FERNANDA FLORENTINO FERNANDEZ JANKOV

O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA JURISDIÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional

Tese apresentada no Curso de pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor.

Orientador: Prof. Dr. René Ariel Dotti

Curitiba
2005

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

FERNANDA FLORENTINO FERNANDEZ JANKOV

O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA JURISDIÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Curso de pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Banca examinadora formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. René Ariel Dotti, UFPR

Para Mirkić,

pelo amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a meu orientador, Professor René Ariel Dotti, pelo apoio recebido desde o início deste trabalho, muito além de seu papel de orientador, verdadeiro modelo a ser seguido, tendo em muito contribuído para minhas pesquisas no Brasil e exterior.

Aos grandes incentivadores Maria Helena Fonseca Rolim e Adauto Suannes, que com seus exemplos, marcam minha vida acadêmica.

Agradeço à diretoria, aos pesquisadores permanentes e visitantes, bem como toda equipe administrativa e acadêmica do *Lauterpacht Research Centre for International Law*, em especial seu *Deputy Director* Dr. Roger O'Keefe pelas discussões, análise crítica e todo material bibliográfico sugerido, fundamentais para o desenvolvimento desta tese; ao célebre Professor James Crawford, SC, FBA, com quem tive a honra de conviver, pelos esclarecimentos acerca dos Estatuto de Roma; ao Diretor Mr. Daniel Bethlehem, QC, por seu entusiasmo e sábio aconselhamento, à Mrs.Anne Skinner e Miss Katie Hargreaves, pela hospitalidade.

À Professora Gilliam Triggs, *Melbourne University/Australia*, por dividir seus valorosos conhecimentos na área do Direito Internacional, em especial ao tratar do tema no contexto australiano, além disto, por sua recepção no *Lauterpacht Center* e nossas discussões sobre vários aspectos relacionados à nossa disciplina de estudo.

À Professora Alison Duxbury, *Melbourne University/Australia*, por auxiliar-me na compreensão da legislação australiana.

Ao Professor Takuhei Yamada, *Kobe-Gakuin University/Japan*, por sua realística abordagem acerca da Responsabilidade Internacional do Estado.

À Ana Letícia D. Medeiros, por ter estado sempre ao meu lado, auxiliando-me a manter o elo de ligação com a vida acadêmica no Brasil.

Ao Professor Celso Ludwig, por tanto ter contribuído para o trabalho de fundamentação filosófica, necessário à linearidade da abordagem adotada.

Às amigas, Maria do Socorro de Jesus, Ana Paula de Jesus por tudo que passamos e por tudo que aprendemos juntas.

Ao amigo e padrinho Luis Emílio, pois amigo serve para muito mais do que "trocar uma idéia", serve para estar lá em momentos dos quais jamais nos esqueceremos.

À Família Matveski, que tantos momentos dividimos em Curitiba e que independentemente de onde estejamos, sempre serão os amigos de todas as horas e todos os lugares.

À Família Mamatzaki, em especial Fotini, por fazer-me vivenciar o que *Nikos Kazantzakis* expressou sobre a Ilha de Creta, com seu azeite de oliva, mel, tomates e muita, muita, hospitalidade.

À jurista Efteria Petraki, que revoluciona o direito em Creta, tornando concreta a luta pelos Direitos Humanos.

À Wendy Timmons, *Edinburg University/UK*, *Royal Academy of Dance*, "fada madrinha", seus ensinamentos jamais serão esquecidos afinal "*we know how to cook*".

Ao Coordenador do Centro Universitário das Faculdade Metropolitanas Unidas, Professor Marco Antonio de Barros, por ter acreditado desde o início.

Ao Coordenador do Curso de Direito da Universidade São Marcos, Professor Mario Silveira, pelo apoio à minha carreira na Europa.

À Diretora da Universidade Regional de Blumenau, Dra. Patrícia Kegel, pela gentileza de colocar à disposição os recursos bibliográficos e de informática associado ao enriquecedor convívio com seus alunos.

À Claudia Penovich por toda atenção e paciência.

Eternamente serei grata à minha mãe, Felisbina Florentino Fernandez, mulher de coragem que me ensinou os primeiros passos e com quem ainda aprendo tanto, viver sempre será lutar e lutar muito.

A meu pai, Francisco Fernandez Gonzalez, por seu modelo de força ao cruzar o oceano e vencer num pais distante e meu irmão, Francisco Fernandez Gonzalez Junior, por compartilhar o amor pela ciência jurídica.

A meus familiares em diferentes lugares do mundo, Brasil, Suíça, Espanha, Sérvia e Montenegro, França, Faixa de Gaza e em especial, Ratko Jankov, Tatjana Devetak, Ana e Ivan Jankov, Adelaida, Gerardo e Gerardo Domingues, Inácia, Maria Jesus, Tomás e Vitorino Fernandez, Isolda, Raquel e Almir Köehler, Rosa, Roberta e César D'avila, que tanto me motivam a estudar o Direito Internacional.

Agradeço também aos que não acreditaram e que assim, tornaram minha busca mais difícil, pois indubitavelmente muito contribuíram para a maturidade deste trabalho.

Enfim, aquele a quem dedico este trabalho, meu esposo, Mirkić, incansável parceiro, jovem que conheceu a guerra e dela saiu vitorioso, que esteve presente em todos os momentos, por tudo o que temos vivido, em especial por mais esta nossa realização.

The sea, autumn mildness, islands bathered in light, fine rain spreading a diaphanous veil over the inmortal nakedness of Greece. Happy is the man, I thought, who, before dying, has the good fortune to sail the Aegean Sea.

NIKOS KAZANTZAKIS. *Zorba. The Greek*

RESUMO

A criação do Tribunal Penal Internacional visa atender à preocupação internacional de desenvolvimento de mecanismos capazes de conter a criminalidade internacional, equacionando a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do Princípio da Complementaridade, entre a jurisdição deste e dos Estados Partes. No contexto de implementação do Estatuto de Roma, destaca-se a necessidade de que os Estados Partes reconheçam os crimes de competência do Tribunal, como crimes internacionais, sujeitos à uma sistemática jurisdicional específica, a qual impõe aos Estados o dever de atuação. Esta obrigação do Estado funda-se no Princípio da Universalidade da Jurisdição, o qual o permite reprimir os crimes internacionais em geral, tornando-se em relação aos crimes específicos previstos pelo Estatuto de Roma, uma obrigação. Desta forma, o Princípio da Universalidade é abordado inicialmente como elemento de conexão adotado pelos Estados em sua legislação penal com alcance extraterritorial e posteriormente como fundamento do exercício da jurisdição dos Estados para constituição do Tribunal Penal Internacional. Ao serem delineados os mecanismos de aplicação do Princípio da Universalidade da Jurisdição no âmbito dos Estados e do Tribunal Penal Internacional, percebe-se sua importância como instrumento de concretização do Princípio da Complementaridade no qual se fundamenta o Tribunal Penal Internacional. Paralelamente, tem-se o dever dos Estados Partes em cooperarem com o Tribunal Penal Internacional, o qual para fins de assegurar-se as garantias constitucionais dos supostos autores, requer que o direito interno brasileiro permita que estes sejam processados e punidos pelo judiciário nacional atendendo ao Princípio da Complementaridade, fazendo com que a luta contra o terror não comprometa o aparato civilizatório de direitos e deveres constitucionais.

Palavras-chave: Crimes Internacionais, Genocídio, Crimes Contra a Humanidade, Crimes de Guerra, Direito Internacional Penal, Direito Penal Internacional, Jurisdição Internacional, Jurisdição Universal, Princípio da Universalidade da Jurisdição, Princípio da Complementaridade, Tribunal Penal Internacional, Estatuto de Roma.

ABSTRACT

The establishment of the International Criminal Court aims at fulfilling the international demand for the development of the mechanism capable of deterring the international criminality, within the framework of the right of justice, end of impunity e State Soveignty according to the Complementary Principle that links the Court's Jurisdiction and the State's Jurisdiction. In the context of the Rome Statute implementation, it is essential that States recognize the crimes subject to the Court's jurisdiction, such as international crimes, under a specific jurisdictional pattern that imposes a duty (of action). to the State. The State's International Jurisdiction is based on the Universality Principle that enables the State to exercise its jurisdiction towards international crimes in general consisting of a duty regarding the crimes of the Rome Statute. Being so, the Universality Principle is approached first as a jurisdictional nexus adopted by the States in its criminal legislation with extraterritorial effects and afterwards as a base for the exercise of State Jurisdiction creating the ICC. As the mechanism of application of the Universality Principle within the State and the ICC context is portrayed, it is possible to note its importance as a tool for bringing into reality the Principle of Complementarity which the Statute is based on. Besides, there is the State Parties duty of cooperation with the ICC that, in order to ensure the constitutional guaranties of the accused persons, requires the Brazilian Municipal Law to allow them to be prosecuted and punished by national courts complying with the Complementary Principle, so that the fight against terror does not compromise the system of constitutional rights and duties.

Key-words: International Crimes, Genocide, Crimes Agains Humanity, War Crimes, International Criminal Law, Criminal International Law, International Jurisdiction, Universal Jurisdiction, Universality Principle, International Criminal Court, International Tribunals, Rome Statute, Complementarity Principle.

