



Série
Ciências Jurídicas & Sociais ²

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

Temas escolhidos sobre a
Internacionalização do
DIREITO PENAL

 editora fi

O livro que se apresenta trata de temas de grande interesse do autor e de todos que lidam diretamente com o Direito Internacional. São trabalhos desenvolvidos durante sua trajetória como Professor e que se relacionam entre si, de forma que a leitura dos artigos permite um encadeamento lógico. Inicialmente, no primeiro capítulo se trata do Direito Penal Internacional e sua relação com a soberania dos Estados, principalmente no tocante à persecução dos crimes internacionais, sem se afastar da questão dos crimes contra a humanidade, que é tratada no quinto capítulo. A partir daí o autor trata, no segundo e terceiro capítulos, de crimes em que há muitos temas controvertidos, como o desaparecimento forçado de pessoas, que não tem tipificação especial no Brasil, apesar de previsto no Estatuto de Roma e do crime de lavagem de dinheiro no âmbito internacional. Por fim, nos quinto, sexto e sétimo capítulos o autor desenvolve temas instigantes relacionados às questões importantes como a violação ao princípio do *ne bis in idem* no Direito Penal Internacional Brasileiro, a comparação dos sistemas brasileiro e espanhol no aspecto da jurisdição penal universal e o problema da execução penal no Direito Internacional. Com estes artigos, fica completamente demonstrado que Marcus Vinicius está integrado às questões importantes relacionadas ao Direito Penal Internacional e a leitura do livro, com certeza, é muito esclarecedora e colabora com a pesquisa e desenvolvimento das ideias que permeiam a colaboração penal entre os Estados, fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade internacional mais justa e equilibrada.

Imagem de capa: mxvxl, Paleta n. 06 – Like Pollock, 2013.



 editora fi
www.editorafi.org

**Temas escolhidos sobre a
Internacionalização do
Direito Penal**

Comitê Científico da Série Ciências Jurídicas & Sociais:

- Liane Tabarelli Zavascki , PUCRS, Brasil
- Marcia Andrea Bühring . PUCRS, Brasil
- Orci Paulino Bretanha Teixeira, PUCRS, Brasil
- Voltaire de Lima Moraes, PUCRS, Brasil
- Thadeu Weber, PUCRS, Brasil.



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

2

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

**Temas escolhidos sobre a
Internacionalização do
Direito Penal**

Porto Alegre |
2015

Φ editora fi

Direção editorial: Liane Tabarelli Zavascki
Marcia Andrea Bühring
Orci Paulino Bretanha Teixeira
Voltaire de Lima Moraes

Diagramação: Lucas Fontella Margoni

Imagem da capa: mvxol, Paleta n. 06 – Like Pollock, 2013.



Todos os livros publicados pela
Editora Fi estão sob os direitos da
[Creative Commons 3.0](http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/br/)
<http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/br/>

Série Ciências Jurídicas & Sociais - 2

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de.

Temas escolhidos sobre a internacionalização do direito penal
[recurso eletrônico] / Marcus Vinícius Xavier de Oliveira -- Porto
Alegre, RS: Editora Fi, 2015.

312 p.

ISBN - 978-85-66923-73-5

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito internacional. 2. Direito penal. 3. Legislação.
4. Constituição. I. Título. II. Série.

CDD-341

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito internacional 341

“Parece que o senhor coloca suas esperanças na autoridade da lei internacional. – JD. É verdade. Em primeiro lugar, por mais imperfeitas que possam ser, essas instituições internacionais deveriam ser respeitadas em suas deliberações e resoluções pelos estados soberanos que são seus membros e, assim, aceitaram seus preceitos [...] Não estou alheio ao caráter aparentemente utópico do horizonte que esboço aqui, aquela de uma instituição de lei internacional e de um tribunal de justiça internacional com sua própria força autônoma. Embora não considere a lei a última palavra em ética, política ou qualquer outra coisa, embora essa unidade de força e lei [...] não seja apenas *utópica*, mas *aporética* [...] continuo a acreditar que é a fé na possibilidade dessa coisa impossível, e na verdade incapaz de se decidir do ponto de vista do conhecimento, da ciência e da consciência, que deve governar todas as nossas decisões.”

DERRIDA, Jacques, *in* BORRADORI, **Giovanna**. **Filosofia em tempo de terror: diálogos com Habermas e Derrida**, trd. Roberto Muggiati, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, pp. 124-125.

Dedicatória:

A meus três amores, sempre: Izete (Môr), Deborah Christina (Passarin) e Annah Clara.

A meus pais – Angelo de Oliveira e Eponina Xavier de Oliveira – e meus irmãos, Angelo de Oliveira (Berga) e Eduardo Carlos de Oliveira (Dudu).

A meus professores no Programa de Doutorado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Patrícia Glioche, Carlos Japiassú, Nilo Batista, Vera Malaguti, Anderson Schreiber, Marcello Ciotola, Artur Gueiros, Juarez Tavares, Paulo Emílio e Antonio Maia.

A meus colegas e alunos no Departamento de Direito da Universidade Federal de Rondônia.

Índice

<u>Prefácio - Prof^a Dra^a Patrícia Glioche</u>	<u>11</u>
<u>Abreviações</u>	<u>13</u>
<u>Capítulo 1</u>	<u>19</u>
Direito penal internacional, Estado constitucional e o problema da mitigação da soberania na persecução dos crimes internacionais próprios	
<u>Capítulo 2</u>	<u>89</u>
Desaparecimento forçado de pessoas: considerações sobre o fenômeno e aos projetos de criminalização no Brasil	
<u>Capítulo 3</u>	<u>130</u>
A internacionalização do direito penal: uma aproximação a partir do crime de lavagem de capitais	
<u>Capítulo 4</u>	<u>164</u>
Dos crimes internacionais: o fato punível no direito penal internacional. Uma análise a partir dos crimes contra a humanidade	
<u>Capítulo 5</u>	<u>202</u>
Da inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal por violação ao princípio ne bis in idem	
<u>Capítulo 6</u>	<u>245</u>
A jurisdição penal universal nos sistemas brasileiro e espanhol: um estudo de direito penal comparado	
<u>Capítulo 7</u>	<u>274</u>
A internacionalização do direito da execução penal: em que(ais) sentido(s)?	
<u>Posfácio</u>	<u>307</u>
Cooperação (penal) internacional: entre koinon e idion	

Prefácio

Foi com muita satisfação e orgulho que recebi o convite do professor Marcus Vinicius para apresentação de seu livro com coletâneas de trabalhos relacionados ao Direito Penal Internacional.

Conheci o Marcus Vinicius no curso de doutorado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Aluno oriundo de um convênio com a Universidade de Rondônia, Marcus Vinicius sempre se mostrou bastante interessado nos assuntos relativos ao curso e também muito dedicado, sendo certo que a distância que o separa de diversas localidades do Brasil nas quais mantém vínculos – Rio de Janeiro, Curitiba e Porto Velho – nunca o impediu de ser um brilhante aluno da Pós Graduação.

O livro que se apresenta trata de temas de grande interesse do autor e de todos que lidam diretamente com o Direito Internacional. São trabalhos desenvolvidos durante sua trajetória como Professor e que se relacionam entre si, de forma que a leitura dos artigos permite um encadeamento lógico.

Inicialmente, no primeiro capítulo se trata do Direito Penal Internacional e sua relação com a soberania dos Estados, principalmente no tocante à persecução dos crimes internacionais, sem se afastar da questão dos crimes contra a humanidade, que é tratada no quinto capítulo.

A partir daí o autor trata, no segundo e terceiro capítulos, de crimes em que há muitos temas controversos, como o desaparecimento forçado de pessoas, que não tem tipificação especial no Brasil, apesar de previsto no Estatuto de Roma e do crime de lavagem de dinheiro no âmbito internacional.

Por fim, nos quinto, sexto e sétimo capítulos o autor desenvolve temas instigantes relacionados às questões importantes como a violação ao princípio do *ne bis in idem* no Direito Penal Internacional Brasileiro, a comparação dos sistemas brasileiro e espanhol no aspecto da jurisdição penal universal e o problema da execução penal no Direito Internacional.

Com estes artigos, fica completamente demonstrado que Marcus Vinicius está integrado às questões importantes relacionadas ao Direito Penal Internacional e a leitura do livro, com certeza, é muito esclarecedora e colabora com a pesquisa e desenvolvimento das ideias que permeiam a colaboração penal entre os Estados, fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade internacional mais justa e equilibrada.

Rio de Janeiro. Julho 2014.
Patrícia Glioche

Abreviações

Agravo Regimental em Mandado de Injunção - ARMI

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento - ARAI

Assembleia Geral da Organização Internacional de Polícia Criminal - INTERPOL

Assembleia Geral das Nações Unidas – ASGNU

Câmaras Extraordinárias Africanas - CEA

Carta das Nações Unidas – CONU

Código Penal – CP

Código Penal Militar - CPM

Comissão Interamericana de Direitos Humanos - COMIDH

Comitê de Basiléia sobre a Lavagem de Capitais - CBLC

Conjunto de Princípios para a Proteção de Todos os Indivíduos sob Qualquer Forma de Detenção ou Encarceramento – CPPTISQFDE

Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF

Conselho de Segurança das Nações Unidas – CSONU

Conselho Econômico Social das Nações Unidas - CESONU

Conselho Europeu – Conselho Europeu

Constituição da República Federal do Brasil – CRFB/88

Control Council Law N. 10 – Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity – Control Council Law n. 10

Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH

Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – Convenção contra Tortura

Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – Convenção de Viena sobre Tráfico de Drogas

Convenção das Nações Unidas contra Corrupção – Convenção de Mérida

Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo

Convenção Interamericana contra a Corrupção - CICC

Convenção Interamericana contra o Terrorismo - CICT

Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio - Convenção sobre o Genocídio

Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade - CSICGCCH

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969 - CVDTE/69

Convenção de Viena sobre Relações Consulares - CVRC/63

Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas - CVRD/61

Convenção Europeia de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – CEDH/F

Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados de Pessoas – CISDFP

Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contras os Desaparecimentos Forçados – CIPTPCDF

Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo – CISTF

Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão, e Perdas do Produto do Crime – Convenção de Estrasburgo

Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências – CDPPD

Corte Especial para Serra Leoa – Corte Especial para Serra Leoa

Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH

Corte Internacional de Justiça – CIJ

Corte Permanente de Justiça Internacional – CPJI

Declaração de Direitos das Crianças – DDC

Declaração Sobre a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Tortura e Outras Formas de Punição e Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes – DSPTPSTOFPTCDD/79

Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional Relativos às Relações de Amizade e de Cooperação entre os Estados em Conformidade com a Carta das Nações Unidas - DPDIRRACE/70

Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH/1948

Emenda Constitucional - EC

Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes – UNODC

Estatuto do Tribunal Internacional Militar do Extremo Oriente - ETIMEO

Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg – ETMI de Nuremberg

Estatuto do Tribunal Penal Internacional - ETPI ou Estatuto de Roma

Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia – ETPIY

Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda – ETPIR

Grupo de Ação Financeira Internacional - GAFI

Grupos dos Sete Países Mais Industrializados + 1 – G8

Habeas Corpus - HC

House of Lords of United Kingdom – House of Lords

Lei Orgânica do Poder Judiciário/Espanha - LOPJE

Observações Preliminares às Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros – Regras Mínimas Padrão

Organização das Nações Unidas - ONU

Organização Internacional do Trabalho – OIT

Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 - PIDESC/66

Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos de 1966 – PIDCP/66

Procedimentos para a Implementação Efetiva das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros – PPIERMPTP

Recurso Extraordinário - REExt

Regulamento dos Elementos dos Crimes do Tribunal Penal Internacional – RECTPI

Resolução sobre os Princípios do Direito Internacional Reconhecidos pela Carta do Tribunal de Nuremberg, de 1950 - RPDIRECTN/1950

Sistema Europeu de Direitos Humanos - SEDH

Sistema Interamericano de Direito Humanos – SIPDH

Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes - SPT

Superior Tribunal de Justiça - STJ

Supremo Tribunal Federal – STF

Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Tribunal de Estrasburgo

Tribunal Internacional Militar de Nuremberg – TIMN/Nuremberg

Tribunal Internacional Militar do Extremo Oriente, dito de Tóquio – TIMEO/Tóquio

Tribunal Penal Internacional – TPI

Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia - doravante TPIY

Tribunal Penal Internacional para Ruanda – TPIR

União Europeia – UE

Capítulo 1

Direito penal internacional, Estado constitucional e o problema da mitigação da soberania na persecução dos crimes internacionais próprios

I. Introdução

Este trabalho constitui-se numa aproximação a alguns problemas inerentes ao Direito Penal Internacional, aproximação esta que se orienta pelo objetivo geral de comprovar o dever de os Estados cooperarem internacionalmente na persecução penal dos autores de crimes internacionais, em especial nos denominados crimes internacionais próprios, isto é, aquele conjunto de delitos tipificados através de diversos tratados internacionais – e por isso também denominados *crimes under international Law* ou *crimes against international Law* – nos quais estão implicados os interesses comuns da humanidade, na medida em que esses ilícitos violam quer princípios fundamentais da sociedade internacional – v.g., igualdade soberana dos Estados, solução pacífica dos conflitos e a proscricção da guerra, como no caso do crime de agressão –, quer os direitos internacionalmente assegurados à pessoa humana, como fica bastante evidente nos crimes de genocídio e contra a humanidade, quer, por fim, os princípios, regras e costumes internacionais do *jus in*

bellum, o que se dá nos casos dos crimes de guerra, isto é, os crimes de violam as regras do Direito Internacional Humanitário.

Essas quatro modalidades de crimes internacionais se encontram, passados largos anos desde Nuremberg e Tóquio, tipificados nos artigos 5º (que delimita a competência do TPI) aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão e 6º a 8º do Estatuto de Roma¹⁻² que os tipifica junto ao RECTPI.

Esses diversos comportamentos ilícitos são de tal gravidade que também são denominados de *core crimes*, isto é, os crimes mais graves que se possa cometer na perspectiva do direito internacional, e que, por isso, são passíveis de punição com a sanção jurídica mais grave admitida na sociedade internacional, a pena de caráter perpétuo³.

¹ ETPI, ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 112/2002.

² O crime de agressão, desde a vigência do ETPI em 2002, estava submetido à cláusula suspensiva de vigência contida no artigo 5º, 2, que permitia o exercício jurisdicional do TPI sobre esse crime somente após a tipificação de seus elementos, o que foi feito, em parte, por ocasião da Conferência de Revisão do ETPI 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 do TPI a ocorrer em 2017. Consultar, nesse sentido, o RECTPI já revisado, disponível em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>, acessado em 20/08/2011, às 14:31:00.

³ *Ex vi* artigo 77, 1, b do ETPI. É importante demarcar a proscrição da pena de morte no atual contexto do direito penal internacional, já que, diversamente do que ocorreu em Nuremberg e em Tóquio, também nesse tocante, o direito internacional dos direitos humanos opera uma força extremamente importante, *ex vi, e.g.*, do artigo 6 do PIDCP/66, bem como de seu Segundo Protocolo Facultativo, aprovado pela AGONU mediante a Resolução n. 44/128, de 15 de dezembro de 1989, que tem por meta a abolição da pena de morte.

Contudo, este artigo, conforme descrito em seu sumário, tem por meta discutir o problema da relação entre soberania estatal e o direito penal internacional. Por isso, no presente trabalho não serão desenvolvidos os problemas relacionados aos crimes internacionais, mas somente aqueles tópicos que permitirão compreendê-los a partir de um conjunto de paradigmas que, sendo fundamentos teóricos, deverão aparecer, explícita ou implicitamente, durante todo o percurso de argumentação que será desenvolvida.

II. Direito Penal e globalização

Neste primeiro tópico serão apresentados os temas relacionados à relação, nem sempre cordial e harmônica, entre direito penal e globalização, tendo como paradigma a internacionalização do direito penal. Em síntese, serão discutidos os conflitos, reais ou aparentes, entre os princípios da cooperação internacional e da soberania pretensamente desencadeados pela globalização.

II.1 Enfrentando a ambiguidade do conceito “globalização”

Embora se mostrasse interessante, ou mesmo necessário, esta primeira parte não tem a intenção, nem poderia, de fazer uma exposição exauriente sobre o fenômeno da globalização, tema que, *per se*, reúne uma série de complexidades e abrangências que ocupariam todo o trabalho. Assim, para enfrentá-lo se adotaram dois subtópicos, que serão percorridos a partir de ligeiras sínteses: o primeiro será conceitual e o segundo fenomenológico.

Conceitualmente, o vocábulo globalização designa, conforme o assento recaia quer sobre sua origem quer sobre aspectos particulares, a realidades bastante diversas entre si.

Se a análise recair sobre a origem do fenômeno, nada seria mais incorreto do que situá-lo no desenvolvimento

econômico-tecnológico iniciado a partir do final da década de 1980 com o surgimento daquilo que se tem denominado de “sociedade informática” (Alexander King), “aldeia global” (McLuhan), “economia-mundo”, “sistema-mundo”, “*shopping center* global”, “capitalismo global”, dentre outras tantas⁴, conceitos que buscam demarcar o seu nascimento nos diversos processos econômicos, financeiros e tecnológicos implicados na abertura das fronteiras dos Estados-Nação em razão da transnacionalização da economia e na contração do espaço-tempo a partir dos fluxos contínuos de comunicação propiciados pelo desenvolvimento tecnológico, mormente no contexto da rede mundial de computadores, com a consequente standardização das produções industrial-tecnológicas em escala global e na formação contínua de uma cultura de massas que se expande cada vez mais sobre toda a face da terra.

Mas se não estes processos econômico-tecnológicos, o que teria dado origem à globalização?

Para enfrentar a este questionamento, será útil formular um novo: das duas grandes religiões mundiais hoje existentes – cristianismo e islamismo⁵ -, a qual se pode atribuir uma origem recente e, mais ainda, ocidental? A nenhuma, muito embora se possa afirmar que não existiria hoje o ocidente sem as profundas influências que estas duas religiões exercem em sua cultura, seja na afirmação de sua

⁴ Todas estas referências conceituais foram extraídas de IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**, 12 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, pp. 14-15.

⁵ Estas duas religiões contam, respectivamente, com 2,17 bi e 1,58 bi de fiéis, conforme dados levantados pela **Pew-Templeton** na **Global Religious Future Project**, disponível em http://www.globalreligiousfutures.org/explorer#/?subtopic=15&chart_Type=bar&year=2010&data_type=number&religious_affiliation=all&destination=to&countries=Worldwide, acessado em 10/07/2013, às 17:50:00.

identidade (cristianismo), seja no desencadeamento de conflitos religioso-culturais pretensamente decorrentes do crescimento do número de adeptos (islamismo) ocasionado pela imigração de pessoas oriundas de países majoritariamente islâmicos, pelo proselitismo religioso, dentre outros fatores.

Se estas religiões, com origens tão remotas histórica, geográfica e culturalmente, se manifestam como um dos tantos fatores que exercem um papel preponderante na afirmação identitária ocidental contemporânea, mesmo naquilo que Samuel Huntington denomina de choque de civilizações⁶, a que fenômeno atribuir as suas inserções nessa cultura a não ser à globalização?

⁶ HUNTINGTON, Samuel P. “*The Clash of Civilizations?*”, Foreign Affairs vol. LXXII, n. 3, 1993, pp. 22-49. Nesse artigo, depois convertido em um livro que se tornou fundamental para a compreensão da política internacional após a queda do mundo de Berlim em 1989, Huntington afirma que os novos conflitos a surgirem não serão mais de caráter ideológico (capitalismo v. comunismo), nem de caráter econômico, mas antes culturais, isto é, entre as civilizações ocidental e oriental. Contra a tese de Huntington, Roberto Esposito levanta alguns questionamentos interessantes, em que se evidencia o caráter arbitrário dessa doutrina: “A mesma consideração se pode fazer, de forma ainda mais clara, para as quatro décadas que procederam ao final da Segunda Guerra Mundial, quando a ordem bipolar do planeta não deixou margens ao imprevisto, a ponto de que o que ocorreu, em cada um dos dois blocos, pareceu ser o resultado quase automático de um jogo conhecido e previsível em todos seus movimentos. Não obstante, esta ordem política que parecia ter que governar ainda por muito mais tempo as relações internacionais, faz-se em pedaços de repente. Primeiro na forma de implosão, o sistema soviético, e depois, de explosão, com o terrorismo. Por quê? Como se explica esta inesperada mudança de fase? E de onde, exatamente, se origina? A resposta que geralmente afronta a estas interrogações se faz referindo-se ao final da guerra fria e à conseguinte chegada da globalização. Contudo, deste modo, se corre o risco de intercambiar a causa com o efeito, oferecendo como explicação o que deveria ser explicado. Também a tese, mais recente, que faz referência ao chamado choque de civilizações, se bem indica, em termos mais dramatizados, uma emergência ou pelo menos um risco efetivamente presente, não

Nesse sentido, Odete Maria de Oliveira⁷ logra dilucidar aspectos importantes desse fenômeno que tanta controvérsia suscita em nível teórico, em especial de sua origem, a saber: a perene insatisfação do homem com a sua situação presente, e a busca, além das fronteiras dadas e conhecidas, de condições mais benéficas a um ideal de vida boa; esse ideal incita aos mais diversos povos à expansão de seu espaço de vivência mediante a exploração de novas terras, de novos campos de atuação, de superação de suas próprias limitações pessoais e tecnológicas, circunstâncias que tanto podem suscitar o contato pacífico entre povos diferentes, como a guerra sem tréguas tendente à eliminação da diferença e à tomada da terra e suas respectivas riquezas.

Assim, isto a que se denomina de globalização não é nem um fenômeno recente nem uma consequência da técnica e da economia contemporâneas, mas antes uma assinatura da história e cultura humanas, já que estes fluxos contínuos de expansão também são submetidos a fluxos

ajuda a enfrentar o tema com uma interpretação adequada. Por que as civilizações, se quisermos utilizar esta palavra complexa, depois de terem convivido pacificamente por mais de meio milênio, ameaçam hoje se enfrentar com resultados catastróficos?”. ESPOSITO, Roberto. *“Filosofia e biopolítica”*, trd. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, Ethic@, vol 9, n. 2, Florianópolis, 2010, pp. 369-382.

⁷ DE OLIVEIRA, Odete Maria. **Teorias globais**, Vol. I: Elementos e estruturas, Ijuí: Editora Unijuí, 2005, pp. 31-43. Na mesma senda, embora enfocando o início das grandes navegações e das conquistas a oeste e a leste pelos estados europeus de novos territórios e mercados, bem como as influências recíprocas para as culturas envolvidas, para o bem e para o mal, se orienta BROOK, Timothy. **O chapéu de Vermeer**: o século XII e o começo do mundo globalizado, trd. Maria B. de Medina, Rio de Janeiro: Record, 2012. Boaventura de Sousa Santos tem a mesma interpretação, embora sob uma perspectiva crítica, na qual aponta as assimetrias estruturais entre os diversos atores envolvidos, em especial os estados em desenvolvimento em relação aos estados desenvolvidos. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os processos da globalização**. Disponível em <http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>, acessado em 20/02/2011, às 23:35:00.

contínuos de refração, pelo que seria mais correto afirmar-se que, do ponto de vista histórico, a humanidade está continuamente submetida a processos de expansão e de contração dos processos globalizantes⁸.

Timothy Brook⁹, para explicar esta potência de expansão e de intercomunicação congênita às culturas humanas no âmbito daquilo que ele denomina de mundo globalizado, e que no seu pensar se inicia com o período das grandes navegações, se utiliza da metáfora da rede de Indra:

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 *dharmā*, na linguagem da 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.

Com esta metáfora da rede de Indra torna-se possível explicar a ideia central que norteia a interpretação ora dada ao fenômeno: nenhuma cultura, nenhum agrupamento humano, está absolutamente condicionada a se encerrar permanentemente no contexto de seu próprio mundo da vida; a própria ideia de pureza cultural, ínsita ao encerramento interfronteiriço, manifesta uma lógica de exclusão, de eliminação da alteridade, de superioridade em relação aos diferentes que, se expressada na forma de uma

⁸ DE OLIVEIRA, **Teorias globais...**, p. 31.

⁹ BROOK, **O chapéu de Vermeer...**, p. 33.

política imunitária¹⁰, tende à sua eliminação, física ou moral¹¹, tal como o evidencia os diversos genocídios que a história humana tem presenciado.

Assim, como forma de se diferenciar realidades tão distintas conceitual e historicamente, é possível utilizar-se duas palavras-chave para compreender fenomenologicamente aquilo que se denomina de globalização: a) mundo globalizado e b) globalização em sentido estrito.

¹⁰ A expressão imunidade é aqui utilizada na perspectiva dada por Roberto Esposito, em especial em seus livros ESPOSITO, Roberto. **Bíos**: biopolítica e filosofia, Turín: Einadi, 2004, pp. 41-77; ESPOSITO, Roberto. **Immunitas**. Protezione e negazione della vita, Turín: Einaudi, 2002.

¹¹ Michel Foucault em seu curso no *Collège de France* **Em defesa da sociedade** expressa esta lógica imunitária em termos biopolíticos quando analisa o problema das políticas raciais com as seguintes palavras: “[...] o racismo vai permitir estabelecer, entre a minha vida e a morte do outro, uma relação que não é uma relação militar e guerreira de enfrentamento, mas uma relação do tipo biológico: “quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, menos degenerados haverá em relação à espécie, mais eu – não enquanto indivíduo mas enquanto espécie – viverei, mais forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei proliferar. A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura [...] Se o poder de normalização quer exercer o velho direito soberano de matar, ele tem de passar pelo racismo. E se, inversamente, um poder de soberania, ou seja, um poder que tem direito de vida e morte, quer funcionar com os instrumentos, com os mecanismos, com a tecnologia da normalização, ele também tem de passar pelo racismo. **É claro, por tirar a vida não entendo simplesmente o assassinio direto, mas também tudo o que pode ser assassinio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc.** (grifo nosso) FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**, trd. Maria E. Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 305-306.

No sentido que até agora vem sendo interpretado, o termo globalização pode ser tomado como sinônimo de mundo globalizado, conforme intuído por Timothy Brook, a significar, como já afirmado, os mais variados processos históricos pelos quais os homens e as sociedades nas quais eles vivem se expandem, geográfica e culturalmente, para além de suas próprias fronteiras, propiciando quer o choque quer o contato amistoso.

Mas globalização também significará, em sentido estrito, esse processo hoje experienciado contemporaneamente na forma da imediata intercomunicação e das circulações de informações, riquezas e pessoas em razão:

A) do próprio regime econômico majoritariamente presente no mundo contemporâneo, o capitalismo global;

B) o desenvolvimento da tecnologia da comunicação, em especial a internet, e que deu origem àquilo que Manuel Castells¹² denominará de sociedade da informação e do conhecimento, cujas principais características serão: a) a contração do tempo e do espaço em razão da imediatidade dos fluxos de comunicação, b) o papel que joga o conhecimento no sistema produtivo, tanto no que concerne à própria produção tecnológica como, principalmente, na empregabilidade e na ocupação dos postos de gerenciamento nas empresas, mormente as transnacionais, e c) na conformação de uma nova identidade, a partir da qual os parâmetros de vida boa não são mais aquelas presentes e manifestadas na comunidade nacional, mas sim na comunidade global; e

¹² CASTELSS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**, vol. I: A sociedade em rede, trd. Roneide Venancio Majer, 6 ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002; CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**, vol. II: O poder da identidade, trd. Klaus B. Gehardt, 5 ed., São Paulo: Paz e Terra, 2006.

C) uma profunda transformação nos processos de tomada de decisões políticas em nível nacional e internacional.

Nesse último sentido, é possível pensar a globalização a partir dos conceitos de **desterritorialização** e **reterritorialização**¹³: com a emergência de relações sociais inter e transnacionais cada vez mais amplas e difusas, inclusive de caráter ilícito, a competência do Estado nacional para decidir acerca de suas políticas legislativas, econômicas, administrativas etc vem cedendo passo frente à sociedade internacional, que passa de forma reiterada a estabelecer parâmetros gerais de condução para a governança nacional.

Assim, desterritorialização e reterritorialização identificam o deslocamento dos centros de competência/decisão, vale dizer, do estado nacional para a sociedade internacional, na qual os Estados pactuam modos e princípios gerais para se enfrentar determinado problema internacional, bem como um deslocamento do centro de referências de todas as sociedades implicadas na globalização.

Isto não quer significar, no entanto, atribuir ao estado uma postura passiva, de mero receptor das regras externas. Quer significar, isto sim, uma profunda transformação no processo de decisão política, na qual o estado, nos diversos embates internacionais sobre a determinação de uma possível política internacional, busca, em relação a suas contrapartes internacionais (outros Estados, Organizações Internacionais, ONG's etc), estabelecer, discursivamente, o conteúdo dessa política.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os processos da globalização**. Disponível em <http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>, acessado em 20/02/2011, às 23:35:00. 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, v. 1, n. 10, 2012, pp. 1-31.

Isto fica evidente, por exemplo, na verdadeira “luta”¹⁴ que se trava entre os mais diversos estados no contexto de uma conferência internacional em que se discute o estabelecimento de um tratado internacional multilateral, conforme afirmado por Pastor Ridruejo ao criticar as teorias negacionistas – jurídicas ou sociológicas - do direito internacional¹⁵:

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 sabem ser respeitado de modo geral.

Nesse ponto, portanto, não resta a menor dúvida de que a globalização tem o efeito de incitar a adoção de

¹⁴ 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, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 112-116.

¹⁵ PASTOR RIDRUEJO, Jose Antonio. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**, 4 ed., Madri: Tecnos, 1992, p. 41.

projetos e programas internacionais cooperativos, por meio do direito internacional, como forma de se enfrentar, coletivamente, problemas que não dizem respeito ao estado, mas à sociedade internacional, do que decorre a crescente internacionalização do direito em seus mais variados temas, internacionalização esta que se dá em nível universal, regional ou sub-regional.

Um dos muitos exemplos a confirmar esta afirmação é encontrado no tema do crime de lavagem de capitais.¹⁶

Entretanto, é bastante óbvio que a globalização não está, e nem poderia, imune às críticas as mais variadas, tendo em conta, principalmente em seu aspecto econômico-financeiro, o aumento exponencial das assimetrias entre as diversas sociedades implicadas¹⁷, assimetrias estas que têm o condão de expor as profundas contradições que o sistema capitalista, em sua última fase de desenvolvimento, produz na forma da exclusão de uma ampla maioria de pessoas¹⁸ de

¹⁶ O tema é apresentado de forma mais pormenorizada no Capítulo 3 desse livro.

¹⁷ Roberto Esposito interpreta este aspecto negativo da globalização em passagens extraordinárias de lucidez e rigor filosófico. ESPOSITO, Roberto. **Comunidade e violência**, in DANNER, Fernando, DANNER, Leno Francisco (Org). **Temas de filosofia política contemporânea**, trd. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, Porto Alegre: Editora Fi, 2013, pp. 13-32.

¹⁸ Boaventura de Sousa Santos chama a atenção para o aumento das assimetrias não somente entre estados desenvolvidos e estados em desenvolvimento, mas também no âmbito dos próprios países ricos, mediante o crescimento daquilo que se tem denominado de terceiro mundo interior, fenômeno este desencadeado pelo crescimento exponencial da concentração de renda, hoje identificado pelos movimentos sociais através do *slogan* “somos os 99%”, com o qual procuram denunciar a concentração de parcela significativa da riqueza mundial nas mãos de 1% da população. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. Vol. 1: **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência, São Paulo: Cortez, 2001, p. 56.

terem acesso não aos bens de consumo de última geração, mas às condições mínimas de vida digna¹⁹.

II.2 Globalização e a internacionalização do Direito Penal

Se fosse possível sintetizar a mentalidade do pensamento jurídico moderno quanto à relação entre direito, nacional e internacional, e estado, esta seria: no princípio era o estado!²⁰

Esta racionalidade, derivada do sistema westfaliano, concede àquele, na qualidade de entidade político-jurídica dotada de soberania territorial, imunidade jurídica para o exercício de suas jurisdições²¹, pela qual ele impõe à sua população o dever de cumprimento de suas normas mediante a ameaça de sanção jurídica, civil ou penal, bem

¹⁹ Nesse sentido, IANNI. **Teorias da globalização**, pp. 27-72; SANTOS. **Os processos da globalização**, *passim*.

²⁰ A alusão ao capítulo 1 do Evangelho de João não é banal, na medida em que, teoricamente, nos orientamos pelo paradigma epistemológico desenvolvido por Carl Schmitt e Giorgio Agamben da teologia política, segundo o qual, “Todos os conceitos decisivos da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados”. SCHMITT, Carl. **Teologia política**, trad. Elisete Antoniuk, Belo Horizonte: Del Rey, 2006; vide também AGAMBEN, Giorgio. **Il regno e la gloria**: per una genealogia teologica dell'economia e del governo. Homo sacer, II.2, Vicenza: Neri Pozza, 2007.

²¹ 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: jurisdição legislativa (*prescriptive jurisdiction*), jurisdição adjudicativa ou jurisdicional (*adjudicative jurisdiction*) e de 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, pp. 66-83.

como, por ser igualmente soberano em relação aos 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, conforme expressamente previsto no artigo 2, 1 e 7 da CONU.

Para Pastor Ridruejo²², a estrutura da sociedade internacional no sistema westfaliano se constituiria numa estrutura justaposta, no qual o direito internacional teria por finalidade, conforme a CPJI no paradigmático caso Lótus, «[...] régit les rapports entre des Etats indépendants... en vue de régler la *coexistence* de ces communautés indépendantes ou en vue de la *poursuite de buts communs* » (grifos no original)²³. Em outras palavras, o direito internacional principia com os estados, para regular os comportamentos dos estados e para satisfazer aos interesses dos estados.

Contudo, conforme o mesmo Pastor Ridruejo, as diversas viragens e transformações sofridas pela sociedade internacional ao longo dos séculos XIX e XX, e que se manifestam de forma incisiva após 1945, e espocam nos finais da década de 1980 com a globalização, levou esta sociedade de justaposição a se recompor paulatinamente numa nova estrutura, agora caracterizada como uma sociedade de coordenação, nos quais

[...] 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,

²² PASTOR RIDRUEJO. **Curso de derecho internacional público...**, p. 70.

²³ *Apud* WEIL, Prosper. **Le droit international en quête de son identité**, Cours général de droit international public, RCAD vol. 237/1992, pp. 09-370 (p. 34).

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 mundial²⁴.

Uma parte significativa dos autores parece concordar que o final da Guerra Fria, paradigmaticamente identificada com a queda do muro de Berlim em 1989, foi o responsável, para empregar a metáfora de Norberto Bobbio²⁵, pelo desbloqueio das vias para um novo desenvolvimento do direito internacional, de seus institutos e de sua organização. Assim ocorreu no que José Augusto Lindgren Alves denomina de globalização da temática dos direitos humanos, ao menos em nível político, por ele situado com a realização da Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena em de 1993²⁶; o mesmo no âmbito do CSONU, que passou, dentro de seus critérios de seletividade política, a ter um papel mais ativo após a cessação dos conflitos ideológicos entre USA/URSS²⁷, o que redundou, para o direito penal internacional de forma positiva, em sua primeira manifestação concreta após os julgamentos de Nuremberg e Tóquio, com a criação do TPIY, e logo após, o TPIR²⁸.

²⁴ PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional...*, p. 70.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**, trd. Álvaro Lorencini, São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 49 ss.

²⁶ ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**, São Paulo: Perspectiva, 2011, pp. 23 *et seq.*

²⁷ LAMAZIÈRE, Georges. **Ordem, hegemonia e transgressão**, 2 ed., Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2010, pp. 21-43.

²⁸ BADINTER, Robert. **Soberania dos Estados: reflexões gerais**, in CASSESSE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**, trd. Sílvio Antunha, Barueri: Manole, 2004, pp. 49-58. Os ETPIY e ETPIR foram estabelecidos pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas,

Seria, então, esta a razão pela qual hoje a sociedade internacional se encontra nesse processo de conformação de uma sociedade coordenada, e não mais justaposta. Contudo, já antes do fim da Guerra Fria se tem indícios desse rumo, como fica evidente no Parecer Consultivo da CIJ sobre as reservas à Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio²⁹, 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 adotam, a intenção de reunir o maior número possível de participação.

Portanto, é nesse contexto de transformações³⁰ que podem ser encontrados os traços daquilo que se tem

respectivamente as Resoluções 827, de 25 de maio de 1993 e 955, de 08 de novembro de 1994.

²⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Reservation to the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide**. Advisory opinion of 28 May 1951.

³⁰ Prosper Weil, resgatando as lições de Maurice Bourquin de 1931, afirma que a ideia de que seria a queda do muro de Berlim e o fim do império soviético que teriam dado novo impulso ao direito internacional não passa de uma percepção equivocada da realidade internacional. Em verdade, reportando-se às lições de Gerald Fitzmaurice, o autor alude ao contínuo processo de transformações e mudanças que acompanha o direito internacional. WEIL, **Le droit international en quête...**, pp. 26-28. No mesmo sentido segue a lição de Shabtai Rosenne, quando afirma

denominado de internacionalização do direito, cuja caracterização fica mais clara com o seguinte quadro:

A) **de um lado**, uma contínua transferência de competências nacionais para a sociedade internacional, e que passam a ter no direito internacional o seu *locus* exclusivo de regulação. Talvez os exemplos mais importantes sejam o da conversão do direito à guerra (*jus ad bellum*) em um direito de guerra (*jus contra bellum* e *jus in bellum*³¹) e em um direito do pós-guerra (*jus post bellum*)³² nos termos do Capítulo VII da CONU e os diversos processos internacionais de persecução penal pela prática dos *core crimes* (sinteticamente, de Nuremberg ao TPI, passando pelo Tribunais Internacionais *ad hoc* e os Tribunais Mistos); mas também, como no caso da UE, o direito monetário. O que temos nessas hipóteses? Expressões até então da soberania nacional que passaram a ser integralmente reguladas pelo direito internacional (na última hipótese, pelo direito comunitário europeu), cujas normas expressam mais do que um interesse particular de todos Estados, um interesse comum daquilo que alguns internacionalistas têm denominado de Comunidade Internacional³³;

que as transformações por que o direito internacional tem passado não lhes são nem estranhas nem lhes retira o seu caráter perene como fator regulante da sociedade internacional. 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 por que tem passado a sociedade internacional, e isso em razão do papel preponderante que o princípio da boa-fé sempre ocupou no âmbito das relações internacionais. ROSENNE, Shabtai. **The perplexities of modern international law**, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 449-455.

³¹ *Jus in bellum* deve ser entendido como sinônimo de direito humanitário.

³² DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Guerra ao terror: da biopolítica à bioguerra**, Porto Velho: EDUFRO, 2013, pp. 91-95.

³³ 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

B) **de outro lado**, uma contínua e ininterrupta regulamentação internacional, fundada sobre o princípio da cooperação nas mais diversas matérias como o direito do comércio, do desenvolvimento, das comunicações, direitos humanos, direito penal, direito ambiental etc, da qual deriva, para os Estados, a necessidade, ou mesmo o dever, de harmonizar suas legislações em relação ao direito internacional.

Teoricamente, é interessante notar como estes novos campos de regulações internacionais (pelo que é mais correto falar-se em internacionalizações e não de internacionalização³⁴) interferem sobremodo na conformação teórica do próprio direito internacional mediante a sua compartimentação em um direito internacional geral, de caráter majoritariamente consuetudinário³⁵, e direitos internacionais fundados em

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.

³⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**, trd. Maria E. de A. P. Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1994, pp. 47-58.

³⁵ Não se pode perder de vista que para o direito internacional, diversamente do que acontece nos direitos nacionais, mormente se pertencentes ao sistema romano-germânico, os costumes ainda se constituem nas principais e mais importantes fontes de direito (por todos, GUGGENHEIM, Paul. **Contribution a l'histoire des sources du Droit des Gens**, RCADI, vol. 94 (1958-II), p. 36 : « [...] la coutume, au point de vue de la doctrine, est la source originair et la plus importante. C'est d'elle que la seconde des sources, la convention tira sa validité [...] »), donde, por exemplo, a crítica bastante interessante de Prosper Weil àquilo que ele denominou de “*délives et poisons du “tout est coutume”*”, dada a tendência contemporânea em considerar, e.g., resoluções de organizações internacionais, convenções em processo de ratificação, projetos de tratados internacionais, decisões de Cortes Internacionais etc como costumes internacionais não em formação, mas já dados pela prevalência da *opinio juris* em detrimento do *usus*, inclusive a partir de uma estranha teoria do “costume instantâneo”. WEIL, **Le droit international en quête...**, pp. 160-188. É nessa linha que M. Cherif

tratados multilaterais, denominados de direitos internacionais especiais, muitas vezes regulando temas intrincadamente técnicos e instituidores de organismos internacionais especializados (os exemplos do direito do comércio internacional e do direito internacional do investimento são singulares nesse sentido)³⁶, dando azo àquilo que o direito internacional contemporâneo tem denominado de fragmentação, e que tem suscitado não poucas desventuras teórico-práticas para a manutenção dos princípios da unidade e da coerência no contexto do ordenamento jurídico internacional³⁷, mormente nas hipóteses de conflitos normativos entre *self-contained regimes*, em que os usuais critérios da especialidade e da cronologia não operam efeitos concretos na solução das antinomias.³⁸

Bassiouni, objetivando afastar a acusação de que os julgamentos por crimes contra a humanidade – em especial *Regina vs. Finta* – teriam ofendido ao princípio da irretroatividade da lei penal – tratar-se-ia, em sua interpretação, de um julgamento retrospectivo, e não retroativo -, na medida em que ele concede ao *Report presented to the preliminary Peace Conference by the Commission on the Responsibilities of the Authors of War and on enforcement of penalties* 83, 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, pp. xi/xxvii-xix.

³⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 17-27.

³⁷ 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.

³⁸ Por todos, 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**

Há de se destacar, no entanto, que aquilo que se sente contemporaneamente como uma característica das intersecções entre direito nacional e direito internacional em áreas do direito público – o direito penal e os direitos humanos são exemplos pujantes dessas intersecções - já era anteriormente experimentado no âmbito do direito privado, que foi o primeiro e mais importante laboratório desse fenômeno, conforme apontado por Jacob Dolinger ao discorrer sobre os fenômenos do direito uniforme e o direito uniformizado (também denominado de direito uniforme dirigido)³⁹.

Pois bem. Os diversos modos pelos quais o direito nacional e o direito internacional se intersectam nessa complexa tessitura normativa denominada de internacionalizações do direito – a alusão à rede de Indra satisfaz plenamente a realidade dessa estrutura normativa - se manifestam, conforme Mireille Delmas-Marty⁴⁰, a partir de três formas:

a) **Unificação**: trata-se da hipótese identificada por Jacob Dolinger 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

COMMISSION, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006.

³⁹ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral, 6 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 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).

⁴⁰ DELMAS-MARTY, Mireille.. **Trois défis pour un droit mondial**, Paris: Éditions du Seuil, 1998, p. 118 *et seq.*

conformidade com o regramento estabelecido pelo Direito Internacional, como nas hipóteses das Leis Uniformes de Genebra;

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.

É o que se dá, geralmente, no âmbito das regulações internacionais sobre o direito penal, na medida em que os tratados internacionais, estabelecendo, *e.g.*, mandados internacionais de tipificação interna, o fazem a partir de regras gerais, salvaguardando aos estados parte a possibilidade de adotarem integral ou parcialmente o programa internacional a depender dos princípios fundamentais de seus ordenamentos jurídicos⁴¹.

Um exemplo dentre os muitos, e pertinente ao tema desse trabalho. Tanto os artigos 4º, 7º e 8º da CIPTPCDF⁴²,

⁴¹ Basta pensar que um tratado multilateral deverá apresentar parâmetros de regulamentação pelo direito nacional para estados partícipes de famílias jurídicas tão disparees como o são os do sistema romano-germânico, anglo-saxão, islâmico, dentre outros, donde o papel importantíssimo desempenhado pelo direito comparado na compreensão do direito penal internacional, mormente no tema relativo aos “princípios gerais do direito penal”. Por todos, 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, pp. 47-52.

⁴² “Artigo 4 - Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com o seu direito penal [...] Artigo 7 - 1. O Estado Parte

como os artigos 1º, b e d, 3º e 7º da CISDFP⁴³ estabelecem a obrigação internacional de os Estados parte tipificarem o

fará com que o crime de desaparecimento forçado seja punível mediante penas apropriadas, que considerem a extrema gravidade desse crime. 2. Os Estados Partes poderão definir: a) Circunstâncias atenuantes, especialmente para pessoas que, tendo participado do cometimento de um desaparecimento forçado, efetivamente contribuam para a reaparição com vida da pessoa desaparecida, ou possibilitem o esclarecimento de casos de desaparecimento forçado, ou a identificação dos responsáveis por um desaparecimento forçado; b) Sem prejuízo de outros procedimentos penais, circunstâncias agravantes, especialmente em caso de morte da pessoa desaparecida ou do desaparecimento forçado de gestantes, menores, pessoas com deficiência ou outras pessoas particularmente vulneráveis [...] Artigo 8 Sem prejuízo do disposto no Artigo 5, 1. O Estado Parte que aplicar um regime de prescrição ao desaparecimento forçado tomará as medidas necessárias para assegurar que o prazo da prescrição da ação penal: a) Seja de longa duração e proporcional à extrema seriedade desse crime; e b) Inicie no momento em que cessar o desaparecimento forçado, considerando-se a natureza contínua desse crime. 2. Cada Estado Parte garantirá às vítimas de desaparecimento forçado o direito a um recurso efetivo durante o prazo de prescrição.”

⁴³ “*Artigo 1º* - Os Estados Membros nesta Convenção comprometem-se a: [...] b) Punir, no âmbito de sua jurisdição, os autores, cúmplices e encobridores do delito do desaparecimento forçado de pessoas, bem como da tentativa de prática do mesmo. [...] d) Tomar as medidas de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de qualquer outra natureza que sejam necessárias para cumprir os compromissos assumidos nesta Convenção [...] *Artigo 3º* - Os Estados Membros comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima. Os Estados Membros poderão estabelecer circunstâncias atenuantes para aqueles que tiverem participado de atos que constituam desaparecimento forçado, quando contribuam para o aparecimento com vida da vítima ou forneçam informações que permitam esclarecer o desaparecimento forçado de uma pessoa [...] *Artigo 7º* - A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão

crime em seus ordenamentos jurídicos, respeitados, de um lado, conteúdos comuns mínimos da incriminação, e de outro, o respeito aos princípios jurídicos fundamentais de seus ordenamentos jurídicos.

Isto fica muito evidente, *n.g.*, no tocante à imprescritibilidade ou não do delito, já que para o Direito Internacional, sendo o crime de desaparecimento forçado de pessoas uma modalidade de crime contra a humanidade, é imprescritível⁴⁴, o mesmo não o sendo para os estados que, nos termos das duas convenções, adotem o regime de prescrição (artigos 7º e 8º dos respectivos tratados internacionais). Assim, como forma de uniformizar a temática em âmbito interno, as duas convenções estabelecem: que a prescrição seja correspondente aos crimes mais graves existentes nos ordenamentos nacionais e que o prazo prescricional somente inicie a partir do momento em que o delito se consumar (com o retorno da pessoa ou a descoberta de seu paradeiro ou corpo), dado o seu caráter permanente (que é um critério comum de criminalização para todos os ordenamentos jurídicos).

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 em termos de valores e princípios jurídicos fundamentais das mais diversas nações.

sujeitas a prescrição. No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Membro.”

⁴⁴ Nesse sentido, artigo 29 do ETPI. Na mesma senda, Resolução 2338 (XXII), da AGONU, de 18 de dezembro de 1967 e a CSICGCCH, de 26 de novembro de 1968.

Trata-se, portanto, da constatação da impossibilidade de uniformização e pela busca de um compromisso internacional 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 gerais⁴⁵.

Pois bem. O tema 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 ponto de vista prático, por não poucas contradições, e que tendem, se expressadas na forma de uma absolutização dos princípios da segurança ou da liberdade, numa verdadeira aporia.

Ora, tanto o direito penal como o direito internacional dos 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, primeiro o direito penal, e depois os direitos humano.

No contexto do direito penal, M. Cherif Bassiouni⁴⁶, em um estudo no qual ele apresenta o desenvolvimento histórico e a prática contemporânea do princípio da jurisdição universal, afirma que em 2001 haviam 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

⁴⁵ Sobre esta temática em particular, ver o Capítulo 7, no qual se discute a internacionalização do direito da execução penal a partir do problema da harmonização.

