desprende en este caso de la documentación aportada. Por ello la estimación del recurso de casación en relación con la aplicación del principio de subsidiariedad debió determinar la admisión de la querella en los términos del Auto dictado por el Juzgado Central, y puesto que la subsidiariedad constituía la única fundamentación del Auto de la Sala de la Audiencia Nacional, que es considerada incorrecta por la mayoría, lo consecuente habría sido casar el Auto recurrido.”

⁴² É importante frisar: o princípio da complementariedade se aplica ao Tribunal Penal Internacional. Com relação ao Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e ao Tribunal Penal Internacional de Ruanda, segundo William Schabas é regido pelo “[...] regime [...] conhecido por primazia, segundo o qual os tribunais *ad hoc* podem assumir a jurisdição de direito, sem a necessidade de demonstrar a falha ou insuficiências do sistema nacional [...]”. SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*, 4 ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 190-191. Com efeito, mencionados tribunais, em seus respectivos Estatutos, estabelecem o princípio da primazia de suas jurisdições sobre as jurisdições dos Estados nacionais, conforme, respectivamente, os artigos 1º e 9, 1 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, de 25 de maio de 1993, e os artigos 1º e 8, 1 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de 08 de novembro de 1994. No mesmo sentido, BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Trad. Luciana P. Venâncio. Bauru: Manole, 2004, p. 95-97. Sobre os referidos Tribunais *ad hoc* consultar as excelentes monografias de HAGAN, John. *Justice in the Balkans: prosecuting war crimes in the Hague Tribunal*, Chicago: Chicago University Press, 2003 e CRUVELLIER, Thierry. *Court of remorse: inside the International Criminal Court for Rwanda*. Trad. Chari Voss, Madison: University of Wisconsin Press, 2006.

Já os crimes internacionais impróprios ensejam somente a perseguição penal de caráter nacional, territorial e/ou extraterritorial, inclusive na forma da jurisdição universal pelos demais Estados, em concorrência ou não. Em outros termos, nenhum crime transnacional está submetido à jurisdição de um tribunal internacional.

Nisso se caracteriza, portanto, a conformação da jurisdição penal internacional em matéria penal a partir dos conceitos de *direct enforcement* e *indirect enforcement*.

O regime da *direct enforcement* legitima que a os autores dos crimes mais graves, no Direito Internacional, sejam indiciados, julgados e, eventualmente, condenados pelos tribunais internacionais. Historicamente são três os princípios de fixação da jurisdição penal internacional direta dos tribunais internacionais⁴³:

A) **Da exclusividade**: orientou a competência dos Tribunais Penais de Nuremberg e Tóquio, dado que os Estatutos dessas cortes estabeleceram a jurisdição direta sobre os sujeitos passivos do processo de incriminação com total exclusão da jurisdição dos tribunais nacionais⁴⁴.

B) **Da primazia**: foi o princípio adotado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas quando da criação dos Tribunais Penais *ad hoc* da Ex-Iugoslávia e de Ruanda, em razão da qual, havendo conflito jurisdicional entre ditos tribunais e competência *ratio loci* ou *ratio personae* dos tribunais nacionais, prevalece a dos tribunais internacionais. No entanto, por juízo discricionário do tribunal internacional, é possível que o caso seja transferido para a competência do tribunal nacional competente.⁴⁵

C) **Da complementariedade**: é o princípio organizativo do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, pelo qual este tribunal somente poderá exercer sua jurisdição caso se comprove que, ou o Estado competente não

⁴³ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, pp. 28 *et seq.*

⁴⁴ WERLE, Gerhardt. *Principles of International Criminal Law*, 2th edition, Hague: T M C Asser Publishers, 2009, p. 81.

⁴⁵ WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, p. 82.

pode ou não quer exercer a persecução penal, ou, caso a tenha exercido, tenha ocorrido julgamento simulado.⁴⁶

A diversidade de princípios que fixam a competência adjudicativa desses diversos tribunais penais internacionais decorre essencialmente do contexto histórico em que eles foram criados. Se Nuremberg e Tóquio foram, apesar dos avanços significativos que representaram para a criação e consolidação da jurisdição penal internacional, verdadeiros julgamento de vencedores sobre os vencidos⁴⁷, os Tribunais *ad hoc* tiveram origem em resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, sendo certo, portanto, que somente o Tribunal Penal Internacional passou pelo crivo do difícil e custoso processo de deliberação político-internacional para a sua criação, sendo, nesse sentido, não a criação de um poder externo ou, no caso do Conselho de Segurança, prevalecente aos Estados, mas da Sociedade Internacional⁴⁸.

Já o regime *indirect enforcement*, aplicável aos crimes internacionais próprios e transnacionais, é aquele em que a persecução penal dos autores dos crimes internacionais é exercida pelos próprios Estados por meio das competências territorial e extraterritorial. Nesse caso, é condição necessária e inafastável, para que referida persecução ocorra, que os Estados tipifiquem,

⁴⁶ SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court...*, p. 190 *et seq*; WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, pp. 83 *et seq*.

⁴⁷ Hans Kelsen indicava, como condição de justiça internacional, a necessária reciprocidade internacional, ou seja, quem quer julgar deve dispor-se a ser julgado. KELSEN, Hans. *A paz garantida pela responsabilização individual por violações do Direito Internacional*. In: *A paz pelo Direito*. Trad. Lenita A. do Nascimento, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 106. Já M. Cherif Bassiouni é mais incisivo ao discutir a questão a partir do conflito entre o caráter *erga omnes* do Direito Penal Internacional e a *realpolitik*, quando afirma que “Os processos pós Segunda Guerra Mundial eram basicamente para os derrotados [...] Nenhum membro das forças aliadas jamais foi processado por um crime de guerra. Ninguém levantou a questão de crimes de guerra ou crimes contra a humanidade sobre o bombardeamento deliberado da cidade de Dresden, que não tinha nenhum valor militar, e que resultou na morte de 35.000 civis. Não se questionou muito sobre os bombardeamentos atômicos das cidades civis Hiroshima e Nagasaki, que resultaram em uma estimativa de 250.000 vítimas que morreram em decorrência do ataque [...]”. BASSIOUNI, M. Cherif. *The perenial conflict between international criminal justice and realpolitik*. In: Miller Lecture, Georgia State College of Law, 2006. Disponível em: www.law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf. Acessado em: 30 out. 2011.

⁴⁸ Sobre a “luta” para a aprovação do ETPI no curso da Conferência Diplomática de Roma, entre os dias 15 de junho a 17 de julho de 1998, consulte a narrativa de JAPIASSÚ, *O Tribunal Penal Internacional...*, p. 112-116.

em seus respectivos ordenamentos jurídicos, os crimes internacionais, o que envolve, noutro passo, o surgimento da complexa tessitura decorrente da internacionalização do direito⁴⁹.

Esta última asserção insere o presente trabalho em dois temas mais complexos do Direito Internacional contemporâneo, expansão e fragmentação, que serão enfrentados no próximo tópico.

Por fim, a prática contemporânea do Direito Penal Internacional também se tem utilizado do regime misto instituído pelos tribunais nacionais internacionalizados⁵⁰, ou “*mixed models of Internacional Criminal Justice*”⁵¹.

Nesse regime híbrido, iniciado com a criação da Corte Especial para Serra Leoa, constituída pelo acordo forjado entre este Estado e o Conselho de Segurança das Nações Unidas⁵², é conformado segundo os mesmos princípios dos Tribunais Internacionais *ad hoc*, vale dizer, o princípio da primazia sobre os demais órgãos jurisdicionais do Estado, detendo competência para julgar fatos que antecederam à criação da Corte. A composição do Tribunal é mista – juízes nacionais e estrangeiros, sendo estes indicados pelo Secretário Geral das Nações Unidas, tendo por competência a persecução penal dos autores dos *core crimes* praticados no curso da guerra civil ocorrida no país, sejam seus autores nacionais ou estrangeiros.

À Corte Especial de Serra Leoa se seguiram outros tribunais internacionais mistos – Kosovo, Bósnia e Herzegovina, Timor Leste, Camboja, Líbano –, sendo o maior deles constituídos mediante acordo entre esses Estados e o Conselho de Segurança⁵³, não existindo, entretanto, uma

⁴⁹ DELMAS-MARTY, Mireille.. *Trois défis pour un Droit Mondial*, Paris: Éditions du Seuil, 1998, p. 118 e ss.

⁵⁰ WERLE, *Principles of Internacional Criminal Law...*, p. 101-106.

⁵¹ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, pp. 721-784.

⁵² “The Agreement was signed on 16 January 2002 and can be found in the appendiz of the Report of the Planning Mission on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone Transmitted by the Secretary-General to the President of the Security Council by letter Dated 6 March 2002 of 8 March 2002”. WERLE, *Principles of International Criminal Law...*, p. 102-103.

⁵³ A exceção é a de Timor Leste, instituído pela Resolução 2000/11 da UNTAET, de 06 de março de 2000.

unidade no que concerne à jurisdição *ratione materiae*, já que o direito aplicável por essas Cortes é tanto o Direito Penal Internacional como o próprio Direito Nacional dos Estados, do que exsurge uma pluralidade contenciosa de normas penais irredutíveis a uma sistematização⁵⁴.

2.3 Jurisdição penal internacional: entre expansão e fragmentação

A compreensão do fenômeno da jurisdição penal internacional está atrelada ao contínuo processo de alargamento normativo e institucional pelo qual tem passado o Direito Internacional contemporâneo, e que resta melhor compreendido a partir dos conceitos de expansão e fragmentação.

Por expansão do Direito Internacional compreende-se a contínua ampliação da regulação internacional de matérias que, sob a perspectiva do sistema westfaliano, se encontravam sob a exclusiva jurisdição dos Estados, ou, quando muito, eram reguladas internacionalmente por meio de tratados bilaterais.

Assim, desde o surgimento do sistema da Carta, e mais ainda com o término da Guerra Fria e o fenômeno da globalização econômica, o Direito Internacional tem passado a regular um conjunto cada vez mais amplo de matérias que passam a influir e modificar, de forma decisiva, não somente a própria estrutura do sistema internacional, mediante, *e.g.*, a constituição de inúmeras organizações e regimes internacionais e o espocar de múltiplos tratados-normativos multilaterais, universais e/ou regionais, mas, também, e principalmente, na forma como os próprios Estados, no exercício de suas jurisdições, tomam decisões políticas, seja para adequar os seus sistemas normativos nacionais a essas contínuas afluências de normas internacionais, e a partir delas dirigir as suas políticas internacionais, seja para rechaçá-las⁵⁵.

⁵⁴ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 721-784.

⁵⁵ LOCK, Grahame. *Ringling the changes: mutations in the idea of political change*. In KERSBERGEN, Kees van *et al.* (Orgs.). *Expansion and fragmentation: internationalization, political change and the transformation of the Nation State*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 1999, p. 23-42.

Qual *Janus*, o Estado, no exercício de suas jurisdições, é dotado de dois “rostos”, um que olha para aquilo que lhe é externo – as relações internacionais – e outro, que olha para dentro – o governo livre e desimpedido de seu território e população, segundo o seu próprio ordenamento jurídico; em outras palavras, soberania interna e soberania externa. Se antes esse duplice olhar e governar se encontrava imune, juridicamente falando, à intervenção internacional quase de forma absoluta, hoje não mais, podendo-se falar numa contínua mitigação da soberania, interpretável a partir do conceito de Estado Constitucional Cooperativo⁵⁶. Sendo a soberania (*rectius*: a jurisdição estatal) assegurada e delimitada pelo Direito Internacional, ali onde este se expande, aquela tende a se retrain, sendo a sua contínua mitigação, mediante o surgimento e a ampliação de formas de atuação internacional cooperativa, nas quais os Estados compartilham entre si as jurisdições sobre determinadas matérias⁵⁷, um dado da realidade que não pode ser afastado por quem deseja compreender a intersecção entre Direito Nacional e Direito Internacional⁵⁸.

Por seu turno, entende-se por fragmentação do Direito Internacional, também denominada de “diferenciação funcional”⁵⁹, o fenômeno normativo-estrutural decorrente de sua expansão, que tem por uma de suas características mais proeminentes a quebra dos princípios sistemáticos da unidade e da coerência no âmbito desse ramo jurídico. Se, no sistema westfaliano, o Direito Internacional era essencialmente de caráter geral

⁵⁶ KOTZUR, Markus. *A soberania hoje*: palavras-chave para um diálogo europeu-latino-americano sobre um atributo do Estado Constitucional moderno...; HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, Ciudad de México: UNAM, 2003; HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al Derecho Constitucional Común*: palabras clave para un diálogo europeu-latinoamericano. Trad. Héctor Fix-Fierro, Ciudad de México: UNAM, 2003; HÄBERLE, Peter. *O Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos A. Maliska e Elisete Antoniuk, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁵⁷ KOTZUR, *A soberania hoje*....

⁵⁸ DE OLIVEIRA, *Direito Penal Internacional, Estado Constitucional e o problema da mitigação da soberania na persecução dos crimes internacionais próprios*..., p. 60 e ss.

⁵⁹ KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of international law*: difficulties arising from the diversification and the expansion of International Law - Report of the Study Group of the International Law Commission. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, p. 11.

e consuetudinário, hoje, com o sistema da carta, ele se dispersa normativamente numa série de regramentos universais e regionais; em Direito Internacional Geral, ainda majoritariamente consuetudinário, e nos direitos internacionais especializados, instituídos por tratados-normativos multilaterais, com regimes jurídicos e sistemas de solução de controvérsias próprios⁶⁰, os usuais critérios de solução de conflitos normativos aplicáveis no Direito Internacional – especialidade e cronológico – parecem não render efeitos concretos para a solução de muitos conflitos, ocorrendo, no mais das vezes, uma sobreposição de normas e sistemas de solução de controvérsias autônomos *vis-à-vis*, pondo em risco a própria ideia de sistema normativo no contexto do Direito Internacional⁶¹.

Conforme Marcelo D. Varella e Vitor E. T. de Oliveira⁶²,

[...] o fenômeno da diferenciação funcional ou fragmentação resume-se no aparecimento de normas, complexos de normas, instituições jurídicas ou esferas de práticas jurídicas igualmente especializadas e relativamente autônomas [...] sendo que [...] a produção destas normativas e instituições tende a ocorrer de forma não paralela com os conhecimentos e práticas gerais do Direito Internacional, gerando conflitos entre normas ou sistemas de normas, bem como a perda de uma perspectiva geral do direito, resultando também, indubitavelmente, em uma diminuição da almejada segurança jurídica, haja vista que não é mais possível prever a reação de instituições oficiais e planejar atuações de acordo com ela. A fragmentação do Direito Internacional é fruto da expansão da atividade normativa e jurisdicional internacional em diversos novos campos, bem como a diversificação de seus objetos e técnicas.

⁶⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 17-27.

⁶¹ Sobre o tema a partir da ciência do direito, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 2 ed., trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

⁶² VARELLA, Marcelo D., de Oliveira, Vitor Eduardo Tavares. *Da unidade à fragmentação do Direito Internacional: o caso Mox Plant*, Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 54, jan/jun 2009, pp. 119-140 (128-129).

Birgit Schlütter⁶³, em seu estudo sobre o desenvolvimento do Direito Internacional consuetudinário, a partir da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e dos Tribunais Penais Internacional para a Ex-Iugoslávia e Ruanda, compartilha a opinião de diversos autores do Direito Penal Internacional de que este ramo está profundamente imbricado nesse contexto fragmentário, principalmente em razão de que as suas inúmeras especificidades tem-no afastado, cada vez mais, dos fundamentos (“roots”) do Direito Internacional Geral, seja no que concerne à matéria regulada (*v.g.*, o princípio da reponsabilidade penal direta do indivíduo segundo o Direito Internacional, já que no regime do Direito Internacional westfaliano a regra era a da responsabilidade coletiva, isto é, dos Estados), seja no que diz respeito a uma específica concepção das fontes normativas que o regulam, seja, por fim, pela existência de diversos regimes de implementação da persecução penal, e cita, como espeque dessa compreensão, as lições de Hélène Ruiz Fabri:

D'un point de vue systémique, l'impression qui en résulte est celle d'une concrétisation de la fameuse «fragmentation» du droit international. Certes, c'est en des termes limités puisqu'il ne s'agit pas de nier l'existence de la règle, simplement son accessibilité et son applicabilité. Mais, comme tout raisonnement fondé sur la spécificité, il tend à séparer, l'argument trouvant toutefois sa limite dans l'objection qu'il faudrait démontrer sa préexistence d'une quelconque unité du droit international.⁶⁴

Portanto, é sobre esse pano de fundo do atual sistema internacional que se deve compreender o fenômeno da expansão da jurisdição penal internacional, bem como as exigências político-jurídicas decorrentes da expansão do Direito Internacional sobre essa matéria.

⁶³ SCHLÜTTER, Birgit. *Developments in customary International Law: theory and the practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2010, p. 116.

⁶⁴ Citado por SCHLÜTTER, *Developments in customary International Law...*, p. 116.

Com efeito, tanto a expansão como a fragmentação se apresentam como características constitutivas desse campo especial do Direito Internacional contemporâneo.

No que respeita à expansão, essa característica fica comprovada pelo fato de que, entre os anos de 1815 e 1999, o sistema internacional produziu um conjunto de 27 categorias de crimes internacionais, através da promulgação de 276 convenções internacionais⁶⁵, instituindo formas bastante variadas para a persecução desses crimes, desde a atribuição de competência penal extraterritorial para os Estados, até a constituição de Tribunais Penais Internacionais, próprios ou de caráter misto.

M. Cherif Bassiouni⁶⁶, buscando sistematizar essas diversas categorias de crimes internacionais, a partir dos bens jurídicos tutelados (*ratione materiae*), forjou uma classificação quadripartida assim constituída⁶⁷:

A) Proteção à paz e segurança internacionais:

- Crime de Agressão.

B) Proteção a interesses humanos não associados a outros interesses internacionalmente protegidos:

- Genocídio;
- Crimes contra a humanidade;
- Crimes de guerra;

⁶⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal jurisdiction for international crimes...*, p. 13. É importante frisar que o recorte histórico fixado por Bassiouni neste trabalho foi o ano de 1999. Contudo, já no ano de 2000 foram aprovados diversos tratados internacionais sobre a matéria, a saber: a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (doravante, Convenção de Palermo), e seus dois Protocolos Adicionais, o primeiro Relativo ao Tráfico de Migrantes por via Terrestre, Marítima e Aérea e o segundo para a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; dois protocolos facultativos à Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, o primeiro referente à Venda de Criança, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil, e o segundo Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Já em 2005 foi aprovada a Convenção Internacional para a Repressão dos Atos de Terrorismo Nuclear, dentre outros tratados internacionais.

⁶⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law...*, p. 142-143 *usque* 150-216.

⁶⁷ Mormente porque na literatura em Direito Penal Internacional não existe um critério unívoco para se compreender o que sejam e quais são os crimes internacionais. "The writings of scholars are uncertain, if not tenuous, as to what they deem to be the criteria justifying the establishment of crimes under international law". BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 142.

- A posse, o uso, o armazenamento e o comércio ilegais de armas, incluídas as armas nucleares;
- Terrorismo nuclear;
- Apartheid;
- Escravidão, redução à condição análoga à escravidão e tráfico de pessoas humanas;
- Tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante ou punição;
- Experimentação humana ilegal;
- Desaparecimento forçado e execuções extrajudiciais;
- Mercenarismo.

C) Proteção a interesses humanos associados a outros interesses internacionalmente associados

- Pirataria e atentados contra a segurança da navegação marítima e a segurança das plataformas em alto mar;
- Tomada de reféns e atentados contra a segurança da segurança aérea;
- Ameaça e/ou o uso de força contra sujeitos internacionalmente protegidos e servidores das Nações Unidas;
- O sequestro de civis;
- Uso de explosivos;
- Financiamento do terrorismo;
- O uso ilegal dos meios de comunicação internacional, em especial correio;

D) Proteção de interesses sociais e culturais

- Tráfico ilícito de drogas e substâncias estupefacientes;
- Crime organizado;
- Destruição ou roubo de tesouros nacionais;
- Atos ilegais contra determinados interesses internacionalmente protegidos relacionados ao desenvolvimento;
- Tráfico internacional de material obsceno;
- Falsificação e contrafação;
- Interferência ilícita nos cabos submarinos internacionais;

- Corrupção e suborno de servidores públicos estrangeiros.

Embora não tenha sido citado por Bassiouni, o crime de lavagem de capitais toma parte nessa última classificação, posto que se constitui em ilícito internacional previsto em diversos Tratados Internacionais que regulamentam diversos crimes transnacionais de caráter econômico⁶⁸. Como já afirmado em outro momento⁶⁹:

[...] o crime de lavagem de capitais é um delito previsto nas principais convenções internacionais pactuadas no sistema das Nações Unidas (doravante ONU) em matéria de Direito Penal – Tráfico de Entorpecentes, o Crime Organizado, Contra a Corrupção e Contra o Financiamento do Terrorismo –, no que resta evidenciado o seu caráter transnacional, conforme, aliás, é reconhecido na Exposição de Motivos da Lei 9613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais), que se reporta expressamente ao cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro quanto à persecução desse delito.

Agora, para compreender esse fenômeno da expansão do Direito Penal em matéria penal é importante relembrar que, até 1815, o único crime reconhecido como de transcendência internacional era o da pirataria, decorrente dita incriminação de normas consuetudinárias do Direito Internacional Geral. Somente em 1958 ocorreu a sua positivação internacional, pela Convenção de Genebra sobre o Alto Mar, *ex vi* de seus artigos 18-19. O mesmo se repetiu com a aprovação da Convenção das Nações sobre o Direito do Mar, de 1982, que, em seus artigos 100-107, estabelece uma ampla regulação da matéria, assegurando a todos os Estados o poder-dever

⁶⁸ Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 162/1991, Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 231/2003, Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 348/2008, Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 769/2005.

⁶⁹ DE OLIVEIRA, *A internacionalização do direito penal: uma aproximação a partir do crime de lavagem de capitais...*, p. 130-163.

de apresamento de barcos ou aeronaves envolvidas em atos de pirataria, remetendo a persecução penal à regulação nacional do Estado apresador.

No que concerne, doutro giro, à fragmentação, essa característica também se encontra presente como elemento constitutivo do Direito Penal Internacional. M. Cherif Bassiouni, ao analisar as 281 Convenções Internacionais que regulam atualmente a matéria, encontrou 931 elementos penais comuns, mas que, numa análise isolada, chegam a 2.810⁷⁰. Essa variação conteudística é ocasionada pelo fato, nada banal, no âmbito do Direito Internacional, de que:

A) O Direito Penal Internacional não é codificado⁷¹, fato este que gerou uma ausência de uniformização na regulação internacional da matéria⁷², mormente se se considerar que ele

B) tem sido criado ao longo de vários anos – mais especificamente, desde 1815 –, sem que haja uma política criminal, pelo que determinados campos passaram por um processo de aperfeiçoamento mais evidente (*v.g.*, os crimes internacionais próprios pós o ETPI), enquanto outros não. Contudo, todos eles ainda estão submetidos ao humor dos atores internacionais⁷³, seja no que concerne à sua criação – *e.g.* a prevalência do interesse do Estado em detrimento da adoção de uma regulação comum –, seja no que diz respeito à sua execução⁷⁴;

C) Demais, diferentemente do que ocorre no âmbito de grande parte dos Estados, o processo legislativo internacional ainda é conformado pelas fontes que lhe são inerentes, isto é, os tratados internacionais, os costumes

⁷⁰ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 145.

⁷¹ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 141.

⁷² BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, p. 219.

⁷³ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, p. 139-141.

⁷⁴ Sobre o tópico, no qual entra em questão o conflito entre a concretização do Direito Internacional em geral, e do Direito Penal Internacional em particular, e a *realpolitik*, BASSIOUNI, M. Cherif. *The perennial conflict between international criminal justice and realpolitik...*; DANNER, Allison Marsten, SIMMONS, Beth. *Sovereignty costs, credible commitments, and the International Criminal Court*. Disponível em: www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/DannerSimmons07.pdf. Acessado em: 10 jun. 2013; AMBOS, Kai. Processando crimes internacionais em nível nacional e internacional: justiça x Realpolitik. In: JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano (Orgs). *Direito Penal Internacional estrangeiro e comparado*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 86-88.

internacionais e os princípios gerais do direito, do que segue a circunstância de que a contínua formação do Direito Penal Internacional é no mínimo “[...] aleatório e, pode-se mesmo dizer, incoerente”.⁷⁵

Se a formação normativa do Direito Penal Internacional está submetida a essa “incoerência”, o que *de per se* é suficiente para comprovar o fenômeno da diferenciação funcional, o conflito real entre os sistemas de solução de controvérsia *vis-à-vis* – que é o traço mais marcante desse fenômeno normativo – também se faz presente.

O exemplo mais significativo nesse sentido pode ser extraído da controvérsia que se manifestou no que toca ao crime de genocídio no contexto das guerras na Ex-Iugoslávia⁷⁶.

A constituição do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, por Resolução do CSONU, foi precedido pelo trabalho de uma Comissão de Expertos composta por Frits Kalshoven – Presidente, M. Cherif Bassiouni (Egito), William J. Fenrik (Canadá), Kéba M'baye (Senegal) e Torkel Opsahl (Noruega)⁷⁷, cujos trabalhos sofreram inúmeros percalços para serem levados a termo, mormente em razão do conflito político que se estabeleceu entre os grupos inseridos ideologicamente naquilo que se pode identificar como “mudanças políticas no liberalismo jurídico” (“*change politics of liberal legalism*”)⁷⁸ e os defensores do modelo tradicional de solução

⁷⁵ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law...*, p. 253.

⁷⁶ A rigor, a Guerra da Ex-Iugoslávia ou Guerra dos Balcãs, se constituiu em várias guerras civis envolvendo, de um lado, a luta pela independência de comunidades políticas com orientação étnica, e de outro lado, a tentativa de a República da Sérvia, conformada etnicamente pela maior etnia, em exercer o domínio sobre parte do território mediante a prática daquilo que se cunhou como limpeza étnica. Os diversos conflitos se iniciaram com a proclamação da independência pela Eslovênia, em 1991, e seguiu, em diversos conflitos, até a independência da Macedônia, em 2001. As diversas guerras podem ser assim sistematizadas: 1) guerra da independência da Eslovênia (1991); 2) guerra da independência da Croácia (1991-1995); 3) guerra da Bósnia (1992-1995); 4) guerra do Kosovo (1996-1999); 5) conflito no sul da Sérvia (2000-2001); 6) conflito na Macedônia (2001). A OTAN, em cumprimento das Resoluções 713 (1991) e 757 (1992) do CSONU, executou, pela primeira vez na história, as seguintes intervenções internacionais de caráter humanitário: 1) Operação Força Deliberada (contra a República Srpska, 1995-1996) e 2) Operação Força Aliada (contra a Iugoslávia, 1999).

⁷⁷ Essa Comissão foi instituída pelo CSONU através da Resolução n. 780, de 06 de outubro de 1992. JAPIASSÚ, *O Tribunal Penal Internacional...*, p. 95-96.

⁷⁸ HAGAN, *Justice in the Balkans...*, p. 35-38.

diplomática⁷⁹. Se, para aqueles, a função política do Direito Penal Internacional é a de “[...] remover do negociador político a capacidade de jogar a carta da justiça” (“*to remove from the political negotiator the ability to play the card of justice*”)⁸⁰, para estes, a solução, negociada diplomaticamente, foi representada, no caso, pelo Plano de Paz Owen-Vance⁸¹.