RESUME

La création du Tribunal Pénal International répond à la préoccupation internationale de développer des mécanismes capables de contenir la criminalité internationale. Ceci, en cherchant à garantir le droit à la justice, la fin de l'impunité et la souverainneté de l'Etat sous-couvert du Principe de Complémentarité entre la juridiction de cet Etat et celles des Etats-Membres. Dans le processus d'exécution du Statut de Rome, il s'avère nécessaire que les Etats-Membres puissent reconnaître les crimes de la compétence du Tribunal, tels les crimes internationaux, sujets à une systématisation juridictionnelle spécifique, laquelle imposant aux Etats le devoir d'agir. Cette obligation de l'Etat se base sur le Principe de l'Universalité de la Juridiction, Principe qui permet à l'Etat de réprimer les crimes internationaux en général, et qui devient une obligation, en ce qui concerne les crimes spécifiques prévus par le Statut de Rome. Ainsi donc, le Principe de l'Universalité est d'abord abordé comme élément de connection adopté par les Etats dans leurs législations pénales, de portée extraterritoriale, puis comme fondement de l'exercice de la Juridiction des Etats en vue de la constitution du Tribunal Pénal International. Ainsi tracés dans le champ d'action des Etats et du Tribunal Pénal International, les mécanismes d'application du Principe de l'Universalité de la Juridiction, apparaissent importants en tant qu'instruments de concrétisation du Principe de Complémentarité sur lequel se structure le Tribunal Pénal International. Parallèlement, il est du devoir des Etats-Membres de coopérer avec le Tribunal Pénal International. Et, afin d'assurer les garanties constitutionnelles des accusés, ce Tribunal requiert du droit interne brésilien que le pouvoir judiciaire national, répondant au Principe de Complémentarité, puisse poursuivre et punir ces accusés. Ceci, afin que la lutte contre la terreur ne compromette pas l'apparat civilisateur des droits et des devoirs constitutionnels.

Mots-clés : Crimes Internationaux, Génocide, Crimes contre l'Humanité, Crimes de Guerre, Droit International Pénal, Droit Pénal International, Juridiction Internationale, Juridiction Universelle, Principe de l'Universalité de la Juridiction, Principe de Complémentarité, Tribunal Pénal International, Statut de Rome.

RESUMEN

La creación del Tribunal Penal Internacional visa atender a la preocupación internacional de desarrollos de mecanismos capaces de contener la criminalidad internacional, ecuacionando la garantía del derecho a la justicia, el fin de la impunidad y la soberanía del Estado, a la luz del Principio de la Complementariedad, entre la jurisdicción de éste y de los Estados Partes. En el contexto de implementación del Estatuto de Roma, se destaca la necesidad de que los Estados Partes reconozcan los crímenes de competencia del Tribunal, como crímenes internacionales, sujetos a una sistemática jurisdiccional específica, la cual impone a los Estados el deber de actuación. Esta obligación del Estado tiene fundamento en el Principio de la Universalidad de la Jurisdicción, el cual le permite reprimir los crímenes internacionales en general, tornándose en relación con los crímenes específicos previstos por el Estatuto de Roma, una obligación. De esta forma, el Principio de la Universalidad es abordado inicialmente como elemento de conexión adoptado por los Estados en su legislación penal con alcance extraterritorial y posteriormente como fundamento del ejercicio de la jurisdicción de los Estados para la constitución del Tribunal Penal Internacional. Al ser delineados los mecanismos de aplicación del Principio de la Universalidad de la Jurisdicción en el ámbito de los Estados y del Tribunal Penal Internacional, se percibe su importancia como instrumento de concretización del Principio de la Complementariedad en el cual se fundamenta el Tribunal Penal Internacional. Paralelamente, se tiene el deber de los Estados Partes en cooperar con el Tribunal Penal Internacional, con el fin de asegurarse las garantías constitucionales de los acusados, requiere que el derecho interno brasileño permita que éstos sean procesados y penalizados por el judiciario nacional ateniendo al Principio de la Complementariedad, haciendo con que la lucha contra el terror no comprometa el aparato civilizatorio de derechos y deberes constitucionales.

Palabras claves: Crímenes Internacionales, Genocidio, Crímenes Contra la Humanidad, Crímenes de Guerra, Derecho Internacional Penal, Derecho Penal Internacional, Jurisdicción Internacional, Jurisdicción Universal, Principio de la Universalidad de la Jurisdicción, Principio de la Complementariedad, Tribunal Penal Internacional, Estatuto de Roma.

ABREVIAÇÕES EMPREGADAS

AJIL – American Journal of International Law

ASIL – American Society of International Law

CDI – Comissão de Direito Internacional

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

DI – Direito Internacional

ICJ – International Court of Justice

ICTR – International Criminal Tribunal for Rwanda

ICTY – International Criminal Tribunal for Yuguslavia

ILC – International Law Commission

ILM – International Legal Materials

ILR – International Law Reports

IMT – International Military Tribunal

IMTF – International Military Tribunal for the Far East

LOPJ – Ley Orgánica del Poder Judicial

ONU – Organização das Nações Unidas

TPI – Tribunal Penal Internacional

TPII – Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia

TPIR – Tribunal Penal Internacional para Ruanda

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS iv
RESUMO vii
ABSTRACT viii
RESUME ix
RESUMEN x
ABREVIAÇÕES EMPREGADAS xi

INTRODUÇÃO 1
1. O Pressuposto de uma Sociedade de Estados na Repressão aos Crimes Internacionais 2
2. O Princípio da Universalidade da Jurisdição no Direito Internacional Penal 7

Parte I - O Direito Internacional Penal e a doutrina da Jurisdição Internacional dos Estados 11
1. Direito Internacional Penal: aspectos gerais 12
1.1. Denominação da disciplina 12
1.2. O Direito Internacional Penal como ramo do Direito Internacional 18
1.3. Surgimento das Normas Jurídicas 19
1.3.1. A incriminação do recurso à guerra 20
1.3.2. Incriminação de condutas na guerra 25
1.3.3. Incriminação das condutas contrárias ao *droit des gens* 29
1.4. O Processo Internacional Criminal para a aplicação da sanção penal 30
1.4.1. Tentativas iniciais (1919–1945) 30
1.4.2. Processos Internacional Penais pós- II Guerra Mundial: os Tribunais de Nuremberg e Tóquio (1945–1947) 32
1.4.3. O trabalho da Comissão de Direito Internacional (1950 – 1954) para a elaboração do Estatuto de um Tribunal Penal Internacional 34
1.4.4. O desenvolvimento dos Tribunais *ad hoc* (1993 – 1994): ICTY e ICTR ... 35

1.4.5. A elaboração e adoção do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1994 – 1998) 37
2. Processos de Elaboração do Direito Internacional Penal: o papel das fontes no conceito de crimes internacionais 40
2.1. Fontes do Direito Internacional Geral 40
2.2. Problemas específicos do direito internacional penal 43
2.3. O Costume Internacional 45
2.4. Processos de Codificação (Tratados e Estatutos dos Tribunais) 47
2.4.1. A Relação entre os Tratados e o Costume Internacional 48
2.5. A Aplicação dos Princípios Gerais do Direito Internacional Penal e os Princípios Gerais do Direito Internacional 51
2.6. O Papel das Decisões Judiciais 52
2.7. Princípios Internacionais Criminais como Normas Cogentes (*Jus Cogens*) 53
2.7.1. "*Jus cogens*" e os crimes internacionais 55
2.8. A Definição dos Crimes Internacionais definindo a Jurisdição Internacional Penal 59
2.8.1. Evolução Histórica dos Crimes Internacionais 59
2.8.2. A Noção de Crimes Internacionais 62
2.8.3. Os Crimes Internacionais no Estatuto do Tribunal Penal Internacional 64
A. Genocídio 65
B. Crimes contra a humanidade 66
C. Crimes de guerra 67
3. A Doutrina da Jurisdição Internacional do Estado no Direito Internacional 71
3.1. A jurisdição internacional como um conceito legal 71
3.2. Tipos de jurisdição 79
3.2.1. A Jurisdição *Prescritiva* 80
3.2.2. A Jurisdição *Adjudicativa* 82
3.2.3. A Jurisdição *Executiva* 84
3.3. Coordenação do exercício das Jurisdições Penais Estatais 86
3.3.1. Elementos de Conexão na Legislação Penal Estatal 88
3.3.2. Elementos de conexão: abordagem jurisdicional permissiva e proibitiva ... 89
3.3.3. Bases Jurisdicionais 94
3.3.4. Princípio Territorial 94

A. Jurisdição Territorial Subjetiva ou Princípio Territorial Subjetivo 96
B. Jurisdição Territorial Objetiva ou Teoria da Competência Concorrente..... 96
C. A Doutrina dos Efeitos ou Teoria dos Efeitos 98
3.3.5. Princípio da Nacionalidade 99
3.3.6. Princípio da Personalidade Passiva 100
3.3.7. Princípio da Proteção 100
3.4. Incriminação Internacional 101
3.4.1. Princípio da Universalidade 103
3.4.2. Crimes Internacionais 104

Parte II - O Princípio da Universalidade da Jurisdição 106
4. Jurisdição Universal: compreendendo o conceito básico 107
4.1. A Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça 109
4.1.1. O voto dissidente do Juiz *ad hoc* Van den Wyngaert 109
4.1.2. A Jurisdição Universal *in Absentia* 111
4.1.3. Jurisdição Universal 115
4.2. Jurisdição Universal: critérios de classificação 118
4.2.1. A Classificação adotada por Reydams (2003) 119
A. O Princípio da Universalidade Geral Co-operativa 120
B. O Princípio da Universalidade Limitada Co-operativa 122
4.2.2. A Classificação adotada por Henzelin (2000) 124
A. Princípio da Universalidade Unilateral 125
B. Princípio da Universalidade Delegada 126
4.2.3. O Princípio da Universalidade Limitada Unilateral (Reydams: 2003)/ Princípio da Universalidade Absoluta (Henzelin: 2000) – Jurisdição Universal Originária. 129
4.2.4. Critica às classificações adotadas 135
5. Os Tribunais Nacionais na aplicação do Princípio da Jurisdição Universal 139
5.1. AUSTRÁLIA 139
5.1.1. Panorama da Legislação Penal 139
A. Lei sobre os Crimes de Guerra (1945) (*War Crimes Act 1945*) 139
B. Emenda à Lei sobre os Crimes de Guerra (1988) (*War Crimes Amendment Act 1988*) 141

