

FONTES DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

SOURCES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

*Renato Almeida Feitosa*¹

Faculdade Damas da Instrução Cristã

*Margarida de Oliveira Cantarelli*²

Faculdade Damas da Instrução Cristã

Resumo

Investigar as fontes do direito internacional penal é debruçar-se sobre o gênesis de sua existência. Muito antes do Tratado de Roma de 1998, os Tribunais Internacionais *Ad Hoc*, por meio de sua produção jurisprudencial, contribuíram como protagonistas, para a construção desse setor do direito, que é produto da intercessão do direito penal com o direito internacional.

Palavras-chaves

Fontes. Direito Internacional Penal. Tribunais *ad hoc*

Abstract

Investigate the sources of international criminal law is to look at the genesis of its existence. Long before the 1998's Rome Treaty, the Ad Hoc International Courts, through their jurisprudential production, contributed as protagonists, to the construction of this sector of law, which is the product of the intercession of criminal law with international law.

Keywords

Sources. International criminal law. Ad hoc international courts.

INTRODUÇÃO

Até o início do século XIX, ou até da Primeira Guerra Mundial, a doutrina majoritária não compartilhava da ideia de existência de um direito penal material de fonte internacional. No período, o próprio direito internacional público era ramo de veras

¹ Professor da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Mestre em Direito pela UFPE.

² Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã.

“frágil e quebradiço”, defendido por poucos idealistas e alvo preferido dos positivistas céticos, sendo essa uma possibilidade remota, não sendo sequer a figura do indivíduo considerada como objeto de análise a nível internacional. Destarte, o direito penal de extraterritorialidade, com fundação nas teorias estatutárias dos conflitos de leis, determinados pelos *jus commune*, e assemelhados ao direito internacional privado (DIPr), era considerado o próprio direito de característica internacional, “de vocação universal – enquanto resultado da elaboração prudencial a partir das normas do *corpus júris*, descendente direto do *jus gentium* romano”, ficando o termo “internacional” adstrito a ele³.

Ainda, no período de desenvolvimento do direito penal de extraterritorialidade, discutia-se, no período entre guerras, sobre a delimitação espacial do direito penal em caráter internacional. Das críticas advindas dos critérios de aplicação e da legitimidade de aplicação extraterritorial da norma penal, começou a haver o esboço do direito penal internacional, como um direito penal de fonte e natureza internacional. Com as subseqüentes devastações bélicas que abalaram a humanidade, ficou clara a necessidade de criação de um direito penal uniforme.

Vespasien Pella foi um dos pioneiros a trabalhar a ideia de uma codificação de ordem internacional, expressando sua posição acerca da unificação do direito penal à AIDP e em 1919, na Faculdade de Direito de Paris, levando algumas teorizações sobre a criação de um direito penal interestadual, de forma a estabelecer o edifício desse novo ramo com base nos princípios da justiça e ordem internacional. Nessa linha, ele encontrou um novo horizonte para o direito penal, partindo da ideia de ordem como pressuposto da justiça universal e desmembrando-a em ordem social em geral, ordem política de cada Estado e ordem internacional, sendo ameaçada, quanto à paz e ao direito, pelos crimes ordinários, políticos e internacionais respectivamente, tendo, este último, um novo significado. O crime internacional atinge a comunidade internacio-

³ LEITE, Inês. **O conflito de leis penais**: natureza e função do direito penal internacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.. p.114-115.

nal materialmente e nos seus próprios fundamentos, ameaçando a perpetuação das relações pacíficas e harmônicas entre os Estados. Visto isso, houve uma tentativa de modificação da metodologia de investigação no ramo do direito internacional público, introduzindo um novo conceito de criminalidade coletiva de Estados, com a criação de um código internacional repressivo e de um tribunal penal internacional, sendo apresentadas propostas em 1925, na Conferência de Washington e por duas grandes instituições, quais seriam a AIDP com seu congresso de 1926 em Bruxelas e a Associação de Direito Internacional que teve sua conferência no mesmo ano, em Viena⁴, a partir daí, surgindo uma preocupação com a possibilidade da existência de um tribunal penal internacional de caráter permanente e o reconhecimento da responsabilização individual a nível internacional, em razão dos crimes de guerra, contra a paz, e crimes comuns, contudo sem os traços de materialização da jurisdição internacional.

Não obstante os esforços dos doutrinadores *à l'avant-garde* no direito penal internacional, com a eclosão da 2ª Grande Guerra, os estudos sofreram um retardo, só vindo a ressurgir o debate com muito mais vigor e participação após essa fase, estando todos os envolvidos abalados sob todas as formas com o horror causado pela violência e pelos eventos monstruosos ocorridos no período belicoso. Fundados e inspirados pelas lúgubres experiências da guerra, após a Segunda Grande Guerra, os Estados firmaram um esforço coletivo, no sentido de criação de mecanismos jurídicos capazes de responsabilizar os atos cometidos e garantir a manutenção da paz entre Estados, sob ameaça de sanções internacionais de natureza penal.

Nesse período, houve o maior esforço dos juristas, através da AIDP, em cooperação com os Estados, para a criação do direito penal internacional, surgindo, com o Tratado de Londres, de 8 de Agosto de 1945, a constituição de um Tribunal Mili-

⁴ PELLA, Vespasien von. **Vers L'unification Du Droit Pénal:** Par La Création D'um Institut International Auprés De La Société Dês Nations. Paris: Recueil Sirey, 1928. p.6-7.

tar Internacional – Tribunal Militar de Nuremberg – e seu respectivo Estatuto, estabelecendo-se um conjunto de normas relativas aos crimes de guerra, que serviriam de base aos julgamentos de Nuremberg⁵.

Nos trabalhos realizados pela Associação Internacional de Direito Penal, o princípio da primazia da lei penal internacional foi defendido e aceito, sendo criada uma disposição para que este fosse previsto num futuro Código Penal Internacional, pois não seria o interesse nacional que se faria visar na perpetração dos crimes internacionais, mas sim de um “*interesse universal*”, tratando-se da “paz e da segurança da humanidade consideradas, assim, como um bem jurídico pertencente à comunidade dos Estados⁶.”

Pella foi inexorável na sua defesa à primazia da legalidade, deixando claro que o princípio *nullum crimen nulla poena* não se limita à soberania dos Estados. Contudo, não podendo ser dito que as penas impostas aos agressores - na segunda guerra – sejam injustas, posto que aqueles sabiam do caráter odioso de sua conduta, ferindo inclusive disposições tratadísticas pré-existentes, neste contexto sendo correta a aplicação do princípio de justiça para aplicação da sanção.

O professor Jean-André Roux, conselheiro honorário da Corte de Cassação da França também expressou sua preocupação quanto à preservação do princípio frente à jurisdição penal internacional:

A máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, rapidamente abandonada por autores importantíssimos, deve reger o direito criminal entre as nações da mesma forma que ela domina o direito penal nacional. Quanto maior for a carga de procedimentos do delinquente, mais precisas devem ser as condições que regulamentam sua responsabilidade penal e determinam as sanções

⁵ LEITE, Inês. *op. cit.* p.118.

⁶ *Ibidem*, p. 309-310.

que este incorre⁷.

Ainda hoje, existem aqueles que defendem a lei escrita como fundamento para uma ordem jurídica internacional. No mesmo sentido, Kai Ambos expõe que a criação do Estatuto de Roma não é dogmaticamente um modelo internacional de código de direito penal e processual penal. Sendo este uma tentativa de erigir um sistema de justiça criminal a partir da junção de mais de cento e cinquenta países em um documento que pudesse atender minimamente aos anseios de cada delegação presente em Roma ao tempo de sua criação⁸.

Após a 2ª grande guerra mundial, houve uma grande preocupação com os direitos humanos, havendo, então, o desenvolvimento das matrizes do direito penal internacional, como base para garantir a ordem internacional. Não obstante o princípio da legalidade ter, no mesmo caminho, ganhado repercussão e ter sido citado e/ou previsto nos arcabouços normativos dos Tribunais, tanto ele em seus sub-princípios (*nullum crimen sine lege certa, stricta, scripta, pravia*) quanto outros princípios do direito penal (princípio do juiz e promotor natural, imparcialidade, humanidade, adequação social, quicá da insignificância) foram mitigados ou abandonados em detrimento da funcionalidade dos mecanismos dispostos para aplicação do nascido direito penal internacional pelos Tribunais *ad hoc*.

É fato notório que todos os tribunais *ad hoc* foram instituídos *post factum* (em confronto com os princípios do juiz e promotor natural, bem como do *nullum crimen nulla poena sine lege pravia*), bem como seus tipos incriminadores – muitas vezes abstratos – positivados em seus estatutos, valendo-se de costumes e princípios gerais na busca de legitimação das suas decisões e da própria existência destes. Não desconsiderando o fato da necessidade de

⁷ Yearbook of International Law Commission. 1950. v. II. Nova Iorque: United Nations, 1957, p. 314.