⁴⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. “**Universal jurisdiction for international crimes:** historical perspectives and contemporary practice”. *Virginia Journal of International Law* 42, n. 81, fall 2001.

internacional, pirataria etc) e estabeleciam, a partir de critérios variados, a jurisdição universal dos estados parte, ou a extraditabilidade ou mesmo uma combinação de ambos (princípio *aut dedere aut judicare*) para a persecução penal desses delitos (*indirect enforcement*). Já no âmbito do direito internacional costumeiro, afirma que os crimes de pirataria e o de tráfico de escravos se constituíram nas primeiras formas de incriminação internacional. Aponta, ademais, o próprio desenvolvimento da jurisdição das cortes internacional, de Nuremberg e Tóquio ao Tribunal Penal Internacional, como expressão da crescente preocupação da sociedade internacional no enfrentamento dos *core crimes* a partir de um postulado claramente humanitário, e não mais egoístico dos Estados, em que a própria sociedade internacional, através de órgãos próprios, exerce a persecução penal em relação a estes crimes (sistema *direct enforcement*⁴⁷).

Já com relação aos direitos humanos, Norberto Bobbio⁴⁸ indica as três viragens históricas por que passou a regulação da matéria: a) primeiramente, entre os séculos XVIII e início do século XX, os direitos humanos foram assegurados quase que exclusivamente através de normas nacionais – constitucionais ou não, sendo a hipótese do nascente direito internacional humanitário uma exceção a este fenômeno⁴⁹; b) a partir do entre guerras e o fim da

⁴⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to international criminal law**, [s.ed], New York: Transnational Publishers, 1997, p. 333 ss.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 9 ed., trad. Carlos N. Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 45 *et seq*; BOBBIO, Norberto. POLITO, Pietro (Org.). **O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra**, trd. Daniela Versiani, Barueri: Manole, 2009, p. 111 *et seq*. Para uma análise do caso brasileiro, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**, T. I, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 46 ss.

⁴⁹ Mesmo porque, não se pode falar propriamente de direito internacional dos direitos humanos antes do surgimento do direito internacional humanitário na *Convention for the amelioration of the conditions*

segunda guerra mundial, a crescente internacionalização dos direitos humanos, mormente a partir da DUDH de 1948 e dos 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.

Dado o que se disse até agora, seria possível caracterizar-se a internacionalização do direito penal da seguinte forma: tanto a competência legislativa do estado como o exercício de seu poder persecutório em relação ao fenômeno criminal está, em graus bastante variados, vinculado⁵⁰ ao sistema internacional de cooperação internacional em matéria penal, sejam eles de caráter universal através das diversas Convenções Internacionais pactuadas na ONU (para ficarmos em alguns exemplos, as

of the wounded in armies in the field, dita de Genebra, de 1864, e que foi seguida pela *Declaration renouncing the use, in time of war, of explosive projectiles under 400 grammes weight*, dita de São Petersburgo, de 1868, e no entre guerras, de algumas normas internacionais de proteção às minorias e a constituição, no Tratado de Versalhes, da OIT.

⁵⁰ Por vinculação se há de compreender que os Estados, ao ratificarem um Tratado Internacional, estão obrigados a lhe darem cumprimento em atenção aos princípios *pacta sunt servada* e *bona fide* (artigo 26 c/c artigo 29 da CVDTE/69). Isto implica, em ligeira síntese, no dever jurídico de agir conforme o que foi pactuado no Tratado Internacional, devendo-se, por regra geral, adequar o seu ordenamento jurídico aos termos daquela obrigação, de acordo com os princípios gerais e cultura jurídica do Estado. Nenhuma regra de direito interno, seja qual for a sua posição na hierarquia das fontes (isto para os ordenamentos jurídicos dotados de, pelo menos, constituições rígidas) poderá servir de escusa para o inadimplemento da obrigação livremente assumida (artigo 27 da CVDTE/69).

Convenções onusianas sobre o Tráfico de Entorpecentes, o Crime Organizado, Contra a Corrupção e Contra o Financiamento do Terrorismo, além de, obviamente, o Estatuto de Roma e a CIPTPCDF), seja de caráter regional, no âmbito, e.g., da União Europeia e da Organização dos Estados Americanos⁵¹, dos quais derivam obrigações de natureza legislativa, administrativa e judicial, como, v.g., o dever de tipificação de comportamentos, a cooperação judiciária e policial entre estados no âmbito, por exemplo, da extradição, a persecução penal etc.

Referida internacionalização é consequência da reiteração de obrigações internacionais ratificadas pelos estados em matéria penal, na qual prepondera o liame cada vez mais estreito entre jurisdições nacionais e internacionais, em especial no âmbito dos *core crimes*, mormente em razão do princípio da complementariedade, tal como estabelecido no parágrafo 10 e nos artigos 1 e 17 do ETPI.

Conforme William A. Schabas⁵², o princípio da complementariedade

Como originalmente concebido, o termo “complementariedade” pode ser um pouco ambíguo, pois o que se estabelece é uma relação entre a justiça nacional e a justiça internacional na qual esta está longe de ser “complementar”. Em vez disso, os dois sistemas funcionam em oposição e, em certa medida, com hostilidade *via-à-vis* o outro. O conceito é muito diferente do regime estabelecido para os tribunais ad hoc, conhecido por primazia,

⁵¹ Exemplo importante nesse sentido é a CISDFP, em seu artigo 1º, b e d c/c artigos 3º e 4º. Esta Convenção encontra-se em processo de ratificação, já tendo sido aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 127/2011.

⁵² SCHABAS, William A. **An introduction to the International Criminal Court**, 4 ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 190-191.

segundo o qual os tribunais *ad hoc*⁵³ podem assumir a jurisdição de direito, sem a necessidade de demonstrar a falha ou insuficiências do sistema nacional. Ele é mais análogo à abordagem adotada por organismos internacionais de direitos humanos, que exigem do reclamante ou peticionário demonstrar o esgotamento dos recursos internos. Os sistemas nacionais têm prioridade em termos de resolução de seus próprios problemas de direitos humanos, e só quando eles deixarem-no de fazer, os organismos internacionais poderão prosseguir. Provavelmente, a maior parte das petições internacionais são recusadas nessa fase por falta de esgotamento dos recursos internos.

É importante destacar, entretanto, que os princípios da complementariedade e da primazia não são os únicos a reger a jurisdição penal em matéria de persecução dos crimes internacionais, na medida em que também se reconhece a regra da concorrência no âmbito do princípio da justiça

⁵³ O autor faz referência aos TPIY e TPIR, que em seus respectivos Estatutos estabeleciam o princípio da primazia de suas jurisdições sobre as jurisdições dos estados nacionais, conforme, respectivamente, os artigos 1º e 9, 1 do ETPIY, de 25 de maio de 1993 e os artigos 1º e 8, 1 do ETPIR, 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, trd. Luciana P. Venâncio, Bauru: Manole, 2004, pp. 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, no qual o autor destaca o papel desempenhado por M. Cherif Bassiouni em todo o processo de investigação dos crimes praticados na guerra dos Balcans e no da criação do tribunal, com especial enfoque no tema relativo ao litígio político-discursivo entre defensores da justiça internacional e *realpolitik*, dentre outros; e CRUVELLIER, Thierry. **Court of remorse**: inside the International Criminal Court for Rwanda, trd. Chari Voss, Madison: University of Wisconsin Press, 2006.

universal ou cosmopolita⁵⁴. Por meio dessa forma de jurisdição penal internacional, qualquer estado que tenha assumido a obrigação internacional⁵⁵ de exercer a persecução penal em relação aos crimes internacionais, próprios ou impróprios, será competente para julgar, conforme o seu próprio ordenamento jurídico, aos autores que os tenham praticado fora da esfera de validade de sua jurisdição penal⁵⁶

⁵⁴ Esse foi um dos argumentos utilizados pelo Tribunal Constitucional da Espanha, por intermédio de sua Sala Segunda, quando julgou procedente o juízo de amparo proposto por Rigoberta Menchú e outros em face às decisões proferidas pelo Pleno da Sala Penal da Audiência Nacional, mantida pela Segunda Sala do Tribunal Supremo de Justiça, que haviam determinado o arquivamento do processo de investigação aberto pela Audiência Nacional em razão dos crimes de tortura, genocídio e outros crimes internacionais ocorridos na Guatemala entre os anos de 1978 e 1986. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre. Recursos de amparo 1744-2003, 1755-2003 y 1773-2003 (acumulados). Promovidos por doña Rigoberta Menchú Tum y otros frente a la Sentencia y Auto de las Salas de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, en causa por delitos de genocidio, terrorismo y torturas en Guatemala. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia penal): jurisdicción universal de los Tribunales españoles en materia penal.* BOE n. 258 – Suplemento, Viernes 25/10/2005.

⁵⁵ Assunção esta que pode derivar de norma convencional ou consuetudinária. JANKOV, **Direito Internacional penal...**, p. 100.

⁵⁶ Nesse sentido, é importante diferenciar a esfera de validade da esfera de eficácia. A esfera de validade será, sempre, o território do estado, real ou por ficção. Já a esfera de eficácia é a possibilidade de se aplicar as normas nacionais a atos ou fatos ocorridos fora do território, o que dá azo ao princípio da extraterritorialidade. Conforme Hildebrando Accioly: “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 [...]” como, *v.g.*, no caso da competência pessoal do Estado, “[...] que alcança [...] nacionais seus, que se encontram fora da esfera própria de validade de suas competências. Em tais casos, o que ocorre não é a extensão da validade da ordem jurídica do Estado [...] é, sim, apenas, a extensão da eficácia das normas jurídicas do primeiro a indivíduos que a ele se acham ligados [...]. Essa eficácia também se exerce [...] em relação a navios e aeronaves fora de seu espaço marítimo ou de seu espaço aéreo”. ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito**

em razão da regra de conexão⁵⁷ prevista para estes crimes, a incriminação internacional⁵⁸, jurisdição essa que somente cede passo se o estado territorialmente competente exerceu ou vir a exercer a perseguição penal⁵⁹.

Frise-se, no entanto, que após a decisão proferida pela CIJ no caso Yerodia⁶⁰, o tema relativo à jurisdição universal dos estados em relação aos crimes internacionais foi significativamente modificado, mormente no que diz

internacional público, vol. II, 3 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 156.

⁵⁷ “As regras de conexão são as normas estatuídas pelo D.I.P. que indicam o direito aplicável às diversas situações jurídicas conectadas a mais de um sistema legal”. DOLINGER, **Direito internacional privado...**, p. 289.

⁵⁸ JANKOV, **Direito internacional penal...**, pp. 100-102.

⁵⁹ Colhe-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 querrela, 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 querrela 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.”

⁶⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Yerodia Case, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>. Acessado em 25/07/2012, às 10:00:00.

respeito à reafirmação das imunidades diplomáticas e dos limites internacionais ao exercício dessa forma de persecução criminal – vendando, por exemplo, a jurisdição internacional *in absentia*.

A ideia expressada por William A. Schabas de uma hostilidade *vis-à-vis* entre as jurisdições nacionais e a do TPI, e que pode ser estendida às relações entre jurisdições estatais quanto ao exercício do princípio da jurisdição universal, põe em relevo um tema que precisa ser discutido nesse trabalho, que é o da (in)existência de um conflito real entre soberania nacional e os institutos do direito penal internacional, o que será enfrentado no próximo item.

III. Internacionalização do Direito Penal e o Problema da Soberania

Não parece existir um tema mais polêmico no plano das relações entre direito nacional e direito internacional do que o relativo à soberania⁶¹, 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 monistas⁶² e dualistas⁶³ 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

⁶¹ “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, Michael, MALANCZUK, Peter (org.). **Akehurt’s modern introduction to internacional law**, 17 ed., New York: Routledge, 1997, p. 17.

⁶² KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le Droit Interne et le Droit International**, RCADI vol 14, pp. 227-332, 1926.

⁶³ TRIEPEL, H. **Les rapports entre le Droit Interne et le Droit International**, RCADI vol 1, pp. 73-122, 1923.

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 ao *daimon* da guerra e da discórdia, e que por derivação metonímica passou a nomear o próprio fato da discórdia, da guerra.

Faz-se essa digressão linguística para pôr em questão o próprio fato de sua origem, e que somente pode ser encontrada no âmbito da discórdia discursiva entre soberanistas e internacionalistas, e que resta melhor compreendida ao se utilizar de um referencial da teoria crítica. No presente trabalho, este referencial será a fase genealógica de Michel Foucault.

Pois bem. Michel Foucault nesta fase de sua obra, também conhecida por analítica do poder, ao abdicar de uma análise formal-substancialista para a compreensão dos problemas da filosofia política – O que é o poder? O que é a soberania? O que é o direito? etc -, adota um procedimento no qual ele passou a perquirir sobre o “como do poder”⁶⁴:

O que tentei investigar [...] foi o *como* do poder; tentei discernir os mecanismos existentes entre dois pontos de referência, dois limites: por um lado, as regras do direito que delimitam formalmente o poder e, por outro, os efeitos de verdade que este poder produz, transmite e que por sua vez reproduzem-no. [...] A questão fundamental da filosofia política poderia ser esquematicamente formulada nesses termos: como pode o discurso da verdade [...] fixar os limites de direito do poder? Eu preferiria colocar uma outra, mais elementar e muito mais concreta em relação a esta pergunta tradicional [...]: de que regras de direito as relações de poder

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. **Soberania e disciplina**, in **Microfísica do poder**, 23 ed., trad. Maria Teresa de Oliveira e Roberto Machado, São Paulo: Graal, 2007, p. 179/181.

lançam mão para produzir discursos de verdade? [...] Afirmar que a soberania é o problema central do direito nas sociedades ocidentais implica, no fundo, dizer que o discurso e a técnica do direito tiveram basicamente a função de dissolver o fato da dominação dentro do poder [...].

Assim, a perquirição pelo “como do poder” se constitui no método que permitiu a Michel Foucault apreender um ponto central que media dois polos distintos: num polo, as regras de direito que delimitam formalmente o poder a partir do discurso da soberania; noutra polo, aquilo que ele denominava por efeitos de verdade produzidos pelo poder, isto é, a criação de subjetividades. É, portanto, entre esses dois polos que o poder é exercido⁶⁵ – e não constituído – já que o poder não tem uma essência, uma substância, mas somente existe em ato – a tríade direito, poder e verdade. Como já afirmado em outro local⁶⁶:

A singularidade da obra de Michel Foucault em relação àquelas outras que se fundaram e se fundam numa análise substancialista do poder é a de demonstrar, a partir de uma abordagem que ele denominava de acontecimentalização, a relação indissociável entre o poder e os discursos de verdade das mais diversas ciências como forma de legitimar o exercício do poder; que não existe poder sem saber; que não existe saber sem poder. A conhecida díade poder-saber.

O poder não seria exercido se não fosse posto em circulação por um saber, isto é, por um discurso de verdade que funciona como estratégia ao seu exercício sobre indivíduos ou sobre uma população, aos quais incute uma verdade e que os obriga a

⁶⁵ FOUCAULT, **Em defesa da sociedade**, p. 28.

⁶⁶ DE OLIVEIRA, **Guerra ao terror...**, p. 31.

proferir esta verdade e a viver segundo esta verdade, de modo a tornar possível a dominação irrefletida. Contudo, o saber também não existiria sem o poder. A função do poder em Michel Foucault não é somente o de propiciar a dominação, como também o de fazer circular um saber que tem a finalidade de lhe dar legitimidade. Muito mais do que produzir ou formar um saber, o poder sustenta um saber de que necessita para ser exercido de forma inconteste.

Uma vez tendo caracterizado o poder como acontecimento⁶⁷ é que Michel Foucault poderá inverter o famoso aforismo de Carl von Clausewitz – “a guerra é a continuação da política por outros meios” –, substituindo-a por uma concepção bélica da política, segundo a qual – “a política é a continuação da guerra por outros meios”⁶⁸ –, na medida em que os discursos sobre a verdade desempenham um papel preponderante para o exercício concreto do poder. A *pólemos*, portanto, não se dá mais no corpo-a-corpo dos campos de batalha, mas na esfera discursiva em que os saberes se debatem *vis-à-vis* para justificar o exercício do poder e ocultar o fato da dominação.

É a partir desse referencial teórico que se irá interpretar a polêmica entre soberanistas e internacionalistas.

⁶⁷ Para uma melhor explicação sobre o conceito de acontecimentalização, consultar FOUCAULT, Michel. **O que é a crítica? Crítica e Aufklärung**, trad. Gabriela Lafetá Borges, disponível em <http://www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/>, acessado em 15 de fevereiro de 2006, às 3:00:00.

⁶⁸ FOUCAULT, **Em defesa da sociedade**, p. 22. É óbvio que a teoria foucautiana na sua fase analítica não se encerra na caracterização bélica da política, já que a mesma tem por finalidade fundamentar a sua originalíssima concepção sobre a biopolítica, com a qual ele demonstra o caráter econômico da política moderna, a assunção da própria vida biológica do homem como meta última do exercício do poder, a possibilidade de esta biopolítica se converter numa tanatopolítica etc.

III.1 Jurisdição penal internacional e soberania

No que concerne ao tema do trabalho – a justiça penal internacional –, Antonio Cassesse narra um diálogo por ele travado com um parlamentar de um estado europeu logo após a criação do TPIY – do qual ele foi o primeiro presidente - e que demonstra à saciedade esse litígio discursivo. Disse o parlamentar a Antonio Cassesse⁶⁹:

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 Cryer⁷⁰:

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.

⁶⁹ CASSESSE, Antonio. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?**, in CASSESSE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais...**, p. 3.

⁷⁰ CRYER, Robert. **International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round?** The European Journal of International Law vol. 16, n. 5, 2006.

Pois bem. Assim como afirmam Antonio Cassese, Robert Cryer, M. Cherif Bassiouni⁷¹ e Allison Marsten Danner e Beth Simmons⁷², dentre outros autores, interpreta-se nesse trabalho que esse litígio mais do que envolver um problema jurídico sobre a soberania, envolve um problema político sobre os limites internacionais de atuação do estado nacional, bem como dos custos político-jurídicos envolvidos na cooperação internacional, em especial no tema concernente à persecução penal aos *core crimes*.

Essa interpretação leva em conta pelo menos três fundamentos:

A) primeiro, juridicamente falando, a soberania sempre foi assegurada e delimitada pelo direito internacional e, segundo a melhor doutrina⁷³, nunca se referiu às relações

⁷¹ 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-S06-BassiouniDraft.pdf, acessado em 15/05/2012, às 15:45:00.

⁷² 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 10/06/2013, às 17:00:00.

⁷³ 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, trd. Gaspar de A. Isunza, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 267 *et seq*; GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**, vol. I, trd. Ciro Mioranza, Ijuí: Editora Unijui, 2044, pp. 175 *et. seq.*; DE VATTEL, Emer. **O direito das gentes**, trd. Vicente Marotta Rangel, Brasília: IPRI/Editora da UNB, 2004, pp. 1 *et seq*. Markus Kotzur chama à atenção para o fato de que a tríade caracterizadora da soberania na obra de Vattel ainda hoje orienta a compreensão da CIJ 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

entre o direito nacional e o direito internacional, mas somente às relações **entre estados**⁷⁴;

B) segundo, o problema, sendo político, é encontrado não no contorno jurídico-internacional da soberania, mas na *realpolitik*; e

C) terceiro, de fato, a contínua institucionalização da justiça internacional tende a diminuir não a soberania dos estados, mas a exclusividade de sua jurisdição penal em relação aos crimes internacionais, o que, de resto, acontece em outras áreas do direito.

Quanto ao primeiro critério, é importante mais uma vez lembrar o que foi dito *an passand* em linhas acima, tendo por finalidade a desambiguação do conceito de soberania.

É consabido que o conceito de soberania é subdividido em duas manifestações autônomas, mas

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, trd. Marcus V. X. de Oliveira e Gabriel G. de Godói, Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-19.

⁷⁴ Conforme Akehurst “[...] 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.

complementares, a saber, soberania interna e soberania externa.

A primeira, regida internacionalmente pelo princípio da não intervenção em assuntos de jurisdição interna, assegura aos estados, no exercício de suas competências político-jurídicas de autoconstituição, auto-organização e autogoverno, se organizarem político-juridicamente de conformidade com a ideia de direito⁷⁵ que for soberanamente decidida por seu povo através de suas constituições e leis. Em outras palavras, sistema político, regime e forma de governos, distribuição de competências entre os órgãos de soberania, delimitação da atuação de suas respectivas ações tanto entre órgãos como, principalmente, em relação aos indivíduos (direitos fundamentais), dentre outros temas, se conformam em assuntos de livre decisão política assegurada internacionalmente pelo princípio da não intervenção, pelo qual nenhum estado, ou mesmo a sociedade internacional, poderá se imiscuir de forma a sobredeterminar a adoção de um programa político ou o modo como um determinado conflito interno de exclusiva jurisdição do estado será resolvido, conforme, aliás, expressamente reconhecido pelo artigo 2, 7 da CONU e artigo 1º comum aos PIDCP/66 e PIDESC/66, princípio este que tem sido correntemente reafirmado pela AGONU, como, *v.g.*, na Resolução 2625 (XXV), de 24 de outubro de 1970, que proclamou a DPDIRRACE/70.⁷⁶

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 358/377: “[...] soberania significa faculdade originária de livre regência da comunidade política mediante a instituição de um poder e a definição do seu estatuto jurídico [...] que se identifica por certa origem e finalidade e se manifesta em certas circunstâncias; são os limites ligados à configuração do Estado à luz do poder constituinte material ou à própria identidade do Estado de que cada Constituição representa apenas um momento da marcha histórica”.

⁷⁶ Ao estabelecer os contornos desse princípio, a aludida Resolução assim o faz: “**The principle concerning the duty not to intervene in**

Agora, uma leitura atenta do artigo 2, 7 da CONU demonstra à saciedade que, aquilo que é denominado soberania em âmbito interno é ali denominado de jurisdição (*domestic jurisdiction*) (*in litteris*: “[...] intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado [...]”), expressão que, no plano internacional, identifica, conforme Patrick Capps, Malcolm Evans e Stratos Konstadinidis ⁷⁷

matters within the domestic jurisdiction of any State, in accordance with the Charter - No State or group of States has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State. Consequently, armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of the State or against its political, economic and cultural elements, are in violation of international law. No State may use or encourage the use of economic political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind. Also, no State shall organize, assist, foment, finance, incite or tolerate subversive, terrorist or armed activities directed towards the violent overthrow of the regime of another State, or interfere in civil strife in another State. The use of force to deprive peoples of their national identity constitutes a violation of their inalienable rights and of the principle of non-intervention. Every State has an inalienable right to choose its political, economic, social and cultural systems, without interference in any form by another State. Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as reflecting the relevant provisions of the Charter relating to the maintenance of international peace and security.”

⁷⁷ CAPPES, Patrick, EVANS, Malcolm, KONSTADINIDIS, Stratos (Org.). **Asserting jurisdiction**: International and European legal approaches, Oxford: Hart Publishing, 2003, pp. xix-xx. No mesmo sentido SHAW, Malcolm. **International law**, 6th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 645: “Jurisdiction concerns the power of the state under international law to regulate or otherwise impact upon people, property and circumstances and reflects the basic principles of state sovereignty, equality of states and non-interference in domestic affairs”.

[...] uma forma de poder legal ou competência. Conforme Hohfeldian, isto significa que a jurisdição diz respeito ao poder de controlar e alterar as relações jurídicas daqueles que estão sujeitos a essa competência através da criação e aplicação de normas jurídicas. Assim, por exemplo, um Legislativo pode promulgar uma série de regras que alterem as relações jurídicas das pessoas que lhe estão sujeitas (por exemplo, os cidadãos ou empresas). Além disso, os Estados que tenham consentido no exercício da chamada jurisdição obrigatória da CIJ pode ter algumas de suas relações jurídicas julgadas pelo Tribunal, uma vez que tem a competência para determinar os direitos e obrigações dos Estados que tenham consentido em sua jurisdição.

Assim, o que se denomina de soberania em nível interno é identificado internacionalmente pela expressão jurisdição, expressão esta que abrange o conjunto de competências internacionalmente asseguradas pelo direito internacional para que o estado possa, no gozo de sua independência, conforme Vaughan Lowe “[...] **criar, aplicar e executar as regras de conduta aos indivíduos**. Relaciona-se essencialmente à extensão do direito do Estado de regular a conduta e as consequências dos eventos”⁷⁸ (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”⁷⁹(grifos nossos).

⁷⁸ Vaughan Lowe, *apud* JANKOV, **Direito internacional penal...**, p. 69.

⁷⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, t. I, 13 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 428.

Ora, estando o conceito de soberania em nível interno ligado ao de poder constituinte originário⁸⁰, será interessante perceber que para a doutrina constitucional de cariz democrática, mesmo reconhecendo que o poder constituinte originário tem por natureza ser um poder político de fato, tendo por características a soberania (ou ilimitabilidade), a incondicionalidade, a latência, a instantaneidade, a inalienabilidade e a especialidade, as mesmas se reportam não ao direito internacional, mas antes à ordem jurídica interna anteriormente vigente ou, em sendo o caso de independência, ao ordenamento jurídico da metrópole⁸¹, e nesta última forma, por incidência do princípio de direito internacional da livre determinação dos povos. Trata-se, de qualquer sorte, de um poder limitado, externa ou internamente, e que segundo Jorge Miranda teria três fontes: a primeira de caráter interno (limitações intrínsecas) e que se reportariam à ideia de direito e programa constituinte desencadeador da nova constituição; a segunda de caráter transcendental, e que se reportariam aos valores comuns da comunidade internacional (orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana); e as limitações heterônomas, internas e externas, sendo estas aquelas “[...] provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos. Referem-se a princípios, regras ou actos de Direito internacional, donde resultem obrigações para todos os Estados ou só para certo Estado [...]”; são de caráter geral “[...] os princípios de *jus cogens* [...] Estruturantes da comunidade internacional, eles não podem deixar de se sobrepor à Constituição de qualquer Estado enquanto membro dessa comunidade”; são de caráter especial “[...] os

⁸⁰ Que exista um estreito liame entre soberania e poder constituinte originário não dá no mesmo que se afirmar a existência de identidade entre os dois institutos.

⁸¹ BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 284-287.

que correspondem a limitações do conteúdo da Constituição por virtude de deveres assumidos por um Estado para com outro ou outros Estados ou para com a comunidade internacional no seu conjunto”.⁸²

Desta sorte, recolhendo quer a orientação provinda do direito internacional quer do próprio direito público, em especial das doutrinas democráticas, não se pode afastar a ideia de que a soberania se conforma no conjunto de jurisdições asseguradas internacionalmente ao estado para que o mesmo possa, segundo seus princípios jurídicos fundamentais e sua cultura, se autogovernar mediante o asseguramento de um grau mínimo de autonomia em relação aos demais entes existentes, estados ou a sociedade internacional.

Não se trata, de outro giro, de negar a existência da soberania, enquanto expressão englobante do conjunto de jurisdições nacionais, mormente na atual etapa do direito internacional em que o fenômeno da internacionalização parece abarcar quase todos os assuntos que antes eram de competência exclusiva do estado nacional, mas de, primeiramente, restituir o conceito a sua estrutura jurídica fundamental, e, secundamente, afirmá-la como elemento caracterizador do estado constitucional de direito em suas relações com o direito internacional, pois, conforme Markus Kotzur⁸³,

Quem abandona à soberania, desconhece não somente a realidade social, como também o conteúdo jurídico do conceito, assim como a simples necessidade que as comunidades políticas têm de contar com uma capacidade, competencialmente garantida, de atuação e configuração.

⁸² MIRANDA, **Teoria do estado...**, pp. 376-378. No mesmo sentido BULOS, **Curso de direito constitucional...**, pp. 289-290.

⁸³ KOTZUR, **A soberania hoje...**, p. 3.

Quem, por outro lado, continua sustentando a habitual, mas questionável equação entre povo, Estado e nação, não é menos cego ante a realidade e frente à necessidade de dispor de uma noção de soberania que lhe seja correspondente.

Assim entendida, a soberania em sua dimensão interna, abarca, segundo o direito internacional, três tipos de jurisdições⁸⁴, a saber:

A) jurisdição prescritiva ou legislativa (*prescriptive jurisdiction*): se conforma no conjunto de competências constitucionais através das quais os estados poderão impor, sob a ameaça de sanção jurídica, normas jurídicas que têm por finalidade, para ficar no *locus* clássico, organizar o estado e reger as relações jurídicas, públicas ou privadas;

B) jurisdição adjudicativa ou judicial (*adjudicative jurisdiction*): expressão sinônima àquela utilizada em nível interno para identificar a uma das funções soberanas do estado (jurisdicional), se consubstancia no conjunto de procedimentos públicos (processo) através dos quais os estados julgam uma lide por violação a suas normas, sejam civis ou penais;

C) jurisdição executiva (*executive* ou *enforcement jurisdiction*): identifica a competência dos órgãos estatais de impor as sanções jurídicas a quem tenha sido responsabilizado pela violação às regras jurídicas, sejam elas de caráter cível ou penal.

Internacionalmente, a jurisdição penal doméstica dos estados é regulada pelos princípios da territorialidade (*esfera*

⁸⁴ JANKOV, **Direito Internacional penal...**, pp. 74-76. AKEHURST, **Akehurt's modern introduction...**, pp. 109-110. SHAW, **International law**, pp. 645-650.

de validade) e da extraterritorialidade (*esfera de eficácia*), tendo como paradigmas interpretativos os já citados casos *Lótus* da CPJI e *Yerodia* da CIJ.

No que concerne, doutro giro, à soberania em sua manifestação internacional, a mesma deve ser interpretada a partir do princípio da igualdade entre os estados, tal como proclamado pelo artigo 2, 1 da CONU e a DPDIRRACE/70, que expressamente empregam o termo igualdade soberana⁸⁵.

Conforme afirma Malcolm Shaw⁸⁶,

Outro princípio fundamental é o da igualdade jurídica dos Estados, que é a igualdade de direitos e deveres. [Os] Membros, independentemente de seu tamanho ou poder, têm as mesmas capacidades e funções jurídicas, e têm igualmente o direito a um voto na Assembleia Geral das Nações Unidas. A doutrina jurídica da igualdade de estados é uma categoria guarda-chuva que inclui em seu âmbito os direitos reconhecidos e obrigações que incidem sobre todos os Estados.

⁸⁵ Referida Resolução regulamenta este princípio nos seguintes termos: “**The principle of sovereign equality of States** - All States enjoy sovereign equality. They have equal rights and duties and are equal members of the international community, notwithstanding differences of an economic, social, political or other nature. In particular, sovereign equality includes the following elements: a. States are judicially equal; b. Each State enjoys the rights inherent in full sovereignty; c. Each State has the duty to respect the personality of other States; d. The territorial integrity and political independence of the State are inviolable; e. Each State has the right freely to choose and develop its political, social, economic and cultural systems; f. Each State has the duty to comply fully and in good faith with its international obligations and to live in peace with other States.”

⁸⁶ SHAW, **International law...**, p. 214.

É óbvio, entretanto, que este princípio tem um cariz estritamente jurídico, objetivando assegurar a todos os Estados que, no exercício de suas prerrogativas e direitos internacionais, bem como na exigência do adimplemento de suas respectivas obrigações, estejam submetidos aos mesmos princípios e regras de direito, independentemente de suas reais condições de poder. Estas desigualdades, que têm uma implicação efetiva não só no exercício dos direitos e obrigações internacionais, mas também na concreta afirmação das políticas exteriores dos estados é interpretado no contexto das relações internacionais a partir da dicotomia simetria e assimetria de poder⁸⁷, conceitos estes que permitem às relações internacionais interpretar o papel concreto que cada estado joga no cenário internacional, bastando lembrar, nesse sentido, a distinção que existe no bojo da ONU entre membros permanentes e membros transitórios do CSONU.⁸⁸

Conforme Malcolm Shaw⁸⁹:

A noção de igualdade perante o direito é aceita pelos Estados no sentido da igualdade de personalidade jurídica e capacidade. No entanto, não seria correto afirmar isso em termos de igualdade dos estados na criação do direito. Os principais estados sempre terão uma influência proporcional ao seu *status*,

⁸⁷ DE ALMEIDA, Paulo Roberto. **A ONU e a questão da assimetria de poder.** Disponível em <http://www.pralmeida.org/05DocsPRA/1427ONUassimetria.pdf>, acessado em 20.10.2007, às 19:23:00.

⁸⁸ “A desigualdade no Conselho de Segurança é deliberada. Como ouvi de um representante norte-americano quando com ele conversava sobre o assunto: “é desigual como a vida é desigual.””. SOARES, João Clemente Baena. **O conselho de segurança da ONU.** Disponível em <http://www.funag.gov.br/conselho-de-seguranca-baena-soares.pdf>, acessado em 09.08.2006, às 1:00:00.

⁸⁹ SHAW, **International law...**, p. 215.

mesmo porque as suas preocupações são muito mais amplas, seus interesses mais profundos e seu poder mais eficaz.

Ora, é nesse ponto que se torna útil perquirir sobre o problema político, e não jurídico, que envolve o tema do direito penal internacional e o da soberania.

Alisson M. Danner e Beth Simmons, analisando este problema em relação ao TPI, já que muitos estados ainda não ratificaram o seu estatuto⁹⁰, procuram interpretar este fato à luz daquilo que eles denominam de custos de soberania⁹¹:

Nós usamos a expressão “custos de soberania” para nos referir aos custos que o Estado incorre, delegando uma função normalmente executada internamente, a uma instituição sobre a qual tem pouco, se algum, controle. Para um estado, ceder autoridade para a aplicação da legislação penal que seria normalmente regulamentada internamente impõe um alto custo à soberania tanto mais no caso do TPI por causa de seu foco em processar líderes. O atual Promotor do TPI, por exemplo, emitiu uma nota pública declarando que ele irá se concentrar nos criminosos de alto nível. O anterior Promotor do ICTY [Ex-Iugoslávia] e o do ICTR [Ruanda] tem seguido uma estratégia semelhante. Este alto custo à soberania potencialmente extraído pelo TPI, no entanto, não tem detido todos os estados de se unirem à instituição. Em verdade, é o nosso argumento, é precisamente a imposição de custos *ex post* por violações que certos estados acham o TPI tão atraente.

⁹⁰ Dos cinco membros permanentes do CSONU, somente o Reino Unido (em 04/10/2001) e França (em 05/09/2000) ratificaram o ETPI, os demais (EUA, China e Rússia), não.

⁹¹ DANNER, SIMMONS, **Sovereignty costs...**, pp. 5/7.

[...] Outros aspectos do Estatuto de Roma também aumentam a probabilidade de que alguns Estados-Membros terão de pagar os custos de soberania. O Estatuto de Roma não permite que os Estados façam reservas às suas disposições. Enquanto muitos tratados permitem aos estados escolher se comprometer com algumas disposições, mas não outras, o Estatuto de Roma apresenta aos estados uma escolha do tipo tudo-ou-nada. Além disso, o TPI não reconhece nenhuma das imunidades tradicionalmente reconhecidas aos chefes de Estado e outros altos funcionários pelo direito internacional. Na verdade, o tratado desconsidera (*override*) qualquer imunidade que os estados possam conceder a seus servidores em seus sistemas internos. Assim, não há nenhuma imunidade presidencial, parlamentar ou legislativa no TPI, mesmo para os servidores que atualmente estejam exercendo estas funções. Por isso, qualquer estado que se torne parte do TPI deve permitir a possibilidade muito real de que suas figuras de alto escalão possam ser processadas neste Tribunal.

Já M. Cherif Bassiouni em sua *Henry J. Miller Distinguished Lecture*⁹², proferida em 2006 na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Geórgia, interpreta este conflito político partindo de um possível paralelismo entre o “instinto de sobrevivência” que seria compartilhado tanto pelas espécies animais, incluso a pessoa humana, como pelas sociedades politicamente organizadas (leia-se estados), e que no caso destas últimas, se manifestaria no contínuo processo histórico de afirmação do princípio do estado de direito (*rule of law*), mormente se este paralelismo organizacional for estendido às relações interestatais. Isto porque, ao se analisar estas últimas em termos políticos, vê-se uma prevalência dos interesses nacionais em detrimento

⁹² BASSIOUNI, *The perennial conflict between...*, *passim*.

dos valores sociais que seriam compartilhados (*commonly-shared values*) por todos os membros da sociedade internacional, nada obstante o ingresso destes últimos no processo de decisão internacional:

Reduzido a seus fundamentos, o que motiva os estados em suas relações não são os valores duradouros que unem os seres humanos, mas os interesses cuja importância e oportunidade se encontram em fluxo constante. Assim, o traço dominante das relações interestatais caracteriza-se pelos interesses do Estado. No entanto, é evidente a partir da evolução das relações interestatais e internacionais desde a Segunda Guerra Mundial, até agora definido pelo conceito de Westfália de soberania e pelo conceito hegeliano de interesse do Estado, freado tanto pela prudência como pelo bom-senso, que tenha ocorrido uma mudança significativa. Isto é evidenciado por considerações dos valores comumente compartilhados que transcendem à busca unilateral e a preservação do poder e da riqueza que agora fazem parte da equação mundial.

E conforme exemplifica a história do direito penal internacional, em especial após o desbloqueio das vias em 1989, a consolidação da justiça internacional para a persecução dos *core crimes* ainda estará, por muito tempo, dependente da cooperação dos estados. E esta cooperação também estará – sempre? – condicionada à aferição pelos próprios estados dos interesses historicamente situados no momento em que a mesma tiver que se concretizar, seja no cooperar com os tribunais internacionais, seja no exercer a jurisdição universal em relação aos crimes internacionais.

Agora, é interessante perceber como a própria estrutura das normas internacionais propicia esta análise de custos e oportunidades que entram em jogo na relação entre

soberania e direito internacional no geral, e direito penal internacional no particular, pois, conforme leciona Pastor Ridruejo⁹³,

Comparado com os direitos internos dos Estados, o Direito Internacional se nos apresenta como uma disciplina jurídica especialmente problemática, caracterizada por carências institucionais que motivam incerteza e relativismo no plano normativo, graves insuficiências na prevenção e sanção das violações e uma excessiva politização (*politicización extendida*) – ainda que não absoluta – na solução de controvérsias, quando não a impossibilidade de sua composição (*arreglo*). Vamos explicar estas densas ideias nas linhas que seguem. Não existe ainda na sociedade internacional um órgão normativo equiparável àquele que nos Estados exerce o poder legislativo [...] Assim [...] são os próprios Estados que criam o Direito Internacional, que são, ao mesmo tempo, os principais destinatários do ordenamento [...] Outra chamativa característica da disciplina no plano normativo é a abundância da denominadas obrigações de comportamento. Efetivamente, junto às normas que estabelecem obrigações de resultado, que são aquelas que impõe aos Estados o dever de alcançar um determinado resultado (por exemplo, a abstenção do recurso ou a ameaça de uso da força), existem normas que não contém senão obrigações de comportamento, isto é, o dever de pôr os meios para conseguir um resultado, mas sem taxativamente exigir a sua consecução (por exemplo, o de procurar chegar à solução de controvérsias internacionais). Pois bem, como a execução desse último tipo de normas deixa grandes margens de discricionariedade

⁹³ PASTOR RIDRUEJO, **Curso de derecho internacional público...**, pp. 37-40.

aos destinatários, a verificação de seu descumprimento é extremamente problemática [...] As incertezas normativas de que antes falamos exigiriam um sistema eficaz de solução de controvérsias na sociedade internacional. Mas também nesse aspecto a situação não é satisfatória, pois não há em referida sociedade um mecanismo equiparável ao que existe nos Direitos internos que, como é bem sabido, instituíram há muito tempo o processo judicial obrigatório substituível em determinadas matérias pela arbitragem [...] Ante tais controvérsias os Estados adotam uma atitude política, e não jurídica – fala-se por isso de controvérsias políticas – e de tentar solucionar a disputa por meios políticos, nos quais conservam sua liberdade soberana de ação e decisão, e não por meios jurisdicionais. Meios políticos que podem ser profundamente injustos se o nível de poder dos Estado é desigual e que podem ser ineficazes se tal poder for comparável.

Assim, de um lado, é fato que a internacionalização do direito penal na sua variante de persecução aos crimes internacionais próprios, mitiga – não anula nem suprime – a soberania dos estados, na medida em que os Tribunais Internacionais, orientados pelas regras da primazia ou da complementariedade, executam, legitimamente⁹⁴, atributos que deveriam ser exercidos pelos estados nacionais; mas, de outro lado, esta mitigação não pode nem deve ser encarada como uma forma de supressão do papel importantíssimo que os estados ainda jogam na sociedade internacional⁹⁵,

⁹⁴ Sobre a legitimidade da criação dos TPIExIug e TPIR pelo CSONU nos termos do Capítulo VII da CONU, SCHABAS, **The UN international criminal tribunals...**, pp. 3-34.

⁹⁵ Sobre este tema, Prosper Weil parece ter jogado uma pá de cal nas teorias que sustentam quer a supressão do estado como sujeito do direito internacional quer o surgimento, pós 89, de uma comunidade

nem deve servir de espeque para que os estados se abstenham de cooperar internacionalmente na efetivação de um sistema internacional mais eficaz na tutela dos direitos humanos.

A afirmação acima feita se funda num postulado teórico de caráter ideológico, que busca conciliar, de forma responsável, duas teorias das relações internacionais que se opõem numa lógica do “tudo-ou-nada”, a saber, realismo e idealismo; aquele orientado exclusivamente pela *realpolitik*, persegue uma lógica que exclui qualquer outra consideração que não seja o interesse do estado; este orientado por pretensões de institucionalização da sociedade internacional que teriam, como meta final, a eliminação do próprio estado e a constituição de uma comunidade internacional.⁹⁶

Ora, propugnar pelo constante e irrefreável aperfeiçoamento das instituições internacionais no geral, e do sistema penal internacional em particular, uma luta manifestamente idealista para se enfrentar aquilo que Kai Ambos denomina de lacuna da punibilidade fática⁹⁷, não

internacional. Conforme o autor, os estados ainda são os principais sujeitos do direito internacional, sendo o direito internacional ainda hoje fundamentalmente interestatal. WEIL, **Le droit international em quête...**, pp. 26-39 e 88-128.

⁹⁶ PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Introdução às relações internacionais**, Petrópolis: Vozes, 2004, pp. 116-140.

⁹⁷ AMBOS, **A parte geral do direito penal internacional...**, p. 40; AMBOS, Kai. **Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional**, trd. Alexandra Rosado, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n. 49, São Paulo: RT, 2004, pp. 48-88. A lacuna é fática, e não jurídica, porque a maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos pune, com graus bastante variados de penas, a maioria dos crimes que constituem os crimes internacionais próprios, muito embora não os tenha tipificado especificamente nessa rubrica. O problema é fático-político, na medida em que estes crimes, sendo praticados segundo uma decisão política de estado, não são ou não serão punidos por razões políticas, e não jurídicas, como ocorre, na maioria dos casos, com a promulgação das leis de anistia.

implica, necessariamente, na infirmação da independência do estado nacional na condução de sua política internacional, ainda mais porque nada obsta que argumentos idealistas revistam-se de meras justificativas políticas a ensejar uma ilegítima intervenção internacional⁹⁸. Parafraseando Pastor Ridruejo⁹⁹, para ser-se idealista é preciso, antes de tudo, ser-se realista, isto é, sustentar a necessidade de aperfeiçoamento dessas instituições com pés firmes na realidade das relações internacionais tal como elas efetivamente se concretizam e de conformidade com o direito internacional posto, e não em ideais (ainda) inatingíveis e moralizações que tendem a excluir a própria esfera política de que se revestem as relações entre estados.

É nesse sentido, portanto, que seguem os magistérios de M. Cherif Bassiouni e Antonio Cassese.

Bassiouni¹⁰⁰, em sua já citada *Miller Lecture* aponta a necessidade estratégica de se conciliar o aperfeiçoamento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos (constituição contínua do *rule of law* em nível internacional), no qual o direito penal internacional ocupa uma posição essencial, com os interesses dos estados, e ele o faz nos seguintes termos:

[A] Experiência jurídica demonstra que a enunciação de direitos sem [os] concomitantes remédios são declarações de Pirro, e que os remédios sem aplicação são promessas vazias. No entanto, por mais moralmente atraentes que esses argumentos sobre os direitos humanos individuais e a sua aplicabilidade possam ser, ainda é necessário

⁹⁸ Caso paradigmático foi, sem dúvida, o da intervenção militar no Iraque sob o argumento de que este estado, descumprindo resoluções do CSONU, detinha armamentos de destruição em massa.

⁹⁹ PASTOR RIDRUEJO, **Curso de derecho internacional...**, pp. 42-43.

¹⁰⁰ BASSIOUNI, **The perennial conflict between...**

oferecer aos estados um incentivo para “comprar” o reconhecimento de tais direitos e sua aplicação. A necessidade de tal incentivo surge porque os resultados decorrentes de um sistema jurídico internacional, baseado no Estado de Direito, são suscetíveis de ser prejudicial para os interesses do Estado, e pode constituir numa limitação à sua soberania, tal como decorrente do anterior sistema de Westfália que esta a minguar. [Para que] Os estados “comprem” o argumento, [este] deve necessariamente incluir os correspondentes interesses do Estado. O argumento fundamental desta proposição é que a proteção dos direitos humanos individuais, bem como dos direitos humanos coletivos, aumentam a paz e a segurança, reduz os conflitos nacionais, regionais e mundiais, e é, em última análise, mais econômico do que ter que se envolver em operações militares de intervenção humanitária, certamente por haver estados envolvidos em conflitos regionais. Em outras palavras, um argumento utilitarista sobre os direitos humanos que avança em sua reflexão sobre os interesses do Estado [*in other words, the argument advances the utilitarian side of human rights in its reflection on state interests*].

Já Antonio Cassese¹⁰¹, após responder afirmativamente ao problema da mitigação da soberania estatal por conta do desenvolvimento da jurisdição penal internacional – ele cita como exemplo a não validade das leis de anistia, a constituição dos tribunais *ad hoc* por decisão do CSONU, a aceitação de que os *core crimes* violam normas internacionais de caráter *jus cogens* e instituidoras de obrigações *erga omnes* etc -, afirma que ela é mais aparente do que real, na medida em

¹⁰¹ CASSESE, **Existe um conflito insuperável...**, pp. 7-9.

[...] esses tribunais não têm o poder de “mandar”, pois não dispõem de polícia judiciária [...] eles devem se dirigir às autoridades nacionais. Esses tribunais são, portanto, desprovidos do poder de coerção; **esse poder permanece nas mãos dos Estados soberanos**. Mesmo quando se trata de implantar aquelas inovações importantes [...] as jurisdições penais internacionais esbarram no muro da soberania [...] podem argumentar mil vezes junto a um Estado que a entrega de um de seus nacionais acusado de crimes gravíssimos não é contrário à Constituição nacional [...] e que, de todo modo, decorre das obrigações internacionais desse Estado. O que sempre acontece é que se o Estado se opõe, o indivíduo permanece sob sua autoridade, e a jurisdição internacional não tem nenhuma arma eficaz à sua disposição para constranger o Estado [...] O mesmo ocorre [...] da anulação das leis internas por jurisdição internacional. Se o Estado em questão recusa-se a curvar-se à decisão internacional e decide continuar a considerar suas leis válidas e eficazes, a jurisdição internacional pode “condená-lo”, isto é, reiterar que esse Estado violou o direito internacional, mas não dispõe de nenhum meio de coerção legal [...] O Estado soberano ainda continua vigoroso; ele ainda é uma espécie de Deus imortal; ele ainda tem em suas mãos a espada e não tem nenhuma intenção de entregá-la às instituições internacionais.

E a forma encontrada por Antonio Cassese¹⁰² para enfrentar a necessária conciliação entre direito penal internacional e soberania estatal se encontra não na infirmação definitiva desta última, mas no aperfeiçoamento do princípio da jurisdição universal¹⁰³, através do qual os

¹⁰² CASSESE, **Existe um conflito insuperável...**, pp. 9-24.

¹⁰³ Kai Ambos vislumbra nessa tese um prejuízo à consolidação do Tribunal Penal Internacional como instância supranacional de

estados exerceriam concorrencialmente a persecução penal dos crimes internacionais com os estados que, pelo princípio da territorialidade, seriam competentes.