Nada obstante, tendo a Comissão de Expertos terminado o trabalho de investigação e o apresentado para o Conselho de Segurança das Nações Unidas⁸², restou comprovado, tanto em dito relatório, como nos relatórios preliminares de 09 de fevereiro de 1993⁸³ e de 05 de outubro de 1993⁸⁴, que no curso das diversas guerras havidas na Ex-Iugoslávia os lados da refrega praticaram, de forma sistemática, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio, razão pela qual o Estatuto do Tribunal Penal para

⁷⁹ Esse conflito é muito bem retratado no “embate” discursivo havido entre M. Cherif Bassiouni e o diplomata inglês Lord David Owen, a respeito das investigações então feitas pela Comissão de Expertos em Vukovar, fatos que esses envolvidos na realização da “[...] exumação de duas centenas de ex-pacientes levados em novembro de 1991 do hospital da cidade croata de Vukovar [...]” e “[...] transportados para uma fazenda próxima a Ovcara, onde eles foram mortos e enterrados em fossas coletivas. **Vukovar foi uma das primeiras cidades da antiga Iugoslávia a ser vitimadas pela limpeza étnica sérvia**” (grifamos). HAGAN, *Justice in the Balkans...*, p. 34-35.

⁸⁰ A expressão é de M. Cherif Bassiouni. HAGAN, *Justice in the Balkans...*, p. 35.

⁸¹ Em síntese, o Plano de Paz Owen-Vance propunha a pacificação do conflito mediante a criação unidades políticas étnicas o que redundou, como consequência, a intensificação da prática do genocídio entre as etnias envolvidas, objetivando o fortalecimento de suas respectivas posições e domínios antes da divisão. LEROUX-MARTIN, Phillipe. “Lições sobre a negociação da Bósnia”, ESTADÃO... Disponível em <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,licos-da-negociacao-sobre-a-bosnia,1121639>. Acessado em: 20 fev. 2015.

⁸² O relatório foi submetido ao CSONU através da Carta do Secretário Geral da ONU ao Presidente do CSONU de 24 de maio de 1994. Disponível em http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf, acessado em 20.jan. 2010.

⁸³ A evidência da ocorrência desses crimes era tão significativa que o CSONU não aguardou a conclusão dos trabalhos da Comissão, tendo resolvido, já com a apresentação do primeiro relatório preliminar de 09 de fevereiro de 1993 pela criação do ICTY. JAPIASSÚ, *O Tribunal Penal Internacional...*, p. 96.

⁸⁴ JAPIASSÚ, *O Tribunal Penal Internacional...*, p. 96.

a Ex-Iugoslávia, em seus artigos 2 a 5, estabeleceu a competência *ratione materiae* do Tribunal para a persecução dos autores desses crimes⁸⁵.

Pois bem, os crimes internacionais próprios exigem, para a sua tipicidade, a comprovação de que tenham sido praticados no contexto daquilo que se denomina de macrocriminalidade política⁸⁶, vale dizer, que os crimes praticados tenham sido praticados por uma decisão política estatal dirigida, *e.g.*, ao genocídio, à limpeza étnica, à violação sistemática das normas do direito humanitário etc⁸⁷, e somente isso justifica, à luz do Direito Internacional Penal, a legitimidade tanto do indiciamento de dirigentes políticos⁸⁸, como também a condenação de várias pessoas pelo cometimento de genocídio pelo Tribunal.

Entretanto, a Corte Internacional de Justiça, em duas ocasiões em que julgou a ocorrência de violação às normas da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948, reconheceu que, muito embora seja incontestável que, nos Conflitos dos Balcãs, tenham

⁸⁵ Uma questão muito importantes na tipificação dos crimes de competência do ICTY foi o fato de o seu Estatuto ter arrolado, pela primeira vez, o estupro entre os crimes contra a humanidade (art. 5, “g”), no que foi seguido pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional pra Ruanda (art. 3, “g”) e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (art. 7, “g”). Sobre o tema, HAGAN, *Justice in the Balkans...*, p. 51-53.

⁸⁶ AMBOS, *A parte geral...*, p. 54-59.

⁸⁷ Nesse sentido, BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against humanity...*, p. 14 *et seq*, sob uma perspectiva criminológica, KELMAN, Herbert C. *The policy context of international crimes*, In: NOLLKAEMPER, André, DER WILT, Harmen van. *System criminality in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 26-41. O TPIIug, no caso Popovic et al. (caso Srebrenica), consignou esta exigência de forma muito clara: “Furthermore, according to Professor Schabas, the language of the Elements of Crimes of the ICC Statute (“ICC Elements of Crimes”) – requiring for genocide that “the conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction” – implicitly supports the State policy requirement, thus rejecting the lone génocidaire theory. Professor Schabas also contends the additional requirement of “manifest pattern” spelled out in the ICC Elements of Crimes “is strong evidence that it is implicit in customary international law””. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Trial Chamber II. *Case Prosecutor vs POPOVIC, Vujadin et al. (Srebrenica Case)*. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/en/100610judgement.pdf>. Acessado em: 10 jan. 2012, p. 335.

⁸⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Apell Chamber. *Case Prosecutor vs Radovan Karadzic*. Disponível em: http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/en/130711_judgement_rule98bis.pdf. Acessado em: 10 jan.2012, às 14h30; ICTY. Apell Chamber. *Case Prosecutor vs Ratko Mladic*. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/mladic/tjug/en/140415-summary.pdf>. Acessado em: 30 jun. 2014.

sido praticados atos de genocídio, os Estados envolvidos não poderiam ser responsabilizados internacionalmente, porquanto não restou comprovado o elemento “*state policy*”.

Assim, no caso Bósnia e Hergovina vs Sérvia e Montenegro⁸⁹, a Corte rechaçou o pedido de condenação internacional da Sérvia por violação à Convenção sobre Genocídio, sob o argumento de que este Estado não fora nem direta nem indiretamente responsável pelo genocídio praticado no território da Bósnia-Herzegovina. A responsabilidade internacional, entretanto, restou caracterizada na forma omissiva, na medida em que as tropas sérvias não haviam impedido, quando possível, a prática de atos de genocídio por grupos paramilitares, nem o Estado cooperado internacionalmente com o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia exercer a persecução criminal de seus autores. Somente o então Vice-Presidente da Corte Internacional de Justiça, Awn Shawkat Al-Khasawneh, em seu voto dissidente, consignou que “[...] o envolvimento da Sérvia, como autor principal ou cúmplice, no genocídio ocorrido em Srebrenica é confirmado pela evidência maciça e convincente”.

Já no caso Croácia vs Sérvia⁹⁰, em que ambos os Estados buscaram a imputação de responsabilidade internacional pela violação à Convenção sobre Genocídio, a Corte decidiu que, embora tenham ocorrido fatos gravíssimos caracterizados como genocídio e crimes contra a humanidade *vis-à-vis*, não restou comprovado o “*state policy*” para a tipificação do genocídio, tendo a Corte concitado os Estados a continuarem na cooperação internacional para apurar as responsabilidades dos autores de crimes e o destino das vítimas ainda desaparecidas, bem como reparar adequadamente as vítimas e seus herdeiros, além de buscarem a consolidação da paz regional.

⁸⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), judgement of 26 February of 2007. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>. Acessado em: 20 jan. 2012.

⁹⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v. Serbia), judgement of 3 February 2015. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=73&case=118&code=cry&p3=4>, Acessado em: 1 mar. 2015.

Essa contradição – a constituição de um tribunal penal internacional com competência para a persecução dos autores de genocídio, o que pressupõe, como já dito, o elemento da decisão política –, e a “absolvição” pela Corte dos Estados envolvidos, no que concerne à obrigação internacional decorrente da Convenção sobre Genocídio –, mais do que um problema meramente acadêmica, põe em questão um dos elementos fundamentais do Direito Penal Internacional em matéria de *core crimes*, a saber, a relação essencial entre responsabilidade estatal e responsabilidade individual⁹¹.

2.4 Conclusões

Assim, não resta qualquer dúvida quanto ao caráter expansivo e fragmentário da jurisdição penal internacional, sendo que essas duas características podem ser interpretadas por dois paradigmas distintos.

O primeiro seria a assunção de uma postura derrotista, no sentido de que, para reportar àquela concepção jurídico-liberal, os atores estatais ainda têm um poder ilimitado de “jogar as cartas da justiça” em suas respectivas relações de poder e interesses internacionais; o segundo, de uma postura idealista, mas não o idealismo transcendental que não logra tocar os pés no chão, mas aquele que, com um olho na realidade histórica e outro na luta pela consolidação da justiça internacional, logra perceber, dialeticamente, os avanços e retrocessos a que qualquer projeto político está submetido. Mais explicitamente, reconhecer que⁹²

[...] estamos desenvolvendo gradualmente o conceito do Direito a serviço da humanidade. Existem provas amplas destas tendências em cada página da história contemporânea. Elas mostram de maneira concludente que somente sendo idealistas impenitentes podemos ser realistas para a solução dos problemas atuais e aliviar nossos descontentamentos presentes.

⁹¹ BONAFE, Beatrice I. *The relationship between State and individual responsibility for international crimes*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, p. 21 *et seq.*

⁹² JENKS, citado por PASTOS RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales...*, p. 34.

O passo decisivo, entretanto, não está na infirmação das jurisdições nacionais, mas, antes, na consolidação dos processos de cooperação internacional em matéria penal, mormente no momento atual em que vários Estados africanos deram início aos processos de denúncia do Estatuto do Tribunal Penal Internacional sob os mais variados argumentos, em especial a acusação da “africanização” da Corte.

Nesse sentido, qualquer tentativa de enfrentamento da macrocriminalidade internacional pelo Estado, e não pelos Estados, será, por definição, infrutífera por não se perceber que somente a execução dos programas internacionais de cooperação internacional em matéria penal poderá ensejar o seu enfrentamento, ou, como dito desde já há algum tempo por Celso D. de Mello, “A luta contra o crime somente será eficaz com a cooperação internacional”⁹³. Mais concretamente, e para ficarmos no *topos* idealismo-realismo, que sejamos realistas e tentemos o impossível.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. Nota introdutória sobre o conceito de democracia. Trad. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. In: DANNER, Fernando; DANNER, Leno; KONZEN, Paulo Roberto. **Democracia, política, representação**: ensaios filosóficos. Porto Alegre: FI, 2014, p. 11-15.

AKERURST, Michael; MALANCZUK, Peter (Orgs.). **Akehurst's modern introduction to International Law**. 17. ed., New York: Routledge, 1997.

AMBOS, Kai; KARAYAN, Monica. **Impunidad y Derecho Penal Internacional**, 2. ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

AMBOS, Kai. **La parte general del Derecho Penal Internacional**: bases para una elaboración dogmática. Trad. Ezequiel Malarino. Berlin/Montvideo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2005.

AMBOS, Kai. Processando crimes internacionais em nível nacional e internacional: justiça x Realpolitik. In: JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano (Org.). **Direito Penal Internacional estrangeiro e comparado**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo, 10.ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

⁹³ MELLO, Curso de Direito Internacional Público. 2 v. v. 2, 11.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 976.

ÁVILA, Humberto. **Teorias dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. **Virginia Journal of International Law**, n. 42, v. 81, fall 2001.

BASSIOUNI, M. Cherif. The perenial conflict between international criminal justice and realpolitik. In: Miller Lecture, Georgia State College of Law, 2006. Disponível em: www.law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf. Acessado em 30 out. 2011.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity**: historical evolution and contemporary application. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**, 2th edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional**: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia. Trad. Luciana P. Venâncio. Bauru: Manole, 2004.

BERMAN, Sir Franklin. Jurisdiction: the State. In: CAPPSS, Patrick; EVANS, Malcolm; KONSTADINIDIS, Stratos. **Asserting jurisdiction**: international and european legal approaches. Portland: Hart Publishing, 2003.

BOBBIO, Norberto; POLITO, Pietro (Org.). **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a guerra e a paz. Trad. Daniela Versiani. São Paulo: Manole, 2009.

BODINO, Juan. **Los seis libros de la Republica**, t. I. Trad. Gaspar de A. Isunza. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

BONAFE, Beatrice I. **The relationship between State and individual responsibility for international crimes**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**, 2 ed. Trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CASSESE, Antonio. **Lineamenti di Diritto Internazionale Penale I**: diritto sostanziale. Bolna: Il Molino, 2005.

CRUELIER, Thierry. **Court of remorse**: inside the International Criminal Court for Rwanda. Trad. Chari Voss. Madison: University of Wisconsin Press, 2006.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. Direito Penal Internacional, Estado Constitucional e o problema da mitigação da soberania na persecução dos crimes internacionais próprios. In: DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Temas escolhidos sobre a internacionalização do Direito Penal**. Porto Alegre: FI, 2015, p. 19-88.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. A internacionalização do Direito Penal: uma aproximação a partir do crime de lavagem de capitais. In: DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Temas escolhidos sobre a internacionalização do Direito Penal**. Porto Alegre: FI, 2015, p. 130-163.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. A internacionalização do Direito da Execução Penal: em que(quais) sentido(s)? In: DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Temas escolhidos sobre a internacionalização do Direito Penal**. Porto Alegre: Fi, 2014, p. 274-306.

DE VATTEL, Emer. **O Direito das gentes**. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: IPRI/ Editora da UNB, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Trois défis pour un droit mondial**. Paris: Éditions du Seuil, 1998.

DÓRIA, A. Sampaio. **Curso de Direito Constitucional (Os Direitos do Homem)**, t. 1, 2 ed., São Paulo: Cia Editora Nacional, 1946.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed.. Trad. Juarez Tavares et al. São Paulo: RT, 2006.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo direito**: técnica decisão dominação. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GIL-GIL, Alicia. **Derecho Penal Internacional**. Madri: Tecnos, 1999.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**, v. I. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijui, 2004.

GUGGENHEIM, Paul. **Contribution a l'histoire des sources du Droit des Gens**. RCA-DI, v. 94 (1958-II).

HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al Derecho Constitucional común**: palabras clave para un diálogo europeu-latinoamericano. Trad. Héctor Fix-Fierro. Cuidad de Mexico: UNAM, 2003.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. Cuidad de Mexico: UNAM, 2003.

HÄBERLE, Peter. **O Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos A. Maliska e Elisete Antoniuk., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HAGAN, John. **Justice in the Balkans**: prosecuting war crimes in the Hague Tribunal, Chicago: Chicago University Press, 2003.

JANKOV, Fernanda F. F. **Direito Internacional Penal**: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional, São Paulo: Saraiva, 2009.

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

KELMAN, Herbert C. **The policy context of international crimes**, in NOLLKAEMPER, André, DER WILT, Harmen van. **System criminality in International Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KELSEN, Hans. A paz garantida pela responsabilização individual por violações do Direito Internacional, in **A paz pelo direito**, trad. Lenita A. do Nascimento, São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?, **International Law Quarterly**, v. 1, n. 2, summer 1947.

KLABBERS, Jan. **An introduction to International Institutional Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

KLEINEN, Thomas. **Konstitutionalisierung im Völkerrecht**: einer idealistischen Völkerrechtslehre, Heildeberg: Springer, 2012.

KOSKENNIEMI, Martti. **Fragmentation of International Law**: difficulties arising from the diversification and the expansion of International Law - Report of the Study Group of the International Law Commission. **INTERNATIONAL LAW COMMISSION**, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006.

KOTZUR, Markus. **A soberania hoje**. Palavras-chave para um diálogo europeu latino-americano sobre um atributo do Estado Constitucional moderno, rad. Marcus V. X. de Oliveira e Gabriel G. de Godói. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, 2012, p. 1-19.

LEROUX-MARTIN, Phillipe. "Lições sobre a negociação da Bósnia". **ESTADÃO**. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,licos-da-negociacao-sobre-a-bosnia,1121639>. Acessado em: 20 fev.15, às 10horas.

LOCK, Grahame. Ringing the changes: mutations in the idea of political change. In: KERSBERGEN, Kees van et al. (Orgs.). **Expansion and fragmentation**: internationalization, political change and the transformation of the Nation State. Amsterdam: Amsterdam University Press, 1999.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. t. I, 13.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. t. II, 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ONU. **Carta do Secretário Geral da ONU** ao Presidente do CSONU de 24 de maio de 1994. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_exper-ts_report1994_en.pdf. Acessado em: 20/01/2010, às 15:00.

ONU. **Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal, Yearbook of the International Law Comission**, 1950, vol. II.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. **Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales**. 18. ed. Madri: Tecnos, 2014.

TPI. **Regulamento do TPI sobre os elementos dos crimes já revisados**. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216C-F47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>. Acessado em: 20 ago.2011, às 14h31.

SCHABAS, William A. **An introduction to the International Criminal Court**. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

SCHLÜTTER, Birgit. **Developments in customary International Law: theory and the practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.

SHAW, Malcolm. **International Law**, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

VARELLA, Marcelo D.; DE OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. Da unidade à fragmentação do Direito Internacional: o caso Mox Plant. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, jan./jun. 2009.

WEIL, Prosper. Le Droit International en quête de son identité. **Cours général de droit international public**, RCAD, v. 237,1992, p. 09-370.

WERLE, Gerhard. **Principles of International Criminal Law**. 2th edition. Hague: T M C Asser Publishers, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Londres: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, 1922.

Decisões Judiciais

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), judgement of 26 February of 2007. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>. Acessado em: 20 jan.2012, às 15h35.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), judgement of 3 February 2015. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=73&case=118&code=cry&p3=4>. Acessado em: 1 mar.2015, às 12h30.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Apell Chamber. Case Prosecutor vs Radovan Karadzic. Disponível em: http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/en/130711_judgement_rule98bis.pdf. Acessado em: 10 jan.2012, às 14h30.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Apell Chamber. Case Prosecutor vs Ratko Mladic. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/mladic/tjug/en/140415-summary.pdf>. Acessado em: 30 jun.2014, às 23horas.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Trial Chamber II. Case Prosecutor vs POPOVIC, Vujadin et al. (Srebrenica Case). Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/en/100610judgement.pdf>. Acessado em: 10 jan.2012, às 14h45.

3. O DIREITO DA EXECUÇÃO PENAL NO CONTEXTO DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO: ENTRE *HARD LAW* E *SOFT LAW*

3.1 Significado e contexto da internacionalização do direito

Se, conforme expressado por Carl Schmitt em sua *Teologia Política I*, de 1922, “Todos os conceitos decisivos da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados”¹, poder-se-ia resumir a mentalidade do pensamento jurídico moderno quanto à relação entre direito, nacional e internacional, na seguinte ideia: No princípio era o Estado! Com efeito, a racionalidade inerente ao sistema internacional westfaliano confere àquele, entidade dotada de soberania territorial, imunidade quanto a qualquer influência externa no exercício de suas jurisdições² e, por ser igualmente soberano em sua relação com os demais Estados, não se obrigar internacionalmente sem o seu consentimento. Em outros termos, a afirmação histórica dos princípios modernos da não intervenção em assuntos de jurisdição interna e da igualdade soberana dos Estados.

Para Pastor Ridruejo³, a estrutura da sociedade internacional nesse sistema se constituiria numa figura justaposta, em que o direito internacional teria por finalidade, de acordo com a decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso Lótus, «[...] régit les rapports entre des Etats indépendants [...] en vue de régler la *coexistence* de ces communautés

¹ SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

² Soberania é o conceito que a teoria do Estado, o direito constitucional e o direito internacional atribuem ao conjunto de competências asseguradas ao Estado pelo direito internacional enquanto entidade internacional independente, mais propriamente interpretáveis a partir do conceito de jurisdição, que, decomposto, se manifesta em três tipos: jurisdição legislativa (*prescriptive jurisdiction*), jurisdição adjudicativa ou jurisdicional (*adjudicative jurisdiction*) e execução forçada das sanções legais (*executive jurisdiction*). JANKOV, Fernanda F. F. *Direito Internacional Penal: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66-83.

³ PASTOR RIDRUEJO, Jose Antonio. *Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales*. 4 ed. Madri: Tecnos, 1992, p. 70.

indépendantes ou en vue de la *poursuite de buts communs* »(grifos no original)⁴. Contudo, o mesmo autor afirma que as muitas transformações pelas quais tem passado a sociedade internacional, desde o surgimento do sistema da Carta⁵, em especial em finais da década de 1980, com a globalização econômico-financeira, tem levado essa estrutura justaposta a se recompor, paulatinamente, numa estrutura coordenada, em que

“[...] interesses, por exemplo, relativos a alguns aspectos da proteção da pessoa humana (proibição da escravidão, tráfico de mulheres brancas) ou às comunicações, cuja satisfação em comum encontra sua base em tratados internacionais, preferencialmente multilaterais. Surge assim, progressivamente, o Direito Internacional da Cooperação ou Coordenação, que conhece um notável impulso a partir de 1945, quando finaliza da segunda guerra mundial”⁶.

Uma prova dessa ideia de uma contínua conformação de uma estrutura coordenada se faz presente de forma muito clara no Parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre as reservas à Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio⁷, segundo a qual:

Os princípios nos quais ela se fundamenta são reconhecidos pelas nações civilizadas, como obrigatórios aos Estados, independentemente de serem normas de uma Convenção Internacional; ela foi concebida como uma convenção de alcance universal; sua finalidade é puramente humana e civilizadora; os contratantes não auferem nem vantagens, nem desvantagens individuais; nem interesses próprios, mas um interesse comum. De onde é permitido concluir-se que o objeto e a finalidade da Convenção implicam tanto no que respeita à Assembleia Geral, quanto aos Estados que a adota, a intenção de reunir o maior número possível de participação.

⁴ WEIL, Prosper. *Le Droit International en quête de son identité*. Cours général de droit international public. RCAD vol. 237/1992, p. 34.

⁵ WEIL, Prosper. *Le droit international en quête...*, p. 28.

⁶ PASTOR RIDRUEJO. *Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales*, p. 70.

⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Reservation to the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide*. Advisory opinion of 28 May 1951.

É nesse contexto, portanto, que se encontram as linhas demarcatórias do que se tem chamado de internacionalização do direito: a) se tem um contínuo compartilhamento, mesmo transferência de competências nacionais entre os Estados ou para a sociedade internacional. Com isso, matérias que tinham, na soberania nacional, o seu ponto exclusivo de regulação passaram a ser reguladas pelo direito internacional, cujas normas expressam mais do que um interesse particular dos Estados, interesses comuns da sociedade internacional⁸; b) uma contínua e ininterrupta regulamentação internacional, fundada sobre o princípio da cooperação nas mais diversas matérias, da qual deriva, para os Estados, a necessidade, ou mesmo o dever, de adequar os seus ordenamentos jurídicos com o direito internacional.

Assim, superadas as contradições que demarcam a distinção entre monistas e dualistas, uma vez que Kelsen e Triepel não se propuseram a prescrever como os Estados deveriam incorporar as normas internacionais em seus ordenamentos jurídicos, mas somente descrever, desde perspectivas teóricas diferentes, como os dois sistemas normativos se relacionam, visto que eles fizeram “ciência jurídica”, e não projetos normativos⁹. Dito isso, as diversas formas pelas quais o direito nacional e o direito internacional se intersectam nessa complexa tessitura normativa, denominada de interna-

⁸ TOMUSCHAT, Christian. *Obligations arising for States without or against their will*, RCADI 241, 1993, pp. 195-374. Nesse *Cours*, Tomuschat faz uma defesa teórica bastante sensata sobre o conceito de comunidade internacional a partir da perspectiva do constitucionalismo internacional, sem abordar, no entanto, o caso da unidade monetária na Europa, que à época não havia se concretizado ainda.

⁹ “Segundo, nem Kelsen nem Triepel advogou a “melhor” maneira de estabelecer as relações entre as duas ordens. Os dois construíram teorias divergentes de interpretação de uma mesma realidade. Não buscaram prescrever qual o modo mais adequado que um Estado deveria se comportar em face do direito internacional, mas descreveram, consoante seus aportes teóricos, teses diferentes para explicar o fenômeno das relações entre o direito interno e o direito internacional. Nunca conceberam o monismo ou o dualismo para ser uma espécie de “opção legislativa” que uma determinada nação pudesse assumir frente ao direito internacional. Por fim, nenhum dos dois autores parece querer restringir a questão a tratados; ambos procuraram desvendar as relações entre o direito internacional e o direito interno em geral. As conclusões dos dois juristas aplicam-se a todas as fontes formais do direito internacional: tratados, costumes, princípios, etc. Mas o problema da incorporação de outros atos internacionais que não são tratados ainda não foi devidamente posto.” MACEDO, Paulo Emílio V. Borges de; PINTO, Paulo Edvandro Costa. Monismo e dualismo além dos tratados: a internalização das resoluções do Conselho de Segurança. *Revista Quaestio Iuris*, 2012, p. 1-14.

cionalização do direito, que comporta, conforme Mireille Delmas-Marty¹⁰, três modos básicos, sempre operados pelas normas internacionais, a saber:

a) unificação: trata-se da hipótese identificada por Jacob Dolinger¹¹ sob a rubrica do direito uniformizado (ou direito uniforme espontâneo), pelo qual os Estados ajustam um tratamento unificado de determinados institutos jurídicos que deverão ser regulados, em âmbito interno, de acordo com os parâmetros estabelecidos pela norma internacional;

b) uniformização: busca estabelecer um tratamento uniforme a determinados institutos jurídicos no bojo dos ordenamentos estatais, que deverão, conforme a sua cultura jurídica e os seus princípios fundamentais, dar eficácia interna às normas internacionais. Nesse sentido, é comum que os tratados internacionais, diversamente do que ocorre na unificação, regule a matéria através de princípios ou regras gerais que permitam aos Estados adequar as suas legislações ao regramento internacional;

c) harmonização: nessa hipótese, por fim, busca-se, na melhor medida do possível, uma harmonia entre o que é assegurado internacionalmente e aquilo que é vivido em âmbito nacional diante do pluralismo político e cultural que viceja nas mais diversas nações. Trata-se, portanto, da constatação da impossibilidade de uniformização e da busca de um compromisso que permita um grau mínimo de coesão acerca de determinada matéria, servindo-se o Direito Internacional, mais uma vez, de mandados de internalização das matérias mediante regras e princípios gerais.

A hipótese de que cuida o presente trabalho é uma clara expressão do fenômeno da internacionalização do direito, em especial na problemática relação entre direito penal e direito (internacional) dos direitos humanos, caracterizado, seja do ponto de vista teórico, seja do prático, por não poucas contradições, e que tendem, se expressadas na forma de

¹⁰ DELMAS-MARTY, Mireille.. *Trois défis pour un Droit Mondial*. Paris: Éditions du Seuil, 1998, p. 118 *et seq.*

¹¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*, 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 33-42. Conforme este autor, o direito uniforme ocorre quando um Estado recepciona, total ou parcialmente, normas vigentes no ordenamento jurídico de outro Estado; já o direito uniformizado, ou direito uniforme dirigido, decorre do “[...] esforço comum de dois ou mais Estados no sentido de uniformizar certas instituições jurídicas, geralmente por causa de sua natureza internacional” (p. 35).

uma absolutização dos princípios da segurança ou da liberdade, a uma verdadeira aporia. Ora, tanto o direito penal, o direito da execução penal, como os direitos humanos, conforme já afirmado, representam campos de regulação jurídica que inicialmente se concentravam na esfera de normatização estatal e que têm passado, desde o primeiro quartel do século XIX, por uma progressiva internacionalização.