⁸ AMBOS, Kai. **Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts**: Ansätze einer Dogmatisierung. Berlin: Duncker & Humboldt, 2003, p. 26.

primazia de certos princípios gerais do direito para garantir o fortalecimento pela efetividade do direito penal internacional em formação, muitas das disposições apresentadas e posturas políticas para realização dos julgamentos, demonstraram a carência de técnica ao serem estatuídos e a falta de integridade ao direito em favor de interesses políticos ou por circunstâncias geopolíticas (dos Estados mais fortes ou vencedores, no caso das guerras). Falhas que se manifestaram e se agregaram ao desenvolvimento desse ramo do direito internacional público, perpetuando tais ranços junto ao desenvolvimento da matéria do direito penal internacional.

Os princípios gerais do direito que em hipótese alguma são admitidos no direito penal tradicional, mas remetem a um retorno do direito natural como forma de legitimação dos seus preceitos, no direito penal internacional, a princípio, sob a figura dos direitos humanos⁹, trazidos aqueles como fundamento na defesa destes, contra os abusos praticados internacionalmente e contra a impunidade existente. Princípios que poderiam ser invocados na fundamentação do juiz, mesmo sem previsão expressa em nenhum ordenamento no mundo, todavia reconhecido pelas nações.

1. FONTES DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Apesar de alguns citarem o julgamento de Peter von Hagenbach, com o elemento “responsabilidade de comando do superior”, em 1474, como sendo o primeiro tribunal com julgamento de caráter penal internacional, a impressão que se tem, na verdade, é a de que num período de constantes guerras de conquistas, com pouca ou nenhuma diplomacia entre os territórios, sendo a própria ideia de soberania algo relativo, quando territórios eram vendidos e conquistados constantemente, e seus Estados dispostos numa estrutura eminentemente monárquica, onde as acusações feitas pelo acusado, de taxações, estupros e excessos eram tão co-

⁹ Sobre a relação dos princípios gerais do direito e direito natural: ASÚA, Luis Jiménez. **Principios de Derecho Penal**. La ley y el delito. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, 1958, p.90.

muns pelos suseranos, o julgamento que resultou a morte do governador Hagenbach não parece ter sido legítima, certo que a constituição do tribunal se deu em circunstâncias que não sobressaltavam o ordenamento e pouco claras do ponto de vista dos costumes em relação aos territórios conquistados, ou mesmo pela falta caráter internacional dentro do escopo hodiernamente analisado – i.e. dos direitos humanos e do interesse comum da comunidade internacional em torno da proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, consequentemente havendo preocupação com as ações, mas não com o território, como no caso supracitado com as atrocidades cometidas após a tomada de Breisach por meio de negociações, mostrando-se anacrônica a referência desse evento histórico como marco dos tribunais penais internacionais¹⁰.

Nesse diapasão, podemos considerar que o fenômeno do direito penal internacional surge, apenas, na primeira metade do século XX, tendo suas origens em dois ramos do direito, quais seriam o direito internacional público e o direito penal propriamente dito, embora a doutrina tenha desenvolvido sobremaneira os elementos do direito penal tradicional para fins de aplicação extraterritorial (direito penal de extraterritorialidade), estabelecendo os limites do mesmo, e, a princípio descartando a possibilidade de existência de um direito penal eminentemente internacional. O direito internacional público acabou por tornar-se matriz do direito penal a nível internacional, com diversos encontros da comunidade internacional para discussão da construção desse novo ramo do direito.

Não obstante as diretrizes e profundidade do estudo no direito comparado e das demandas internacionais, sobretudo, no pós-guerra, a o direito penal não se fez suficiente, no período, para criar uma estrutura de direito penal, de jurisdição internacional,

¹⁰http://www.icrc.org/eng/resources/result/index.jsp?action=w2g_redirect&txtQuery=57JQ2X ;
http://assets.cambridge.org/97805218/81258/excerpt/9780521881258_excerpt.pdf.

Acesso em setembro de 2013.

autônomo. Fosse pela construção sinérgica de tradições jurídicas diversas (levando, inevitavelmente, a situações conflitantes), fosse pelas pontuais insuficiências de aplicação da pena e configuração do crime e culpa, acabou-se fazendo uma reconstrução do direito penal dentro do direito internacional público que deixou de ser apenas matriz do novo ramo, para unir-se à estrutura deste, com suas fontes, dando maior viabilidade de aplicação do, então, direito penal internacional, ao mesmo tempo, mitigando a incidência de mecanismos essenciais do direito penal tradicional.

Destarte, firma-se uma dualidade paradoxal das fontes do direito internacional público e do direito penal, considerando no direito penal, a máxima absoluta de sua dogmática: o *nullum crimen nulla poena sine lege, nullum crimen nulla poena sine culpa*, em contraponto aos costumes e princípios gerais do direito que são fonte do DIP, ao lado dos tratados e convenções estabelecidas nas conferências. Paradoxo este que fragmenta ou, noutras palavras desnaturaliza o direito penal, então, caracterizando-se como complemento legal da política de aplicação do DIP.

Ripolles afirmou que o caminho a se assentar na nova estrutura do direito penal internacional não poderia ser outro que não fosse:

o fortalecimento dos altos valores ontológicos do jusnaturalismo, suficientemente robustos, com uns ou outros nomes, na ideologia e sensibilidade moderna, era permitir favoráveis augúrios. Em outras palavras, no direito que nasce, não de operar prevalentemente, para que seja eficiente, as fontes materiais ou racionais, sobre as, até agora entendidas por formais, superpondo [...] o *donné idéal* e o *historique à pureza normativa formal*¹¹.

Não obstante a concordância com a necessidade da *Common Law*, se considerado o período de formação do direito pe-

¹¹ RIPOLLES, Antonio Quintano. **Tratado de Derecho Penal Internacional y Penal Internacional**. t. I. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1955, p. 54.

nal internacional, não podemos perpetuar uma metodologia que serviu como mecanismo de adaptação desse novo ramo do direito internacional público e que, a cada passo para o desenvolvimento do direito penal internacional, perde a sua função elementar, passando a servir como meio para escopos políticos ou abertura para equívocos metodológicos na interpretação do direito. A *Common Law* é *lex non scripta*, tendo uma nítida diferença entre com a *lex scripta*, mas não pelo simples fato de ser escrita ou promulgada, mas pela forma de existência, pela autoridade que formou esses dois tipos de direito. Da mesma forma que se constrói a *lex non scripta* pela comunidade, ligando-se ao caso concreto, pela força do costume, as normas positivas dadas como adequadas ao caso concreto com seu devido enquadramento, também existem na jurisdição inglesa, contudo só existem porque já havia o uso imemorial daquele costume que formou o espectro do direito posteriormente positivado¹².

Doutro lado, como complemento às fontes formais diretas (i.e. convenções internacionais, costumes e princípios gerais do direito), existem as fontes formais indiretas, figuradas pelas decisões judiciais, em especial dos Tribunais supranacionais (i.e. Tribunais *ad hoc*) e da doutrina dos expoentes no direito internacional (*in casu*, do direito penal internacional), em conformidade com o Art.38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça que, embora não alcance as questões penais, lastreia a aplicação do direito pelo TPI.

Kai Ambos, ao tratar do art.38, entende que o mais importante para a atividade judicante criadora do direito é o fato dos tribunais competentes (diretamente ou indiretamente, através do direito doméstico) aplicarem o direito internacional. Assim, havendo uma maior abertura para o chamamento, mesmo que de forma dativa, de tribunais internacionais, nacionais ou tribunais de ocupação, independentemente de sua natureza formal, de todo modo, materialmente, não podendo haver a indistinção entre as

¹² BLACKSTONE, W. **Commentaries on the Law of England**. 4 vol. Oxford: Oxford University Press, 1767, p. 79-80.

fontes emanadas dos tribunais supranacionais em suas jurisprudências e a jurisprudência penal internacional emanada dos tribunais nacionais. Sobre essa distinção, afirma:

A jurisprudência dos casos tratados pelos tribunais supranacionais, especialmente com a decisão do caso Erdemovic, pacificam a visão sobre um peso normativo próprio na sua fundamentação do direito consuetudinário internacional pelo tribunal, podendo a jurisdição nacional influenciar indiretamente no desenvolvimento do direito penal internacional, pelas derivações do direito comparado ou como fonte subsidiária de direito, conforme artigo 38 (1) (d). O Estatuto de Roma reflete isso em seu artigo 21 (2), quando o significado das decisões prévias do TPI são frisadas. Deste modo, não se estabelece, contudo, um efeito vinculador da doutrina da *stare decisis* do *common law*, senão que a consideração de sentenças anteriores deixa-se ao critério da apreciação judicial¹³.

Em caminho contrário, Reale derruba a posição da doutrina como fonte do direito, uma vez que ela não se estabelece como uma “estrutura de poder”, que seria um requisito essencial ao conceito de fonte. Tal fato não privaria, contudo, a doutrina de ter papel fundamental no desenvolvimento da ciência jurídica, tendo outra natureza a sua função, como pode ser verificado no confronto do que é produzido pelas fontes e o que é revelado pela doutrina.