Assim, parece ser correta a afirmação inicialmente feita de que a polêmica entre soberanistas e internacionalistas com relação ao direito penal internacional não é nada mais do que um litígio de caráter eminentemente discursivo no qual os dois lados da controvérsia se digladiam tendo por meta justificar uma forma de exercício de poder, quando, na verdade, a prática do direito internacional contemporâneo se orienta no sentido de compatibilizar os dois polos da controvérsia, sem a qual, no atual estágio da sociedade internacional, o trabalho da justiça internacional restará ineficaz.

Não parece ser menos óbvio, entretanto, que os estados constitucionais, vinculados que estão interna¹⁰⁴ e externamente aos projetos internacionais de proteção aos direitos humanos, devem cooperar internacionalmente para a consolidação da justiça internacional, pois nesse tipo de estado a soberania somente terá um significado efetivamente jurídico-político no atual estágio da história humana quando, em última instância, for a dignidade humana, e não interesses outros, que orientar o seu comportamento para dentro e para fora.

Para dentro na medida em que reconhece a necessidade de a sua jurisdição penal também estar a serviço da persecução dos autores de crimes internacionais;

persecução aos crimes internacionais, já que no âmbito da jurisdição universal os estados detêm uma margem de decisão política que poderia ilidir a efetivação da cooperação internacional horizontal. 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, pp. 86-88.

¹⁰⁴ VÁZQUEZ, Rodolfo. **Entre la libertad y la igualdad:** introducción a la filosofía del derecho, Madri: Trotta, 2006, pp. 181-207.

externamente na medida em que coopera, com outros estados ou com os tribunais internacionais, no enfrentamento da impunidade dos crimes contra a humanidade.

Markus Kotzur¹⁰⁵, nesse sentido, parece oferecer palavras chave para se compreender o tema:

O aspecto cooperativo tem consequências imperativas. “No conceito jurídico-estatal de soberania tem que estar contido o fato da coordenação e conjunção dos Estados como momento material, de tal modo, que seus limites estejam definidos pelo valor próprio do ser humano”. Dito de outro modo: o conceito material de soberania se apoia numa dupla premissa. Tal qual o Estado Constitucional, funda-se na dignidade humana e no valor próprio da pessoa como “premissa antropológica”, contendo, no entanto, ao mesmo tempo, a dimensão da cooperação, já que o estado contemporâneo não se caracteriza tanto pela sua magnitude abstrata, e sim pela pluralidade de suas vinculações jurídicas e fáticas. Se a soberania foi, historicamente falando, resultado da concentração de poder nas mãos do soberano, e se foi dessa forma que adquiriu seus conteúdos para depois, gradualmente, ser acolhida pelo Estado Constitucional, então, hoje em dia, é necessário que o poder soberano se *des-concentre* novamente. Os critérios são o “exercício cooperativo da soberania” e o princípio da subsidiariedade como “condição da realização da soberania”. As unidades de decisão subsidiárias e parcialmente soberanas fundam-se numa unidade de ação da qual derivam, e não somente para a Europa, conteúdo, forma e Constituição.

¹⁰⁵ KOTZUR, **A soberania hoje...**

Um conceito de soberania que seja igualmente válido tanto para a doutrina do direito constitucional como para o direito internacional já pressupõe este elemento cooperativo. O poder público, que atualmente tanto é exercido por unidades estatais como por unidades supraestatais surgidas dos processos de integração, não pode ser explicado por meio das categorias unidimensionais de uma teoria do Estado positivista, mas que deve ser extraído a partir da realidade do mundo globalizado dos Estados. Os textos das constituições nacionais fazem neste sentido uma contribuição indispensável. Em seu preâmbulo e em seus artigos 23, 24 e 25, aponta a Lei Fundamental de Bonn, como agudamente o tem assinalado Konrad Hesse, “para além de si mesma”. Novos propósitos terminológicos substituem a “supremacia absoluta” como característica da soberania. A interação de competências relativas, a “soberania compartilhada”, o “poder da organização internacional”, ou o “poder da integração supranacional”, constituem outras tantas palavras-chave. Em última instância, a imagem corrente da “superposição” do direito internacional ou o europeu à soberania não é exato. Não é que uma esfera soberana se superponha à outra, mas sim que os diversos âmbitos de competências e os espaços soberanos se *coordenam entre si* e se vinculam através de um *mecanismo de entrosamento* de um com o outro. O cânon normativo típico, que manifesta a decisão do Estado Constitucional a favor da cooperação internacional, *estrutura* a soberania muito mais do que a *desarticula*. A relativização da soberania não leva a lhe dizer adeus, mas à sua reinterpretação como *garantia estrutural*.

Se o contínuo aperfeiçoamento da justiça internacional ainda é dependente da cooperação internacional dos estados, sem a qual ela não logra ser eficaz,

o estado constitucional, afastando-se quer dos estados fechados quer dos estados selvagens¹⁰⁶, assume como uma sua tarefa, o “[...] desenvolvimento de um “Direito Internacional cooperativo”: a caminho de um “Direito Comum de Cooperação” [...]” sendo, pois, “[...] a resposta interna do Estado Constitucional livre e democrático à mudança no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação”.¹⁰⁷ Em outras palavras, estado democrático de direito, o mesmo que estado constitucional, deve se caracterizar, sempre, pela cooperação internacional em geral, e na cooperação penal em particular, pois é nesse cooperar que a meta de asseguarção dos direitos humanos interna e internacionalmente assegurados serão objeto de proteção efetiva.

IV. Referências

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**, vol. II, 3 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. **Il regno e la gloria**: per una genealogia teologica dell'economia e del governo. Homo sacer, II.2, Vicenza: Neri Pozza, 2007.

AKERURST, Michael, MALANCZUK, Peter (org.). **Akehurt's modern introduction to internacional law**, 17 ed., New York: Routledge, 1997.

AMBOS, Kai. **Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional**, trd. Alexandra Rosado, **Revista Brasileira de Ciências**

¹⁰⁶ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 7.

¹⁰⁷ HÄBERLE, **Estado constitucional cooperativo...**, p. 10.

Criminais, ano 12, n. 49, São Paulo: RT, 2004, pp. 48-88.

_____. **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, pp. 75-89.

_____. **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.

BADINTER, Robert. **Soberania dos Estados**: reflexões gerais, in CASSESSE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**, trd. Silvio Antunha, Barueri: Manole, 2004.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to international criminal law**, [s.ed], New York: Transnational Publishers, 1997.

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

_____. **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-S06-BassiouniDraft.pdf, acessado em 15/05/2012, às 15:45:00.

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

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

BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz,** trd. Álvaro Lorencini, São Paulo: Editora UNESP, 2003.

_____. **A era dos direitos,** 9 ed., trad. Carlos N. Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. POLITO, Pietro (Org.). **O terceiro ausente:** ensaios e discursos sobre a paz e a guerra, trd. Daniela Versiani, Barueri: Manole, 2009.

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

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, trd. Maria B. de Medina, Rio de Janeiro: Record, 2012.

BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law,** 5 ed., New York: Oxford University Press, 1998.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPS, Patrick, EVANS, Malcolm, KONSTADINIDIS, Stratos. **Asserting jurisdiction: International and European legal approaches**, Oxford: Hart Publishing, 2003.

Carta das Nações Unidas.

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

CASTELSS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**, vol. I: A sociedade em rede, trd. Klaus B. Gerhardt, 4 ed., São Paulo: Paz e Terra, 2005.

_____. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**, vol. II: O poder da identidade, trd. Klaus B. Gehardt, 5 ed., São Paulo: Paz e Terra, 2006.

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 Corrupção, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 348/2008.

Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 231/2003.

Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 127/2011.

Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados de 2006.

Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 769/2005.

Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968.

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

CRYER, Robert. **International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round?** The European Journal of International Law vol. 16, n. 5, 2006.

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 10/06/2013, às 17:00:00.

DE ALMEIDA, Paulo Roberto. **A ONU e a questão da assimetria de poder.** Disponível em <http://www.pralmeida.org/05DocsPRA/1427ONUaassimetria.pdf>, acessado em 20.10.2007, às 19:23:00.

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.

_____. **A internacionalização da execução penal:** em qual(is) sentido(s), Rio de Janeiro, 2013, [s.l.].

_____. **Guerra ao terror:** da biopolítica à bioguerra, Porto Velho: Edufro, 2013.

DE OLIVEIRA, Odete Maria. **Teorias globais**, Vol. I: Elementos e estruturas, Ijuí: Editora Unijuí, 2005, pp. 31-43.

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

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**, trd. Maria E. de A. P. Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1994.

_____. **Trois défis pour un droit mondial**, Paris: Éditions du Seuil, 1998.

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

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. **Guia de estudos:** Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo e Lavagem de Dinheiro. Disponível em <http://www.ri.pucminas.br/minionu/Guia-UNODC.pdf>, acessado em 20/07/2012, às 17:22:00.

ESPOSITO, Roberto. **Immunitas.** Protezione e negazione dela vitta, Turín: Einaudi, 2002.

_____. *Bíos: biopolítica e filosofia*, Turín: Einadi, 2004.

_____. “*Filosofia e biopolítica*”, trd. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, *Ethic@*, vol 9, n. 2, Florianópolis, 2010, pp. 369-382.

_____. **Comunidade e violência**, in DANNER, Fernando, DANNER, Leno Francisco (Org). **Temas de filosofia política contemporânea**, trd. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, Porto Alegre: Editora Fi, 2013, pp. 13-32.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 112/2002.

Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, de 25 de maio de 1993.

Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de 08 de novembro de 1994.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**, trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O que é a crítica? Crítica e *Aufklärung***, trad. Gabriela Lafetá Borges, disponível em <http://www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/>, acessado em 15 de fevereiro de 2006, às 3:00:00.

_____. **Soberania e disciplina**, in **Microfísica do poder**, 23 ed., trad. Maria Teresa de Oliveira e Roberto Machado, São Paulo: Graal, 2007.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**, vol. I, trd. Ciro Mioranza, Ijuí: Editora Unijui, 2044.

GUGGENHEIM, Paul. **Contribution a l'histoire des sources du Droit des Gens**, RCADI, vol. 94, 1958.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

HUNTINGTON, Samuel P. “*The Clash of Civilizations?*”, Foreign Affairs vol. LXXII, n. 3, 1993, pp. 22-49.

IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**, 12 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, pp. 14-15.

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

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Yerodia Case, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>. Acessado em 25/07/2012, às 10:00:00.

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.

_____ (Org). **Direito penal internacional estrangeiro e comparado**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le Droit Interne et le Droit International**, RCADI, vol 14, pp. 227-332, 1926.

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, trd. Marcus V. X. de Oliveira e Gabriel G. de Godói, Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-19.

LAMAZIÈRE, Georges. **Ordem, hegemonia e transgressão**, 2 ed., Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2010.

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

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, t. I, 13 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

PASTOR RIDRUEJO, Jose Antonio. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**, 4 ed., Madri: Tecnos, 1992.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Introdução às relações internacionais**, Petrópolis: Vozes, 2004.

Pew-Templeton. Global Religious Future Project, disponível em http://www.globalreligiousfutures.org/explorer#/?subtopic=15&chartType=bar&year=2010&data_type=number&religious_affiliation=all&destination=to&countries=Worldwide, acessado em 10/07/2013, às 17:50:00.

Resolução 2338 (XXII), da Assembleia Geral das Nações, de 18 de dezembro de 1967.

Resolução 2625 (XXV), da Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional Relativos às Relações de Amizade e de Cooperação entre os Estados em Conformidade com a Carta das Nações Unidas.

ROSENNE, Shabtai. **The perplexities of modern international law**, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os processos da globalização.** Disponível em <http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>, acessado em 20/02/2011, às 23:35:00.

_____. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1: **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência, São Paulo: Cortez, 2001.

SCHABAS, William A. **The UN international criminal tribunals:** the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

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

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

SOARES, João Clemente Baena. **O conselho de segurança da ONU.** Disponível em <http://www.funag.gov.br/conselho-de-seguranca-baena-soares.pdf>, acessado em 09.08.2006, às 1:00:00.

TOMUSCHAT, Christian. **Obligations arising for States without or against their will,** RCADI 241, 1993, pp. 195-374.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre. Recursos de amparo 1744-2003, 1755-2003 y 1773-2003 (acumulados). Promovidos por doña Rigoberta Menchú Tum y otros frente a la Sentencia y Auto de las Salas de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, en causa por delitos de genocidio, terrorismo y torturas en Guatemala.*

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia penal): jurisdicción universal de los Tribunales españoles en materia penal. BOE n. 258 – Suplemento, Viernes 25/10/2005.

Tribunal Penal Internacional. Regulamento sobre os elementos dos crimes revisado, disponível em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>, acessado em 20/08/2011, às 14:31:00.

TRIEPEL, H. **Les rapports entre le Droit Interne et le Droit International**, RCADI vol 1, pp. 73-122, 1923.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES. **The globalization of crime: a transnational organized crime threat assessment**, UNODC: Viena, 2010, pp. 16-17. Disponível em http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf, acessado em 15/02/2011, às 14:00:00.

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.

VÁZQUEZ, Rodolfo. **Entre la libertad y la igualdad: introducción a la filosofía del derecho**, Madri: Trotta, 2006.

WEIL, Prosper. **Le droit international em quête de son identité**, Cours général de droit international public, RCAD vol. 237/1992, pp. 09-370.

Capítulo 2

Desaparecimento forçado de pessoas: considerações sobre o fenômeno e aos projetos de criminalização no Brasil

I. Exposição do problema

O desaparecimento forçado de pessoas se constitui, a todo rigor, numa das formas mais graves de violação dos direitos humanos, sendo, por este mesmo motivo, objeto de regulação internacional através de três tratados internacionais em matéria de direito penal, sendo dois deles específicos sobre a matéria – a CIPTPCDF, de caráter universal, e a CIDFP, de caráter regional -, e um de caráter geral, a saber, o ETPI, que em seu artigo 7º, ao tipificar os crimes contra a humanidade, elenca referido delito entre aqueles que são de competência do TPI.

Esses fatos, *de per se*, seriam suficientes para que a ciência penal brasileira se debruçasse sobre o fenômeno e tentasse, da melhor forma possível, estabelecer os contornos dogmáticos necessários para a sua futura tipificação pelo ordenamento jurídico brasileiro, mormente porque, conforme se depreende dos mandados internacionais de tipificação previstos nas três convenções internacionais acima reportadas¹⁰⁸, o Estado brasileiro assumiu referido

¹⁰⁸ Na CISDFP *ex vi* dos artigos 1º, b e d e 3º; na CIPDTPDF *ex vi* dos artigos 3º e 4º. Já no ETPI, tem-se um mandado indireto, conforme se

compromisso internacional. Contudo, até hoje referido trabalho de sistematização está a carecer a atenção da doutrina brasileira.

O presente trabalho é uma tentativa nesse sentido, na medida em que, buscando compreender fenomenologicamente o desaparecimento forçado de

pode inferir de seu Preâmbulo: “Os Estados Partes no presente Estatuto. Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante, Tende presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade, Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, **Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas de nível nacional e do reforço da cooperação internacional**, Decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes, **Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais**, Reafirmando os Objetivos e Princípios consignados na Carta das Nações Unidas e, em particular, que todos os Estados se devem abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força, contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de atuar por qualquer outra forma incompatível com os Objetivos das Nações Unidas, Salientando, a este propósito, que nada no presente Estatuto deverá ser entendido como autorizando qualquer Estado Parte a intervir em um conflito armado ou nos assuntos internos de qualquer Estado, Determinados em perseguir este objetivo e no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional em seu conjunto, **Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais**, Decididos a garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional, [...]. (grifamos)”

peças, mormente face a clara interconexão entre o direito penal e o direito internacional dos direitos humanos, se orienta, ademais, na análise dos projetos de lei que tem por fito tipificar o referido crime no ordenamento nacional.

O primeiro passo nessa direção começa pela compreensão da natureza de transcendência internacional desse crime que, em todos os sentidos, se constitui em um crime internacional *par excellence*.

II. Conceito de Crimes Internacionais e Sistemas de Implementação da Persecução Penal

Para que se estabeleça a compreensão do fenômeno do desaparecimento forçado de pessoas 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 consuetudinária¹⁰⁹, atribua como uma consequência de sua realização, uma sanção penal, sendo que a persecução penal poderá ser exercida pelos próprios Estados, de conformidade com os seus ordenamentos jurídicos, seja pelos tribunais penais internacionais. Três grandes problemas exsurgem dessa confluência entre direito penal e direito internacional.

A primeira alude não ao fato de que o Estado legisle sobre a matéria, mas que os Estados, no exercício

¹⁰⁹ “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).

cooperativo 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, 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 impuníveis, na medida em que para este paradigma político-criminal, a única fonte legítima seria a lei formal¹¹⁰; 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 jurídico-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)¹¹¹.

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

¹¹⁰ 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., trd. Juarez Tavares *et al.*, São Paulo: RT, 2006, pp. 38-39.

¹¹¹ KELSEN, Hans. *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, **International Law Quarterly**, v. 1, n. 2, summer 1947, pp. 15-171.

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 da doutrina de inúmeros internacionalistas da época (Alberico Gentili, Balthasar de Ayala e Hugo Grotius), para quem ela decorria de uma norma consuetudinária do direito internacional geral, pela qual todo Estado detinha o poder-dever de persecução penal¹¹².

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 super Estado, 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 Internacional¹¹³ – ao lado dos Tratados Internacionais –, sendo que, mormente no que toca aos *core crimes*, a acusação de violação ao postulado do

¹¹² BASSIOUNI, M. Cherif. **Universal jurisdiction for international crimes**: historical perspectives and *contemporary practice*, *Virginia Journal of International Law*, n. 42, v. 81, fall 2001, pp. 13-14.

¹¹³ GUGGENHEIM, Paul. **Contribution a l'histoire des sources du Droit des Gens**, RCADI, vol. 94 (1958-II), p. 36 : « [...] la coutume, au point de vue de la doctrine, est la source originair et la plus importante. C'est d'elle que la seconde des sources, la convention tira sa validité [...] »

princípio da legalidade em direito penal foi, em parte, colmatado com a aprovação do ETPI e do seu RECTPI¹¹⁴.

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 AGONU, da RPDIRECTN/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”¹¹⁵, pelo que hoje não remanesce nenhuma dúvida razoável, mormente em razão do contexto internacional contemporâneo, quanto à sua legalidade e legitimidade¹¹⁶.

¹¹⁴ Nesse sentido, AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para una elaboración gomática, trd. Ezequiel Malarino, Berlin/Montvideo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2005, pp. 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, como 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, pp. xi/xxvii-xix.

¹¹⁵ 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 Commission, 1950, vol. II, p. 97 (livre tradução).

¹¹⁶ AMBOS, **La parte general...**, pp. 34-35.

Se, portanto, crime internacional é todo fato impunível 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 este problema é preciso considerar que o exercício dessas competências leva em conta dois critérios distintos. A primeira diz respeito à *distingo* entre crimes internacionais próprios e crimes internacionais impróprios, também denominados de crimes internacionais transnacionais. A segunda 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*, *ius cogens international crimes*, dentre outros¹¹⁷, aos fatos impuníveis 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), foram definitivamente submetidos à jurisdição penal do TPI, muito embora vários desses crimes também sejam internacionalmente regulados por convenções internacionais específicas¹¹⁸. Assim, o crime de

¹¹⁷ BASSIOUNI, **Introduction to international criminal law...**, p. 142.

¹¹⁸ V.g. Convenção sobre o Genocídio, a Convenção contra a Tortura e a CIPTPCDF, sendo que estes dois últimos crimes internacionais são

agressão, os crimes contra a humanidade, o genocídio e os crimes de guerra são fatos impuníveis internacionais porque, à luz da atual conformação da Sociedade Internacional, é inadmissível que os seus autores fiquem impunes, mormente porque esta impunidade é, por definição, fática, e não jurídica. 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 direito¹¹⁹.

Já os crimes internacionais impróprios, também denominados de *international crimes largo sensu*¹²⁰ ou crimes transnacionais¹²¹, contidos no conceito de “sistema global de proibição”, são os fatos impuníveis internacionais que violam a 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

também punidos na forma de crimes contra a humanidade, *ex vi* do artigo 7º do ETPI.

¹¹⁹ Por todos, AMBOS, Kai, KARAYAN, Monica. **Impunidad y derecho penal internacional**, 2 ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, pp. 33-60.

¹²⁰ BASSIOUNI, **Introduction to international criminal law...**, p. 142.

¹²¹ GIL-GIL, Alicia. **Derecho penal internacional**, Madri: Tecnos, 1999, pp. 35-36.

ocorreu a incriminação internacional da lavagem de capitais, forma de criminalidade financeira que atravessa, por assim dizer, todos os demais crimes transnacionais¹²².

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 internacional¹²³ -, seja por Tribunais Penais Internacionais, em especial o TPI, que se orienta pelo princípio da complementariedade, nos termos dos artigos 1 e 17 do

¹²² Consultar o Capítulo 3.

¹²³ 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 querrela, 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 querrela 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.”

ETPI.¹²⁴ Já os crimes internacionais impróprios ensejam somente a persecução penal de caráter nacional – territorial – e ou extraterritorial a partir da jurisdição universal pelos próprios Estados, em concorrência ou não. Em outros termos, nenhum crime transnacional está submetido à jurisdição de um Tribunal Penal Internacional.¹²⁵

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 persecução penal dos autores dos crimes mais graves no Direito Internacional sejam indiciados, julgados e, eventualmente, condenados pelos tribunais internacionais.

¹²⁴ É importante frisar: o princípio da complementariedade se aplica ao TPI. Com relação ao TPIY e ao TPIR), 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, pp. 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 ETPIY, de 25 de maio de 1993 e os artigos 1º e 8, 1 do ECTIR, 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, trd. Luciana P. Venâncio, Bauru: Manole, 2004, pp. 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**, trd. Chari Voss, Madison: University of Wisconsin Press, 2006.

¹²⁵ Nesse sentido, AMBOS, Kai. **Treatise on international criminal law**, vol. II, New York: Oxford University Press, 2014, pp. 222-228.

Historicamente são três os princípios de fixação da jurisdição penal internacional direta dos tribunais internacionais¹²⁶:

A) **Da exclusividade**: orientou a competência dos TIMN e TIMEO, dado que os Estatutos dessas cortes estabeleceram a jurisdição direta sobre os sujeitos passivos do processo de incriminação¹²⁷.

B) **Da primazia**: foi o princípio adotado pelo CSONU quando da criação dos TPIY e TPIR, em razão da qual, havendo conflito jurisdicional entre ditos tribunais e competência *ratio loci* ou *ratio personae*, prevaleceria a dos tribunais internacionais.¹²⁸

C) **Da complementariedade**: é o princípio organizativo do ETPI, pelo qual este tribunal somente poderá exercer sua jurisdição caso se comprove que, ou o Estado competente não pode ou não quer exercer a persecução penal, ou, caso a tenha exercido, tenha ocorrido julgamento simulado.¹²⁹

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

¹²⁶ BASSIOUNI, **Introduction to international criminal law...**, pp. 28 *et seq.*

¹²⁷ WERLE, Gerhardt. **Principles of international criminal law**, 2th edition, Hague: T M C Asser Publishers, 2009, p. 81.

¹²⁸ WERLE, **Principles of international criminal law...**, p. 82.

¹²⁹ SCHABAS, **An introduction to the International Criminal Court...**, p. 190 *et seq.*; WERLE, **Principles of international criminal law...**, pp. 83 *et seq.*

juízo de vencedores sobre os vencidos¹³⁰, os Tribunais *Ad Hoc* tiveram origem em resoluções do CSONU, sendo certo, portanto, que somente o TPI 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 CSONU, prevalecte aos Estados, mas da Sociedade Internacional¹³¹.

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

¹³⁰ Hans Kelsen indicava, como condição de justiça internacional, a necessária reciprocidade internacional, ou seja, quem quer julgar deve dispor-se a ser julgado. KELSSEN, 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 30/10/2011.

¹³¹ 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, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 112-116.

Estados tipifiquem, em seus respectivos ordenamentos jurídicos, os crimes internacionais, o que envolve, noutro passo, o surgimento da complexa tessitura decorrente da internacionalização do direito¹³².

Por fim, a prática contemporânea do direito penal internacional também se tem utilizado do regime misto instituído pelos tribunais nacionais internacionalizados¹³³, ou “*mixed models of International Criminal Justice*”¹³⁴.

Nesse regime híbrido, iniciado com a criação da CESL, constituída pelo acordo forjado entre este Estado e o CSONU¹³⁵, 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 da ONU, 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 e a recentíssima CEA instituída por acordo entre a União Africana em Senegal para levar a julgamento ao ex-ditador

¹³² DELMAS-MARTY, Mireille.. **Trois défis pour un droit mondial**, Paris: Éditions du Seuil, 1998, p. 118 *et seq.*

¹³³ WERLE, **Principles of international criminal law...**, p. 101-106.

¹³⁴ BASSIOUNI, **Introduction to international criminal law...**, pp. 721-784.

¹³⁵ “The Agreement was signed on 16 January 2002 and can be found in the appendix 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...**, pp. 102-103.

de Chade Hissène Habre¹³⁶ -, sendo a maior deles constituídos mediante Acordo entre estes Estados e o CSONU¹³⁷, não existindo, entretanto, uma unidade no que concerne à jurisdição *ratione materiae*, já que o direito aplicável por estas Cortes é tanto o direito penal internacional como o próprio direito nacional dos Estados, do que exsurge uma pluralidade conteudística de normas penais irredutíveis a uma sistematização¹³⁸.

III. Desaparecimento forçado de pessoas

III.1 Conceito

A tentativa de conceituar o que seja o desaparecimento forçado de pessoas deve ter em consideração dois aspectos relevantes: 1) o primeiro, a sua própria fenomenologia e 2) como este fato é internacionalmente tipificado. Importante ressaltar, desde já, a atipicidade desse comportamento no ordenamento jurídico brasileiro, que, no presente momento, conta com três projetos de leis distintos.

Portanto, a tipicidade será extraída das Convenções Internacionais que regem a matéria: CIDFP, de 1994 – ainda não ratificado pelo Brasil; a CIPTPCDF, de 2006, já

¹³⁶ A constituição das CEA derivou da condenação de Senegal, pela CIJ, na demanda proposta pela Bélgica tendo como direito aplicável problemas decorrentes da jurisdição universal e a regras *aut dedere aut iudicare*. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **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>

¹³⁷ A exceção é a de Timor Leste, instituído pela Resolução 2000/11 da UNTAET, de 06 de março de 2000.

¹³⁸ BASSIOUNI, **Introduction to international criminal law...**, pp. 721-784.

ratificado pelo Brasil, e o ETPI, também já ratificado pelo Brasil (Decreto 4388/2002).

O conceito enquanto fenômeno terá como base de descrição o contexto da macrocriminalidade política.

Assim, temos os seguintes conceitos legais:

1) Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados de Pessoas, artigo 2º:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.

2) Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, artigo 2º:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por “desaparecimento forçado” a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei.

3) Estatuto do Tribunal Penal Internacional, artigo 7º - Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer

população civil, havendo conhecimento desse ataque:

[...]

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

[...]

2. Para efeitos do parágrafo 1o:

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

[...]

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

No que diz respeito ao conceito fenomênico, os desaparecimentos forçados estão inseridos num contexto de violação sistemática dos direitos humanos, geralmente ligados à existência de um regime político de excepcionalidade política (ditadura ou totalitário). Em outros termos, os desaparecimentos forçados são praticados como forma de se silenciar/"combater", à margem da lei, as dissidências políticas, naquilo que se pode denominar de terrorismo de estado. Conforme Christoph Grammer¹³⁹, o desaparecimento forçado é parte da "guerra contra a subversão", consistente no método de submetimento (*Unterdrückungsmethode*) tanto da dissidência política, como

¹³⁹ *Apud* AMBOS, Kai. *Desaparición forzada de personas*. Análisis comparado e internacional, Bogotá: Temis, 2009, p. 145.

da sociedade em geral, a um regime de terror, objetivando silenciar e tornar efetivo o controle do poder político de fato.

Contudo, nada obsta que os desaparecimentos forçados também sejam praticados no curso de um regime democrático. Nesse sentido, cumpre lembrar que a adoção de práticas autoritárias pelos estados democráticos tem-se manifestado com certa regularidade, mormente na adoção de políticas de segurança pública, ou pela continuidade de práticas autoritárias antecedentes, utilizadas no contexto de uma sociedade que se afirma democraticamente organizada¹⁴⁰.

São exemplos dessa flagrância, por exemplo, os desaparecimentos forçados praticados pelos aliados no curso da guerra ao terror¹⁴¹, ou nas atuais guerras contra as drogas executadas por alguns estados latino-americanos – Colômbia e México, ou mesmo no Brasil. É nesse sentido, v.g., que se deve ler o relatório da Human Rights Watch/Fevereiro 2013¹⁴² sobre a ocorrência de desaparecimentos forçados ocorridos no México desde a deflagração da guerra às drogas pelo ex-presidente Felipe Calderón, cujo número desde 2007 é de 250 pessoas, desaparecimentos estes imputados às forças militares, em especial à Marinha mexicana e à Polícia Federal, nas áreas de conflagração e domínio dos cartéis *Los Zetas*, *Sinaola*, *Golfo* e *Tijuana*.

¹⁴⁰ Sobre a continuidade autoritária na sociedade brasileira pós 1988, consultar o importante estudo feito pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, no qual resta evidenciado são só a permanência institucional das práticas autoritárias do regime de 64, como também os motivos para este permanência. PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Continuidade autoritária e construção da democracia: relatório final**, NEV/USP, 1999, 828 pp.

¹⁴¹ SCOVAZZI, Tulio, CITRONI, Gabriela. **The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations convention**, Liden: Martinus Nijhoff, 2007, pp. 25-58.

¹⁴² HUMAN RIGHTS WATCH. **Mexico's** Disappeared. The Enduring Cost of a Crisis Ignored, February 2013.

Na América Latina, entre as décadas de 1960 e 1980, os desaparecimentos forçados, seguidos de tortura e homicídio (execuções extrajudiciais) das vítimas, foram amplamente praticados pelos diversos governos de fato – militar ou civil-militar – que aqui surgiram no contexto da guerra contra a “subversão”, auxiliados, econômica, militar e tecnicamente pelos EUA através da CIA, mediante a adoção da política de segurança nacional. Na Argentina, País que logrou logo após o fim do regime militar de 1976-1983 ir mais fundo na apuração das graves violações aos direitos humanos através do Relatório NUNCA MÁS!, da Comissão Nacional de Desaparecidos – CONADEP¹⁴³, sistematizou o fenômeno da seguinte forma:

a) *Detidos-desaparecidos (temporários) libertados*. Foram indivíduos sequestrados que sofreram um período de detenção clandestina em local desconhecido para serem libertados posteriormente, não oficialmente. A libertação destas pessoas era acompanhada de “recomendações” de não divulgar nada do que haviam sofrido, presenciado ou ouvido e, sobretudo, de não registrar denúncias. Nesta categoria, estiveram muitas vítimas que, tendo sido sequestradas, não denunciaram tal fato após sua soltura, pois essa foi a condição para a mesma e para sua sobrevivência. Da sua detenção, sabe-se porque as famílias recorreram às organizações de direitos humanos enquanto as vítimas permaneciam sequestradas, mas, em geral, não efetuaram denúncia. O temor de novos sequestros e de ciclos de tortura e a possibilidade do desaparecimento definitivo fizeram com que muitas dessas pessoas libertadas partissem o mais rápido possível para o exílio.

¹⁴³ CONADEP. Nunca Mas!, primeira parte disponível em http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/english/library/nevaga_in/nevagain_001.htm

b) *Detidos-desaparecidos (temporários) “legalizados”*. Foram indivíduos sequestrados cuja detenção foi legalizada com a admissão, por parte do Estado, do estatuto de preso (político), encaminhados a estabelecimentos de reclusão legais e colocados à disposição da Justiça Militar. O pouco contato disponível com advogados ou familiares impediu que as informações que dispunham sobre o período em que estiveram na condição de detidos-desaparecidos pudessem vir a público imediatamente aos acontecimentos. Dessa forma, informações preciosas que poderiam proteger ou resgatar outros detidos-desaparecidos em condições muito adversas não puderam ser utilizadas para tal fim. Em geral, somente quando concluída a pena imposta ou após o fim da ditadura, é que esse mosaico de informações atomizadas ganhava ressonância.

c) *Detidos-desaparecidos propriamente ditos*. Foram indivíduos sequestrados que permaneceram indefinidamente nessa situação. Desde sua detenção, deixou de haver notícias sobre os mesmos, a não ser relatos e depoimentos de alguns sobreviventes de centros de detenção onde aqueles foram vistos, ouvidos ou deles se ouviu falar. O tempo de duração dessa condição foi indefinida.

d) *Crianças desaparecidas*. Diferentemente da situação de adultos e jovens desaparecidos, pode-se inferir que, em boa parte destes casos, as vítimas sobreviveram. Particularmente expressivos na experiência Argentina, casos pontuais de sequestro e/ou prisão de crianças ocorreram nos outros países também. Em relação a metodologia aplicada na Argentina há dois tipos de situações. Uma, a de crianças de pouca idade no momento em que seus pais foram vítimas de ataque e sequestro. Neste caso,

as crianças desapareceram junto com os adultos. Houve casos em que elas foram abandonadas na residência atacada, com vizinhos ou, então, devolvidas à família. A outra situação envolve crianças nascidas em cativeiro, nos centros clandestinos de detenção. São filhas de mulheres cuja gravidez era de conhecimento da família ou do círculo de colegas, amigos ou vizinhos. Considerando a regra geral do comportamento da repressão nesses casos, a suspeição do nascimento dessas crianças foi sempre quase uma certeza para os familiares e as organizações de direitos humanos. Mas há também o caso de crianças nascidas em cativeiro de mães cuja gravidez era desconhecida do entorno mais imediato. Nestas situações, fora denúncias eventuais registradas por alguns sobreviventes, a falta de informação se tornou um problema difícil de superar. Em todos esses casos, há uma forte suposição de que os bebês tenham sobrevivido. Está comprovado que essas crianças foram consideradas parte do “botim de guerra” da guerra suja. Sabe-se que, na maioria dos casos, foram dadas a famílias vinculadas, direta ou indiretamente, à repressão; por isso, aquelas que até agora não foram encontradas permanecem vítimas de sequestro e de apropriação da sua identidade.

III.2 Dupla fenomenologia: violação aos direitos humanos e crime internacional

Como já afirmado anteriormente, o direito penal internacional, mormente em sua matriz de crimes internacionais próprios, tem por escopo a incriminação de comportamentos político-macrocriminais manifestados no contexto de uma violação geral e/ou sistemática aos direitos humanos, como também incriminar determinados comportamentos político-macrocriminais que não abranjam aquele contexto macroestrutural, mas somente

determinados indivíduos em razão de sua fragilidade em face às práticas arbitrárias por órgãos ou agentes do Estado. Nesse último caso é a hipótese da tortura, que se constitui em crime internacional próprio com implementação direta (EPTI) e indireta (legislações nacionais; no Brasil, a Lei 9455/1997), assim como o desaparecimento forçado de pessoas, ensejando, dadas as suas incriminações internacionais, o exercício jurisdição penal por outros estados na forma da justiça universal/cosmopolita.

Nesse sentido, o desaparecimento forçado de pessoas se constitui tanto em um crime internacional como em forma grave de violação aos direitos humanos, cada qual ensejando, na sua especificidade, formas de responsabilização jurídica: a) na forma de violação aos Direitos Humanos, a responsabilidade será sempre do Estado (responsabilidade internacional coletiva); b) na forma de crime internacional, a responsabilidade sempre será individual (princípio da responsabilidade internacional direta do indivíduo segundo o direito internacional)¹⁴⁴.

Com efeito, anos antes da adoção das Convenções Internacionais que tratam da temática, a CIDH forjou uma jurisprudência muito respeitada acerca do problema, tendo como *leading case* Velásquez Rodríguez vs Honduras, cuja decisão de mérito foi julgada em 29 de julho de 1988. Nesse caso, que se constituiu na primeira decisão contenciosa da Corte, a CIDH fixou os critérios jurídicos de apreciação da temática nos seguintes termos:

- 1) O desaparecimento forçado de pessoas é uma grave violação aos direitos humanos, mormente às cláusulas de **respeitar e fazer respeitar** contidas no artigo 1º da CADH. Respeitar pelo Estado e seus órgãos; fazer respeitar por grupos de atuem sob a ordem, instigação ou omissão do Estado. Em outros termos, as eficácias

¹⁴⁴ AMBOS, **La parte general...**, p. 30 e ss.

- vertical e horizontal de que se revestem os direitos humanos;
- 2) A vedação convencional tem caráter *erga omnes* e de *jus cogens*, não comportando nenhuma exceção de circunstâncias excepcionais tais como estado de exceção ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificativa para o seu cometimento;
 - 3) Trata-se de ilícito pluriofensivo, por se constituir numa violação contínua (*rectius*, **permanente**) a múltiplos direitos assegurados pela CADH, nomeadamente, o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à inviolabilidade pessoal, o direito a não ser submetido à tortura, tratamento desumano, degradante ou cruel, direito à prestação jurisdicional e direito aos meios recursais de controle da ilegalidade. É importante demarcar que este entendimento é caracterizado pelos casos concretos que foram submetidos à Corte, nos quais, invariavelmente, ao desaparecimento se seguia a tortura e o homicídio das vítimas, donde a confusão de tipos penais diversos, o desaparecimento forçado de pessoa e a execução extrajudicial¹⁴⁵;
 - 4) Trata-se de crime permanente (ou continuado, na expressão equívoca da CIDH), cuja consumação se protraí até o momento em que se estabelece o destino ou o paradeiro da vítima;
 - 5) Por ser delito permanente, a ação penal e a respectiva pena que seja(m) imposta(s) judicialmente ao(s) responsável(is) não está(ão) sujeita(s) à prescrição (artigo VIII – princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade);
 - 6) Não se admitem as excludentes de antijuridicidade (no DPI, *deffences*, excludentes de responsabilidade penal) a

¹⁴⁵ BASSIOUNI, **Introduction to international criminal law...**, pp. 105-107.

alegação de cumprimento de ordens superiores que determinem, autorizem ou instiguem a prática. Toda pessoa que receba tais ordens tem o direito e o dever de desobedece-las.

Com a adoção da CISDFP, a CIDH passou a exigir que as acusações de desaparecimentos forçados sejam baseadas tanto na CADH como nessa Convenção, assomando àquelas razões as seguintes (caso Goiburí e outros vs Paraguai, de 22 de setembro de 2006):

- 1) O desaparecimento forçado não se constitui em crime político, estando sujeito, neste sentido, à extraditabilidade, devendo os Estados, em atenção ao princípio *aut dedere aut judicare*, no exercício da jurisdição universal, julgar os acusados conforme o seu ordenamento jurídico caso os mesmos se encontrem em território diverso daqueles em que o crime tenha sido praticado, ou extradita-los para o Estado *loci delicti* ou outro que se julgue competente para fazê-lo;
- 2) Os acusados somente poderão ser julgados pelas instâncias jurisdicionais comuns do Estado, com exclusão de toda e qualquer jurisdição especial, em especial a militar. Os fatos constitutivos do desaparecimento forçado de pessoas não poderão ser considerados como exercício das funções militares. São inadmissíveis privilégios, imunidades, graças ou anistias, sem prejuízo daquelas decorrentes das relações diplomáticas;
- 3) Os Estados têm o dever internacional de tipificar o referido comportamento em seus ordenamentos internos, segundo os *standards* internacionais decorrentes do Direito Internacional.

IV. Os projetos de criminalização no Brasil

Como já visto, o Brasil é signatário das três Convenções Internacionais que regem o tema em estudo. Dois já foram ratificados pelo Brasil – ETPI e a CIPTPCDF –, estando em processo de ratificação a Interamericana. Assim, no intuito de dar cumprimento às suas obrigações internacionais, especificamente as derivadas das duas Convenções sobre desaparecimentos forçados, o Brasil discute atualmente três projetos de lei sobre o tema.

Com efeito, a CISDFP dispõe sobre o dever de tipificação em seu artigo 1, d que os Estados deverão “Tomar as medidas de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de qualquer outra natureza que sejam necessárias para cumprir os compromissos assumidos nesta Convenção”; já a CIPTPCDF, em seu artigo 4 assim dispõe: “Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com o seu direito penal”.

Este dever de tipificação, sem dúvida, é um problema essencial. Os Estados não teriam, por assim dizer, autonomia para buscarem a repressão criminal sem a necessária tipificação, v.g., a partir do tipo penal de sequestro? Segundo, a partir de qual *standard*, as Convenções ou o ETPI? Este questionamento é cabível em razão dos seguintes fatos: a) as Convenções falam somente de órgãos do Estado ou de grupos apoiados pelo Estado, enquanto o ETPI fala de Estado e grupos políticos que exerçam o poder político de fato sobre parte do território do Estado; b) as duas Convenções prescrevem que os desaparecimentos forçados impedem que a vítima tenha acesso à proteção legal, enquanto o ETPI tipifica o comportamento na forma dolosa com especial fim de agir: privar a pessoa do acesso aos recursos judiciais.

A nós nos parece que o *standard* mais apropriado é o do ETPI, seja porque inclui a possibilidade de o

desaparecimento forçado ser cometido por entidade diversa do Estado (v.g., em caso de guerra civil, os insurgentes), seja porque inclui o especial fim de agir como elemento do crime, fator preponderante para diferenciar o desaparecimento forçado do sequestro.

Nos projetos de lei que estão sendo discutidos no Brasil os desaparecimentos forçados estão sendo tratados da seguinte forma:

A) PL 301/2007 – Câmara dos Deputados: decorre do anteprojeto da Comissão de juristas que o elaborou em atenção ao comissionamento do Ministro da Justiça em 2002 para adequar o ordenamento jurídico brasileiro ao ETPI e possibilitar a cooperação judicial com o mesmo. Artigo 38:

Crime contra a humanidade de desaparecimento forçado

Art. 38. Aprender, deter ou seqüestrar alguém, em nome de um Estado ou organização política ou com a autorização, apoio ou aquiescência destes, ocultando a privação da liberdade ou negando informação sobre sua sorte ou paradeiro, deixando-o fora do amparo legal por período prolongado de tempo:

Pena – reclusão, de oito a quinze anos.

§1o Para os fins deste artigo, considera-se praticado o delito ainda que a privação de liberdade decorra de ordem legal, mas tenha sido efetivada com o objetivo de impedir a vítima ou seus familiares e afins de se valerem dos recursos legais para sua localização ou soltura.

§2o Na mesma pena incorre quem, de qualquer forma, participa de ou contribui para a apreensão, detenção, seqüestro ou ocultação da vítima, ou omite informações, ainda que não tenha agido em conluio

ou com o conhecimento prévio de todas as condutas praticadas e de seus autores.

B) Projeto de lei 245/2001, de autoria do senador Vital do Rêgo, que inclui no CP o artigo 149A, prevendo o desaparecimento forçado de pessoas:

Desaparecimento forçado de pessoa

Art. 149-A. Aprender, deter ou de qualquer outro modo privar alguém de sua liberdade, ainda que legalmente, em nome do Estado ou de grupo armado ou paramilitar, ou com a autorização, apoio ou aquiescência destes, ocultando o fato ou negando informação sobre o paradeiro da pessoa privada de liberdade ou de seu cadáver, ou deixando a referida pessoa sem amparo legal por período superior a 48 (quarenta e oito) horas:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das penas correspondentes a outras infrações penais.

§ 1º Na mesma pena incorre quem ordena ou atua de qualquer forma para encobrir os atos definidos neste artigo ou mantém a pessoa desaparecida sob sua guarda, custódia ou vigilância.

§ 2º O crime perdura enquanto não for esclarecido o paradeiro da pessoa desaparecida ou de seu cadáver.

§ 3º A pena é aumentada de metade, se:

I – o desaparecimento durar mais de 30 (trinta) dias;
II – se a vítima for criança ou adolescente, portadora de necessidade especial, gestante ou tiver diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.

C) Anteprojeto do CP:

Desaparecimento forçado de pessoa

Art. 466. Apreender, deter ou de qualquer outro modo privar alguém de sua liberdade, ainda que legalmente, em nome do Estado ou de grupo armado ou paramilitar, ou com a autorização, apoio ou aquiescência destes, ocultando o fato ou negando informação sobre o paradeiro da pessoa privada de liberdade ou de seu cadáver, ou deixando a referida pessoa sem amparo legal:

Pena – prisão, de dois a seis anos, sem prejuízo das penas correspondentes aos outros crimes.

§ 1º Na mesma pena incorre quem ordena ou atua de qualquer forma para encobrir os atos definidos neste artigo ou mantém a pessoa desaparecida sob sua guarda, custódia ou vigilância.

§ 2º O crime perdura enquanto não for esclarecido o paradeiro da pessoa desaparecida ou de seu cadáver.

§ 3º A pena é aumentada de metade se:

I – o desaparecimento durar mais de trinta dias;

II – se a vítima for criança ou adolescente, portadora de necessidade especial, gestante ou tiver diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.

§ 4º O agente que tenha participado ou concorrido para o crime previsto neste artigo e que contribuir, efetivamente, para a reaparição com vida da pessoa desaparecida, ou uma dos responsáveis, terá a pena reduzida de um a dois terços, além da possibilidade de o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a sua segurança, na prisão, em relação aos demais presos.

É importante destacar, entretanto, que o projeto de lei 245/2001 foi submetido, no Senado Federal, a um parecer substitutivo de sua redação, apresentada pelo Senador Pedro Taques, e que após deliberação terminativa no Plenário do Senado em 27/07/2013, foi aprovado, estando hoje na Câmara dos Deputados, no qual o tipo penal de

desaparecimento forçado de pessoas passou a ter a seguinte redação:

Desaparecimento forçado de pessoa

Art. 149-A Apreender, deter, sequestrar, arrebatar, manter em cárcere privado, ou de qualquer outro modo privar alguém de sua liberdade, na condição de agente do Estado, suas instituições, ou grupo armado ou paramilitar, ocultando ou negando a privação de liberdade ou deixando de prestar informação sobre a condição, sorte ou paradeiro da pessoa a quem deva ser informado ou tenha o direito de sabê-lo:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

§1º Na mesma pena incorre quem ordena, autoriza, consente ou de qualquer forma atua para encobrir, ocultar ou manter ocultos os atos definidos neste artigo, inclusive deixando de prestar as informações ou de entregar documentos que permitam a localização da vítima ou de seus ou mantém a pessoa desaparecida sob sua guarda, custódia ou vigilância.

§2º Para efeitos do presente artigo, considera-se manifestamente ilegal qualquer ordem, decisão ou determinação de praticar o desaparecimento forçado de uma pessoa ou ocultar documentos ou informações que permitam a sua localização ou a de seus restos mortais.

§ 3º Ainda que a privação de liberdade tenha sido realizada de acordo com as hipóteses legais, sua posterior ocultação ou negação da privação da liberdade, ou ausência de informação sobre o paradeiro da pessoa, é suficiente para caracterizar o crime.

Desaparecimento forçado qualificado

§4º Se houver emprego de tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou se do fato resulta aborto ou lesão corporal de natureza grave ou gravíssima:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 24 (vinte e quatro) anos, e multa.

§5º Se resulta morte:

Pena – reclusão, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.

§6º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade):

I- se o desaparecimento durar mais de 30 (trinta) dias;

II – se o agente for funcionário público;

III – se a vítima for criança ou adolescente, idosa, portadora de necessidade especiais, gestante ou tiver diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.

Colaboração premiada

§7º Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder a redução da pena, de um a dois terços, ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração contribua fortemente para a produção dos seguintes resultados:

I - a localização da vítima com a sua integridade física preservada ou;

II - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminoso e das circunstâncias do desaparecimento.

§8º Os delitos previstos neste artigo são imprescritíveis.

§9º A lei brasileira será aplicada nas hipóteses da Parte Geral deste Código, podendo o juiz desconsiderar eventual perdão, extinção da punibilidade ou absolvição efetuadas no estrangeiro, se reconhecer que tiveram por objetivo subtrair o acusado à investigação ou responsabilização por seus atos ou tiveram sido conduzidas de forma dependente e parcial, que se revele incompatível

com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Consumação do desaparecimento

§ 10 Os delitos previstos neste artigo são de natureza permanente e são consumados de forma contínua enquanto a pessoa não for libertada ou não for esclarecida sua sorte, condição e paradeiro, ainda que ela já tenha falecido.