C. Lei das Convenções de Genebra (1957) (*Geneva Conventions Act 1957*) 142
D. Lei do Tribunal Penal Internacional (2002) (*International Criminal Court Act 2002*) 142
E. Lei dos Crimes de Tortura (1988) (*Crimes Torture Act 1988)*..... 143
5.1.2. Jurisprudência 143
5.2. ISRAEL 146
5.2.1. Panorama da Legislação Penal 146
A. Lei para Punição dos Nazistas e seus Colaboradores (1950) (*Nazi and Nazi Collaborators Punishment Law 1950*) 146
B. Lei de Prevenção e Punição ao Crime de Genocídio (1950) (*Crime of Genocide Prevention and Punishment Law* 1950) 148
5.2.2. Jurisprudência 148
5.3. BÉLGICA 152
5.3.1. Panorama da Legislação Penal 152
A. Lei Relativa à Repressão das Graves Violações do Direito Internacional Humanitário (*Loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire*) 152
5.3.2. Jurisprudência 154
A. Caso *Pinochet* 154
B. Caso *Ndombasi* 160
5.4. REINO UNIDO 161
5.4.1. Panorama da Legislação Penal 161
A. Lei sobre os Crimes de Guerra (1991) (*War Crimes Act 1991)* 161
B. Lei sobre o Tribunal Penal Internacional (2001) (*International Criminal Court Act 2001*) 162
5.4.2. Jurisprudência 164
5.5. ESPANHA 168
5.5.1. Panorama da Legislação Penal 168
A. Lei Orgânica do Poder Judicial (1985) (*Ley Orgánica del Poder Judicial 1985*), artigo 23.4 168
B. Ação Popular 169
5.5.2. Jurisprudência 169

6. O Conceito de *Aut Dedere Aut Judicare* como obrigação de exercício da Jurisdição Universal 173
6.1. O Conceito de *Aut dedere Aut Judicare* 173
6.2. O Princípio *Aut Dedere Aut Judicare* nas Convenções Internacionais 176
6.3. Tipos de obrigação 176
6.3.1. Os Tratados de Extradição 176
6.3.2. A Formulação da Convenção Internacional para a Repressão de Moeda Falsa 181
6.3.3. As Convenções de Genebra 184
6.3.4. A Formulação da Convenção de Haia 186
6.4. O Costume determinando o Princípio *Aut Dedere Aut Judicare* 195

Parte III - Os Tribunais Penais Internacionais como expressão da Jurisdição Universal dos Estados 198
7. Instância Penal Internacional Contemporânea: Jurisdição Universal *Delegada* ou *Absoluta*? 199
7.1. O processo de Nuremberg e suas implicações teóricas 200
7.1.1. Os recursos pós-Nuremberg da Doutrina da Universalidade Absoluta 203
7.2. A doutrina da universalidade absoluta do pós-guerra 204
7.3. A criação dos Tribunais *ad hoc* pelo Conselho de Segurança 206
7.3.1. A delegação de competência para a aceitação dos poderes implícitos do Conselho de Segurança 207
7.4. Os casos *Tadić* e *Furundžija*, síntese do Princípio da Universalidade Absoluta *Derivada* e da Doutrina da Universalidade Absoluta 211
7.4.1. O caso *Tadić* 211
7.4.2. O caso *Furundžija* 217
7.5. O Tribunal Penal Internacional e a competência concorrente dos Estados: Princípio da Universalidade *Absoluta* originária ou derivada? 221
8. A Jurisdição do Tribunal Penal Internacional: fundamentos e mecanismos de exercício 223
8.1. Fundamentos da Jurisdição 224
8.1.1. A Jurisdição do Tribunal Penal Internacional 225
8.2. Competência do Tribunal Penal Internacional 227

8.2.1. Competência *ratione temporis* 228
8.2.2. Competência *ratione loci* 230
8.2.3. Competência *ratione personae* 232
8.2.4. Jurisdição *ratione materiae* 233
8.2.5. Aspectos Jurisdicionais como Elementos Constitutivos das Ofensas 236
8.3. Complementaridade com o Sistema Judicial Estatal 237
8.3.1. A primazia dos TPII e TPIR 238
8.3.2. A complementaridade do TPI 238
8.4. Exercício da Jurisdição 241
8.4.1. Denúncia por um Estado Parte ou inquérito iniciado pelo próprio Procurador (*proprio motu*) 241
8.4.2. Denúncia pelo Conselho de Segurança 243
8.4.3. Regras de jurisdição (competência) e admissibilidade 243
8.5. Execução das decisões do Tribunal 245
8.5.1. A necessidade de que os Tribunais e Cortes Internacionais se baseiem na Cooperação dos Estados 246
A. Modelos de Cooperação 246
B. Cooperação dos Estados conforme o mecanismo do TPI 247
8.5.2. A questão da entrega dos nacionais (*surrender*) 249
8.5.3. A Co-operação e o Direito Interno dos Estados: uma relação necessária . 250

CONCLUSÃO 254
BIBLIOGRAFIA 274
Doutrina 274
Dicionários (listagem provisória) 289
Legislação (listagem provisória) 290
Jurisprudência 293
Sites consultados 294

INTRODUÇÃO

O sensível aumento do número de crimes internacionais após a 2ª Guerra Mundial, associado ao fenômeno da globalização e após 11 de setembro de 2001, o terrorismo internacional, acentuaram a preocupação internacional de desenvolvimento de mecanismos capazes de vencer o grande desafio que a repressão à estas condutas impõe.

O Tribunal Penal Internacional busca responder à esta demanda da sociedade internacional, na medida em que visa superar o problema da impunidade dos acusados, bem como da seletividade, haja vista a criação dos Tribunais *Ad hoc* anteriores terem sido baseadas em decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas, revelando cunho predominantemente político.

Desta forma, pode-se afirmar que o Estatuto de Roma possui como objetivo primordial equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do Princípio da Complementaridade, entre a sua jurisdição e a jurisdição dos Estados Partes.

A proposta desta tese é de delinear o contexto jurídico da repressão aos crimes internacionais, no qual o Tribunal Internacional se insere, sob o prisma jurisdicional. Para tanto, o ponto central será a análise da aplicabilidade do Princípio da Universalidade da Jurisdição em relação à Jurisdição Internacional dos Estados e dos Tribunais Internacionais. Acreditamos ser esta fundamental para tornar eficaz a "complementaridade" entre a Jurisdição dos Estados e do Tribunal Penal Internacional, na qual o Estatuto de Roma se baseia.

A "complementaridade" requer por parte dos Estados Partes que os mecanismos previstos pelo Estatuto de Roma sejam implementados no direito interno, como meio de evitar-se que a luta contra o terror por meio do Tribunal Penal Internacional não comprometa o aparato civilizatório de direitos, liberdades e garantias individuais consagrados no ordenamento jurídico dos Estados Partes, bem como no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No contexto de implementação do Estatuto de Roma, destaca-se a necessidade de que os Estados Partes reconheçam os crimes de competência do Tribunal, como crimes internacionais, sujeitos à uma sistemática jurisdicional específica, a qual impõe aos Estados o dever de atuação. Esta obrigação do Estado

funda-se no Princípio da Universalidade da Jurisdição, o qual o permite reprimir os crimes internacionais em geral, tornando-se em relação aos crimes específicos previstos pelo Estatuto de Roma, uma obrigação.

Assim, o Princípio da Universalidade da Jurisdição percorre toda a tese, abordado inicialmente como "elemento de conexão" adotado pelo Estado em sua legislação penal com alcance extraterritorial e posteriormente como fundamento do exercício da jurisdição dos Estados para constituição do Tribunal Penal Internacional.

O objetivo desta tese, portanto, é o de delinear os *mecanismos de aplicação do Princípio da Universalidade da Jurisdição no âmbito dos Estados e do Tribunal Penal Internacional*, como instrumento essencial para a implementação do Estatuto de Roma pelos Estados Partes visando tornar concreto o "Princípio da Complementaridade" no qual o Tribunal Penal Internacional se fundamenta.

Com o intuito de abordar os *mecanismos de aplicação do Princípio da Universalidade da Jurisdição no âmbito dos Estados e do Tribunal Penal Internacional*, nesta introdução apresentaremos o pressuposto de uma sociedade de Estados na repressão aos crimes internacionais (1) em seguida, a terminologia empregada para tratar do que denominamos de Princípio da Universalidade da Jurisdição no Direito Internacional Penal (2), com o objetivo de traçar a estrutura adotada para a análise proposta.

1. O Pressuposto de uma Sociedade de Estados na Repressão aos Crimes Internacionais

O que atualmente entendemos como Direito Internacional tem grande parte suas raízes no conceito de uma "Sociedade de Estados".[1] Segundo GIERKE (1913), haveriam três diferentes noções sobre a natureza das relações internacionais, a saber:

(1) a tendência (sustentada pela remanescente idéia medieval de um império universal) de que o conceito de sociedade internacional seja consagrada na

---

[1] BASSIOUNI, M. Cherif e WISE, Edward. *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*.....p. 33: From its beginnings, what we know as international law has been largely base don the idea of a "society of states".

noção de um Estado-Mundial, com a efetiva autoridade de um grupo, atribuída pela comunidade jurídica internacional;

(2) as concepções de *Bodin* e *Hobbes*, os quais rejeitam *in toto* a idéia de uma comunidade natural unindo os Estados; e

(3) a idéia de uma sociedade internacional envolvendo um sistema de direitos e deveres mutuamente vinculantes entre os Estados nas suas relações entre si, mas não configurando a autoridade do todo sobre suas partes.[2]

Esta última noção prevaleceu para fins de desenvolvimento do direito internacional moderno.

Ao adotar esta abordagem como "pressuposto necessário" para a pesquisa desenvolvida, fazemos menção à conclusão do Professor Ian BROWNLIE ao tratar da Função do Direito na Comunidade Internacional, na Academia de Haia (1995):

> (...) Governos e seus oficiais frequentemente aplicam regras as quais chamam de "direito das nações" ou "direito internacional". O fato do direito internacional ter sido referenciado no processo de tomada de decisão é prova disto.
> (...) O direito delimita a competência dos Estados. Nenhuma viagem aérea poderia ser realizada em condições razoáveis se não houvesse uma rede de estruturas legais regulando a jurisdição dos Estados, os acordos entre Estados e vários procedimentos e padrões. O direito também fornece instrumentos para a construção de instituições. Tipicamente, o que se compreende por *loi-cadre* da EEC (Comunidade Econômica Européia) é um tratado multilateral.[3]

Neste sentido, o Professor Ian BROWNLIE, passa a analisar o que lhe parece a questão mais interessante e necessária: a questão da aplicabilidade e eficácia do direito internacional. Para tanto, aproxima do direito internacional do mundo político sob dois ângulos:

---

[2] GIERKE, Otto. *National Law and the Theory of Society 1500 to 1800*, at 85-86, 195-98 (Ernest Barker trans. 1934; Beacon Press reprint 1957). Esta é uma tradução de 4 Otto von Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht 361-63, 535-41 (1913; re-impresso 1954). *In*: BASSIOUNI, M. Cherif e WISE, Edward. *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*.....p. 34.