¹³ “Während man nämlich in jenem Fall nacheinander, insbesondere auf der Erdemovic-Rechtsprechung des ICTY beruhenden Ansicht von einem normative Eigengewicht der Rechtsprechung bei der Begründung von Völkergewohnheitsrecht wird ausgehen müssen, kann die nationale Judikatur die Entwicklung des Völkerstrafrechts nur indirekt über die rechtsvergleichende Herleitung allgemeiner Rechtsgrundsätze oder als subsidiäre Rechtsquellen gemäß Art. 38 (1)(d) IGH-Statut beeinflussen. Das Rom-Statut trägt dem in Art. 21 (2) Rechnung, wenn dort die Bedeutung der “previous decisions” des IStGH betont wird. Dabei wird freilich nicht eine Bindungswirkung im Sinne der *stare decisis*-Lehre des *common law* etabliert, sondern die Berücksichtigung früherer Entscheidungen dem richterlichen Ermessen anheimgestellt” AMBOS, Kai. *op. cit.*, p.48-49.

“As fontes de direito produzem modelos jurídicos prescritivos, ou, mais simplesmente, modelos jurídicos, isto é, estruturas normativas que, com caráter *obrigatório* (grifo nosso), disciplinam as distintas modalidades de relações sociais. [...] As fontes revelam *modelos jurídicos* que vinculam os comportamentos, a doutrina produz *modelos dogmáticos*, Isto é, *esquemas teóricos*, cuja finalidade é determinar: a) como as fontes podem produzir modelos jurídicos válidos; b) que é que estes modelos significam; e c) como eles se correlacionam entre si para compor figuras, institutos e sistemas, ou seja, modelos de mais amplo repertório”¹⁴.

Oppenheim, ao tratar a figura do consentimento como uma espécie de fonte, a coloca através de uma dupla manifestação: de consentimento expresso do Tratado e consentimento tácito do Costume, dando uma margem de abertura dentro do absolutismo legalista¹⁵.

Contudo, temos de observar que, a partir da manifestação do consentimento em função do costume, muitas das disposições tratadas pela jurisprudência penal internacional foram positivadas no Estatuto de Roma, bem como em Tribunais ad hoc anteriores, em obediência à legalidade, contudo, mostrando-se insuficientes, pelo pouco tempo de existência e pelo desinteresse em retirar o poder dos magistrados do TPI.

2. JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL: OS TRIBUNAIS *AD HOC*

Há de se considerar que as pretensões penais internacionais surgiram já na primeira guerra mundial, através das nações vencedoras. O tratado de Versalhes, os acordos de Londres e o Estatuto do IMTFE (Tóquio) apontam que as potências vencedo-

¹⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 176.

¹⁵ OPPENHEIM *apud* RIPOLLES, Antoni Quitano. *op. cit.* p. 58.

ras atuaram, a princípio, por si mesmas e em menor medida, em contrapartida, como representantes da comunidade internacional. Sobre isso Werle aponta que:

Prioritariamente, o poder penal nesses casos foi derivado, ainda, pela consternação imediata das potências vencedoras, frente aos crimes internacionais a sancionar. Entretanto, particularmente no Acordo de Londres - *para formulação do ETMI* -, se encontram formulações que vão mais além do que esta postura de fundamentação e que insinuam que as potências vencedoras pretendem atuar ao mesmo tempo em interesse da comunidade internacional em seu conjunto, corporificada através das Nações Unidas. O passo para uma fundamentação do poder penal originariamente internacional, invocaram as Nações Unidas com o estabelecimento dos tribunais penais internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda¹⁶.

Sendo estes legitimados como órgãos subsidiários em interesse à realização de medidas para salvaguardar e restabelecer a paz e a segurança internacional (art. 39, Carta da ONU).

Observa-se a utilização do termo “jurisprudência” como fonte do direito penal internacional. Podemos verificar que este ramo do direito é um fenômeno recente e de incidência não corriqueira. A figura da jurisprudência tem origem na *Common Law* e como bem leciona o professor Miguel Reale:

“pela palavra “jurisprudência” (*strictu sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma *sucessão harmônica de decisões dos tribunais* [...] O Direito jurisprudencial não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma

¹⁶ WERLE, Gerhard. **Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico-penal de los crimines internacionales**. Buenos Aires: Hammurabi, 2012, p.119.

série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência¹⁷.

Não obstante a consideração do pequeno número de momentos que ensejaram a aplicação do direito intercalados no largo temporal dos séculos XX e XXI - embora pontualmente tenham sido aplicadas em larga escala - e o pouco tempo da recente disciplina que não regula situações que ensejam controle jurisdicional corriqueiro, não podemos deixar de caracterizar as séries de decisões que ocorreram em situações pontuais como configuradoras de uma fonte jurisprudencial.

As decisões firmadas ao longo desses dois séculos foram suficientes para estabelecer novos paradigmas de aplicação do direito penal a determinadas circunstâncias materiais, influenciando o entendimento dos magistrados na análise dos casos concretos, muito embora a matéria incida uma série de discussões que podem levar à quebra desses recentes paradigmas estabelecidos.

Noutro prisma - sendo este esteio para os caminhos da jurisprudência penal internacional -, há de ser considerada a unilateralidade de observância das regras de direito penal internacional, onde os Estado que têm relações de poder extremadas no contexto internacional, sempre escaparam, escapam e escaparão num futuro de médio, quiçá longo prazo (não sendo o objetivo do autor profetizar o que for, mas chegando a esse resultado através de uma indução lógica pela análise histórica dos conflitos existentes), da aplicação das normas de direito penal internacional, em função das suas ações delituosas em detrimento dos Estados mais fracos ou derrotados, também infratores, que são punidos de forma extrema. Essa afirmação resta evidente, findos os conflitos militares, onde só são analisados os atos praticados pelos perdedores, como exemplificado abaixo.

Tal postura denota a falta de seriedade, com a influência política, a partir da primazia do interesse do lado mais forte, no caso concreto, ao trazer o instituto do direito penal internacional

¹⁷ REALE, Miguel. *op. cit.* p.167-168.

apenas aos Estados que foram postos em condição de submissão através da violência, como pode ser observado desde as guerras do século passado, durante todo o período (e.g. Primeira Guerra Mundial; Segunda Guerra Mundial; Guerras de Independência das então colônias européias na África), às guerras recentes (Guerra do Afeganistão [EUA]; Guerra do Iraque [EUA]; Guerra da Tchetchênia [URSS]; Guerra da Costa do Marfim [França – Com “tropas de paz” que ajudaram o governo totalitário a dizimar os rebeldes que buscavam tratamento igualitário a todos os nacionais]; Guerra de Gaza [Israel]; *et al*). Nesse sentido, a atividade dos tribunais *ad hoc* de Nuremberg, Tóquio, ex-Iugoslávia e Ruanda apresentam pontos fracos que contaminam e transpassam a própria estrutura do direito estabelecido, sob a dupla perspectiva da persecução criminal e exoneração criminal.

Atualmente, podemos constatar que as investigações são direcionadas aos países subdesenvolvidos (i.e. Estados africanos) como a república Democrática do Congo, Uganda, República Centrafricana (Chade), Sudão, sob pretexto de segurança para os Estados Europeus e reestruturação dos Estados Africanos¹⁸, com valorações e ações, por vezes, incoerentes, aplicando uma justiça arbitrária, refletindo uma política neocolonialista por parte dos países desenvolvidos do ocidente.

3. OS JULGAMENTOS PELO TRIBUNAL DE NUREMBERG E OS NOVOS PARADÍGMAS DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL: APLICAÇÃO DE DIREITO COSTUMEIRO E DE PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

O processo de criação do Tribunal de Nuremberg sofreu dificuldades para seu firmamento. Os Chefes de Estado das grandes potências – Churchill e Roosevelt – ansiavam por conde-

¹⁸ BESADA, Hany. **Crafting an African Security Architecture: Addressing Regional Peace and Conflict in the 21st Century**. Burlington: Ashgate, 2010, p. 76-78.

nar os Alemães e Japoneses às penas que lhes aprazessem. Houve uma tentativa, por meio da Conferência de Moscou, em outubro de 1943, que formou uma declaração¹⁹, onde, dentre as disposições, previa-se na *Statement on Atrocities* o direcionamento da competência para julgar os agressores por parte dos Estados agredidos, aplicando-se o direito penal interno, deixando ao tribunal internacional os fatos que tivessem repercussão grave transnacionalmente. Ocorre que os fundamentos eram precários, diante do esforço feito em torno do instituto que então repercutia pela comunidade internacional, quais seriam os direitos fundamentais do homem que em ensaios sobre a paz mundial, mais o choque pelo horror da guerra, levou à criação da declaração universal dos direitos do homem, pela ONU – o que denota, assim, uma repercussão internacional inevitável, decorrente dos crimes praticados em períodos anteriores recentes. Ao fim, a criação e sistematização do Tribunal de Nuremberg – que foi, inclusive, o mote para o Estatuto do Tribunal de Tóquio – só vieram com a Carta de Londres em meados de 1945.