M. Cherif Bassiouni¹², em um trabalho no qual ele apresenta a conformação histórica e a prática contemporânea da jurisdição universal, afirma que, em 2001, havia 276 tratados internacionais, celebrados entre os anos de 1815 e 1999, que definiam 27 espécies de crimes (v.g., crimes contra a humanidade, agressão, genocídio, tráfico internacional de pessoas ou de substâncias estupefacientes, terrorismo internacional etc.), que estabelecem, por critérios variados, a jurisdição universal ou a extraditabilidade ou mesmo uma combinação de ambos (princípio *aut dedere aut judicare*) em relação a esses crimes. Aponta, ademais, o próprio desenvolvimento da jurisdição internacional, de Nuremberg e Tóquio ao Tribunal Penal Internacional, como expressão da crescente preocupação da sociedade internacional no enfrentamento dos crimes internacionais, em especial os *core crimes*, com base em uma concepção efetivamente humanitária, em que a própria sociedade internacional, por meio de órgãos próprios, exerce a persecução penal em relação a determinados crimes.

No que concerne aos direitos humanos, Bobbio¹³ indica as três viragens históricas pelas quais passou a matéria: a) primeiramente, desde o século XVIII até o início do século XX, os direitos humanos foram assegurados quase exclusivamente por normas nacionais – constitucionais ou não, sendo a hipótese do nascente direito internacional humanitário uma exceção a esse fenômeno; b) a partir do entre guerras e o fim da segunda guerra mundial, a crescente internacionalização dos direitos humanos,

¹² BASSIOUNI, M. Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, 42, n. 81, fall 2001.

¹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 45 *et seq.* Para uma análise do caso brasileiro, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. T. I, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 46 *et seq.*

através de documentos universais ou regionais, desaguando na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e nos Pactos Internacionais de 1966, dentre outros tratados internacionais de caráter universal e regional e, c) na constitucionalização, pelas Constituições democráticas do pós-segunda guerra mundial, dos direitos humanos assegurados em documentos internacionais, passando a existir quase que uma identidade textual entre os dispositivos internacionais e nacionais, embora, como era de se esperar, não se tenha o mesmo efeito no contexto da aplicação/interpretação desses direitos.

Tendo em vista o que se tem descrito, é possível que o direito da execução penal tenha passado pelo processo? Se afirmativo, a partir de quais modos?

Responde-se afirmativamente à primeira questão, conforme se procurará demonstrar em linhas abaixo. No que concerne à segunda, não resta qualquer dúvida de que essa internacionalização se opera através da busca de uniformização e, majoritariamente, pela harmonização, como de resto fica evidenciado no disposto nas Regras Mínimas Padrão, adotados pela Resolução 663C (XXIV), do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 31 de julho de 1957¹⁴:

1. As seguintes regras não pretendem descrever em detalhes um modelo de sistema penitenciário. Elas buscam somente, com base no consenso geral do pensamento contemporâneo e dos elementos essenciais da maioria dos sistemas mais adequados atualmente, estabelecer os princípios e regras de uma boa organização penitenciária, as práticas relativas ao Tratamento de Prisioneiros e à gestão das instituições.
2. Tendo em vista a grande variedade das condições legais, sociais, econômicas e geográficas do mundo, é evidente que nem todas as regras podem ser sempre aplicadas em todos os lugares. Elas devem, entretanto, servir como estímulo para o constante empenho na superação das dificuldades práticas na maneira de sua aplicação, na certeza que

¹⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. *Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal*, Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009, p. 13.

elas representam, como um todo, as condições mínimas aceitas como apropriadas pelas Nações Unidas.

3. Por outro lado, as regras abrangem um campo no qual o pensamento está em constante desenvolvimento. Elas não pretendem impedir experimentos e práticas, desde que esses estejam em harmonia com os princípios e objetivos que orientaram as regras. Sempre será justificável para a administração geral penitenciária autorizar a renúncia às regras dentro desse espírito.

O que fica, entretanto, como um traço distintivo da internacionalização do direito penal, no geral, e do direito da execução penal, em particular, são três características importantes:

- a. A contínua busca por se compatibilizar o direito nacional ao direito internacional no que tange tanto à persecução dos crimes internacionais como, também, à necessidade de se assegurar, no processo persecutório e no executório, aquele conjunto de garantias internacionais assegurados através dos sistemas internacionais de direitos humanos;
- b. Não existe, a não ser no plano de uma argumentação desarrazoada e fundada sobre raciocínios maniqueístas, uma incompatibilidade entre direito penal e direitos humanos: são regimes complementares de indução do comportamento dos Estados e de limitação desses mesmos comportamentos;
- c. Ainda hoje, o Estado continua sendo, em graus bastante variados, senhor de suas competências, restando à sociedade internacional, nos casos de graves ofensas àquelas normas intangíveis de persecução e proteção dos direitos humanos, a função subsidiária de garantir a eficácia dessas normas através dos vários processos existentes de imputação de responsabilidade internacional.

3.2 A internacionalização do Direito da Execução Penal

Ao iniciar este tópico, é importante indicar e diferenciar a natureza das normas jurídico-internacionais que regulam a matéria.

De um lado, a internacionalização do direito da execução penal é regido por um conjunto de resoluções, quer da Assembleia Geral quer do Conselho Econômico Social das Nações Unidas, resoluções essas que, no contexto do direito internacional contemporâneo, têm o *status* de *soft law*, vale dizer, “[...] regras jurídicas muito flexíveis, que constituiriam um conjunto de regras jurídicas de conduta dos Estados, cuja inadimplência impõe um sistema de sanções distintas das previstas nas normas tradicionais [...]”¹⁵, ou, conforme a crítica bastante ajustada de Prosper Weil, a *soft law* consiste em “[...] simples obligations de coopération ou de négociation, la règle existe à coup sûr, elle a pleine et entière valeur normative, mais elle est d’un contenu faible, voire null : elle oblige certes, mais elle n’oblige à rien, ou à presque rien [...]”¹⁶.

De outro lado, o fenômeno da internacionalização do direito da execução penal é regulado por um conjunto de normas internacionais de caráter convencional e/ou consuetudinário que – com a finalidade de assegurar com caráter universal (convenções onusianas) ou regional (convenções americanas, europeias e africanas) um conjunto de direito humanos – regulam, direta ou indiretamente, normas aplicáveis no contexto da execução penal, seja para proibir a aplicação de determinada sanção (v.g., a pena de morte), seja para assegurar determinados direitos aos presos ou detentos, seja, por fim, para coibir a prática de tortura ou outros tratamentos degradantes, desumanos ou cruéis no contexto não somente do sistema penitenciário, mas também de outras instituições de detenção ou internação coletivas.

Assim, diversamente do caráter programático da *soft law*, as normas positivadas nesses instrumentos internacionais têm caráter obrigatório,

¹⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 127.

¹⁶ WEIL, *Le droit international en quête...*, p. 218.

decorrente do princípio *pacta sunt servanda*, bem como, conforme o direito internacional contemporâneo, a estatura de normas de obrigações *erga omnes* e *jus cogens*, vale dizer, normas inderrogáveis do direito internacional, que, uma vez violadas, sujeitam os seus autores às sanções do Direito Penal Internacional, na forma do *direct* ou do *indirect enforcement*, e, para os Estados, as sanções internacionais decorrentes dos diversos sistemas universais e regionais de direitos humanos.¹⁷

Esse dado emerge de forma bastante evidente no famoso caso Pinochet, julgado pela *House of Lords* do Reino Unido¹⁸. A Espanha havia solicitado a extradição do ex-presidente chileno Augusto Pinochet para responder a processo criminal aberto naquele país, instituído no exercício do princípio da jurisdição universal prevista no artigo 23 da Lei Orgânica do Poder Judiciário, por se lhe imputar a prática de crimes contra a humanidade ocorridos durante a ditadura por ele presidida no Chile, entre os anos de 1973 e 1990, dentre os quais a tortura e o desaparecimento forçado de pessoas. A *House of Lords*, em grau de recurso, julgou procedente o pedido extradicionário, aduzindo, dentre outros motivos, a natureza *ratione officii* da imunidade

¹⁷ É importante diferenciar as formas de sanções internacionais cabíveis em cada forma de ilícito internacional. Se o direito penal internacional tem por princípio regente o da responsabilidade penal direta do indivíduo segundo o direito internacional, o que pode implicar na aplicação de uma sanção penal (nesse sentido, o princípio 1 dos Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 11 de dezembro de 1946; AMBOS, Kai. *A parte geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*, trd. Carlos E. A. Japiassú e Daniel A. Raizman, São Paulo: RT, 2008, p. 42-43), no âmbito dos sistemas internacionais de direitos humanos a responsabilidade é do Estado, que será o sujeito passivo no processo internacional de julgamento pelas violações ocorridas. Nesse contexto, contudo, as sanções são diversas, tais como as sentenças das Cortes Internacionais condenando e impondo ao Estado deveres de reparação, cessação das atividades lesivas e mandados de legislar etc, relatórios dos Comitês Internacionais etc. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, t. I, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 340 e ss.

¹⁸ UNITED KINGDOM. HOUSE OF LORDS. *Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*.

internacional dos chefes de Estado¹⁹, a liceidade internacional do princípio da jurisdição universal para os crimes internacionais²⁰ e, por fim, que o crime de tortura se consubstancia em norma de obrigação *erga omnes* e de *jus cogens*²¹ nos termos da Convenção contra a Tortura, do costume internacional e dos Estatutos e das decisões dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e Ex-Iugoslávia.

Contudo, há que se destacar um ponto central para a compreensão desses diferentes processos de normatização das regras internacionais do direito da execução penal, em especial, e do direito penal e dos direitos humanos, em geral: no plano da interpretação/aplicação, a tendência contemporânea é no sentido de – abstraindo a fonte de que emergem as regras, bem como as distinções entre *soft law* e *hard law*, normas de conteúdo programático e normas de *jus cogens* etc. – interpretar um dado caso concreto de violação aos direitos humanos a partir de uma ótica, para usarmos uma expressão de Ronald Dworkin²², do direito como integridade, isto é, uma interpretação/aplicação em que, seja qual for a estrutura jurídico-social

¹⁹ “In my judgment at common law a former head of state enjoys similar immunities, *ratione materiae*, once he ceases to be head of state. He too loses immunity *ratione personae* on ceasing to be head of state: see Watts *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers* p. 88 and the cases there cited. He can be sued on his private obligations: *Ex-King Farouk of Egypt v. Christian Dior* (1957) 24 I.L.R. 228; *Jimenez v. Aristeguieta* (1962) 311 F. 2d 547. As ex head of state he cannot be sued in respect of acts performed whilst head of state in his public capacity: *Hatch v. Baez* [1876] 7 Hun. 596. Thus, at common law, the position of the former ambassador and the former head of state appears to be much the same: both enjoy immunity for acts done in performance of their respective functions whilst in office”.

²⁰ “There was considerable argument before your Lordships concerning the extent of the jurisdiction to prosecute torturers conferred on states other than those mentioned in Article 5(1). I do not find it necessary to seek an answer to all the points raised. It is enough that it is clear that in all circumstances, if the Article 5(1) states do not choose to seek extradition or to prosecute the offender, other states must do so. The purpose of the Convention was to introduce the principle *aut dedere aut punire* [...]”.

²¹ “The *jus cogens* nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed. International law provides that offences *jus cogens* may be punished by any state because the offenders are “common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution””.

²² DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, trad. Jefferson L. Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 213-269. Para uma interpretação similar no contexto do direito internacional, sem que se faça, por obviedade, uma referência a Ronald Dworkin, PASTOR RÍDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales...*, p. 48-68.

de determinada comunidade e a fonte de que emerja o direito violado, no plano da proteção e da eficácia máxima dos direitos humanos, impor ao Estado ou a comunidade o dever de atuar como agentes morais vinculados ao conjunto dessas regras; que os seus comportamentos precisam ser compatíveis com um conjunto de princípios de moralidade política, com vista à asseguuração da dignidade da pessoa humana, servindo essas diversas fontes como um conjunto coeso de manifestação da convicção universal (*opinio juris*) acerca daquilo que Luigi Ferrajoli denominará, nos sistemas de constituições rígidas, de esfera do indecível²³.

Esse dado emerge com muita clareza no julgamento proferido pelo Tribunal Penal Internacional, ao apreciar o recurso interposto por Thomas Lubanga Dyilo, que fora entregue à Corte pelo Congo, no cumprimento do mandado de prisão por ela expedido, no qual a defesa alegou a ocorrência de “abuso processual” em razão de, pretensamente, ter ocorrido o fenômeno da *male captus bene detentus*²⁴, do qual decorreria, de um lado, a obrigação de se determinar a sua soltura imediata, e de outro, o dever de se determinar uma indenização pelos danos sofridos. Ao analisar de forma consistente a matéria, enfrentando, inclusive, o tema da *male captus bene detentus*, no contexto do direito comparado, considerou-a uma clara violação ao direito internacional dos direitos humanos:

O artigo 21º do Estatuto determina que a norma aplicável por força do Estatuto deve ser interpretada, bem como aplicada, de acordo com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. [Os] [d]ireitos

²³ FERRAJOLI, Luigi. La esfera do indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales* año 6, n. 1, Universidad de Talca, 2008, p. 337-343. No mesmo sentido, mas utilizando-se do conceito constitucionalista de cláusulas pétreas, ESCALANTE, Rodolfo E. Piza. *El valor del Derecho y de la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos: el ejemplo de Costa Rica*. In: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 169-191.

²⁴ Referida prática se subsume na doutrina “[...] according to which the wrongfulness of an arrest or abduction does not negate the validity of detention or imprisonment. Under this doctrine, although jurisdiction over a defendant may have been acquired by the forum state through a violation of international law, such as an excess of enforcement jurisdiction, the forum state may nonetheless exercise its jurisdiction lawfully over the defendant once he is within its judicial jurisdiction [...] The doctrine is contested, however, and has not been consistently applied by national or international tribunals”. FELLMETT, Aaron X.; HORWITZ, Maurice. *Guide to latin in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 183.

humanos sustentam o Estatuto [em] todos os seus aspectos, incluindo o exercício da jurisdição do Tribunal. As suas disposições devem ser interpretadas e, mais importante, aplicadas em conformidade com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos [...] Onde [o] julgamento justo torna-se impossível por causa da violação dos direitos fundamentais do suspeito ou acusado por seu / seus acusadores, seria uma contradição em termos colocar a pessoa em julgamento [...] Um julgamento justo é o único meio para [se] fazer justiça. Se nenhum julgamento justo puder ser realizado, o objeto do processo judicial é frustrado e o processo deve ser interrompido [...] Nestas circunstâncias, por maior que seja o interesse da comunidade mundial em submeter [as] pessoas acusadas dos crimes mais hediondos contra a humanidade a julgamento, é superado pela necessidade de manter a eficácia do processo judicial como agente concretizador [*potent agent*] da justiça.²⁵

No mérito, entretanto, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento porquanto não restou provado a prática de “abuso processual”.

Assim, bosquejando as diversas normas internacionais que, direta ou indiretamente, regulam a isto que se denomina de direito internacional da execução penal, é possível destacar-se as seguintes, todas oriundas do sistema onusiano:

- a. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948²⁶, que estabelece em seus artigos 5º e 7º os direitos a não ser torturado nem ser submetidos a tratamento desumano, degradante ou cruel e o direito a não discriminação;

²⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, The Appeals Chamber, 14 December 2006. Disponível em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc243774.PDF>, acessado em 20 jan. 2015, pp. 18-22.

²⁶ É que a Declaração, junto aos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e aos dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, mais os protocolos facultativos a estes pactos, dois deles relativos aos Direitos Civis e Políticos (instituindo o Comitê de Direitos Humanos da ONU e o segundo abolindo a pena de morte) e o outro aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (instituindo o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), se conformam na Carta Internacional dos Direitos Humanos. Para melhores explicações: REPÚBLICA DE PORTUGAL. PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. *Direitos Humanos: A Carta Internacional de Direitos Humanos*. Ficha Informativa n.2. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001, 92 p.

- b. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que em seus artigos 1º, 7º, 10º asseguram, respectivamente, o direito a não ser discriminado, o direito a não ser torturado e o direito a um regime prisional em que lhe sejam assegurados os direitos inerentes à dignidade humana, à separação entre presos provisórios e definitivos, bem como estabelece metas ao sistema penitenciário: a reforma e a reabilitação moral dos prisioneiros;
- c. A Declaração Sobre a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Tortura e Outras Formas de Punição e Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Resolução 3452 (XXX) Assembleia Geral das Nações Unidas, de 09 de dezembro de 1979, cujos artigos 5º e 6º concitam os Estados membros das Nações Unidas a adotarem formas de prevenção à tortura e de outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes nas instituições de encarceramento, definitivas ou transitórias;
- d. A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução n. 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984, bem como o Protocolo Facultativo à Convenção, adotado pela Assembleia Geral em dezembro de 2002, que institui o Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, bem como determinou a criação dos Mecanismos Preventivos Nacionais;
- e. A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, que em seu artigo 37 veda que crianças e adolescentes sejam submetidos a tortura ou outro tratamento cruel, desumano ou degradante, ou lhes seja imposta a pena de morte ou a prisão perpétua sem direito a liberdade condicional.²⁷

²⁷ A respeito, consultar o excelente comentário de SACHABAS, W., SAX, H. *Article 37. Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty*. In: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans and M. Verheyde (Eds.) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p.3 *et seq.*

Contudo, as normas mais específicas da execução penal em nível internacional se encontram nas já citadas Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros.

Essas regras que estabelecem, como já dito, princípios para a harmonização dos sistemas nacionais em relação a um *standard* mínimo de juridicidade, organização e tratamento digno do sujeito encarcerado foram elaboradas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Infratores, ocorrido entre os dias 22/08 e 03/09 de 1955, em Genebra, tendo sido adotadas pelo Conselho Econômico Social das Nações Unidas através da Resolução n. 2076 (LXII) de 14 de abril de 1956. Em 1984, através da Resolução n. 2858 (XXVI), de 20 de dezembro de 1971, a Assembleia Geral das Nações Unidas concitou os Estados-Membros das Nações Unidas a adotarem as medidas necessárias para a adoção dessas regras mínimas, determinando que o Conselho Econômico Social criasse as regras procedimentais para a consecução dessas medidas, o que foi feito através da Resolução n. 198 (XLVII) com a edição dos Procedimentos para a Implementação Efetiva das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros.

Somam-se a essas normas aquelas outras que objetivaram enfrentar o problema das condições prisionais na África (Declaração de Kampala – Resolução 1997/36; Declaração de Arusha sobre Boas Práticas em Prisões – Resolução 1999/27, ambas do Conselho Econômico Social), a Resolução n. 1998/22 do Conselho Econômico Social, estabelecendo regras relativas à Situação de Cidadão Estrangeiro em Processos Criminais, bem como o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todos os Indivíduos sob Qualquer Forma de Detenção ou Encarceramento, por meio da Resolução n. 173 (XLIII), da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Embora não se tencione neste trabalho fazer uma exposição detalhada das regras mínimas, faz-se necessário, entretanto, indicar três aspectos importantes:

1. O primeiro diz respeito à complementariedade entre as regras mínimas e as demais normas internacionais de direitos humanos, segundo o qual, *e.g.*, seja através de uma cláusula

geral²⁸, seja através de remissão direta a um dispositivo ou a uma Convenção²⁹, a sociedade internacional busca assegurar ao sujeito encarcerado o mais amplo espectro de direitos humanos compatíveis à sua condição de prisioneiro.

2. As regras mínimas abrangem quatro aspectos importantes: a) juridicidade do sistema prisional, isto é, a sua vinculação a um conjunto de regras materiais e procedimentais que logrem preservar a dignidade do sujeito encarcerado, excluindo, nesse passo, qualquer compreensão do sistema de execução penal como mero exercício do poder; b) regras de organização e administração do sistema prisional; c) regras mínimas para o tratamento de presos sentenciados, portadores de doenças mentais, provisórios e prisão civil; e d) indivíduos presos ou aprisionados sem acusação;
3. Um estudo sistemático entre os diversos documentos internacionais que tratam da matéria permite afirmar que a isso que se denomina de Regras Mínimas, se conformam no conjunto integrado desses diversos dispositivos, cujos princípios fundamentais são aqueles expressados nas regras procedimentais de implementação das regras mínimas, identificado com a rubrica Princípios Básicos para o Tratamento dos Prisioneiros:

Esses Princípios Básicos³⁰ são os seguintes, *in verbis*:

1. Todos os prisioneiros devem ser tratados com o devido respeito à dignidade e valor inerentes aos seres humanos.
2. Não deve haver discriminação de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou outra, nacionalidade ou origem social, propriedade, nascimento ou outra situação.

²⁸ Eis o inteiro teor da Cláusula Geral contida nos Procedimentos para a Implementação efetiva das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros: “Não há nada neste Conjunto de Princípios que deva ser entendido como restritivo ou excludente de qualquer direito definido no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos”.

²⁹ Nesse sentido, o princípio n. 6 dos Procedimentos para a Implementação das Regras Mínimas, ao vedar a prática da tortura ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, faz expressa remissão à Declaração e à Convenção das Nações Unidas sobre a tortura.

³⁰ *Normas e princípios das Nações Unidas...*, p. 46-47.

3. Deve-se, entretanto, respeitar os credos religiosos e preceitos culturais do grupo ao qual o prisioneiro pertence, sempre que as condições locais assim requererem.
4. A responsabilidade dos centros de detenção pela custódia dos prisioneiros e pela proteção da sociedade contra o crime deve ser desempenhada de acordo com os outros objetivos sociais do Estado e com suas responsabilidades fundamentais de promover o bem-estar e o desenvolvimento de todos os membros da sociedade.
5. Exceto por estas limitações notoriamente necessárias devido ao encarceramento, todos os prisioneiros devem ter preservados seus direitos humanos e liberdades fundamentais definidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e, quando o Estado em questão for parte, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Opcional, assim como outros direitos definidos em outros pactos das Nações Unidas.
6. Todos os prisioneiros devem ter o direito de participar de atividades culturais e educacionais voltadas para o pleno desenvolvimento da personalidade humana.
7. Devem-se fazer esforços e incentivar a abolição do confinamento em solitária como punição, ou restringir o seu uso.
8. Condições devem ser criadas para permitir que os prisioneiros realizem trabalhos remunerados significativos, que facilitem sua reintegração no mercado de trabalho do país e que permitam contribuir para o seu próprio sustento financeiro e de seus familiares.
9. Os prisioneiros devem ter acesso aos serviços de saúde disponíveis no país, sem discriminação quanto a sua condição legal.
10. Com a participação e ajuda da comunidade e de instituições sociais, e com o devido respeito aos interesses das vítimas,

devem ser criadas, dentro do possível, condições favoráveis para a reintegração do ex-prisioneiro à sociedade.

11. Os princípios acima devem ser aplicados imparcialmente.

Um dado importante a confirmar a valência dessas regras mínimas sob o ponto de vista do Direito Penal Internacional é a expressa alusão feita às mesmas pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional, no contexto da execução das penas impostas por esse órgão jurisdicional, conforme disposto em seu artigo 106:

Controle da Execução da Pena e das Condições de Detenção: 1. A execução de uma pena privativa de liberdade será submetida ao controle do Tribunal e observará as regras convencionais internacionais amplamente aceitas em matéria de tratamento dos reclusos. 2. As condições de detenção serão reguladas pela legislação do Estado da execução e observarão as regras convencionais internacionais amplamente aceitas em matéria de tratamento dos reclusos. Em caso algum devem ser menos ou mais favoráveis do que as aplicáveis aos reclusos condenados no Estado da execução por infrações análogas. 3. As comunicações entre o condenado e o Tribunal serão livres e terão caráter confidencial.

3.3 Persecução-garantia-dignidade dos sujeitos encarcerados: a tríade conformadora do Direito Penal no bojo de sua internacionalização

Como dito em linhas acima, não existe, *a priori*, uma contradição real entre direito penal e direito internacional dos direitos humanos. Como dito em outra oportunidade³¹

Contudo, é também consequência desta internacionalização do Direito Penal, e que tem sido, de certa forma, pouco discutida, a vinculação dos Estados aos regimes internacionais de proteção aos Direitos Humanos, nos quais se preveem garantias penal processuais, sejam eles, mais uma

³¹ DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Da inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal por violação ao princípio *ne bis in idem*. In: *Temas escolhidos sobre a internacionalização do Direito Penal*. Porto Alegre: Fi, 2015, p. 202-203.

vez, universais (Declaração Universal dos Direitos do Homem, os Pactos de 1969, Declaração de Direitos das Crianças etc), ou regionais (na União Europeia, a Convenção Europeia de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e os seus respectivos protocolos; no âmbito americano, o Pacto de San José da Costa Rica e os seus respectivos protocolos facultativos), conforme, aliás, já era apontado por Hans-Heinrich Jescheck no início da década de 1970. Esta dupla vinculação, aqui identificada pela díade **persecução-garantia**, não é estreme de contradições no aspecto prático, conforme a ênfase recaia ora no aspecto repressivo ora no reforço das garantias, quando o correto seria, em nível ótimo, a harmonização entre as duas obrigações internacionais, vale dizer, encerrar a díade acima mencionada naquele raciocínio indicado por Carsten Stahn e Sven-R. Eiffler: **o direito penal como braço estendido para a proteção geral dos direitos humanos** já que não são raras as ordens presentes em dispositivos constitucionais e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos que determinam a criminalização de determinados comportamentos como forma de se ensejar a máxima proteção de um direito humano fundamental (v.g., na Constituição Federal de 1988 (doravante CFRB/88), art. 5º XLI, XLII, XLIII, XLIV, 173, §5º, 225, §3º).

No mesmo sentido, se manifesta Claude Jorda³², ao tratar das relações entre direito penal internacional e direitos humanos, no tópico relativo aos *core crimes*, que se inicia no plano dos valores tutelados, e segue, respectivamente, pelos princípios materiais de direito penal (legalidade, culpabilidade, vedação do *bis in idem* etc) e processuais orientados pelo princípio do processo equitativo. Em síntese, Jorda afirmará que essa relação estará presente nos “[...] valores: os protegidos pelos tipos penais, os protegidos pelo procedimento”³³.

³²JORDA, Claude. Valores comuns da humanidade: o ponto de vista jurídico. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004, p. 73-75.

³³JORDA, *Valores comuns da humanidade...*, p. 75.

Ocorre que essa díade, apesar de correta, é incompleta, na medida em que o processo de internacionalização do direito penal não abrange somente as fases de tipificação, persecução e julgamento, mas também a fase de execução da pena, ou, se for o caso, das medidas cautelares.

Em outros termos, seria um contrassenso afirmar que a relação de complementariedade entre o direito penal e direitos humanos cessam a partir do momento em que o acusado, réu ou condenado passa a cumprir seja uma medida cautelar de restrição à liberdade, seja a pena imposta por uma decisão judicial condenatória, pois é nessa fase que, tanto quanto nas demais, se faz necessário assegurar a proteção dos direitos humanos ao sujeito encarcerado.

Trata-se, portanto, de uma correção de prumo. Da díade persecução-garantia à tríade **persecução-garantia-dignidade do sujeito encarcerado**, como, com efeito, emerge nos mais diversos documentos internacionais que tratam da matéria, como no Princípio n. 1³⁴ do Conjunto de princípios para a proteção de todos os indivíduos, sob qualquer forma de detenção ou encarceramento, previsto nos Procedimentos para a Implementação Efetiva das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros: “Todos os indivíduos sob qualquer forma de detenção ou encarceramento devem ser tratados de maneira humana e com respeito pela dignidade nata do ser humano”.