[3] BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1995, Tome 255 de la collection, p. 32: (...) Governments and their officials routinely use rules which they have for a very long time called the "law of nations" or "international law". The evidence is that reference to international law has been a part of the normal process of decision-making....The law delimits the competence of States. No journey by air could take place in reasonable conditions if it were not for a network of legal structures involving the jurisdiction of States, the agreements of States and various ICAO procedures and standards. The law also provides the tools for constructing institutions. Typically, what is, in effect, the *loi-cadre* of the EEC is a multilateral treaty.

> (...) Em primeiro lugar, os destinatários das regras, em geral, são primordialmente os próprios Governos. Normalmente se esquece que este aspecto também ocorre em relação ao direito público nos Estados. Como o direito constitucional, o direito internacional se destina aos mesmos agentes que devem aplicar as regras: as regras são essencialmente princípios de auto-limitação e para fins do Governo, são imanentes não externos.[4]

Tratando do segundo aspecto:

> (...) O direito internacional é essencialmente um direito *entre* Estados e assim permanece sendo apesar do surgimento de várias organizações internacionais e o significante papel dos *standards* de direitos humanos. Não há um Estado Mundial.
> (...) Talvez a chave para toda a discussão seja a proposição de que a legalidade é indivisível. Os episódios em geral descritos como "sérias violações ao direito internacional" – genocídio, seqüestro de reféns, várias outras violações aos direitos humanos – são produto das políticas governamentais.[5]

Adotando-se esta perspectiva, inicialmente apresentaremos o Direito Internacional Penal como disciplina jurídica na qual se baseiam as questões enfrentadas e o tratamento doutrinário da Jurisdição Internacional dos Estados, visando compor um quadro dos mecanismos a serem utilizados pelos Estados na repressão aos crimes internacionais (Parte I).

Para definir o Direito Internacional Penal traçaremos seus aspectos gerais relacionados ao Direito Internacional Penal como ramo do Direito Internacional o qual visa primordialmente reprimir os crimes internacionais (Capítulo 1). O enfoque principal será o de compreender o papel das fontes do Direito Internacional Penal para a definição do conceito dos crimes internacionais, essencial para a correta interpretação do Estatuto de Roma, na medida em que este nos remete às demais fontes do Direito Internacional. Atenção especial é conferida à abordagem das fontes, pois diferentemente do que ocorre no direito interno dos paises de "*civil law*", existe no Direito Internacional e conseqüentemente no Direito Internacional

---

[4] BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*..... p. 32: (...) In the first place, the addressees of the rules are normally and primarily the Governments themselves. It is too often forgotten that this feature is shared by public law within States. Like the law of the constitution, international law addresses the very agents who should apply the rules: the rules are essentially principles of self-limitation and, for Governments, they are immanent and not external.

[5] BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*..... p. 32: (...) International law is essentially a law *between* States and this remains true in spite of the appearance of various international organizations and the significance of human rights standards. There is no world State. (...) Perhaps the key to the whole discussion is the proposition that legality is indivisible. The episodes which we usually describe as "serious breaches of international law"- genocide, hostage-taking, various other breaches of human rights – are the product of government policies as such.

Penal, intercomunicação entre as fontes, na medida em que para a criação das normas jurídicas internacionais penais mais de uma fonte deve operar, razão pela qual utilizamos a denominação "Processos de Elaboração" (Capítulo 2). Posteriormente, tendo definido o campo material da abordagem, será possível analisar a relação existente entre os crimes internacionais e a Jurisdição Internacional Penal, bem como os mecanismos pelos quais os Estados podem exercê-la (Capítulo 3).

Configura-se como primordial a distinção feita entre Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional (Capítulo 1), pois como será possível notar o trabalho situa-se no campo daquele. Entendemos que o Direito Penal Internacional, ao tratar da aplicação do Direito Penal do Estado no plano extraterritorial, o faz com base na "vontade" do respectivo Estado, como manifestação de sua soberania. Embora, o Direito Internacional Penal, possa em certas circunstâncias ao ser aplicado por órgãos judiciários nacionais, coincidir com o Direito Penal do Estado no plano extraterritorial, trata-se de uma "implementação", a qual gera grandes dificuldades teóricas e práticas para os Estados. Os tribunais nacionais ao processar e julgar crimes internacionais, embora o façam com base na legislação de direito interno, possuem sua atuação fundamentada no Direito Internacional Penal, o qual confere ao legislador nacional poderes para eleger "elementos de conexão", baseados na incriminação internacional da conduta (Capítulo 2).

A presente tese tem a finalidade de analisar o conjunto de normas a serem aplicadas pelas Cortes Internacionais Penais, sob o aspecto de seu processo de formação, em especial o Tribunal Penal Internacional, conforme estabelece o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional[6].

Estas normas podem ser aplicadas de maneira direta pelos Tribunais e Cortes Internacionais, sendo também passíveis de aplicação pelas Cortes Nacionais, uma vez que façam parte de seu ordenamento jurídico interno[7].

---

[6] Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, assinado em Roma, em 17.07.1998, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 112, de 06.06.2002, e promulgado pelo Decreto 4.388, de 25.09.2002, depósito da Carta de Ratificação em 20.06.2002. Entrada em vigor internacional em 01.07.2002, reproduzido em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (organizador). *Coletânea de Direito Internacional*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 691-745.

[7] Esta temática, a saber, a incorporação das normas do direito internacional pelo direito interno não constitui o objetivo do presente trabalho. Entretanto, ressaltamos a importância analisado da relação entre direito internacional e direito interno, em especial a obrigação do Estado de implementar os Tratados Internacionais na área penal internacional.

Conforme dispõe o Estatuto de Roma, no Tribunal Penal Internacional a competência do Tribunal está baseada nos seguintes termos: *ratione temporis* (artigo 11), *ratione loci* (artigos 12 e 13), *ratione personae* (artigos 1º, 25 e 26), *ratione materiae* (artigos 5º a 8º). Dentre estas, a pesquisa apresentada objetiva enfocar os mecanismos necessários para fins de delimitação da competência *ratione materiae* especificamente.

Em razão da dificuldade de aplicação direta dos dispositivos constantes dos artigos anteriormente mencionados, a saber: artigos 5º a 8º, haja vista, o entendimento de que o Estatuto de Roma não constitui "direito novo", ou seja, em relação aos crimes internacionais não objetiva "criar novas normas", propomos o estudo dos processos de elaboração do Direito Internacional Penal.

Entendemos ser este um ramo do Direito Internacional Público que rege a atuação dos Estados para fins de repressão dos crimes internacionais, conforme a definição elaborada pelo ilustre Professor da Universidade de Florença, Antonio CASSESE[8] (2003), Presidente do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia (1993-7):

> (...) O Direito Internacional Penal é um corpo de regras internacionais destinadas tanto a proibir os crimes internacionais quanto impor aos Estados a obrigação de processar e punir ao menos alguns destes crimes. Ele também regula os procedimentos internacionais para processar e julgar pessoas acusadas destes crimes[9].

Adotando-se esta abordagem conclui-se pela necessária aplicação destas fontes, na elaboração do conceito de crimes internacionais, os quais definem a competência *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional.

Para fins de aplicação dos mecanismos estabelecidos pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional, faz-se essencial a compreensão das normas do Direito Internacional Penal, haja vista o ideal da manutenção das normas pré-existentes ao

---

[8] Presidente do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia (1993-7), Juiz do Tribunal Penal para Antiga Iugoslávia (1993-2000).

[9] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 1st edition, New York: Oxford University Press, 2003, p.15: (…) International criminal law is a body of international rules designed both to proscribe international crimes and to impose upon States the obligation to prosecute and punish at least some of those crimes. It also regulates international proceedings for prosecuting and trying persons accused of such crimes.

Estatuto[10], especificamente ao serem definidos os crimes internacionais da competência do Tribunal Penal Internacional.

Ressaltamos ainda, a importância deste estudo para fins de implementação do Estatuto de Roma pelo ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que certas condutas tenham de configurar como crimes baseados nas normas de direito internacional penal reconhecidas pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Destaca-se que na Parte I, a temática é tratada à luz do conceito internacional de jurisdição, portanto, englobando os aspectos de criação, aplicação e execução das normas jurídicas, como manifestação do poder soberano do Estado. Por esta razão, estamos na esfera do direito do Estado de criar normas jurídicas que permitam-lhe processar e punir tais condutas.

2. O Princípio da Universalidade da Jurisdição no Direito Internacional Penal

A Teoria da Jurisdição Universal é estranha ao conceito da soberania nacional, a qual se configura como raiz histórica da jurisdição nacional. A Jurisdição Universal (terminologia que será empregada como forma reduzida da expressão Princípio da Universalidade da Jurisdição) transcende a soberania nacional.[11]

Desta forma, os Estados exercem a Jurisdição Universal, não apenas como jurisdição nacional, mas como sub-rogação da comunidade internacional. Em outras palavras, um Estado ao exercer a Jurisdição Universal realiza uma *action popularis* contra pessoas consideradas *hostis humani generis*.[12]

---

[10] Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, artigo 10: (...) Nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de direito internacional com fins distintos dos do presente Estatuto. Reproduzido em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (organizador). *Coletânea de Direito Internacional*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 697.

[11] BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, (2001-2002), Vol. 42, 81-162, p. 96.