Além disso, o referido projeto de lei também inclui o desaparecimento forçado de pessoas no rol dos crimes hediondos, adicionando ao artigo 1º da Lei 8072/1990 o inciso VIII:

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VIII:

Art. 1º [...] omissis [...]

VIII – desaparecimento forçado de pessoa (art. 149-A).

Segue, portanto, uma análise sobre referido projeto de lei:

Desaparecimento forçado de pessoa

Art. 149-A Apreender, deter, sequestrar, arrebatar, manter em cárcere privado, ou de qualquer outro modo privar alguém de sua liberdade, na condição de agente do Estado, suas instituições, ou grupo armado ou paramilitar, ocultando ou negando a privação de liberdade ou deixando de prestar informação sobre a condição, sorte ou paradeiro da pessoa a quem deva ser informado ou tenha o direito de sabê-lo:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

Bem jurídico: Os bens jurídicos tutelados são a liberdade pessoal, a privação da proteção legal e o

direito de informação de quem tenha o direito de saber o paradeiro do sujeito passivo do delito, havendo, pois, uma relação de especialidade-generalidade em relação ao crime de sequestro/cárcere privado, relação esta também contida no ETPI, artigo 7, 1, “e” e “i”. Trata-se, portanto, de **tipo composto**, em que o tipo penal protege a mais de um bem jurídico.

Sujeito passivo: qualquer pessoa.

Sujeito ativo: pela conformação do tipo, trata-se de **crime comum**, na medida em que o desaparecimento forçado de pessoa poderá ser praticado, alternativamente, por agente do Estado ou por membros de grupos armados ou paramilitares. Trata-se, portanto, de crime **unissubjetivo**, atraindo a possibilidade de concurso de agentes (o tipo alude expressamente a “agente do Estado”, embora, por deficiência na redação dá-se a entender que se o crime for praticado por grupo armado ou paramilitar, o tipo se conformaria em crime **plurissubjetivo**).

Nesse último aspecto, o tipo penal se assemelha à tipificação internacional dos crimes contra a humanidade tal como contido no artigo 7, 2, “a” do ETPI. A diferença substancial é que, para a tipificação do crime do 149-A basta que o desaparecimento forçado de pessoa seja praticado contra um único indivíduo, já os crimes contra a humanidade exigem, para a sua tipificação, o elemento do ataque geral e/ou sistemático à população civil.

Assim, o tipo penal atende aos mandados internacionais de criminalização contidos artigos 4º, 7º e 8º da CIPTPCDF, como os artigos 1º, b e d, 3º

e 7º da CIDFP e o mandato implícito contido no preâmbulo do ETPI.

Tipo objetivo: trata-se de crime de ação múltipla, pois: a) a privação da liberdade poderá ser praticada de forma variada – o núcleo do tipo penal é composto pelos verbos **apreender, deter, sequestrar, arrebatat, manter em cárcere privado**, além da cláusula aberta a ensejar a interpretação analógica “qualquer outro modo privar alguém de sua liberdade”; b) à privação de liberdade seguem-se os comportamentos de **ocultar, negar ou deixar de prestar** informações sobre o paradeiro do sujeito passivo. Trata-se, ademais, de **crime plurissubsistente**, pois a sua consumação exige não somente a privação de liberdade, mas que a mesma seja ocultada, negada ou que a informação do paradeiro e ou situação do sujeito passivo seja negada a quem tem o direito de sabê-lo. Em outros termos, é crime que pode ser praticado tanto por comportamento comissivo (a privação da liberdade) como omissivo (deixar de).

Tipo subjetivo: trata-se de crime doloso, a se exigir, para a sua tipificação, que o(s) sujeito(s) ativo(s) do crime tenha(m) a intensão de, mediante a realização dos comportamentos descritos no tipo objetivo, subtrair o sujeito passivo da proteção legal.

Especial fim de agir: embora não previsto explicitamente no tipo, e tomando-se como tipo paradigmático o contido no artigo 7, 2, “f” do ETPI, o desaparecimento forçado de pessoa é caracterizado pelo especial fim de agir – privar a pessoa da proteção da lei -. Em outras palavras, o desaparecimento forçado de pessoa difere do crime de sequestro e/ou cárcere privado em razão do especial fim de agir, vale dizer, não se objetiva, em última instância, privar a liberdade de ir-e-vir, mas

sim da proteção legal. Nesse sentido, todos os comportamento comissivos e omissivos do tipo penal se direcionam à subtração do sujeito passivo da proteção legal.

Nexo de causalidade: trata-se de **crime material** no que concerne à privação e manutenção prolongada da privação da liberdade. No que concerne à sua conformação omissiva, o **nexo de normatividade** se faz presente na medida em que o sujeito ativo do delito descumpre, dolosamente, o dever jurídico de prestar as informações necessárias para a identificação do paradeiro, condição ou sorte do sujeito passivo. Trata-se, ademais, conforme o §10º, de **crime permanente**, isto é, a consumação do delito se protraí até que o sujeito passivo seja posto em liberdade ou se prestem as informações necessárias para identificar a sua condição ou sorte.

§1º Na mesma pena incorre quem ordena, autoriza, consente ou de qualquer forma atua para encobrir, ocultar ou manter ocultos os atos definidos neste artigo, inclusive deixando de prestar as informações ou de entregar documentos que permitam a localização da vítima ou de seus ou mantém a pessoa desaparecida sob sua guarda, custódia ou vigilância.

No §1º, o PL estabelece o importante instituto da responsabilidade do superior hierárquico, mediante a fixação de responsabilidade penal na modalidade da autoria mediata, na medida em que o verbo “**mandar**” denota a existência de hierarquia entre o autor mediato e o(s) autor(es) imediato(s) da privação da liberdade como a necessária e inafastável responsabilidade penal de quem a determina; já os verbos “**autorizar**” e “**consentir**”, como os demais verbos que o seguem – **atuar para encobrir, ocultar, deixar de prestar, deixar de entregar** etc implicam a imputação de responsabilidade penal na forma omissiva própria (artigo 13, §2º, a),

abrangendo, inclusive, a figura da cegueira intencional (*wilful blindness*). Por fim, o verbo “**manter**” implica na execução de comportamentos comissivos ou omissivos pertinentes à continuidade delitiva do desaparecimento forçado.

§2º Para efeitos do presente artigo, considera-se manifestamente ilegal qualquer ordem, decisão ou determinação de praticar o desaparecimento forçado de uma pessoa ou ocultar documentos ou informações que permitam a sua localização ou a de seus restos mortais.

§ 3º Ainda que a privação de liberdade tenha sido realizada de acordo com as hipóteses legais, sua posterior ocultação ou negação da privação da liberdade, ou ausência de informação sobre o paradeiro da pessoa, é suficiente para caracterizar o crime.

Os §§2º e 3º preveem as hipóteses de elementos normativos do tipo penal em comento.

O §2º exclui a possibilidade de se acolher a alegação da excludente de antijuridicidade do artigo 23, III do CP, primeira parte - estrito cumprimento do dever legal -, bem como a excludente de culpabilidade por inegibilidade de conduta diversa do artigo 22, segunda parte.

Já o §3º estabelece hipótese relevante para a prevenção da conduta sancionada. No ordenamento jurídico brasileiro as únicas hipóteses de prisão legal são a prisão em flagrante, prisões provisória e temporária, a decorrente de sentença criminal transitada em julgado e a prisão civil decorrente de dívida alimentícia. Em todas elas ocorre o duplice filtro de legalidade e legitimidade do substrato legal (são hipóteses reguladas pela lei) e do controle jurisdicional, mormente em razão da necessária, embora tardia, instituição da audiência de custódia. Qualquer cerceamento da liberdade, portanto, fora

das hipóteses legais de prisão são, por definição, ilegais, e se praticadas com o intuito de subtrair o sujeito passivo da proteção da lei, se constituem em desaparecimento forçado de pessoa. Demais, mesmo que o sujeito passivo tenha sido privado de sua liberdade mediante uma hipótese legal – *v.g.* prisão em flagrante – e ao depois, os que o tenham sob guarda o subtraíam da proteção legal e recusem prestar a quem de direito as informações necessárias para se identificar o seu paradeiro ou sorte, ocorrerá o crime de desaparecimento forçado de pessoa.

Desaparecimento forçado qualificado

§4º Se houver emprego de tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou se do fato resulta aborto ou lesão corporal de natureza grave ou gravíssima:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 24 (vinte e quatro) anos, e multa.

§5º Se resulta morte:

Pena – reclusão, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.

§6º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade):

I- se o desaparecimento durar mais de 30 (trinta) dias;

II – se o agente for funcionário público;

III – se a vítima for criança ou adolescente, idosa, portadora de necessidade especiais, gestante ou tiver diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.

Sob a rubrica de desaparecimento forçado (de pessoa) qualificado, o legislador confundiu duas hipóteses distintas de diferenciação típica. Somente são formas qualificadas de desaparecimento forçado se houver o emprego de tortura ou outro meio insidioso, ou se do mesmo ocorrer aborto ou lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, em razão dos quais as penas mínima e máxima passam de 6 a 12 anos para 12 a 24 anos de reclusão. Se resultar morte, as penas mínima e máxima passam para 20 a 30 anos.

Já o §6º, do ponto de vista da melhor técnica, tipifica causas de aumento da pena, e não de crime qualificado, à proporção de 1/3 à 1/2 da pena, tendo como hipóteses típicas o **fator temporal** (duração do crime por mais de 30 dias), **fator funcional**, que somente pode ser imputada se o seu autor for funcionário público (artigo 327 do CP), donde a confirmação de que se trata, em sua modalidade simples, de crime comum, condição **etária das vítimas** (menores de 14 ou maiores de 60 anos) e **vulnerabilidade do sujeito passivo, permanente ou temporária**, isto é, ser a vítima portadora de necessidades especiais, gestante ou tiver, por qualquer outro motivo, capacidade de resistência diminuída.

Colaboração premiada

§7º Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder a redução da pena, de um a dois terços, ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração contribua fortemente para a produção dos seguintes resultados:

I - a localização da vítima com a sua integridade física preservada ou;

II - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa e das circunstâncias do desaparecimento.

§8º Os delitos previstos neste artigo são imprescritíveis.

Nesse tópico o legislador buscou enfrentar um tema bastante sensível para a dogmática penal brasileira, isto é, a possibilidade de se estender as hipóteses de imprescritibilidade afora aquelas previstas na CRFB/88, a saber, o racismo (artigo 5º, XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, XLIV).

O dissenso decorre, de um lado, da tradição do direito penal brasileiro em estabelecer, como regra

geral, o regime de prescritibilidade dos crimes, sendo as exceções as que decorrem de expressa previsão constitucional, e que quando contrastado *vis-à-vis* com a prática e doutrina internacionais, ou mesmo no direito comparado, não se conforma em prática corrente, na medida em que se tem interpretado o desaparecimento forçado de pessoa, independentemente da circunstância fática em que ocorra, como crime contra a humanidade, o que, *de per se*, se constituiria em hipótese internacional de crime imprescritível.

§9º A lei brasileira será aplicada nas hipóteses da Parte Geral deste Código, podendo o juiz desconsiderar eventual perdão, extinção da punibilidade ou absolvição efetuadas no estrangeiro, se reconhecer que tiveram por objetivo subtrair o acusado à investigação ou responsabilização por seus atos ou tiveram sido conduzidas de forma dependente e parcial, que se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

O legislador no §9º, a título de regular internamente hipótese de prevenção especial ao crime de desaparecimento forçado de pessoa – isto é, o exercício da persecução penal na forma da jurisdição extraterritorial por meio do princípio da justiça universal ou cosmopolita, acabou por exceder-se, na medida em que afirma, com todas as letras, o caráter subsidiário da jurisdição penal brasileira. Ora, em sede de jurisdição universal, a competência é concorrente, e não subsidiária. Ademais, há clara ofensa ao princípio *ne bis in idem* e ao princípio da não intromissão em assuntos de jurisdição interna. Trata-se, noutro passo, de norma manifestamente incompatível com o direito internacional.

Consumação do desaparecimento

§ 10 Os delitos previstos neste artigo são de natureza permanente e são consumados de forma contínua enquanto a pessoa não for libertada ou não for esclarecida sua sorte, condição e paradeiro, ainda que ela já tenha falecido.

Como já afirmado, o desaparecimento forçado de pessoa se constitui, por definição, em crime permanente, isto é, o comportamento protraí no tempo até que o sujeito passivo seja posto em liberdade ou se descubra a sua condição ou paradeiro, mesmo que ele tenha falecido.

Como sói ocorrer no Brasil, o que motivou a aprovação do referido projeto de lei foi o desaparecimento do cidadão Amarildo de Souza, ocorrido na cidade do Rio de Janeiro no mês de julho de 2013, e que suscitou uma série de manifestações públicas no contexto daquilo que se tem denominado de “protestos de junho de 2013”. Em outras palavras, a aprovação, pelo Senado Federal, vem, mais uma vez, no bojo daquilo que se pode denominar de direito penal simbólico, uma vez que, nada obstante o longuíssimo período em que o Congresso brasileiro vem discutindo a adequação do ordenamento jurídico penal brasileiro ao ETPI e demais Convenções Internacionais que versam sobre crimes internacionais, foi preciso o espocar das manifestações populares para que o Senado, finalmente, aprovasse a matéria, sem passar, no entanto, pelo processo de discussão e deliberação necessárias. Pegou-se o projeto de lei em discussão mais avançada, submetendo-o a uma redação substitutiva, e aprovada de supino.

V. Referências

AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**, trad. Ezequiel Malarino,

Berlin/Montevideo: Konrad-Adenauer Stiftung E. V., 2004.

_____. **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.

_____. *Desaparición forzada de personas.* Análisis comparado e internacional, Bogotá: Temis, 2009.

_____. **Treatise on international criminal law**, vol. II, New York: Oxford University Press, 2014.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to international criminal law**, 2th ed., Leiden: Martinus Nijhoff, 2013.

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

CONADEP. Nunca Mas!, primeira parte, disponível em http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/english/library/nevagain/nevagain_001.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez *Vs.* Honduras Sentencia de 29 de julio de 1988. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_ing.pdf, acessado em 30/08/2005, às 13:45.

_____. Caso Goiburú y otros *Vs.* Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf, acessado em 30/08/2005, às 14:00.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **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>

DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira. **Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal**, Coimbra: Almedina, 2009.

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.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Mexico’s** Disappeared. The Enduring Cost of a Crisis Ignored, February 2013.

JAPIASSÚ, C. E. Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**: a internacionalização do direito penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Direito Penal Internacional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *O objeto do Direito Penal Internacional e sua mais recente evolução*, trad. Nilo Batista, in **Revista de Direito Penal** n. 6, Rio de Janeiro: Borsoi, abril/junho de 1972.

KOTZUR, Markus. **A Soberania Hoje**. Palavras-Chave para um Diálogo Europeu Latino-Americano Sobre um Atributo do Estado Constitucional Moderno, trd. Marcus V. X. de Oliveira e Gabriel G. de Godói, Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-19.

-
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, vol. 2, 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NETO, José Cretella. **Curso de direito internacional penal**, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- PERRONE-MOISÉS, Claudia. **Direito Internacional Penal: imunidades e anistias**, São Paulo: Manole, 2012.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Continuidade autoritária e construção da democracia: relatório final**, NEV/USP, 1999, 828 pp.
- SCOVAZZI, Tulio, CITRONI, Gabriela. **The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations convention**, Liden: Martinus Nijhoff, 2007.

Capítulo 3

A internacionalização do direito penal: uma aproximação a partir do crime de lavagem de capitais

I. Introdução

Uma das características mais destacadas do mundo contemporâneo é a difusão, por todo o mundo, de problemas que antes tocavam somente ao Estado. Temas como o meio ambiente, a economia, a cultura, a criminalidade, dentre outros, entendidos até certo momento como esferas exclusivas da jurisdição estatal, passaram a ocupar a agenda internacional envolvendo, numa tentativa de solução, decisões quer de caráter internacional – entre Estados –, quer transnacional – entre sociedades civis –, orientadas pelo princípio da cooperação internacional. Nesse sentido, afirma Markus Kotzur¹⁴⁶:

Quanto mais intensivamente se ver o moderno Estado providência na incapacidade de sozinho satisfazer as suas tarefas e quanto mais tiver de recorrer à cooperação com outros Estados, tanto mais precária se torna a brecha entre as obrigações

¹⁴⁶ KOTZUR, Markus. **A Soberania Hoje**. Palavras-Chave para um Diálogo Europeu Latino-Americano Sobre um Atributo do Estado Constitucional Moderno, trd. Marcus V. X. de Oliveira e Gabriel G. de Godói, Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, 2012, *passim*.

comunitárias fáticas e a doutrina da autarquia soberana. O campo da economia oferece um exemplo disso. Dependente da cooperação, o Estado possui quando muito a “posição de contraforte de eficácia regional frente aos processos do tráfego global”; converte-se em “centro de condensação regional na estrutura das constelações de poder supraestatais”. Sua singularidade, exclusividade e posição monopólica pertencem ao passado. Se a alternativa para o Estado nacional é, por exemplo, tomar medidas de política econômica ou de proteção ambiental somente mediante a cooperação entre Estados, ou não o puder fazê-lo em absoluto, então toda forma de associação nestas matérias é mais que um simples ato de *garantia da soberania*.

Em outras palavras, não é o Estado, mas os Estados, nem a sociedade nacional, mas a Sociedade Internacional, que pode, orientada pela ideia de cooperação internacional, fundada que está sobre o princípio da solidariedade, buscar eficazmente soluções para problemas que tocam a todos os povos¹⁴⁷, entre os quais se encontra o gravíssimo problema da macrocriminalidade internacional, pois conforme Jésus-Maria Silva Sanches, “[...] os fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica dão lugar à

¹⁴⁷ É no aspecto cooperativo que envolve o Direito Penal Internacional que Celso D. de Albuquerque Mello fundamenta a cooperação internacional sobre o princípio solidariedade internacional, pois segundo o mesmo, “A luta contra o crime somente será eficaz com a cooperação internacional”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, vol. 2, 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 976.

conformação de modalidades novas de delitos clássicos, assim como à aparição de novas formas delitivas”¹⁴⁸.

O presente trabalho se ocupará de dois aspectos inerentes a este aspecto da vida contemporânea. O primeiro pode ser concebido como paradigma epistemológico, a internacionalização do direito penal, e o segundo como um seu tópico, o crime de lavagem de capitais.

Mas por que o crime de lavagem de capitais? Esta pergunta atrai duas respostas.

Primeiro, 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 – Convenção de Viena sobre o Tráfico de Drogas, a Convenção de Palermo, Convenção de Mérida e a CISFT¹⁴⁹-, 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.¹⁵⁰

¹⁴⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal.** Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 103

¹⁴⁹ Convenção de Viena sobre Tráfico de Drogas, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 162/1991; Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 231/2003; Convenção de Mérida, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 348/2008; CISF, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 769/2005.

¹⁵⁰ “8. Portanto, o presente projeto se constitui na execução nacional de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a começar pela Convenção de Viena de 1988”. Disponível em www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/Lei%209613.pdf. Acessado em 20/04/2012, às 14:00:00.

Conforme João Carlos Castellar¹⁵¹

“A legislação brasileira sobre lavagem se insere neste contexto, pois sua vinda a lume no nosso ordenamento jurídico é decorrência do Decreto nº 154, de 26/06/91, que ratificou a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, a chamada Convenção de Viena, de 20/10/88 [...] Esta normativa internacional assinada pelo Brasil em 1988 e ratificada em 1991, assim como a aprovação em 1992, do Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos, além de outros compromissos no âmbito pan-americano, foram a fonte inspiradora da nossa legislação sobre o crime de lavagem de dinheiro”.

Além disso, o crime de lavagem de capitais põe em relevo o liame cada vez mais estreito entre direito e economia no mundo globalizado, relação que pode ser interpretada a partir de dois paradigmas.

O primeiro é a teoria neoliberal, que em síntese, resgatando a ideia liberal de autorregulamentação da esfera econômica, defende, como consequência, a mínima (ou nenhuma) intervenção do Estado nesta esfera social. Esta mínima intervenção teria tanto o condão de afastar as regras gerais de regulamentação econômica no âmbito administrativo, remanescendo ao Estado o papel de mero fiscal em caso de abusos, mormente naquelas hipóteses que põem em risco as próprias regras do sistema capitalista (v.g., no âmbito da livre concorrência), como o de infirmar, absolutamente, a legitimidade da tutela penal no âmbito econômico. Para isto bastaria a sanção administrativa, e

¹⁵¹ CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de dinheiro**: a questão do bem jurídico, Rio de Janeiro: REVAN, 2004, p. 93.

somente naquelas poucas hipóteses em que a intervenção seria legítima. Neste trabalho esta teoria é denominada *non olet*¹⁵².

O segundo paradigma pode ser identificado com a teoria socialdemocrata, segundo a qual, mais uma vez em ligeira síntese, é necessário que o Estado intervenha no domínio econômico – quer por intermédio da regulamentação econômica, quer mediante o exercício de atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, seja ainda mediante o monopólio estatal de determinadas atividades econômicas tidas como essenciais à soberania nacional – com a finalidade de harmonizar, conforme prescrito na CRFB/88, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (artigo 1º, inciso IV). O grau de intervenção estatal, inclusive no âmbito do direito penal econômico, que se desenvolverá a partir dessa teoria é, por assim dizer, cambiante. Para Ricardo Corrêa Coelho esta contínua mudança pode ser identificada pela imagem de um pêndulo que oscila entre dois polos: à esquerda (onde mais?), se encontra o estado interventor, à direita, o mercado. Em determinados períodos históricos, ocorrerá, por motivos vários, a oscilação para a esquerda, na qual se opera uma maior intervenção do estado na esfera econômica (inclusive

¹⁵² *Non olet* ou *pecunia non olet* é um conceito jurídico e histórico. Juridicamente, na esfera do direito tributário, o brocardo irá indicar a capacidade tributária do Estado para tributar qualquer atividade econômica, independentemente de sua origem, lícita ou ilícita, bastando, portanto, a realização da hipótese de incidência tributária para que o fisco exija a exação do tributo. Nesse sentido, decidiu reiteradamente o Supremo Tribunal Federal (dovarante STF), nos *HC 77530/RS*, *DJU de 18.9.98* e *HC 94240/SP*, *DJU de 23.8.2011*. Historicamente, *non olet* indica o diálogo entre Vespasiano, Imperador romano entre os anos 69 e 79 D.c., e seu filho Tito. Tendo aquele reinstituído a taxaço pela utilização dos banheiros públicos em Roma, conforme já o fizera, v.g., Nero, seu filho Tito foi reclamar-lhe da origem (insalubre?) do dinheiro, no que Vespasiano, tendo pegado moedas provenientes da taxaço, cheirou-as e logo após afirmou: “*Non olet*” (não tem cheiro).

com a possibilidade de eliminação do próprio mercado, como o demonstra o sistema socialista de produção, e com um aumento significativo das normas penais), em outros períodos históricos prevalecerá uma intervenção mitigada do estado, com amplo grau de autonomia autorregulatória do próprio mercado. O ideal seria, pois, aquela posição intermediária de harmonia entre livre concorrência e intervenção estatal, benfazeja tanto para a autonomia privada como para o bem-estar social.¹⁵³ Aqui esta teoria será denominada de *pendular*.

Pois bem, contemporaneamente, decisões acerca da intervenção do Estado nos mais diversos campos, inclusive através do direito penal econômico, não é uma decisão que caiba ao Estado nacional em sua singularidade, mormente naquelas hipóteses que envolvam a macrocriminalidade econômica, na qual o crime de lavagem de capitais desempenha um papel relevantíssimo quer como meio pelo qual os grupos criminais logram obter a circulação do dinheiro obtido mediante atos ilícitos, quer quanto à repressão de um e de outro, mas a uma decisão política conjunta de todos os Estados, como o demonstra, de forma emblemática, o surgimento daquilo que Isidoro Blanco Cordero denomina de regimes internacionais de prevenção e persecução do crime de lavagem capitais¹⁵⁴.

Com isso não se quer, em absoluto, negar o princípio da soberania¹⁵⁵, mas sim, pôr em evidência a transformação

¹⁵³ COELHO, Ricardo Corrêa. **Estado, governo e mercado**, Florianópolis: UFSC, 2009, pp. 24-29.

¹⁵⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blaqueo de capitales**, 2 ed., Navarra: Aranzadi, 2002, pp. 95-96.

¹⁵⁵ Conforme Kotzur, “Quem abandona a soberania, desconhece não somente a realidade social, como também o conteúdo jurídico do conceito, assim como a simples necessidade que as comunidades políticas têm de contar com uma capacidade, competencialmente garantida, de atuação e configuração. Quem, por outro lado, continua sustentando a habitual, mas questionável equação entre povo, Estado e

pela qual têm passado (e sempre passaram) todos os institutos jurídicos, demandando da ciência jurídica aquela postura que Norberto Bobbio¹⁵⁶ atribuía ao Direito Internacional, a saber, a contínua capacidade de se adaptar a realidade cambiante, sem, contudo, abandonar seus institutos e princípios essenciais.

Portanto, neste trabalho ecoa as teses de Peter Häberle¹⁵⁷ e Markus Kotzur¹⁵⁸ que vêm, no âmbito do direito público, não a superação da soberania, mas a sua transformação no tipo Estado Constitucional Cooperativo, mormente na complexa tarefa de proteção aos direitos humanos, que, como se verá, não se contrapõem em essência com a necessidade de persecução criminal.

II. O paradigma da internacionalização do direito penal

nação, não é menos cego ante a realidade e perante a necessidade de contar com uma noção de soberania que esteja em *correspondência* com ela”. KOTZUR, **A Soberania Hoje...**, *passim*.

¹⁵⁶ “Norberto Bobbio, ao resenhar o livro de Roberto Ago, *Scienza giuridica e diritto Internazionale*, aponta que é muito significativa a contribuição que dão os internacionalistas à Teoria Geral do Direito. Registra que, ao refletirem sobre um fenômeno jurídico em movimento, como é o caso do direito internacional, estão em melhores condições de liberar a Teoria Geral do Direito dos hábitos mentais e dos dogmas que derivam de considerações baseadas exclusivamente no direito estatal”. LAFER, Celso. **Prefácio**, in PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito penal internacional**: imunidades e anistias, São Paulo: Manole, 2012, p. xi.

¹⁵⁷ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**, trad. Héctor Fix-Fierro, Ciudad de Mexico: UNAM, 2003; *Idem*, KOTZER, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común**: palabras clave para un diálogo europeu-latinoamericano, trad. Héctor Fix-Fierro, Ciudad de Mexico: UNAM, 2003; *Idem*. **O estado constitucional cooperativo**, trad. Marcos A. Maliska e Elisete Antoniuk, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁵⁸ KOTZUR, **A Soberania Hoje...**, *passim*.

A internacionalização do direito penal, enquanto paradigma epistemológico, é passível de ser caracterizado da seguinte forma: tanto a competência legislativa do Estado como o exercício de seu poder persecutório em relação ao fenômeno criminal está, em graus bastante variados, vinculado ao sistema internacional de cooperação internacional em matéria penal, sejam eles de caráter universal através das diversas Convenções Internacionais pactuadas na ONU, seja de caráter regional, no âmbito, e.g., da UE e da OEA¹⁵⁹, dos quais derivam obrigações de natureza legislativa, administrativa e de persecução, como, v.g., o dever de tipificação de comportamentos, a cooperação judiciária e policial entre Estados, a persecução penal etc.

Por esse motivo, seguindo as lições de M. Cherif Bassiouni¹⁶⁰ e Carlos E. A. Japiassú¹⁶¹, é que se pode conceituar a este ramo de Direito Penal Internacional, conceito que logra afastar à ainda persistente divisão Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal¹⁶². Aquele se referiria às regras de conexão internas tendentes à solução

¹⁵⁹ Na esfera da OEA se destacam, para o tema do presente trabalho, a CICT, que em seu artigo 4, estabelece um conjunto de ações necessárias para o enfrentamento do financiamento do terrorismo, em especial através da lavagem de capitais, bem como a CICC, que em seu artigo XV estabelece formas cooperativas entre os Estados da região para o enfrentamento da lavagem de capitais derivada de a corrupção.

¹⁶⁰ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to international criminal law**, [s.ed], New York: Transnational Publishers, 1997.

¹⁶¹ JAPIASSÚ, C. E. Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 14-25.

¹⁶² Nessa linha seguem PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Op. cit.*, pp. 1-4; JANKOV, Fernanda F. F. **Direito internacional penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 1-8; DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 109.

do conflito interespacial de normas penais, bem como às regras também internas de cooperação judiciária, como, v.g., a extradição e a homologação de sentenças penais estrangeiras. Já este se referiria ao regime internacional de persecução aos crimes internacionais, cuja origem se encontra não em Nuremberg, mas no crime de pirataria, derivada de uma norma consuetudinária (entre os séculos XVI e XVII), até a sua positivação nos artigos 18 e 19 da Convenção de Genebra sobre o Alto Mar de 1958, e hoje, no que diz respeito aos *core crimes*, no ETPI¹⁶³. Como já afirmado supra, ambos são, no presente tempo, fixados por intermédio de diversos Tratados Internacionais gerais ou particulares, não tendo nenhum sentido a manutenção da dicotomia reportada, já que levaria a uma desnecessária compartimentação do estudo de um fenômeno – a internacionalização do direito penal – com perdas significativas no aspecto relativo à sistematização.

A lógica que orienta o paradigma acima mencionado tem infraestrutura naquilo que se tem denominado de globalização, duplamente caracterizada pelos conceitos de desterritorialização e reterritorialização. Sua fenomenologia decorre da emergência de relações sociais transnacionais cada vez mais amplas e dispersas, inclusive de caráter macrocriminal, na qual a competência do Estado Nacional para decidir acerca de suas políticas legislativas, econômicas, administrativas etc vem cedendo passo frente à Sociedade Internacional, que tem, reiteradamente, estabelecido parâmetros gerais de condução da governança nacional, de forma a tornar factível a compatibilização das normas internacionais com o seu ordenamento jurídico e as

¹⁶³ Sobre um panorama histórico sobre o desenvolvimento do direito penal internacional vide BASSIOUNI, M. Cherif. **Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice.** *Virginia Journal of International Law*, n. 42, vol. 81, 2001.

especificidades de sua política interna acerca do fenômeno tratado.¹⁶⁴

No que diz respeito ao Direito Penal, os Tratados Internacionais sobre essa temática estabelecem, em relação aos Estados signatários, obrigações de cooperação internacional tanto no que diz respeito à cooperação em sentido estrito (v.g.: a extradição, a cooperação policial e judiciária etc), quanto à tipificação de comportamentos e a persecução penal de delitos, quer tenham sido eles praticados no território do Estado ou no exterior.

É o que M. Cherif Bassiouni denomina de implementação indireta (*indirect enforcement*) dos crimes internacionais, já que, a rigor, todos os crimes previstos em Tratados Internacionais são, *prima facie*, internacionais. A implementação será direta quando a criação e a aplicação do Direito Penal Internacional couber diretamente aos organismos internacionais criados para tal finalidade – os Tribunais Penais Internacionais -, dotados que estão de órgãos de persecução e julgamento competentes para tal fim. Já a implementação indireta é aquela estruturada sobre dois aspectos: a) incorporação nos ordenamentos nacionais dos crimes previstos em Tratados Internacionais (Bassiouni denominará de “*domestication of ICL*”), e b) derivado da assunção dessas obrigações internacionais, os Estados assumem a obrigação de cooperação internacional para a

¹⁶⁴ Nesse sentido é que se deve compreender as cláusulas abertas contidas nos diversos tratados internacionais, em especial os que versam sobre direito penal, redigidas com as seguintes fórmulas: “em conformidade com sua legislação interna” (artigo 4, 1 da Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo); “de acordo com as disposições fundamentais de seus respectivos ordenamentos jurídicos internos” (artigo 2 da Convenção de Viena sobre Tráfico de Drogas) etc.

debelação do crime. É aquilo que Bassiouni denominará de “*inter-state cooperation in penal matters*”.¹⁶⁵

A causa do mesmo se encontra na macrocriminalidade transnacional, como o demonstram as hipóteses do tráfico de entorpecentes, o crime organizado transnacional, a lavagem de capitais, o terrorismo e, em especial, os crimes contra a humanidade, conforme estabelecidos no Estatuto de Roma, que, em grande parte dos casos, desconsidera as limitações fronteiriças entre Estados, quando não a sua soberania territorial, como o demonstra a situação *sui generis* de tomada de território no México e na Guatemala pelo grupo narcotraficante mexicano Los Zetas¹⁶⁶.

Nisso, a internacionalização do Direito Penal se transforma em um instrumento da Sociedade Internacional para fazer frente aos problemas macrocriminais que não atingem ao Estado Nacional no singular, mas a própria Sociedade Internacional.

Para ilustrar esta necessidade de cooperação, é interessante ter em conta os valores obtidos pela macrocriminalidade internacional, conforme exposto no relatório do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes (doravante UNODC) – *The globalization of crime: a transnational organized crime threat assessment* -, publicado em 2010¹⁶⁷:

¹⁶⁵ BASSIOUNI, **Universal jurisdiction for international crimes...**, p. 333.

¹⁶⁶ EL PAÍS. **El cartel de la droga más sanguinario se adueña del norte de Guatemala.** Disponível em http://elpais.com/diario/2011/05/19/internacional/1305756002_850215.html, acessado em 19/05/2011, às 19:30:00.

¹⁶⁷ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES. **The globalization of crime: a transnational organized crime threat assessment**, UNODC: Viena, 2010, pp. 16-17. Disponível em <http://www.unodc.org/documents/data-and>

<i>Atividade Ilícita</i>	<i>Valor Estimado – US\$</i>
1. Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Destino: Europa	3 bi
2. Contrabando de imigrantes:	
a) América Latina para EUA	6,6 bi
b) África para Europa	150 mi.
3. Tráfico de Cocaína:	
a) Região Andina para EUA	33 bi
b) Região Andina para Europa	34 bi
4. Tráfico de Heroína	
a) Afeganistão para Federação Russa	13 bi
b) Afeganistão para Europa (exceto Rússia)	20 bi
5. Tráfico de Armas	
a) EUA para México	20 mi
b) Leste-Europeu para Mundo	33 mi
6. Falsificação de Produtos – Ásia para Europa	8,2 bi
7. Falsificação de Remédios – Ásia para Sul e Leste Asiático e África	1,6 bi
8. Pirataria Marítima – Costa Somália	100 mi
9. Cybercrimes	
a. Roubo de identifições/dados	1 bi
b. Pornografia infantil	250 mi

Se a lavagem de capitais, como já afirmado, é um delito previsto nas principais convenções internacionais, universais e regionais, que versam sobre o problema, é em razão do fato dela ser um dos principais instrumentos utilizados pela criminalidade organizada para fazer circular, sem rastros de sua origem, a enorme soma de valores obtidos ilicitamente.

Conforme se verá em tópico apropriado, a decisão internacional pela criminalização da lavagem de capitais atendeu a um aspecto majoritariamente pragmático.¹⁶⁸

III. A díade persecução-garantia

Um aspecto, entretanto, a que se tem dado pouca atenção no aspecto que ora se discute é a vinculação dos Estados aos regimes internacionais de proteção aos Direitos Humanos, nos quais se preveem garantias penal-processuais, sejam eles, mais uma 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).

Hans-Heinrich Jescheck, já no início da década de 1970, irá apontar esta necessária relação entre direito penal e direitos humanos:

O movimento internacional para a "*tutela dos direitos do homem*" através do direito internacional, foi muito além do limite dos crimes contra a humanidade. Este desenvolvimento se completou em boa parte fora do direito penal, mas teve conseqüências notáveis também para o mesmo direito penal. Assim, já a

¹⁶⁸ BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales...*, p. 95.

declaração geral dos direitos do homem, feita pelas Nações Unidas no ano de 1948, contém uma série de princípios que servem para realizar o estado de direito especialmente no campo do direito penal e processual. A declaração da ONU tem, entretanto, apenas um peso moral e não é em si mesma uma norma jurídica vinculante. A *International Covenant on Civil and Political Rights*, de 19 de dezembro de 1966, ainda não está vigorando. Diferente é o caso da *Convenção européia para a tutela dos direitos do homem e das liberdades fundamentais*, de 4 de novembro de 1950, que constitui matéria de direito internacional vinculante para os Estados, e que é considerada em certos países, entre os quais a República Federal alemã, como direito de aplicação imediata. O artigo 3.º desta Convenção veta penas ou tratamentos desumanos ou humilhantes, o que tem importância sobretudo para o desenvolvimento do regime penitenciário. O artigo 7.º fixa o princípio da legalidade para os crimes e para as penas. Ainda mais marcantes são as consequências da Convenção sobre direitos do homem no processo penal. Aqui encontramos, no art. 3.º, a proibição da tortura, proibição que nos nossos tempos alcançou novamente uma triste atualidade. Tornaram-se normas de grande importância prática as do art. 5.º sobre a prisão preventiva, que levaram a uma vasta série de pronunciamentos por parte da Comissão européia e da Corte européia para direitos do homem. Deve ser lembrado, além disso, o importante artigo 6.º da Convenção que fixa as condições mínimas de um "*fair trial*" europeu.¹⁶⁹

Esta dupla vinculação, aqui identificada pela díade **persecução-garantia**, não está isenta de aporias conceituais

¹⁶⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **O objeto do Direito Penal Internacional e sua mais recente evolução**, trad. Nilo Batista, *in* Revista de Penal n. 6, Rio de Janeiro: Borsoi, abril/junho de 1972, p. 14.

nem de consequências práticas, conforme a ênfase recaia ora no aspecto repressivo¹⁷⁰ ora no reforço das garantias, quando o correto seria, em nível ótimo, a harmonização entre as duas obrigações internacionais, vale dizer, compreender esta dualidade no raciocínio forjado por Carsten Stahn e Sven-R. Eiffler, ou seja, “o direito penal como braço estendido para a proteção geral dos direitos humanos”¹⁷¹.

Isto fica mais claro ao se aferir os diversos mandados constitucionais e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos que determinam a criminalização de comportamentos como forma de se ensejar a máxima proteção de um direito humano fundamental¹⁷². Nesse sentido, afirma Francesco C. Palazzo

[...] as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal; as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infrequentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, constituem para oferecer a imagem de um Estado *empenhado e ativo* (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios – por assim

¹⁷⁰ Basta lembrar as consequências deletérias que a *war on drugs*, financiada pelos EUA na Colômbia, e a *war on terror* no oriente médio, que nada propiciaram em termos de eficácia e de segurança.

¹⁷¹ *Apud* 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, p. 41.

¹⁷² PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**, trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 103.

dizer – da Constituição. As manifestações mais unívocas no sentido da criminalização provêm das chamadas “cláusulas expressas de penalização” (*Verfassungsrechtliche Pönalisierungsgebote*) [...].

A nós nos parece evidente a inexistência de antinomia entre direitos humanos e direito penal¹⁷³, devendo haver, conforme já dito, uma harmonização entre o dever de persecução e as garantias penal-processuais asseguradas constitucionalmente e pelo direito internacional da pessoa humana, o que se alcança, dentre outros institutos, por intermédio do princípio da proporcionalidade. Conforme observam Artur de B. G. Souza e Carlos E. A. Japiassú ao analisarem o papel que desempenha o princípio da proporcionalidade no direito penal, este princípio “[...] objetiva, de imediato, uma justa correlação entre a gravidade do fato perpetrado pelo agente e a sanção penal correspondente [...] [que] deve ser obedecida tanto na elaboração, como na aplicação e na execução da lei penal”¹⁷⁴.

Mas, conforme lembram os autores acima mencionados, o princípio da proporcionalidade se manifesta também na forma da proibição da insuficiência protetiva a um bem jurídico fundamental, como, v.g., se evidencia nas hipóteses de mandado constitucional (e no direito internacional da pessoa humana) de proteção a bens jurídicos por intermédio do Direito Penal, conforme, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal (doravante STF):

¹⁷³ Para uma excelente análise à luz das correntes liberal e analítica, NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**, trad. Nélio Schneider, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2011, em especial o capítulo VIII – A justificação do governo: punição, pp. 329-381.

¹⁷⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral, Elsevier: Rio de Janeiro, 2012, p. 66.

Controle e constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*).¹⁷⁵

Em razão disso, é bastante óbvio que os objetivos que a Sociedade Internacional pretenda alcançar por intermédio do Direito Penal Internacional estarão duplamente limitados por dois princípios fundamentais: a) de um lado, a soberania estatal e a estrutura cultural de seu ordenamento jurídico. Nenhum Estado está, *prima facie*, obrigado a aderir a um determinado projeto internacional que não seja compatível com o seu poder de autodeterminação, nem sancionar um comportamento que seja incompatível com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, como, *e.g.*, a criminalização de atos preparatórios no ordenamento jurídico brasileiro; b) de outro lado, pelas garantias penal-processuais presentes nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que são, ao mesmo tempo, fundamento e limite para a legitimidade de qualquer projeto internacional, mormente nas hipóteses que envolvam a intervenção penal.

¹⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 104.410**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-2012, 2ª Turma, DJ de 27-3-2012.

IV. A preocupação internacional em torno à lavagem de capitais

Os autores que tratam do tema ora em discussão são acordes em afirmar o caráter transnacional do crime de lavagem de capitais¹⁷⁶, seja em razão da origem ilícita dos valores – tráfico internacional de entorpecentes, tráfico de pessoas, contrabando de armas, corrupção de caráter transnacional etc -, seja em razão do meio utilizado para se proceder a lavagem dos valores obtidos a partir de atos ilícitos, mormente a remessa de valores para paraísos fiscais mediante a utilização de empresas *offshore*, a aplicação nas bolsas de valores, no mercado imobiliário, jogos e sorteios ou mesmo através de instituições religiosas¹⁷⁷. Conforme Deomar de Moraes, referindo-se à utilização dos paraísos fiscais e empresas *offshore*, afirma que

[...] o que faz atraente um paraíso fiscal é o sigilo bancário impenetrável, a lavagem de dinheiro não ser considerada um crime, a capacidade reduzida de investigação e de coibição da prática de lavagem de dinheiro, a falta de identificação no fechamento de uma operação financeira, pouco controle de câmbio,

¹⁷⁶ Nesse sentido, BLACO CORDERO, **El delito de blaqueo de capitales...**; BONFIM, Maria M. M., BONFIM, Edilson M. **Lavagem de dinheiro**, Malheiros, 2005; MORO, Sérgio Fernando. **O crime de lavagem de dinheiro**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

¹⁷⁷ Para uma explanação mais pormenorizada, é interessante consultar a **Cartilha: lavagem de dinheiro**, um problema mundial, elaborada pelo COAF, órgão brasileiro responsável pela fiscalização do sistema financeiro nacional no tema da lavagem de capitais, disponível em <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/cartilha-lavagem-de-dinheiro-um-problema-mundial/>, acessado em 20/08/2012, às 22:00:00.

uso de instrumentos monetários pagáveis ao portador [...].¹⁷⁸

De acordo com a UNODC, o caráter transnacional da lavagem de dinheiro ganhou abrangência internacional de forma muito mais ampla em razão da globalização e do desenvolvimento da tecnologia de informação que se inicia a partir da década de 1970, o que possibilitou a mobilidade imediata de recursos no sistema financeiro internacional:

A Globalização gerou uma problemática para os bancos e instituições financeiras: com a digitalização da economia, reconhecer efetivamente seus clientes tornou-se um grande desafio. Isso porque agora, os bancos mantêm poucas relações físicas, face-a-face, com os titulares das contas. Assim, a vigilância, o controle e a fiscalização, que até então se utilizava dos registros e documentos financeiros, terão também que se digitalizar e incorporar novas tecnologias para combater os crimes financeiros de igual para igual. A lavagem de dinheiro tornou-se virtual. Isto é um fato. O novo mercado único, integrado e digitalizado, circula vultosos montantes de dinheiro em nanossegundos, e permite que o dinheiro viaje por diferentes jurisdições e fiscalizações domésticas, o que torna mais difícil ainda de se detectar a origem e a finalidade de cada transação¹⁷⁹.

¹⁷⁸ MORAES, Deomar de. **Paraísos fiscais, centros offshore e lavagem de dinheiro**, in Anais do **Seminário internacional sobre lavagem de dinheiro**, Cadernos do CJF n. 17. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol17.htm#PARAÍSOSEFISCAIS,CENTROS>, acessado em 20/11/2011, às 16:32:00.

¹⁷⁹ ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. **Guia de estudos: Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo e Lavagem de Dinheiro**. Disponível em <http://www.ri.pucminas.br/minionu/Guia-UNODC.pdf>, acessado em 20/07/2012, às 17:22:00.

Entretanto, com isto não se quer negar, por obviedade, que a lavagem de dinheiro possa ter caráter interno – valores adquiridos ilicitamente no país e nele reciclados -, mas a ênfase dos regimes internacionais é a de caráter transnacional, e que exercem uma forte influência na conformação legislativa e administrativa no tocante à prevenção em nível interno.

Nesse sentido é interessante colher o exemplo da recente alteração por que passou a Lei n. 9613/1998 (Lei da Lavagem de Dinheiro) por meio da Lei n. 12.683/2012, em especial quanto ao tema dos crimes antecedentes.

Conforme Marcia M. M. Bonfim e Edilson M. Bonfim, o crime de lavagem de dinheiro consiste no “[...] processo composto por fases realizadas sucessivamente, que tem por finalidade introduzir na economia ou no sistema financeiro, bens, direitos ou valores **procedentes de determinados crimes**” (grifo nosso)¹⁸⁰, ou segundo o conceito formulado pela INTERPOL “[...] qualquer ato ou tentativa tendente a ocultar ou encobrir a natureza dos ganhos ilegalmente obtidos de maneira que pareçam proceder de fontes lícitas”¹⁸¹.

Se em ambos os conceitos figura como origem dos valores a fonte ilícita, isto se deve à razão de ser de referido crime, a saber, “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal” (art. 1º da Lei n. 9613/1998 com a redação dada pela Lei n. 12683/2012), isto é, ocultar ou dissimular são os verbos que descrevem os comportamentos delitivos caracterizadores do delito, por se tratar, conforme Carlos Rodolfo Tigre Maia, de típico crime

¹⁸⁰BONFIM, Maria M. M., BONFIM, Edilson M, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸¹ *Apud* BLANCO CORDERO, **El delito de blanqueo de capitales...**, p. 169.

parasitário, na medida em que está na dependência da ocorrência de um crime antecedente para que possa ser praticado.¹⁸²

O rol de crimes antecedentes – isto é, quais os delitos que, tendo sido praticados anteriormente à lavagem de dinheiro ensejariam a sua tipicidade – está compartmentado em quatro critérios distintos:

a) **regime *numerus clausus***, segundo o qual somente ocorre lavagem de dinheiro tendo como crime antecedente um rol estrito de crimes;

b) **o critério de classes**: por esse sistema, a lavagem de dinheiro terá como crime antecedente uma classe de crimes previstas na legislação penal, tal como, v.g., estabelecido pela Convenção de Palermo em seu artigo 2º c/c artigo 6º, 2, b, isto é, um “[...] ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;”;

c) **o critério abrangente de infração penal**: por este critério, qualquer modalidade delituosa (sem distinção, v.g., entre crime e infração penal, crime de menor potencial ofensivo e crime grave (nos termos da Convenção de Palermo) etc) que tenha por consequência a geração de ativos de origem ilícita; e

d) **o critério misto**: neste, ocorre uma combinação daqueles crimes previstos em Convenções Internacionais, com outro critério, *e.g.*, o de crime grave.

A Lei 9613/1998, antes da alteração legislativa feita pela Lei 12683/2012, conforme fica evidente na redação

¹⁸² MAIA, Carlos Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 22.

original de seu artigo 1º (com a redação dada pela Lei n. 10701/2003, que alterara, dentre outros dispositivos, os incisos II e VIII), adotava o critério *numerus clausus*, a saber, somente seriam crimes antecedentes para fins de criminalização do crime de lavagem de dinheiro os: I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II - de terrorismo e seu financiamento; III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV - de extorsão mediante sequestro; V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI - contra o sistema financeiro nacional; VII - praticado por organização criminosa; VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

Com a nova redação dada pela Lei 12683/2012, o critério adotado foi o abrangente de infração penal, conforme se infere de sua redação: “Ocultar ou dissimular [...] provenientes, direta ou indiretamente, de **infração penal**” (grifo nosso), sem qualquer distinção, *prima facie*, entre crime e contravenção penal, crime de menor potencial ofensivo ou crime grave etc. *Prima facie* em razão da possibilidade de, no caso concreto, se discutir a tipicidade da lavagem em relação a um determinado crime ou contravenção penal, já que, ao menos abstratamente, nada ilide a que se conclua que qualquer ilícito penal do qual decorra lucro para o seu perpetrador seja considerado como antecedente para a ocorrência da lavagem de dinheiro.