Essa relação de complementariedade e integridade interpretativa entre as esferas do direito penal e do direito internacional dos direitos humanos pode ser representada através da metáfora da Rede de Indra³⁵:

O budismo usa imagem semelhante para descrever a interligação de todos os fenômenos. É a rede de Indra. Quando Indra criou o mundo, teceu-o como uma teia, e em cada encontro de fios dessa teia havia uma pérola amarrada. Tudo o que existe ou já existiu, toda ideia que pode ser pensada, todo dado que é verdadeiro – todo *dharma*, na linguagem da

³⁴ *Normas e princípios das Nações Unidas...*, p. 38.

³⁵ BROOK, Timothy. *O chapéu de Vermeer: o século XII e o começo do mundo globalizado*. Trad. Maria B. de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 33.

filosofia indiana – é uma pérola da rede de Indra. Não só cada pérola está amarrada a todas as outras por meio da teia na qual está pendurada, como na superfície de cada pérola se refletem todas as outras pérolas da rede. Tudo o que existe na teia de Indra implica tudo mais que existe.

Há de se destacar, além disso, que, seja qual for a fonte internacional que reja a internacionalização do direito da execução penal, ela terá por fundamento principiológico dois direitos assegurados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seus artigos 5º e 7º, a saber: a) artigo 5º: o direito a não ser submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; e b) artigo 7º: direito à igualdade e à não-discriminação.

Sobre esses dois princípios, Mireille Delmas-Marty³⁶ tece os seguintes comentários, em que se destaca a ilimitabilidade dos mesmos (dentre outros):

Apresentados pela Declaração Universal de 1948 como “um ideal comum a atingir”, nela os direitos do homem são todos proclamados, com a mesma força, sem restrição aparente. No entanto, o artigo 29-2 dessa Declaração admite a existência de “limitações”, especificando que elas devem ser “estabelecidas pela lei [...]” Na mesma ocasião surgiu a questão de saber se todos os direitos enunciados são submetidos a tais limitações ou se alguns dentre eles escapam-lhes, beneficiando-se de uma proteção absoluta [...] essa ideia de uma proteção variável [...] está especificada no Pacto da ONU sobre os Direitos Civis e Políticos, assim como nas convenções europeia e americana dos direitos do homem [...] Essa escala compreende na realidade quatro graus [...] proteção absoluta ou quase absoluta e em proteção relativa forte ou fraca [...] Essa definição exclui da categoria dos direitos com proteção absoluta o direito à vida, pois os textos enunciados admitem todos a exceção da

³⁶ DELMAS-MARTY, *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 183-187. No mesmo sentido segue BOBBIO, *A era dos direitos*, *passim*.

pena de morte e a da legítima defesa [...] na hierarquia dos valores um bem mais precioso do que a vida, tão precioso que não ousam nomeá-lo, senão por uma proibição: proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes, proibição da escravidão e da servidão, proibição das expulsões coletivas, às quais o Pacto da ONU acrescenta a proibição de impor a uma pessoa, sem o seu consentimento, uma experiência médica ou científica, e uma obrigação, a de reconhecer em todos os lugares a personalidade jurídica de cada qual [...] Pertencem a essa mesma categoria o direito à não discriminação, assim como o direito à presunção de inocência.

Essa afirmação de Delmas-Marty é importante como ponto de inflexão para a análise do presente tema. A vedação internacional – e constitucional – de tortura e tratamentos ou penas desumanas, degradantes ou cruéis, junto ao princípio da não discriminação, são garantias que atravessam todo o sistema de persecução e execução penal, isto é, operam como limite à ação do Estado desde o início do processo de persecução penal e se estende até o final do processo de execução penal, quando o sujeito encarcerado é posto em liberdade após o cumprimento de sua pena. E o mais interessante é que, *levando a sério* estes direitos, se espraiairão por campos insuspeitos, como, por exemplo, a liberdade comercial.

Faz-se essa consideração tendo em vista o que foi decidido pelo Conselho Europeu por intermédio do Regulamento (CE) n. 1236, de 27 de junho de 2005, através do qual a União Europeia proibiu aos seus Estados Membros a importação e exportação de medicamento e “[...] de equipamentos que, na prática, só possam ser utilizados para aplicar a pena de morte ou infligir tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.³⁷

³⁷ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (CE) n. 1236*, de 27 de junho de 2005, relativo ao comércio de determinadas mercadorias susceptíveis de serem utilizadas para aplicar a pena de morte ou infligir tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, Jornal Oficial da União Europeia L 200/1, de 30/07/2005.

Mas será, sem qualquer dúvida, no campo dos diversos sistemas – universal³⁸, regionais³⁹ e nacionais⁴⁰ – de prevenção à tortura e a tratamentos desumanos, degradantes e cruéis que o tema da internacionalização do direito da execução penal ganhará mais abrangência.

Tendo esses organismos internacionais mandato para fiscalizarem o cumprimento das diversas convenções internacionais de prevenção e combate à tortura e aos maus tratos que venham a ser praticados no contexto não só da execução penal em sentido estrito, mas de qualquer órgão estatal de detenção ou internamento coletivo, esses organismos desempenham relevante papel de expor, em termos técnicos e jurídicos, aquilo que é sentido pelo senso comum sobre o estado de abandono, de má organização e arbitrariedades praticadas pelos Estados contra as pessoas que se encontram sobre a guarda e/ou a tutela de seus órgãos.

Significativo, nesse sentido, é que a primeira condenação que o Brasil sofreu, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Ximenes Lopes*⁴¹, foi relativa não a seu sistema penitenciário, mas a

³⁸ De caráter universal, destaca-se o Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT), instituído pelo Protocolo Facultativo à Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

³⁹ No contexto do sistema europeu de direitos humanos, destaca-se o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (CPT), instituído pela Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, de 1989, cujo trabalho influenciou na criação do SPT/ONU (CÈRE, Jean-Paul. *Le comité de prévention contre la torture et la prison*, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2007, n° spécial, p. 94) ; no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, embora haja a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura, adotado na cidade de Cartagena das Índias, Colômbia, em 09 de dezembro de 1985, e que foi ratificada pelo Brasil em 20 de julho de 1989, não foi instituído um órgão regional autônomo de prevenção à tortura, nos moldes dos sistemas onusiano e europeu, cabendo referida tarefa à Comissão Interamericana de Direitos Humanos através de seu sistema de reclamação, através da Relatoria dos Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade.

⁴⁰ Recentemente o Brasil, através da Lei n. 12.847, de 02 de agosto de 2013, instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, no qual estão inseridos o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, em cumprimento à obrigação internacional assumida pelo estado brasileiro quando da ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura. A lei, entretanto, ainda não entrou em vigor, à espera da regulamentação presidencial.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas), 106 p.

seu sistema de internação psiquiátrica. Contudo, é importante destacar que esse caso toca indiretamente o próprio sistema penitenciário brasileiro, na medida em que aqueles direitos, assegurados aos portadores de doenças psíquicas, devem ser garantidos aos prisioneiros brasileiros que se encontram na mesma situação.

Na mesma toada se observa, com relação à visita feita pelo Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, realizada entre os dias 19 e 30 de setembro de 2011 (especificamente, quatro estados, sendo que no de São Paulo se restringiu somente aos centros de detenção infanto-juvenil), tendo como objetivo aferir o cumprimento, pelo estado brasileiro, de suas obrigações internacionais pertinentes à prevenção da tortura e àquilo que o Subcomitê denominou genericamente de “maus-tratos”⁴². Uma de suas conclusões é bastante significativa⁴³:

O SPT recorda que muitas das recomendações feitas no presente relatório não estão sendo apresentadas ao Brasil pela primeira vez, considerando-se visitas anteriores dos mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas. Infelizmente, o SPT detectou muitos, ainda que tenha havido progresso em algumas áreas específicas. O SPT está ciente de que recomendações recorrentes e consistentes feitas, durante vários anos, por diferentes mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas não foram implementadas em sua totalidade. O SPT espera que sua visita e as recomendações que dela resultam sejam observadas e propiciem um grande impulso para que o Governo brasileiro tome ações decisivas no sentido de erradicar a tortura e os maus-tratos infligidos a todas as pessoas privadas de liberdade.

Estendendo a pesquisa para o contexto do sistema Interamericano de Direito Humanos, mais especificamente no âmbito da Relatoria dos

⁴² NAÇÕES UNIDAS. SUBCOMITÊ DE PREVENÇÃO DA TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES. *Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção à Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes* (CAT/OP/BRA/R.1).

⁴³ *Relatório sobre a visita...*, pp. 3-4.

Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade, da Comissão Interamericana de Direito Humanos, afere-se que esse Órgão produziu, entre os anos de 2000 e 2010:

1. 59 Informes de Admissibilidade, sendo 08 deles relativos ao sistema prisional do Brasil: 41/10, 06/10, 41/08, 18/07, 36/07, 40/07, 41/07 e 81/06;
2. 29 Informes de Mérito, sendo 04 deles também referentes ao sistema prisional do Brasil: 35/08, 40/03, 34/03 e 60/99; e
3. 52 Medidas Cautelares, sendo 07 delas também atinentes ao sistema prisional do Brasil: 199/11, 114/10, 236/08, 130/06, 172/05, 06/02 e 177/00⁴⁴.

Se se computar a essas diversas medidas interamericanas aquelas que sejam atinentes ao sistema socioeducativo, tem-se ainda as Medidas Cautelares 224/09, 63/07, 14/06 e 852/04, além da Medida Cautelar 322/02, cujo objeto de tutela é a salvaguarda da vida e da integridade física e jurídica de Roney Clay Chaves e outros, que eram submetidos, por policiais militares do Estado de São Paulo, a um sistema desumano e degradante de cooperação nas operações militares, já que os mesmos eram retirados dos cárceres em que se encontravam para prestarem informações durante operações policiais.

3.4 Conclusões

Chegado a este ponto, fica a pergunta: esses diversos sistemas de prevenção funcionam? Não se estaria a exagerar em seus efeitos práticos?

Para responder a esses questionamentos, é preciso socorrer-se da metáfora do copo meio cheio, meio vazio. Para aqueles que se filiam à tese “*nothing Works*”, esses sistemas representam um copo meio vazio, cuja eficácia está mais condicionada ao poder político do que propriamente ao direito; para aqueles que se filiam à tese que poderia ser identificada, conforme

⁴⁴ Informações extraídas da seguinte fonte: <http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/default.asp>, acessado em 1 ago. 2013.

Bobbio, de luta política pela eficácia dos direitos humanos⁴⁵, esses sistemas representam um copo meio cheio, isto porque eles ensejam, com graus bastante variados de eficácia, tanto o controle sobre os diversos órgãos da execução penal, como também permitem que Estados violadores dessas regras sejam, de conformidade com o direito internacional, sancionados.

Isso fica muito evidente ao analisar duas decisões recentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

No primeiro, o Tribunal de Estrasburgo, através de seu Pleno (*Grand Chamber*), ao julgar o caso *Del Río Prada vs Espanha*⁴⁶, considerou que a *doctrina Parot* violava o direito à liberdade e à igualdade tal como assegurado no artigo 5º da Convenção Europeia de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Mas em que consiste a *doctrina Parot*?

Essa doutrina faz referência à decisão proferida pelo Tribunal Superior da Espanha na sentença 197/2006⁴⁷, que julgou recurso de cassação interposto por Henri Parot Navarro, contra decisão proferida pela Sala Penal da Audiência Nacional, que havia determinado, para fins de computo de prazo para o gozo de benefícios na execução penal, o cumprimento dos requisitos legais sobre cada uma das penas a que o réu fora condenado, e não o prazo máximo de pena então previsto no Código Penal Espanhol, 30 anos, mediante procedimento de unificação. Dá-se que Parot, membro do grupo terrorista *ETA*, fora condenado em diversos processos por 33 (trinta e três) homicídios e outros delitos, cujas penas, somadas, totalizavam 4.700 (quatro mil e setecentos) anos. A prosperar a decisão, equivaleria a sua condenação à prisão perpétua.

Mediante *recurso de amparo*, o caso foi levado à apreciação do Tribunal Constitucional da Espanha que, em 28 de abril de 2008, por meio da sentença 57/2008⁴⁸, mitigou os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal

⁴⁵ BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 42-44.

⁴⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Application n. 42750/09, case Del Río Prada v. Spain*. Strasbourg, 21 October 2013.

⁴⁷ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Penal. *Sentencia 197/2006*, proferida em 28/02/2006.

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sala Segunda. *Sentencia 57/2008*, proferida em 28/04/2008.

Superior, ao instituir a doutrina do duplo cômputo penal, segundo a qual, o tempo de prisão preventiva cumprida deveria detrair sobre as penas unificadas, e não sobre cada uma delas.

O Tribunal de Estrasburgo, ao apreciar o caso no processo movido por outra *etarra*, Ínés del Rio Prada, como já dito, considerou a *doctrina Parot* incompatível com os direitos fundamentais assegurados pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos, determinando, como medida imediata, a soltura da suplicante, bem como, por sua decisão ter efeito *erga omnes* e caráter vinculante, que o estado espanhol desse idêntico tratamento aos demais presos.

Em outra decisão, ainda mais recente, o Tribunal de Estrasburgo, no caso *Vinter and Others v. United Kingdom*⁴⁹, condenou o Reino Unido a rever a sua legislação penal para permitir que os acusados à pena de prisão perpétua tenham o direito à revisão de suas sentenças, de forma a se permitir a concessão da liberdade, passado um determinado período de cumprimento da pena, que no caso do Reino Unido é o de 25 anos.

O caso decorreu do fato de o Reino Unido, após extinguir em seu ordenamento jurídico a pena de morte, passou a impor, abstratamente, a pena de prisão perpétua para os homicídios de caráter grave. Assim, sendo o réu condenado pela prática de homicídio, ao juiz sentenciante são dadas duas opções: a fixação de uma pena restritiva de liberdade com prazo determinado, ou a pena de prisão perpétua, caso considere o crime excessivamente grave. Fixada a pena de prisão perpétua, ela somente poderá ser revista mediante ação discricionária do Secretário de Estado, ou caso se estabeleça hipótese humanitária decorrente de padecimento de doença terminal. Assim, a rigor, os presos condenados à pena de prisão perpétua não têm o direito subjetivo à revisão da pena, mas submetidos a um critério discricionário do Secretário de Estado que poderá, segundo o caso e o comportamento do condenado durante o cumprimento da pena, permitir a instituição de processo revisional.

⁴⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. Application 66069/09, 130/10 e 3896/10, *case of Vinter and others v. United Kingdom*, 9 July 2015.

A Corte de Estrasburgo considerou que a ausência, na legislação do Reino Unido, de um critério normativo que permita a todos os condenados o direito à revisão de suas penas de caráter perpétuo, sem que estejam submetidos à discricionariedade política do Estado, viola a garantia insculpada no artigo 3º da Convenção Europeia, segundo o qual “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”, cuja interpretação teve por ponto de ancoragem uma extensa leitura no direito comparado, em especial a Regras Mínimas das Nações Unidas.

Com isso, se quer afirmar aquilo que se pretende alcançar com os diversos processos de constitucionalização e/ou internacionalização dos direitos: a constituição de sistemas normativos que tem por finalidade *prevenir*, e não *eliminar*, a violação a determinados direitos fundamentais. Exigir-se a eliminação seria impor uma tarefa impossível.

Não se trata, portanto, de uma aposta numa mudança num passe de mágica de uma determinada sociedade, mas na criação de procedimentos, sanções, formas de pressões legítimas, de controle jurídico-político dos comportamentos estatais, ou mesmo sociais, que tendem a violar aquele conjunto de direitos humanos. E esses sistemas são bastante funcionais nesse sentido, na medida em que, hoje em dia, nenhum Estado quer ser acusado, ou mesmo condenado, pela violação a essas regras fundamentais da sociedade internacional.

Em verdade, esse questionamento sobre a eficácia, sobre a vinculação dos Estados, tende a não ser mais do que uma replicação, no âmbito dos direitos humanos, daquilo que é, absurda e equivocadamente, afirmado do Direito Internacional em geral, a saber, a sua ineficácia ou falta de juridicidade.

Sobre esse tema em especial, Prosper Weil⁵⁰ escreveu algumas linhas célebres, nas quais ele enfrenta tanto as teses negacionistas sociológicas como jurídicas:

⁵⁰ WEIL, *Le droit international en quête...*, p. 43-48.

[...] Les thèses négatrices [...] La réalité du droit international a été mise en doute à un double niveau. A celui de son existence sociologique, d'abord: le droit international ne serait pas autre chose que la politique poursuivie par d'autres moyens. A celui de sa judicéité, ensuite: admettrait-on même qu'il existe, le droit international ne mériterait en tout cas pas le beau nom de droit [...] la négation sociologique [...] les traités sont des chiffons de papier [...] Le droit international [...] est un outil dont les Etats se servent bien plus qu'ils ne le servent [...] En un mot, le droit international ne serait, pour les négateurs, que la politique de puissance poursuivie par d'autres moyens, une façade trompeuse, une, « incitation permanente à l'hypocrisie », mais non pas un système normatif qui commanderait effectivement la conduite des Etats [...] La négation juridique [...] un double plan [...]: l'absence de sanction [...] l'impuissance du droit international à empêcher le recours à la force [...] Le droit international, a-t-il été avancé, ne saurait être regardé comme un véritable système juridique parce que les obligations qu'il édicte sont dépourvues de sanction, et plus particulièrement de sanction judiciaire [...] Austin [...] le droit international n'est rien de plus qu'une « positive morality » [...] « the improperly so-called international law ». Le droit international [...] a besoin des « béquilles » (A. Cassesse) des autorités nationales pour recevoir véritablement application [...] En un mot [...] le droit international ressemble à du droit, connaît et manie les concepts du droit, recourt au discours du droit, mais n'est pas véritablement du droit [...] la plupart des relations quotidiennes entre les Etats sont régies par le droit international, calmement, sans bruit [...] C'est sous l'ombrelle protectrice du droit international que s'effectuent jour après jour les myriades de relations transfrontière entre les personnes publiques et privées [...] Le droit international est une mécanique qui fonctionne en silence, sans l'immense majorité des citoyens en ait même conscience [...] Henkin [...] « It is probably the case that *almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations all the time* ».

Essa imagem de um mecanismo que funciona em silêncio, regulando, na maior parte dos casos e com a maior eficácia possível, as relações internacionais, é uma metáfora correta porque atende à realidade da vida

internacional e nacional contemporâneas, tese que também é sustentada por Pastor Ridruejo⁵¹:

E com toda segurança, o Direito Internacional tem maior credibilidade para os próprios Estados que para muitos dos impugnadores teóricos da disciplina. Quem tenha seguido de perto os trabalhos de uma conferência intergovernamental sobre codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, chegou ao convencimento de que os Estados tomam muito mais a sério suas normas que os incrédulos e superficiais teorizadores [...] Aos Estados não lhes é indiferente que o resultado seja ou um ou outro porque valorizam o Direito Internacional positivo, ainda que seja somente como um condicionante a mais no processo político de tomada de decisões, porque para eles os tratados internacionais não são letra morta nem uma simples *chiffon de papier*, porque atribuem grande importância ao princípio *pacta sunt servanda* que sabe ser respeitado de modo geral.

Assim, é certa a afirmação de que o direito da execução penal, assim como o direito penal e os direitos humanos, tem experimentado uma progressiva internacionalização que, não podendo ser operada pelo critério da unificação, tem observado os procedimentos de uniformização e harmonização. Ademais, a internacionalização do direito da execução penal se tem efetuado tanto através de normas que especificamente regulam a matéria, como através de outras fontes do direito internacional dos direitos humanos que, direta ou indiretamente, incidem sobre o tema, tendo por princípio fundamental a asseguuração da dignidade da pessoa encarcerada, e por princípios regentes o da não discriminação e o da vedação da tortura e das penas e tratamentos desumanos, degradantes e cruéis.

Referências

AMBOS, Kai. **A parte geral do direito penal internacional**: bases para uma elaboração dogmática. Trad. Carlos E. A. Japiassú e Daniel A. Raizman. São Paulo: RT, 2008.

⁵¹ PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales...*, p. 41.

BASSIOUNI, M. Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. **Virginia Journal of International Law**, 42, n. 81, fall 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9 ed. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009.

BROOK, Timothy. **O chapéu de Vermeer**: o século XII e o começo do mundo globalizado. Trad. Maria B. de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. t. I, 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

CÈRE, Jean-Paul. Le comité de prévention contre la torture et la prison. **Revue pénitentiaire et de droit penal**, 2007, n. spécial, p. 94.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n. 1236, de 27 de junho de 2005, relativo ao comércio de determinadas mercadorias susceptíveis de serem utilizadas para aplicar a pena de morte ou infligir tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. **Jornal Oficial da União Europeia** L 200/1, de 30/07/2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas).

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Da inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal por violação ao princípio *ne bis in idem*. In: **Temas escolhidos sobre a internacionalização do direito penal**, Porto Alegre: Fi, 2015.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Trois défis pour un droit mondial**. Paris: Éditions du Seuil, 1998.

DELMAS-MARTY, **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 6.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESCALANTE, Rodolfo E. Piza. El valor del derecho y de la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos: el ejemplo de Costa Rica. In: Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Liber Amicorum** Héctor Fix-Zamudio, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. Application 66069/09, 130/10 e 3896/10, case of Vinter and others v. United Kingdom, 9 July 2015.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. Application n. 42750/09, case Del Río Prada v. Spain, Strasbourg, 21 October 2013.

FELLMETT, Aaron X., HORWITZ, Maurice. **Guide to latin in international law**, Oxford: Oxford University Press, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. La esfera do indecible y la división de poderes. **Estudios Constitucionales**, año 6, n. 1, Universidad de Talca, 2008.

GUGGENHEIM, Paul. **Contribution a l'histoire des sources du Droit des Gens**, RCA-DI, v. 94 (1958-II).

INTERNACIONAL CRIMINAL COURT. **Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo**, The Appeals Chamber, 14 December 2006. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc243774.PDF>.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Reservation to the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide**. Advisory opinion of 28 May 1951.

JANKOV, Fernanda F. F. **Direito internacional penal**: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

JORDA, Claude. Valores comuns da humanidade: o ponto de vista jurídico. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Trad. Silvio Antunha, Barueri: Manole, 2004, p. 73-75.

MACEDO, Paulo Emílio V. Borges de; PINTO, Paulo Edvandro Costa. Monismo e dualismo além dos tratados: a internalização das resoluções do Conselho de Segurança, **Revista Quaestio Iuris**, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. T. I, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

NAÇÕES UNIDAS. SUBCOMITÊ DE PREVENÇÃO DA TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES. **Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção à Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes** (CAT/OP/BRA/R.1).

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. 4 ed. Madri: Tecnos, 2014.

REPÚBLICA DE PORTUGAL. PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. **Direitos Humanos: A Carta Internacional de Direitos Humanos**, Ficha Informativa n. 2, Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001.

SACHABAS, W.; SAX, H. "Article 37. Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty". In: A. Alen; J. Vande Lanotte, E. Verhellen; F. Ang; E. Berghmans and M. Verheyde (Eds.). **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**, v.1, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

TOMUSCHAT, Christian. **Obligations arising for States without or against their will**, RCADI 241, 1993.

TRIBUNAL CONSTTUCIONAL. Sala Segunda. **Sentencia 57/2008**, proferida em 28/04/2008.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Penal. **Sentencia 197/2006**, proferida em 28/02/2006.

UNITED KINGDON. HOUSE OF LORDS. *Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*.

WEIL, Prosper. **Le droit international em quête de son identité**, Cours général de droit international public, RCAD, v. 237/1992.

4. A DERROGAÇÃO DA LEI DE ANISTIA NO CASO BRASILEIRO: UM DILEMA ENTRE A IMPRESCRITIBILIDADE E A PROIBIÇÃO DE IRRETROATIVIDADE. UMA ANÁLISE DA CLÁUSULA *PRO HOMINE* E DO POSTULADO DA RAZÃO PRÁTICA

4.1 Introdução

No presente trabalho, intentar-se-á dilucidar o problema decorrente da condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, em que a Corte, julgando os fatos ocorridos no início da década de 1970, no contexto da Guerrilha do Araguaia, quando houve o enfrentamento entre o Exército brasileiro e os membros do Partido Comunista do Brasil que haviam se instalado na região para promover o início de um processo revolucionário de cariz comunista. Desse confronto, tendo as forças armadas logrado debelar e capturar os guerrilheiros e camponeses que davam a eles suporte material e moral, salvo exceções, todos foram torturados e executados, seguido da ocultação dos corpos.

A Corte, ao apreciar a demanda, considerou que o Estado brasileiro, por intermédio de seus agentes, havia praticado, de forma sistemática, os crimes desaparecimento forçado de pessoas, tortura, dentre outros, tipificando-os, nesse sentido, como um crime contra a humanidade. Em razão disso, condenou-o a cumprir suas obrigações convencionais decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos, determinando, dentre outros pontos, a derrogação da Lei de Anistia de 1979 e o exercício da persecução penal em face dos agentes que, no curso da ditadura civil-militar, praticaram o desaparecimento forçado de pessoas, na medida em que, segundo a sua jurisprudência, tais crimes seriam insuscetíveis de anistia e imprescritíveis, tendo como normas de fundamentação costumes internacionais.

Nesse trabalho, portanto, será discutida a (im)possibilidade de cumprimento dessa decisão, tendo como pontos de ancoragem os princípios da

irretroatividade, da estrita legalidade em Direito Penal, dado o caráter costumeiro de que se revestem a inastiniabilidade e a imprescritibilidade, bem como a chamada cláusula *pro homine*, prevista no artigo 29 da Convenção Americana, tomando como norte referencial o postulado da razão prática.

A linha que será seguida na discussão firma-se sobre o seguinte raciocínio: se cabe ao Direito Penal dar tutela aos Direitos Humanos, ele deve fazê-lo a partir de seus próprios fundamentos principiológicos, mormente porque as garantias materiais e procedimentais que lhe dão estrutura garantística e democrática constituem-se em Direitos Humanos expressamente assegurados pelas convenções internacionais, e que, numa interpretação orientada pela concordância prática na forma da cláusula *pro homine*, deve privilegiar a eficácia jurídica mais protetiva ao indivíduo.

Disso decorre, doutro passo, que o presente estudo busca firmar-se sobre a ideia central de que o direito, seja enquanto campo epistemológico com objeto, princípios e finalidades próprias, seja enquanto norma (*rectius* ordenamento jurídico), reivindica e estriba-se sobre uma autonomia face às demais formas de normatização da sociabilidade humana, mormente porque, diversamente da religião, da moral, da economia e da política, é o único campo dotado de coercibilidade¹, isto é, a potência que o Estado tem de, independentemente do consentimento do destinatário da norma, impor o seu cumprimento mediante o exercício do poder-violência, caso não ocorra o cumprimento voluntário do comando normativo².

Conforme Lênio Luiz Streck, se a tarefa essencial que cabe à Ciência Jurídica é a de constituir-se em um conjunto de teorias orientadas pela racionalidade jurídica que têm por função subministrar fundamentos e princípios para a interpretação das normas jurídicas (razão prática), num

¹ DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Existem direitos absolutos?* Direitos humanos, autonomia do direito e a esfera do indecível. Disponível em: https://www.academia.edu/33607518/Existem_Direitos_Absolutos_Direitos_Humanos_Autonomia_do_Direito_e_a_Esfera_do_Indecid%C3%ADvel_-_Are_there_Absolute_Rights_Human_Rights_Autonomy_of_Law_and_Sphere_of_Undecidability. Acessado em: 20 fev. 18.