[12] Ver BUTLER, Hays. Universal Jurisdiction: A Compilation of Documents (3 vols. 2000); ver também PAUST, Jordan J., BASSIOUNI, M. Cherif & SCHARF, M.et al. International Criminal Law: Cases and Materials (2nd. Ed. 2000); RATNER, Steven & ABRAMS, Jason. Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy (2001). *In*:

Admitindo-se que o exercício da jurisdição universal transcenda o conceito de soberania, identificam-se duas posições como justificativa[13], a saber:

1. Posição universalista – reconhece a existência de certos valores fundamentais e a existência de interesses internacionais fundamentais compartilhados e aceitos pela comunidade internacional e portanto, transcendendo a singularidade dos interesses nacionais.
2. Posição pragmática – reconhece que eventualmente certos interesses compartilhados da comunidade internacional requerem um mecanismo de execução ou de tutela o qual transcende o interesse de uma soberania singular.

Seguindo ainda o estudo proposto por BASSOUNI (2001-2002), estas duas posições teriam como elementos comuns:

(a) a existência de valores compartilhados pela comunidade internacional;
(b) a necessidade de expandir os mecanismos de tutela para as transgressões a estes valores; e
(c) a suposição de que a ampliação desta rede tutelar detenha, previna e puna, proporcionando a ordem mundial, justiça e paz.

Por outro lado diferem (BASSOUNI: 2001-2002) quanto aos seguintes aspectos:

(a) a natureza e as fontes dos valores que originam uma prescrição internacional ou supranacional (*international or supranational prescription*);
(b) o que constitui a comunidade internacional e seu quadro de membros; e
(c) a natureza e extensão dos direitos e obrigações que incumbem aos Estados.

Não constitui objeto deste trabalho os aspectos relacionados ao item (a). Em relação ao item (b), não questionaremos a constituição da comunidade internacional e seu quadro de membros, mas trabalharemos com o pressuposto de uma sociedade de Estados, o qual não exclui de forma alguma a comunidade internacional. Quanto ao item (c), esperamos por meio desta pesquisa delinear a quadro do Princípio da Universalidade da Jurisdição capaz de definir a natureza e extensão dos direitos e obrigações dos Estados no seu exercício.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*....p. 96.

[13] BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*....p. 97.

Na Parte II abordamos portanto, o Princípio da Universalidade da Jurisdição especificamente conforme três aspectos.

Primeiramente a compreensão do conceito básico do Princípio da Universalidade da Jurisdição, haja vista a grande dificuldade de harmonização da terminologia. Em razão dos julgamentos da Corte Internacional de Justiça se configurarem como fontes do Direito Internacional Penal, a abordagem tomará por base a aplicação da terminologia adotada pela Corte no caso *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*. A seguir serão apresentadas as classificações encontradas na restrita doutrina sobre o tema visando uma proposta uniforme para tratamento da questão (Capítulo 4).

Em segundo lugar a análise dos julgamentos proferidos pelos tribunais nacionais com base na aplicação do Princípio da Universalidade da Jurisdição, com o intuito de trazer elementos práticos para o trabalho, haja vista este se configurar mecanismo demonstrativo de aplicabilidade do Princípio, o qual nos permite visualizar como os Estados tendem a atuar em relação aos crimes internacionais. De certa forma, esta pode ser considerada uma maneira eficaz para determinação da viabilidade da "complementaridade" proposta pelo Estatuto de Roma (Capítulo 5).

Finalmente, o terceiro aspecto desloca o Princípio da Universalidade da Jurisdição para o plano da obrigação do Estado, consagrada na máxima *aut dedere aut judicare,* analisando no contexto *pré*-Estatuto de Roma, o dever do Estado de processar e punir os crimes internacionais (Capítulo 6).

Para completar o quadro do Princípio da Universalidade da Jurisdição no Direito Internacional Penal, na Parte III desta tese trataremos especificamente dos Tribunais Penais Internacionais entendidos como expressão da Jurisdição Universal dos Estados.

Nesta etapa da pesquisa demonstraremos como o Princípio da Universalidade se manifesta no contexto de criação dos Tribunais Internacionais, à luz do fenômeno da "delegação" da jurisdição pelos Estados aplicado aos Tribunais Internacionais. Analisaremos especialmente o Tribunal de Nuremberg e os tribunais *ad hoc*, criados pelo Conselho de Segurança (Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia e Tribunal Penal Internacional para Ruanda), para com base neste "estudo de casos" associado à fundamentação teórica previamente realizada delinear

com Princípio da Universalidade da Jurisdição no Tribunal Penal Internacional (Capítulo 7).

A seguir serão apresentados os fundamentos e mecanismos de exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, a qual preferimos denominar competência[14], por tratar-se de um Tribunal, o qual atua conforme os poderes recebidos no seu estatuto constitutivo. Por meio desta abordagem será possível verificar-se como opera o "Princípio da Complementaridade", elemento essencial da Jurisdição Internacional, o qual no contexto *pós*-Estatuto de Roma, admite o entendimento de extensão da máxima *aut dedere aut judicare* para todos os crimes sujeitos aos mecanismos jurisdicionais do Tribunal Penal Internacional, impondo portanto uma obrigação aos Estados de exercício da Jurisdição Universal sob pena de alegação que o Estado "não tem vontade de agir ou não possui capacidade para tanto" [15](Capítulo 8).

Acreditamos ser vital a compreensão deste mecanismo jurisdicional que embora denominado "Princípio da Complementaridade" traz consigo o "Princípio da Universalidade da Jurisdição", para fins de implementação do Estatuto de Roma pelos Estados Partes. Desta forma, será possível demonstrar que para observância do Estatuto de Roma o ordenamento jurídico interno deverá prever as circunstâncias nas quais a lei penal terá aplicação extraterritorial, sob pena de violação das garantias fundamentais dos supostos autores.

[14] Conforme Capítulos 3 e 8.
[15] Artigo 17 do Estatuto de Roma.

Parte I

O Direito Internacional Penal e a doutrina da Jurisdição Internacional dos Estados

1. Direito Internacional Penal: aspectos gerais

Com a finalidade de compor o quadro dos mecanismos a serem utilizados pelos Estados na repressão aos crimes internacionais, inicialmente abordamos o Direito Internacional Penal como disciplina jurídica. Com a finalidade de definir este ramo jurídico, traçamos a seguir seus aspectos gerais visando primordialmente demonstrar sua relação com o Direito Internacional e o Direito Penal Internacional.

1.1. Denominação da disciplina

Nas ordens jurídicas nacionais, o Direito Penal foi aos poucos adquirindo um prolongamento internacional, especialmente na medida em que os Estados buscam a repressão da criminalidade marcada por um elemento internacional. Este aspecto internacional do Direito Penal Interno[16], surge do reconhecimento de que o Direito Penal Nacional pode regular condutas dirigidas contra a ordem interna do Estado marcadas por elementos estrangeiros, como a nacionalidade do acusado, a nacionalidade da vítima, o local no qual o crime foi praticado ou no qual seus resultados se operaram. Neste sentido, o surgimento do Direito Penal Internacional corresponde à necessária evolução do Direito Penal Interno, para além das fronteiras territoriais do Estado, como resultado do interesse estatal de proteção da ordem pública.

A denominação Direito Penal Internacional também é empregada para designar as condutas de particulares, condenadas de maneira unânime pela moral e a consciência das nações, as quais constituem o rol dos crimes do "direito das gentes"[17] e que podem ser objeto de repressão universal[18].

---

[16] SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), Droit International Pénal, Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, 2000, págs. 7-22.

[17] SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p.8: "rang de crimes du droit des gens".

[18] Para o Princípio da Jurisdição Universal ver a Parte II desta tese.

VABRES (1922) propõe a seguinte definição:

> (…) O Direito Penal Internacional é a ciência que determina a competência das jurisdições penais do Estado *vis-à-vis* as jurisdições estrangeiras, a aplicação de suas leis criminais – lei de fundo e lei de forma – em relação aos lugares e às pessoas as quais regem, a autoridade, dentro do seu território, dos julgamentos repressivos estrangeiros.[19] *(tradução livre)*[20]

Como resultado desta definição pode-se afirmar que o direito penal internacional é um ramo do direito público. Ao regular a relação entre os Estados e os pessoas naturais, delimita a jurisdição dos tribunais do Estado, a aplicação das suas leis e o efeito de seus julgamentos.

Segundo Anne-Marie LA ROSA (1998), esta definição deve ser abandonada, por ser mais adequada uma definição que englobe igualmente as regras de origem internacional. Neste sentido esclarece:

> (...) Conjunto de regras que governam a incriminação e a repressão das infrações que apresentam um elemento alienígena ou que seja de origem internacional. O elemento alienígena significa que o **problema penal nacional está em contato com uma ordem jurídica estrangeira** que resulta geralmente da nacionalidade estrangeira do autor ou do caráter extraterritorial da infração. Muitas vezes faz-se a oposição entre o direito penal internacional (as regras mencionadas anteriormente de origem interna) e o direito internacional penal (as regras mencionadas anteriormente de origem internacional).[21]
>
> (*grifo nosso*)

Esta disciplina jurídica tem sua constituição baseada em dois aspectos característicos dos tempos modernos (VABRES:1947) o desenvolvimento da criminalidade internacional e a constituição dos Estados. Como seu próprio nome

---

[19] VABRES, Donnedieu. *Introduction à l'étude du droit pénal internacional*: *Essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger*. Paris: Librairie du Sirey, 1922: (...) Le droit pénal interantional est la science qui détermine la compétence des jurisdictions pénales de l'Etat vis-à-vis des jurisdictions étrangères, l'application de ses lois criminelles – lois de fond et lois de forme – par rapport aux lieux et aux personnes qu'elles régissent, l'autorité, sur son territoire, des jugements répressifs étrangers.

[20] Todas as traduções doravante realizadas são livres, razão pela qual a expressão "*tradução livre*" será omitida.