Não obstante a questionável legalidade do objeto de jurisdição do Tribunal, as três categorias de crimes internacionais na Corte de Nuremberg tornaram-se subsequentemente verdadeiramente e bem arraigadas no corpo do direito costumeiro do direito penal internacional. O status legal internacional dos então ditos “princípios de Nuremberg” foram endossados pela Assembléia Geral das Nações Unidas, logo depois do acórdão proferido no julgamento, e a inclusão das três categorias de crime reforça o status legal do qual usufruem²⁰.

¹⁹ <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1943/431000a.html>. Acesso em setembro 2013.

²⁰ KELLY, Michael J.; McCORMACK, Timothy L.H. Contributions of the Nuremberg Trial to the Subsequent Development of International Law. In: BLUMENTHAL, David A.; McCORMACK, Timothy L.H. (org). **The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vegeance?**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.108.

Os principais crimes de guerra, decorrentes do nazismo alemão, foram alvo de investigação, processamento e julgamento pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, sendo iniciado logo após a guerra, em novembro de 1945, trazendo à análise ações que se estendiam até mesmo antes da guerra, em virtude dos atos políticos eugênicos que eram indissociáveis dos preparativos para o início da grande guerra, havendo a persecução não só dos grupos organizados componentes do Estado, mas também dos indivíduos a ele vinculados, chegando a uma resolução em outubro de 1946.

O Estatuto de Nuremberg, de agosto de 1945, trouxe, em seu artigo 6º, as seguintes disposições, acerca dos tipos passíveis de sofrerem punição, aplicando como regra, em princípio, a responsabilização individual:

Os seguintes atos, qualquer um deles, são crimes passíveis de jurisdição do Tribunal pelo qual haverá a responsabilização individual:

(a) Crimes contra a paz: nomeadamente, planejamento, preparação, iniciação ou travando uma guerra de agressão, ou uma guerra em violação dos tratados internacionais, acordos, ou garantias, participação em comum acordo, ou conspiração para cumprimento de qualquer das disposições anteriores;

(b) Crimes de Guerra: nomeadamente, violações das leis e costumes de Guerra. Tais violações incluem, mas não a estas limitadas, homicídio, tratamento aos doentes ou deportação para trabalho escravo ou qualquer outro propósito à população civil, ou em territórios ocupados, homicídios, tratamento de prisioneiros de guerra doentes ou de marinheiros, morte de reféns, pilhagem de propriedade pública ou privada, destruição arbitrária de cidades, cidadelas ou vilarejos ou devastação injustificada por necessidade militar;

(c) Crimes contra a humanidade: nomeadamente, homicídio, extermínio, escravização, deportação, e outras ações desumanas cometidas contra populações civis, antes ou durante a Guerra; ou perse-

guições de base política, racial ou religiosa em execução ou conexão com qualquer crime da jurisdição do Tribunal, havendo ou não violação da lei doméstica do país onde foi perpetrado.

Líderes, organizadores, instigadores e cúmplices participantes da formulação ou execução de um plano comum ou conspiração para cometer qualquer dos crimes citados anteriormente são responsáveis por todas as ações realizadas por qualquer pessoa que executou tais planos.

Não havia, até então, nos tratados internacionais, disposição em torno dos “crimes contra a paz”. Embora ainda que positivadas as normas de forma genérica (e.g. qual seria a natureza dos acordos – *lato sensu* – violados ao iniciar-se uma guerra e da motivação desta), fez-se um esforço no sentido de delimitar a figura do crime contra a paz, uma vez que o tipo penal não poderia ter tamanha amplitude interpretativa para garantir a “proteção” da paz e tal esforço serviu ao propósito de formalizar a acusação às entidades estatais e indivíduos. Neste caso, crime contra a paz pelos atos dispostos na alínea que seriam puníveis em torno da guerra de agressão que insurgisse contra o direito internacional, buscando submissão de outro Estado, dispondo das benesses decorrentes desta submissão.

Observamos a constituição dos crimes contra a humanidade como parte integrante dos tipos penais abarcados, sendo, também, característico do Estatuto do Tribunal Militar Internacional (Nuremberg), tendo como enfoque as violações aos direitos da população civil. Neste sentido, tendo os crimes de genocídio praticados pelos nazistas o caráter de crime contra a humanidade e também de crimes de guerra, em questão pela “persecução” e “extermínio” – ressalta-se que, embora, *in casu*, haja uma vinculação dos crimes de guerra e contra a humanidade, estes não precisam ser cometidos necessariamente num contexto de conflito armado, de guerra ou de crime contra a paz, derrubando o princípio de Junktim, refletindo a concepção de crimes contra a humanidade um

reforço à defesa internacional aos direitos humanos²¹ – conforme exemplo em sentença do tribunal, *in verbis*:

A incitação de Streicher ao assassinato e extermínio ao tempo que os judeus no leste eram mortos sob as mais horrendas condições, claramente constitui perseguição por fundamentos políticos e raciais, conexas aos Crimes de Guerra, como definido no Estatuto, e constitui um Crime contra a Humanidade²².

Assim era definido, em razão da magnitude da violação dos direitos do homem, não do indivíduo, mas da coletividade – como decorrência do ataque ao indivíduo unicamente por pertencer a um determinado grupo - , com a morte em massa de um grupo, organizada administrativamente, com dimensões industriais. Os tipos penais, embora incompletos, deixavam claro a quem se propunham, e a sua força, deixando expresso – na alínea “c” do art. 6º - que a legalidade interna não interferiria na perseguição penal, havendo a punibilidade, independentemente de previsão da conduta contra o direito, no país em que foram consumados, sendo reforçada a legitimação do dispositivo com a Lei nº 10 do Conselho de Segurança formado pelos quatro poderes que estavam à frente do território ocupado da Alemanha (Inglaterra, URSS, USA e França)²³.

Com as acusações formalizadas aos criminosos de guerra, Ripolles aponta que os acusados trouxeram diversas teses de

²¹ WERLE, Gerhard. **Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico-penal de los crimines internacionales**. Buenos Aires: Hammurabi, 2012, p. 110.

²² *Streicher's incitement to murder and extermination at the time when Jews in the East were being killed under the most horrible conditions clearly constitutes persecution on political and racial grounds in connection with War Crimes, as defined by the Charter, and constitutes a Crime against Humanity* Disponível em: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-XXII.pdf. p. 549. Acesso em 29 de agosto de 2013.

²³ http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/enactments-home.html em 16/07/2013

defesa, dentre as quais, a violação do princípio da legalidade, da irretroatividade das normas penais, intranscendência criminal dos “atos de Estado”, da impossibilidade de o direito penal manifestar-se frente a institutos morais, da impossibilidade de aplicação do direito internacional em face de indivíduos e, no que se referia às causas de justificação, a observância da obediência legal devida ou hierárquica. Tais proposições, segundo o Jurista, eram inadmissíveis, certo que os representantes tinham conscientemente ou inconscientemente se manifestado de acordo com um plano normal de justiça penal interna, cujos pressupostos não seriam os mesmos do direito internacional e segue afirmando assim fizeram:

“em torno de uma sistemática jurídica tipicamente continental européia, incompreensível para as mentalidades anglo-saxônicas e russas que foram as que, ao fim e ao cabo, deram o tom ao grande processo. Nem sequer em seu ‘localismo’ acertaram plenamente os defensores que, sendo alemães e patrocinando acusados alemães, esqueceram que a dogmática do legalismo, assim como da irretroatividade haviam sido implacavelmente banidas por esse mesmo regime nazista que agora se julgava, em parte, com seus próprios padrões jurídicos”²⁴.

Sobre a incriminação, este se mostrou um marco da jurisprudência penal internacional em razão da consecução dos julgamentos realizados a nível internacional em face de indivíduos. Decorrendo do julgamento penas de morte por enforcamento (12)²⁵, prisões perpétuas (3), embora que nos julgamentos subsequentes ocorridos em Nuremberg, conhecidos pelos 12 processos de guerra de Nuremberg (Contra médicos, industriais, juizes, diplomatas, generais e ministros), acompanhados pelo Conselho de Controle

²⁴ RIPOLLES, Antonio Quitano. *op cit.* p. 423-424.

²⁵ Das quais duas não ocorreram, pelo suicídio de Hermann Göring e outra pelo desaparecimento de Martin Bormann
http://w3.salemstate.edu/~cmauriello/pdf_his102/nuremberg.pdf - pgs 3.
Acesso em agosto de 2013.

dos Aliados, tenham sido 25 condenados à sentença de morte, 20 prisões perpétuas e 97 prisões por tempo, combinadas ou não com trabalhos forçados, sendo todas as sentenças ministradas pelos EUA, o que gerou uma grande discussão, pois ao período já havia ocorrido a elaboração da nova Carta Magna alemã e autorizada pelos Aliados Ocidentais, havendo a defesa pela integridade das vidas dos, então, condenados à morte, já que a constituição previa a impossibilidade de penas capitais, embora a constituição ainda não estivesse promulgada. O fato é que ainda surgiu o caso Eisentrager, criando um desconforto nas relações recém pacificadas, uma vez que os EUA ainda exerciam a prerrogativa de executar a decisão do Tribunal Militar sob sua administração. A alegação em defesa da manutenção do poder do tribunal se deu com a decisão de Suprema Corte Americana, em 1950, que o Estado de guerra ainda existia, não levando em consideração qualquer fundamentação trazida a esse respeito e demonstrando o caráter político do encaminhamento dos processos desde o início do julgamento dos 12 processos²⁶.