² E por isso coercibilidade, conforme REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1996, e não coercitividade, como defendido, *e.g.*, por Kelsen. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 48-55.

regime democrático, fundado sobre a necessidade de se coarctar o quanto e o mais possível a arbitrariedade e/ou a discricionariedade dos agentes estatais, esta coarctação se dá, de um lado, na submissão de todas as normas à Constituição, ato com o qual se limita o poder do legislador, e de outro lado na delimitação do *juris dicere*, i.e., em não permitir ou legitimar que juízes possam dar às palavras, com as quais se gravam as normas em uma sociedade democrática, o sentido que eles queiram dar, quanto mais se essa interpretação não estiver estribada em princípios jurídicos, mas em postulados morais, políticos etc.

Por outro lado, parece despiciendo acentuar ou lembrar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma proibição de interpretar. Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E o Direito é um sistema de regras e princípios, comandado por uma Constituição. Que as palavras da lei (*lato sensu*) contêm vaguezas e ambigüidades e que os princípios podem ser – e, na maior parte das vezes, são – mais abertos, em termos de possibilidades de significado, não constitui nenhuma novidade. O que deve ser entendido é que a aplicação desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, dando razão a Kelsen (1987), para quem *a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade (sic)*. O drama da discricionariedade aqui criticada é que esta transforma os juízes em legisladores. Isso enfraquece a autonomia do Direito conquistada, principalmente, no paradigma do Estado Democrático de Direito. Combater a discricionariedade não significa dizer que os juízes não criam Direito (sem olvidar o relevante fato de que, no mais das vezes, a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, soçobrando, assim, o direito produzido democraticamente). Mas não é esse tipo de criação judicial que está em causa no debate Dworkin-Hart e tampouco nas críticas que faço ao positivismo à luz da hermenêutica filosófica³.

³ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. I, n. I, 2009, p. 69.

Assim, a autonomia do direito, orientada pelo postulado da razão prática, leva a considerar-se que o

[...] Direito que exsurge do paradigma do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional forjado a partir do segundo pós-guerra) deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização do Direito, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de neoconstitucionalismo (se assim se quiser, é claro) é, desse modo, a manifestação desse grau de autonomia do Direito, isto é, deve ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral. Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX e atinge o seu auge com a elaboração das constituições sociais, compromissórias e dirigentes do segundo pós-guerra. Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional (compromissório e dirigente), o Direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. Conseqüentemente, a sua autonomia torna-se a sua própria condição de possibilidade. Supera-se, desse modo, o problema da dimensão meramente institucional do Direito ou que o coloca como caudatário do poder ou, ainda, “como mera técnica a serviço de concepções absenteístas de Estado” (que, paradoxalmente, necessitam que o Direito tenha o mínimo de autonomia possível) [...] Dito de outro modo, se for diminuído o espaço de poder da vontade geral e aumentado o espaço da jurisdição (contramajoritarismo), parece evidente que, para a preservação da autonomização do Direito, torna-se necessário implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do polo de tensão da legislação para a jurisdição: as decisões judiciais. Isso implica discutir o cerne da teoria do Direito, isto é, o problema da discricionariedade na interpretação, é dizer, das decisões dos juízes e

tribunais [...] autonomia do Direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo Direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o Direito em permanente ‘estado de exceção’, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do ‘império do direito’ (alguém tem dúvida de que essa questão é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil?)⁴.

A discussão que se procurará entabular neste artigo não descarta que ele toca um tema potencialmente sensível no atual contexto brasileiro, razão mesma pela qual ele precisa ser enfrentado a partir de bases racionais orientadas pela autonomia do direito frente às demais formas de normatização da vida social, formas essas que, quando trazidas para a dissolução da aporia na qual ela está situada, têm aportado razões em favor da derrogação da Lei de Anistia imbricadas em inúmeros argumentos morais e políticos. Nesse sentido, é preciso aferir se tais argumentos morais e políticos devem ser de fato acolhidos pela interpretação jurídica orientada por princípios jurídicos.

4.2 A Lei de Anistia brasileira, a Emenda Constitucional 25/86 e o constitucionalismo de transição

Parece não existir nenhuma dúvida razoável acerca do modelo de constitucionalismo no qual se insere a Constituição brasileira de 1988: o de transição.

Se, tradicionalmente, a doutrina constitucional moderna⁵ compartilhou o exercício do poder constituinte originário em dois modelos, o democrático/revolucionário e o autocrático/autoritário, com uma riqueza modal interessantíssima entre um e outro (*e.g.* constituições cesaristas, bonapartistas, de

⁴ STRECK, *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito...*, p. 74-75.

⁵ TEIXEIRA, H. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991, pp. 221-222; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40-42; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24-28.

matriz comunista, demoliberal, autoritárias etc.), conforme ele seja exercido, para utilizar a díade bobbiana, respectivamente, *ex parte populi* ou *ex parte principis*⁶, e do qual exsurge uma segunda dicotomia importante, constituições promulgadas – democráticas – e constituições outorgadas – autocráticas –, a partir da segunda metade do século XX, e mais especificamente na América Latina, a partir das décadas de 1980 e 1990, no bojo daquilo que se tem denominado de “novo constitucionalismo latino-americano”⁷, se pode afirmar o surgimento de novos modelos de “dação” da Constituição⁸, no qual se insere o caso brasileiro.

Para compreendê-lo será útil nos socorrermos de uma análise gramatical: o vocábulo transição, derivado do verbo transitar, derivado, por sua vez, do substantivo trânsito, denota uma ação que se protraí no tempo, ao final do qual se realiza ou se consuma um resultado determinado ou esperado. Assim, uma sentença que transitou em julgado é aquela decisão judicial que, tendo sido publicada, e contra a qual não se interpôs o recurso cabível, ou, se interposto, contra esta decisão não caiba mais recurso algum, findo o prazo recursal legalmente previsto alcança o estado de coisa julgada, caracterizado, em geral, por sua imutabilidade, com o qual se extingue a lide.

Essa imagem de uma ação que tem seus termos *a quo* e *ad quem*, e ao final do qual se tem uma nova ordem constitucional, é estranha à doutrina constitucional tradicional. Ou o poder constituinte se exerce *ex parte populi*, mediante um ato revolucionário, ou o poder constituinte se exerce *ex parte principis*, mediante um golpe de estado, com o qual se subtrai do povo o exercício desse poder de fato⁹; mas, em ambas as hipóteses, se tem um ato

⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 62-65.

⁷ MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América Latina. *Revista Política e Justiça de Transição*, v. 4, jul-dez/2010, p. 144-145.

⁸ É a expressão utilizada por Müller [*Verfassungsgebend*: literalmente “o que dá a Constituição”, isto é, constituinte]. MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (Sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Neumann. São Paulo: RT, 2004.

⁹ Mas não a titularidade, na medida em que busca legitimidade no “povo”. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

que põe fim à ordem constitucional, e não um processo. Em outros termos, tradicionalmente, *tertio genus non datur*...

Contudo, é preciso compreender as formas de exercício do poder constituinte originário para além das limitações interpostas pela tradicional doutrina constitucional, e não porque ela esteja errada, mas porque não explica um fato histórico nada banal nesse campo do conhecimento jurídico, qual seja: aquilo que se denomina de poder constituinte originário se exerce e se exerceu de muitas e variadas formas ao longo dos tempos¹⁰. Ao se aceitar o fenômeno historicamente contínuo de que todas as sociedades políticas se constituíram e ou se constituem segundo suas condições sócio-econômico-políticas, no sentido de que se dão uma constituição (não necessariamente escrita) e institucionalizam o “como” do exercício do poder político¹¹, é tarefa da ciência do direito constitucional explicar essas formas e modos, mesmo que com isso seja preciso superar cânones derivados do constitucionalismo moderno no qual se insere a diáde indicada.

Assim, para demarcar o problema em seu fundamento doutrinário, é interessante notar que Ferreira Filho afirma que o processo constituinte de 1987/1988 não se originou do exercício do poder constituinte originário, mas de um processo de reforma integral da constituição de 1969, uma vez que a Assembleia Nacional Constituinte foi convocada pela Emenda Constitucional 26/1985, não tendo havido, com isso, uma ruptura com a ordem constitucional anterior. Em razão disso, concretamente, o ordenamento nacional brasileiro ainda estaria sob a autoridade normativa da constituição castrense¹². O interessante dessa análise é que a Constituição de 1969 não previa a possibilidade da sua reforma integral, mas só a de emendas¹³, e o mesmo Ferreira Filho, que faz tal afirmativa, em outro passo de seu livro, indica a ilegitimidade constitucional de qualquer procedimento reformador

¹⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva: 2002, p. 2; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. 2 ed. Madri: Trotta, 2011.

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 17 e ss.

¹² FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 31-32.

¹³ Artigos 49, I e artigos 50-53 da CF/1969.

sem que o texto constitucional o autorize¹⁴. Se não havia tal autorização, como se interpretar a Emenda Constitucional 26/1985? Como expressão de um poder revolucionário, no sentido que é dado por Guastini:

A noção de poder constituinte – quando oportunamente depurada de incrustações ideológicas – se define, simplesmente, por oposição ao de poder constituído.[...]

Chama-se, ao contrário, “constituinte”, ao poder de instaurar uma “primeira” Constituição.

Chamo “primeira Constituição” a toda Constituição que não encontra seu fundamento de legitimidade numa Constituição precedente. Uma primeira Constituição é, em suma, uma Constituição emanada *extra ordinem* – fruto de uma revolução – e, portanto, privada de fundamento de validade em normas (as eventuais normas sobre a produção constitucional) próprias do ordenamento constitucional precedente.[...]

Pode-se convencionar que o poder de reforma constitucional é um poder constituído (constituído pela Constituição existente), e que o poder de instauração constitucional seja, ao contrário, o poder constituinte. Pois bem: o que distingue a reforma constitucional, isto é, o poder de modificação da Constituição existente, da instauração constitucional, isto é, da emanção de uma nova Constituição? [...]

Esta pergunta admite (ao menos) duas respostas interessantes; qualquer delas *supõe* uma forma diversa de se conceber a *Constituição* (e do critério de sua identidade) e *implica* uma concepção diversa de *poder constituinte*. [...]

A primeira resposta soa grosso modo assim: uma Constituição é uma totalidade coerente e conexa de valores ético-políticos. A identidade material (axiológica) de toda Constituição descansa precisamente no conjunto de valores – os princípios supremos – que a caracterizam e que a distinguem de qualquer outra Constituição.

Assim, uma coisa é revisar a Constituição existente (em suas normas de detalhe) sem alterar a identidade material ou axiológica, e outra coisa é modificar o “espírito” da Constituição existente, isto é, alterar, perturbar ou subverter os valores éticos-políticos que a caracterizam.

¹⁴ FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 28-29.

Uma coisa é a simples reforma constitucional e outra – ainda que seja sub-reptícia – é a instauração de uma nova Constituição. Uma coisa é o exercício de um poder constituído (o poder de reforma), e outra é o exercício do poder constituinte.

Distinguem-se a reforma e a instauração constitucional, então, não sob um perfil formal – pelo fato de que uma advém em forma legal e outra de forma ilegal, *extra ordinem* – mas sim sob o perfil substancial: é uma reforma toda modificação marginal, é instauração toda alteração – ainda que legal – da identidade axiológica da Constituição.

Do raciocínio anterior se segue, entre outras coisas, que em nenhum caso pode a reforma constitucional ser exercida para a modificação dos princípios fundamentais da Constituição existente. Tais princípios são limites (lógicos) não franqueados para a reforma constitucional. [...]

Toda modificação constitucional realizada de forma legal – por mais que possa incidir profundamente sobre a Constituição existente – é mera reforma. Toda modificação realizada de forma ilegal – por mais marginal que possa ser essa mudança – é instauração de uma nova Constituição. Em suma, a modificação legal da Constituição é exercício do poder constituído, enquanto que sua modificação ilegal é exercício do poder constituinte¹⁵.

Em outros termos, ou se admite o modelo aqui indicado como constitucionalismo de transição, o qual parece corresponder à realidade histórica da qual emergiu a Constituição de 1988, e com isso se conclui que ela foi fruto de um longo, árduo e complicadíssimo processo político de transição do regime civil-militar instaurado em 1964¹⁶, ou se conclui que a Emenda Constitucional 26/1985 seria a instauração de um processo de reforma total da Constituição de 1969; mas como ela não previa tal processo, a Constituição de 1988 se caracteriza como resultado de um poder *extra ordinem*, isto é, revolucionário. Em ambos os casos, a consequência lógica e inafastável é a de que, concretamente, ocorreu o exercício do poder constituinte

¹⁵ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoria constitucional*, trad. Miguel Carbonell *et al.*, Ciudad de Mexico: UNAM, 2001, pp. 39-42 (livre tradução).

¹⁶ MACIEL, David. *A Aliança Democrática e a transição política no Brasil*, in PINHEIRO, Milton (org.). *Ditadura: o que resta da transição*, São Paulo: Boitempo, 2014, pp. 223-249.

originário e a Constituição de 1988 é inaugural¹⁷, fruto de um processo de escolha popular parcial nas eleições 1986¹⁸, conforme previsto pelo artigo 1º da Emenda Constitucional 26/85¹⁹, e não, como quer Ferreira Filho, ou mesmo o queria o Ministro Teori Zavascki, como uma continuidade político-constitucional da ordem anterior²⁰.

Nesse modelo de constitucionalismo de transição se manifestam algumas circunstâncias políticas – e não somente jurídicas – que a condicionam de forma bastante destacada, a saber:

¹⁷ Esse tema já foi enfrentado no STF quando do julgamento da ADPF 153, mormente nos votos dos ministros Eros Grau (Relator) e Carmen Lúcia.

¹⁸ Parcial porquanto a Assembleia Nacional Constituinte também foi composta pelo denominados “senadores biónicos”, isto é, os senadores eleitos indiretamente por colégios eleitorais em cada Estado da Federação para um mandato de oito anos, decorrente do chamado Pacote de Abril 1977 (EC 8/1977). A participação dos 23 senadores que não haviam sido eleitos pelo voto popular para atuarem na Assembleia Nacional Constituinte foi objeto, logo em sua instalação, de questão de ordem levantada pelos constituintes Plínio de Arruda Sampaio e Roberto Freire, mas foi rechaçada pelo Plenário da Assembleia Nacional.

¹⁹ Com efeito, o artigo 1º da EC 26/85 tem a seguinte redação: “Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional” (sic).

²⁰ Nesse sentido, o voto exarado pelo Min. Teori Zavascki, quando do julgamento da ADI 4357: “7. O argumento que distingue as situações pela natureza do poder constituinte que produziu a norma constitucional parte de um pressuposto questionável: o de que a Constituição de 1988 é manifestação do poder constituinte originário. Embora seja relativamente fácil, no plano teórico, distinguir os conceitos de poder constituinte originário e poder constituinte derivado (ou constituído), há uma enorme dificuldade em identificar, concretamente, no plano histórico, um do outro. Tem-se, em doutrina, como poder constituinte originário o de *fundar uma nova ordem constitucional*, rompendo a ordem jurídica anterior. Trata-se, portanto, de poder que não deriva de uma anterior Constituição, que está fora das Constituições e acima delas, um poder essencialmente político, um *poder de fato*, quase sempre produto de revolução ou de golpe de estado, e que, portanto, tudo pode em seu desiderato fundante. Já o poder constituinte derivado seria o poder de *revisar ou reformar a ordem constitucional vigente*, e sua legitimidade estaria justamente em ser exercido na forma e nos limites fixados em norma jurídica pré-existente, qualificando-se, assim, não como um poder de fato, mas como um *poder de direito*, formalmente legitimado pela ordem constitucional [...] Mas a atual Constituição, de 1988, não derivou de golpe de estado, nem de revolução, nem de rompimento com a ordem jurídica precedente. Ainda que se reconheça ter sido ela impulsionada por um incontido desejo social de mudança, é inegável que ela foi protagonizada sem quebra do regime constitucional [...] não há como negar a ausência de qualquer ruptura institucional na oportunidade. O poder constituinte de 1988 atuou não como *poder de fato*, mas como autêntico *poder de direito*, tendo sido convocado e instalado por força de emenda à Constituição (Emenda Constitucional 26, de 27.11.1985), e isso lhe retira a característica teórica mais significativa de poder constituinte originário, que é a do rompimento com a ordem jurídica vigente”.

A) Sendo decorrência de um processo político em que o governo autoritário e a oposição pactuam o “como” da transição, detendo aquele os poderes políticos e institucionais de fato, e a oposição democrática, geralmente conformada numa unidade não homogênea²¹, a legitimidade política fundada na pretensão de restauração do regime democrático, é bastante óbvio que não se há de falar em “paridade de armas”. O tempo, modo e conteúdo do processo são regidos pelos humores e poderes daqueles que exercem o poder²², cabendo à oposição, de acordo com as suas possibilidades e formas de pressão, conquistar, passo a passo, o acolhimento de seu projeto. Exemplo emblemático no caso brasileiro, como já demonstrado, foi o pacote de Abril de 1977.

Em outros termos, não se faz transição segundo um modelo ideal forjado academicamente, mas segundo as possibilidades concretas, com

²¹ Por mais paradoxal que este termo se apresente, já que a oposição é composta por grupos políticos os mais diversos que se congregam num bloco político que tem por objetivo comum tornar possível a transição, e não a formação de um novo governo após a sua consumação.

²² Para que não reste a menor dúvida, os próprios membros do STF à época se puseram a favor do regime civil-militar, defendendo, de um lado, a manutenção dos seus *status*, e de outro a mitigação das transformações que se desencadeariam com a Constituinte: “À margem do debate constituinte, definia-se a mobilização corporativa dos juízes, liderada pelos dirigentes dos tribunais e que ultrapassava a direção institucional do STF na formulação de proposta para o Judiciário. No início dos anos de 1980, eles viam com reservas mudanças constitucionais mais profundas, mas a Constituinte apareceu como uma oportunidade para promoverem o fortalecimento do Judiciário, na qual reivindicavam voz e voto para os magistrados. Essa perspectiva se diferenciou, pois os dirigentes dos tribunais limitaram-se às questões corporativas, enquanto as associações de juízes ligaram-se às de outras profissões jurídicas e associações populares, e incorporaram demandas de centro-esquerda pela ampliação dos direitos e garantias. Os ministros do STF adotavam posições de centro às de direita ao encarar com reservas a Constituinte. Visavam preservar o STF de mudanças mais profundas e retomar a liderança que eles tinham perante os demais juízes ao promover as próprias demandas. Em fevereiro de 1985, falavam em “possíveis reformas constitucionais”, com as quais os juízes deveriam colaborar junto às autoridades políticas, num “momento de reencontro do país com a plenitude do direito e com as aspirações democráticas”. O novo presidente do STF, Moreira Alves, considerava o momento “delicado”, pois o país ingressava em “nova fase política”, na qual se apresentavam todo tipo de dificuldades, aspirações, expectativas. Ressaltava a excelência do STF e reafirmava a agenda das últimas décadas: o problema era a crise do STF causada pelo número excessivo de processos, contra o qual as reformas adotadas teriam resultado positivo. O STF tinha a visão integral do Judiciário, cujos problemas “não se enfrentam com diletantismos, muito menos com experimentações, jamais com os olhos postos no aplauso imediato””. KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. *O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo*, Lua Nova, São Paulo, n. 88, 2013. p. 141-184.

todos os riscos, desafios e fracassos que o embate entre desiguais condiciona²³. Basta lembrar, para ficarmos no âmbito da visibilidade política, que no Brasil os grandes meios de comunicação de massa se puseram, desde sempre, a favor do regime militar e, uma vez consumada a transição, no espectro mais conservador da política nacional²⁴.

B) Uma segunda característica digna de nota nesse contexto é a possibilidade de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Para ficarmos no âmbito regional, o Brasil e outros Estados se caracterizam por regimes constitucionais em que a transição se fez mediante a promulgação de novas constituições, diversamente do que ocorreu na Argentina, cuja Constituição data de 1853, embora submetida a um processo de reforma constitucional em 1994. Já no contexto europeu, a Espanha passou por idêntico modelo brasileiro, entre 1977/1978, inclusive com a aprovação de uma Lei de Anistia em 1977²⁵, enquanto em outros países se optou pela reforma integral da Constituição²⁶.

O que esse fato demonstra é que não existe um “modelo” estanque de transição, mas formas de transição, cabendo à ciência do direito constitu-

²³ “Os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem segundo a sua livre vontade; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos. E justamente quando parecem empenhados em revolucionar-se a si e às coisas, em criar algo que jamais existiu, precisamente nesses períodos de crise revolucionária, os homens conjuram ansiosamente em seu auxílio os espíritos do passado, tomando-lhes emprestado os nomes, os gritos de guerra e as roupagens, a fim de apresentar e nessa linguagem emprestada”. MARX, Karl. *O 18 de Brumário de Louis Bonaparte*. Trad. Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 15. Se isto é uma verdade nas revoluções, o que se dirá em transições?

²⁴ Será preciso relembra os editoriais e manchetes d'O Globo, Estado de São Paulo e Folha de São Paulo favoráveis ao golpe civil-militar em 02 de abril de 1964, ou a nomeação pel'O Globo de dissidentes políticos da Fundação do Comando dos Trabalhadores Intelectuais, no editorial do dia 07 de abril de 1964, quando as práticas das prisões arbitrárias e de tortura já se disseminara pelo Brasil afora?

²⁵ Trata-se da Ley 46, de 17 de outubro de 1977, pela qual o regime franquista, já em vias de sua substituição pela democracia, anistiou os crimes praticados quer durante a guerra civil quer durante a ditadura de Franco. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/1977/10/17/pdfs/A22765-22766.pdf>. Acessado em: 20 jan. 2011.

²⁶ É o caso da constituição húngara que, na transição do regime comunista para o demoliberal, foi integralmente reformada, à exceção do artigo que fixava Budapeste como capital do país. ROSENFELD, Michel. *A Identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003, p. 20.

cional explicá-los, mas não os estandardizar, afinal, é para isso que serve o direito (constitucional) comparado²⁷.

C) Por fim, uma característica proeminente do regime de transição constitucional encontra-se no fato nada banal de que esse processo implica na possibilidade, real, de que a nova ordem constitucional tenha que “levar às costas”, e por muitos anos, algo dos entulhos autoritários vigentes na ordem constitucional anterior, *e.g.*, a preservação temporal dos mandatos de governo e parlamentar, a permanência dos membros do judiciário²⁸ e ministério público nomeados no regime anterior, a dificuldade concreta em se enfrentar práticas autoritárias na administração e segurança públicas²⁹, apesar da e contra as novas regras constitucionais, a vigência da historiografia oficial, a permanência da interpretação do direito vigente na ordem anterior etc. A validade ou não das leis de anistia, com efeito, se insere nessa circunstância.

²⁷ Sobre a função do direito comparado e o seu resultado a partir da *tertio comparationis*. ZWEIGERT, Korand; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*, v. I: principi fondamentali. Trad. Barbara Pozzo. Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 36-55.

²⁸ Este sintoma se manifestou de forma bastante interessante quando Michel Rosenfeld veio ao Brasil fazer uma série de conferências. Perguntado sobre o caso Ellwanger (HC 82424), posto que o Min. Relator do habeas corpus, Moreira Alves, que fora nomeado no regime militar para compor o STF, concedera o habeas corpus sob o argumento de que, como cientificamente não existem raças, Ellwanger não teria cometido o crime de racismo, ele respondeu: “Por último, mas não menos importante, há esse debate sobre o habeas-corpus no contexto da Suprema Corte brasileira. Isso levanta uma série de questões que eu não posso tratar, mas posso apontar algumas. Uma delas é: o juiz indicado pelo governo militar é um juiz constitucional legítimo? Bom, enfim, nós podemos ter um debate sobre esse assunto, porque ele levanta algumas questões de legitimidade muito interessantes em termos das indicações. Não sei qual é a visão desse juiz ou se esse juiz é alguém que desejaria que a ditadura militar estivesse ainda hoje em funcionamento e está fazendo o melhor que pode para interpretar a Constituição de maneira consistente com aquela visão, e, nesse caso, eu diria que, se fosse minha a democracia, eu tentaria livrar-me dele. Ou, apesar de ter sido indicado pelo governo militar, com o fato da lei ter mudado, da constituição ter mudado, ele é, hoje, um juiz constitucional perfeitamente aceitável? Eu não sei”. ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito, *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, jan./jun. 2004, p. 60-61.

²⁹ PINHEIRO, Paulo Sérgio. Continuidade autoritária e construção da democracia: relatório final, São Paulo: NEV/USP, 1999; PIOVESAN, Flávia, SALLA, Fernando. *Tortura no Brasil: pesadelo sem fim?* *Ciência Hoje*, out. 2001, p. 30-34.

Mas também é uma característica da nova ordem constitucional uma vinculação imediata, mas nem sempre concreta, com as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Se antes essa adesão se dava somente no plano formal, a nova ordem constitucional imbrica, definitivamente, o ordenamento jurídico nesse contexto transconstitucional em que os Direitos Humanos assumem não só a tradicional eficácia vertical – Estado-Comunidade Internacional –, mas também horizontal – Estado-Cidadão³⁰ –, na medida em que eles passam a compor o próprio ordenamento nacional³¹. Em outras palavras, a legitimidade não vem só de dentro – respeito às normas e procedimentos democráticos instituídos pela nova Constituição –, mas também de fora, na medida em que as normas decorrentes das obrigações internacionais de Direitos Humanos se manifestam como fatores preponderantes para a legitimação do governo democrático³². Em outras palavras, os regimes jurídicos se complementam.

É nesse ponto de intersecção entre o direito nacional pré-Constituição de 1988 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos que se encontra a celeuma que deu azo ao presente trabalho.

Posto isso, resta o problema das leis de anistia à brasileira, um passo decisivo para a consolidação do processo de transição. Leis de anistia, e

³⁰ Nesse sentido, o voto em separado do Juiz Cançado Trindade no *case Belgium v. Senegal – Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* –, julgado em 20 de julho de 2012, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17072.pdf>, acessado em 30. ago. 2013.

³¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*: aspectos contemporâneos, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 127 e ss.

³² Sobre a transformação da jurisprudência do STF acerca do tema, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Da inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal por violação ao princípio ne bis in idem*, Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-31; sobre o problema relacionado ao conceito de soberania e a sua compreensão desde o tipo Estado Constitucional Cooperativo, KOTZUR, Markus. *A soberania hoje*: palavras-chave para um diálogo europeu-latino-americano sobre um atributo do Estado Constitucional moderno, trad. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-19.

não a lei, porquanto essa forma de extinção do crime³³ foi concedida no ordenamento jurídico brasileiro em duas ocasiões durante a transição constitucional: em 1979, com a Lei 6.683 de 28 de agosto, e pela EC 26/85, em seu artigo 4º.

Parece não haver qualquer controvérsia quanto aos efeitos da anistia em favor daqueles que foram vítimas do subsistema penal DOPS-DOI/CODI, muitos deles submetidos às mais atrozes formas de tortura, perseguições políticas e perdas de seus direitos civis e políticos³⁴, o que possibilitou, para muitos, o retorno do exílio e a retomada de suas vidas e carreiras profissionais, inclusive mediante as suas readmissões no serviço público. O “problema” se estabeleceu, desde cedo, na interpretação extensiva dada às expressões “crimes conexos”, previstas, respectivamente, no artigo 1º, caput e §1º da Lei 6.683/79, e artigo 4º, §1º da Emenda Constitucional 26/85.