[21] LA ROSA, Anne-Marie. *Dictionnaire de Droit International Pénal*. *Termes choisis*. 1ère édition, Genève: Publications de L'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1998, p. 36: (...) Ensemble des règles gouvernant l'incrimination et la répression des infractions qui sont présentent un élément d'extranéité soit sont d'origine internationale. L'élément d'extranéité signifie que le problème pénal national est en contact avec un ordre juridique étranger qui résulte généralement de la nationalité étrangère de l'auteur ou du caractère extraterritorial de l'infraction. On oppose parfois le droit pénal international (les règles précitées d'origine interne) et le droit international pénal (les règles précitées d'origine internationale).

indica, seus princípios provêem de dois ramos jurídicos: o direito penal e o direito internacional público. Do primeiro deriva o princípio da legalidade dos delitos e das penas, como proteção dos direitos fundamentais (individuais) e do segundo a regra de que as relações entre os Estados ocorrem essencialmente entre estas unidade políticas, afetando apenas indiretamente o indivíduo.[22] Esta posição atualmente está sujeita a questionamento em razão dos tribunais internacionais, em especial o TPI, os quais possuem competência para julgar pessoas naturais.

Donnedieu VABRES (1947) esclarece ainda, que:

> (...) O direito penal interestatal rege as infrações cometidas na relação entre os Estados, por pessoas exercendo uma atividade pública, agindo em nome do Estado.[23]

Por fim, conclui:

> (...) O direito penal internacional se encontra *vis-à-vis* o direito penal inter-estatal, em uma relação análoga à existente entre o direito internacional privado e o direito internacional público.[24]

Colega romano, M. Vespasien PELLA (1926) propõe que os Estados se submetam à obrigações recíprocas que definam uma lei penal comum, o qual estabelecerá um tribunal superior, diante de uma justiça penal internacional. Este corpo de regras, denomina "direito penal internacional" (*droit pénal international*).[25]

Vespasien PELLA (1926) sugere a denominação "direito penal internacional de *l'avenir*" (*droit pénal international de l'avenir*). No entanto, segundo Donnedieu VABRES (1928), o termo "direito penal inter-estatal" (*droit pénal interétatique*), que V. PELLA (1926) propõe a título subsidiário, parece-lhe ser mais apropriado para o objeto desta ciência, pois é necessário saber quem são exatamente os sujeitos.

---

[22] VABRES, Donnedieu. *Le Procès de Nuremberg Devant les Principes Modernes du Droit Pénal Internacional*. Académie de Droit International: Recueil des Cours, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, I Tome 70 de la Collection, p. 481-581., p. 485.

[23] VABRES, Donnedieu. *Le Procès de Nuremberg Devant les Principes Modernes du Droit Pénal Internacional*....p. 485: (...) Le droit pénal interétatique régit des infractions que sont commises, dans les rapports entre Etats, par des personnes exerçant une activité publique, agissant au nom de l'Etat.

[24] VABRES, Donnedieu. *Le Procès de Nuremberg Devant les Principes Modernes du Droit Pénal Internacional*....p. 485: (...) Le droit pénal international se trouve vis-à-vis du droit pénal interétatique dans une relation analogue à celle du droit international privé et du droit international public.

[25] PELLA, M. Vespasien. *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, 2éme édition, Paris: 1926. *In*: VABRES, Donnedieu. *Les Principes Modernes du Droit Penal International*. Paris: Librarie du Recueil Sirey, 1928. p.4.

De acordo com o entendimento de Vespasien PELLA (1926), a expressão "direito internacional" é atualmente consagrada em razão do seu emprego por certas disciplinas jurídicas ao se relacionarem como o direito interno, ao serem do interesse de entes privados, por se colocarem perante sujeitos de diversos Estados. Neste sentido seria suficiente invocar o sentido clássico do "direito internacional privado" (*droit international privé*)[26].

De acordo com a concepção de Direito Penal Internacional de Vesparien PELLA (1926), denomina-se *droit de l'avenir*, o direito que:

> (...) terá por objetivo principal a regulamentação do exercício da repressão das ações ilícitas que possam ser cometidas pelos Estados em suas relações recíprocas.[27]

Para Vesparien PELLA (1926), o *droit international de l'avenir*, oposto ao direito penal internacional clássico é mal denominado, pois seria melhor um direito penal inter-estatal (*droit pénal inter-étatique*), uma nova disciplina. Mas a repressão como garantia da ordem jurídica inter-estatal não pode se limitar aos atos ilícitos coletivos cometidos por Estados, devendo tratar igualmente dos atos cometidos pelos indivíduos. Por esta razão conserva a denominação "direito penal internacional" (*droit pénal international*). De qualquer forma, não nega ser uma ramificação do direito público internacional que determina as infrações, que estabelece as penas e que fixa as condições para a responsabilidade penal internacional dos Estados e dos indivíduos, ou seja: "...a tradução, dentro do domínio das leis positivas internacionais, das medidas da ordem repressiva preconizada pela política criminal internacional."[28]

De acordo com Antonio CASSESE (2003):

> (...) O Direito Internacional Penal é um corpo de regras internacionais destinadas tanto a proibir os **crimes internacionais** quanto **impor aos Estados a obrigação**

---

[26] PELLA, M. Vespasien. *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, 2éme édition, Paris: 1926. *In*: VABRES, Donnedieu. *Les Principes Modernes du Droit Penal International*. Paris: Librarie du Recueil Sirey, 1928. p.4.

[27] PELLA, M. Vespasien. *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, 2éme édition, Paris: 1926, p. 168: (...) aura pour object principal la réglementation de l'exercise de la répression des actions illicites que peuvent être commises par les États dans leurs rapports réciproques.

[28] PELLA, M. Vespasien. *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*.....p. 172, 173: « ....la ramification du droit public international qui détermine les infractions, qui établi les peines et qui fixe les conditions de la responsabilité pénale internationale des États el des individus. » In : SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal....p. 11.

> **de processar e punir** ao menos alguns destes crimes. Ele também regula os **procedimentos internacionais** para processar e julgar pessoas acusadas destes crimes[29].
>
> *(grifo nosso)*

Engloba o direito substantivo[30] composto de preceitos que determinam as condutas consideradas crimes internacionais, elementos subjetivos considerados proibidos, circunstâncias excludentes de ilicitude e punibilidade. Paralelamente, tem-se os requisitos segundo os quais os Estados devem ou podem, com base nas normas internacionais, processar ou julgar pessoas acusadas destes crimes, ou seja o direito processual penal[31], que governa a atuação das autoridades encarregadas dos vários estágios dos julgamentos internacionais.

Tradicionalmente, especialmente na França, Alemanha, Itália e Espanha o chamado "direito penal internacional"[32] compõe-se de toda a atividade desempenhada pelas cortes nacionais tendo como objeto a criminalidade internacional, portanto a jurisdição das cortes nacionais para julgar os crimes internacionais, o direito aplicado pelos tribunais nacionais a estes crimes, bem como a cooperação judicial interestatal para sua repressão.

CASSESE (2003), sugere que uma concepção moderna do direito internacional deve levar em consideração várias questões fundamentais relacionadas ao papel desempenhado pelas cortes nacionais no direito internacional penal, com base nos seguintes fatores:

(i) os tribunais nacionais têm contribuído enormemente para o desenvolvimento do direito internacional penal;

---

[29] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 1st edition, New York: Oxford University Press, 2003, p.15: (…) International criminal law is a body of international rules designed both to proscribe international crimes and to impose upon States the obligation to prosecute and punish at least some of those crimes. It also regulates international proceedings for prosecuting and trying persons accused of such crimes.

[30] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*.....p.15: "The first limb of this body makes up **substantive** law." (*grifo nosso*).

[31] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*…. p.15: "The set of rules regulating international proceedings, that is **procedura**l criminal law, governs the action by prosecuting authorities and the various stages of **internationa**l trials." (*grifo nosso*).

[32] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*... p.15 *"criminal international law" (droit pénal international*. Ver também LA ROSA, Anne-Marie. *Dictionnaire de Droit International Pénal. Termes choisis*....p. 37: (....) c'est-à-dire le droit substantif qui décrit les infractions, identifie les personnes responsables et fixe les peines encourues, mais aussi la procédure pénale, ou droit pénal procédural, qui détermine entre autres la compétence des tribunaux répressifs, régit le procès, attribue des effets aux jugements et fixe les règles relatives à l'assistance et à la cooperátion internationales en matière de répression pénale.

(ii) atualmente os tribunais e as cortes internacionais fazem a devida referência às jurisprudências nacionais e à maneira pela qual as cortes nacionais aplicam a legislação interna e internacional, ao pronunciar-se acerca dos crimes internacionais;

(iii) as cortes internacionais têm de confiar inteiramente na cooperação estatal, para que possam tornar suas decisões efetivas, o que torna a questão relativa à cooperação dos Estados entre si na esfera dos crimes internacionais, bem como em relação às cortes internacionais criminais, pontos centrais deste ramo jurídico;

(iv) o fato do Tribunal Penal Internacional basear-se no princípio da complementaridade. Segundo este, o Tribunal julga apenas os casos nos quais o Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo não tenha vontade de levar o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer[33]. Para tanto, o TPI deve ter amplo conhecimento sobre o ordenamento jurídico de direito interno, que rege a atuação da Corte ou Tribunal nacional, para que possa decidir sobre questões relativas à admissibilidade.[34]

Com base na anteriormente exposto, para fins desta tese, adotaremos a distinção feita pelo ilustre jurista Prof. Dr. René Ariel DOTTI (2004), entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal em seu Curso de Direito Penal:

> (…)A importância da matéria é demonstrada pela existência do *Direito Penal Internacional* e pelo *Direito Internacional Penal*. Enquanto o primeiro é definido como o conjunto de disposições penais de interesse de dois ou mais países em seus respectivos territórios, o segundo é conceituado como o complexo de normas penais visando à repressão das infrações que constituem violações do Direito Internacional. As regras sobre a extraterritorialidade da lei penal (CP, art. 7º), a eficácia da sentença estrangeira (CP, art. 9º) e a extradição (Lei nº 6.815, de 19.8.1980) e outras situações jurídicas são exemplos do Direito Penal Internacional na aplicação das regras do *direito doméstico*, como um dever jurídico na repressão de certos crimes. A luta contra a criminalidade organizada com ramificações transnacionais (narcotráfico, terrorismo, tráfico de mulheres, lavagem de dinheiro, etc.) é um dos objetivos do Direito Internacional Penal, que também cria figuras típicas (genocídio, os crimes de guerra, crimes contra a paz, etc.) e cria tribunais internacionais, como ocorreu com o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, instituído em 1945 e integrado por juízes dos países

[33] Art. 17, 1 a) Estatuto do Tribunal Penal Internacional.
[34] Este aspecto será abordado nos Capítulos 7 e 8.

aliados (EUA, Rússia, França e Inglaterra), para julgar acusados de crimes praticados durante a II Grande Guerra (1939-1945)[35].