A irretroatividade dos crimes e punições foi muito debatido em Nuremberg por aqueles que o estabeleceram, na fase preparatória e pela defesa da acusação, durante o julgamento, como explanou Ripolles. A Corte não atentou à explicação do porquê o princípio não estaria sendo violado, dando ênfase argumentativa à defesa de que ele teria dado lugar a outros princípios (decorrência do direito anglo-saxão), equivalentes, senão mais fundamentais. Desde então, o caráter absoluto do princípio *nullum crimen sine lege* foi reconhecido em todos os mais importantes tratados de direitos humanos. “É uma das normas não derogáveis comuns à maioria dos instrumentos, levando alguns a concluir que ele seria parte do âmago (*noyau dur*) dos princípios de direitos humanos, com forte reivindicação ao manto do *jus cogens*”²⁷.

²⁶ http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html, Vol.XV. pgs.1141-1144, 1.196-1.197. Acesso em julho de 2013.

²⁷ SCHABAS, Willian A. **The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.406.

É evidente que no período em que o direito penal internacional nascia, e suas diretrizes ainda não estavam bem delineadas, nem existia o arcabouço jurídico internacional de caráter penal necessário. Neste sentido, não há que se criticar a postura de Ripolles em sua desconstrução das teses de defesa – caracteristicamente de direito penal interno –, pelo contrário, corroborando com essa desconstrução, sendo o único meio de garantir que fosse feita a justiça dentro dos moldes legais disponíveis à época, não obstante alguns excessos e omissões cometidos por fatores políticos. Fato este (de desconsideração do direito penal tradicional) que poderia ser contestado diante da realidade atual (como é, na realidade), mas que ainda é defendido e propagado pela doutrina como se a estrutura original do direito penal internacional devesse perpetuar as suas incompletudes e, hoje, incoerências em relação ao direito penal a nível internacional, mantendo as fundações do direito penal tradicional fora das bases do direito penal internacional.

Em relação à responsabilidade individual e coletiva, a discussão trazia o perigo da impunidade, havendo por parte dos defensores dos nazistas (*Jahreweis*) a afirmação de incapacidade jurídica dos indivíduos a nível internacional, buscando centralizar a responsabilidade aos Estados, buscando consonância com o direito internacional público. Uma lógica inadequada, posto que, já no período, elementos do direito penal foram implementados na estrutura do direito internacional público para a formação do direito penal internacional, dando, assim, abertura para responsabilização dos indivíduos a nível internacional pelos “atos de Estado”.

Ao mesmo tempo, defendida a tese de aplicação da responsabilidade no direito penal tradicional que seria estritamente individual, observada a máxima *universitas delinquere non potest* (a universalidade não pode delinquir – em referência à pessoa jurídica da igreja que no passado defendia a sua irresponsabilidade penal), servindo de base para o corolário da impunidade - a respeito disso, as entidades que compunham o governo nacional-socialista, sendo estas pessoas jurídicas.

Na busca de encontrar mecanismos para a incriminação, foi desconstituído o Führersprinzip como fundamento para

desconsideração de responsabilidade dos demais indivíduos de alto escalão do terceiro Reich. Em contraposição à responsabilização do superior, a defesa dos nazistas conseguiu evitar que houvesse a figura da responsabilização coletiva estrita, feita pela acusação da França e Rússia, em que todos os alemães poderiam vir a ser culpabilizados pelos crimes perpetrados no período, sendo essa tese da acusação rechaçada pelo Tribunal.

Embora o sistema *ad hoc* estabelecido com o Tribunal Militar de Nuremberg fosse legítimo, suas consequências e a preocupação com os posteriores ajuizamentos penais em razão do nazismo foram deveras criticados pelos próprios alemães, que a princípio teriam aceitado as condenações de Nuremberg - 80% de aprovação.

Segundo Werle,

o debate sobre esse processo se caracterizou por uma clara atitude defensiva. A resposta contra uma unilateral “justiça dos vencedores” apreciou, na verdade, o rol mais importante, para maioria da população (com os fundamentos da lei nº10 do Conselho de Controle, resultaram condenados pelos Aliados ocidentais, ao menos, 5.025 pessoas, por crimes de guerra; a pena de morte foi ditada contra 806 acusados e executada também em 486 casos). Adiante a disputa jurídica concentrou-se nos – sem dúvida – pontos débeis do Estatuto, em especial, desde o ponto de vista de uma violação presumida do mandamento da *irretroatividade da lei penal*. A circunstância de que a República Democrática Alemã aceitasse, sem reservas, os princípios de Nuremberg, e seguisse os processos ao nacional-socialismo conforme esses fundamentos, forneceu, de maneira paradoxal, munção adicional aos opositores da República Federal²⁸.

O paradigma no desenvolvimento e firmamento das ideias centrais do Estatuto de Roma está no julgamento do Tribu-

²⁸ VÉASE *apud* WERLE, Gerhard. *op. cit.* p.24-25.

nal de Nuremberg, que, não obstante as decisões racionais e motivações retóricas bem construídas, usou de forma precária os princípios existentes, valendo-se apenas daqueles que pudessem reforçar a incriminação individual dos envolvidos pelos atos considerados crimes de Estado, tendo, inclusive, em seus dispositivos estatutários, características de um direito penal eminentemente punitivo, a exemplo dos seus artigos 7º e 8º que extirpavam qualquer chance no processamento de mitigar ou justificar o ato cometido pelo réu. Vejamos:

Art.7º: A situação oficial dos acusados, seja como chefes de Estado, seja como altos funcionários, não será considerada como uma desculpa absolutória nem como motivo de diminuição da pena.

Art.8º: O fato de um acusado ter agido em cumprimento de uma ordem dada por um governo ou um superior hierárquico não o isenta de responsabilidade penal, mas poderá ser considerado como um motivo para a redução da pena, se o Tribunal assim considerar de acordo com a justiça.

Uma das questões centrais, como dito, que era trazida às discussões como argumento contra os fundamentos do direito penal internacional no processo de Nuremberg foi o *nullum crimen nulla poena sine lege pravia*, com a aplicação de um direito que estava além do marco do direito do Estado afetado pelo processamento. *In casu*, o direito nazista foi estabelecido em condições *sui generis*, precisamente um direito de um Estado estruturado em circunstâncias e com características anômalas, indo, neste sentido, além da questão de proteção daqueles que seriam responsáveis pelos eventos tipificados no Tribunal de Nuremberg.

Diferentemente da postura de Ripolles, Vabres defendeu com extremismo o princípio da legalidade, enxergando a sua imperiosidade na aplicação do direito penal internacional. Segundo ele e os defensores da teoria de que a legalidade foi violada (como de fato o foi, não há o que negar), o Tribunal de Nuremberg e os Conselhos formados pelos Aliados, em torno da temática, foram

subsequentes aos fatos ocorridos, descritos como crimes contra a paz e contra a humanidade, tornando a incriminação dos fatos como crimes contra a humanidade uma flagrante violação do que preconiza o princípio da legalidade²⁹.

Em contrapartida, os defensores das medidas adotadas pelo tribunal acreditavam que a lei foi respeitada, haja vista não estar limitada à lei escrita, mas relacionada, também ao direito natural que existia antes dos atos criminosos cometidos. A ideia de lei deveria valer a ideia do seu termo, segundo os defensores, devendo haver uma aproximação com a ideia de justiça, não devendo estar o princípio *nullum crimen sine lege* adstrito à soberania, nem permitindo que indivíduos à frente de um Estado possam agir, indiferentes às consequências materiais de seus atos, sem considerar seus atos como criminosos, eximindo-se da responsabilização. Aqui, vemos a aproximação com o princípio da justiça, onde há efetivamente uma aproximação da noção de direito e justiça, sendo injusto que aquele agente infrator (criminoso) saia impune. Este princípio – de justiça –, indo além da letra da lei, é o fator decisivo em favor da defesa dos direitos humanos, para a relativização do princípio da legalidade, evitando a configuração da máxima de Cícero *summum jus summa injuria*³⁰.

O princípio da irretroatividade estaria válido para situações normais de um Estado de Direito, garantindo a obrigatoriedade de previsão do tipo e da punibilidade, antes da consumação da ação criminosa, garantindo a não arbitrariedade do Estado para regular e punir ações criminosas. Neste sentido, Werle afirma, corretamente, que “se o princípio ameaça servir como escudo protetor do poder estatal e seus assassinos, o Estado de Direito queda legitimado para não aplicar o princípio da irretroatividade”, como,

²⁹ VABRES *apud* THIAM, Doudou. Fourth **Report on the Draft Code of Offences against Peace and Security of Mankind**. DOC: A/CN.4/398 and Corr.1-3. Extract from Yearbook of the International Law Commission: v. II (1). Nova Iorque: United Nations, 1986, p. 71.