Por essa interpretação, os autores de crimes praticados pelo regime civil-militar, mormente os pertencentes às forças armadas e aos corpos de segurança pública, e seus superiores hierárquicos, também teriam sido anistiados, impedindo-se, com isso, o exercício da persecução penal, no que se convencionou denominar hoje de “autoanistia”.

Afirma-se que desde cedo, porquanto, como já dito em linhas anteriores, mal a lei de 1979 fora promulgada, vários atores sociais se con-

³³ É a lição de Nilo Batista, que sustenta, seguindo Aníbal Bruno, uma concepção formal de anistia em detrimento da concepção material, que afirma a extinção da punibilidade: “Da perspectiva técnico-jurídica, a anistia intervém sobre a norma secundária, tornando-a inaplicável [...] Se a anistia torna ineficaz a sanção subsistindo, evidentemente, o preceito - e se é a especificidade da sanção que distingue formalmente o crime, a conclusão é no sentido de que a anistia extingue (formalmente) o crime. Para além, portanto, da significação material anotada por Jescheck, de “renúncia ao direito de execução da pena” (*Verzicht auf das Strafvollstreckungsrecht*), consideramos que ao desconectar a pena do tipo o ato de graça extingue o caráter criminal do acontecimento. Reflexos disto no *jus persequendi* e no direito de executar a pena são ... reflexos”. BATISTA, Nilo. *Aspectos jurídico-penais da anistia*, Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, n. 26, jul/dez 1979, p. 20.

³⁴ Será preciso lembrar que, após o AI 5, momento de maior recrudescimento do regime civil-militar, chegou-se a instituir a pena de banimento (AI 13/69) e a de morte (AI 14/69), e que em ambos os casos o processo era julgado pela justiça militar, impedida a revisão judicial “civil” e a concessão de habeas corpus, por força dos AI 5 e AI 6/69?

trapuseram à referida interpretação³⁵, destacando-se, nesse sentido, Nilo Batista, que publicou artigo na *Revista de Direito Penal*, enfrentando referida controvérsia.

Por último, apresentarei a conclusão que me parece mais importante [...] Nós, juristas, costumamos dizer que a lei é mais sábia do que o legislador; algumas vezes, é muito mais sábia [...] Porque, se a análise, que aqui se encerra, da lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, não estiver muito equivocada; se o legislador quis anistiar delitos políticos, conexos aos políticos e eleitorais; se, entre os conexos, restringiu a aplicação, excetuando as quatro classes já vistas; se delito conexo aos políticos é aquilo que aqui se estudou; se a anistia e o instituto de que se tratou nas linhas acima, não estão abrangidos por ela os torturadores e homicidas de presos políticos. A tortura e o homicídio de um preso não são crimes políticos, nem são crimes conexos a crimes políticos, objetiva ou subjetivamente. São crimes comuns, são repugnantes crimes comuns, que estão a merecer – até quando? – processo e julgamento.³⁶

Em outras palavras, não haveria conexão entre os crimes políticos praticados pelos dissidentes políticos e os crimes cometidos pelos agentes da repressão, porquanto esses crimes, à época, eram comuns (e de sangue!), e somente hoje considerados de transcendência internacional na modalidade de crimes contra a humanidade, contra os quais vigeria a regra da imprescritibilidade.

Contudo, a interpretação da conectividade prevaleceu sobre aquela dogmaticamente mais adequada, o que ensejou o fenômeno da impunidade fática dos autores desses crimes³⁷.

³⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert (Orgs.). *Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23-33.

³⁶ BATISTA, *Aspectos jurídico-penais da anistia...*, p. 41-42.

³⁷ Fática porque, não obstante ser mais do que claro o rechaço político e jurídico de tais práticas, bem como a tipificação da maior parte destes crimes pelos próprios Estados e pelo Direito Internacional, a persecução penal em nível interno ainda se condiciona, em muitos casos, à ineficiência deliberada, querida e ilícita de quem esteja exercendo o poder, de fato ou de direito. AMBOS, Kai; KARAYAN, Monica. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 2 ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 33-60.

No entanto, como nada é perene na história humana, na viragem do século XX para o XXI, passou-se a discutir novamente a valência dessa interpretação, o que redundou em duas decisões judiciais importantes, conforme se verá no próximo tópico.

4.3 A ADPF 153 e o Caso Gomes Lund

Se desde o início a interpretação da conectividade fora rechaçada por grupos sociais, como e quando ela se manifestou em ato?

Embora seja muito difícil relatar o próprio momento histórico, tamanhas as variáveis que devem ser levadas em consideração, é possível aferir, pelo menos em nível bastante amplo, que a tomada de ações concretas contra a interpretação dada à Lei de Anistia precisou de um amadurecimento teórico e prático dos atores sociais sobre os instrumentos jurídico-processuais existentes, bem como de uma verdadeira mudança cultural dos atores jurídicos, em especial o Poder Judiciário, o que, a bem da verdade, acabou por prejudicar a própria eficácia de tais medidas.

Afirmamos, em linhas anteriores, que dois traços inerentes ao regime de transição, em especial no Brasil, foram, de um lado, a permanência de atores e práticas autoritárias no direito brasileiro, e, de outro, a constitucionalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que gerou, na prática do direito, um paradoxo: uma Constituição democrática que se vincula internacionalmente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e um Poder Judiciário engessado pela interpretação que não concede a estes a devida eficácia interna, como se verificou de forma bastante evidente no problema da recepção das normas de tratados internacionais sobre essa matéria pelo ordenamento jurídico brasileiro, cuja solução somente ocorreu em 2009, com o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343. Vinho novo em odre velho...

Nada obstante, diversos atores sociais, mormente aqueles ligados aos Direitos Humanos, se abeberaram na fonte daquilo que se pode identificar com as “mudanças políticas no liberalismo jurídico” (*“chance politics*

of liberal legalism")³⁸, segundo a qual a principal função da justiça (penal) internacional é a de "[...] remover do negociador político a capacidade de jogar a carta da justiça" ("*to remove from the political negotiator the ability to play the card of justice*")³⁹.

No contexto internacional, essa tendência se manifestou com a constituição, primeiramente, dos Tribunais Penais *ad hoc* da Ex-Iugoslávia e Ruanda e os Tribunais Penais Mistos – nomeadamente, Serra Leoa, Kosovo, Bósnia e Herzegovina, Timor Leste, Camboja, Líbano e o mais recente, as Câmaras Extraordinárias Africanas –, sendo a maioria deles constituídos mediante Acordo entre esses Estados e o Conselho de Segurança das Nações Unidas, e, em 1998, com a criação do Tribunal Penal Internacional. Já no plano interno dos Estados, viu-se a luta pela implementação dos tratados internacionais de Direitos Humanos, especialmente aqueles que têm por função coibir e punir a violação sistemática desses direitos (tortura, desaparecimento forçado de pessoas, regras mínimas da execução penal etc).

Esta concepção parte do pressuposto de que referidas violações se constituem, *per se*, crimes contra a humanidade, sendo, nesse sentido, imprescritíveis; além disso, por se constituírem em formas de incriminação universal, manifestam normas de *jus cogens*, sendo inválidas quaisquer normas ou práticas nacionais que impeçam o exercício da persecução penal, não se podendo, ademais, falar-se em retroatividade *in malam partem*, já que, por força de costume internacional, o que se teria é uma persecução penal retrospectiva⁴⁰.

³⁸ HAGAN, John. *Justice in the Balkans: prosecuting war crimes in the Hague Tribunal*. Chicago: Chicago University Press, 2003, p. 35-38.

³⁹ A expressão é de M. Cherif Bassiouni, *apud* HAGAN, *Justice in the Balkans...*, p. 35.

⁴⁰ É nessa linha que M. Cherif Bassiouni, objetivando afastar a acusação de que os julgamentos por crimes contra a humanidade – em especial *Regina vs. Finta* – ofenderam ao princípio da irretroatividade da lei penal; tratar-se-ia, em sua interpretação, de um julgamento retrospectivo, e não retroativo, por conceber o *Report presented to the preliminar Peace Conference by the Comission on the Responsibilities of the Authors of War and on enforcement of penalties*, de 1919 o *status* de norma internacional consuetudinária, pois "The binding character of customary international law is not only based on state practice, but also evidenced by states' intentions to be bound by certain practices, *opinio juris*". BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity: historical evolution and contemporary application*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. xi/xxvii-xix.

Uma característica destacada dessa concepção, portanto, é uma leitura interdisciplinar entre Direitos Humanos e Direito Penal, no qual se encontram, no atual contexto,

[...] duas crises agudas: a crise da eficácia dos Direitos Humanos, que no ambiente neoliberal não tardaria a chegar aos chamados direito de primeira geração, e a crise de legitimidade da pena. Como os internacionalistas se apropriaram da pena pelos caminhos teóricos legitimantes (retribucionismo e preventivismo), e não têm que interessar-se pela realidade das criminalizações e execuções penais e seus resultados sociais, frequentemente tendem a recorrer a ela como superação simbólica da crise de eficácia dos Direitos Humanos, como uma espécie de emplasto Braz Cubas contra a hipocondria do desamparado jurídico, à maneira dos funcionalistas sistêmicos, que esperam do encarceramento do condenado a reafirmação da vigência da norma como os inquisidores anelavam das fogueiras a constância da fé. Outorgada uma função positiva, ainda que um pouco mística, à pena, inicia-se paradoxalmente a corrosão dos próprios Direitos Humanos⁴¹.

Na mesma toada segue a compreensão de Silva Sánchez, quando analisa os dois principais argumentos em favor da derrogação das leis de anistia, isto é, ora o apelo à luta contra a impunidade em relação aos crimes contra a humanidade, ora com a afirmação da existência de um direito das vítimas de obterem um provimento condenatório dos acusados como forma de purgar uma expectativa de condenação dos autores. Em síntese, “[...] la evitación de la impunidad se ha convertido en el más “moderno” de los fines del derecho penal y, desde luego, en uno de los factores más relevantes de la modificación – durante la última década – del alcance de principios político-criminales clásicos”⁴², donde, *inter alia*, a relativização de muitas garantias materiais e processuais penais, como a vedação da

⁴¹ BATISTA, Nilo. *Nota introdutória*. In: DIMOULIS, MARTINS, SWENSON JÚNIOR. *Justiça de transição no Brasil*, p. 13-14.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. ¿Nullum Crimen Sine Poena? *Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”*, Revista Derecho Penal y Criminología, v. 29, ns. 86-87, 2008, p.150-152.

irretroatividade da lei penal, da taxatividade, da proibição do *bis in idem*, da prescritibilidade, às vezes da própria estrita legalidade em Direito Penal.

De qualquer sorte, é fato que a objeção à anistia dos agentes do regime civil-militar demorou muito a ser contestada juridicamente, o que ensejou sérios – quiçá intransponíveis – problemas à sua derrogação, mormente se se refletir conforme os princípios da segurança jurídica e da confiança nos atos do poder público.

Internamente, a única tentativa de derrogação da Lei de Anistia digna de nota se deu com a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil⁴³, protocolada no Supremo Tribunal Federal em 21/10/2008⁴⁴, e julgada pelo Pleno em 29/04/2010, ação na qual participaram na condição de *amici curiae* diversas associações que intervieram pro e contra a ação.

Sinteticamente, o pedido inicial consistiu na “[...] declaração de não recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no §1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979.”⁴⁵ Após fundamentar o pedido ao asseverar a existência de controvérsia constitucional sobre os efeitos da Lei de Anistia, sustentou

[...] não ser possível, consoante o texto da Constituição do Brasil, considerar válida e interpretação segundo o qual a Lei n. 6.683 anistiaria vários agentes públicos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade [...] essa interpretação violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais” e que a “[...] eventual declaração [...] do recebimento [...] implicaria, segundo o arguente, desrespeito [i] ao dever do Poder Público, de não ocultar a verdade; [ii] aos princípios democráticos e republicano;

⁴³ A mesma OAB que, em parecer de seu Conselheiro Federal, e futuro Procurador Geral da República e Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, opinou favoravelmente à anistia ampla, geral e irrestrita concedida pela Lei 6683/79, tendo objetado, somente, que referida lei não se estendesse às ações penais já transitadas em julgado e a criação de impedimentos à readmissão dos servidores públicos exonerados do serviço público. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 153*, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010., p. 23-25.

⁴⁴ Isto é, quase trinta anos após a lei objetada!

⁴⁵ STF. *ADPF 153*, Relatório do Min. Eros Grau, p. 1.

[iii] princípio da dignidade da pessoa humana [...]” portanto requereu que o STF “[...] dando interpretação conforme à Constituição, declar[asse] que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estende[sse] aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar.⁴⁶

Em outros termos, o que se pretendia com a Arguição de Descumprimento 153 era: a) que Lei de Anistia de 1979 fosse interpretada conforme a Constituição de 1988, para o fim de excluir a interpretação da conectividade entre crimes políticos e crimes comuns, e com isso tornar possível a persecução penal dos agentes públicos que haviam cometido crimes contra os opositores durante o regime militar; b) que esse passo seria necessário, de um lado, para ensejar a atribuição de responsabilidade penal, e, de outro, permitir o acesso à verdade histórica, como seja, dar-se conhecimento e publicidade das atrocidades praticadas nos porões da ditadura e o destino de muitos dos mortos e desaparecidos políticos.

Após as manifestações do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República, dentre outros órgãos, que sustentaram a legitimidade da Lei 6.683/79, e a intervenção de diversos órgãos na qualidade de *amici curiae*, o processo foi a Plenário, tendo a Arguição de Descumprimento sido julgada improcedente pelo voto de 7 (sete) de seus Ministros, tendo 2 (dois) votado a favor do acolhimento do pedido inicial, conforme consta em sua ementa:

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA “LEI DE ANISTIA”. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA.

⁴⁶ STF. *ADPF 153*, Relatório do Min. Eros Grau, p. 2-3.

CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E “AUTO-ANISTIA”. INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.

1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.

2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera.

3. Conceito e definição de “crime político” pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos “os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política”; podem ser de “qualquer natureza”, mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido

praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que “se procurou”, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, “se procurou” [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida

naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.

6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.

7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.

8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicação do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despidendo. A uma por que foi mera lei-medida,

dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que “[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos” praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988.

10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.

Gostaríamos de destacar alguns fundamentos pelos quais o STF julgou improcedente a Arguição de Descumprimento 153:

A) Anistia, enquanto medida político-jurídica extrema, impede que o poder judiciário exerça o *judicial review*. Em outros termos, o que compete ao poder judiciário nesse tema é aplicar a Lei de Anistia, e que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve sempre ser “[...] ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos político-jurídicos” (STF, RE 165.438, Carlos Velloso). Ademais, situando-se a lei arguida no contexto histórico da transição, é naquele contexto – e não o da época em que a Arguição de Descumprimento fora proposta – que se poderia aferir a exata extensão da cláusula da conectividade, e que emergia de forma muito evidente das fontes históricas do período, interpretação com a qual se negou a acusação de autoanistia;

B) A pretensão de se legitimar a necessidade da revisão da Lei de Anistia a partir do binômio enfrentamento da impunidade – direito à verdade seria falsa: não caberia ao processo penal “revelar” a verdade histórica daquela época, mas impor, àqueles que forem considerados culpados, a sanção penal.

C) Os dois fundamentos indicados exalam, pois, duas consequências jurídicas fundamentais: a) mesmo que a Arguição de Descumprimento fosse julgada procedente, os crimes de sangue praticados nos porões da ditadura já teriam prescrito. Com efeito, o prazo máximo para a prescrição penal no Brasil é de 20 (vinte) anos (Código Penal, artigo 109, I); b) outorgar uma interpretação diversa implicaria em violação ao princípio da irretroatividade; e

D) Um fundamento que se destaca com muita ênfase no voto do Min. Celso de Mello é o fato de a regra da imprescritibilidade de crimes de lesa humanidade não ter ingressado no ordenamento jurídico brasileiro se não quando da ratificação, em 2002, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, não se podendo conceder ao costume internacional eficácia incriminadora por conta do princípio da estrita legalidade no Direito Penal. Em outros termos, o voto parece se fundamentar no instituto do objetor persistente, segundo o qual, quando da formação de um costume internacional geral, ao Estado que a ele não quiser se submeter (*rectius*: reconhecer a obrigatoriedade do comportamento aceito como direito (artigo 38, 1, b do Estatuto da Corte Internacional de Justiça))⁴⁷, poderá e deverá objetá-lo expressamente para que a ele não se submeta.

No mesmo ano de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) *vs.* Brasil⁴⁸, cujo resultado foi em tudo diferente.

O caso foi apresentado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 7 de agosto de 1995, mediante petição das ONGs Centro de Justiça e o Direito Internacional e *Human Rights Watch/Americas* em favor dos familiares dos mortos e desaparecidos no contexto da Guerrilha do Araguaia, tendo sido objeto de juízo de admissibilidade no ano de 2001, a partir do qual a Comissão encetou medidas preventivas com o governo brasileiro para que ele cumprisse suas obrigações internacionais pertinen-

⁴⁷ WEIL, *Le droit international en quête...*, p. 189-193

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), 127 p.

tes aos fatos, em especial, a identificação do paradeiro dos desaparecidos, indenização às famílias, o exercício da persecução penal contra os autores das mortes e desaparecimentos forçados, abertura dos arquivos oficiais para franquear o acesso às informações etc. Somente em 2008, frustrado em parte o cumprimento das obrigações internacionais, a Comissão Interamericana submeteu-o à Corte, pelo Relatório de Mérito 91/08. Nessa fase ingressaram no processo, na condição de *amici curiae*, diversos grupos e movimentos sociais em favor da condenação internacional do Estado.

Em seu julgamento de mérito, a Corte Interamericana, de conformidade com a sua jurisprudência, acolheu integralmente o pedido de condenação do Brasil pelos fatos ocorridos durante a Guerrilha do Araguaia. Gostaríamos de destacar somente alguns pontos-chave:

A) Os fatos que se imputaram ao Brasil se subsumiam no tipo desaparecimento forçado de pessoas, modalidade gravíssima de violação múltipla ou pluriofensiva aos Direitos Humanos e que, por isso mesmo, é uma espécie de crime contra a humanidade. Essa forma de violação aos Direitos Humanos se constitui em um ilícito de caráter permanente, e que tem seu início com a privação da liberdade, seguida da recusa de prestar informações sobre o paradeiro da vítima, bem como o seu destino, cuja comissão é imputada a agentes públicos ou particulares que contem com a sua aquiescência. Por ser permanente, enquanto a vítima não for posta em liberdade ou se der conhecimento oficial de seu destino, o ato ilícito permanece em execução, razão pela qual foi afastada a preliminar de irretroatividade arguida pelo Brasil em relação à sua submissão à jurisdição da Corte;

B) A Corte também considerou ser o Estado brasileiro responsável por não assegurar em seu ordenamento jurídico disposições concretas de caráter administrativo e judicial que tornassem efetivas: a) a identificação do paradeiro das vítimas, b) o acesso à verdade e c) o exercício da persecução penal dos autores dos desaparecimentos forçados, especialmente em razão, de um lado, dos sigilos interpostos pela legislação aos bancos de dados e documentos do período, e, de outro, em razão da vigência da Lei de Anistia.

C) Especificamente sobre a Lei de Anistia, a Corte considerou-a incompatível com a CADH, seguindo sua própria jurisprudência,

segundo a qual é incompatível com o Direito Internacional dos Direitos Humanos qualquer provisão legislativa interna que impeça ou crie obstáculos ao exercício da persecução penal contra graves violações aos Direitos Humanos, tendo, portanto, em juízo de convencionalidade, declarado a nulidade da lei.

Assim, em resumo, temos duas decisões judiciais, uma convalidando a anistia outorgada em 1979 e ratificada em 1985 pela Ementa Constitucional 26/85, e outra julgando-a inválida internacionalmente, determinando, ademais, o exercício efetivo da investigação e persecução penal dos agentes públicos que praticaram, durante o regime militar (nos termos da própria decisão, uma obrigação de meio, e não de fim), atos considerados como graves violações aos Direitos Humanos. Com efeito, para a jurisprudência da Corte, é irrelevante aferir se se tratou de anistia ou autoanistia. Basta que a norma nacional crie obstáculos à realização daquela obrigação de meio para que ela seja considerada inválida perante o Direito Internacional.

Vê-se que, em razão dessas duas decisões judiciais, uma emanada da mais alta corte nacional e a outra de corte internacional à qual o Estado brasileiro, livre e soberanamente, se submeteu e reconheceu a sua jurisprudência, existe uma antinomia real, no sentido dado por Bobbio, isto é, um conflito não aparente entre normas pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico (BOBBIO, 1997, pp. 105-110). É possível resolvê-la?

4.4 A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e a vedação de irretroatividade

Se existe, conforme indicado no final do item anterior, uma antinomia real entre duas normas igualmente válidas no ordenamento jurídico – uma emanada da mais alta corte nacional, que convalidou a Lei de Anistia, e outra emanada da corte internacional de Direitos Humanos, a que o Estado brasileiro se submeteu, assumindo o compromisso internacional de cumprir as suas decisões, e que, nesse caso específico, se incompatibiliza totalmente com a decisão do Supremo Tribunal Federal –, o único critério

apontado pela doutrina é a adoção daquilo que Bobbio denomina de “dever de coerência”, segundo o qual,

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza [...] e a exigência da justiça. Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e, portanto, ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria⁴⁹.

Nesse sentido, parece que, no caso em discussão, se deve apelar, ante a ausência de um critério de prevalência, à distinção entre *lex favorabilis* e *lex odiosa*, entendendo-se essa distinção da seguinte forma: “[...] *lex favorabilis* [é] aquela que concede uma liberdade [...] e por *lex odiosa* aquela que impõe uma obrigação (seguida por uma sanção) [...]”, devendo prevalecer, a partir do critério do dever de coerência, a norma que privilegie o interesse jurídico que é mais justo proteger⁵⁰.

É nesse contexto, portanto, que se deve discutir a possibilidade de o Brasil derrogar a anistia concedida aos agentes do regime civil-militar para os crimes cometidos durante o período do regime civil-militar. Na ótica que privilegia a perseguição, nada obstante terem se passado mais de 38 anos desde a concessão da anistia, é necessário iniciar-se o(s) processo(s) de investigação e perseguição penal, porquanto tais crimes seriam imprescritíveis, sendo, ademais, nula a anistia para fatos considerados como violação sistemática dos Direitos Humanos, bem como por ser indispensável para o acesso à verdade

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, trd. Maria C. C. L. dos Santos, 10 ed., Brasília: Ed. UNB, 1997, p. 113.

⁵⁰ BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, pp. 98-99

e combater a impunidade⁵¹; para a vertente que aqui identificaremos como “garantista”, essa obrigação internacional é politicamente desnecessária e juridicamente impossível, porquanto se violariam direitos materiais de contenção do poder punitivo do Estado que também se constituem em Direitos Humanos internacionalmente assegurados.

Pois bem. A ninguém é dado descurar que, de fato, após os “desbloqueios das vias” de que falava Bobbio, o Direito Internacional em geral – e o Direito Internacional dos Direitos Humanos em particular – passou por profundas e significativas mudanças em sua capacidade de conformar, mesmo sobredeterminar, a atuação dos Estados em matéria de proteção aos Direitos Humanos. Contudo, não há também como se afastar que, em muitos casos, a tentativa de se conferir eficácia a pretensos direitos assegurados internacionalmente se faz pelo excesso. Aquilo, portanto, que é visto como um remédio tende a se transformar em veneno... Faz-se essa afirmação a partir do étimo da expressão grega fármaco (*pharmakón* (φάρμακον)), que tanto significa remédio como veneno e cosmético⁵². Seria o uso moderado ou excessivo de determinada substância que implicaria na sua eficácia curativa ou maléfica, tendo por resultado ou a cura ou a morte do paciente. Talvez o argumento mais forte no sentido do uso “cosmético” é que a pretensão de derrogação da Lei de Anistia funda-se, muito mais, em argumentos morais, dado o constante apelo à debelação da impunidade e do direito das vítimas, como se coubesse, de fato, ao Direito Penal, atender às perspectivas de punibilidade da vítima e/ou de seus familiares, e não, consoante o princípio do *fair trial*, impor ao acusado a pena cabível por seu comportamento. Conforme Silva Sánchez,

⁵¹ “[...] a Comissão decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte, considerando que representava “uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de Direitos Humanos”” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil...*, p. 4; “A eventual declaração, por esta Corte, do recebimento do §1º do artigo 1º da Lei 6.683 implicaria, segundo o arguente, desrespeito [i] ao dever, do Poder Público, de não ocultar a verdade; [...]” STF, *ADPF 153...*, p. 2.

⁵² PÁBON, José M. (Org.). Vocablo φάρμακον. In: *Diccionario manual griego: griego clásico-español*. Madri: Vox, 1967, p. 617

Las razones para la lucha contra la impunidad de los delitos contra la humanidad muestran, de entrada, un cierto formalismo. Así, de entrada, los tribunales constitucionales nacionales afirman que los estados han de combatir la impunidad para cumplir con sus deberes internacionales. Sin embargo, ello debe remitir necesariamente a una fundamentación ulterior: la de por qué las situaciones de impunidad (no persecución de hechos punibles; promulgación de leyes de exoneración; o, en particular, no anulación de estas últimas) vulneran los convenios internacionales de derechos humanos. Es en este punto donde aparecen las razones materiales. Así, la Corte interamericana de Derechos Humanos alude a un “*derecho de las víctimas a la justicia*”, que se asocia a su derecho “a que se investigue, se identifique y se juzgue a los individuos responsables”; a un “*derecho a la verdad*”, que se encuentra subsumido en el “derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”. Es por este motivo por el que se considera que las disposiciones exoneratorias darían lugar a una “indefensión de la víctima”. [...]

Difícilmente puede negarse la existencia de un derecho de las víctimas y de sus familiares al conocimiento de la verdad. Lo problemático es sostener que dicho derecho puede (y debe) satisfacerse mediante el proceso penal. En realidad, la reconstrucción procesal del hecho histórico no pretende declarar la verdad de lo acontecido, sino sencillamente sentar las bases para una atribución de responsabilidad. Por eso, tienen razón quienes afirman que la verdad que resulta de la atribución de reproche es más bien limitada⁵³.

Assim, é importante frisar que uma tese que negue a possibilidade de derrogação da Lei de Anistia não pretende, primeiramente, sustentar que não se deva dar eficácia ótima aos Direitos Humanos e fundamentais. Referido argumento seria, para dizer o mínimo, inconsistente. Segundamente, e como consequência da primeira ideia, consiste em perceber que uma pretensão política que busque a implementação de um determinado

⁵³ SILVA SANCHES, ¿Nullum Crimen Sine Poena?... , p. 159-160.

projeto de Direitos Humanos, mesmo que ao atropelo de outros, não pode nem deve ser admitido. Ou os Direitos Humanos valem para todos – universalidade, e em todas as circunstâncias – inoponibilidade de períodos de exceção para se legitimar a violação a Direitos Humanos (artigos 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos) –, ou não se tem um programa de Direitos Humanos, mas de poder. Em síntese: parece ser inadmissível o violar para se proteger, isto é, um Direito Penal excepcional para fazer frente a fatos praticados durante período de excepcionalidade política⁵⁴, mesmo que revestido por argumentos morais consistentes, quanto mais no âmbito do Direito Penal em que a estrita legalidade se manifesta como o remédio mais adequado contra o abuso do poder.