Portanto, o critério adotado pelo legislador nacional na reforma da Lei de Lavagem de Dinheiro é condizente com o disposto no artigo 6º, 2, a da Convenção de Palermo (“Cada Estado Parte procurará aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à mais ampla gama possível de infrações principais”) e o artigo 1º, e da Convenção de Estrasburgo (“‘‘Infração principal’’ designa qualquer infração penal em consequência da qual são gerados produtos, os quais são

suscetíveis de se tornarem objeto de uma infração nos termos do artigo 6º da presente Convenção”).

Interessante notar que o Brasil não é signatário da Convenção de Estrasburgo de 1990 – trata-se de Tratado Internacional pactuado no âmbito da UE, mas que conseguiu atrair a adesão de Estados alheios ao regime comunitário, conforme projeto original da Comissão Europeia, como os Estados Unidos da América, Canadá e Austrália¹⁸³, como forma de congregar o maior número possível de Estados no projeto comunitário de combate à lavagem de dinheiro -, mas que nem por isso deixou de se influenciar por aquele regime internacional de combate à lavagem de capitais, o que gerou, como se era de esperar, uma postura crítica de parte respeitável da doutrina criminalista brasileira¹⁸⁴.

Conforme Isidoro Blanco Cordero, a preocupação da Sociedade Internacional com o problema da lavagem de dinheiro se deve, especialmente, a um critério pragmático quanto ao enfrentamento da macrocriminalidade transnacional. A persecução penal será coxa caso se concentre somente nos crimes principais. Para que haja uma eficácia no combate, por exemplo, do tráfico de entorpecentes, é necessário que os lucros dele provindo, e que, em sua maior parte, são lavados através do sistema financeiro internacional, sejam investigados e submetidos ao processo de bloqueio e apreensão como forma de, senão impedir, pelo menos tornar mais custosa, mais difícil essa atividade ilícita, além de subtrair do grupo criminoso a razão de sua atividade ilícita: o lucro. A prevenção, portanto, deve ser feita em duas frentes, de um lado a atividade principal, de outro, no resultado dessa atividade.

¹⁸³ BLANCO CORDERO, **El delito de blanqueo de capitales...**, p. 109.

¹⁸⁴ Síntese dessa crítica é o Boletim nº 237 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, de agosto de 2012, que é, basicamente, monotemático acerca da Lei 12683/2012, em especial em seu Editorial.

Entende o autor acima citado, que

A estratégia internacional de luta contra a criminalidade que gera enormes lucros tem duas vertentes: a referente a apreensão e confisco dos bens, tendente a privar os delinquentes dos lucros obtidos de seus delitos, e a relativa aos esforços dirigidos a tipificar penalmente o branqueamento de capitais tanto no Direito Internacional como no Direito interno. Para por em funcionamento referida estratégia é preciso articular mecanismos de cooperação interestatal que garantam a aplicação do Direito Internacional de maneira eficaz e impeçam às organizações criminais subtrair-se ao mesmo. [...] na atualidade o problema da luta contra o branqueamento de capitais não se centra exclusivamente nos bens originados no tráfico de drogas, mas vai mais além e se refere a todas aquelas atividades criminais, fundamentalmente de caráter grave, que produzem ganhos substanciais. Isso se reflete também no âmbito dos instrumentos internacionais que, longe de limitar-se a regular o branqueamento de capitais procedente do tráfico de drogas, adotam um enfoque mais amplo e que se referem a bens procedentes de qualquer delito.¹⁸⁵

É signo da preocupação internacional a proliferação dos regimes internacionais para regulamentação da lavagem de dinheiro. O que caracteriza um regime internacional como forma institucional diversa das organizações intergovernamentais é tanto a sua autonomia organizacional em relação àquelas por conta da especificidade da matéria tratada (v.g., um regime internacional sobre lavagem de capitais não se preocupará com a criminalidade em geral, mas especificamente dessa temática, diversamente da

¹⁸⁵ BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales...*, pp. 95 *passim*.

INTERPOL), quanto a sua competência internacional para a formulação de procedimentos, atividades e normas sobre a questão. Contudo esta autonomia não pode ser compreendida como sinônimo de isolamento institucional. Muito pelo contrário. Se os regimes internacionais têm logrado estabelecer normas e procedimentos cooperativos para o combate à lavagem de dinheiro é em razão do apoio e adesão que os Estados, Organizações Internacionais e demais instituições internacionais aportam em favor dos mesmos.

Nesse ponto específico, a Convenção de Mérida oferece um motivo importante para fundamentar o raciocínio supra, já que em seu artigo 14, 4 (este artigo trata especificamente do problema da lavagem de dinheiro provindos da corrupção) expressamente prescreve que “4. Ao estabelecer um regimento interno de regulamentação e supervisão de acordo com o presente Artigo, e sem prejuízo do disposto em qualquer outro Artigo da presente Convenção, recomenda-se aos Estados Partes que utilizem como guia as iniciativas pertinentes das organizações regionais, interregionais e multilaterais de luta contra a lavagem de dinheiro”.

Em outros termos, a intenção internacional não é a de, a cada novo acordo internacional, criar, *ex nihilo*, um novo procedimento de combate à lavagem de dinheiro, mas reforçar, permitir a cooperação, a eficácia, o aperfeiçoamento, dos regimes já existentes.

O exemplo mais interessante nesse sentido é do GAFI, instituído no ano de 1989 pelo G8.

O GAFI foi instituído por ocasião da 15ª Reunião Anual do G8 ocorrido na cidade de Paris, ocasião em que estes Estados se comprometeram a estabelecer a cooperação internacional em quatro temas principais: tráfico de entorpecentes, lavagem de capitais, terrorismo e meio ambiente. À época de sua criação o GAFI ganhou a adesão dos G7, tendo seu Tratado constitutivo sido aberto à

ratificação de outros Estados, contando hoje com 36 Estados e 2 Organizações Regionais (Comissão Europeia e o Conselho de Cooperação do Golfo) na qualidade de membros e mais de 30 Organizações Internacionais, regionais e universais, na qualidade de observadores, que utilizam as Recomendações da GAFI para o enfrentamento da lavagem de dinheiro¹⁸⁶.

Inicialmente o GAFI se preocupou em estabelecer formas de cooperação internacional para enfrentar o problema da lavagem de dinheiro provindo do tráfico de entorpecentes, estabelecendo, nesse sentido, um regime internacional com vistas à implementação da Convenção de Viena sobre Tráfico de Drogas, tendo instituído em abril de 1990 a *Task Force Report 1*, que estabelecia, dentre outros critérios, o conceito de lavagem de dinheiro, medidas provisórias e de confisco dos bens e valores, procedimentos de identificação de clientes e do dever de prestar informações às autoridades financeiras dos Estados partes etc.¹⁸⁷ Em razão disso, “[...] o GAFI se converteu no organismo internacional e de caráter intergovernamental mais importante do mundo na luta contra o branqueamento de capitais”¹⁸⁸. Isso fica evidenciado no que toca ao problema das fases procedimentais que se utilizam para se proceder a lavagem de dinheiro.

Paolo Bernasconi falará de duas fases – lavagem e reciclagem – para identificar os procedimentos de ocultação da origem ilícita do dinheiro (através, *e.g.*, da remessa de valores para paraísos fiscais ou aplicação no mercado

¹⁸⁶ Informações colhidas no sítio da GAFI <http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/membersandobservers/#d.en.3147>, acessado em 20/08/2012, às 15:32:00.

¹⁸⁷ BLANCO CORDERO, **El delito de blanqueo de capitales...**, pp. 155-160.

¹⁸⁸ BLANCO CORDERO, **El delito de blanqueo de capitales...**, pp. 158-159.

imobiliário), fase identificada com a lavagem, e os procedimentos adotados para a reinserção destes valores no sistema financeiro já “alvejados”, identificado com a reciclagem, que no étimo, como se pode depreender, consiste em dar um novo (*re*) ciclo àquele dinheiro. Já Isidoro Blanco Cordero, reportando-se às lições de André Zünd, falará de dez fases, utilizando-se figurativamente do ciclo natural das águas para identificá-las (precipitação, infiltração, corrente de águas subterrâneas, lagos subterrâneos, nova acumulação em lagos, estação de bombeamento, estação de depuração, aplicação ou aproveitamento, evaporação, nova precipitação).

Contudo, o critério mais difundido e utilizado é aquele adotado pelo GAFI, que identifica o procedimento em três fases distintas:

- a) **colocação**: objetiva colocar os valores percebidos no sistema financeiro de forma a afastá-los de uma associação imediata com a sua origem ilícita;
- b) **ocultação**: objetiva, por intermédio de várias movimentações financeiras, encobrir os próprios recursos, de forma a se impedir o seu rastreamento pelas autoridades financeiras e de persecução penal; e
- c) **integração**: objetiva reinserir os valores aferidos em favor dos beneficiários do processo de lavagem, de forma a permitir a sua utilização sem que remanesça qualquer traço de sua origem ilícita.

É importante notar, por fim, que o GAFI é somente um exemplo a ser colhido dentre tantos outros regimes internacionais de combate à lavagem de capitais, que ora adotam uma configuração regional – v.g., no âmbito da OEA, ora uma configuração mais abrangente, mas que se reportam a um conjunto de normas internacionais (as quatro

Convenções da ONU já mencionadas), ou a outro regime internacional de lavagem de dinheiro (GAFI, CBLIC etc), formando uma rede de cooperação e de troca de informações que se revestem de significativa importância para o enfrentamento da lavagem de dinheiro.

É óbvio, portanto, não só o caráter transnacional do crime de lavagem de dinheiro, como também, e principalmente, o papel que desempenha a cooperação internacional no enfrentamento do problema.

V. Conclusão

A título de conclusão, retomemos àquelas duas teorias que orientam a relação entre direito e economia, e que acima foram identificadas pelas rubricas *non olet* e *pendular*.

É uma característica da ciência moderna a operatividade de um raciocínio *ou-ou* (natureza *ou* cultura; direito *ou* moral; liberdade *ou* autoridade; mercado *ou* estado etc)¹⁸⁹, quando a realidade da vida em sociedade é muito mais complexa e ambígua. Provavelmente isto se deve, dentre outras coisas, pela compartimentação das áreas do pensar em estâncias isoladas, sem que se busque o necessário liame entre as diversas disciplinas, de forma a se permitir uma compreensão mais ampla e pertinente da realidade. Em outras palavras, apostar, guardadas as devidas precauções, não na disciplinarietà/interdisciplinarietà, mas na transdisciplinarietà de que fala Eligio Resta¹⁹⁰.

De fato, *pecunia non olet*, mesmo porque, no atual estágio da sociedade da informação e do conhecimento, não se fala mais na circulação do dinheiro em espécie, mas de

¹⁸⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, São Paulo: Cia das Letras, 1988, pp. 13 e ss.

¹⁹⁰ RESTA, Eligio. **O direito fraterno**, trd. Sandra Regina Martini Vial, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

informações contábeis digitais na cifra de bilhões de algumas poucas moedas que são movimentadas interbancariamente de um polo a outro do globo terrestre em questões de segundos. Não só do Chuí ao Caburaí no Brasil, mas de Nova Iorque para Pequim, de Londres para Catimandú, sem que os Estados logrem, sozinhos, controlar o seu fluxo.

Se o fluxo global de capitais permite os investimentos internacionais legítimos, permite também o encobrimento de enormes cifras oriundas da prática de ilícitos que, de acordo com a consciência mundial de nosso tempo, devem ser enfrentados, dado o enorme dano que causam às sociedades em geral, mas principalmente a pessoas concretas no particular. Uma ciência social que não busca aferir a própria realidade é uma ciência pejada por uma cegueira intencional, e que se apega mais a princípios abstratos do que à sua razão de ser: estabelecer parâmetros práticos para a solução de problemas concretos da vida. Negar a validade *eo ipso* da intervenção estatal na economia em geral, e do direito penal em particular por uma abstrata consideração acerca do conceito de *ultima ratio* não parece ser o raciocínio mais condizente com o momento em que o mundo se encontra.

Contudo, esse argumento não pode levar àquela polaridade pendular na qual o Estado passa a ser o único agente econômico, anulando qualquer possibilidade de ação econômica particular, ou que tenha no direito penal o principal instrumento de controle sobre a atividade econômica.

“Nem tanto ao mar nem tanto à terra”: contra a lógica do *ou-ou* a lógica da complementariedade e da harmonização.

O programa internacional de combate à lavagem de dinheiro parece indicar um caminho importante para o enfretamento da macrocriminalidade transnacional, já que objetiva atingir aos grupos criminosos no motivo pelo qual praticam os ilícitos: a obtenção de um lucro desmedido,

pondo em risco de corrosão não só a autoridade dos Estados como a coesão social. Não nos parece desmedido nem ofensivo ao princípio da subsidiariedade a persecução penal orientada por essa finalidade, mesmo porque, a própria CRFB/88 legitima a intervenção penal na esfera do direito econômico (artigo 173, §5º), sem que com isso se possa infirmar a ilegitimidade do próprio mandado constitucional.

A internacionalização do direito penal, nesse sentido, se constitui em um conjunto de instrumentos perfeitamente legítimos para o enfrentamento do problema do crime, posto que estabelece parâmetros comuns para a atuação dos Estados.

VI. 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.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to international criminal law**, [s.ed], New York: Transnational Publishers, 1997.

_____. **Universal jurisdiction for international crimes**: historical perspectives and contemporary practice. **Virginia Journal of International Law**, n. 42, vol. 81, 2001.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blaqueo de capitales**, 2 ed., Navarra: Aranzadi, 2002.

BONFIM, Maria M. M., BONFIM, Edilson M. **Lavagem de dinheiro**, Malheiros, 2005.

CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de dinheiro**: a questão do bem jurídico, Rio de Janeiro: REVAN, 2004.

COAF. **Cartilha**: lavagem de dinheiro, um problema mundial, disponível em <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/cartilha-lavagem-de-dinheiro-um-problema-mundial/>, acessado em 20/08/2012, às 22:00:00.

COELHO, Ricardo Corrêa. **Estado, governo e mercado**, Florianópolis: UFSC, Brasília: CAPES, 2009.

Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 348/2008.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

EL PAÍS. **El cartel de la droga más sanguinario se adueña del norte de Guatemala**. Disponível em http://elpais.com/diario/2011/05/19/internacional/1305756002_850215.html, acessado em 19/05/2011, às 19:30:00.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**, trad. Héctor Fix-Fierro, Ciudad de Mexico: UNAM, 2003.

_____, KOTZER, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común**: palabras clave para un diálogo europeu-latinoamericano, trad. Héctor Fix-Fierro, Ciudad de Mexico: UNAM, 2003.

_____. **O estado constitucional cooperativo**, trad. Marcos A. Maliska e Elisete Antoniuk, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.
Boletim n. 237, agosto/2012.

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

JAPIASSÚ, C. E. Adriano. **O Tribunal Penal Internacional:** a internacionalização do direito penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **O objeto do Direito Penal Internacional e sua mais recente evolução**, trad. Nilo Batista, *in* Revista de Penal n. 6, Rio de Janeiro: Borsoi, abril/junho de 1972, pp. 7-20.

KOTZUR, Markus. **A Soberania Hoje.** Palavras-Chave para um Diálogo Europeu Latino-Americano Sobre um Atributo do Estado Constitucional Moderno, trd. Marcus V. X. de Oliveira e Gabriel G. de Godói, Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-19.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, São Paulo: Cia das Letras, 1988.

_____. **Prefácio**, *in* PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito penal internacional:** imunidades e anistias, São Paulo: Manole, 2012.

MAIA, Carlos Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, vol. 2, 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MORAES, Deomar de. **Paraísos fiscais, centros offshore e lavagem de dinheiro**, in Anais do **Seminário internacional sobre lavagem de dinheiro**, Cadernos do CJF n. 17. Disponível em http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol17.htm#PARAÍSOIS_FISCAIS,CENTROS, acessado em 20/11/2011, às 16:32:00.

MORO, Sérgio Fernando. **O crime de lavagem de dinheiro**, São Paulo: Saraiva, 2010.

NINO, Carlos Santiano. **Ética e direitos humanos**, trad. Nélio Schneider, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. **Guia de estudos: Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo e Lavagem de Dinheiro**. Disponível em <http://www.ri.pucminas.br/minionu/Guia-UNODC.pdf>, acessado em 20/07/2012, às 17:22:00.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**, trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: SAFE, 1989.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito penal internacional: imunidades e anistias**, São Paulo: Manole, 2012.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**, trd. Sandra Regina Martini Vial, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades

pós-industriais, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**, Elsevier: Rio de Janeiro, 2012.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES. **The globalization of crime: a transnational organized crime threat assessment**, UNODC: Viena, 2010, pp. 16-17. Disponível em http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf, acessado em 15/02/2011, às 14:00:00.

Capítulo 4

Dos crimes internacionais: o fato punível no direito penal internacional. Uma análise a partir dos crimes contra a humanidade

I. Introdução

O presente trabalho tem por objeto de estudo o conceito de fato punível no Direito Penal Internacional, um dos mais recentes campos das Ciências Criminais, e por objetivo uma apresentação dos pressupostos objetivos e subjetivos da punibilidade individual no âmbito do Direito Internacional, tendo como base os crimes contra a humanidade.

Inicialmente, dois temas se impõem para a delimitação do objeto de estudo. Primeiramente, a abrangência daquilo que se entende por crimes internacionais. De outro, a matriz jurídica na qual se funda a estrutura do fato impunível internacional.

Quanto àquele primeiro aspecto, o presente trabalho analisará a estrutura dos crimes contra a humanidade previstos no ETPI, deixando para outra oportunidade uma apresentação de outros tópicos importantíssimos do Direito Penal Internacional, dentre os quais os atinentes aos demais

crimes de competência do TPI¹⁹¹, a cooperação penal internacional, a extradição, a *indirect enforcement* e outros crimes internacionais¹⁹², bastando frisar que, para o Direito Penal Internacional, o conceito de crimes internacionais é bastante ambíguo, por envolver, de uma banda, ilícito penais que serão perseguidos e punidos de acordo com o Direito Internacional (chamados de crimes internacionais próprios), e de outra banda, aqueles crimes que se conformam na cláusula do sistema global de proibição, isto é, ilícitos previstos em Tratados Internacionais, mas que serão perseguidos e punidos pelos Estado através de seu sistema legal (v.g. lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e pessoas, financiamento do terrorismo etc).

No que diz respeito ao segundo tópico, é importante frisar que os crimes internacionais – e o Direito Penal Internacional em geral – é fortemente influenciado pelo *common law*, tanto no aspecto relativo à estrutura do crime,

¹⁹¹ São crimes de competência do TPI, de acordo com seu artigo 5º, 1, a a d: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

¹⁹² Seriam, nesse sentido, crimes internacionais o terrorismo, a tortura e o desaparecimento forçado de pessoas, conforme CASSESE, Antonio. **International criminal law**, New York: Oxford University Press, 2003, pp. 110-133, que menciona somente aqueles dois primeiros mais o crime de agressão. O crime de desaparecimento forçado de pessoas somente passou a vigorar internacionalmente com a entrada em vigor da CIPTPCDF, no ano de 2010. A alocação do crime de agressão na rubrica outros crimes internacionais tinha sua razão de ser por conta da cláusula suspensiva de vigência contida no artigo 5º, 2 do ETPI, que permitia o exercício jurisdicional do TPI sobre esse crime para somente após a delimitação de seus elementos, o que foi feito por ocasião da Conferência de Revisão do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional ocorrida em Kampala, Uganda, entre 31 de março e 11 de junho de 2010. Consultar, nesse sentido, o Regulamento do TPI sobre os elementos dos crimes já revisado, disponível em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>, acessado em 20/08/2011, às 14:31:00.

como na forma de sua conformação – mormente através da jurisprudência internacional - e interpretação jurisprudencial e doutrinária, já que ainda não se logrou a codificação do Direito Penal Internacional, sendo o ETPI o documento internacional que mais se assemelharia, em sua estrutura, a este projeto internacional. Conforme Kai Ambos¹⁹³,

[...] [a] *common law* anglo-americano [...] tem determinado decisivamente, quase de maneira exclusiva, a evolução da jurisprudência e das codificações de direito penal internacional [...] Por isso, para a inteligência do direito penal internacional e, especialmente do ETPI, é irrenunciável a compreensão de figuras e da terminologia jurídico-penal do *common law*.

Em outras palavras, o Direito Penal Internacional é um ramo das Ciências Penais que, até o presente momento, permanece alheia à relevantíssima contribuição da dogmática penal alemã, que tanta influência exerce “[...] no círculo católico-românico que compreenderia Espanha, Portugal, Itália e América Latina [...]”, dentre outras culturas jurídicas, como o Japão, a Coreia do Sul etc¹⁹⁴, dogmática esta caracterizada por um refinamento teórico-analítico que, no geral, é estranho ao caráter pragmático do direito penal da *common law*.

O que importa frisar nesse aspecto, entretanto, não é a superioridade ou a preponderância de um modelo frente ao outro, mas precisamente a *diferença* estrutural entre ambas, cabendo ao estudioso, orientado por uma comparatística de caráter funcional, encontrar aquele *tertio comparationis* de que

¹⁹³ 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, p. 50.

¹⁹⁴ Esta delimitação de influência da dogmática penal germânica foi elaborada por Claus Roxin, *apud* AMBOS, **A parte geral...**, p. 60.

falam Korand Zweigert e Hein Kötz¹⁹⁵, a saber: os princípios gerais de direito penal que logrem aproximar, e não afastar, segundo uma *ratio* e um *telos* comuns ambas as culturas jurídicas. Esta *ratio* e este *telos* não poderão ser outra coisa se não a proteção dos direitos humanos¹⁹⁶⁻¹⁹⁷, especificamente

¹⁹⁵ ZWEIGERT, Korand, KÖTZ, Hein. **Introduzione al diritto comparato**. Vol. I: principi fondamentali, trad. Barbara Pozzo, Milano: Giuffrè Editore, 1998, pp. 36-55.

¹⁹⁶ Jescheck, ao especificar a diferença existente entre os crimes contra a paz (hoje, crime de agressão), os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, irá apontar, acertadamente, o liame entre o Direito Penal Internacional e o Direito Penal nacional, a saber, a violação a determinados direitos fundamentais que se constituem, no Estado de Direito, na razão pela qual se criminalizam determinados comportamentos. A diferença entre as duas formas de violação se encontra no caráter sistemático que envolve os crimes contra a humanidade: “O conceito de crime contra a humanidade é novo como o do crime contra a paz somente em parte. A diferença está sobretudo no fato de que aqui o campo dos comportamentos puníveis coincide, em grande parte, com o direito penal existente, mesmo se a violação das regras mínimas da convivência humana representa um particular ponto de vista jurídico e criminológico”. JESCHECK, Hans-Heinrich. *O objeto do Direito Penal Internacional e sua mais recente evolução*, trad. Nilo Batista, in **Revista de Direito Penal** n. 6, Rio de Janeiro: Borsoi, abril/junho de 1972, p. 13.

¹⁹⁷ Isto fica mais claro ao se aferir os diversos mandados constitucionais e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos que determinam a criminalização de comportamentos como forma de se ensejar a máxima proteção de um direito humano fundamental. Conforme Francesco C. Palazzo “[...] as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal; as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infrequentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, constituem para oferecer a imagem de um Estado *empenhado* e *ativo* (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da

nos crimes contra a humanidade ali onde o Estado, guiado por uma política de caráter criminal, objetiva eliminar a diversidade da vida humana com vistas à sua homogeneização e o domínio total de uma sociedade.

Uma última palavra a título introdutório atinente ao contexto de aplicação do Direito Penal Internacional. Se o direito penal nacional, como regra geral, é instituído para ser aplicado em períodos de normalidade política, nos quais os crimes, por mais graves que sejam, devem encontrar uma resposta estatal fundada na vigência dos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, os crimes internacionais previstos no ETPI são instituídos para serem aplicados aos fatos havidos no contexto de excepcionalidade política, período em que as regras jurídicas, em especial aquelas que asseguram direitos e garantias fundamentais, são suspensas, ou mesmo revogadas, vigendo aquilo que Hannah Arendt caracterizará como onde “tudo é possível”¹⁹⁸.

No entanto, mesmo existindo para sancionar fatos ocorridos em períodos de excepcionalidade política, não tem o Direito Penal Internacional caráter excepcional, no sentido de excepcionar aos princípios fundamentais do direito penal. Muito pelo contrário, este ramo do direito penal é dotado de

Constituição. As manifestações mais unívocas no sentido da criminalização provêm das chamadas “cláusulas expressas de penalização” (*Verfassungsrechtliche Pönalisierungsgebote*) [...]” (PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**, trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 103). Com isto fica evidenciada a inexistência de antinomia entre direitos humanos e direito penal, devendo haver a busca de harmonização entre o dever de persecução e as garantias penal-processuais asseguradas constitucionalmente e pelo direito internacional da pessoa humana.

¹⁹⁸ “Os homens normais não sabem que tudo é possível”, de David Rousset, é a epígrafe da parte III de ARENDT, Hannah. **A origem do totalitarismo**: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo, trad. Roberto Raposo, São Paulo: Cia das Letras, 2009.

conteúdo principiológico derivado do direito penal liberal – princípio da legalidade, irretroatividade da lei penal, *ne bis in idem*, inimizabilidade penal dos menores de dezoito anos etc -, de forma a assegurar aos acusados de crimes internacionais a mais ampla gama de direitos e garantias materiais e processuais. Em outras palavras, o Direito Penal Internacional é uma resposta civilizatória à barbárie.

Por isso, nesse contexto, torna-se importante o conceito de macrocriminalidade política. Se o conceito de macrocriminalidade está associado à ideia de grupo criminoso, ou organização criminosa, mormente as de carácter transnacional – *v.g.* grupos do narcotráfico internacional -, o de macrocriminalidade política está associado ao de criminalidade promovida pelo Estado, ou criminalidade fortalecida pelo Estado, caracterizada pelas “[...] condições políticas de exceção e ao papel ativo que desempenha o Estado”¹⁹⁹.

Em outras palavras, é o Estado, por intermédio de seu aparato de poder, que comete crimes contra a população civil tendo por meta um objetivo político qualquer – *v.g.* golpe de Estado -, sendo necessário que os tenham praticado no contexto de um “ataque generalizado ou sistemático” (*widespread or systematic attack*)²⁰⁰ contra a população civil no bojo de uma política estatal perpetrada por agentes do Estado ou com seu auxílio.²⁰¹

¹⁹⁹ AMBOS, **A parte geral...**, p. 54.

²⁰⁰ Artigo 7º, 1 do ETPI: “Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque [...]”.

²⁰¹ ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de. **Os crimes contra a humanidade no actual Direito Internacional Penal**, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 307 e ss.

Como veremos em momento oportuno, é aceito majoritariamente pela doutrina que sejam considerados como sujeitos ativos de crimes contra a humanidade não somente os agentes do Estado, mas também sujeitos não estatais que, exercendo *de fato* um domínio territorial sobre determinada população, contra ela pratique o ataque generalizado ou sistemático exigido para a tipificação contextual daqueles crimes.

Para as considerações pertinentes à conformação do campo normativo do Direito Penal Internacional, remeto a atenção dos leitores aos capítulos precedentes

II. A responsabilidade penal individual perante o Direito Internacional Penal

É provável que nenhum instituto do Direito Internacional tenha causado mais estranhamento e acusações por parte da dogmática penal do que a atribuição de responsabilidade penal individual perante os TIMN/Nuremberg e TIMEO/Tóquio ao final da II Guerra Mundial²⁰².

Com efeito, durante o curso da II Guerra Mundial, os líderes aliados, por intermédio da Declaração de Moscou de 1943, reafirmada na Convenção de Londres de 1945, que instituiu o ETIM de Nuremberg, decidiram que, ao término da guerra, os oficiais do regime nazista e do regime japonês seriam submetidos a julgamento pelos “crimes” cometidos durante a guerra, em especial o crime contra a paz.

O mesmo se pode afirmar com relação à responsabilidade penal individual perante o Direito

²⁰² Por todos, veja-se HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, t. 1, v. 1, 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 31.

Internacional, embora se possa colher alguns exemplos de caráter histórico nesse sentido²⁰³.

Conforme Hans Kelsen²⁰⁴, de fato, a atribuição de responsabilidade individual no Estatuto de Nuremberg²⁰⁵ não encontrava nenhum precedente jurídico prévio, pois: **a uma**, a responsabilidade era do Estado, e não dos indivíduos que atuaram em nome do Estado no exercício de funções públicas, já que o Direito Internacional previa somente a chamada responsabilidade coletiva; **a duas**, a única sanção possível em relação à guerra de agressão promovida pelo Eixo seria a própria guerra de defesa dos Estados atacados, por ser a única sanção prevista no Direito Internacional.

Contudo, Kelsen buscou solucionar o problema sob o fundamento do conflito entre princípios de justiça. É certo que os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal atendem a um postulado material de justiça, fundado no princípio da segurança jurídica. Mas a punição dos criminosos nazistas também atendia a uma exigência da justiça material. Qual princípio deveria prevalecer? Conforme Kelsen:

²⁰³ O exemplo mais citado foi a previsão de submeter ao Kaiser Guilherme II a um julgamento perante uma Corte Penal Internacional *ad hoc* por ter dado início a 1ª Guerra Mundial, conforme o artigo 227 do Tratado de Versalhes, julgamento que não foi a termo pelo fato de a Holanda, que havia concedido asilo diplomático em favor daquele, ter se recusado a entregá-lo sob a alegação de não ser parte do referido Tratado Internacional.

²⁰⁴ KELSEN, Hans. *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, **International Law Quarterly**, v. 1, n. 2, summer 1947, pp. 15-171.

²⁰⁵ É importante lembrar que no Estatuto de Nuremberg não somente foram submetidos a julgamento os oficiais nazistas, mas também órgãos coletivos, como o Partido Nazista, a Gestapo, a SS, dentre outros, nos termos do artigo 9º do Estatuto de Nuremberg.

Uma vez que os atos internacionalmente ilícitos para os quais o Acordo de Londres estabeleceu a responsabilidade penal individual eram certamente também mais censuráveis, e as pessoas que cometeram esses atos certamente estavam cientes de seu caráter imoral, a retroatividade da lei a eles aplicada dificilmente pode ser considerada como absolutamente incompatível com a justiça. A justiça exigiu a punição desses homens, apesar do fato de que, pelo direito positivo, os atos realizados não eram [penalmente] puníveis com efeitos retroativos. No caso de dois postulados de justiça entrar em conflito um com o outro, o mais elevado (*the higher*) deve prevalecer, e para punir aqueles que eram moralmente responsáveis pelos crimes internacionais da Segunda Guerra Mundial, [este] deve ser considerado como mais importante do que cumprir com a regra relativa à irretroatividade das leis *ex post facto* [...] ²⁰⁶.

Parece ser incontestável que houve violação aos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal ²⁰⁷ nos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio, fato que

²⁰⁶ KELSEN, **Will the Judgment in the Nuremberg...**, *passim*.

²⁰⁷ M. Cherif Bassiouni, como já indicado em linhas atrás, defende posição inversa: “M. Cherif Bassiouni, objetivando afastar a acusação de que os julgamentos por crimes contra a humanidade – em especial *Regina vs. Finta* – teriam ofendido ao princípio da irretroatividade da lei penal – tratar-se-ia, em sua interpretação, de um julgamento retrospectivo, e não retroativo -, na medida em que ele concede ao *Report presented to the preliminary Peace Conference by the Commission on the Responsibilities of the Authors of War and on enforcement of penalties* 83, 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, pp. xi/xxvii-xix.”

somente foi solucionado com a aprovação, pela AGONU da RPDIRECTN/1950, que em seu artigo 1º estabelece o princípio segundo o qual “Qualquer pessoa que cometa um ato que constitua um crime segundo o direito internacional é respectivamente responsável e passível de punição”, muito embora Jescheck negue o caráter cogente dessa resolução por considerar que a Assembleia Geral não é um órgão dotado de competência legislativa²⁰⁸.

Em consequência desse reconhecimento, o princípio foi reafirmado por ocasião dos TPIY (artigo 1º) e TPIR (artigo 1º), e finalmente no artigo 25 do ETPI. É fato, nesse sentido, que Nuremberg e Tóquio constituíram em

²⁰⁸ JESCHECK, **O objeto do Direito Penal Internacional...**, pp. 12-13.

verdadeiros julgamentos de vitoriosos sobre os vencidos²⁰⁹, mas, conforme muito bem comenta Carlos E. A. Japiassú²¹⁰

[...] apesar disso e apesar da opinião pública mundial ter desenvolvido imensa repulsa pelos atos praticados pelo Estado nazista, tentou-se, na medida do possível, fazer de Nuremberg um julgamento e não um exercício de vingança internacional. E parece que, com todas as dificuldades, alcançou-se relativo êxito. De certo que foi melhor do que julgamento algum e a simples revanche dos vencedores esmagando os vencidos. Foi, sem sombra de dúvidas um passo adiante na construção do direito penal internacional. Lá, a despeito de não existir normas escrita específica, foi fixado o

²⁰⁹ Hans Kelsen indica, como condição de justiça internacional, a necessária reciprocidade internacional, ou seja, quem quer julgar deve dispor-se a ser julgado. KELSSEN, 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 irá ser 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 Nagazaki, que resultaram em uma estimativa de 250.00 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 30/10/2011.

²¹⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 59.

conceito de crime contra a humanidade e reconhecido o conceito de crime de agressão. Outro não menos relevante foi o de haver introduzido, definitivamente, o indivíduo nas questões penais internacionais.

Outra não foi a conclusão de Cláudio Heleno Fragoso

O Tribunal de Nuremberg suscitou graves reservas e sérias críticas, pela violação evidente, que representava, de princípios jurídicos fundamentais na justiça penal. É inegável, no entanto, que os julgamentos de Nuremberg permitiram a fixação, no plano do direito penal internacional, de princípios extremamente importantes, entre os quais, o do caráter criminoso da guerra de agressão e o da responsabilidade penal do indivíduo no plano do Direito Internacional.²¹¹

A atribuição de responsabilidade individual perante o Direito Penal Internacional se constitui, no tempo presente, em um importante instituto para a asseguaração do direito em relação ao puro poder, de forma a permitir que aqueles que tenham perpetrado os crimes mais graves contra a humanidade possam ser perseguidos e julgados de acordo com as garantias penal-processuais hoje previstas nos Tratados Internacionais de Direito Penal Internacional. Nesse sentido, Kai Ambos irá afirmar que

[...] a ideia central da responsabilidade individual e da reprovabilidade de uma determinada conduta (macrocriminal) provém do *direito penal*, tanto assim que as clássicas figuras penais (de Nuremberg), em sua qualidade de normas internacionais, devem se

²¹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Genocídio**, Revista de Direito Penal n. 9/10, Rio de Janeiro: Borsoi, janeiro/junho de 1973, p. 28.

classificar formalmente como *direito internacional*, submetendo, deste modo, a conduta em questão a uma punibilidade *autônoma* de direito internacional (princípio da responsabilidade penal direta do indivíduo segundo o direito internacional)²¹².

Contudo, lembra referido autor, o Direito Penal Internacional permanece no fundamento de um direito penal da culpabilidade, pois

[...] a concepção do direito penal internacional como sistema de imputação orientado pelo *princípio da culpabilidade* [...] em que “[...] culpabilidade pessoal (pessoal guilt), em direito penal internacional, significa: a) que o autor desde o ponto de vista objetivo e subjetivo deve ser *individualmente responsável* pelos fatos que se lhe reprovam; e b) que a essa responsabilidade não deve contrapor-se *nenhuma objeção* (defenses).²¹³

Não se trata mais, portanto, da imputação de uma responsabilidade sem fundamento jurídico de caráter decisionista, tal como ocorrido nos dois primeiros julgamentos, mas de um sistema de persecução penal que logra jungir, ao mesmo tempo, o dever de persecução aos mais graves crimes internacionais e as garantias penais e processuais penais de forma a se fundar em um direito penal culpabilidade.

IV. A estrutura dual nos crimes internacionais: responsabilidade e *defenses*

Já foi frisado na introdução do presente trabalho a pouca, ou nenhuma influência que a dogmática jurídico-

²¹² AMBOS, **A parte geral...**, pp. 42-43.

²¹³ AMBOS, **A parte geral...**, pp. 89-90.

penal germânica exerce sobre o Direito Penal Internacional. Assim, aquelas categorias teóricas discutidas à exaustão tanto na matriz como nos âmbitos de influência da dogmática penal alemã – América Latina, Espanha e Portugal etc – é estranha à concepção de injusto penal no Direito Internacional Penal.

Peguemos o exemplo do conceito analítico ou, como querem Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli²¹⁴, estratificado de delito. Majoritariamente, a dogmática brasileira, seguindo a dogmática alemã, afirma ser o crime um fato típico, antijurídico e culpável²¹⁵. Já na doutrina penalística espanhola, Francisco Muñoz Conde²¹⁶ e Santiago Mir Puig²¹⁷ sustentarão uma concepção quadripartida (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade), por entenderem que esta última desempenha um papel importante tanto no que diz respeito à caracterização da sanção penal, como que no diz respeito a determinadas limitações ao poder de punir, *e.g.*, no tema relativo às causas pessoais de exclusão ou suspensão da pena.

Juarez Cirino dos Santos, doutro giro, afirma que uma parte considerável da doutrina alemã e italiana sustenta uma concepção dualista de crime – fato típico e culpável, segundo a qual, a antijuridicidade tomaria parte do próprio conceito de tipo penal, que não teria, em razão disso, um

²¹⁴ ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, 2 ed., RT: São Paulo, 2002.

²¹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, v. 1, 11 ed., São Paulo: RT, 2012, p. 55; SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral, Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2011, p. 82; ZAFFARONI, PIERANGELI, *idem*, p. 385, dentre outros.

²¹⁶ CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**, trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre: SAFE, 1988.

²¹⁷ PUIG, Santiago Mir. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito, trad. Cláudia V. Garcia e José C. N. P. Neto, São Paulo: RT, 2007.

caráter indiciário de antijuridicidade, mas de *ratio essendi*²¹⁸ -, além, é óbvio, da sempre criticada concepção brasileira de Damásio E. de Jesus, René A. Dotti e seus seguidores que afirmam também um caráter dual, mas com exclusão da culpabilidade do conceito de delito – o crime seria um fato típico e antijurídico, a culpabilidade um pressuposto da pena²¹⁹.

Se se faz esta discussão em nível dogmático é porque, para essa corrente do pensamento juspenal, cada um desses elementos são tidos como condições essenciais para a caracterização de uma conduta como crime: deve ser típica em atenção aos princípios da estrita legalidade e irretroatividade da lei penal; a antijuridicidade como contradição entre o comportamento e o ordenamento jurídico, tanto em seu aspecto formal como em seu aspecto material, e a culpabilidade como a aferição das condições subjetivas do agente em dirigir o seu comportamento em relação ao comando da norma, parâmetro indispensável para a atribuição de responsabilidade penal. Toda essa discussão tem como razão de ser, em nível teórico, a necessária contenção do poder punitivo do Estado em relação ao *jus libertatis* individual.

No Direito Penal Internacional, entretanto, o crime é subdividido em duas categorias distintas, responsabilidade e *defenses*, sendo aquela primeira referente às condições normativas através das quais se torna legítimo a condenação do acusado; estas as hipóteses legais e supralegais de exclusão da responsabilidade.

No que concerne à responsabilidade ela se estrutura, por seu turno, nos seguintes tópicos:

²¹⁸ PUIG, **Direito Penal...**, p. 85.

²¹⁹ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal**: parte geral, v. 1, 32 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

a) formas de intervenção criminal punível:

1. domínio por organização, na qual se aplica a teoria da *joint criminal enterprise* (empresa criminal conjunta);
2. responsabilidade de comando e omissão;
3. conspiração;
4. tentativa;
5. pertencimento a uma organização criminosa.

b) tipo subjetivo ou pressupostos subjetivos: especial conhecimento ou intenção (denominado *mens rea* ou *mental element*)

c) elemento objetivo, identificado com o tipo objetivo (denominado de *actus reus*).²²⁰

Já no tema relativo às *defenses*, isto é, as hipóteses que excluem ou a ilicitude, ou a culpabilidade ou mesmo vícios e circunstância prejudiciais de caráter processual que impedem a atribuição da reponsabilidade, a doutrina tem apontado o seu caráter assistemático, vale dizer, o seu tratamento não na forma de categorias teóricas, mas na de objeções compatíveis com o sistema do Direito Penal Internacional, de forma que, em sendo admitida e acolhida a *defense*, o acusado não poderá ser punido pelo fato que se lhe atribui.

O artigo 31 do ETPI prevê cinco *defenses*:

a) enfermidade ou deficiência mental que prive o acusado de saber o caráter ilícito da conduta. É importante frisar, mais uma vez, que os menores de 18 são inimputáveis perante o ETPI (artigo 26 do ETPI);

b) intoxicação involuntária que prive o acusado do conhecimento da ilicitude do fato. Esta intoxicação deve ser

²²⁰ AMBOS, **A parte geral**..., pp. 89-101; 134-153.

involuntária. Se voluntária, aplica-se a regra da *actio libera in causa*;

- c) legítima defesa própria ou de terceiro;
- d) coação moral ou física irresistível mediante ameaça iminente de morte ou violência de caráter físico e psíquico;
- e) o erro de fato e o erro de direito.

Conforme Kai Ambos²²¹ e Francisco António de M. L. Ferreira Almeida²²² não se constituem em *defenses* admissíveis perante o Direito Penal Internacional:

- a) prescrição, na medida em que os crimes internacionais próprios são imprescritíveis (artigo 29 do ETPI); e
- b) qualidade de oficial (artigo 27 do ETPI). Este, sem dúvida é um dos temas mais relevantes no Direito Penal Internacional, na medida em que, ao não se admitir a *defense* da qualidade de oficial, ele coarcta quer a alegação de cumprimento de ordens, quer a de o oficial não saber dos fatos ilícitos perpetrados por seus comandados. Neste último aspecto aplica-se a doutrina da cegueira intencional (*willful blindness*), atribuindo-se a responsabilidade penal internacional na forma de comportamento omissivo²²³.

A seguir serão discutidos dois temas referentes aos crimes contra a humanidade: o atinente ao *actus reus* (tipo objetivo) e o referente ao *mens rea* (tipo subjetivo).

²²¹ AMBOS, **A parte geral...**, *passim*.

²²² ALMEIDA, **Os crimes contra a humanidade...**, pp. 462-463.

²²³ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. **Direito internacional penal**: a responsabilidade de comando no Estatuto de Roma e sua implementação no Código Penal Militar, Curitiba: Juruá, 2010.

Os crimes contra a humanidade foram inicialmente tipificados no artigo 6º, c do Estatuto do ETIM de Nuremberg, cujo conteúdo era o seguinte:

Crimes contra a humanidade, designadamente homicídio, extermínio, escravidão, deportação, e outros atos desumanos cometidos contra toda e qualquer população civil, antes ou no decurso da guerra, ou perseguições nos campos político, racial ou religioso, em execução ou em ligação com qualquer dos crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal, quer tenham sido ou não praticados em violação do direito interno do Estado onde são perpetrados.

Referido conteúdo foi reproduzido no artigo 5, “c” do ETIMEO e no artigo II “c” do Control Council Law n. 10²²⁴, que institui o julgamento dos acusados de crimes internacionais pela tribunais alemães na zonas ocupadas pelos EUA, Reino Unido, França e URSS.²²⁵

Contudo, logo depois de referidos julgamentos, com a eclosão do conflito leste-oeste denominado de Guerra Fria,

²²⁴ “Article II - 1. Each of the following acts is recognized as a crime: [...] (c) Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated [...]”. Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>, acessado em 20/01/2012, às 10:00.

²²⁵ Contudo, diversamente do que estabelecido no ETIMN e ETIMEO, o Control Council Law 10 não exigia o nexó entre crimes de guerra e crimes contra a humanidade. WERLE, Gerhard. **Principles of internacional criminal law**, Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, pp. 12-14.

salvo raríssimas exceções²²⁶, o Direito Penal Internacional estagnou em razão mesmo da imobilidade querida e consentida do CSONU. Foi preciso ocorrer aquilo que Bobbio identificou com “os desbloqueios das vias” com a queda do Muro de Berlim para que este ramo do direito internacional pudesse passar por novas e necessárias transformações, e que se deu com a criação, pelo CSONU, do TPIY. Como já afirmamos em outra oportunidade²²⁷:

A constituição do ICTY 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)²²⁸, 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*”)²²⁹ e os defensores do modelo tradicional de solução diplomática²³⁰. Se

²²⁶ V.g.: os julgamentos de Frankfurt.

²²⁷ DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Extensão e fragmentação no contexto da jurisdição penal internacional**, Porto Velho, 2015 [s.l.; s.i.]. Mantivemos, pois, as notas de roda pé do texto original em razão de suas relevâncias para a comprovação do que foi escrito no texto indicado.

²²⁸ Esta Comissão foi instituída pelo CSONU através da Resolução n. 780, de 06 de outubro de 1992. JAPIASSÚ, **O Tribunal penal internacional...**, pp. 95-96.

²²⁹ HAGAN, John. **Justice in the Balkans: prosecuting war crimes in the Hague Tribunal**, Chicago: Chicago University Press, 2003, p. 35-38.

²³⁰ 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 estes 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

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*”)²³¹, para estes, a solução negociada diplomaticamente, representada, no caso, pelo Plano de Paz Owen-Vance²³².

Nada obstante, tendo a Comissão de Expertos terminado o trabalho de investigação e o apresentado para o CSONU²³³, restou comprovado tanto em dito relatório, como nos relatórios preliminares de 09 de fevereiro de 1993²³⁴ e de 05 de outubro de 1993²³⁵, que no curso das diversas

próxima a Ovcará, onde eles foram mortos e enterrados em foças coletivas. **Vukovar foi uma das primeiras cidades da antiga Iugoslávia a ser vitimadas pela limpeza étnica sérvia**” (grifamos). HAGAN, *Justice in the Balkans...*, pp. 34-35.

²³¹ A expressão é de M. Cherif Bassiouni. HAGAN, *Justice in the Balkans...*, p. 35.

²³² 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,liceoes-da-negociacao-sobre-a-bosnia,1121632>, acessado em 20/02/15, às 10:00.

²³³ 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 20/01/2010, às 15:00.

²³⁴ 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 TPIY. JAPIASSÚ, **O Tribunal Penal Internacional...**, p. 96.

²³⁵ JAPIASSÚ, **O Tribunal Penal Internacional...**, p. 96.

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 EICTY, em seus artigos 2 a 5 estabeleceu a competência *ratione materiae* do ICTY para a persecução dos autores desses crimes²³⁶.

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 política²³⁷, vale dizer, que os crimes praticados tenham sido praticados a partir de uma decisão política estatal dirigida, *e.g.*, ao genocídio, à limpeza étnica, à violação sistemática das normas do direito humanitário etc²³⁸, e somente isso justifica, à luz do

²³⁶ Uma questão muito importantes na tipificação dos crimes de competência do TPIIY foi o fato de o ETPIY ter arrolado, pela primeira vez, o estupro entre os crimes contra a humanidade (art. 5, “g”), no que foi seguido pelo ETPIR (art. 3, “g”) e o ETPI (art. 7, “g”). Sobre o tema, HAGAN, **Justice in the Balkans...**, pp. 51-53.

²³⁷ AMBOS, **A parte geral...**, pp. 54-59.

²³⁸ Nesse sentido, BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity...**, p. 14 *et seq*; sob uma perspectiva criminológica, KELMAN, Herbert C. **The policy contexto of international crimes**, in NOLLKAEMPER, André, DER WILT, Harmen van. **System criminality in international law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 26-41. O TPIIug, no caso Popovic et all (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””. ICTY. Trial Chamber II. Case Prosecutor vs POPOVIC, Vujadin et all (Srebrenica Case), disponível em

direito internacional penal, a legitimidade tanto do indiciamento de dirigentes políticos²³⁹, como também a condenação de várias pessoas pelo cometimento de genocídio pelo Tribunal²⁴⁰.