(itálico original mantido)

1.2. O Direito Internacional Penal como ramo do Direito Internacional

O Direito Internacional Penal é um ramo do Direito Internacional Público. Tal fato ocorre em razão das normas deste ramo emanarem das fontes do Direito Internacional como tratados e convenções internacionais, costume internacional, dentre outros, sem perder suas peculiaridades.

Este ramo do direito internacional surge na medida em que a sociedade internacional define as condutas que com base no direito internacional o autor é considerado criminalmente responsável[36].

Inicialmente, no século XIX, apenas os crimes de guerra eram puníveis. Somente após a II Guerra Mundial, novas categorias de crimes foram desenvolvidas. Em 1945 e 1946, os Estatutos do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e do Tribunal Militar de Tóquio foram, respectivamente adotados, consagrando novas classes de criminalidade internacional: os crimes contra a humanidade e contra a paz, seguidos em 1948 pelo genocídio[37] como uma sub-categoria de crimes contra a humanidade, a qual posteriormente se tornaria uma categoria autônoma, e posteriormente em 1984, pela tortura.[38]

Segundo CASSESE (2003), pode-se afirmar que este se configura um relativamente novo ramo do Direito Internacional. Destacando-se a relação de subsidiariedade mútua existente entre eles.[39] A maioria das condutas proibidas e sancionadas pelo direito internacional penal com o objetivo de punir seus autores,

---

[35] DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 109.

[36] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*..... p.16.

[37] Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), Aprovada e aberta à assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução 260 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 09.12.1948. Ratificada pelo Brasil em 15.04.1952. *In*: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (organizador). *Coletânea de Direito Internacional*, 2ª edição, São Paulo: 2004, p. 458.

[38] Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), Adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984. In: Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 4, de 23.05.1989, e promulgada pelo Decreto 40, de 15.02.1991. *In*: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (organizador). *Coletânea de Direito Internacional*, 2ª edição, São Paulo: 2004, p. 522.

[39] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*..... p.19.

também são consideradas pelo Direito Internacional como sérias violações pelos Estados: são delinqüências internacionais envolvendo a "responsabilidade agravada" (*aggravated responsibility*) do Estado em nome do qual seus perpetuadores agiram[40].

Tal situação ocorre nos casos de genocídio, crimes contra a humanidade, tortura, terrorismo, bem como nos crimes de guerra, os quais ao serem cometidos por um indivíduo não agindo em nome próprio ou particular, poderá dar ensejo à dupla responsabilidade: a responsabilidade criminal do indivíduo, regulada pelo Direito Internacional Penal, e a responsabilidade do Estado, baseada nas normas internacionais que disciplinam esta matéria, a seguir apresentadas. Na prática pode-se verificar a utilização desta dupla responsabilização, no procedimento de genocídio instituído perante a Corte Internacional de Justiça, enquanto o julgamento do genocídio estava sendo realizado no ICTY.[41]

1.3. Surgimento das Normas Jurídicas

O valor fundamental como base do Direito Penal é o ideal de proteção ou de defesa da ordem social própria a todos os grupos,[42] o qual no âmbito internacional penal tem sua evolução inicial marcada pela regulamentação da guerra e das condutas nesta praticadas.

---

[40] CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries.* Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2002.

[41] Case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crimes of Genocide, Preliminary Objections (Bosnia and Herzegovina v. Federal Republic of Yugoslavia),* International Court of Justice, judgment of 11 July 1996, ICJ, Reports 1996, vol. II. Para o TPII ver *Krstić*, ICTY, Trial Chamber, decision of 2 August 2001 (case no. IT-98-33-T), *Milošević Slobodan, revised indictment of 8 October 2000 and 22 November 2001* e *Karadžić, revised indictment of 28 April 2000.*

[42] SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit International Pénal.* Chapitre 2. Droit International Pénal. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p.12: (...) L'idée fondamentale à la base du droit pénal est l'idée de protection ou de défense de l'ordre social propre à tout groupement.

1.3.1. A incriminação do recurso à guerra

A guerra é o estágio mais grave nas relações internacionais. Ela é um ilícito ou mesmo um crime internacional[43]. Os conflitos armados não considerados guerras não obrigam os terceiros Estados ao estatuto da neutralidade, os tratados entre as partes em luta não são suspensos ou rompidos, nem há necessariamente o rompimento das relações diplomáticas. A guerra é um *status* jurídico definido em uma evolução durante séculos. O conflito armado é uma noção humanitária que surge no século XX.

Os conflitos armados internacionais são definidos pelas Convenções de Genebra de 1949 como abrangendo a "guerra declarada" ou "qualquer outro conflito armado"[44]. O Protocolo I de 1977 acrescenta como pertencendo a esta categoria "os conflitos armados em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas, no exercício do direito dos povos à autodeterminação…."[45]

A análise da noção de guerra justa se desenvolveu com a filosofia cristã na Idade Média. Santo Tomás de Aquino[46] observa que a guerra para ser justa dever ter: a) causa justa; b) intenção reta nas hostilidades (evitar fazer o mal e procurar fazer o bem); c) declaração realizada pela autoridade competente. A guerra para ele deve ter por fim o bem comum.

---

[43] MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 13ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, vol. II, p. 1429.

[44] Convenção I, Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha, 12 de Agosto de 1949, U.N.T.S. 31, 62; Convenção II, Convenção de Genebra para melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos Das Forças Armadas no Mar, de 12 de Agosto de 1949, U.N.T.S. 85, 116; Convenção III, Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de Agosto de 1949, U.N.T.S. 135, 236; Convenção IV, Convenção de Genebra Relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, de 12 de Agosto de 1949, U.N.T.S. 287, 386. Fonte: Gabinete de Documentação e Direito Comparado/Cruz Vermelha. Disponível no site:
http://www.icrc.org/web/por/siteporo.nsf/iwpList2/Info_resources:IHLdatabases#listanchor2

[45] Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais, Adotado a 8 de Junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados.Entrada em vigor na ordem internacional: 7 de Dezembro de 1979, em conformidade com o artigo 95.º. Fonte: Gabinete de Documentação e Direito Comparado/Cruz Vermelha. Disponível no site:
http://www.icrc.org/web/por/siteporo.nsf/iwpList2/Info_resources:IHLdatabases#listanchor2

[46] MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 13ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, vol. II, p. 1432.

A doutrina da guerra justa é retomada pelos internacionalistas, dentre eles, Francisco de Vitória, para o qual a única causa para uma guerra é a "violação de um direito". Entretanto, não é qualquer violação de um direito que justifica a guerra, "porque a grandeza do delito deve ser a medida do castigo" e, em conseqüência, os delitos leves não devem acarretar a guerra. Acrescenta ainda, que o fim da guerra pode se acompanhar de sanções penais.[47]

No século XVII Hugo GROTIUS, fundador da "doutrina do estado de guerra", a define como sendo o "*status*" dos que lutam pela força, devendo este corresponder a uma causa justa.[48] Em sua obra, escrita sob o impacto da guerra dos Trinta Anos, *De jure belli ac pacis* (1625), Grotius afirma a necessidade da união de todas as forças, contra os culpados para a manutenção da paz, impondo o princípio da repressão universal[49], a qual se baseia como será posteriormente abordado na Parte II, na idéia de "senso comum da humanidade" (*common sense of mankind*), derivado da "lei natural"[50] (*law of nature*). Emer VATTEL (1758) retoma este entendimento ao afirmar que:

> (....) Todas as nações possuem o direito de reprimir pela força aquele que viola abertamente as leis que a sociedade da natureza estabeleceu entre eles, ou que atacam diretamente o bem e a saúde desta sociedade.[51]

A doutrina da guerra justa traz duas conseqüências[52]:

---

[47] VITÓRIA, Francisco. *De Jure Belli*, nº 18. In: SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit International Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. In: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p.13: (...) Après la victoire, on peut punir la violation du droit dont les ennemis se sont rendus coupables, sévir contre eux, les châtier de leurs fautes.

[48] MELLO, Celso Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 106

[49] GROTIUS, Hugo. *De jure belli ac pacis*, 1625, t. I, Livre I, chap. V. In: SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p.13.

[50] GROTIUS, H. *De Jure Belli Ac Pacis*, Libri Três, 1625, Carnegie Endowment For International Peace. Division of International Law. Washington. Book 1, "XII. – In what way the existence of the **law of nature** is proved [P]roof *a priori* consists in demonstrating the necessary agreement or disagreement of anything with a rational and social nature; proof *a posteriori*, in concluding, if not with absolute assurance, at least with every probability, that that is according to the **law of nature** which is believed to be such among all nations, or among all those that are more advanced in civilization. For an effect that is universal demands a universal cause; and the cause of such an opinion can hardly be anything else than the feeling which is called the **common sense of mankind**."(*grifo nosso*).

[51] VATTEL, Emer. *Droit des gens*, (1758) Préliminaires, p. 22. *In*: SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p.13: (...) toutes les nations sont en droit de réprimer par la force celle qui viole ouvertement les lois que la société de la nature a établies entre elles, ou qui attaquent directement le bien et el salut de cette société.

1. Submete a guerra ao direito, deslocando-a do Império da força. Assim o recurso ao uso da força é jurisdicionalizado;
2. Conduz à distinção entre a guerra lícita e ao abuso do uso da força, como resultado da defesa de um direito das relações de força entre potências, a guerra aparece como um meio de luta contra a impunidade que não será admitida caso exista uma violação do "*droit de gens*".