Posto isso, não existe a menor dúvida que o princípio da irretroatividade da lei penal constitui-se em um direito assegurado constitucional e internacionalmente, cujo significado pode ser subdividido em duas vertentes, formal e material.

A irretroatividade da lei penal sob o aspecto formal implica a exigência da existência prévia de uma lei penal ao comportamento que se pretenda sancionar. Em outros termos, um comportamento, comissivo ou omissivo, que não encontra adequação típica em um tipo penal pré-existente é, por definição, atípico, isto é, penalmente irrelevante, não podendo ser objeto de perseguição e sanção penal. Assim descrito, o princípio aparenta voltar-se somente para o passado, no sentido de não permitir a perseguição penal de fatos atípicos, o que, de fato, não ocorre, já que ele se projeta, inclusive, para o futuro, na forma da *abolitio criminis*, da retroatividade *in melius* e da ultratividade. Por essas três garantias penais: a) havendo a descriminalização do comportamento (*abolitio criminis*), o sujeito ativo do fato típico, mesmo se com condenação passada em julgado, será favorecido, devendo, nesse sentido, extinguirem-se os processos de perseguição ou de execução da sanção penal. Trata-se, *ex vi* do artigo 107, III do Código Penal brasileiro, em causa extintiva de punibilidade; b) se não houver descriminalização,

⁵⁴ SILVA SANCHES, ¿Nullum Crimen Sine Poena?... p. 162.

mas modificação da lei penal de forma que haja, em relação ao provimento legal anterior, qualquer circunstância que favoreça o acusado, mais uma vez, mesmo que com sentença penal transitada em julgado, a nova lei penal retroage para beneficiá-lo (retroatividade *in melius*); e c) por fim, tendo sido realizado o comportamento típico e sobrevivendo modificação mais gravosa da lei penal, aplica-se ao acusado a lei penal do tempo em que o comportamento foi praticado (segundo o princípio *tempus regit actum*), ganhando a lei penal anterior ultratividade: será aplicada mesmo após a sua revogação pela nova lei penal mais gravosa.

Já sob o aspecto material, o princípio da irretroatividade se projeta não sobre as fontes de produção das normas penais, mas sobre o modo como essas normas são interpretadas pelo poder judiciário. Sinteticamente, “Os tribunais não são fontes de produção da legislação penal nem a jurisprudência é fonte de seu conhecimento”⁵⁵. Em outros termos, se é fato que não existe, como entende a hermenêutica jurídica contemporânea, identidade entre texto e norma, sendo esta última o produto da interpretação/aplicação daquele ao caso concreto⁵⁶, cabe aos tribunais aplicar o direito pré-existente, e não criá-lo, quanto mais em Direito Penal, regido que é pelo princípio da estrita legalidade. Assim, tendo se consolidado uma determinada interpretação *favor reu* (v.g., declarando a atipicidade do comportamento, a não ocorrência de uma hipótese de incriminação ou de qualificação, a aplicação de uma hipótese de extinção de crime etc.), não será admitido, caso haja uma mudança na jurisprudência, que ela retroaja para alcançar situações já passadas em julgado ou atingidas pela prescrição, pois, nada “[...] obstante, as mudanças de critério jurisprudencial, em particular quando atingem certa generalidade, não podem deixar de compartilhar as razões que fundamentam o princípio da legalidade e a proibição da retroatividade detrimetosa [...]”⁵⁷. Em síntese,

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro I*, 4 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 223.

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22-23.

⁵⁷ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, *Direito Penal brasileiro I...*, p. 223-24.

o princípio da irretroatividade tem por função primordial assegurar ao indivíduo uma verdadeira cláusula de contenção do poder punitivo do Estado, sendo, pois, uma decorrência do princípio da segurança jurídica.

No que concerne, doutro giro, ao reconhecimento de que graves violações de Direitos Humanos se constituem em crimes contra a humanidade sendo, portanto, imprescritíveis, é preciso debruçar-se sobre dois temas que se intersectam de forma bastante evidente: o primeiro diz respeito ao problema da relação entre Direito Nacional e Direito Internacional; o segundo sobre a possibilidade de um costume (internacional) em matéria penal ter eficácia direta no ordenamento nacional, apesar do princípio da estrita legalidade em Direito Penal.

Sobre o primeiro tópico, é importante lembrar que a jurisprudência do STF, após o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE em 1977, mudou drasticamente a sua posição em relação à eficácia do Direito Internacional em nível interno. Se antes ela aplicava, em linhas gerais, o princípio da primazia do Direito Internacional, a partir do mencionado julgado, as normas internacionais adquiriram o nível de norma ordinária, submetendo-se, pois, à autoridade normativa da Constituição e, em relação às normas de mesmo nível hierárquico, aos critérios de solução de antinomias, em especial o cronológico e o da especialidade. Somente após a EC 45/04 e com o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 é que houve uma significativa alteração na jurisprudência da Corte: os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados antes da Emenda Constitucional 45 adquiriram o nível de norma supralegal – abaixo da Constituição, mas em nível superior à legislação ordinária –, e somente aqueles tratados sobre a matéria ratificados após a emenda, e desde que respeitado o mesmo procedimento de emenda constitucional, adquiririam idêntico nível hierárquico, vale dizer, são materialmente constitucionais (no sentido que estão no mesmo nível hierárquico), mas formalmente submetidos à Constituição, posto não terem a aptidão de ab-rogar preceitos salvaguardados pelas cláusulas de inamovibilidade.

O grande problema, no entanto, é que, conforme já visto, toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se dirige às relações entre

Direito Nacional e Direito Internacional a partir das normas convencionais, havendo, para se usar uma expressão corrente, um silêncio “nada eloquente” acerca das normas internacionais consuetudinárias, quanto mais em matéria de Direitos Humanos. Ademais, embora sejam fatos incontestáveis no plano internacional, a vigência da Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, precedida da Resolução 2338 (XXII) da Assembleia Geral das Nações Unidas de dezembro de 1967⁵⁸, a partir das quais se formou o costume internacional da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, o Brasil, ao contrário do que afirmado pelo Juiz *ad hoc* brasileiro, quando do julgamento do caso *Gomes Lund*, não assinou nem ratificou a Convenção de 1968⁵⁹, sendo mais do que indubitado que somente no final da década de 90 do século passado (XX) é que ele passou a se engajar, de forma ampla e significativa, nos diversos regimes internacionais de proteção aos Direitos Humanos e Direito Penal Internacional. Isso fica mais evidente ainda quando se apercebe, no tópico relativo a um tema correlato, que não antes de 2009 o Brasil passou a se posicionar favoravelmente à consolidação da jurisdição universal para a persecução dos crimes internacionais⁶⁰. Em síntese, o Brasil não se submeteu ao costume internacional da imprescritibilidade até a ratificação, em 2002, do ETPI, consistindo, pois, essa sua recusa pretérita no instituto do objeto persistente, segundo o qual,

⁵⁸ Uma referência importante para se dilucidar o problema do surgimento do costume internacional a partir desses instrumentos é que a resolução da Comissão de Direito Internacional, quando da aprovação e submissão dos Princípios de Nuremberg, em 1950, não arrolou a imprescritibilidade como um dos princípios derivados de Nuremberg. Nesse sentido, consultar: UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Formulation of the principles recognized in the Charter Of the Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal*, 21 nov. 1947. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/84/IMG/NR003884.pdf?OpenElement>. Acessado em: 20 fev. 2012; UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, 11 dec. 1946. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a1r95.htm>. Acessado em: 20 fev. 2012.

⁵⁹ Ex vi United Nations Treaty Collections. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&cmdsg_no=IV-6&chapter=4&lang=en. Acessado em: 14 ago. 2015.

⁶⁰ FASANO, Renata Rossina. *A Competência repressiva universal no Direito Internacional Penal*. (2011). Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 161-165.

[...] Il ne faut pas oublier que même pour ses partisans l'objection persistente ne fait pas obstacle au développement du processus coutumiers, mais a pour seul et unique effet de rendre ces règles inopposables au persistant objector [...] Le persistant objector n'entravera pas l'évolution du droit. La règle nouvelle régira la majorité, mais la majorité n'imposera pas sa domination à la minorité qui objecte [...] ⁶¹.

Isso implica, doutra sorte, que, caso se interpretasse, no caso em análise, a regra da imprescritibilidade, duas normas de direitos fundamentais seriam violadas: a) a primeira, como já visto, o princípio da irretroatividade da norma penal em sentido material; b) a segunda, o princípio da estrita legalidade em Direito Penal, segundo a qual o costume – nacional ou internacional – não tem eficácia incriminadora ⁶².

4.5 Conflito entre normas internacionais de Direitos Humanos e a cláusula *pro homine*

Como dito, a ciência do direito é um campo da razão prática. Essa afirmação, que se repete no presente trabalho, é o verdadeiro paradigma que nos orienta na compreensão do caso. Se, no plano zetético, para ficarmos na famosa *distingo* de Viehweg-Ferraz Júnior, os problemas e as respostas se perpetuam em razão de sua função especulativa (razão pura), no contexto dogmático, trata-se de decidir, a partir de princípios – postulado da irrenunciabilidade dos pontos de partida –, posto que se objetiva solver uma determinada controvérsia a partir dos princípios fundamentais vigentes no ordenamento jurídico ⁶³.

Conforme, pois, exposto nas linhas acima, existe uma antinomia real entre as decisões do Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, e nas decisões da Corte

⁶¹ WEIL, *Le Droit International en quête...*, p. 198.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2 ed.. Trad. Juarez Tavares et al. São Paulo: RT, 2006, p. 92-95.

⁶³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 39 e ss.

Interamericana de Direitos Humanos, no Caso *Gomes Lund*, e, no plano dogmático, um conflito entre normas de Direitos Humanos, devendo-se, portanto, buscar a solução desse conflito nesse contexto. E de fato esse critério existe: a cláusula *pro homine*, também denominada *pro personae*, prevista no artigo 29, b da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Esse critério de solução de antinomias no plano da interpretação/aplicação dirige todo o contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, através do qual: a) quando se tratar de uma interpretação que favoreça a pessoa humana, a interpretação deverá ser a mais extensiva possível, de forma a se dar eficácia ótima a uma determinada disposição de direito humano, e b) quando se tratar da aplicação de uma norma de restrição – *e.g.*, restrições permanentes a determinados direitos ou a suspensão extraordinária em razão do estado de necessidade –, a interpretação deverá ser restritiva, de forma a se preservar o núcleo essencial de referido direito. Em outros termos, o fundamento de referida cláusula geral de interpretação é a preservação do princípio fundamental que orienta os sistemas internacionais e nacionais de Direitos Humanos: estar sempre a favor da pessoa humana, ou seja, a velha máxima “*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”⁶⁴.

Ao se analisar, portanto, o problema posto entre imprescritibilidade dos crimes praticados durante a ditadura militar por seus agentes – tipificados muito após o seu cometimento como crimes contra a humanidade –, e o direito à irretroatividade da lei penal em sentido formal e material, não parece desarrazoado afirmar a prevalência desse último sobre aquele, mormente em razão de militar junto à irretroatividade o princípio da estrita legalidade em Direito Penal, segundo o qual se constitui em um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro a vedação de qualquer forma de incriminação derivada de costume, nacional ou internacional.

No presente trabalho, entretanto, trata-se de sustentar a impossibilidade jurídica de se exercer a persecução penal retroativa sobre fatos já perdoados e prescritos conforme a Constituição e leis infraconstitucionais brasileiras, mormente se se considerar, sobre outros aspectos, que o Estado

⁶⁴ REZENDE E SILVA, Arthur Vieira de. *Phrases e curiosidades latinas*. 4. ed., Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1954, p. 531.

brasileiro foi um objeitor persistente em relação ao costume internacional da imprescritibilidade, e de outro lado, que as leis de anistia, diversamente do que sustentam diversos estudiosos, são, sim, compatíveis com o Direito Internacional, nos termos do artigo 6º, 5 do 2º Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais, isto é, uma norma de Direito Humanitário explicitamente prevista para aplicação em conflito internos, conforme, aliás, expressamente reconhecido por Ambos, um autor que não deixa de manifestar a sua preferência pela imprescritibilidade e inaniistabilidade de crimes internacionais próprios⁶⁵, como se a aplicação de normas jurídicas dependessem não de sua cogência e imperatividade, mas da opção privada do intérprete ou do juiz.

De qualquer sorte, é preciso considerar-se, de outro polo, que o tema da nulidade das leis de anistia toca fundo na própria cultura jurídica ocidental, especialmente ao se considerar a sua origem remota na democracia ateniense, quando elas tiveram que fazer frente às guerras civis (*stasis*) que a carcomiam desde as estranhas. Segundo Giorgio Agamben:

Este nexos essencial entre *stasis* e política é confirmado por outra instituição grega, que Loraux não menciona no artigo, mas à qual dedica um capítulo importante (o sexto) em *La cité divisée*: a anistia. Em 403, após a guerra civil em Atenas, que se conclui com a derrota da oligarquia dos Trinta, os democratas vitoriosos, guiados por Arquino, se comprometeram solenemente a “não recordar em nenhum caso os eventos passados” (*ton de paralelythoton medeni pros medena mnesikakein*: *Ath. Const.*, XXXIX, 6), isto é, a não punir em juízo os crimes cometidos durante a guerra civil. Comentando esta decisão – que coincide com a invenção da anistia – Aristóteles escreve que, deste modo, os democratas “agiram de modo mais político [*politikotata... chresasthai*] em relação aos desastres passados” (*ibid*, XL, 2). A anistia em relação à guerra civil é, então, o comportamento mais conforme a política. Do ponto de vista do direito,

⁶⁵ AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos Direitos Humanos e o Direito Penal internacional, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 12, v. 49, São Paulo: RT, jul/ago 2004, p. 76.

a *stasis* é, assim, definida por dois interditos perfeitamente coerentes entre si: de uma parte, [dela] não participar é politicamente culpável, e de outra, esquecê-la, uma vez terminada, é um dever político.

A fórmula *me mnesikakein* do juramento de anistia é geralmente traduzida como “não recordar” ou então “não ter ressentimento, não ter más recordações” (Loraux traduz: *je ne rappellerais pas les malheures*: Loraux 2, p. 147). O adjetivo *mnesikakos* significa, assim, “rancoroso, ressentido” e se aplica ao homem que nutre más recordações. Não é correto, portanto, que o mesmo possa valer para o verbo *mnesikakein*. No criptotipo que regula a formação dos compostos verbais deste tipo em grego, o segundo termo é, em geral, ativo. *Mnesikakein* não significa tanto “ter más recordações”, mas algo como “machucar com a memória, fazer um mau uso das recordações”. Trata-se, no caso, de um termo legal que se refere ao fato de perseguir judicialmente a qualquer um pelos crimes cometidos durante a *stasis*. A *amnestia* ateniense não é simplesmente um esquecimento ou um apagar do passado: é um convite a não fazer um mau uso da memória. Enquanto constitui-se em um paradigma político coessencial à cidade, que marca o tornar-se político do impolítico (da *oikos*) e o tornar-se impolítico do político (da *polis*), a *stasis* não é algo que possa mais ser esquecido ou removido: ela é o inesquecível que deve restar sempre possível na cidade e que, entretanto, não deve ser recordada através dos processos e dos ressentimentos. Exatamente o oposto, então, daquilo que a guerra civil parece ser para os modernos: algo que se deva a todo custo evitar e que deve ser sempre recordado por meio de processos e perseguições legais⁶⁶.

De qualquer sorte, a cláusula *pro homine* milita em favor do princípio da irretroatividade, na medida em que muitos dos fundamentos apresentados para a revisão da Lei de Anistia de 1979 não se sustentam juridicamente como critérios relevantes à mitigação desses direitos, pois, pela argumentação trazida por muitos de seus defensores, como o acesso à verdade, a reparação das vítimas ou seus familiares etc., não prestam qualquer relevância para

⁶⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Stasis*. Trad. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. In: DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier; DANNER, Leno Francisco. *Filosofia do Direito e contemporaneidade*. Porto Alegre: FI, 2015, p. 31-32.

justificar o exercício da persecução penal, pois, como já visto, não cabe ao processo penal revelar a verdade histórica, mas permitir ao Estado que, no exercício do *jus puniendi*, imponha, segundo o devido processo legal, a sanção jurídica mais grave no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, a pena restritiva de liberdade⁶⁷. O mesmo já afirmava Hannah Arendt, quando de sua análise do julgamento de Eichmann, quando rechaçou o argumento repetidamente sustentado pelo Promotor que atuou no caso – Hauser – de que o julgamento se prestaria não só a impor a responsabilidade penal, mas também “revelar a verdade” sobre o genocídio: “O objetivo de um julgamento é fazer justiça, e nada mais; mesmo o mais nobre dos objetivos ulteriores [...] só pode deturpar a finalidade principal da lei: pesar as acusações contra o réu, julgar e determinar o castigo devido”⁶⁸. Ademais, a reparação da memória e/ou econômica das vítimas e/ou de seus familiares prescinde totalmente do Direito Penal, podendo ser exercida, como de fato já se o fez, por outras medidas, como a Lei de Mortos e Desaparecidos Políticos, a CNV etc.

É importante insistir neste tópico: que existam bons argumentos morais em prol de uma causa não significa, necessariamente, que elas devam ser juridicamente acolhidas e devam, apesar do direito, prevalecer. O Min. Cesar Peluso, ao proferir o seu voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153⁶⁹, sintetizou de forma muito clara o tema:

Acho absolutamente desnecessário, escusado dizer [...] que nenhum Ministro dessa Corte tem dúvida sobre a profunda aversão, que sentimos, por todos os crimes que foram praticados [...] não apenas pelos nossos regimes de exceção, mas, ainda, pelos regimes de exceção de todos os lugares e de todos os tempos. Mas este processo não é o lugar de formulação de juízo, a cujo respeito estamos todos de acordo, sobre

⁶⁷ Sobre o tema, ver: DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil. Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. In: DIMOULIS, MARTINS; SWENSON JÚNIOR. *Justiça de transição no Brasil*.... p. 91-127.

⁶⁸ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José R. Siqueira. São Paulo: Cia das Letras, 1999, p. 275.

⁶⁹ STF. *ADPF 153*..., p. 204-205.

a reprovabilidade ética dessas práticas. A nossa tarefa é relativamente mais simples, porque está em saber se o disposto no §1º do art. 1º da Lei nº 6.883/79 é, ou não, compatível com a ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1988.

No mesmo sentido, segue a lição de Silva Sánchez, para quem os mesmos argumentos que se revezam na sustentação da legitimidade da derrogação da Lei de Anistia, como forma de se combater a impunidade ou satisfazer o interesse da vítima na justiça penal, poderiam ser utilizados em relação a qualquer forma de crime grave, pois seria

[...] erróneo afirmar que las *doctrinas contra la impunidad* patrocinan sólo un derecho penal de excepción para afrontar una criminalidad excepcional. Su alcance acaba siendo muy superior, comprendiendo también delitos distintos de los propios de la criminalidad estatal o paraestatal. En particular, el terrorismo y, en general, los delitos contra la vida: de hecho, no hay ninguna razón especial para pensar que el concepto –y sus implicaciones – no acaben siendo aplicables a otros delitos graves en los ordenamientos internos. Cuando se rechazan las leyes de amnistía con los argumentos de que constituyen una legislación “*ad hoc*”, así como que implican una “perpetuación de la impunidad”, se está, por un lado, realizando afirmaciones válidas para toda amnistía y, por otro lado, incurriendo en una tautología. Cuando se afirma que las leyes de amnistía o análogas conducen a la “indefensión de las víctimas y sus familiares”, que se verían privadas de su derecho a obtener justicia mediante recursos efectivos, se vuelve a utilizar un argumento que resulta perfectamente generalizable y que, por lo tanto, valdría del mismo modo para una amnistía que favoreciera a los miembros de una banda terrorista, para la prescripción de los delitos de un asesino en serie o para el indulto de cualquier delito común grave. Expresado de otro modo, con base en ellas puede sostenerse de modo general la imprescriptibilidad, la inindultabilidad y la inamnistiability al menos de los delitos violentos graves. Las dificultades que aparecen cuando se trata de defender la prescripción para el asesinato y la imprescriptibilidad del genocidio son reflejo de ello. Sin embargo, ni la prescripción, ni el indulto, ni siquiera la amnistía, conllevan necesariamente una segunda

victimización que los haga inaceptables desde la perspectiva de la dignidad de las víctimas. [...]

En realidad, esta línea argumental lo único que fundamenta convincentemente es la necesidad de que al delito – a cualquier delito – le siga una reacción penal; esto es, una comunicación penal que tenga lugar “a costa del autor”. Pero no precisamente que ésta haya de consistir en infligir al autor el daño derivado la ejecución de la pena. Por eso, en mi opinión, de la explicación de la pena como confirmación de la norma no se puede deducir sin más que “*la falta de punición de una infracción a los derechos humanos es de por sí un ataque a los derechos humanos*”, pues lo mismo valdría para cualquier otro delito grave y, sin embargo, no parece que pueda declararse de modo general la ilicitud de cualquier disposición exoneratoria de responsabilidad del autor de un injusto culpable. Por los mismos motivos, tampoco puede pretenderse concluir, sin introducir premisas adicionales, que “*ante cierta clase de hechos, el orden social no se puede permitir el perdón*”, pues, efectivamente, habría que concluir lo mismo para otros delitos graves. La necesidad del “dolor penal” no se vincula, pues, a las exigencias de una confirmación ideal de la vigencia de la norma, sino a las de proporcionar seguridad cognitiva a víctimas reales y potenciales. Sería en este punto –y no en lo anterior– en lo que habría que profundizar⁷⁰.

Nesse sentido, e tendo como guia aquilo que foi indicado por Bobbio como “dever de coerência”, não parece desarrazoado afirmar-se a impossibilidade jurídica da derrogação da Lei de Anistia. Que reste evidenciado o ponto nodal do argumento: impossibilidade jurídica, nem política ou moral, pois, como já afirmado, os procedimentos de internalizações das obrigações internacionais em matéria penal devem ser filtrados pelos princípios e fundamentos que o Direito Penal que o Estado Democrático de Direito interpõe como cláusulas de contenção de um poder que, não fossem essas normas, seria, em tudo, incontrolável.

⁷⁰ SILVA SANCHES, ¿Nullum Crimen Sine Poena?, p. 162-165.

4.6 Conclusões

Compendiamos o que neste capítulo se escreveu da seguinte forma:

A) Apesar de muitas controvérsias doutrinárias, não existe dúvida razoável quanto ao modelo de constitucionalismo no qual se insere a CRFB/88, o de transição, no qual se manifesta um modo de exercício do poder constituinte originário diverso dos tradicionais revolucionário/autoritário;

B) Como consequência desse modelo de constitucionalização, é na forma, limites e condições desiguais da transição democrática que se deve interpretar as possibilidades concretas de superação do regime anterior;

C) A arguida invalidade da Lei de Anistia não encontra respaldo no próprio Direito Internacional, mormente porque este, apesar da interpretação dada pela CADH, tem expressa previsão em norma de Direito Internacional Humanitário;

D) Mesmo que se superasse esse obstáculo, é fato que a derrogação da anistia outorgada aos agentes da ditadura militar, quer sobre o argumento da sua nulidade em face do direito interamericano, quer quanto ao dever de o Estado brasileiro exercer a obrigação de meio consistente na persecução penal dos autores de graves violações dos Direitos Humanos, quer, por fim, em razão de sua imprescritibilidade, se choca frontalmente com garantias fundamentais de contenção do poder punitivo do Estado: os princípios da estrita legalidade em Direito Penal, segundo a qual não se admite a eficácia incriminadora do costume, e o princípio da irretroatividade em sentido formal e material da lei penal, seja para tipificar o comportamento como crime contra a humanidade, seja para excluir a causa extintiva de punibilidade da prescrição;

E) Havendo, pois, conflito entre essas disposições, mitiga, em favor dos dois últimos princípios, a cláusula *pro homine*, posto que mais benéfica à pessoa humana.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. Stasis. Trad. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. In: DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier; DANNER, Leno Francisco. **Filosofia do Direito e Contemporaneidade**. Porto Alegre: FI, 2015.
- AMBOS, Kai; KARAYAN, Monica. **Impunidad y derecho penal internacional**. 2. ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.
- AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos Direitos Humanos e o Direito Penal internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. n.12, v 49, jul/ago 2004, p. 76.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José R. Siqueira. São Paulo: Cia das Letras, 1999.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- BATISTA, Nilo. Aspectos jurídico-penais da anistia. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 26, jul/dez 1979, p. 33.-37.
- BATISTA, Nilo. Nota introdutória. In: SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert. **Punição para os crimes da ditadura: contornos do debate**. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert (Orgs.). **Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria C. C. L. dos Santos. 10. ed., Brasília: Ed. UNB, 1997.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. t. 3, Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- COING, Helmut. O Sentido do direito. Trad. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. *Clareira: Revista de Filosofia da Região Amazônica*, v.1, n. 2, ago/dez 2014, p. 240-256.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), 127 pp.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Da inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal por violação ao princípio ne bis in idem. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, 2012, p. 1-31

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Existem direitos absolutos?** Direitos humanos, autonomia do direito e a esfera do indecidível. Disponível em: https://www.academia.edu/33607518/Existem_Direitos_Absolutos_Direitos_Humanos_Autonomia_do_Direito_e_a_Esfera_do_Indecid%C3%ADvel_Are_there_Absolute_Rights_Human_Rights_Autonomy_of_Law_and_Sphere_of_Undecidability. Acessado em: 20 fev.18, às 8h30.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert (Orgs.). **Justiça de transição no Brasil**: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.

FASANO, Renata Rossina. **A Competência Repressiva Universal no Direito Internacional Penal**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. Trad. Juarez Tavares et al. São Paulo: RT, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la anteguüidad a nuestros días. 2. ed., Madri: Trotta, 2011.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de Teoria Constitucional**. Trad. Miguel Carbonell et al. Ciudad de Mexico: UNAM, 2001.

GUGGENHEIM, Paul. **Contribution a l'histoire des sources du Droit des Gens**. RCA-DI, v. 94, 1958.

HAGAN, John. **Justice in the Balkans**: prosecuting war crimes in the Hague Tribunal. Chicago: Chicago University Press, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

KOTZUR, Markus. **A soberania hoje**: palavras-chave para um diálogo europeu-latino-americano sobre um atributo do Estado Constitucional moderno. Trad. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, 2012, p. 1-19.

MACIEL, David. A aliança Democrática e a Transição Política no Brasil. In: PINHEIRO, Milton (Org.). **Ditadura: o que resta da transição**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 223-249.

MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Louis Bonaparte**. Trad. Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2015.

MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, Pluralismo e Transição Democrática na América Latina. **Revista Política e Justiça de Transição**, v. 4, jul-dez/2010, p. 144-145.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmentos (Sobre) o Poder Constituinte do Povo**. Trad. Peter Neumann. São Paulo: RT, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** A Questão Fundamental da Democracia. Trad. Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PÁBON, José M. (Org.). **Diccionario Manual Griego: griego clásico-español**. Madri: Vox, 1967.

PINHEIRO, Milton (Org.). **Ditadura: o que resta da transição**. São Paulo: Boitempo, 2014.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Continuidade autoritária e construção da democracia: relatório final**. São Paulo: NEV/USP, 1999.