No ETPIY, os crimes contra a humanidade foram tipificados em seu artigo 5º:

O Tribunal Internacional terá competência para proceder contra as pessoas suspeitas de serem responsáveis pelos seguintes crimes, quando cometidos durante um conflito armado de carácter internacional ou nacional, e dirigidos contra a população civil, qualquer que ela seja:

- a) Assassínio;
- b) Extermínio;
- c) Redução à condição de escravo;
- d) Expulsão;
- e) Prisão;
- f) Tortura;
- g) Violação;
- h) Perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos;
- i) Outros actos desumanos.

Ao TPIY logo se seguiu o TPIR, tribunal internacional *ad hoc* constituído pelo CSONU para apurar a

<http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/en/100610judgement.pdf>, acessado em 10/01/2012, às 14:45, p. 335.

²³⁹ ICTY. Apell Chamber. Case Prosecutor vs Radovan Karadzic, disponível em http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/en/130711_judgement_rule98bis.pdf, acessado em 10/01/2012, às 14:30; ICTY. Apell Chamber. Case Prosecutor vs Ratko Mladic, disponível em <http://www.icty.org/x/cases/mladic/tjug/en/140415-summary.pdf>, acessado em 30/06/2014, às 23:00.

²⁴⁰ ICTY. Trial Chamber II. Case Prosecutor vs POPOVIC, Vujadin et all (Srebrenica Case).

responsabilidade penal dos autores dos crimes internacionais ocorridos durante o conflito étnico em Ruanda no ano de 1994. Em síntese, o artigo 3º, conforme se pode verificar abaixo, tipifica os mesmos comportamentos previstos no ETPIY:

O Tribunal Internacional para o Ruanda tem competência para proceder contra os responsáveis por qualquer um dos seguintes crimes, quando cometido como parte de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, por motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos:

- a) Assassínio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação;
- e) Prisão;
- f) Tortura;
- g) Violação;
- h) Perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos;
- i) Outros actos desumanos.

A estes dois tribunais *ad hoc* se seguiram várias experiências na forma dos tribunais penais internacionais mistos para, por fim, em 1998, com a Conferência Diplomática havida em Roma, se criar o TPI.

O ETPI, em seu artigo 7º, tipificou os crimes contra a humanidade da seguinte forma:

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

- a) Homicídio;

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

2. Para efeitos do parágrafo 1o:

- a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1o contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;
- b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;
- c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um

conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

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

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

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

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

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

i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política

ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

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

O que se observa numa comparação entre estes Tratados Internacionais é que os tipos penais que constituem os crimes contra a humanidade, em si mesmos, não são diferentes dos crimes que a maior parte dos Estados civilizados punem, com formas bastante variadas de penas, em seu próprio ordenamento jurídico.

Conforme Jescheck, o

[...] conceito de crime contra a humanidade é novo como o do crime contra a paz somente em parte. A diferença está sobretudo no fato de que aqui o campo dos comportamentos puníveis coincide, em grande parte, com o direito penal existente, mesmo se a violação das regras mínimas da convivência humana representa um particular ponto de vista jurídico e criminológico²⁴¹.

No mesmo sentido afirma Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, ao aduzir que

[...] os crimes contra a humanidade constituírem um crime internacional cujas concretas infrações correspondem a outros tantos crimes tipificados na generalidade dos direitos penais internos dos Estados, resulta apodíctico ser a presença de certos

²⁴¹ JESCHECK, **O objeto do direito penal internacional...**, p. 13.

e determinados elementos, que será necessários identificar, a transmuta-los em *crimes under international law*”²⁴².

Inicialmente, os crimes contra a humanidade devem ser diferenciados dos crimes de guerra, cujas formas típicas de realização (tratam-se de crimes pluriofensivos e de ação múltipla ou conduta variada) são, em grande medida, idênticas. Os crimes contra a humanidade se fundam no princípio humanitário da discriminação entre alvos militares e população civil, segundo o qual somente aqueles, na medida do necessário, poderão ser alvos de ataques militares. A população civil, por não participar do teatro bélico, deve ser protegida. Já os crimes de guerra são aqueles comportamentos que violam os princípios e costumes de guerra, segundo o qual, um ataque ou mesmo uma ofensa a um bem jurídico somente é lícito se obedecidos aos princípios da necessidade, da utilidade ou proporcionalidade e da humanidade, segundo os quais:

- a) **Princípio da necessidade:** decorrente do princípio da solução pacífica dos conflitos, conforme o estabelecido no artigo 33 da Carta das Nações Unidas, o princípio da necessidade implica na completa proscrição da guerra como meio legítimo de se solver um litígio entre estados, de modo a restar tão somente a hipótese remota da legítima defesa, individual ou coletiva. Assim, a busca pela solução pacífica dos conflitos é muito mais do que uma obrigação, constituindo-se em um dever, no sentido de manifestar uma norma de “*jus cogens*”. A necessidade, como “*causa belli*”, se concretiza somente em havendo um ataque armado, de modo a possibilitar a contramedida pelo estado agredido, e a posterior intervenção das Nações Unidas.

²⁴² ALMEIDA, **Os crimes contra a humanidade...**, p. 305.

- b) **Princípio da utilidade:** aplicação jurídico-internacional do princípio da proporcionalidade, e que implica na determinação de os estados utilizarem somente os meios de força que se mostrarem necessários para forçar a capitulação do inimigo. Implica, assim, na necessidade de guardar uma proporcionalidade entre meios e fins, de modo a se evitar a utilização de armas incompatíveis ao poder bélico do “*ex adverso*”, *v.g.*, armamento nuclear contra armamento convencional de baixa intensidade destrutiva. Ademais, tem a finalidade de “[...] submeter o uso da força a limitações e condições destinadas a proteger o ser humano contra as consequências da arbitrariedade, a limitar o uso da violência e a reduzir os sofrimentos induzidos pela guerra, evitando assim os danos e as perdas humanas e materiais inúteis, ou supérfluos, e procurando conciliar, até onde for possível, os imperativos militares e as necessidades humanitárias”.²⁴³ Desta sorte, o princípio da necessidade se funda, indiscutivelmente, no “*jus in bellum*”, compendiado nas diversas convenções de direito humanitário.
- c) **Princípio da humanidade:** decorre do dever imputado a todos os estados de, em caso de guerra, adotar todas as medidas necessárias à preservação da

²⁴³ PEYTRIGNET, GÉRARD. **Sistemas internacionais de proteção da pessoa humana: o direito internacional humanitário**, in CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, PEYTRIGNET, Gérard, DE SANTIAGO, Jaime Ruiz. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados**, Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, [s.d.], disponível em <http://www.icrc.org/Web/por/sitepor0.nsf/html/direitos-da-pessoa-humana>, acessado em 12.10.2006, às 4:32:00.

vida humana, seja da população civil seja dos próprios combatentes inimigos, na medida em que a guerra não deve se prestar à destruição total do inimigo (guerra total), seja pela eliminação física dos mesmos, seja pela eliminação de seus modos e condições de vida, mas sim como a última forma de dissuadir o “*ex adverso*” à capitulação. Em síntese, o princípio da humanidade determina, nos termos da Convenção de Genebra, que os beligerantes “[...] não infligirão aos seus adversários males desproporcionais ao objetivo da guerra”.²⁴⁴

O que constituirá, portanto, a diferença entre crimes contra a humanidade e crimes de guerra é aquele elemento objetivo-circunstancial de que o artigo 7º, caput do ETPI, a saber, o ataque geral ou sistemático (*widespread or systematic attack*) à população civil, tendo como forma de agir aquelas figuras típicas tratadas nos itens do referido artigo. Ou seja, os crimes contra a humanidade se caracterizam como a provocação de um ataque de grande escala a um grupo identificável de pessoas como resultado de uma ação ou política estatal.

Isto quer significar que somente aqueles crimes que tenham sido praticados no contexto de uma decisão política estatal ou de uma decisão política de um grupo que detenha o poder de fato sobre um determinado território se constituirá em crime contra a humanidade. Os crimes que não sejam praticados nesse contexto de programação política, por mais graves que sejam, não poderão ser considerados nessa categoria.

Nesse sentido ensina Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida²⁴⁵:

²⁴⁴ PEYTRIGNET, GÉRARD, *Sistemas internacionais...*, *passim*.

²⁴⁵ ALMEIDA, *Os crimes contra humanidade...*, p. 309.

Desde cedo se formou, pois, a convicção de que apenas lograriam alcançar o patamar dos crimes contra a humanidade aquelas ofensas [...] que claramente se inscrevessem numa prática conforme aos ditames de uma acção política ou política estadual, que gradualmente vai afrontando a dignidade humana e despertando a consciência universal, aparecendo, desse jeito, desenglobadas da noção [...] as meras acções desumanas isoladas [...] Para além de permitir distinguir os crimes contra a humanidade de outros crimes internacionais e [...] de crimes apenas relevantes *in foro domestico*, o referido elemento internacional da acção ou política estadual constitui ainda a base fundadora essencial para que se atinjam os autores da política e os responsáveis pelas decisões [...] que espoletam a cadeia de eventos propiciadores de uma ambiência favorável à adopção dos específicos comportamentos individuais que recaem na noção de crimes contra a humanidade.

Por isso, *actus reus* (tipo objetivo) não identificará somente àquelas formas pelas quais se cometem os crimes contra a humanidade (homicídio, estupro, desaparecimentos forçados de pessoas, extermínio etc), mas estes comportamentos praticados no bojo de um ataque geral e sistemático à população civil como execução de uma decisão política (se de sujeito não estatal, v.g., o beligerante) ou de uma política estatal de perpetração dessa forma macrocriminal.

No caso *Prosecutor v. Blaskić*²⁴⁶, o TPIY sistematizou o elemento objetivo dos crimes contra a humanidade em cinco requisitos:

²⁴⁶ ICTY. Prosecutor v. Blaskić, Case IT-95-14, 3 March 2000. Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>, acessado em 20/11/2010, às 22:12:00.

- a) as infrações devem ser praticadas enquanto parte de uma ação ou política estatal;
- b) a ação ou política estatal tem espeque numa discriminação e perseguição contra um grupo identificável de pessoas;
- c) os atos realizados são crimes no direito interno do Estado;
- d) os atos são praticados por servidores do Estado e/ou são instigados pelo mesmos no curso de uma ação ou política estatal discriminatória;
- e) as atrocidades contra a população civil são praticadas de forma sistemática ou em larga escala, onde esta última expressão identificará a quantidade de vítimas desses atos criminosos e aquela primeira denotará um padrão consistente de atuação.

Com isto se verifica que a expressão *actus reus*, mais do que identificar um comportamento delitivo específico (matar alguém, estuprar, deslocar a população civil de seu domicílio etc), identifica muito mais as circunstâncias objetivas e contextuais em que estes comportamentos são praticados.

Passemos agora a discorrer sobre o elemento subjetivo (*mens rea* ou *mental element*) nos crimes contra humanidade, conforme estabelecido no artigo 30 do ETPI.

Inicialmente, cabe lembrar que os crimes contra a humanidade, como já dito, não são distintos em sua tipicidade particular em relação aos crimes que a maior parte dos Estados sancionam em seus ordenamentos jurídicos. É necessário relembrar este aspecto a fim de evitar aqueles

problemas apontados por Antonio Cassese²⁴⁷ quando se passa a analisar, nos casos concretos, o elemento subjetivo dos crimes contra a humanidade, a saber: a) de um lado, confundir a caracterização desses elementos subjetivos como se fossem da mesma categoria dos crimes nacionais, deixando de lado o aspecto internacional de que são revestidos, e b) também confundir, na análise desses delitos, o seu caráter de multiofensividade e, no caso concreto, tomar o elemento subjetivo de um tipo preponderante (*v.g.* o homicídio) como parâmetro para a análise de outros comportamentos.

Portanto, entender-se-á o elemento subjetivo nos crimes contra a humanidade a partir de três premissas²⁴⁸:

- a) o elemento subjetivo nos crimes contra humanidade abrange **a intenção de provocar um determinado resultado proibido** (comportamento doloso) (causar a morte, estuprar etc) **no contexto do *actus reus*** dos crimes contra a humanidade;
- b) o conhecimento de que este resultado é provocado no contexto de um ataque generalizado e sistemático em consumação de uma ação ou política estatal; e
- c) para os autores mediatos dessa política (governantes, líderes políticos e militares etc), não se exige, para fins de caracterização do *mens rea*, a antecipação de todos os comportamentos e resultados possíveis de serem

²⁴⁷ CASSESSE, Antonio. **Crimes against humanity**, in CASSESSE, Antonio *et al.* **The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary**, v. I, New York: Oxford University Press, 2002, p. 361.

²⁴⁸ Nesse sentido: CASSESSE, **Crimes against humanity...**, p. 365; AMBOS, **A parte geral...**, pp. 444-462; ALMEIDA, **Os crimes contra a humanidade...**, pp. 331-336; PEREIRA, **Direito internacional penal...**, 203 ss.

praticados no bojo daquela ação ou política estatal, sendo necessário tão somente que eles antevejam o risco de que eles venham a ocorrer.

O dolo nos crimes contra a humanidade poderá ser o direto (o querer provocar o resultado) como o dolo eventual (o assumir o risco de produzir determinado resultado por indiferença quanto ao resultado), sendo neste caso de caráter mais restrito do que o direto (v.g. admissível quanto do homicídio ou a deportação, mas inadmissível quanto ao estupro ou prostituição forçada, posto que exigem o especial fim de agir).

No que diz respeito ao contexto, não é exigível que o autor tenha conhecimento das implicações jurídicas do conceito de crime contra a humanidade nem dos elementos constitutivos dos crimes tal como estabelecidas no ETPI, mas somente que “[...] seja conhecedor das condições factuais criadas pela sua conduta ou das prováveis consequências de fato ocasionadas por ela”²⁴⁹.

V. Conclusão

Através da exposição acima mencionada, objetivou-se apresentar, a título de modelo teórico de imputação e de fato impunível, os principais elementos caracterizadores dos crimes contra a humanidade, que segundo o senso comum universal constituem-se nos mais graves crimes que se possam cometer em detrimento da pessoa humana, já que estes crimes não atingem só às vítimas imediatas, mas a própria humanidade.

Por preponderar nesse modelo de imputação penal o sistema do *common law*, é preciso reconhecer que causa não pouca estranheza àqueles que tem por parâmetro a

²⁴⁹ ALMEIDA, Os crimes contra a humanidade..., p. 335; CASSESSE, Crimes against humanity..., p. 365.

dogmática germânica. Contudo, este estranhamento não pode causar uma suspeição de quebra dos parâmetros garantistas tão caros ao direito penal moderno. Muito pelo contrário, apesar da diferença, repita-se, os crimes no Direito Penal Internacional estão sujeitos às mesmas garantias que os ordenamentos jurídicos mais aperfeiçoados asseguram a seus cidadãos. O que muda, de fato, é uma percepção mais pragmática, e menos teórico-analítica, em relação ao fenômeno estudado.

É fato, no entanto, que o Direito Penal Internacional, em sua manifestação *direct enforcement*, somente será aplicado caso os Estados não queiram ou não possam julgar àqueles que tenham cometido crimes contra a humanidade em seu território. Desta sorte, o princípio da complementariedade, previsto no artigo 1º do ETPI, serve de alerta aos Estados: se não quiserem que seus cidadãos sejam submetidos à persecução penal pelo TPI, que julguem, eles mesmos, os Estados, a seus cidadãos, assegurando-lhes um julgamento justo, no qual, se assim ficar comprovado, eles sejam responsabilizados por seus comportamentos incompatíveis tanto com o direito do Estado como com o Direito Internacional.

O que resta em termos de conclusão, portanto, é a necessidade de se suprir, cada vez mais, aquilo que Kai Ambos denomina de “lacuna de impunidade fática”, vale dizer, o fato de que os crimes contra a humanidade ainda hoje, já passados mais de cinquenta anos desde a descoberta de Auschwitz, da explosão em Hiroshima e Nagasaki, e em um tempo mais próximo, Mai Lai e as ditaduras sanguinolentas da América Latina, ainda não sejam punidos alegando-se, dentre outras coisas, a necessidade de pacificação interna das sociedades nacionais.

VI. Referências

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

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.

ARENDT, Hannah. **A origem do totalitarismo**: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo, trad. Roberto Raposo, São Paulo: Cia das Letras, 2009.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to international criminal law**, New York: Transnational Publishers, 1997.

_____. **The perennial 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 30/10/2011.

CASSESE, Antonio. **International criminal law**, New York: Oxford University Press, 2003.

_____. **Crimes against humanity**, in CASSESSE, Antonio *et al.* **The Rome Statute of the International Criminal Court**: a commentary, v. I, New York: Oxford University Press, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**, trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre: SAFE, 1988.

-
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Genocídio**, Revista de Direito Penal n. 9/10, Rio de Janeiro: Borsoi, janeiro/junho de 1973.
- HAGAN, John. **Justice in the Balkans**: prosecuting war crimes in the Hague Tribunal, Chicago: Chicago University Press, 2003.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, t. 1, v. 1, 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JANKOV, Fernanda F. F. **Direito internacional penal**: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional, São Paulo: Saraiva, 2009.
- JAPIASSÚ, C. E. Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**: a internacionalização do direito penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. **O Direito Penal Internacional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *O objeto do Direito Penal Internacional e sua mais recente evolução*, trad. Nilo Batista, in **Revista de Direito Penal** n. 6, Rio de Janeiro: Borsoi, abril/junho de 1972.
- JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal**: parte geral, v. 1, 32 ed., São Paulo: Saraiva, 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, pp. 15-171.

_____. **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.

MELLO, Celso Renato D. de Albuquerque. *Direito Penal e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**, trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: SAFE, 1989.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. **Direito internacional penal: a responsabilidade de comando no Estatuto de Roma e sua implementação no Código Penal Militar**, Curitiba: Juruá, 2010.

PEYTRIGNET, GÉRARD. **Sistemas internacionais de proteção da pessoa humana: o direito internacional humanitário**, in CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, PEYTRIGNET, Gérard, DE SANTIAGO, Jaime Ruiz. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados**, Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, [s.d.], disponível em <http://www.icrc.org/Web/por/sitepor0.nsf/html/direitos-da-pessoa-humana>, acessado em 12.10.2006, às 4:32:00.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, v. 1, 11 ed., São Paulo: RT, 2012.

PUIG, Santiago Mir. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito, trad. Cláudia V. Garcia e José C. N. P. Neto, São Paulo: RT, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral, Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2011.

Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Prosecutor v. Blaskic, Case IT-95-14, 3 March 2000. Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>, acessado em 20/11/2010, às 22:12:00.

Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Tribunal Penal Internacional. Regulamento dos Elementos dos Crimes. Disponível em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>, acessado em 20/08/2011, às 14:31:00.

WERLE, G., BUNG, F. **Principles of International Criminal Law**, disponível em http://werle.rewi.hu-berlin.de/02_Principles-Summary.pdf, acessado em 10/08/2012, às 22:12:00.

ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, 2 ed., RT: São Paulo, 2002.

ZWEIGERT, Korand, KÖTZ, Hein. **Introduzione al diritto comparato**. Vol. I: principi fondamentali, trad. Barbara Pozzo, Milano: Giuffrè Editore, 1998.

Capítulo 5

*Da inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º e 8º do Código Penal por violação ao princípio *ne bis in idem**

I. Introdução

O presente estudo tem como paradigma epistemológico a internacionalização do Direito Penal, conforme já exposto no capítulo 1 do presente livro.

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 vez, universais (DUDH/48, PIDCP e PIDESC de 1966, a DDC etc), ou regionais (na UE, a CEDH e os seus respectivos protocolos; no âmbito americano, a DADH e os seus respectivos protocolos facultativos), conforme, aliás, já era apontado por Hans-Heinrich Jescheck no início da década de 1970²⁵⁰.

²⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. **O objeto do Direito Penal Internacional e sua mais recente evolução**, trad. Nilo Batista, *in* Revista de Penal n. 6, Rio de Janeiro: Borsoi, abril/junho de 1972, pp. 7-20.

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**²⁵¹, 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 CRFB/88, art. 5º XLI, XLII, XLIII, XLIV, 173, §5º, 225, §3º)²⁵².

A hipótese que orienta o trabalho induz-nos a pressupor que o legislador brasileiro de 1984 criou uma regra de extraterritorialidade penal vedada pelo princípio *ne bis in idem*, também denomina de *double jeopardy* na tradição da *common law*, na medida em que, conforme se extrai da literalidade dos artigos 7º, §1º c/c 8º do CP, naquelas hipótese de extraterritorialidade incondicionada previstas no Artigo 7º, inciso I do CP, o sujeito ativo do delito poderá ser submetido a novo julgamento no Brasil mesmo que tenha sido julgado, condenado e cumprido penal no exterior e, caso seja novamente condenado, submetido ao cumprimento de pena, embora, conforme previsto no já referido artigo 8º, deverá ocorrer tanto a compensação

²⁵¹ *Apud* 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, p. 41.

²⁵² Neste sentido, afirma PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**, trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 103.

como cômputo da pena cumprida em razão de condenação em outro Estado²⁵³.

Entende-se por vedação ao *ne bis in idem*, também denominado de dupla incriminação, a proibição de o réu ser novamente julgado por um fato que já tenha sido objeto de persecução penal transitada em julgado.

Esta hipótese, portanto, é orientada pela já mencionada ideia de harmonização entre persecução-garantia, na qual, para o presente caso, vale como critério de solução, a garantia prevista no princípio *ne bis in idem*.

II. Hipóteses de competência penal no Código Penal: territorialidade e extraterritorialidade

Os artigos 5º e 7º do CP estabelecem as hipóteses de competência penal que serão exercidas pelo Estado Brasileiro quanto à persecução penal.

O artigo 5º estabelece as hipóteses de competência penal orientadas pelo princípio da territorialidade. Com efeito, uma característica proeminente da soberania nacional é a exclusividade estatal na persecução dos crimes que tenham sido praticados em seu território²⁵⁴. Em sua origem

²⁵³ É preciso que se aponte que esta não seria a única hipótese de *double jeopardy* no sistema penal brasileiro. Há, *v.g.*, a hipótese de causa de aumento de pena da reincidência do artigo 61, I do CP, a repetição, embora de forma mais genérica, da extraterritorialidade incondicionada tal como formulada no artigo 7º, I c/c § 1º do CP no artigo 7º do CPM, a discussão em torno do *bis in idem* no caso de persecução penal na forma de concurso material pela prática tanto do crime antecedente como pela posterior lavagem de dinheiro etc. Todas estas hipóteses, a rigor, mereceriam ser analisadas no presente artigo, mas que em razão do recorte de objeto escolhido, serão analisadas em outra oportunidade.

²⁵⁴ “Em princípio, toda pessoa ou coisa que se encontre no território está sujeita à suprema autoridade do Estado: *Quidquid est in territorio est etiam de territorio* e *Quid in territorio meo est meus subditus est*”. ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**, vol. II, 3 ed., São Paulo: Quartier Latin, p. 158.

moderna, conforme ensina Michel Foucault, a punição se orientava para a proteção da pessoa do soberano, sendo que, com a transformação do Estado Territorial em Estado de População, o poder punitivo passou a ser um instrumento de defesa da sociedade, entendida como o conjunto de pessoas reunidas em uma sociedade político-juridicamente organizada sob a autoridade do Estado em um território certo e incontestado²⁵⁵.

Dois aspectos sobressaem em relação à competência territorial do Estado em matéria penal. O primeiro deriva da cláusula de imunidade penal (artigo 7º, *caput*, parte final do CP) em razão das imunidades internacionais decorrentes das CVRD/61 e CVRC/63 Tratados de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961 (doravante CVRD/61), e sobre Relações Consulares, de 1963 (doravante CVRC/63), e que favorecem aos Chefes de Estado, Ministros das Relações Diplomáticas e as representações diplomáticas e consulares²⁵⁶. Estas imunidades derivam do próprio sistema

²⁵⁵ “[...] Com isso, o direito de morte tenderá a se deslocar ou, pelo menos, a se apoiar nas exigências de um poder que gere a vida e a se ordenar em função de seus reclamos. Essa morte, que se fundamentava no direito do soberano se defender ou pedir que o defendessem, vai aparecer como simples reverso do direito do corpo social de garantir sua própria vida, mantê-la ou desenvolvê-la”. FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: a vontade de saber**, trad. Mª T. da Costa Albuquerque, 16 ed., Rio de Janeiro: Graal, 1988, pp. 128/130.

²⁵⁶ É importante destacar que entre as imunidades diplomáticas e consulares existe uma diferença substancial. Naquelas, a imunidade é absoluta, não sujeitando o agente diplomático a nenhuma forma de persecução penal no território do estado acreditado (artigo 31 da CVRD/61). Já em relação a estas, a imunidade é relativa, na medida em que esta não abarca as hipóteses de crimes graves (artigo 41, 1, parte final da CVRC/63). Entretanto, o Estado acreditante poderá, segundo sua conveniência e oportunidade, renunciar à imunidade em ambas às hipóteses, mas persistindo uma diferença na forma: na diplomática somente se for expressa, na consular, poderá ser tanto expressa como tácita (artigo 32, 1 da CVRD/61 c/c artigo 45, 1 da CVRC/63). Com relação aos Chefes de Estado, a imunidade é absoluta e, ante a falta

internacional conformado por Estados Soberanos, regido pelo princípio da igualdade soberana, pela qual nenhum Estado está submetido à autoridade de outro em suas relações internacionais recíprocas. Ora, sendo aqueles agentes órgãos de representação do Estado perante os demais membros da sociedade internacional, submetê-los à persecução penal no território do Estado acreditado seria o mesmo que invalidar, por via obliqua, o princípio da igualdade soberana²⁵⁷. No entanto, é importante destacar que

norma de direito internacional geral em sentido contrário (consuetudinária ou positiva), irrenunciável.

²⁵⁷ Neste sentido, a CIJ, no ano de 2002, anulou a ordem de prisão internacional emitida pela Bélgica em detrimento do então Ministro das Relações Exteriores da República do Congo – Abdulaye Yerodia Ndongbasi – pela suposta prática de crimes contra a humanidade. Referida ordem de prisão tinha por fundamento o princípio da jurisdição universal contra referidos crimes, previsto na legislação belga. Ao declarar a nulidade da ordem de prisão, a Corte serviu-se dos seguintes argumentos: “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. Yerodia Case, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>. Acessado em 25/07/2012, às 10:00:00.

tais imunidades de jurisdição não podem ser vistas como fatores de impunidade. Com efeito, nos termos da CVRD/61, em seu artigo 31, 4, o Estado acreditante tem a obrigação de efetivar a persecução penal de seu representante que tenha cometido um ilícito penal no território do Estado acreditado²⁵⁸.

Segundo ponto a se destacar é o relativo à abrangência da expressão território para os termos do artigo 5º do CP. Com efeito, entende-se por território o conjunto de domínios (terrestre, marítimo, aéreo, fluvial etc) no qual o Estado exerce soberanamente a sua jurisdição de conformidade com o Direito Internacional. Em outros termos, o conceito de território não é geográfico, mas jurídico, pois denota, conforme Hildebrando Accioly, “[...] o espaço no qual a ordem jurídica nacional se aplica, isto é, onde cada Estado exerce válida e permanentemente sua própria autoridade [...]”²⁵⁹.

De outro giro, nos termos do artigo 5º, §1º, as embarcações e aeronaves de caráter público ou a serviço do Estado Brasileiro estão submetidas à sua jurisdição onde quer que estejam por serem consideradas extensões do território brasileiro. Já as embarcações e aeronaves privadas com pavilhão brasileiro sujeitam-se à competência penal brasileira quando o crime tenha sido praticado em alto-mar ou no espaço aéreo a ele correspondente²⁶⁰.

²⁵⁸ Artigo 31 1. O agente diplomático gozará da imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa [...]. [...] 4. A imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.

²⁵⁹ ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional...**, p. 157.

²⁶⁰ A rigor, a regra do §1º do artigo 5º não se constitui em aplicação do princípio da territorialidade, tratando-se, isto sim, de clara hipótese de extraterritorialidade. No nosso entender, apesar da opção do legislador brasileiro em tratar a temática sob o aspecto daquele primeiro princípio,

No que concerne, por fim, às embarcações e aeronaves privadas de pavilhão estrangeiro, conforme o prevê o §2º, somente estarão sujeitas à jurisdição brasileira caso o ilícito penal tenha sido praticado quando elas se encontravam ou no espaço aéreo nacional ou aportadas em porto ou navegando no mar territorial brasileiro (nesse sentido, a hipótese não é a da extensão do §1º, mas de territorialidade em sentido estrito).

A extraterritorialidade da lei penal brasileira é tratada no artigo 7º do CP, dispositivo legal que fixa as regras de conexão aplicáveis ao conflito interespacial de normas em matéria de direito penal para a fixação da competência penal brasileira²⁶¹. Entende-se por extraterritorialidade a fixação de competência penal para o Estado perseguir aos autores de delitos que tenham sido praticados fora de seu território. Esta modalidade de competência penal tem duas fontes diversas de fixação: a) através da própria legislação penal do Estado, como é o caso do artigo 7º do CP. Trata-se, a rigor, de autoatribuição de competência, pela qual o Estado, no exercício de sua soberania legiferante fixa para si a

o que houve foi uma confusão entre esfera de validade e esfera de eficácia da ordem jurídica. Nesse sentido, conforme Hildebrando Accioly: “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 [...]” como, *v.g.*, no caso da competência pessoal do Estado, “[...] que alcança [...] nacionais seus, que se encontram fora da esfera própria de validade de suas competências. Em tais casos, o que ocorre não é a extensão da validade da ordem jurídica do Estado [...] é, sim, apenas, a extensão da eficácia das normas jurídicas do primeiro a indivíduos que a ele se acham ligados [...]. Essa eficácia também se exerce [...] em relação a navios e aeronaves fora de seu espaço marítimo ou de seu espaço aéreo”. ACCIOLY, **Tratado de direito internacional...**, p. 156.

²⁶¹ “As regras de conexão são as normas estatuídas pelo D.I.P. que indicam o direito aplicável às diversas situações jurídicas conectadas a mais de um sistema legal”. DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral, 6 ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 289.

competência persecutória em relação a determinados delitos; e b) pela assunção de obrigações internacionais de perseguir ilícitos especialmente graves para a Sociedade Internacional e que tenham sido praticados: i) por nacionais ou estrangeiros residentes do Estado em território de outro Estado ou em domínio internacional, e ii) por estrangeiros que tenham praticado delitos especialmente graves (crimes internacionais propriamente ditos) onde quer que tenham sido cometidos. Estas duas últimas hipóteses abarcam o conceito de jurisdição universal, um dos principais institutos do Direito Penal Internacional, funcionalmente destinado à persecução penal contra as grave violações aos Direitos Humanos.

As regras de conexão previstas no artigo 7º do CP são as seguintes:

- a) **Princípio da proteção ou defesa:** artigo 7º, I, a, b e c c/c II, § 3º do CP – (I, a) crimes contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; (I, b) crimes contra o patrimônio da União ou a fé pública do Distrito Federal, Estado, Território ou Município, empresa pública ou de economia mista, autarquia ou fundação pública, (I, c) crime contra a administração pública por quem esteja a seu serviço, e (II, §3º) crime cometido no exterior por estrangeiro contra brasileiro;
- b) **Princípio da justiça universal ou cosmopolita:** artigo 7º, I, c e 7, II, a – crime de genocídio, quando o agente for brasileiro ou residente no país, ou aqueles que o Estado brasileiro se obrigou a reprimir em razão de Tratado Internacional;
- c) **Princípio da nacionalidade ou da personalidade:** artigo 7º, II, b – crimes praticados por brasileiro no estrangeiro, e que não tenham sido objeto de persecução penal;

- d) **Princípio da representação:** artigo 7º, II, c – crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações privadas de pavilhão brasileiro em território estrangeiro e que não tenham sido objeto de persecução penal.

São duas as hipóteses de extraterritorialidade previstas no artigo 7º do CP. A primeira, prevista no inciso I, trata da extraterritorialidade incondicionada, assim denominada em razão de o legislador brasileiro não prever qualquer condição prévia de caráter substancial (v.g., dupla tipicidade) ou de caráter fático (v.g., a entrada do autor do delito em território nacional) para que o Estado brasileiro possa iniciar a persecução penal. Esta é a hipótese que nos preocupa no presente artigo, e que será desenvolvida logo mais.

A segunda hipótese de extraterritorialidade é a prevista no inciso II, denominada de extraterritorialidade condicionada. É condicionada porque a lei brasileira somente será aplicada se se concretizem as exigências estabelecidas nos §§ 2º e 3º, a e b do artigo 7º. Nestas hipóteses (crimes que, por tratado internacional o Estado brasileiro se tenha obrigado a reprimir, ou que tenham sido praticados por brasileiro no estrangeiro ou a bordo de aeronaves ou embarcações de pavilhão nacional de natureza privada em território estrangeiro, e que ali não tenham sido julgados, bem como por estrangeiro contra brasileiro no exterior), a jurisdição penal brasileira somente será exercida: a) se o agente ingressar no território nacional, b) ocorrer o fenômeno da dupla tipicidade²⁶², c) estar o crime incluído

²⁶² Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “O postulado da dupla tipicidade – por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição – impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente [...] O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos

entre aqueles para o qual o ordenamento brasileiro admite extradição (cláusula de exclusão do artigo 5º, inciso LII da CRFB/88, a saber, a inextraditabilidade pela prática de crimes políticos ou de opinião²⁶³) e d) a incoerência de condenação e cumprimento de pena pelo crime que se pretende perseguir no estrangeiro, bem como não ter havido perdão ou extinção da punibilidade. Com relação à hipótese do §3º, se somam àquelas condições outras mais: a) que não tenha sido pedida ou que tenha sido negada extradição formulada pelo Governo Brasileiro e b) ter sido requisitado pelo Ministro da Justiça.

Pois bem. Fixadas as hipóteses de competência persecutória tal como previstas na legislação penal brasileira resta verificar em que sentido a forma incondicionada de extraterritorialidade viola ao princípio *ne bis in idem*. Referida incompatibilidade se encontra, como já dito, no §1º do artigo 7º, cuja redação é a seguinte: “§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro”.

Por este dispositivo, portanto, tenha o réu sido ou não condenado no estrangeiro, tenha o réu cumprido ou não a pena no estrangeiro, o Estado Brasileiro está autorizado a

elementos estruturantes do tipo penal (*essentialia delicti*), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1074**, Min. Rel. Celso de Mello, Plenário, DJE 13/06/2008.

²⁶³ "A inextraditabilidade de estrangeiros por delitos políticos ou de opinião reflete, em nosso sistema jurídico, uma tradição constitucional republicana. Dela emerge, em favor dos súditos estrangeiros, um direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado e de cogência inquestionável. Há, no preceito normativo que consagra esse favor *constitutionis*, uma insuperável limitação jurídica ao poder de extraditar do Estado brasileiro". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 524**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31-10-1989, Plenário, DJ de 08/03/1991.

iniciar nova persecução penal pelo mesmo fato já julgado, independentemente de qualquer consideração de caráter fático (*v.g.* o ingresso do acusado em território nacional) ou jurídico (*e.g.*, concessão de extradição em favor do Estado; ter o agente já sido processado no estrangeiro, condenado ou absolvido, cumprido penal ou não etc). Trata-se, por obviedade, de clara hipótese de violação ao princípio *ne bis in idem*. Existe, pois, uma solução para esta antinomia no ordenamento jurídico brasileiro?

III. O princípio *ne bis in idem* no Direito Brasileiro e nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos: do *penunbral right* ao princípio explícito

Para Tijana Surlan,

[O] *Ne bis in idem* possivelmente representa um dos princípios fundamentais (*corner-stone principles*) de todas as ordens jurídicas modernas. É um princípio que diz respeito ao funcionamento de todos os sistemas legais, quer consideremos o nacional ou o internacional separada ou conjuntamente uns com os outros. A importância do princípio *ne bis in idem* é evidenciado também pelo fato de hoje em dia ele não ser somente um princípio construído pelo processo penal (it is not only a principle built into the criminal procedure acts), mas também um dos direitos humanos básicos.²⁶⁴

Cita-se a afirmação supramencionada pelo fato de a mesma pôr, de forma bastante clara, o conteúdo essencial que envolve o princípio *ne bis in idem*. Em outros termos, é

²⁶⁴ SURLAN, Tijana. ***Ne bis in idem* in conjunction with the Principle of Complementarity in the Rome Statute**. Disponível em http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Surlan_800.pdf. Acessado em 01/07/2012, às 12:00:00.

um princípio de direito humano que joga um papel preponderante na limitação do poder persecutório quer do Estado quer da Sociedade Internacional através de seus Tribunais Penais. Neste último caso basta lembrar que o ETPI, em seu artigo 20, 1 e 2, assim prescreve:

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto²⁶⁵, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

Ademais, reforça a ideia de que o princípio da vedação de dupla incriminação é um problema inerente ao direito penal contemporâneo que, como já dito, é gizado pela internacionalização e, por consequência, pela ampliação de problemas práticos quanto à solução de conflitos de competências penais concorrentes, o fato de a Associação Internacional de Direito Penal (doravante AIDP) ter se preocupado em diversas ocasiões sobre a temática, editando, por ocasião de seus XVI e XVII Congressos Internacionais de Direito Penal, ocorridos respectivamente em 1999 e 2004, resoluções acerca do princípio em questão. O primeiro, de 1999, reconhece o *ne bis in idem* enquanto direito humano, e o segundo, de 2004, estabelece critérios para a solução de

²⁶⁵ A exceção ao princípio *ne bis in idem* é aquela pertinente ao simulacro de julgamento, cuja previsão está contida no mesmo artigo 20, 3, a e b. Por esta regra excepcional, o TPI poderá exercer a persecução penal quer na hipótese de julgamento pejado pela intenção de simular um julgamento com o fito de subtrair o agente da responsabilidade penal pela perpetração dos gravíssimos crimes internacionais previsto no ETPI (item a e parte final do item b), quer com violação das garantias internacionais relativas ao justo processo (item b, primeira parte).

conflitos de competência nos três níveis em que esta possa ocorrer.²⁶⁶

De acordo com Carlos E. A. Japiassú assim resume estes três níveis de que tratam as Resoluções de 2004: “1) a concorrência “horizontal (trans)nacional”: casos de concorrência entre jurisdições nacionais; 2) a “concorrência vertical”: concorrência entre jurisdições nacionais e instituições internacionais competentes; 3) os casos de concorrência entre jurisdições internacionais: “concorrência horizontal inter(supra)nacional”, devido à existência de tribunais penais internacionais *ad hoc*, como o para a antiga Iugoslávia e o para Ruanda, e a criação do Tribunal Penal Internacional permanente”²⁶⁷.

Para o tema que nos ocupamos, o artigo 7º, §1º do CP envolve a hipótese 1 (concorrência “horizontal (trans)nacional”) já que, em qualquer uma das hipóteses de extraterritorialidade incondicionada do artigo 7º, I envolverá o conflito de competências penais entre o Estado Brasileiro e do Estado em que o crime tenha sido praticado.

Dá-se que, diversamente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, nacionais²⁶⁸ e internacionais, o brasileiro não prevê expressamente o princípio *ne bis in idem* em nenhum de seus dispositivos nacionais, sendo, neste sentido, uma construção de caráter doutrinário e jurisprudencial. Trata-se, portanto, daquilo que a doutrina

²⁶⁶ Para consultar o conteúdo da Resolução de 2004, vide JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriado. **O princípio *ne bis in idem* no Direito Penal Internacional**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, n. 4, 2003, pp. 91-122, em especial, pp. 113-121.

²⁶⁷ JAPIASSÚ, **O princípio...**, p. 93.

²⁶⁸ Essa é a hipótese da Constituição da República Federativa da Alemanha, em seu artigo 103, III.

americana denomina de *penumbral right*²⁶⁹, como seja, um princípio jurídico decorrente não de uma expressa determinação normativa, mas de uma construção hermenêutica na qual se revela um direito fundamental implícito no sistema constitucional.

Para Carlos E. A. Japiassú, o *ne bis in idem* é uma decorrência dos princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade em direito penal. Como se sabe, o próprio princípio da segurança jurídica não é expressamente previsto na CRFB/88, sendo, neste sentido, uma clara construção doutrinário-jurisprudencial decorrente da própria ideia de Estado Democrático de Direito e das previsões contidas no artigo 5º, incisos II, XXV e XXVI. Este princípio envolve tanto a ideia de certeza do direito como a de confiança nos atos do Poder Público, no sentido bastante claro de estabilidade nas relações jurídicas, quer para o futuro quer para o passado (e neste sentido, o princípio da irretroatividade, tanto em matéria penal (inciso XL) como em matéria tributária (artigo 150, III, a) assegura a certeza jurídica de não punição ou de tributação em relação a fatos anteriores à vigência da lei).²⁷⁰ Já o princípio da proporcionalidade, outro claro exemplo de princípio

²⁶⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na nova Constituição do Brasil**, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

²⁷⁰ Nesse sentido, o STF: “Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ACO 79**, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 15-3-2012, Plenário, DJ de 28-5-2012.

implícito²⁷¹, objetiva, em um sentido lato, assegurar a indispensável harmonia entre direitos fundamentais e restrições que se façam necessárias para fins de conformação entre interesse público e interesse privado. Em sua variante penal, este princípio “[...] objetiva, de imediato, uma justa correlação entre a gravidade do fato perpetrado pelo agente e a sanção penal correspondente [...] [que] deve ser obedecida tanto na elaboração, como na aplicação e na execução da lei penal”²⁷².

²⁷¹ Conforme a jurisprudência do STF, derivado do princípio do devido processo legal em sua manifestação substantiva: “Receptação simples (dolo direto) e receptação qualificada (dolo indireto eventual). Cominação de pena mais leve para o crime mais grave (CP, art. 180, *caput*) e pena mais severa para o crime menos grave (CP, art. 180, § 1º). (...) O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Política, inclusive, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do STF, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade. Entendo, por isso mesmo, que a tese exposta nesta impetração revela-se juridicamente plausível, especialmente se se considerar a jurisprudência constitucional do STF, que já assentou, a propósito do tema, a orientação de que transgredir o postulado do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), analisado em sua dimensão material (*substantive due process of law*), a regra legal que veicula, em seu conteúdo, prescrição normativa qualificada pela nota da irrazoabilidade.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 102.094-MC**, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-7-2010, DJ de 2-8-2010.

²⁷² SOUZA, Artur de Brito Gueiros, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral, Elsevier: Rio de Janeiro, 2012, p. 66. É verdade, no entanto, que o princípio da proporcionalidade não tem exclusivamente a função de resguardar os direitos fundamentais contra os (possíveis) excessos do poder público. Tem, também, a função de protegê-los contra a insuficiência protetiva, como, v.g., se evidencia nas hipóteses de mandado constitucional de proteção de bens jurídicos por intermédio do Direito Penal. Neste sentido se manifestou o STF:

Doutro giro, o princípio *ne bis in idem* somente ganhou posituação no ordenamento brasileiro por intermédio da ratificação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos pelo Brasil, seja ele de caráter regional – CADH/69, artigo 8º, 4²⁷³ - seja ele de caráter universal – PIDCP /66, artigo 14, 7²⁷⁴, donde a necessidade de se perquirir sobre a eficácia destas normas no ordenamento jurídico brasileiro.

O núcleo do princípio *ne bis in idem*, conforme Tjiana Surlan, é conformado pela díade **o mesmo** (fato) (*same*) e **de novo** (*again*), no sentido de que a mesma imputação de

“Controle e constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 104.410**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-2012, 2ª Turma, DJ de 27-3-2012.

²⁷³ Artigo 8º - Garantias judiciais [...] 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. A CADH/69 foi ratificada pelo Brasil através do Decreto 678/1992.

²⁷⁴ Artigo 14 [...] 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país. O PIDCP/69 foi ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo 226/1991 e Decreto 592/1992.

responsabilidade penal não poderá ser submetida a um novo julgamento caso já tenha sido objeto de uma decisão transitada em julgado por um Tribunal²⁷⁵. Mas como se determinar em que consiste “de novo”?

Sobre este elemento, Carlos E. A. Japiassú irá se manifestar da seguinte forma: “No direito brasileiro, na expressão em exame, *idem* é entendido como o mesmo fato, em termos reais e históricos. Sua relevância, pois, decorre da análise factual e não estritamente jurídica.”²⁷⁶. Já Guilherme de Souza Nucci irá afirmar que por este princípio “[...] ninguém deve ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal [...] Se não há possibilidade de processar novamente quem já foi absolvido, ainda que surjam novas provas, é lógico que não é admissível punir o agente outra vez pelo mesmo delito”²⁷⁷.

Portanto, *idem/again*/de novo se reporta ao fato em sua concreção histórica, e não nas diversas narrativas que se possam fazer sobre o mesmo em um ou mais processos. Nesse sentido, a decisão do STF, colacionada por Carlos E. A. Japiassú em seu artigo²⁷⁸ violou frontalmente a este princípio por ter admitido, no caso concreto, que um sujeito que fora absolvido com decisão transitada em julgado num processo de crime contra a vida na qualidade de autor imediato fosse, *de novo* processado pelo Ministério Público na qualidade de autor intelectual.

Idêntica situação ocorreu por ocasião do julgamento do HC 56.398-8/SP, de Relatoria do Ministro Djaci Falcão, embora com resolução distinta. O paciente fora condenado pela prática do crime de roubo em um mercado na cidade de

²⁷⁵ SURLAN, *Ne bis in idem in conjunction...*, *passim*.

²⁷⁶ JAPIASSÚ, Carlos E. A., **O princípio...**, p. 95.

²⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e especial, 2 ed., São Paulo: RT, 2006, pp. 72-73.

²⁷⁸ Trata-se do **Habeas Corpus 64158**, Min. Relator Rafael Mayer, 1ª Turma, julgado em 07.11.1986, RTJ 120, pp. 117 *et seq.*

São Paulo, e que fora praticado em concurso de agentes, tendo sido o paciente o único réu a ser processado no primeiro processo. Posteriormente, o Ministério Público promoveu nova persecução penal contra todos os agentes do delito, processo no qual o paciente foi *novamente* condenado. Tendo sido impetrado o habeas corpus em face do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, decidiu o STF: “EMENTA: Réu condenado duas vezes por um só fato criminoso. Ofensa do princípio ne bis in idem. Habeas corpus concedido, para anulação da segunda condenação”.²⁷⁹

Já no HC 86.606-9/MS, bastante singular por envolver conflito de competência entre a justiça comum e a justiça militar, o STF deferiu o habeas corpus para trancar a ação criminal perante a Auditoria Militar de Mato Grosso do Sul por reconhecer a ocorrência do *bis in idem* em relação a um processo que tinha por objeto *o mesmo* fato, e que fora julgado pelo Juizado Especial Criminal de Campo Grande. O paciente, militar do exército brasileiro, cometeu o crime de lesão corporal leve contra outro militar. Denunciado perante o Juizado Especial Criminal, aceitou a transação penal que, cumprida, ensejou decisão absolutória imprópria. Contudo, o Ministério Público Militar promoveu ação penal militar contra o paciente perante a Auditoria Militar naquele Estado, processo no qual se anulou a decisão da justiça estadual por incompetência absoluta. Impetrado o habeas corpus perante o STF, a 1ª Turma assim decidiu:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO JULGADO NO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS, COM TRÂNSITO EM JULGADO. ADOÇÃO DO

²⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 56398-8/SP**, 2ª Turma, Min. Relator Djaci Falcão, julgado em 08.08.1978, DJ 15/09/1978.

PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva.

2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos jurídicos.

A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes.