³⁰ *Idem*.

de fato, foi o Estado nazista, valendo-se de suas próprias leis para praticar crimes contra a humanidade³¹.

Tal postura foi acertada, não podendo doutra forma ter sido. Contudo, devemos observar a evolução do direito penal internacional, considerar suas fases experimentalistas que acarretaram algumas debilidades conceituais – e ainda persistem - e quebras principiológicas, para, com a experiência formada e a sistematização da norma positiva, reedificarmos as bases principiológicas na manutenção do direito penal.

Neste sentido, não seria necessária a desestruturação principiológica do direito penal internacional, posto que suas disposições normativas acerca dos crimes internacionais já estariam formalizadas – naturalmente, com a necessidade de maior acuidade no desenvolvimento dos institutos existentes – não havendo o porquê de se ater a disposições que vão contra o princípio da legalidade, característico do direito penal tradicional, mais complexo e juridicamente seguro às partes, em relação à *Common Law*. Desnecessário, uma vez que a estrutura – ainda em desenvolvimento – do direito penal internacional já foi criada e boa parte dos Estados já integram o seu corpo, sendo irrazoável a desconsideração do princípio da legalidade em detrimento de outros que não tem estreita relação com o direito penal tradicional.

Existe, ainda, a disposição do artigo 7º da Convenção Européia De Direitos Humanos que, em seu parágrafo 2º, abre a possibilidade de quebra da irretroatividade, com uma exceção, impedindo a invalidação de sentença ou pena aplicada a pessoa culpada de uma ação ou omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

Sobre a matéria da cumplicidade, o Tribunal de Nuremberg cometeu grave falha na composição do seu estatuto, com a previsão expressa de acusar e punir apenas aqueles criminosos de guerra dos países do Eixo, criando uma barreira para aplicação da sua jurisdição sobre outros indivíduos não participantes do Eixo.

³¹ WERLE, Gerhard. *op. cit.* p. 55.

Desta feita, muitos deixaram de ser processados e punidos por atos tão odiosos quanto os praticados pelos membros dos países do Eixo.

Um avanço na matéria da cumplicidade se deu recentemente na jurisdição francesa, corrigindo essa lacuna, quando em novembro de 1992 a sua Corte de Cassação trouxe a noção de cumplicidade de crime contra a humanidade, ratificada por outra portaria em outubro de 1993, nos seguintes termos:

Ainda que no final do art. 6º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional de Nuremberg, os autores ou cúmplices de crimes contra a humanidade só sejam punidos se tiverem agido por conta de um país Europeu do Eixo, uma Câmara de Acusação não pode, sem se contradizer, declarar que os assassinos acusados não constituíram crimes contra a humanidade destacando ao mesmo tempo que haviam sido cometidos por incitação de um responsável pela Gestapo, organização declarada criminosa como pertencendo a um país praticante de uma política de hegemonia ideológica. O sujeito francês que, incitado por um responsável de uma organização criminosa nazista, ordena os assassinatos de pessoas escolhidas por ele exclusivamente em função de sua vinculação à comunidade judia, participa, com conhecimento de causa, por conta de um país europeu do Eixo, do plano organizado de extermínio e perseguição dessa comunidade implementado pelo governo nacional-socialista alemão e torna-se cúmplice de crime contra a humanidade³².

Dessa correção, foi possível o julgamento de alguns indivíduos (e.g. Maurice Papon³³, Alois Brunner, René Bousquet, Leguay), embora muito tempo tenha transcorrido e o falecimento

³² BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A Justiça Internacional**: sua evolução, seu futuro: De Nuremberg a Haia. Barueri: Manole, 2004, p. 47-48.

³³ <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/1/24/mundo/22.html>. Acesso em dezembro de 2013.

(Bousquet e Leguay) e revelia (Brunner, condenado duas vezes à morte e à prisão perpétua³⁴) tenham sido fatores que permitiram a impunidade³⁵.

4. TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA O EXTREMO ORIENTE (IMTFE: *INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST* - TÓQUIO)

Criado em 19 de janeiro de 1946, pelo então Comandante Aliado General Douglas MacArthur, em face dos crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade praticados pelo Japão, o Estatuto do IMTFE tinha cinco partes, com 17 artigos, nos quais estavam contidas as questões de direito material nos artigos 5º e 6º³⁶.

³⁴ <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/Brunner.html>. Acesso em dezembro de 2013

³⁵ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *op. cit.* p. 49.

³⁶ *ARTICLE 5. Jurisdiction Over Persons and Offenses. The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organization are charged with offenses which include Crimes against Peace. The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:*

1. *Crimes against Peace: Namely, the planning, preparation, initiation or waging of a declared or undeclared war of aggression, or a war in violation of international law, treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;*

2. *Conventional War Crimes: Namely, violations of the laws or customs of war;*

3. *Crimes against Humanity: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any person in execution of such plan.*

ARTICLE 6. Responsibility of Accused. Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.

Observa-se, aqui, a similitude dos dispositivos, em relação às disposições equivalentes do Estatuto de Nuremberg, supracitado. Das duas acusações principais imputadas aos japoneses – *in casu*, conspiração para cometer crimes de guerra de agressão e crimes de guerra – já tratadas em Nuremberg, foi trazida relevante questão sobre o alcance da responsabilização em razão do conteúdo das ações para posterior prestação de contas de gestão e os possíveis resultados decorrentes dessas obrigações de conduta, o que resultaria em uma falha para a criminalização, neste sentido, sendo desenvolvida a original doutrina acerca da responsabilidade de comando.

A possibilidade de exculpação ou mesmo mitigação da pena estavam afastadas, tanto para os oficiais que obedeciam ordens, quanto para os comandantes e as decisões que se sucederam acerca da responsabilização objetiva dos superiores foi fator decisivo na definição formal encontrada no adiante criticado artigo 28 do Estatuto de Roma, ou seja a responsabilização pela omissão do oficial de comando que teria capacidade de impedir a realização do crime e não o fez, sendo inédita essa espécie de responsabilização.

Agravava-se a estrutura de persecução, uma vez que o Tribunal de Tóquio formou-se apenas com a figura dos Estados Unidos, ficando clara a ideia de um “tribunal de vencedor sobre o derrotado”, sem o controle dos Aliados, o que gerou controvérsias a respeito da justiça e imparcialidade dos julgamentos realizados, observado ainda o fato de que, não obstante o Japão ter supostamente iniciado o ataque, dentro da concepção desenvolvida internacionalmente acerca dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, elencada, inclusive, no próprio estatuto do tribunal de Tóquio, podemos facilmente verificar e constatar que, a partir das duas bombas nucleares *Little Boy* e *Fat Man* lançadas - com três dias de diferença uma da outra - em Hiroshima e Nagasaki, os efeitos lesivos à população japonesa e à própria estrutura do Estado, sobretudo na economia e saúde, são incomparavelmente piores que as ações do Japão, quiçá comparáveis ao Holocausto dos judeus, com dois ataques que fizeram quase 200 mil mortos, em sua maio-

ria civil, fora os efeitos da radiação perpetuados no território³⁷).

No tocante aos crimes contra a humanidade, os Estatutos de Nuremberg e Tóquio foram pioneiros em sua previsão, como algo original, no que diz respeito à doutrina e legislação puramente internacional, assim como outras disposições de caráter fundamentalmente internacionais, tais como os “crimes de guerra” ou “crimes contra a paz”, seguindo uma assente tradição ideológica de fundamentos internacionais. A grande novidade, segundo Ripolles:

“el hecho mismo de la incriminación en tal vía, pero no su estructura morfológica, en el tercer tipo fué menester improvisarlo todo en lo jurídico, lo sustantivo como lo procesal. Se elaboro em Londres, em efecto, um crimen que, aunque arraigado profundamente em la conciencia universal y respondiendo com fidelidad máxima a postulados de la más Elemental justicia, no había sido formulado jamás em términos de Derecho Internacional, imponiendo por lo tanto uma creación *ex ovo* pletórica de dificultades de todo enorme conmoción espiritual provocada por la evidencia de sus horrores sin cuento³⁸.

Ao final, princípios do direito penal, no mesmo sentido que o tribunal de Nuremberg, também foram abandonados, sobretudo, com a aplicação da responsabilização objetiva dos oficiais de comando, com sete deles condenados à morte, dezesseis à pena de prisão, sendo constatado durante o julgamento a incapacidade de um dos réus (Shumei Okawa – cientista político) devido a problemas psíquicos, sendo seu processo arquivado e ele transferido para o hospital imperial de Tóquio para tratamento psiquiátrico³⁹.

³⁷ http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html, Vol.XV. pgs.1141-1144, 1.196-1.197. Acesso em julho de 2013.

³⁸ RIPOLLES, Antonio Quitano. *op. cit.* p. 607.

³⁹ Tokyo War Crimes Trial. Disponível em:

<http://lib.law.virginia.edu/imtfc/person/159>. Acesso em setembro 2013.

5. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DA ANTIGA IUGOSLÁVIA (ICTY)

Já com o paradigma do direito penal internacional formado, na esfera do DIP, surgiu um maior controle da comunidade internacional às atrocidades cometidas internamente ou transnacionalmente contra os direitos humanos, tendo o Conselho de Segurança da ONU, através da Resolução 808/93, feito uma análise da situação fática no território da antiga Iugoslávia, formando, ao final, por unanimidade do Conselho, na votação do relatório do caso apresentado pelo Secretário Geral, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, em função dos crimes praticados em violação dos direitos humanos praticados desde 1991.

O julgamento do ICTY trouxe novos paradigmas em torno de alguns institutos do direito penal, perpetuando os entendimentos, então, firmados, e.g. com a responsabilização individual por tribunal não militar de caráter internacional, incidindo sobre questão de âmbito interno, o que até então estava desacreditado, por ser algo em construção, e pouco vislumbrado, sendo, assim, um marco na aplicação do direito penal internacional. Neste sentido:

A sentença ‘Tadić’ da Câmara de Apelações do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia, de 2 de outubro de 1995, enfatizou que o direito internacional humanitário em conflitos armados não internacionais se estendem mais além destas normas mínimas. Em princípio, segundo o Tribunal Penal para a Iugoslávia (TPIY), nas guerras civis não pode se considerar permitido aquilo que é desumano – e, assim, proibido – em conflitos internacionais. Desta forma, o direito dos conflitos armados limita a soberania estatal também no âmbito interno⁴⁰.

⁴⁰ WERLE, Gerhard. *op. cit.* p.100.

A questão da jurisdição do ICTY é algo que não segue a linha do princípio da complementaridade. No seu estatuto, no art. 9º, 2, fica determinado que a sua jurisdição seria primária em relação à jurisdição interna, o que vai contra a integridade da soberania.

Concretamente, o tribunal interno, uma vez apaziguado o conflito, em exercendo o seu poder jurisdicional, caso fosse requerido pelo ICTY, deveria ceder sua competência à Corte internacional, independentemente das condições favoráveis ao devido processo legal, à integridade da justiça em sua imparcialidade, demonstrando, senão a incompetência de um Tribunal, por presumida incapacidade, mesmo com a presença dos requisitos necessários para um julgamento justo, a quebra total da Soberania.

Sobre o tema:

pode-se evidenciar [...] uma sublevação ao princípio da primazia, visto que, tal instituto é entendido no âmbito dos tribunais *ad hoc* como sendo, a possibilidade do tribunal reservar para si o direito a exigência da renúncia, caso constate a figura do simulacro de julgamento ou a incapacidade administrativa e organizacional para processar e julgar os acusados no âmbito do direito interno. Entretanto, no estatuto do TPIJ/ICTY não foi essa corrente restritiva do direito de primazia que prevaleceu, já que esse utiliza uma interpretação [...] ampliada, dando ao TPIJ não a figura de *ultima ratio* mas sim, colocando-o em primeiro plano na aplicação da justiça como forma de punir as atrocidades praticadas na região dos Balcãs, impondo a sua jurisdição sobre toda a jurisdição nacional, não apenas a penal⁴¹.

O tema da escusa da culpabilidade por coação traz o emblemático caso de *Erdemovic* que reconheceu sua culpa, mas invocou o argumento da coação. O argumento foi rejeitado, mas não

⁴¹ BARCELOS, Esdras de Lisandro. **A ilegalidade dos tribunais *ad hoc* face aos princípios gerais do direito aplicados ao direito penal**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 22.

se verificou a possibilidade do acusado estar agindo acreditando estar numa situação de coação.

Sobre o tema, Ambos levanta a questão dos argumentos de defesa para validade da escusa, afirmando que se utilizada a figura do erro:

poderia ser eliminada a imputabilidade ou culpabilidade da conduta em questão, como se dá em qualquer escusa. A questão subjacente, então, é se é justo punir um réu embora ele acredite estar agindo em conformidade com as exigências éticas da lei. Certamente este exemplo específico sofre da controvertida classificação e reconhecimento de ser a coação uma escusa relevante. [...] Parece claro em tais casos e é genericamente aceito na doutrina contemporânea, que a regra do erro [...] não pode ser aplicada sem exceções, que se torna mais evidente no caso do direito penal internacional, em que os tipos penais são codificados de forma mais vaga⁴².

Quanto à cumplicidade, a jurisprudência do ICTY fez uma análise deveras verticalizada e plúrima, acerca da conduta de cumplicidade como base no critério de contribuição “direta e substancial” sobre responsabilização individual. Não obstante, os casos Tadić e Celebici tiveram esse conceito notavelmente relativizado, incluindo à figura da cumplicidade todas as ações de cooperação de natureza material ou verbal que de alguma forma favoreceram a ação principal.

Ao final, tanto do julgamento pelo ICTY, quanto pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda:

A atuação dessas cortes acabou produzindo um bônus adicional, sob a forma de um importante precedente, qual seja, o julgamento de pessoas que

⁴² AMBOS, Kai. Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.59.

praticaram delitos em conflitos considerados de *caráter interno*, que até então não se enquadravam na legislação penal internacional⁴³

Materialmente, podemos trazer alguns fatos que indicam a imparcialidade do ICTY, como em todos os outros, uma vez que apenas os mais estreitamente envolvidos no caso concreto foram enquadrados, enquanto outras instituições e indivíduos também acusados, membros de um grande núcleo de poder econômico, mesmo com muitas provas contra eles, e acusações formalizadas pela Anistia Internacional e esforço de um grande grupo de advogados de diversas nações, as acusações foram afastadas e arquivadas de forma desarrazoada, sequer havendo a abertura investigatória por parte do Tribunal para averiguação das acusações apresentadas. Evento este que se deu com a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) – formado por países da América do norte e Europa - com suas operações de pacificação das áreas conflituosas na ex-Iugoslávia, no programa *Allied Force*, matando deliberadamente milhares de civis em seus ataques planejados. As forças da OTAN cometeram sérias violações aos direitos humanos com ações que poderiam ser classificadas como crimes de guerra, contribuindo em diversas situações do período para com a morte de civis⁴⁴.

Mandel relata a sua experiência com o ICTY afirmando que em maio de 1999, junto com um grupo de advogados da América e Estados europeus juntaram documentos, apresentando queixa em face de 68 indivíduos, líderes da OTAN – dentre presiden-

⁴³ LEWANDOWSKI, Ricardo. **O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade**. 2002.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012. Acesso em setembro 2013.

⁴⁴ NATO/Federal Republic of Yugoslavia “Collateral Damage” or Unlawful Killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force. Disponível em:

<http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR70/018/2000/en/e7037dbb-df56-11dd-89a6-e712e728ac9e/eur700182000en.pdf>. Acesso em setembro de 2013.

tes, primeiros ministros, ministros de defesa, *et coetera* -, em Haia. O caso foi apresentado com um grande volume de informações legais e evidências à promotora Louise Arbour e sua substituta Carla Del Ponte, sendo requerida a denúncia contra a OTAN. Em junho de 2000, Del Ponte publicou sua decisão determinando que a OTAN não era culpada por qualquer crime de guerra e que, em razão disso, não estaria abrindo qualquer processo investigatório sobre o caso⁴⁵, o que é um contra-senso dentro da lógica persecutória e da função do promotor, sendo necessária a elucidação dos fatos, não tendo um promotor poderes para determinar o arquivamento de uma queixa crime sem as devidas diligências para elucidar o fato, muito menos estabelecer culpa ou inocência de um suspeito.

Em contra partida, a promotora buscou a responsabilização dos generais croatas pela morte de civis sérvios, enquanto comandavam a defesa de seu território contra o cerco criado e pela destruição de Vukovar que foram defendidos pelos grupos nacionalistas políticos e civis, gerando receio por parte de Ivica Račan, então líder do partido comunista da Croácia, em aproximar-se do ICTY e gerar insatisfação nacional por aceitar acusações imputadas a indivíduos considerados heróis nacionais⁴⁶. Apesar de toda a pressão por parte da promotoria, com consequente sucesso na prisão em primeira instância de dois dos principais acusados croatas (Ante Gotovina, Rahim Ademi) foram absolvidos das acusações, não configurando a figura da responsabilidade de comando.

Da omissão por parte da promotoria em seguir com as investigações contra membros da OTAN, mesmo existindo provas suficientes para abertura de uma investigação, verificamos a quebra do princípio da legalidade, pela imparcialidade decorrente da não

⁴⁵ MANDEL, Michael. *Illegal Wars, Collateral Damage and International Criminal Law*. In: RAJU, G. C. Thomas (org). **Yugoslavia Unraveled**. Sovereignty, Self-Determination, Intervention. Idaho: Lexington Books, 2003, p. 287; 289.

⁴⁶ PESKIN, Victor. **International Justice in Rwanda and the Balkans**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=CNUW-F8t7MYC&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s. Acesso em setembro de 2013.

aplicação igualitária da lei, não obstante o arbítrio do promotor – o que já é discutível, já que este se daria como meio de evitar influências políticas –, objetivamente uma característica da lei penal decorrente de parte da essência do princípio da legalidade, com o escopo de aplicação da norma a todos, independentemente de sua condição.

6. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (ICTR)

Esse tribunal de exceção surgiu por meio de resolução do Conselho de Segurança da ONU que arrogou para si, com resignada anuência do governo ruandês, a competência de estabelecer o tribunal, o foro, as normas processuais e materiais, invocando os seus membros na participação de suas vias diplomáticas, suportes físicos e humano para materialização da corte e processamento dos acusados.

O ICTR aplicou de forma extensiva a Convenção de Genocídios de 1948 que tinha fins de prevenção e punição no caso de cometimento do crime, através da doutrina de proteção dos direitos humanos contra violações extremas dos direitos humanos, onde quer que ocorressem, fundada pela Comissão Internacional de Intervenção e Soberania Estatal⁴⁷.

Em decorrência, não houve por parte do ICTR preocupação em identificar as causas do crime de genocídio, não estando presente o motivo como elemento material a ser considerado na definição do crime. Seguiu, desta feita, a vagueza da Convenção de Genocídio, muito embora a convenção tenha propositalmente deixado espaço para que se incluísse um conceito de motivo para uma regulamentação futura. Não há óbice em constatar a quebra com a legalidade pela falta de concretude na construção do Estatuto no que se referiu ao genocídio.

⁴⁷ Relatório da Comissão Internacional de Intervenção e Soberania Estatal. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Acesso em setembro de 2013.

Segundo Van den Herik,

Enquanto o ICTR não restringiu o escopo da definição de genocídio, adicionando seus elementos necessários, ele também não ampliou o escopo. O ICTR manteve o significado da convenção. Por isso os massacres de Hutus moderados não foi classificado como genocídio. É claro, o potencial da Câmara de julgamento para expressar suas visões sobre essa questão dependiam da estratégia da promotoria que, no caso do ICTR, não apresentou acusação – expressa – dos assassinatos dos Hutus como genocídio. Em conclusão, o ICTR nem modificou o conceito de genocídio, nem encorajou qualquer desenvolvimento neste sentido⁴⁸.

Seguiu, o ICTR, a mesma linha que o ICTY quanto à competência concorrente em relação à jurisdição interna, contudo, abrangendo o seu campo de jurisdição para além do território de Ruanda, em decorrência dos atos praticados pelos seus cidadãos nos territórios vizinhos, o que era comum. Neste sentido, uma séria de inconsistências com relação à competência, uma vez que impunham a jurisdição do Tribunal em detrimento das outras jurisdições.

A resolução 955/94 da ONU trouxe o Estatuto do Tribunal Internacional para Ruanda⁴⁹, com 32 artigos, trazendo crimes conhecidos – Genocídio, Crimes contra a humanidade, tipificando a não observância do Art.3º da Primeira convenção de Ge-

⁴⁸ VAN DER HERIK, L.J. **The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. Disponível em:

http://books.google.com.br/books?id=HA2YJa5aY9QC&dq=rwanda+ICTR+criminal+international+law&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s. Acesso em setembro de 2013.

⁴⁹ [http://www.undemocracy.com/S-RES-955\(1994\).pdf](http://www.undemocracy.com/S-RES-955(1994).pdf). Acesso em setembro de 2013.

nebra⁵⁰, bem como do seu Protocolo nº II⁵¹, incluindo, mas não limitando outras ações, bem como a ameaça de suas realizações, mostrando outra vez, a falta de cuidado na feitura do rol de disposições, com ações passíveis de controvérsia na configuração da ameaça ou mesmo da repetição de tipos anteriormente tratados no mesmo Estatuto, como no art. 3º, “g” e art. 4º “g”, neste aspecto, inovando a disposição sobre crimes contra a humanidade, ao normatizar a figura do estupro (Art. 3º, “g”) como espécie de crime contra a humanidade, até então, não vislumbrada, ademais sendo demonstrada mais uma vez carência técnica com o um tipo - outros atos inumanos (Art. 3º, “i”) - sem verbo núcleo, uma vez que as alíneas dariam o verbo do tipo no *caput*, dando abertura aos generalismos e analogias, afrontando diretamente e, o que é mais grave, desarrazoadamente o princípio da legalidade e seus subprincípios.

7. NOTA FINAL: A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) E SUA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL

Foi através da ONU que se buscou a formação do Tribunal Penal Internacional, no começo dos anos noventa, em meio aos debates realizados na Assembléia Geral, sendo vislumbrado, com os eventos pós guerra fria, com o surgimento de tribunais como da ex-Iugoslávia e Ruanda, na busca comum de acabar com a impunidade, a precariedade dos tribunais *ad hoc* para lhe dar com esses eventos que afrontaram princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana, havendo consenso, então, numa conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, em 17 de julho de 1998, com a participação de 120 Estados que adotaram o

⁵⁰ <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-I-12-08-1949.html>. Acesso em setembro de 2013.

⁵¹ <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-II-conv-genebra-12-08-1949.html>. Acesso em setembro de 2013.

Estatuto de Roma que viria a ser a base legal para a jurisdição e mecanismos do TPI.

Antes, já verificamos a influência determinante dos tribunais *ad hoc* decorrentes da Segunda Grande Guerra e por invocação da própria ONU, tendo criado um grande enfoque às questões africanas, desenvolvendo mecanismos de controle político, jurídico e repressivo (bélico) nos seus intentos, como se deu na Costa do Marfim ou com a força de paz ou o Tribunal de Serra Leoa, que chegou a ser mais controverso em sua legitimidade quando os seus antecessores, no sentido de que os relatórios e tentativa de criação do Tribunal apresentados e fomentados pelo Secretário Geral da ONU foram todos vetados, sendo, ao final criado um tratado internacional entre a ONU e o Estado de Serra Leoa - sem anuência dos Estados membros do Conselho de Segurança que se opuseram até depois de sua instauração⁵².

Ainda que com todas as irregularidades ou excessos relativos aos Tribunais *ad hoc*, estes foram essências, ante os horrores praticados nos casos concretos que protagonizaram todos os debates e ações de combate aos crimes contra a humanidade, restando, apenas, que fosse criado uma Corte Internacional permanente, dando maior legitimidade às ações que vissem a ser tomadas para garantir a ordem e punir aqueles que infringissem as disposições penais internacionais relativas aos crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, *stricto sensu*.

Roy Lee trouxe indagações tais quais o porquê da Assembléia Geral haver levado cinquenta anos para quebrar o impasse de criar uma corte criminal; o porquê do estabelecimento de uma corte haver sido mais difícil do que a doação de dois instrumentos-marco – a saber, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção sobre o Genocídio. O autor identifica questões políticas e jurídicas, tentando fazer uma análise distinta de cada instituto, porém verificando um forte entrelace nas suas

⁵² BARCELOS, Esdras de Lisandro. **A ilegalidade dos tribunais *ad hoc* face aos princípios gerais do direito aplicados ao direito penal**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, SED, 2006, p. 27.

relações e que, de fato é constatado, ao verificarmos como que se deu a formação do Estatuto de Roma⁵³.

A sensação de necessidade da criação de uma corte criminal surge a partir dos eventos abomináveis das duas grandes guerras e posterior, uma vez enxergadas as atrocidades que podiam ser cometidas contra os homens e debatidas pelos penalistas dentro da possibilidade de incidência de um direito penal autônomo aos Estados, buscando mecanismos para resolução e controle dessas questões. Após a segunda guerra, já com a formação dos dois tribunais penais internacionais, com grande repercussão pelas suas características inovadoras e pelo próprio ineditismo do evento de suas instituições, surgiu um olhar em torno da jurisdição internacional de forma que a ONU começou a se articular no sentido de criar meios, por vias de tratado ou eletivas, dentro do seu Conselho de Segurança, para assegurar a existência dessa via jurisdicional internacional, no combate contra a criminalidade internacional contra a humanidade.

As discussões nas assembléias gerais permaneceram infrutíferas por questões formais e materiais. Formais, uma vez que a composição da ONU envolvia Estados com tradições jurídicas diversas e opiniões também diversas quanto à política de incidência desta possível Corte Internacional também diversas – e.g. os EUA que não acreditaram na característica de autonomia do Tribunal, certo que ele sempre estaria sujeito ao crivo da ONU – e materiais por conta do ineditismo desse fenômeno o que ensejava um maior cuidado com os caminhos a serem tomados, sendo o experimentalismo algo que podia ser distinguido, ao verificarmos o advento de diversos tribunais *ad hoc* criados em situações pontuais cuja incidência da jurisdição internacional era necessária, revelando a sua função não só em questões que transcendessem um território,

⁵³ LEE, Roy *apud* CANTARELLI, M. O. O Princípio da Legalidade e o tribunal Penal Internacional. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (org). **Princípio da Legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.350.

mas também aquelas questões internas que corresse o risco de ficarem impunes ou perenizadas.

O exaustivo debate e a experiência dos tribunais *ad hoc* deram a abertura necessária para o reclame da Corte permanente, sendo a sua criação deveras mais gravosa, por seus efeitos, que a criação dos instrumentos-marco citados por Lee, sendo esses parte do arcabouço jurídico incidentes na formação do Estatuto de Roma.