PIOVESAN, Flávia; SALLA, Fernando. Tortura no Brasil: pesadelo sem fim? **Ciência Hoje**, out. 2001, p. 30-34.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REZENDE E SILVA, Arthur Vieira de. **Phrases e curiosidades latinas**. 4. ed., Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1954, p. 531.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v.7, n.12, jan./jun. 2004.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. ¿Nullum Crimen Sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”. **Revista Derecho Penal y Criminología**, v. 29, ns. 86-87, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v.I, n.I, 2009, p. 65-77.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, H. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Formulation of the principles recognized in the Charter Of the Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal, 21 NOV 1947**. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/84/IMG/NR003884.pdf?OpenElement>. Acessado em: 20 fev.2012, às 14h30.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 11 DEC 1946**. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a1r95.htm>. Acessado em: 20 fev.2012, às 14horas.

WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité. **Cours général de droit international public**, RCAD, v.237, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**, 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZWEIGERT, Korand; KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. v.I: principi fondamentali. Trad. Barbara Pozzo. Milano: Giuffrè Editore, 1998.

5. CERVANTES E O DIREITO DAS GENTES: A GUERRA NO QUIXOTE¹

[Por Don] Antonio Royo Villanova²
Catedrático de Direito Internacional
Universidade de Zaragoza/Espanha

Portada de la Primera Edición de El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha, de Miguel de Cervante Saavedra. Impresa en Madri en el año de 1605 por Juan de la Costa.

¹ [Nota do Tradutor]: Conferência proferida na Universidad de Zaragoza no dia 6 de maio de 1905, como parte das “Lecciones Universitarias del Quijote”, que, junto à presente, versaram sobre “El Clero en el Quijote”, ministrada por Don Juan Moneva y Puyol, e “La Criminologia del Quijote”, ministrada pelo Doutor Enrique de Benito, ambos da Universidad de Zaragoza. Originalmente publicado em : ROYO VILLANOVA, Don Antonio. *Cervantes e el Derecho de Gentes: la guerra en el Quijote*, Zaragoza: Mariano Salas, 1905, 33 p. De conformidade com a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, tendo o texto sido publicado antes de 1923, encontra-se em domínio público.

² [Nota do Tradutor]: **Don Antonio Royo Villanova** foi professor universitário, jornalista e político espanhol. Nasceu em Zaragoza em 12 de junho de 1869, tendo falecido em 1958 em Madri. Obteve a Cátedra de Direito Internacional Público e Privado na Universidad de Zaragoza aos 23 anos, no ano de 1892. Mediante concurso, foi nomeado catedrático de Direito Internacional Público e Privado na Universidad de Valladolid, no ano de 1906. Foi Deputado e Senador em diversos períodos da vida política espanhola, além de ter exercido, ativamente, o jornalismo.

[Dedicatória]:

À Excelentíssima Senhora Duquesa de Villahermosa:

Modesto como é o presente tributo à memória do Quixote, não pode separar-se dos mais valiosos que Zaragoza dedicou em comemorar o glorioso Centenário³ da obra imortal, cuja Presidência de Honra tão dignamente dignificou V.Exa.

Digne-se, pois, ilustre Duquesa, em aceitar, com vossa proverbial benevolência este pobre trabalho, com a reiterada expressão de admiração e de respeito de vosso afetuosíssimo,

Antonio Royo Villanova

[Texto da Conferência]:

Têm os grandes entendimentos tal espírito de atração e gozam as obras imortais de tão singular mérito que, ao obter a veneração universal e conseguir que todos os leiam e todos encontrem em suas páginas algo que lhes interesse e subjuguem, de tal maneira arraigam no leitor a admiração e o entusiasmo, que chegam a ver nelas refletidos todos os problemas e todos os ideais.

Isto [se] passa com o *Quixote*, livro de leitura e expansão universal que a todos interessa, a todos atrai, a ninguém pode ser indiferente; e, como entre seus leitores há aficionados de todas as ciências e cultivadores de todas as disciplinas, de todas as coisas se encontrou no livro imortal. Não se contentam o advogado, o médico, o geógrafo, o economista, o historiador, o sociólogo, o militar em ler o *Quixote* como homens, mas que o veem através de suas próprias profissões, e encontram na obra de Cervantes todos os fundamentos de suas respectivas ciências⁴, e até mesmo as geniais conjecturas dos últimos

³ [Nota do tradutor]: O livro de Cervantes teve a sua primeira parte publicada em 1605, e a segunda no ano de 1615, um ano antes de sua morte. O evento organizado na Universidad de Zaragoza foi por ocasião do tricentenário da publicação da primeira parte de Don Quixote.

⁴ Não necessita, na verdade, o livro de Cervantes que se agreguem méritos científicos a seu imenso valor literário; mas de todo o modo convém assinalar esse fenômeno. Apesar da genialidade e erudição dos cervantistas, é difícil sustentar que Cervantes... se adiantou a seu tempo, pela simples razão de que não creio que exista alguém que se considere o suficientemente informado para dizer qual era o estado da cultura no século XVII, e logo concluir se o autor do *Quixote* igualava ou superava em saber a seus contemporâneos.

progressos e das flamantes novidades de todas elas⁵. Coisa parecida ocorre com as obras de Aristóteles e com a *Summa* de Santo Tomás, mas sem chegar ao grau extremo que, tão claramente, se ostenta nos admiradores do Quixote.

Então! Algo terá o Quixote quando dá ocasião a esse fenômeno tão estranho; e esse algo é o ambiente de são realismo, de humanidade, que nele se respira, e a discrição com a qual reflete o estado dos conhecimentos daquela época, já que o escritor, o poeta, segundo Cervantes, deve ser, antes de qualquer coisa, um homem culto.

Uma das vezes em que ao falar *D. Quixote* se pode afirmar com a maior certeza que refletia o pensamento de Cervantes está no capítulo XVI, da Segunda Parte, “*onde se trata do que aconteceu a D. Quixote com um discreto cavaleiro de la Mancha*”, quando o engenhoso Fidalgo pronuncia as seguintes palavras: “A poesia, senhor fidalgo, a meu parecer, é como uma donzela terna e de pouca idade e em tudo formosa, a quem têm o cuidado de enriquecer, polir e adornar outras muitas donzelas, *que são as outras ciências; e ela há de se servir de todas e todas hão de se autorizar com ela*”⁶.

Qual a perplexidade, pois, que Cervantes, poeta e escritor, se preocupasse em conhecer todas as ciências, quando se sabe que o livro imortal coincide com a grandeza da Espanha, enquanto em outras épocas de decadência corresponda ao desenfado de certos escritores que depreciavam a cultura clássica por inútil, a científica por *enfadonha*, a literatura por antiquada e extravagante, ao par que proclamam a absoluta independência do espírito, a produção sem regras, sem dogmas nem métodos, sem preconceito de técnica,

⁵ Mas, é necessário adiantar-se a seu tempo para ser genial? Eu estimo que não, sobretudo quando se trata de um escritor que *faz literatura* e não [a] investiga[ção de] fenômenos científicos. O que para mim constitui o mérito supremo de Cervantes é a convicção íntima que decorre ao ler o *Quixote*, de que o homem que escreveu aquelas páginas conhecia profundamente a sociedade em que vivia, estava inteirado do estado dos conhecimentos daquela época, e era de tal probidade que procurou informar-se das coisas antes de tratá-las, para que dele não se pudesse afirmar o que de tantos escritores e literatos se repetiu depois... que falam e escrevem do que não entendem.

⁶ Do modo como Cervantes cumpriu esta regra é testemunho o *Quixote*. Em suas páginas se revela uma imensa cultura, sem que o leitor padeça sua aridez. A prova é que os cervantistas *descobriram* o saber de Cervantes, isto é, que o insigne escritor o manteve oculto ou circunspeto, dele se usando discretamente, sem exibi-lo com pedantaria nem irritar ao leitor com elucubrações afetadas.

sem modelos e sem ação? O que estranha que em certos espíritos libertários se chegue a proscrever a sintaxe e a ortografia?⁷

Já sabemos que Cervantes era, em certo sentido, um homem enciclopédico, e podemos também esperar que conhecesse o Direito Internacional. Conhecia, é certo, o que do Direito das Gentes se sabia e se praticava então e, em tal sentido, o Quixote pode ser uma fonte indireta para se conhecer o Direito Internacional da época de Cervantes.

⁷ Eis aí o maior e mais elevado ensinamento do *Quixote*. Quem é daqueles que, com maior ou menor modéstia, e [que] escrevem para o público, pode louvar-se de seguir o conselho de Cervantes? Quem acertou, como ele, ao estabelecer a relação discreta entre a arte de escrever e a cultura [que ela] necessita, sem saber o que dizer ao aprendê-la, nem pecar por carta de mais, por excesso, ao exibi-la? Duas coisas, com efeito, podem ser destacadas de nossos escritores. Uma delas é o desprezo pela cultura, em nome de um modernismo enfermizo, iconoclasta, irreverente, que, a título de espontaneidade mental, abomina aos clássicos (e assim se livram do trabalho de conhecer o latim e o grego), despreza as regras, a retórica, os modelos, toda classe de livros e leituras. O poeta deve escrever a sós com a natureza, *sem auxílio de ninguém*. E aqui recorro de Lord Bacon. Conheceis um produto natural, espontâneo, produzido sem *matéria prima*? A teia de aranha... A ela comparava Bacon ao que se escrevia e se fazia [a] só como ignara espontaneidade. Pois vamos ao outro extremo. Há escritores e novelistas modernos *conscienciosos* que, antes de escrever uma novela, *estudam o meio e os personagens*, mas do que disso resulta, em vez de recatar sua cultura jogando sobre o leitor o enfado de seu peso (como o arquiteto cuida de retirar os andaimes, acabada a sua obra), se preocupam em luzir e alardear aqueles estudos, nem sempre discretamente assimilados e que, portanto, produzem verdadeira indigestão. Falando com sinceridade, não nos ocorre ao ler as novelas de Zola e de seus imitadores em Espanha que, fazendo justiça a seus méritos literários, chegamos a certas páginas pesadas, aborrecidas, *implacáveis*, que não terminam nunca, pois se quer condensar, nelas, o fruto de muitas vigílias, de estudos conscienciosos e de minuciosas observações? Eis aí, repito, o mérito de Cervantes. Nem tinha a ousadia da ignorância nem o peso do erudito. Não [era] consciencioso, mas tinha bastante *consciência* para se *inteirar* antes de escrever. E retorno à analogia de Lord Bacon. Cervantes não era a aranha anárquica e despreocupada que trabalha sozinha, *espontaneamente*, sem estudos, nem ferramentas, nem matérias primas. Nem, tampouco, a *laboriosa* e *conscienciosa formiga*, que carrega sementes e coisas alheias sem fazer outra coisa que isso... levá-las às costas[...][N]ão: era a *abelha* que pica a todas as flores, que a tudo assimila e transforma em um produto novo. Assim, lendo a certos escritores, desgosta-nos e nos irrita seu trabalho, como a teia da aranha; lendo a outros, nos aborrece sua monótona laboriosidade de formigas. O *Quixote* tem sabor de mel.

[Nota do Tradutor]: A expressão “*por carta de más*” constitui-se em uma expressão corrente na obra de Cervantes: “*Antes se ha de pecar por carta de más que por carta de menos (El Quijote II 17)*”; “*En las cortesías antes se ha de perder por carta de más que de menos (El Quijote II 33)*”; “*No pierdas por carta de más ni menos (El Quijote II 71)*”; “*Tanto se pierde por carta de más como por carta de menos (El Quijote II 37)*”. Existem variações para a expressão coligidas por Sebastián de Covarrubias y Orozco, tais como “*Por carta de más o de menos se pierden los juegos*” e “*Pecar por carta de más o por carta de menos*”, sendo esta última usada em situações em que ocorre um excesso ou não se chega a justo termo. Conforme Covarrubias, a expressão tem origem nos jogos de 15 e 21. Disponível em: <http://cvc.cervantes.es/lengua/refranero/ficha.aspx?Par=59054&Lng=0>. Acessado em: 21 out. 2016.

Assim, pois, cuidaremos de discretamente nos concentrarmos no ponto de apreciação crítica e de consideração meramente histórica do *Quixote*, obra de imponderável valor artístico, mas, ao mesmo tempo, documento de estimável utilidade sociológica. Fugiremos de incorrer no exagero de afirmar que o *Quixote* abordava e resolvia todos os problemas de Direito Internacional, por mais que não nos faltasse base para construir, nesse ponto, um artifício completo.

Pois bem! Vocês se recordam daquela passagem em que D. Quixote fala a Sancho do próximo encontro entre o exército de Trapobana e Pentapolín de los Garamantas? “Por que se querem tão mal estes dois senhores?”, perguntou Sancho. “Querem-se mal, respondeu D. Quixote, porque este Ali-fanfarón é um pagão furibundo, e está enamorado da filha de Pentapolín... que... é cristã e seu pai não a quer entregar ao rei pagão se [ele], primeiramente, não abandonar a lei de seu falso profeta... “Por minhas barbas, disse Sancho,... faz muito bem Pentapolín, e tenho eu de ajudá-lo enquanto puder...”⁸.

Eis aqui assente, diria um cervantista, o problema dos matrimônios reais; a opinião de Sancho refletindo [o] sentimento popular se adianta aos acontecimentos, ao ter como muito natural que um Rei católico se case com uma princesa protestante sempre que ela abandone, *primeiro*, sua falsa religião para abraçar a verdadeira... E outro espírito sutil, fixando-se que Sancho queira acudir em socorro àquele que tem razão, e ao ver que D. Quixote aprova seu intento, dizendo-lhe: “Nisso farás o que deves”, encontrará em uma e noutra frase o reconhecimento explícito do princípio de *intervenção*... E sem mover-se desse capítulo XVIII, ao ver que D. Quixote, tomando como exército o que não era senão manadas de ovelhas e carneiros... trará os olhos a tempo recente, [e] recordará aquela rendição de Metz (pois não me veem à memória outras rendições parecidas), onde centos e milhares de homens se entregaram, sem causar ao inimigo uma só arranhada, e considerará tristemente que, para a pátria dolorida, para a eficácia de sua defesa e para a glória de suas armas, não foi menos ilusória e fantástica a força desse exército que a daquelas ovelhas alanceadas por Don Quixote...

⁸Part. I, cap. XVIII.

Inclusive o Direito Internacional Privado pode, pela perspicácia de um geomântico⁹ cervantômano, [ser] descoberto nas páginas do livro imortal, pois, ao ver a mansidão de D. Quixote na casa dos Duques, deixando-se ensaboar lindamente as barbas por respeito àquilo que ele reputava usos e costumes daquele lugar, quem não recordará da célebre regra *locus regit actum*¹⁰?

Pois bem. Não são exageros nem fantasias o que pretendo destacar hoje no livro de Cervantes. Assertivas e princípios que se encontram no Quixote e que hoje são respeitadas e cumpridas, não porque Cervantes se tenha adiantado de seu tempo, mas porque o tempo de Cervantes e o nosso coincidem nessas assertivas. Além disso, destacarei outros casos em que se demonstram, por comparação, os progressos realizados no Direito Internacional.

Concentrar-nos-emos na *guerra* porque este é, desgraçadamente, um fato de universal comprovação, em todos os tempos e em todos os lugares.

[Se] tratarmos do primeiro tema com rapidez e ligeireza de uma simples recordação sob a epígrafe *Direito Internacional vigente no século XVII e no atual*, o primeiro que ocorre afirmar não é algo separado e oposto ao direito, mas que o uso da guerra está submetido a regras e ordenações. A guerra privada é propriamente a *cavalaria*, a massa, o corpo de Quixote. A guerra pública é aquela de que fala principalmente o valoroso cavaleiro em seu célebre discurso das armas e das letras (Parte I, Cap. XXXVIII). “Dizem as letras que sem elas não se poderiam sustentar as armas porque a guerra também tem suas leis e está sujeita a elas”.

E, ato contínuo, destacando a finalidade do Exército e sua alta formação política e social, “*respondem as armas que as leis não se poderiam sustentar sem elas* porque, com as armas, se defendem as repúblicas, se conservam os reinos...” (Recordem que a lei espanhola de 19 de julho de 1889 prescreve

⁹ [Nota do tradutor]: No original: “zahori”. Conforme descrito pelo Diccionario de la Lengua Española editado pela Real Academia Española, “zahori” deriva do “[...] ár. hisp. **zuharí*, e este do ár. clás. *zuhari* “geomântico”, der. de *azzuharah* “Venus”, a cujo influxo alguns atribuíam esta arte”.

¹⁰ Part. II, cap. XXXII.

que a finalidade do Exército é manter a independência e a integridade da pátria e o *império da Constituição e das leis*).

Entretanto, há muitos que estranham quando se afirma que a finalidade das armas é a paz (e Conferência da Paz se chamou àquela que se reuniu na Haia com o frustrado propósito do desarmamento) e, no entanto, D. Quixote afirma, no referido discurso, que “*a finalidade das armas é a paz, que é o maior bem que os homens possam desejar nessa vida*”. Assim traduzia D. Quixote o célebre apotegma *si vis pacem para bellum* cada vez mais comprovado pela triste e reiterada experiência dos povos. A causa da guerra não [se] fundamenta tanto na força dos poderosos como na fraqueza dos débeis. Se Espanha tivesse conhecido sua debilidade ou tivesse se inteirado da fortaleza dos ianques, certamente que não teria ido à guerra. Se Rússia, ao mesmo tempo em que rogava a Deus pela paz na generosa iniciativa de Nicolau II, continuasse a se preparar¹¹ de provisões e armamentos, não teria o Japão se atrevido a perturbar a paz dos Czares. Isso significa as alianças na Europa conforme a afirmação pacífica de Soberanos e Chanceleres.

Essa acumulação de forças em extraordinários armamentos é uma garantia da paz pela inquietude que assalta os ânimos dos estadistas face à ideia de turbá-la, rompendo hostilidades cujo começo é sabido, mas cujas consequências ninguém poderia calcular. Dize-o bem D. Quixote: “a finalidade das armas é a paz”.

Outro dos pontos com os quais o Direito Internacional se ocupa é o da justiça da guerra ou da causa que a legitime, e assim D. Quixote, no Capítulo XXVII da Segunda Parte, afirma que “os varões prudentes, as repúblicas bem concertadas, por quatro coisas há de tomar as armas e desembainhar as espadas e pôr em risco suas pessoas, vidas e bens. A primeira por defender a fé católica; a segunda por defender sua vida, que é de lei natural e divina; a terceira a defesa de sua honra, de sua família e bens; a quarta a serviço de seu Rei na guerra justa; e se quisermos adicionar a quinta (que se pode considerar como segunda), é a defesa da pátria”.

¹¹ [Nota do tradutor]: no original “[...] rogando à Dios por la paz [...] hubiesse seguido dando al mazo [...]”.

Claro está que nestas estão contidas as guerras privadas e as públicas, a legítima defesa pessoal e o dever cívico, mas não cabe dúvida que nas duas últimas causas citadas estão de acordo os tratadistas do Direito Internacional.

Por último, ao tratar dos meios de fazer a guerra, D. Quixote assusta-se com a espantável fúria *destes¹² endemoniados instrumentos da artilharia*, e os condena em nome do cavalheirismo e do valor pessoal, mas reconhece seu uso corrente àquela época; assim como, ao referir-se aos recursos que pode o combatente utilizar, afirma, no capítulo XXI da Segunda Parte, que “*na guerra é cousa lícita e costumeira usar de ardis e estratagemas*”, afirmação que foi discutida pelos escritores de Direito Internacional, e que hoje está fora de toda controvérsia ao ser explicitamente corroborada pela Conferência da Haia de 1899¹³.

Vejamos agora alguns outros testemunhos por onde o *Quixote* nos revela o Direito das Gentes daquela época e onde podemos dessumir o progresso alcançado em nossos dias por estes princípios fundamentais.

A condição jurídica do soldado no século XVII é indicada no citado cap. XXXVIII da Primeira Parte, quando D. Quixote afirma: “Visto começarmos, tratando do estudante, pela pobreza e pelas divisões várias com que esta o ataca, examinemos se o soldado é mais rico: e este exame nos fará conhecer que ninguém é mais pobre que ele, porque vive atido a um miserável pagamento que vem ou tarde ou nunca, ou àquilo que por suas mãos pode *pilhar, muitas vezes com grande perigo da sua vida e mesmo da sua consciência*”.

Nesta frase se reflete o estado social da guerra, e se vê que o direito ao botim, ou seja, a se apropriar das coisas particulares, era reconhecido pelo

¹² [Nota do tradutor]: no original “aquestos”, plural, no castelhano antigo, de *aqueste*, derivado do latim vulgar **accu* e **istu*, derivado do latim *eccum* e *istum*, conforme o Dicionario de la Lengua Española, editado pela Real Academia Española.

¹³ Convenção Relativa às Leis e Usos da Guerra Terrestre. Regulamento anexo à Convenção. Seção 2ª – *Das Hostilidades*. Capítulo Primeiro: Dos meios de causar dano ao inimigo; dos lugares, dos bombardeios; art. 24: “*As estratégias de guerra e os meios necessários para se obter informações sobre o inimigo, serão considerados lícitos*”.

uso ainda que fosse condenado pela consciência. Esta e a vida se põem em perigo com o despojo; as leis não eram obstáculo para isso¹⁴.

Nada mais interessante, entretanto, que aquilo que conta o cativo no Capítulo XL da primeira parte. Aquela descrição da Batalha de Lepanto, feita pelo valente militar, aquela sua *prisão* pelo atrevido *corsário* e suas vicissitudes posteriores, revelam o caráter de cativo como situação intermediária, muito parecida à do escravo antigo e muito distante da do *prisioneiro* na guerra civilizada de nossos dias.

O *cativo* era *propriedade* daquele que o aprisionava, e não *prisioneiro* do Estado que lhe vencia; o cativo se alienava, se cedia e se transmitia por herança.

O cativo era um meio de proporcionar utilidade econômica, seja considerada como *valor de uso* (a chusma de desgraçados que saíam a trabalhar para seu dono), seja como *valor de troca* (os chamados *cativos de resgate* que, por sua elevada condição, se supunha que tinham quem se preocupasse em pagar com generosidade sua liberdade¹⁵).

Havia três classes de cativos conforme o interessante relato: “os cativos do Dey¹⁶, os de particulares e os que eram chamados de armazém, que significava [os] cativos do Conselho que servem à Cidade nas obras públicas que se fazem, e em outros ofícios, e estes cativos têm mui difícil sua liberdade, pois, como são do comum e não têm amo particular, não há

¹⁴ Do progresso realizado neste ponto pelo Direito Internacional dá prova os seguintes preceitos do Regulamento citado que se aprovou na Haia. Art. 28: Se proíbe a pilhagem [de] uma população ou localidade, ainda que tenha sido tomada de assalto. Art. 47. A pilhagem está formalmente proibida.

¹⁵ Compare-se este triste estado com o estabelecido no Regulamento da Haia: Art. 4º: Os prisioneiros estão em poder do Governo inimigo, mas não dos Corpos que lhes tenham capturado. Devem ser tratados com humanidade; tudo o que lhes pertença pessoalmente, exceto as armas, os cavalos e os papéis militares, são de sua propriedade. Art. 6º O Estado pode empregar como trabalhadores os prisioneiros de guerra, segundo sua categoria e aptidão... O trabalho feito para o Estado será pago de acordo com os soldos em vigor para os soldados do Exército nacional empregados em tarefas semelhantes... Os salários dos prisioneiros serão destinados na melhora de sua condição, e o saldo será pago no momento de sua libertação, após a dedução do custo de sua manutenção.

¹⁶ [Nota do tradutor]: “Dey” era o título do chefe ou príncipe muçulmano que governava a Regência de Argel. Por sua vez, o termo Regência identificava os Estados muçulmanos que estavam submetidos à vassalagem do Império Turco.

com quem tratar seu resgate, ainda que tenham. Nestes banhos costumam prender a seus cativos alguns particulares do povo, principalmente quando são de resgate. Também os cativos do Dey que são de resgate não saem ao trabalho como as demais chusmas, a não ser quando tarda seu resgate, que, então, para fazê-los que escrevam para ele com mais afinho, lhes fazem trabalhar e ir à lenha com os demais, coisa que não é pequeno trabalho”.

Disso podemos deduzir o respeito que mereciam as pessoas nas guerras de então; e, seguindo o relato, coligimos o respeito que mereciam as coisas. Assim, no capítulo XLI, quando já o cativo e seus companheiros se haviam, com sua astúcia, alcançado a liberdade, e navegavam em busca da terra espanhola, uns corsários franceses lhes detiveram, e lhes despojam de todos os seus bens. A estes que Cervantes chama *corsários*, é àqueles que o Direito Internacional chama piratas, declarando-os excluídos do direito das gentes. Hoje o barco corsário é, como sabeis, o barco particular armado em corso, que tem o direito de apoderar-se das mercadorias inimigas. A diferença é grande. O corsário de hoje leva uma bandeira conhecida que não pode ser, desde logo, a daqueles Estados que votaram no Congresso de Paris pela abolição do corso. O corsário somente pode apresar as coisas que, com fundamento no Direito das Gentes, sejam *boa presa*, e sempre com fundamento no procedimento e nos juízos estabelecidos pelo Direito Internacional. O corsário, enfim, nunca pode apresar nem tornar cativas às pessoas.

Como podeis ver, o progresso é grande. E, já que tantos admiradores do *Quixote* o leem com nostalgia como algo superior, é inacessível o quanto dista muito do que hoje temos e produzimos; já que, em nossos dias, não há espanhol capaz de escrever outro livro como aquele, bendigamos a Deus e folguemo-nos de nossa sorte que não permita que hoje sucedam as coisas que eram tão correntes nos tempos de Cervantes.

Apesar daquela prosa formosíssima e do feliz desfecho dos episódios do cativo, não se pode ler sem pena aquele relato que por resultado a dignidade do homem atropelada, convertido um pobre soldado em prisioneiro, que é, como antes dizíamos, um pouco menos que um escravo.

Comparemos essa humanidade e essa barbárie com a humanidade e a civilização de hoje. Nos tempos de Cervantes, ganhou Espanha a batalha

de Lepanto, mas os espanhóis que caíram em poder do inimigo conservaram a vida em troca da liberdade. A glória de uns coincidia com o cativeiro de outros. Hoje em dia, felizmente alcançou-se o respeito devido à dignidade do homem. Em vez de ganhar a batalha de Lepanto vimos, é verdade, nosso poder naval afundar em Cavite e em Santiago de Cuba, mas nem Cervera nem seus soldados foram feitos cativos pelos ianques. Foram prisioneiros de guerra com respeito e todas as honras que aos vencidos concede... este pícaro *Direito Internacional*, no qual, ainda, há aqueles que não o creem.

Ah! Prescindam agora de todo o encanto literário do Quixote, e recolham-se na impressão de conjunto que este rápido comentário lhes produz; comparem o episódio do cativo com a história de nossas desgraças, venerem a prosa imortal de Cervantes e façam das informações da imprensa o uso displicente ou depreciável que sói fazer-se muitas vezes dos periódicos, e digam-me se não veem brotar como uma faísca de esperança que alumia as sombras de nossas dúvidas e destaca a silhueta clara e substantiva de nossa disciplina, ao responder afirmativamente a esta pergunta que tantas vezes lhes foi feita com amargo ceticismo: EXISTE O DIREITO INTERNACIONAL?

Tradução - Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

Sobre o autor

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira é professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Rondônia, Mestre e Doutor em Direito, líder do *Jus Gentium* – Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional (UNIR/CNPq). Desenvolve pesquisas nas seguintes áreas: Direito Internacional Geral, Direito Penal Internacional, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Filosofia Política e Filosofia do Direito Internacional.