3. Habeas corpus concedido.²⁸⁰

Resta perquirir, por fim, sobre o termo final para que uma persecução penal não se caracterize como violadora do princípio *ne bis in idem*. Parece bastante evidente da leitura dos dispositivos internacionais acima mencionados que o termo final é a existência de uma decisão judicial transitada em julgado (artigo 8, 4 da CADH/69 e artigo 14, 7 do PIDCP/66). Ocorre que, nada obstante parecer haver uma homologia entre os dois instrumentos internacionais, em verdade esta não ocorre. Com efeito, o artigo 8, 4 da CADH fala expressamente em sentença absolutória, enquanto que o artigo 14, 7 do PIDCP/66 fala em termos mais amplos, a saber, sentença absolutória ou condenatória passado em julgado. Noutros termos, o artigo 14, 7 do PIDCP/66 propicia uma proteção mais ampla em relação àquela

²⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 86.609-9/MS**, 1ª Turma, Min. Relatora Carmen Lúcia, julgado em 22/05/2007, DJ 03/08/2007.

prevista na CADH/69, pois, a rigor, existe uma diferença substancial entre sentença absolutória e sentença condenatória, conforme resta evidenciado no caso do HC 64.158 acima mencionado. Qual deve prevalecer?

Se este problema tivesse que ser resolvido pelos tradicionais critérios de conflito intertemporal de normas (hierarquia, especialidade e cronológico), o resultado seria, necessariamente, a declaração de derrogação de uma norma em relação à outra. Contudo, estes critérios se mostram insuficientes, pois:

- a) **a uma**, não existe hierarquia entre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, conforme se evidencia do princípio da interdependência contido no artigo 8 da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993; ademais, estes Tratados têm sido reconhecidos como veiculadores de normas de *jus cogens*, o que equivale a afirmar o caráter de *higher law* no âmbito do Direito Internacional;
- b) **a duas**, não existe uma relação de generalidade/especificidade entre os dois diplomas, visto que ambos regulamentam idêntica matéria, não sendo válido qualquer ilação concernente à origem dos documentos, universal e regional, já que ambos são tratados internacionais, devendo, portanto, ser cumpridos de boa-fé; e
- c) **a três**, embora cronologicamente ratificados em momentos diversos – a CADH/69 em 06/11/1992 e o PIDCP/66 em 06/07/1992 – é óbvio que a declaração de derrogação do PIDCP/66 em face da CADH/69 seria contrário ao já mencionado postulado da interdependência.

Neste sentido, parece que o único critério ótimo a se permitir a solução dessa antinomia aparente é aquele presente na cláusula *pro homine*. Conforme esta cláusula, contida no artigo 29, b da CADH/69²⁸¹, não existirá antinomia real entre uma disposição da CADH/69 com qualquer previsão de caráter nacional (v.g. um direito fundamental assegurado por uma constituição nacional) ou de caráter internacional (v.g. um direito humano reconhecido por outra Convenção Internacional) que propicie uma proteção mais ampla do que aquela disposta na mesma, no sentido de que, a partir desta pretensa antinomia, se defira uma proteção deficitária a seu titular. Em outros termos, assim como é tarefa do interprete constitucional assegurar, em caso de antinomia aparente entre disposições constitucionais, mormente se originárias, uma interpretação que favoreça a concordância prática de forma a se afastar a antinomia (princípios da unidade da constituição e da concordância prática), cabe ao interprete em matéria de direitos humanos, orientado pelo princípio *pro homine*, assegurar a aplicação da regra de direito constitucional ou de direito internacional que propicie a máxima proteção do direito humano em questão. Neste sentido afirma Susana Albarese: “En caso de que las normas internacionales y nacionales difieran entre si, deberán aplicarse siempre aquellas normas que otorguen el nivel más alto de protección, em concordancia con diversas normas internacionales y com la Corte Interamericana de Derechos Humanos”²⁸².

²⁸¹ Artigo 29º - Normas de interpretação - Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.

²⁸² *Apud* PEREIRA, Vany Leston Pessyone. **Os direitos humanos na Corte Interamericana**: o despertar de uma consciência jurídica

Desta forma, não parece desarrazoado concluir que, em se tratando de decisão absolutória transitado em julgado, o princípio *ne bis in idem* será aplicado, caso haja a pretensão de idêntica persecução penal, com fundamento nos dispositivos da CADH/69 e do PIDCP/66; em se tratando, no entanto, de decisão condenatória, afastar-se a incidência, no caso concreto, da CADH/69 e deverá ser aplicado o PIDCP/66, que, *per se*, será suficiente para assegurar a máxima proteção do direito a não ser duplamente incriminado.

IV. Eficácia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro: da ordinaryidade à suprallegalidade. E mais além...?

Após a promulgação da CRFB/88 iniciou-se um claro dissenso entre partes das doutrinas constitucionalista e internacionalista brasileiras e a jurisprudência do STF acerca da eficácia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Este dissenso tinha como foco central a estatura normativa que estes documentos internacionais deveriam ocupar na estrutura do ordenamento jurídico, principalmente em razão da redação dada pelo constituinte ao artigo 5º, §2º da CFRB/88, cujo teor é o seguinte: “Artigo 5º [...]§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...]”.

Para uma parte desses doutrinadores (Antonio Augusto Cançado Trindade²⁸³, Flávia Piovesan²⁸⁴, Valério Mazzuoli²⁸⁵ *et alii*) este dispositivo constitucional teria três efeitos constitucionais importantes: a) veicularia uma cláusula de abertura do ordenamento jurídico brasileiro para a incorporação de direitos humanos previstos em Tratados Internacionais; b) como consequência dessa abertura, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil ingressariam de forma direta no ordenamento jurídico, sem a necessidade de sua ratificação formal pelo sistema de *treaty making power* previsto na Constituição Federal (que, regra geral, é misto, vale dizer, a ratificação depende do processo legislativo complexo compartilhado entre o Congresso Nacional e o Executivo. Congresso através do Decreto Legislativo (artigo 49, I c/c artigo 59, VI da CRFB/88); Executivo do Decreto de execução (artigo 84, IV da CRFB/88); e c) por fim, por versarem sobre Direitos Humanos, teriam o mesmo nível hierárquico de norma constitucional. Dissenso neste aspecto foi a de Celso Albuquerque D. de Mello, para quem os Tratados Internacionais de Direitos Humanos teria eficácia supraconstitucional²⁸⁶.

Na outra ponta do dissenso se encontrava a jurisprudência do STF acerca da estatura dos Tratados

²⁸³ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos**, in Arquivos do Ministério da Justiça, ano 46, n. 12, jul.-dez. 1993.

²⁸⁴ PIOVEZAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

²⁸⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão Civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**: de acordo com o Novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002), Rio de Janeiro: Forense, 2002.

²⁸⁶ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **O § 2º do art. 5º da Constituição Federal**, in TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25-26.

Internacionais no ordenamento jurídico brasileiro em geral, na qual não se operava qualquer distinção quanto à matéria, e segundo a qual estas normas teriam o mesmo nível de lei ordinária. Esta jurisprudência formou-se a partir do REExt 80004/SE, na qual se discutiu a relação entre o direito interno e o direito internacional, tendo como objeto a prevalência ou não da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio em face do Decreto-Lei 427/69. O ponto central da controvérsia dizia respeito à exigibilidade de registro da letra de câmbio em repartição fazendária nacional sobre pena de nulidade do próprio título, diversamente do que estipulado na Lei Uniforme. O relator original desse recurso foi o Ministro Xavier de Albuquerque, que se reportando a jurisprudência anterior do STF (RE 7154, RTJ 58/70), reconheceu a primazia do direito internacional sobre o direito interno, declarando, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do Decreto-Lei 427/69. Dá-se que, neste julgamento, o Plenário do STF modificou a sua jurisprudência sobre o tema, tendo sido o ministro relator vencido por maioria (já que o Ministro Moreira Alves se declarou impedido para participar do julgamento), e sido nomeado relator para o acórdão o Ministro Cunha Peixoto, que abriu a dissidência. A ementa do acórdão tem o seguinte conteúdo no ponto que interessa ao presente trabalho:

EMENTA: CONVENÇÃO DE GENEBRA – LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIA – AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe elas às leis do País, disso

decorrendo a constitucionalidade e a decorrente validade do Decreto-Lei 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.
[...]²⁸⁷.

A partir de caso, portanto, a jurisprudência do STF, mesmo após a promulgação da CRFB/88, continuou a afirmar a vigência interna dos Tratados Internacionais no mesmo nível das leis ordinárias, tendo, por consequência: a) os Tratados Internacionais, independentemente de seu conteúdo, estariam submetidos à autoridade normativa da Constituição, ensejando, inclusive, o controle de constitucionalidade sobre os mesmos; b) qualquer garantia prevista nesses Tratados não teria o condão de alterar o sistema constitucional de garantias, quando muito de corroborá-lo; e c) a relação entre Tratados Internacionais e leis ordinárias seria regido pelos critérios ou da especialidade ou cronológico, vale dizer, tratado internacional posterior a uma lei ordinária a revogaria/derrogaria; lei ordinária posterior à incorporação do Tratado Internacional o derrogaria/revogaria (*rectius*: conforme ensina Francisco Rezek, lei nacional posterior **não** revoga/derroga o tratado internacional, que somente pode ser revogado/derrogado por outro tratado internacional. O que a lei ordinária faz é revogar/derrogar o Decreto Legislativo e o Decreto de execução ratificador do tratado internacional, **suspendendo** a sua vigência no território nacional)²⁸⁸.

Não foram poucas as aporias decorrentes desta jurisprudência do STF, principalmente quando cotejado com

²⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 80004/SE**, Pleno, Relator para o Acórdão Min. Cunha Peixoto, Plenário, 01.06.1977, DJ 29.12.1977.

²⁸⁸ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**, 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

o sistema interamericano de Direitos Humanos. O que maior problema suscitou foi, sem qualquer dúvida, a possibilidade de prisão civil do depositário infiel nas relações de garantia fiduciária, tal como regido pelo Decreto-Lei 911/1969, já que a CADH/69 prevê a prisão civil somente para as hipóteses de inadimplência de dívida alimentar (artigo 7º da CADH/69). Mas não somente este. Também tem suscitado conflitos entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema interamericano o tema do duplo grau necessário (artigo 8º, 2, h da CADH/69), mormente no que alude às hipóteses de competência originária dos tribunais de segundo grau ou superiores, já que, para estes casos, não existe no ordenamento jurídico brasileiro **recursos com efeito apelativo**, isto é, recursos que devolvam ao tribunal *ad quem* a apreciação das matérias de fato e de direito, já que os recursos especial e extraordinário se circunscrevem à devolução da matéria de direito (Súmula 7 do STJ e Súmula 279 do STF). Por fim, também comparece como um tema relevante da relação entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema internacional de direitos humanos (universal ou regional) este que ocupa o presente trabalho, além de outros.

Sobre os dois primeiros, colacionam-se os seguintes julgados do STF, o primeiro sobre duplo grau de jurisdição e o segundo sobre prisão do depositário infiel:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROMOTOR DE JUSTIÇA. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 279-STF. PREQUESTIONAMENTO. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

I. O exame da controvérsia, em recurso extraordinário, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório trazido aos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 279-STF.

II. Ausência de prequestionamento das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário.

III. A alegação de ofensa ao inciso LIV do art. 5º, CF, não é pertinente. O inciso LIV do art. 5º, CF, mencionado, diz respeito ao devido processo legal em termos substantivos e não processuais. Pelo exposto nas razões de recurso, que a recorrente referir-se ao devido processo legal em termos processuais, CF, art. 5º, LV. Todavia, se ofensa tivesse havido, no caso, à Constituição, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E, conforme é sabido, ofensa indireta à Constituição não autoriza a admissão do recurso extraordinário.

IV. Não há, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. Prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais.

V. Compete ao Tribunal de Justiça, por força do disposto no art. 96, III, da CF/88, o julgamento de promotores de justiça, inclusive nos crimes dolosos contra a vida.

VI. Agravo rejeitado²⁸⁹.

EMENTA: - Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão Civil.

- Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

²⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 513.044/SP**, Ministro Relator Carlos Velloso, 2ª Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 08/04/2005.

- Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.
- Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derrogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia.
- É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressem em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido.²⁹⁰

Nesta toada seguiu o STF, inclusive com um alto grau de agressividade discursiva contra a tese da recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em nível constitucional (dirá o Ministro Celso de Mello por ocasião da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480/DF “**É na Constituição da República – e não** na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se **deve** buscar a solução normativa para a questão da **incorporação** dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.”²⁹¹).

A viragem hermenêutica se deu por ocasião do julgamento do REExt 466343/SP, julgado no qual o STF, a

²⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 253.071/GO**, Ministro Relator Moreira Alves, Plenário, julgado em 29/05/2001, DJ 26/06/2001.

²⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480/DF**, Ministro Relator Celso de Mello, Plenário, Julgado em 04/09/1997, DJ 18/05/2001.

partir do voto do Ministro Gilmar Mendes, passou a admitir que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil **antes** da EC 45/2004²⁹², teriam o *status* de norma supralegal. A supralegalidade se define como aquele nível hierárquico normativo em que a norma se encontra subordinada à Constituição, mas está acima da legislação ordinária. Havendo conflito entre norma supralegal e a CRFB/88, prevalece esta última. Havendo conflito entre norma supralegal e a legislação ordinária, esta será revogada por aquela. Nessa decisão, o STF, preocupado com os efeitos práticos da mesma, preservou a autoridade das decisões anteriores que conferiam o nível de lei ordinária aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, apelando para a teoria da mutação constitucional, também denominada de mudanças informais da Constituição, pela qual, através da hermenêutica constitucional, o significado da norma constitucional passará por um processo de resignificação, diverso, portanto, daquele já consolidado na jurisprudência, de forma a se adequar a norma à realidade social (por isso mudança informal, já que não exige o desencadeamento do processo legislativo de reforma constitucional). Apelando, portanto, à mutação constitucional, assegurou o STF qualquer alegação de efeito *ex tunc*, conferindo-lhe, portanto, efeito *ex nunc*.

A ementa do Acórdão tem a seguinte redação:

²⁹² Esta emenda constitucional operou uma modificação importante no sistema judicial brasileiro, bem como em seu processo constitucional, tendo, também, agregado ao artigo 5º da CRFB/88 os parágrafos 3º e 4º. O primeiro versa sobre o procedimento de incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o segundo sobre a aceitação da jurisdição do TPI, *in verbis*: “Artigo 5º [...]§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXII e §§1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, §7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito²⁹³.

É preciso, no entanto, aclarar algumas questões em torno desse julgado, que passou a orientar a jurisprudência do STF para a matéria. Primeiro é que esta decisão diz respeito somente aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes da EC 45/2004, nada dizendo a respeito dos Tratados Internacionais sobre a matéria que foram incorporados posteriormente à mesma, e que tenham obedecido o rito estabelecido pelo artigo 5º, § 3º (processo legislativo idêntico à emenda constitucional), como é o caso da CDPPD e seu Protocolo Facultativo, ratificado pelo Decreto Legislativo 186/2008. Terão eles eficácia de norma constitucional ou o da suprallegalidade?

Segundo, a decisão, tal como se apreende da discussão havida entre o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Celso de Mello, logo após este ter proferido o seu voto, no qual expressou a sua convicção de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos deveriam ter uma

²⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário** 466343/SP, Ministro Relator Cezar Peluso, Plenário, julgado em 03/12/1998, DJ 05/06/2009.

eficácia constitucional, objetivou mais uma questão pragmática, isto é, uma jurisprudência de resultados – resolver de uma vez por todas o problema da prisão civil por depositário infiel -, do que propriamente estabelecer um tratamento amplo e geral ao tema, de forma a orientar, para todos os casos futuros, a jurisprudência da Corte²⁹⁴. Isto fica bastante evidente no ARAI 601832/SP, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, na qual se improviu a alegação de violação ao princípio do duplo grau de jurisdição para as hipóteses de competência originária dos tribunais, apesar de se reconhecer a sua incorporação no Brasil através do CADH/69:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO

²⁹⁴ Faz-se esta afirmação com base no seguinte trecho da intervenção feita pelo Ministro Gilmar Mendes logo após a leitura do voto do Ministro Celso de Mello que, como se verá, sustenta a ideia da hierarquia constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: “Por essa razão, volto a enfatizar a tese perfilhada [...] no sentido de, realmente, esses tratados adentrarem o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, com uma diferença: eles não têm a mesma hierarquia. Com isso, dogmaticamente, também estamos a resolver todas as questões colocadas em relação ao próprio depositário infiel. Assim, os tratados adentram o ordenamento jurídico com um perfil diferenciado [...] com uma força supralegal, mas infraconstitucional” (REExt 466343/SP).

DA IGUALDADE. AGRAVO
REGIMENTAL IMPROVIDO

[...]

3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta.

4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição.

[...]

6. Agravo regimental improvido.

O que remasnece é o seguinte problema: não fica esvaziado a garantia do duplo grau de jurisdição caso se mantenha as exceções constitucionais incompatíveis com o mesmo? Em outros termos, valeria o duplo grau de jurisdição para todas as hipóteses, à exceção daquelas para as quais o texto constitucional não a assegura, e que são as causas de controvérsia sobre o princípio, desconsiderando-se, neste sentido, o princípio *pro homine*? Dá-se com uma mão para tomar-se com a outra?

De qualquer sorte, no que alude ao princípio *ne bis in idem*, o próprio STF reconheceu a sua expressa incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do já citado HC 86606/MS:

EMENTA: HABEAS CORPUS.
PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO
PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO
JULGADO NO JUIZADO ESPECIAL DE

PEQUENAS CAUSAS, COM TRÂNSTO EM JULGADO: IMPOSSIBILIDADE: CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

[...]

2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos.

A adoção do princípio *ne nis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos na Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedente.

[...].

Como último ponto a se discutir sobre este tema é a possibilidade de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos venham a adquirir, por força da interpretação do STF, eficácia de norma constitucional, mormente em relação àqueles que forem incorporados no ordenamento jurídico com as regras do artigo 5º, §3º, ou mesmo por uma nova interpretação abarcando, no sentido apontado, os Tratados incorporados antes da EC 45/04.

Nesse sentido não se tem mais do que uma possibilidade, principalmente se, um dia, for admitida a interpretação dissidente do Ministro Celso de Mello, expressada no RExt 466343, e que vem sendo reiterada em todos os julgados em que ele figura como relator. Para o Ministro Celso de Mello os Tratados Internacionais de Direitos Humanos devem valer no ordenamento jurídico com o *status* de norma constitucional, operando, caso haja

conflito entre a norma constitucional e a do Tratado Internacional, o princípio *pro homine*. Destaque-se, nesse sentido, o seguinte julgado no qual o Ministro Celso de Mello foi relator:

EMENTA: “HABEAS CORPUS” – DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO JUDICIAL – A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA – CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, N. 7) – HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO “EX OFFICIO”.

[...]

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA.

- A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n, 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana.

- Relação entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§2º e 3º) Precedentes.

- Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? – Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

[...]

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA *MAIS FAVORÁVEL* COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTEPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

- O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da *norma mais favorável* (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado) deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

- Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7 c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da *regra mais favorável* à proteção efetiva do ser humano. [...]²⁹⁵.

²⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 94695/RS**, Ministro Relator Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 23/09/2008, DJ 06/02/2009.

A mesma linha foi seguida no HC 91361/SP²⁹⁶ e no ARMI 772/RJ²⁹⁷, embora este último tenha se restringido à reafirmação da hierarquia constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Não cabendo à ciência jurídica fazer juízos de caráter profético, senão, quando muito, de tendências possíveis em razão do estado da arte de seu objeto de estudo, nada obsta perceber uma possibilidade de que, no futuro, o STF venha a modificar a sua jurisprudência em relação à hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, quiçá para acompanhar a dissidência do Ministro Celso de Mello, conferindo-lhes hierarquia constitucional. Nesse sentido, a técnica jurisprudencial de consignar o voto vencido tem, de fato, o condão de suscitar modificações na interpretação constitucional, conforme evidencia o diálogo havido entre os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio em relação à conhecida dissidência deste último quanto à ilicitude da prisão do depositário infiel, mormente em razão do caráter de suprallegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, por ocasião do julgamento do REExt 466343.

Desta sorte, no atual estágio da jurisprudência do STF, é preciso que se reconheça que o estatuto hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos é o da suprallegalidade. Contudo, esta mesma jurisprudência conserva em si uma potência de modificação orientada à admissão do caráter constitucional que os mesmos possam vir a ocupar no ordenamento jurídico brasileiro, com plena adoção do princípio *pro homine*, estágio que se acredita mais

²⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 91361/SP**, Ministro Relator Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 23/09/2008, DJ 06/02/2009.

²⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental em Mandado de Injunção 772/RJ**, Ministro Relator Celso de Mello, Plenário, julgado em 24/10/2007, DJ 20/03/2009.

acertado com a díade que orienta este trabalho, persecução-garantia.

VI. Conclusão

Consistindo o princípio *ne bis in idem* um genuíno direito humano, reconhecido quer pelo ordenamento jurídico brasileiro (como já visto, inicialmente de forma implícita, ao depois de forma explícita, em razão da internalização do PIDCP/66 e da CADH/69), quer pelos sistemas universal e regional de direitos humanos, não resta dúvida de que se pode concluir, como uma consequência do mesmo, pela inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º c/c 8º do CP, ou mais precisamente: que referidas normas não foram recepcionadas pela CRFB/88.

É que a extensão da competência penal brasileira para a hipótese de extraterritorialidade incondicionada inclusive para os casos transitados em julgado, tenha havido sentença absolutória ou condenatória, viola frontalmente o princípio do *ne bis in idem*. Se há um dever de persecução penal, este não o é ilimitado, estando, portanto, condicionado às garantias penal-processuais asseguradas interna ou internacionalmente pelos diversos sistemas de direitos humanos.

Contudo, é importante que se delimite o grau de inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º c/c 8º do CP. Conforme visto, o princípio *ne bis in idem* tem como limite intransponível a existência de sentenças transitadas em julgado, condenatórias ou absolutórias. Isto implica que, enquanto não ocorrer o fenômeno da coisa julgada material segundo as regras processuais do Estado em que o fato estiver sendo julgado, nada obstará que o sistema persecutório brasileiro inicie e busque, através do devido processo legal, imputar a responsabilidade penal do agente de acordo com o seu ordenamento jurídico. Contudo,

ocorrendo o fenômeno do trânsito em julgado, cessa para o Estado brasileiro a sua competência penal.

Portanto, a inconstitucionalidade que incide sobre o artigo 7º, §1º do CP é parcial, e não total, no sentido de que, enquanto não ocorrer a coisa julgada, remanesce legítima a competência penal persecutória do Estado brasileiro, legitimidade, no entanto, que deixa de ser válidamente exercível com o trânsito em julgado da decisão condenatória ou absolutória no Estado em que primeiro exercer a persecução penal em face do fato. Quanto ao artigo 8º do CP, a inconstitucionalidade é total, na medida em que não se há de confundir a atenuação ou a compensação de penas ali descrito com a figura da detração penal prevista no artigo 42 do CP, cuja previsão engloba tanto as hipóteses de prisão provisória no Brasil como no exterior.

VII. Referências

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**, vol. II, 3 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008.

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.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos**, *in* Arquivos do Ministério da Justiça, ano 46, n. 12, jul.-dez. 1993.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na nova Constituição do Brasil**, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

Código Penal.

Código Penal Militar.

Constituição da República Federativa do Brasil de 05/10/1988 (com EC 70/2010).

Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

Convenção das Nações Unidas contra Corrupção.

Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961.

Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963.

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969.

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986.

Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994.

Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo.

Declaração Americana de Direitos Humanos de 1969.

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

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: a vontade de saber**, trad. M^a T. da Costa Albuquerque, 16 ed., Rio de Janeiro: Graal, 1988.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Yerodia Case, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>. Acessado em 25/07/2012, às 10:00:00.

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

_____. **O princípio *ne bis in idem* no Direito Penal Internacional**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, n. 4, 2003, pp. 91-122.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **O objeto do Direito Penal Internacional e sua mais recente evolução**, trad. Nilo Batista, *in* Revista de Penal n. 6, Rio de Janeiro: Borsoi, abril/junho de 1972, pp. 7-20.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão Civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: de acordo com o Novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002)**, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **O § 2º do art. 5º da Constituição Federal**, *in* TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Curso de direito internacional público**, vol. 2, 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** parte geral e especial, 2 ed., São Paulo: RT, 2006.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**, trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: SAFE, 1989.

PEREIRA, Vany Leston Pessyone. **Os direitos humanos na Corte Interamericana:** o despertar de uma consciência jurídica universal. **Revista Liberdades**, n. 2, São Paulo: IBCCRIM, setembro-dezembro/2009, p. 35.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. **Direito Internacional Penal:** imunidades e anistias, São Paulo: Manole, 2012.

PIOVEZAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público:** curso elementar, 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal:** parte geral, Elsevier: Rio de Janeiro, 2012, p. 66.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Civil Originária**, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 15-3-2012, Plenário, DJ de 28-5-2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental em Mandado de Injunção 772/RJ**, Ministro Relator

Celso de Mello, Plenário, julgado em 24/10/2007, DJ 20/03/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 513.044/SP**, Ministro Relator Carlos Velloso, 2ª Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 08/04/2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1074**, Min. Rel. Celso de Mello, Plenário, DJE 13/06/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 524**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31-10-1989, Plenário, DJ de 08/03/1991.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 91361/SP**, Ministro Relator Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 23/09/2008, DJ 06/02/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 94695/RS**, Ministro Relator Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 23/09/2008, DJ 06/02/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 102.094-MC**, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 01/07/2010, DJ de 2-8-2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 104410**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 06/03/2012, 2ª Turma, DJ de 27/0/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 56.398-8/SP**, 2ª Turma, Min. Relator Djaci Falcão, julgado em 08/08/1978, DJ 15/09/1978.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 86.609-9/MS**, 1ª Turma, Min. Relatora Carmen Lúcia, julgado em 22/05/2007, DJ 03/08/2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480/DF**, Ministro Relator Celso de Mello, Plenário, Julgado em 04/09/1997, DJ 18/05/2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 253.071/GO**, Ministro Relator Moreira Alves, Plenário, julgado em 29/05/2001, DJ 26/06/2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 466343/SP**, Ministro Relator Cezar Peluso, Plenário, julgado em 03/12/1998, DJ 05/06/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 80004/SE**, Pleno, Relator para o Acórdão Min. Cunha Peixoto, Plenário, 01/06/1977, DJ 29/12/1977.

SURLAN, Tijana. ***Ne bis in idem* in conjunction with the Principle of Complementarity in the Rome Statute.** Disponível em http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Surlan_800.pdf. Acessado em 01/07/2012, às 12:00:00.

Capítulo 6

A jurisdição penal universal nos sistemas brasileiro e espanhol: um estudo de direito penal comparado

I. Introdução

O interesse por comparar o tratamento dado ao princípio da jurisdição universal, também denominada de justiça cosmopolita, nos sistemas brasileiro e espanhol decorreu, de uma banda, dos estudos que estamos desenvolvendo em Direito Penal Internacional, e de outra banda, a proximidade que existe entre os referidos sistemas jurídicos, uma vez que:

- a) os sistemas jurídicos brasileiro e espanhol estão situados na família do sistema romano-germânico;
- b) já no âmbito do Direito Penal, mais especificamente no que diz respeito ao aspecto dogmático-doutrinário, ambos os sistemas estão situados naquilo que Claus Roxin denominará de “[...] círculo católico-românico que compreenderia Espanha, Portugal, Itália e América Latina [...] de influência da dogmática penal alemã”²⁹⁸. Em outros termos, estes sistemas penais, ao menos em nível teórico-dogmático, têm como principal influência a doutrina germânica em Direito Penal, muitas das vezes reproduzindo,

²⁹⁸ Esta delimitação de influência da dogmática penal germânica foi elaborada por Claus Roxin, *apud* 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, p. 60.

acriticamente, problemas e soluções que não dizem respeito à realidade social dessas sociedades;

c) por fim, no campo político-jurídico constitucional, os dois sistemas constitucionais estão situados naquilo que se tem denominado de constitucionalismo de transição, isto é, o modelo político-constitucional de pactos e consensos entre os diversos grupos políticos existentes na sociedade no qual se estabelece um regime constitucional democrático em substituição ao regime autocrático ou totalitário em vigor, constitucionalismo dos quais o Brasil e a Espanha são exemplos claros. Nesse modelo, como regra, são adotadas as leis de anistia em relação às violações aos direitos humanos que tenham sido cometidas durante o período ditatorial, buscando-se, com a nova ordem constitucional, instituir um sistema jurídico caracterizado pelo respeito aos direitos humanos, adotando-se, como consequência, alguns institutos internacionais destinados à asseguaração dos mesmos, no qual se situa, como um dos principais, o princípio da jurisdição universal.

Mas, em que consiste o princípio da jurisdição universal? Qual a sua função no que diz respeito à persecução das mais graves formas de violação dos direitos humanos?

II. Conceito e função do instituto da jurisdição penal universal

Para o direito interno, a expressão jurisdição designa uma das funções de soberania do Estado – o poder judiciário – que tem por tarefa preponderante a solução de conflitos de interesses (*lide*). No direito internacional, entretanto, este conceito identifica o conjunto de competências internacionais que os Estados detêm enquanto entes soberanos, ou em outras palavras, jurisdição é a face

concreta daquilo que abstratamente a doutrina jurídica denominará de soberania²⁹⁹.

Internacionalmente, a jurisdição estatal está dividida em três categorias distintas: a) prescritiva: que é o poder de legislar; b) adjudicativa: que é o poder de impor, por sua própria autoridade, o cumprimento de sua legislação; e c) executória: o poder de governar e sancionar juridicamente aqueles comportamentos que tenham violado a uma sua norma.³⁰⁰

Ao se referir, portanto, à jurisdição penal do Estado, faz-se referência à competência internacional que os Estados detêm para, no âmbito interno, legislar, perseguir e punir àqueles que tenham violado às suas normas penais. Em se tratando de jurisdição universal, é a competência para legislar, perseguir e julgar aqueles que tenham cometido crimes internacionais fora das fronteiras do Estado competente. Trata-se, portanto, de uma forma específica de manifestação da jurisdição penal extraterritorial. Nesse sentido afirma Maria Teresa Comellas Aguirrezábal,

[...] 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

²⁹⁹ JANKOV, Fernanda F. F. **Direito internacional penal**: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 66-70.

³⁰⁰ JANKOV, **Direito internacional penal**..., pp. 71-83.

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* (grifos no original)³⁰¹.

Em que consiste, no entanto, a expressão crimes internacionais? De regra, serão crimes internacionais todos aqueles ilícitos que tenham sido previstos em tratados internacionais em matéria penal. Como dito em outra oportunidade³⁰²:

No que respeita à expansão esta 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 internacionais, 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 Bassiouni, buscando sistematizar estas diversas categorias de crimes internacionais a partir dos bens jurídicos tutelados (*ratione materiae*), forjou uma classificação quadripartida assim constituída:

A) **Proteção à paz e segurança internacionais:**

³⁰¹ AGUIRREZÁBAL, Maria Teresa Comellas. **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, vol 26, 2010, p. 67.

³⁰² DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Extensão e fragmentação no contexto da jurisdição penal internacional**, Porto Velho, 2015 [s.l.; s.i].

- Crime de Agressão.

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

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

Este caráter internacional do Direito Penal caracteriza-se, conforme Carlos Eduardo Adriano Japiassú, por aquilo que ele denomina de internacionalização do direito penal, gizado, de um lado, pela preocupação que a sociedade internacional tem despendido em face do fenômeno macrocriminal, e de outro lado, pela assunção de obrigações internacionais pelos Estados signatários dos tratados internacionais em direito penal de cooperarem internacionalmente para o seu enfrentamento, seja através de da tipificação criminal em seus ordenamentos jurídicos, seja através da cooperação internacional policial e judiciária.³⁰³

Nesse sentido, o princípio da jurisdição penal universal se caracteriza, funcionalmente, como um importante instrumento para a persecução dos crimes internacionais, uma vez que os Estados, ao assumirem a obrigação internacional presente em um tratado

³⁰³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**: a internacionalização do direito penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, *passim*.

internacional de persecução e/ou cooperação internacional em relação a estes ilícitos, têm como meta, de um lado, diminuir o que Kai Ambos denomina de lacuna da impunidade fática, e de outro lado, cooperarem internacionalmente na debelação de fenômenos macrocriminais.³⁰⁴

III. A jurisdição universal no sistema brasileiro

Sobre as hipóteses de competência penal previstas no ordenamento jurídico brasileiro, nos reportamos ao que já foi apresentado no Capítulo 5.

A jurisdição universal é prevista, no ordenamento jurídico brasileiro, entre as hipóteses de extraterritorialidade da jurisdição penal, nos termos do 7º do CP, dispositivo legal que fixa as regras de conexão aplicáveis ao conflito interespacial de normas em matéria de direito penal³⁰⁵. Entende-se por extraterritorialidade a fixação de competência penal para o Estado perseguir aos autores de delitos que tenham sido praticados fora de seu território. Esta modalidade de competência penal tem duas fontes diversas de fixação: a) através da própria legislação penal do Estado, como é o caso do artigo 7º do CP. Trata-se, a rigor, de autoatribuição de competência, pela qual o Estado, no exercício de sua soberania legiferante fixa para si a competência persecutória em relação a determinados delitos; e b) pela assunção de obrigações internacionais de perseguir ilícitos especialmente graves para a Sociedade Internacional e que tenham sido praticados: i) por nacionais ou

³⁰⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, vol. 2, 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 976.

³⁰⁵ “As regras de conexão são as normas estatuídas pelo D.I.P. que indicam o direito aplicável às diversas situações jurídicas conectadas a mais de um sistema legal”. DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral, 6 ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 289.

estrangeiros residentes do Estado em território de outro Estado ou em domínio internacional, e ii) por estrangeiros que tenham praticado delitos especialmente graves (crimes internacionais propriamente ditos) onde quer que tenham sido cometidos. Estas duas últimas hipóteses abarcam o conceito de jurisdição universal, um dos principais institutos do Direito Penal Internacional, funcionalmente destinado à persecução penal contra as grave violações aos Direitos Humanos.

As regras de conexão previstas no artigo 7º do CP são as seguintes:

- a) **Princípio da proteção ou defesa:** artigo 7º, I, a, b e c c/c II, § 3º do CP – (I, a) crimes contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; (I, b) crimes contra o patrimônio da União ou a fé pública do Distrito Federal, Estado, Território ou Município, empresa pública ou de economia mista, autarquia ou fundação pública, (I, c) crime contra a administração pública por quem esteja a seu serviço, e (II, §3º) crime cometido no exterior por estrangeiro contra brasileiro;
- b) **Princípio da justiça universal ou cosmopolita:** artigo 7º, I, c e 7, II, a – crime de genocídio, quando o agente for brasileiro ou residente no país, ou aqueles que o Estado brasileiro se obrigou a reprimir em razão de Tratado Internacional;
- c) **Princípio da nacionalidade ou da personalidade:** artigo 7º, II, b – crimes praticados por brasileiro no estrangeiro, e que não tenham sido objeto de persecução penal;
- d) **Princípio da representação:** artigo 7º, II, c – crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações

privadas de pavilhão brasileiro em território estrangeiro e que não tenham sido objeto de persecução penal.

São duas as hipóteses de extraterritorialidade previstas no artigo 7º do CP. A primeira, prevista no inciso I, trata da extraterritorialidade incondicionada, assim denominada em razão de o legislador brasileiro não prever qualquer condição prévia de caráter substancial (v.g., dupla tipicidade) ou de caráter fático (v.g., a entrada do autor do delito em território nacional) para que o Estado brasileiro possa iniciar a persecução penal.

A segunda hipótese de extraterritorialidade é a prevista no inciso II, denominada de extraterritorialidade condicionada. É condicionada porque a lei brasileira somente será aplicada se se concretizarem as exigências estabelecidas nos §§ 2º e 3º, a e b do artigo 7º. Nestas hipóteses, a saber, crimes que, por tratado internacional o Estado brasileiro se tenha obrigado a reprimir, ou que tenham sido praticados por brasileiro no estrangeiro ou a bordo de aeronaves ou embarcações de pavilhão nacional de natureza privada em território estrangeiro, e que ali não tenham sido julgados, bem como por estrangeiro contra brasileiro no exterior, a jurisdição penal brasileira somente será exercida: a) se o agente ingressar no território nacional, b) ocorrer o fenômeno da dupla tipicidade³⁰⁶, c) estar o crime

³⁰⁶ Segundo a jurisprudência do STF: “O postulado da dupla tipicidade – por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição – impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente [...] O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos elementos estruturantes do tipo penal (*essentialia delicti*), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1074**, Min. Rel. Celso de Mello, Plenário, DJE 13/06/2008.

incluído entre aqueles para o qual o ordenamento brasileiro admite extradição (cláusula de exclusão do artigo 5º, inciso LII da CRFB/88, a saber, a inextraditabilidade pela prática de crimes políticos ou de opinião³⁰⁷) e d) a incoerência de condenação e cumprimento de pena pelo crime que se pretende perseguir no estrangeiro, bem como não ter havido perdão ou extinção da punibilidade. Com relação à hipótese do §3º, se somam àquelas condições outras mais: a) que não tenha sido pedida ou que tenha sido negada extradição formulada pelo governo brasileiro e b) ter sido requisitado pelo Ministro da Justiça.

Como se vê, a jurisdição universal no ordenamento jurídico brasileiro recebe um duplo tratamento. Nos termos do artigo 7º, I, c do CP, o crime de genocídio que tenha sido praticado por brasileiro ou por estrangeiro domiciliado no Brasil está submetido à regra da incondicionalidade da jurisdição penal extraterritorial brasileira, vale dizer, o Estado brasileiro será competente para iniciar a persecução penal, independentemente do local em que a conduta tenha sido praticada.

No que concerne, entretanto, aos demais crimes internacionais, o Brasil somente exercerá a sua jurisdição penal caso sejam preenchidas aquelas condições estabelecidas nos §§2º e 3º do artigo 7º, inciso II do CP, dentre as quais se destacam o ingresso do acusado em território nacional e a exigência da dupla tipicidade. Com relação à primeira exigência, ela é condizente com a decisão

³⁰⁷ "A inextraditabilidade de estrangeiros por delitos políticos ou de opinião reflete, em nosso sistema jurídico, uma tradição constitucional republicana. Dela emerge, em favor dos súditos estrangeiros, um direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado e de cogência inquestionável. Há, no preceito normativo que consagra esse favor *constitutionis*, uma insuperável limitação jurídica ao poder de extraditar do Estado brasileiro". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição** 524, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31-10-1989, Plenário, DJ de 08/03/1991.

da CIJ no caso *Yerodia*, que julgou incompatível com o Direito Internacional o exercício da jurisdição universal *in absentia* e sem que exista pelo menos uma regra de conexão a estabelecer um liame entre o sujeito e o Estado, limitando, nesse sentido, a possibilidade de exercício da jurisdição universal para a necessidade de haver um elemento mínimo a suscitar o interesse estatal na persecução penal³⁰⁸.

Já que no que diz respeito à exigência da dupla tipicidade, o maior problema que se vislumbra em relação ao exercício da jurisdição universal em relação aos demais *core crimes* decorre do fato de o Brasil não ter ainda, apesar de decorridos treze anos desde a ratificação do ETPI, tipificado os crimes de agressão, de guerra e contra a humanidade em seu ordenamento jurídico, muito embora existam diversos projetos de lei nesse sentido (v.g., o PL 4038/2008 e o malfadado projeto do novo Código Penal, PLS 236/2012).

Essa situação é, para dizer o mínimo, esdrúxula, considerando-se, de um lado, o inadimplemento do dever de legislar assumido pelo Estado brasileiro quando da ratificação do ETPI e outros Tratados Internacionais pertinentes à temática (v.g., a CIPTPCDF), e de outro lado, as pretensões de inserção nos fóruns internacionais que o Brasil almeja conquistar.

Conforme afirma Renata Rossini Fasano³⁰⁹, “[...] percebe-se que, quando investigam a posição do Brasil quanto à punição de responsáveis pelo cometimento de crimes internacionais contra os direitos humanos, os acadêmicos tendem a caracterizar a postura do país, devido ao seu passado ditatorial, como indulgente”, muito embora

³⁰⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Yerodia Case*, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>. Acessado em 25/07/2012, às 10:00:00.

³⁰⁹ FASANO, Renata Rossini. **A competência repressiva universal no Direito Penal Internacional**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2011, pp. 159-162.

o Estado brasileiro venha assumindo uma posição favorável ao exercício da jurisdição internacional nos foros internacionais.

Nesse sentido, enquanto o Brasil não tipificar os crimes internacionais acima mencionados, ele não poderá exercer a jurisdição universal em relação àqueles que tenham praticados, v.g., crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou o desaparecimento forçado de pessoas, já que estes ilícitos, com as suas especificidades e as necessárias garantias constitucional-penais, não estão tipificado no ordenamento jurídico brasileiro a não se na forma de crimes comuns.

No que toca, entretanto, aos demais crimes internacionais, colhe-se no STF uma única decisão em que se reconhece a legitimidade da jurisdição universal. Trata-se do caso de pedido de extradição feita pela Áustria em relação a um seu nacional, acusado naquele país de tráfico internacional de drogas.

Conforme decidiu o STF:

E M E N T A: EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - PRESSUPOSTOS DE EXTRADITABILIDADE ATENDIDOS - CONDIÇÕES LEGAIS PREENCHIDAS - APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA LEI PENAL AUSTRIACA AOS FATOS ENSEJADORES DA EXTRADIÇÃO (IMPORÇÃO DE COCAÍNA DA COLÔMBIA PARA O BRASIL, COM O OBJETIVO DE INTRODUIZÍ-LA EM TERRITÓRIO AUSTRIACO) - POSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA, NO CASO, DO PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE ATIVA (A NACIONALIDADE AUSTRIACA DO EXTRADITANDO COMO ELEMENTO DE CONEXÃO) - AUSÊNCIA, NO BRASIL, DE PROCEDIMENTO DE

PERSECUÇÃO PENAL INSTAURADO, CONTRA O EXTRADITANDO, EM RAZÃO DOS MESMOS FATOS - AFASTAMENTO, EM TAL HIPÓTESE, DO CARÁTER PREVALENTE DA JURISDIÇÃO PENAL BRASILEIRA - CONSEQUENTE INEXISTÊNCIA DE CONCURSO DE JURISDIÇÕES PENAS ENTRE O BRASIL E A ÁUSTRIA - VIABILIDADE DE ACOLHIMENTO, EM TAL SITUAÇÃO, DO PLEITO EXTRADICIONAL - CONVENÇÃO ÚNICA DE NOVA YORK, NA VERSÃO DO PROTOCOLO DE REVISÃO DE GENEVRA (1972) - LEGITIMIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PELO ESTADO AUSTRIACO - PRINCÍPIO DA JUSTIÇA UNIVERSAL - A NECESSIDADE DE EFETIVA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA REPRESSÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES - MODELO EXTRADICIONAL VIGENTE NO BRASIL - SISTEMA DE CONTENCIOSIDADE LIMITADA - IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO OU DE REAPRECIÇÃO DO MÉRITO DA ACUSAÇÃO PENAL OU DA CONDENAÇÃO CRIMINAL EMANADAS DO ESTADO ESTRANGEIRO - EXTRADIÇÃO DEFERIDA.³¹⁰

Conforme se depreende do julgado supra, o princípio da justiça universal em face aos crimes internacionais foi reconhecido como legítimo perante o ordenamento jurídico brasileiro, ao menos no que diz respeito ao seu exercício por outros Estados.

³¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 658**, Rel. Min. Celso Melo, Tribunal Pleno, DJE 216, 14/11/2008.

IV. A jurisdição universal no sistema espanhol

Assim como na legislação brasileira, a espanhola estabelece a competência penal de seus tribunais penais a partir de dois critérios, o territorial e o extraterritorial. O que a diferencia do regime jurídico brasileiro, no entanto, é a fonte de fixação dessa competência. No Brasil, como visto, a competência é prevista no Código Penal. Na Espanha, na LOPJE.

A competência territorial espanhola está prevista no artigo 23.1 da LOPJE, segundo a qual: “[...] os julgados e tribunais espanhóis conhecem das causas por delitos e faltas cometidos no território espanhol [ou] cometidos a bordo de navios ou aeronaves espanholas, sem prejuízo do previsto nos tratados internacionais de que a Espanha faça parte”.

Conforme se pode observar, aplica-se o mesmo critério estabelecido pelo código penal brasileiro no artigo 5º do CP.

Já a competência extraterritorial está prevista no artigo 23, §§ 2º a 4º. Nos §§ 2º e 3º a LOPJE prevê, respectivamente, as hipóteses de extraterritorialidade orientada pelo princípio da personalidade ativa (crimes cometidos por espanhóis natos ou naturalizados fora do território espanhol) e pelo princípio da proteção (bens ou interesses inerentes à soberania espanhola). Já o artigo 23.4 prevê a hipótese de extraterritorialidade orientada pelo princípio da justiça universal.

Pois bem. Diversamente do que ocorre com o Brasil, em que o princípio ora em estudo não alcançou concretização na prática jurisdicional, a Espanha é o país no qual o mesmo foi posto em execução pela primeira vez – caso Pinochet –, desencadeando, desde então, um enorme debate naquele país acerca da amplitude e necessidade de restrições ao seu exercício.

Com efeito, é possível demarcar o estado da arte da jurisdição universal no sistema espanhol a partir de três fases:

1) a primeira se inicia com a promulgação, em 1985, da LOPJE, que em seu artigo 23.4, atribuía à jurisdição espanhola a competência para exercer a persecução penal dos crimes internacionais de forma irrestrita – princípio da jurisdição universal absoluta -, isto é, sem a necessidade de que houvesse qualquer regra de conexão entre o fato (personalidade ativa ou passiva, bem jurídico etc) e o exercício da jurisdição espanhola³¹¹. Conforme Fernanda Jankov, o critério seria a incriminação internacional da conduta combinada com a assunção da obrigação internacional de persecução criminal.³¹² Contudo, apesar de sua previsão formal, não houve efetivo exercício por parte do poder judiciário espanhol em relação aos *core crimes*, restringindo-se quase que ao crime de tráfico internacional de drogas³¹³;

2) a segunda fase se origina com o caso Pinochet. Em julho de 1996 a *Unión Progresista de Fiscales de España* denunciou o ex-presidente chileno Augusto Pinochet da prática de genocídio, terrorismo e tortura no período de duração da ditadura civil-militar chilena (1973-1989) através de uma ação popular³¹⁴. Em 15 de setembro de 1998, a Corte Central de Investigação Penal julgou procedente o pedido de persecução penal, emitindo um mandado de prisão

³¹¹ Os crimes arrolados originalmente pelo artigo 23.4 da LOPJE eram os seguintes: genocídio, terrorismo, pirataria e apoderamento ilícito de aeronaves, falsificação de moeda estrangeira, crimes relativos à exploração sexual, tráfico ilegal de drogas e qualquer outro crime que, por Tratado, a Espanha tivesse se obrigado a reprimir, incluídos os *core crimes*.

³¹² JANKOV, **Direito internacional penal...**, pp. 131-132.

³¹³ AGUIRREZÁBAL, **La jurisdicción universal en España...**, p. 93.

³¹⁴ Trata-se de instituto de caráter processual pela qual, nos termos do Artigo 125 da Constituição da Espanha “Os cidadãos poderão exercer a ação popular e participar da Administração da Justiça mediante a instituição do Júri, na forma e em relação aos processos penais que a lei determine, bem como nos Tribunais consuetudinários e tradicionais”.

internacional, bem como determinou que o Estado espanhol solicitasse do Reino Unido a extradição do acusado, que ali se encontrava para tratamento de saúde. Houve apelação pelo Ministério Público espanhol contra esta decisão, sob a alegação de que a Espanha não teria competência para julgá-lo, bem como a inoportunidade do crime de genocídio, tendo sido o recurso julgado improcedente pela Divisão Criminal da Audiência Nacional em 05 de novembro de 1998. O Reino Unido cumpriu a ordem de prisão internacional contra Pinochet, ocasionando naquele país uma série de recursos judiciais que desaguou na famosa decisão da *House of Lords* em 1999, pela qual a mais alta corte inglesa não somente reconheceu a legitimidade da jurisdição universal, como também concedeu a extradição solicitada pela Espanha³¹⁵. Posteriormente, entretanto, a extradição deixou de ser executada por motivos humanitários.

Este caso suscitou um verdadeiro ativismo judicial na Espanha, levando-a a iniciar uma série de ações penais fundadas no princípio da justiça universal contra diversas pessoas que até certo momento exerceram o poder político em seus respectivos países e eram acusados de cometerem ou permitirem que se cometessem crimes violadores aos direitos humanos.

Dentre os diversos casos, destacam-se os seguintes:

a) Caso Guatemala (ou Genocídio Maia), cujo julgado no Tribunal Superior de Justiça Espanhol (órgão equivalente ao STJ no Brasil, já que as causas constitucionais naquele país são de competência exclusiva da Corte Constitucional) através do recurso STS 327/2003, levou este órgão a

³¹⁵ UNITED KINGDOM. HOUSE OF LORDS. **Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet.** Disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino01.htm>, acessado em 10/01/2009, às 15:00:00.

considerar a jurisdição espanhola incompetente para julgar os crimes de lesa humanidade praticados na Guatemala durante os anos de 1978/1986. A causa foi inicialmente proposta pela Prêmio Nobel da Paz Rigoberta Menchú Tum e outras associações. Contudo, através de um Juízo de Amparo, o Tribunal Constitucional da Espanha, através da Sentença STC 237/2005, considerou que a decisão acima referida do TSJ violara, dentre outros, os direitos fundamentais ao acesso à justiça, entendendo que o exercício da jurisdição universal pela Espanha era condizente com as suas obrigações internacionais.

b) Caso Perú, sentença STS 712/2003, pela qual se julgou procedente o exercício da jurisdição penal espanhola em relação aos crimes contra a humanidade praticados no Peru;

c) Caso Chile, sentença STS 319/2004, que também julgou procedente o exercício da jurisdição espanhola em relação aos crimes praticados no Chile durante os anos da ditadura Pinochet.

Cándido Conde-Pumpido³¹⁶, promotor público perante a Audiência Nacional, assim resumiu o entendimento do poder judiciário espanhol em relação à justiça universal, anterior, entretanto à terceira fase, que será vista logo abaixo:

1º. Hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un

³¹⁶ CÓNDE-PUMPIDO, Cándido. **La justicia universal en la jurisdicción española**. Revista Persona e Derecho, vol. 51, Universidad de Navarra, 2004, pp. 67-68.

punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción.

2°. En el arto VIII del Convenio contra el genocidio se establece que cada parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de actos de genocidio, como ha ocurrido con la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

3°. El principio de no intervención en asuntos de otros Estados (art. 27 de la Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional; y, a este respecto, resulta significativo que el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, no permite a la Corte Penal Internacional declarar su competencia más que en aquellos casos en que, bien el Estado del lugar de comisión o bien el de la nacionalidad del autor, sean parte del tratado y hayan reconocido así la competencia de la Corte.

4°. En los Tratados Internacionales relativos a estas materias se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda su extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de estos Tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación

interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado.

En esta misma línea, y según se establece en el art. 23.4.g) LOPJ, la jurisdicción española será competente para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, tipificados penalmente, cuando según los Tratados o Convenios internacionales deban ser perseguidos en España.

3) a terceira fase se inicia com as duas reformas da LOPJE em 2009/2014, através das quais, além de se efetuarem várias modificações no sistema judiciário espanhol, também se alterou a redação originária do 23.4, de forma a se restringir, cada vez mais, o exercício da jurisdição universal pelos juízes espanhóis.

Foram várias as causas dessa alteração, dentre as quais se destacam³¹⁷:

a) o ativismo judicial dos juízes espanhóis passou a causar sérios conflitos diplomáticos entre a Espanha³¹⁸ e os Estados que tiveram seus ex-governantes ou atuais submetidos à perseguição penal. Destacam-se, nesse sentido, os casos Guantánamo³¹⁹ e Tíbet³²⁰, pelos quais juízes

³¹⁷ AGUIRREZÁBAL, **La jurisdicción universal en España...**, pp. 91-93.

³¹⁸ EL PAÍS. **La diplomacia amordazó a la justicia**. Disponível em http://elpais.com/diario/2009/02/16/espana/1234738812_850215.html, acessado em 16/02/2009, às 11:45:00.

³¹⁹ EL PAÍS. Garzón abre un nuevo proceso contra los torturadores e instigadores de Guantánamo. Disponível em http://elpais.com/diario/2009/04/30/espana/1241042402_850215.html, acessado em 30/04/2009, às 07:15:00.

³²⁰ EL PAÍS. España investiga los crímenes de Tíbet. Disponível em http://elpais.com/diario/2008/08/06/espana/1217973602_850215.html, acessado em 06/08/2008, às 10:22:00; *Idem*. Pekín convoca al embajador español para quejarse de las imputaciones de genocidio. Disponível em http://elpais.com/diario/2006/06/09/espana/1149804016_850215.html

espanhóis iniciaram procedimentos persecutórios contra o Presidente George Bush e o Vice-Presidente Dick Cheney, bem como contra os dirigentes do governo da China, respectivamente, pelos crimes contra a humanidade praticados naqueles contextos;

b) uma clara divisão tanto dentro do poder judiciário espanhol como em seu Parlamento entre detratores e apoiadores do exercício efetivo da jurisdição universal. Nesse sentido, e em razão dos já mencionados conflitos diplomáticos acima reportados, o governo socialista de José Luiz Zapatero compôs politicamente com o Partido Popular (de direita) para reformarem o dispositivo da LOPJE³²¹, de forma a restringir o alcance da jurisdição universal pela Espanha³²². Já em 2014, estando o Partido Popular no poder, a LOPJE foi novamente modificada para se restringir o exercício da jurisdição universal; tendo o PP maioria no Parlamento, a alteração foi aprovada sem a participação das demais agremiações partidárias que a compunham.³²³

c) influenciou sobremaneira na reforma a já mencionada decisão no caso *Yerodia* pela CIJ que, dentre

ml, acessado em 06/06/2006, às 38:45:00. *Ibidem*. Pedraz imputa 203 muertes em Tíbet a tres ministros chinos. Disponível em http://elpais.com/diario/2009/05/06/espana/1241560820_850215.html, acessado em 06/05/2009, às 22:15:00.

³²¹ EL PAÍS. **Los socialistas y la derecha limitam la justicia universal.** Disponível em http://elpais.com/diario/2009/06/26/espana/1245967206_850215.html, acessado em 26/06/2009, às 17:10:00.

³²² EL PAÍS. **Las Cortes recortan la jurisdicción universal.** Disponível em http://elpais.com/diario/2009/10/16/espana/1255644009_850215.html, acessado em 16/10/2009, às 08:00:00.

³²³ EL MUNDO. **El Congreso aprueba, con los únicos votos del PP, la reforma que limita la justicia universal.** Disponível em <http://www.elmundo.es/espana/2014/02/27/530f4f43e2704e962f8b4572.html>, acessado em 24/02/2014, às 09:00.

outros temas, entendeu que tanto a jurisdição universal *in absentia*, isto é, sem a presença do acusado no Estado processante, bem como a inafastabilidade das imunidades diplomáticas mesmo em caso de crimes internacionais, obstam o exercício da jurisdição universal. É importante frisar, no entanto, que pela decisão da Corte, as imunidades não são *ratione personam*, mas *ratione officium*, vale dizer, as imunidades diplomáticas valem enquanto o sujeito estiver no exercício da função – diplomática, chefia do Estado ou de Governo etc -. Cessado o seu exercício, ou tendo o Estado renunciado à imunidade internacional, nada obsta que ele seja acusado por fatos praticados no curso da função.

Desta sorte, com a nova redação dada ao Artigo 23.4 da LOPJE³²⁴, a jurisdição universal na Espanha ficou condicionada ao preenchimento alternativo das regras de conexão da personalidade passiva, estar o acusado no

³²⁴ “23.4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio y lesa humanidad. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces. e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores. g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España. Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”

território espanhol, ou se no exterior, ser passível de extradição, um vínculo mínimo de interesse do Estado espanhol, dentre outros.

Como efeito prático dessa alteração legislativa, os dois casos acima mencionados – Guantanamo³²⁵ e Tibete³²⁶ - foram arquivados por não se ter comprovado um interesse mínimo de Espanha persegui-los.

V. Conclusões

A comparação acerca do tratamento dado pelos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol sobre o princípio da jurisdição universal nos permite formular as seguintes conclusões:

- a) ambos sistemas jurídicos estão, juridicamente, aptos a exercerem a persecução penal em relação aos acusados de praticarem crimes internacionais. A distinção que cabe frisar, e impede, no caso do Brasil, o seu efetivo exercício, se prende, de um lado, à pouca (ou nenhuma) experiência prática na persecução desses crimes, por razões de caráter histórico e técnico, resultando a de maior vulto da atipicidade de muitas condutas caracterizadas como *core crimes* no sistema penal brasileiro;
- b) de outro lado, a experiência espanhola em sua segunda fase é importante para indicar um caminho a não ser

³²⁵ EL PAÍS. **El fiscal rechaza investigar Guantánamo tras hablar con la EEUU.** Disponível em http://elpais.com/diario/2009/04/18/espana/1240005604_850215.html, acessado em 18/04/2009, às 36:45:00

³²⁶ EL PAÍS. **La Audiencia archiva la causa sobre la represión en el Tíbet.** Disponível em http://elpais.com/elpais/2010/10/01/actualidad/1285921035_850215.html, acessado em 01/10/201, às 16:46:00.

seguido pelo Brasil, caso venha, um dia (quem sabe?), a adimplir as suas obrigações internacionais na internalização daquelas condutas. Um puro ativismo, dissociado de uma ponderação quanto à eficácia da persecução e de seus efeitos concretos nas relações entre as nações, mormente por colocar em questão regras fundamentais da convivência entre Estados, como as imunidades diplomáticas, não parece ser o melhor caminho. No caso brasileiro, como a jurisdição universal está condicionada ao ingresso do acusado em território nacional, regra vigente desde 1984, bem como a condicionalidade do exercício de sua jurisdição às regras internacionais, não nos parece crível que o seu exercício venha a cair no ativismo judicial, mormente porque a conformação da jurisdição universal no Brasil é plenamente conforme os limites estabelecidos pela CIJ no caso *Yerodia*;

- c) por fim, é óbvio que a jurisdição universal, se exercida *cum granus salis*, se manifesta como importantíssimo instrumento para a persecução dos mais graves crimes reconhecidos pela sociedade internacional.

Exemplos recentes do exercício regrado dessa forma de competência penal nos demonstram o quanto ela é importante para o enfrentamento da impunidade fática.

Em 2007 encerrou-se na Espanha o julgamento do caso Scilingo, ex-oficial da marinha argentina, acusado de ter praticado crimes contra a humanidade no período da cruelíssima ditadura argentina, mediante a participação nos chamados voos da morte, atos pelos quais a ditadura eliminava os presos políticos lançando-os, vivos, mas dopados, sobre o Oceano Atlântico ou na foz do Rio da Prata. A pena total foi de 1084 anos. O que importa destacar é que o juízo não foi *in absentia*, vez que o acusado se apresentou voluntariamente na Espanha no ano de 1997,

havendo, além disso, nacionais espanhóis entre as vítimas dos referidos atos³²⁷.

Recentemente, a justiça holandesa condenou a ruandesa, naturalizada holandesa, Yvonne Basedya, à pena de 6 anos de reclusão pela prática do crime de incitação ao genocídio durante o grave conflito étnico ocorrido em Ruanda no ano de 1994³²⁸. Basta lembrar que em menos de 100 dias, 800.000 mil pessoas da etnia tutsi e hutus moderados foram mortos por membros da etnia hutu, conflito que até hoje tem causado instabilidade naquela região da África.

Ora, estando Yvonne Basedya em território holandês, tendo sido comprovada a sua participação nos fatos que levaram àquela atrocidade, coube à justiça holandesa, no exercício de sua jurisdição universal, e em processo no qual se observou o devido processo legal, proferir sentença condenatória em face da acusada.

O mesmo ocorreu no mês de fevereiro na Noruega, uma vez tendo sido condenado à pena de 21 anos de reclusão Sadi Budingo, hutu ruandês residente naquele país, contra quem pesava a acusação de haver cometido o crime de genocídio.³²⁹

Estes exemplos, dentre outros, nos demonstra que o exercício racional do princípio da jurisdição universal é um

³²⁷ EL PAÍS. **El Supremo eleva a 1.084 años la pena de Scilingo por crímenes contra la humanidad.** Disponível em http://elpais.com/diario/2007/07/05/espana/1183586418_850215.html, acessado em

³²⁸ EL PAÍS. **Condenada a seis años en Holanda una mujer ruandesa por incitar al genocidio.** Disponível em http://internacional.elpais.com/internacional/2013/03/01/actualidad/1362147873_162792.html, acessado em 01/03/2013, às 09:45:00.

³²⁹ EL PAÍS. **Un tribunal noruego condena a un ruandés a 21 años por el genocidio.** Disponível em http://internacional.elpais.com/internacional/2013/02/14/actualidad/1360869848_341942.html, acessado em 14/02/2013, às 14:00:00.

importante instrumento no enfrentamento da macrocriminalidade política, violadora, em sua essência, aos direitos humanos.

VI. Referências

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**, vol. II, 3 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2010.

AGUIRREZÁBAL, Maria Teresa Comellas. **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, vol 26, 2010.

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.

CÓNDE-PUMPIDO, Cándido. **La justicia universal en la jurisdicción española**. Revista Persona e Derecho, vol. 51, Universidad de Navarra, 2004.

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 a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 04/1989.

Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 348/2008.

Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 231/2003.

Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 769/2005.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Extensão e fragmentação no contexto da jurisdição penal internacional**, Porto Velho, 2015 [s.l.; s.i].

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral, 6 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

EL MUNDO. **El Congreso aprueba, con los únicos votos del PP, la reforma que limita la justicia universal.** Disponível em <http://www.elmundo.es/espana/2014/02/27/530f4f43e2704e962f8b4572.html>, acessado em 24/02/2014, às 09:00.

EL PAÍS. **Condenada a seis años en Holanda una mujer ruandesa por incitar al genocidio.** Disponível em http://internacional.elpais.com/internacional/2013/03/01/actualidad/1362147873_162792.html, acessado em 01/03/2013, às 09:45:00.

EL PAÍS. **El fiscal rechaza investigar Guantánamo tras hablar con la EEUU.** Disponível em http://elpais.com/diario/2009/04/18/espana/1240005604_850215.html, acessado em 18/04/2009, às 36:45:00

EL PAÍS. **El Supremo eleva a 1.084 años la pena de Scilingo por crímenes contra la humanidad.** Disponível em

http://elpais.com/diario/2007/07/05/espana/1183586418_850215.html, acessado em

EL PAÍS. España investiga los crímenes de Tíbet. Disponível em http://elpais.com/diario/2008/08/06/espana/1217973602_850215.html, acessado em 06/08/2008, às 10:22:00;

EL PAÍS. Garzón abre un nuevo proceso contra los torturadores e instigadores de Guantánamo. Disponível em http://elpais.com/diario/2009/04/30/espana/1241042402_850215.html, acessado em 30/04/2009, às 07:15:00.

EL PAÍS. **La Audiencia archiva la causa sobre la represión en el Tíbet.** Disponível em http://elpais.com/elpais/2010/10/01/actualidad/1285921035_850215.html, acessado em 01/10/201, às 16:46:00.

EL PAÍS. **La diplomacia amordazó a la justicia.** Disponível em http://elpais.com/diario/2009/02/16/espana/1234738812_850215.html, acessado em 16/02/2009, às 11:45:00.

EL PAÍS. **Las Cortes recortan la jurisdicción universal.** Disponível em http://elpais.com/diario/2009/10/16/espana/1255644009_850215.html, acessado em 16/10/2009, às 08:00:00.

EL PAÍS. **Los socialistas y la derecha limitam la justicia universal.** Disponível em

http://elpais.com/diario/2009/06/26/espana/1245967206_850215.html, acessado em 26/06/2009, às 17:10:00.

EL PAÍS. Pedraz imputa 203 muertes em Tíbet a tres ministros chinos. Disponível em

http://elpais.com/diario/2009/05/06/espana/1241560820_850215.html, acessado em 06/05/2009, às 22:15:00.

EL PAÍS. Pekín convoca al embajador español para quejarse de las imputaciones de genocidio. Disponível em

http://elpais.com/diario/2006/06/09/espana/1149804016_850215.html, acessado em 06/06/2006, às 38:45:00.

EL PAÍS. **Un tribunal noruego condena a un ruandés a 21 años por el genocidio.** Disponível em

http://internacional.elpais.com/internacional/2013/02/14/actualidad/1360869848_341942.html, acessado em 14/02/2013, às 14:00:00.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 112/2002.

FASANO, Renata Rossini. **A competência repressiva universal no Direito Penal Internacional.**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2011.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Yerodia Case, disponível em <http://www.icj->

cij.org/docket/files/121/7081.pdf. Acessado em 25/07/2012, às 10:00:00.

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.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, vol. 2, 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1074**, Min. Rel. Celso de Mello, Plenário, DJE 13/06/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 524**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31-10-1989, Plenário, DJ de 08/03/1991.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 658**, Rel. Min. Celso Melo, Tribunal Pleno, DJE 216, 14/11/2008.

UNITED KINGDOM. HOUSE OF LORDS. **Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet**. Disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino01.htm>, acessado em 10/01/2009, às 15:00:00.

Capítulo 7

A internacionalização do direito da execução penal: em que(ais) sentido(s)?

I. Esclarecendo o(s) significado(s) da internacionalização direito da execução penal

O tema de cuidamos nesse capítulo é um manifesto problema decorrente 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 ponto de vista prático, por não poucas contradições, e que tendem, se expressadas na forma de uma absolutização dos princípios da segurança ou da liberdade, numa verdadeira aporia. Ora, tanto o direito penal e o direito da execução penal³³⁰ como os direitos humanos, conforme já afirmado em várias passagens do presente livro, 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 internacionalização³³¹.

³³⁰ É interessante observar que, mesmo hoje, a autonomia do direito da execução penal é pouco estudada e abordada pela doutrina.

³³¹ Mesmo porque, não se pode falar propriamente de direito internacional dos direitos humanos antes do surgimento do direito internacional humanitário nas Convenções de Genebra a partir de 1864 e no entre guerras, de algumas normas internacionais de proteção às

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

A hipótese que orienta este trabalho tende a responder afirmativamente à primeira questão. No que concerne à segunda, não resta qualquer dúvida de que esta internacionalização se opera através da busca de uniformização e, majoritariamente pela harmonização³³², como de resto fica evidenciado no disposto nas Regras Mínimas Padrão, adotados pela Resolução 663C (XXIV), do CESONU em 31 de julho de 1957³³³ (!):

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 elas

minorias e a constituição, no Tratado de Versalhes, da Organização Internacional do Trabalho.

³³² Consultar o capítulo 1.

³³³ 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.

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. (grifos nossos)

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, a 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.

II. Internacionalização do Direito da Execução Penal: pistas de sua existência

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 AGONU quer do CESONU, resoluções estas que, no contexto do direito internacional contemporâneo têm o *status* de *soft law*, vale dizer, “[...] regras jurídicas muito flexíveis, que constituiriam conjunto de regras jurídicas de conduta dos Estados, cuja inadimplência seria governada por um sistema de sanções distintas das previstas nas normas tradicionais [...]”³³⁴, 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 [...]”³³⁵.

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 consuetudinário³³⁶ que, com a finalidade de assegurar com

³³⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**, vol. 1, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 127.

³³⁵ WEIL, **Le droit international en quête...**, p. 218.

³³⁶ Não se pode perder de vista que para o direito internacional, diversamente do que acontece nos direitos nacionais, mormente se pertencentes ao sistema romano-germânico, os costumes ainda se

caráter universal (convenções onusianas) ou regional (convenções americanas, europeias e africanas) um conjunto de direitos 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 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 e que, uma vez violadas, sujeitam os seus autores às sanções derivadas do Direito Penal Internacional, seja 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.³³⁷

constituem nas principais e mais importantes fontes de direito (por todos, GUGGENHEIM, Paul. **Contribution a l'histoire des sources du Droit des Gens**, RCADI, vol. 94 (1958-II), p. 36 : « [...] la coutume, au point de vue de la doctrine, est la source originair et la plus importante. C'est d'elle que la seconde des sources, la convention tira sa validité [...] »), donde, por exemplo, a crítica bastante interessante de Prosper Weil àquilo que ele denominou de “*délives et poisons du “tout est coutume”*”, dada a tendência contemporânea em considerar, e.g., resoluções de organizações internacionais, convenções em processo de ratificação, decisões de Cortes Internacionais etc como costumes internacionais não em formação, mas já dados pela prevalência da *opinio juris* em detrimento do *usus*, inclusive com uma estranha teoria do “costume instantâneo”. WEIL, **Le droit international en quête...**, pp. 160-188.

³³⁷ É importante diferenciar as formas de sanções internacionais cabíveis em cada forma de ilícito internacional. Se o direito penal internacional

Este dado emerge de forma bastante evidente no famoso caso Pinochet, julgado pela *House of Lords*³³⁸. 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 LOPJE, 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 extradicional, aduzindo, dentre outros motivos, a natureza *ratione officii* da imunidade internacional dos chefes de Estado³³⁹, a liceidade internacional do princípio da jurisdição

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, pp. 340 e ss).

³³⁸ 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)*.

³³⁹ “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

universal para os crimes internacionais³⁴⁰ e, por fim, que o crime de tortura se consubstancia tem natureza *erga omnes* e de *jus cogens*³⁴¹ nos termos da Convenção contra a Tortura, do costume internacional e dos Estatutos e das decisões dos TPIR e TPIY.

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

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”.

³⁴⁰ “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* [...]”.

³⁴¹ “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””.

expressão de Ronald Dworkin³⁴², do direito como integridade, isto é, uma interpretação/aplicação em que, seja qual for a estrutura jurídico-social de determinada comunidade e a fonte de que emerge o direito violado, no plano da proteção e da eficácia máxima dos direitos humanos impor ao Estado ou a comunidade o dever de atuar enquanto 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 estas 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 indecível*³⁴³.

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:

³⁴² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, trd. Jefferson L. Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 213-269. Para uma interpretação similar no contexto do direito internacional, sem que se faça, por obviedade, uma referência a Ronald Dworkin, PASTOR RIDRUEJO, 1992, pp. 48-68.

³⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **La esfera do indecible y la división de poderes**. Estudios Constitucionales año 6, n. 1, Universidad de Talca, 2008, pp. 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, pp. 169-191.

-
- a) A DUDH/48³⁴⁴, 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;
 - b) O PIDCP/66, que em seus artigos 1º, 7º, 10 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 DSPTPSTOFPTCDD/79, aprovada pela Resolução 3452 (XXX) Assembleia Geral das Nações Unidas, de 09 de dezembro de 1979, cujos artigos 5º e 6º concita aos Estados membros da ONU 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, adotada pela Resolução n. 39/46 da AGONU em 10 de dezembro de 1984, bem como o Protocolo Facultativo à Convenção, adotado

³⁴⁴ É que a DUDH, junto aos PIDCP e PIDSEC, mais os protocolos facultativos a estes pactos, dois deles relativos aos Direitos Civis e Políticos (instituinto o Comitê de Direitos Humanos da ONU e o segundo abolindo a pena de morte) e o outro aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (instituinto o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), se conformam na Carta Internacional dos Direitos Humanos. REPÚBLICA DE PORTUGAL. PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. **Direitos Humanos:** A Carta Internacional de Direitos Humanos, Ficha Informativa n. 02, Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001, 92 pp.

pela AGONU em dezembro de 2002, que institui o SPT, bem como determinou a criação dos Mecanismos Preventivos Nacionais;

- e) A CDC, adotada pela AGONU 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.³⁴⁵

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

Estas 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 da ONU 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 CESONU 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 AGONU concitou os Estados-Membros da ONU a adotarem as medidas necessárias para a adoção dessas regras mínimas, determinando que o CESONU criasse as regras procedimentais para a consecução dessas medidas, o que foi feito através da Resolução n. 198 (XLVII) com a edição do PPIERMPPPTP.

³⁴⁵ 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, pp. 3 *et seq.*

Somam-se a estas 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 CESONU), a Resolução n. 1998/22 do CESONU estabelecendo regras relativas à Situação de Cidadão Estrangeiro em Processos Criminais, bem como o CPPPTISQFDE, por meio da Resolução n. 173 (XLIII), da AGONU.

Embora não se tencione nesse 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 geral³⁴⁶, seja através de remissão direta a um dispositivo ou a uma Convenção³⁴⁷, 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

³⁴⁶ Eis o inteiro teor da Cláusula Geral contida no PPIERMPTP: “Não há nada neste Conjunto de Princípios que deva ser entendido como restritivo ou excludente de qualquer direito definido no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos”.

³⁴⁷ Nesse sentido, o princípio n. 6 do PPIERMPTP, ao vedar a prática da tortura ou penas cruéis, desumanas ou degradantes faz expressão remissão à Declaração e à Convenção das Nações Unidas sobre a tortura.

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 Básicos³⁴⁸ 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.
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

³⁴⁸ Normas e princípios das Nações Unidas..., pp. 46-47.

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 ETPI 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.”

III. Direito da execução penal e direitos humanos: da díade persecução-garantia à tricotomia persecução-garantia-dignidade dos sujeitos encarcerados

Nas oportunidades em que enfrentamos o tema da internacionalização do direito penal, nas quais, mesmo que de passagem, enfrentamos o tema da relação entre direito penal e direitos humanos, buscamos solucionar a tensão discursiva que tende a colocar em polos distintos os dois sistemas normativos na forma de uma exclusão recíproca (uma lógica ou/ou) através da díade persecução-garantia, com a qual tencionamos demonstrar a complementariedade dos dois sistemas.

No mesmo sentido se manifesta Claude Jorda³⁴⁹ ao tratar das relações entre direito penal internacional e direitos

³⁴⁹JORDA, Claude. **Valores comuns da humanidade:** o ponto de vista jurídico, in CASSESSE, Antonio. DELMAS-MARTY, Mireille. **Crimes**

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”³⁵⁰.

Ocorre que esta tríade, 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-se 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 tríade 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. 1³⁵¹ do CPPTISQFDE, previsto nos PIERMPTP: “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”.

internacionais e jurisdições internacionais, trd. Silvio Antunha, Barueri: Manole, 2004, pp. 73-75.

³⁵⁰ JORDA, **Valores comuns da humanidade...**, p. 75.

³⁵¹ **Normas e princípios das Nações Unidas...**, p. 38.

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 DUDH/48, em seus artigos 5º e 7º, a saber: a) artigo 5º: o direito a não submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; e b) artigo 7º: direito à igualdade e à não-discriminação.

Sobre estes dois princípios, Mireille Delmas-Marty³⁵² tece os seguintes comentários, em que se destaca a irrestringibilidade desses direitos:

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 um 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 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

³⁵² DELMAS-MARTY, **Por um direito comum...**, pp. 183-187. No mesmo sentido segue BOBBIO, **A era dos direitos...**, *passim*.

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.

Esta 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 espriarão por campos insuspeitos, como, por exemplo, a liberdade comercial.

Faz-se esta consideração tendo em vista o que foi decidido pelo CE por intermédio do Regulamento (CE) n. 1236, de 27 de junho de 2005, através do qual a UE proibiu aos 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”.³⁵³

³⁵³ 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 – universal³⁵⁴, regionais³⁵⁵ e nacionais³⁵⁶ – 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 estes 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, desempenham relevante papel de expor, em termos técnicos e jurídicos,

³⁵⁴ De caráter universal, destaca-se o SPT, instituído pelo Protocolo Facultativo à Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

³⁵⁵ 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 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.

³⁵⁶ 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.

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 na CIDH, no caso *Ximenes Lopes*³⁵⁷, foi relativa não a seu sistema penitenciário, mas a seu sistema de internação psiquiátrica. Contudo, é importante destacar que este 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. E o mais recente escândalo do sistema prisional brasileiro não diz respeito a um preso portador de doença psíquica que ficou encarcerado após a extinção de sua pena em 1989? Eis o teor da notícia³⁵⁸:

Em 1989, um homem que não teve a identidade revelada deveria ter alcançado a liberdade e saído do sistema prisional brasileiro. No entanto, o detento, encarcerado desde a década de 1960 e com a pena extinta, permanece preso.

O caso foi descoberto pelo Mutirão Carcerário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no Ceará. De acordo com o juiz Paulo Augusto Irion, um dos responsáveis pela operação, este é o “preso mais antigo do país”. “Acho que este ser humano, em uma cadeira de rodas, usando fraldas, deve ser o

³⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas), 106 pp.

³⁵⁸ REVISTA FÓRUM. “**Preso mais antigo do país**” teve pena extinta em 1989 mas segue preso: mutirão carcerário do CNJ descobriu a prisão irregular no Ceará. Disponível em <http://revistaforum.com.br/blog/2013/08/preso-mais-antigo-do-pais-teve-pena-extinta-em-1989-mas-segue-preso/>, acessado em 01/08/2013, às 14:22:00.

preso mais antigo do Brasil, pois a informação é de que ingressou no sistema prisional na década de 60 do século passado”, disse o juiz Paulo Augusto Irion, um dos coordenadores do Mutirão, ao [portal do CNJ](#).

O caso, descoberto no Instituto Psiquiátrico Stenio Gomes (IPGSG), em Itatinga, na grande Fortaleza, não é isolado. Na mesma unidade, foram encontrados outras cinco pessoas que tiveram suas penas extintas, mas que permanecem recolhidas. O IPGSG funciona em um prédio antigo e as condições dos internos são precárias.

Na mesma toada se observa com relação à visita feita pelo CPT, 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 CPT denominou genericamente de “maus-tratos”³⁵⁹. Uma de suas conclusões é bastante significativa³⁶⁰:

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

³⁵⁹ 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).

³⁶⁰ **Relatório sobre a visita...**, pp. 3-4.

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 SIPDH, mais especificamente no âmbito da Relatoria dos Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade da COMIDH, 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 177/00³⁶¹.

Se se computar a estas 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

³⁶¹ Informações extraídas da seguinte fonte: <http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/default.asp>, acessado em 01/08/2013, às 21:12:00.

operações militares, já que os mesmos eram retirados dos cárceres em que se encontravam para prestarem informações durante operações policiais.

IV. Conclusões

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

Para responder a estes questionamentos é preciso socorrer-se da metáfora do copo meio cheio, meio vazio. Para aqueles que se filiam à tese *'nothing Works'*, estes sistemas representam um copo meio ou mesmo totalmente 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 Bobbio, de luta política pela eficácia dos direitos humanos³⁶², estes 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 destas regras sejam, de conformidade com o direito internacional, sancionados.

Com isto quer se 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 radical de uma determinada sociedade da noite para o dia, mas uma aposta na criação de procedimentos, sanções, formas de pressões legítimas, de controle jurídico-político dos comportamentos estatais, ou mesmo sociais, que tendem a violar àquele conjunto de direitos humanos. E

³⁶² BOBBIO, *A era dos direitos...*, pp. 42-44.

estes sistemas são bastante funcionais nesse sentido, na medida em que, hoje em dia, nenhum Estado quer ser acusado, ou mesmo condenado, pela violação a estas regras fundamentais da sociedade internacional.

Em verdade, este 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 este tema em especial, Prosper Weil³⁶³ escreveu algumas linhas celebres, no qual ele enfrenta tanto as teses negacionistas sociológicas como jurídicas:

[...] 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 judicité, 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 trompouse, une, « incitation permanente à l'hipocrisie », 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

³⁶³ WEIL, **Le droit international en quête...**, pp. 43-48.

édicte son 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* ».

Esta 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 Ridruejo³⁶⁴:

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

³⁶⁴ PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público...*, p. 41.

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 saber ser respeitado de modo geral.

Assim, à guisa de conclusão, pode-se afirmar:

1. É válida a afirmação inicial de que o direito da execução penal, assim como o direito penal e os direitos humanos, tem experimentado uma progressiva internacionalização;
2. Esta internacionalização, não podendo se operar pelo critério da unificação, tem observado os procedimentos de uniformização e harmonização;
3. 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;
4. A internacionalização do direito da execução, tendo por princípio fundamental, a asseguuração da dignidade da pessoa encarcerada, tem por princípios regentes o da não discriminação e o da vedação da tortura e das penas e tratamentos desumanos, degradantes e cruéis;
5. Os diversos sistemas internacionais de prevenção à tortura exercem, junto aos mecanismos nacionais – se existentes – um papel fundamental no controle jurídico-

político do cumprimento das diversas normas internacionais que buscam assegurar a dignidade do preso.

V. Referências

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.

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.

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 pénal*, 2007, n^o spécial, pp. 91-94

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), 106 pp.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**, trd. Maria E. de A. P. Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1994.

_____. **Trois défis pour un droit mondial**, Paris: Éditions du Seuil, 1998.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, trd. 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, pp. 169-191.

FERRAJOLI, Luigi. **La esfera do indecible y la división de poderes**. Estudios Constitucionales año 6, n. 1, Universidad de Talca, 2008, pp. 337-343.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GUGGENHEIM, Paul. **Contribution a l'histoire des sources du Droit des Gens**, RCADI, vol. 94, 1958.

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 CASSESSE, Antonio. DELMAS-MARTY, Mireille. **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**, trd. Silvio Antunha, Barueri: Manole, 2004

KOSKENNIEMI, Marti. **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.**

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).**

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. **Guerra ao terror:** da biopolítica à bioguerra, Porto Velho: EDUFRO, 2013.

_____. **Dos crimes internacionais:** o fato punível no Direito Penal Internacional. Uma análise a partir dos crimes contra a humanidade, 2012 [s.l.].

_____. *“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.

_____. **A Internacionalização do Direito Penal:** uma aproximação a partir do crime de lavagem de capitais, 2012 [s.l.].

_____. **A jurisdição penal universal nos sistemas brasileiro e espanhol:** um estudo de direito penal comparado, 2012 [s.l.].

PASTOR RIDRUEJO, Jose Antonio. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**, 4 ed., Madrid: Tecnos, 1992.

REPÚBLICA DE PORTUGAL. PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. **Direitos Humanos:** A Carta Internacional de Direitos Humanos, Ficha Informativa n. 02, Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001.

REVISTA FÓRUM. **“Preso mais antigo do país”** teve pena extinta em 1989 mas segue preso: mutirão carcerário do CNJ descobriu a prisão irregular no Ceará. Disponível em <http://revistaforum.com.br/blog/2013/08/preso->

[mais-antigo-do-pais-teve-pena-extinta-em-1989-mas-segue-presos/](#), acessado em 01/08/2013, às 14:22:00.

SCHABAS, 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.

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

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

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)*.

UNITED STATES. GENERAL ASSEMBLY. **Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal**, 11 DEC 1946.

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 em quête de son identité**, Cours général de droit international public, RCAD vol. 237/1992.

VI. *Post scriptum*

Uma última palavra após o ponto final, e que se justifica em razão da relevância que o caso suscita para o presente trabalho. Todo o trabalho se direcionou no sentido de comprovar que a internacionalização do direito da execução penal tinha uma implicação muito mais pronunciada na esfera de tratamento dos presos, em razão da incidência dos princípios da não discriminação e da vedação à tortura e as penas desumanas, degradantes ou cruéis.

Ocorre que recentemente, em 21 de outubro de 2013, o Tribunal de Estrasburgo, através de seu Pleno (*Grand Chamber*), ao julgar o caso *Del Río Prada vs Espanha*³⁶⁵, considerou que a *doctrina Parot* violava o direito à liberdade e à igualdade tal como assegurado no artigo 5º da CEPDHLF. Mas em que consiste a *doctrina Parot*?

Esta doutrina faz referência à decisão proferida pelo Tribunal Superior da Espanha na sentença 197/2006³⁶⁶, 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 era de 4.700 (quatro mil e

³⁶⁵ European Court of Human Rights. Grand Chamber. Application n. 42750/09, case *Del Río Prada v. Spain*, Strasbourg, 21 October 2013.

³⁶⁶ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia 197/2006, proferida em 28/02/2006.

setecentos) anos. A prosperar a decisão, equivaleria à 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 57/2008³⁶⁷, mitigou os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal 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 das mesmas.

O Tribunal de Estrasburgo, ao apreciar o caso no processo movido por outra *etarra*, Inés del Río Prada, como já dito, considerou a *doctrina Parot* incompatível com os direitos fundamentais assegurados pelo SEDH, 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.

Esta decisão do Tribunal de Estrasburgo parece ser a primeira sentença proferida por uma corte internacional de direitos humanos em que o estado é condenado não por ter violado os direitos fundamentais do preso no que concerne às condições prisionais, mas especificamente sobre um tema pertinente ao direito do condenado quanto ao gozo de direitos e faculdades no processo de execução da pena, o que, assim parece, reforça a hipótese levantada neste trabalho de que o direito da execução penal também tem experienciado o fenômeno da internacionalização.

6.1 Referências

European Court of Human Rights. Grand Chamber. Application n. 42750/09, case Del Río Prada v. Spain,

³⁶⁷ Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 57/2008, proferida em 28/04/2008.

Strasbourg, 21 October 2013, disponível em <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/10/21/sentencia2.pdf>, acessado em 21 de outubro de 2013, às 15:30:00.

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia 197/2006, proferida em 28/02/2006, disponível em http://www.juecesdemocracia.es/pdf/sentencias/STS_Parot.pdf, acessado em 24/10/2013, às 18:00:00.

Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 57/2008, proferida em 28/04/2008, disponível em http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/20110413/espana/20110413elpepunac_3_Pes_PDF.pdf, acessado em 24/10/2013, às 18:22:00.

Posfácio

*Cooperação (penal) internacional: entre koinon e idion*³⁶⁸

O tema que me foi proposto para discutir nessa noite foi o da cooperação internacional em matéria penal, isto é, o conjunto de procedimentos **políticos** e **jurídicos** através dos quais os Estados, no plural, e não o Estado, no singular, estabelecem programas que objetivam, para usarmos uma categoria da ciência penal, a **prevenção geral** e a **prevenção especial** dos fatos impuníveis internacionais.

Como em eventos como esse o mais importante é o debate e não a exposição singular de um dos conferencistas, optei por distribuir os diversos subtemas que devem ser apresentados ao modo da Suíte, aquela forma de composição musical se não criada, mas com certeza elevada à perfeição por Johann Sebastian Bach, na qual, iniciando-se com o *Praeludium*, a ele seguem-se cinco pequenas “danças”, ora mais ligeiras ora mais lentas – e.g. *Allemande, Courante, Gavote, Gigue etc* – e que têm seus motivos ligados ao *Praeludium*, com a qual fazem, pelo menos em Bach, uma brilhante e perfeita catedral musical. Com isso, obviamente, não quero afirmar que esta minha exposição tenha uma pequena semelhança que seja, em beleza e genialidade, a qualquer uma das obras do “Velho Cabeleira”.

³⁶⁸ O texto corresponde à conferência proferida no I Simpósio de Segurança e Defesa na Fronteira Oeste da Amazônia, ocorrido entre 19 e 20 de março de 2015, em Porto Velho/RO.

1) *Praeludium*

Quando pensamos no porquê da cooperação internacional em geral, na cooperação em matéria penal no particular, pelos menos dois tópicos nos vêm à mente.

O primeiro se liga ao conceito de soberania, do qual decorrem, por obviedade, os conceitos de fronteira e defesa.

O segundo, doutro giro, tem seu tópico ligado ao conceito de globalização, e que num determinado setor do pensamento social contemporâneo, se identifica como o “fator” preponderante para a debelação daquela primeira.

Em outros termos, é como se houvesse, de fato, uma contraposição absoluta entre soberania e globalização, contraposição esta que levaria, no devir histórico, à aniquilação de um pelo outro.

A mim me parece, no entanto, que esta contraposição absoluta é totalmente equivocada, seja porque o fato da globalização, em especial em seu aspecto macrocriminal, tem exigido cada vez mais a cooperação dos Estados, seja porque a utilização do conceito de soberania, tal como emerge nesse emprego substancialista, descarta do fato de que o Estado é soberano **pelo direito internacional**, e não contra ele.

2º) *Allemande*

Para compreender esta última afirmação, seria interessante nos socorrermos de um dos contos de Franz Kafka, e que se chama *Na Construção da Muralha da China*. O primeiro parágrafo começa assim:

“A muralha da China foi concluída em sua extremidade setentrional. De sudoeste a sudeste a construção foi elevada aos poucos e unida aqui. Em escala menor, esse sistema de construção por partes foi seguido também dentro de dois grandes exércitos de trabalho, do leste e do oeste. Acontecia assim:

grupos de cerca de vinte trabalhadores eram formados, um grupo tinha que executar uma parte do muro de cerca de quinhentos metros de comprimento, um grupo vizinho erguia um bloco de muro do mesmo tamanho em direção ao outro grupo. Mas, depois de realizada a junção, a construção não continuava a partir desses mil metros, os grupos de trabalhadores eram mandados para regiões completamente diferentes da construção da muralha. Naturalmente, dessa maneira foram deixadas grandes lacunas, que foram preenchidas pouco a pouco, algumas até depois da construção da muralha ter sido declarada completa. Sim, dizem que há lacunas que sequer foram fechadas, afirmação que possivelmente pertença apenas às muitas lendas a que a construção deu origem [...] e que não podem ser verificadas, pelo menos não por uma só pessoa com os próprios olhos e com a própria escala, por causa da dimensão da construção [...]"

O que mais chama atenção nessa narrativa é que a grande muralha, tendo sido construída para impedir as invasões dos povos do norte, foi feita de forma descontínua, uma estrutura paradoxal de fechamento/abertura, tendo demorado um período aproximado de 2000 anos para se terminar os seus 8850 km de extensão e, em média, sete metros de altura, e nisso frisa Kafka: se a intenção era impedir a invasão “bárbara”, sempre que o imperador saía de seu recolhimento e dava uma espiada na praça à frente de seu palácio, via ali os bárbaros sentados num de seus bancos ou trocando conversas amigáveis com os seus súditos.

É essa a ideia principal que fundamenta a construção da cooperação internacional em matéria penal: nenhum muro, real ou abstrato, logra impedir que os fluxos e influxos decorrentes da criminalidade organizada minem, dia-a-dia, a capacidade de os Estados enfrentarem-na *sozinhos*.

Noutros termos, sempre que saímos de nossos castelos *ideais* para vermos a realidade, ali encontramos os “bárbaros” agindo e interagindo em todos os níveis sociais da forma mais livre e desimpedida possível.

3º) *Courante*

Agora, em sentido inverso, é bastante óbvio que o fenômeno da globalização não pode nem deve eliminar, em nome de quaisquer desses ideais tão belos como irrealizáveis – abertura integral de todas as fronteiras, fim do Estado Nação, cosmopolitismo, a humanidade irmanada por laços comunitários etc –, ao Estado e a sua autoridade político-jurídica.

Sendo mais do que indubitável que a estrutura justaposta do Direito Internacional westfaliano tem sido paulatinamente substituída por uma estrutura internacional cooperativa e interdependente, esta última contínua tendo no Estado o seu esboço constitutivo principal, e sem o qual nenhum organismo internacional, logra concretizar qualquer um de seus fins institucionais.

Para ficarmos em dois exemplos importantes: o Tribunal Penal Internacional, uma das maiores conquistas civilizacionais de nosso tempo, tendo por função principal o exercício da persecução penal contra os autores dos crimes mais graves contra o Direito Internacional – agressão, contra a humanidade, genocídio e de guerra – não tem, ele mesmo, condição alguma de exercer, *motu proprio*, esse poder. É financiado pelos Estados Membros e deles depende para que, *v.g.*, um acusado seja preso e entregue para julgamento, para a colheita de provas, proteção às testemunhas etc.

O mesmo se diga em relação ao cumprimento das Resoluções do Conselho de Segurança da ONU. Como ela não tem exército, as Resoluções desse Órgão somente são eficazes quando os Estados Membros, nos termos do

Capítulo VII da Carta, fornecem os meios necessários, em especial, as suas forças armadas.

Noutros termos, sem os Estados, nenhum Organismo Internacional tem a capacidade mínima de executar suas resoluções, por mais justas e adequadas que sejam.

4º) *Sarabande*

Se nem o Estado no singular, nem os Organismos Internacionais *motu proprio* logram, para ficarmos na temática abordada, enfrentar minimamente os problemas decorrentes da macrocriminalidade internacional, qual o caminho?

A resposta nós encontramos no instituto da cooperação internacional em matéria penal, através do qual, os Estados, no plural, instituem formas de atuação conjunta e de ajuda mútua para a prevenção, geral e especial, dos crimes internacionais.

Hodiernamente, o sistema internacional conta aproximadamente com 276 Convenções Internacionais em matéria de direito penal, através das quais foram instituídas 27 categorias de crimes internacionais.

Essas categorias quando analisadas mais de perto permitem uma classificação dual: **crimes internacionais próprios**, que abrange os denominados *core crimes*, e que por isso estão submetidos à Jurisdição do Tribunal Penal Internacional a partir do princípio da complementariedade, e os **crimes internacionais impróprios**, também denominados crimes transnacionais. Estes últimos, como o próprio nome indica, abrangem aqueles fatos macrocriminais que põem em risco os interesses comuns dos Estados, geralmente envolvendo a criminalidade organizada e, por isso mesmo altamente lucrativa (tráfico de drogas e de pessoas, corrupção de servidores públicos, pirataria, contrafação, a lavagem de capitais etc).

Contudo, nos dois casos, o elemento comum é o conceito de macrocriminalidade. Nos próprios de caráter político, isto é, quando a estrutura do Estado é dirigida, seja qual for o motivo, à prática de crimes que violam, de forma sistemática quer os fundamentos da própria Sociedade Internacional quer os direitos humanos, como é o caso bastante evidente do genocídio e dos crimes contra a humanidade.

Já nos impróprios, uma macrocriminalidade de caráter econômico, através da qual a criminalidade organizada explora as mais variadas formas de atividades ilícitas, pondo em risco, de um lado, os interesses comuns dos Estados na prevenção desses crimes, e de outro, minando o próprio poder estatal entendido como monopólio da violência consentida.

5º) *Bourrée*

Essas Convenções Internacionais, se analisadas isoladamente, instituem algo entre 931 e 2810 provisões normativas de caráter penal. Contudo, numa análise sistemática, estas provisões podem ser reduzidas a alguns poucos princípios que estabelecem o contorno jurídico da cooperação internacional em matéria penal, dentre os quais destacamos:

- O reconhecimento expresso ou implícito de que as condutas descritas constituem-se em um crime internacional;

- Se implícito o reconhecimento, a assunção do dever de proibir, prevenir, perseguir e punir os autores dos crimes; ou

- Se expresso, a previsão de um mandado internacional de criminalização do comportamento no ordenamento nacional;

- O dever de exercer a persecução penal;

- O dever de punir, segundo as regras ínsitas ao devido processo legal, o autor do crime;
- O dever de extraditar ou, alternativamente, a regra *aut dedere aut judicare*;
- O dever de cooperação internacional entre os Estados, inclusive de assistência judicial;
- O estabelecimento das bases para o exercício da jurisdição penal extraterritorial; e
- Para os crimes internacionais próprios, o dever de excluir a *defence* fundada na obediência de ordens superiores.

Todos estes Tratados Internacionais em matéria penal têm um dado em comum: são multilaterais, vale dizer, foram ratificados por vários Estados, tendo alguns alcançado a ratificação por todos os Estados da Comunidade Internacional. Disso segue que a cooperação internacional em matéria penal, se em muitos aspectos ainda é falha, não se deve à ausência de normas internacionais que tornam possíveis a sua execução. O que se tem, na maior parte dos casos, é uma preponderância de fatores políticos a embaraçar a concretização desses deveres internacionais.

6º) *Gigue*

Hannah Arendt, em seu livro *A Condição Humana*, afirma que entre os gregos, a partir do momento em que se constituíram as *poleis*, ao homem livre era dado duas ordens de vivência. A *oikia*, a casa, e a *polis*, a cidade. Naquele vivia-se o que era próprio a qualquer pessoa (*idion*), e nessa aquilo que era comum (*koinon*) a todos os homens livres: a vida livre e igualitária propiciada pela política.

Mutatis mutandi, aos Estados também se assegura, pelo Direito Internacional, uma dupla existência: uma interna e própria, que é o seu autogoverno livre e desimpedido, e outra, igualitária e comum, que é a vida na Sociedade Internacional, na qual prepondera contemporaneamente o sistema internacional cooperativo.

Que as palavras não nos enganem. De *idion* derivou *idiota*, que para os gregos seriam aqueles homens incapazes de transcenderem a vida do lar e viverem a vida comum da *polis*.

Nesse sentido, qualquer tentativa de enfrentamento da macrocriminalidade internacional pelo Estado, e não pelos Estados, será, por definição, *idiota*, isto é, infrutífera por não se perceber que somente a execução dos programas internacionais de cooperação internacional em matéria penal poderá ensejar o seu enfrentamento.