A doutrina da guerra justa ressurge no século XX, com Strisower, Kelsen e Guggenheim, que sustentam ser justa a guerra que for uma "reação contra violação de DI Positivo"[53]. Ao contrário dos autores medievais, eles não admitem a guerra contra uma violação do D. Natural como justa.

O "*jus ad bellum*", isto é, o direito à guerra só pode ser bem compreendido com o estudo preliminar sobre a distinção entre a guerra pública e a guerra privada.

No século XVI, Gentili fez a distinção entre guerra pública e guerra privada ao escrever "*Bellum est armorum publicorum justa contentio*" ("*De Jure Belli*", 1598). Para o Direito Internacional esta distinção é importante, pois seu interesse primordial é a guerra pública, interessando-lhe a guerra privada (guerra civil) apenas na medida em que configure uma ameaça à paz internacional, ou ainda, em razão de questões humanitárias, como por exemplo o artigo 3º das Convenções de Genebra de 1949 sobre prisioneiros de guerra.[54]

---

[52] SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p.13.

[53] MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 13ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, vol. II, p. 1433.

[54] Convenção III, Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de Agosto de 1949, U.N.T.S. 135, artigo 3º:

(…) No caso de conflito armado que não apresente um carácter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes Contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada, pelo menos, a aplicar as seguintes disposições:

1) As pessoas que não tomem parte directamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios;
b) A tomada de reféns;
c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;

A Convenção de Haia de 1899 e de 1907 e após a Primeira Guerra Mundial, o Tratado de Versailles condenam a guerra de agressão. O Projeto de Tratado de Assistência mútua elaborado nos auspícios de Sociedade das Nações em 1923, o Projeto Cecil-Requin, dispõe em seu artigo 1º: "A guerra de agressão consiste em crime internacional."[55] A importância deste projeto resulta de uma nova percepção de segurança, a qual deixa de ser exclusivamente focada na Alemanha, passando a uma questão de ordem universal[56]. O Protocolo de Genebra de 2 de outubro de 1924 da Sociedade das Nações para a regulamentação pacífica de controvérsias internacionais, condena a guerra de agressão como uma violação da solidariedade internacional e um crime internacional (este jamais entrou em vigor).

Etapa importante para o desenvolvimento do tema tem-se com o *Pacto Briand-Kellog* de 1928, cujo artigo 1º determina:

> (...) **Artigo 1º**
> As Altas Partes Contratantes declaram, solenemente, em nome de seus respectivos povos, que condenam o recurso à guerra para a solução das controvérsias internacionais, e a isso renunciam, como instrumento de política nacional, em suas relações recíprocas.[57]

Portanto, condena a guerra de agressão, permanecendo válida a guerra defensiva. Pode-se dizer que esta disposição exprime uma norma de direito internacional penal que protege a ordem pública e o interesse geral, cuja violação é considerada um crime internacional.

Hans KELSEN (1947) ao analisar o julgamento de Nuremberg defende a posição de que este não pode constituir um real precedente, pois não pode

---

d)As condenações proferidas e as execuções efectuadas sem prévio julgamento realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados. Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às Partes no conflito.

Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor por meio de acordos especiais todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção.

A aplicação das disposições precedentes não afectará o estatuto jurídico das Partes no conflito.

[55] La guerre d'agression constitue un crime international

[56] Union Interparlementaire, *Résolutions et décisions*, 1911-1934, p. 137. *In*: SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p.13.

[57] Tratado de Renúncia à Guerra (1928) – *Pacto de Paris ou Briand-Kellog*, Tratado assinado em Paris, em 27.08.1928. O Brasil aderiu em 20.02.1934, por nota da Embaixada brasileira em Washington. Essa adesão foi ratificada a 10.04.1934. Depósito da ratificação brasileira em Washington em 10.05.1934. Promulgado pelo Decreto 24.557, de 03.07.1934. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (organizador). *Coletânea de Direito Internacional*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 87.

ser considerado uma "nova regra jurídica". Trata-se na realidade da aplicação das regras constantes do Tratado Internacional, concluído em 8 de agosto de 1945, em Londres, concernente ao processo e punição dos grandes criminosos de guerra das Potências Européias do Eixo. Neste sentido, tais regras representam "direito novo" (*new law*), especialmente ao estabelecer a responsabilidade individual criminal para as violações das regras do direito internacional que proíbem o recurso à guerra[58]. No Tratado estas violações são denominadas "crimes contra a paz" e definidas como:

> (...) planejar, preparar, iniciar ou dar prosseguimento à uma guerra de agressão, ou guerra em violação aos tratados internacionais, acordos e garantias, ou participação em um plano comum ou conspiração objetivo algum destes.[59]

Dentre os Tratados nos quais o Acordo de Londres (*London Agreement*) se baseia para o estabelecimento da responsabilidade individual criminal, destaca-se o *Briand-Kellog Pact* ou Pacto de Paris (1928), anteriormente mencionado, segundo o qual:

> (…) **[Preâmbulo]**: qualquer Potência signatária que procure, doravante, desenvolver seus interesses nacionais, recorrendo à guerra, deverá ser privada das vantagens do presente Tratado.[60]

Assim, todos os Estados parte do Pacto e não apenas o considerado vítima de uma guerra ilegal, estão autorizados a recorrer à guerra contra o Estado que a declarou em violação do Pacto, como estabelece o artigo 1º, anteriormente citado.[61]

Ainda acerca desta questão, KELSEN (1947) define a guerra de agressão como uma guerra por parte do Estado o qual é o primeiro a estabelecer

---

[58] KELSEN, Hans. *Will the judgement in the Nuremberg Trial constitute a precedent in International Law?* INTERNATIONAL LAW QUARTELY, vol. 1, No. 2, 1947, 153-171.

[59] KELSEN, Hans. *Will the judgement in the Nuremberg Trial constitute a precedent in International Law?* INTERNATIONAL LAW QUARTELY, vol. 1, No. 2, 1947, 153-171. p.155 : (...) planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing.

[60] Tratado assinado em Paris, em 27.08.1928. O Brasil aderiu em 20.02.1934, por nota da Embaixada brasileira em Washington. Essa adesão foi ratificada a 10.04.1934. Depósito da ratificação brasileira em Washington em 10.05.1934. Promulgado pelo Decreto 24.557, de 03.07.1934), reproduzido em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (organizador). *Coletânea de Direito Internacional*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 87.

[61] KELSEN, Hans. *Will the judgement in the Nuremberg Trial constitute a precedent in International Law?*.....153-171, p. 155: (...) that any signatory power which shall hereafter seek to promote its national interests by resort to war should be denied the benefits furnished by this Treaty", teor original citado pelo autor, p. 155, ao qual acrescenta a este seu entendimento: (...) That means that all states parties to the Pact, and not only the immediate victim of an illegal war, are authorized to resort to war against a State which in violation of the Pact has resorted to war.

hostilidades contra o seu oponente. Tal ação pode ser legal ou ilegal. Quando ilegal pode ser denominada "crime internacional" (*international crime*), como pode-se notar no Protocolo de Genebra de 1924 para a Resolução Pacífica de Disputas Internacionais e na Resolução da Oitava Assembléia da Liga das Nações.

1.3.2. Incriminação de condutas na guerra

O "*Jus in bello*" é a regulamentação da guerra. São as normas aplicadas no estado de guerra. A distinção entre o "*jus in bello*" e o "*jus ad bellum*" parece que só se tornou clara no século XVIII, com Emer VATTEL (1758)[62].

Ele se desenvolveu através do costume internacional, incorporando normas provenientes das civilizações mais antigas. No Ocidente, a questão foi retomada por São Tomás de Aquino na *Summa Theologica* (1260), posteriormete seus esforços foram seguidos por Vitoria, Ayala, Suarez, Gentili e Grotius os quais estabeleceram os fundamentos doutrinários da regulamentação dos conflitos armado, sendo transformado em normas convencionais no decorrer do século XIX.

O comportamento na guerra constitui o segundo domínio no qual se encontra o esforço de substituição do reino da força pelo direito, desenvolvendo o *jus in bello*. Como escreve SPINOZA[63], toda atividade pressupõe uma moral, mesmo a atividades de adversários combatentes. Contrariamente à máxima latina, *inter arma silent leges*, ou a fórmula da doutrina alemã *Krieg ist Krieg*, a guerra se distingue da violência pura ou da barbárie pois deve obedecer, além do motivo considerado legítimo, às regras.[64]

A regulamentação convencional dos conflitos armados e a afirmação de um direito internacional humanitário, ambos baseados em Acordos Internacionais, são fenômenos jurídicos que datam da segunda metade do século XIX, impulsionados por Henry Dunant e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Conforme expressa Gustave Moynier, a Cruz Vermelha foi "idealizada" por Henry Dunant, na época de

---

[62] MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 13ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, vol. II, pp.. 1434-1435.

[63] SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p.14.

[64] SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p.14.

seu retorno do campo de batalha de Solférino (1859), onde ao observar os horrores da guerra, ele constata a insuficiência dos serviços de saúde à disposição dos feridos. Com base na investigação deste cidadão suiço, a Sociedade de Genebra reúne em fevereiro de 1863 uma comissão de cinco membros, presidida pelo General Dufour, tendo como demais membros Gustave Moynier, Théodore Maunoir, Louis Appia e Henry Dunant. Este adota a denominação de Comitê Internacional da Cruz Vermelha em 20 de dezembro de 1875.[65]

Órgão especial e distinto das sociedades nacionais e de seus comitês, o Comitê internacional da Cruz Vermelha está livre de todo tipo de sujeição às autoridades estatais. Obedecendo seu estatuto particular, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha tem contribuído muito para o desenvolvimento do direito convencional humanitário.

No entanto, o desenvolvimento das regras relativas ao direito da guerra ao final do século XIX e início do século XX, não são acompanhadas da determinação internacional das sanções aplicáveis. A repressão fica a cargo do poder discricionário dos Estados, os quais ficam completamente livres para punir ou não os atos cometidos pelas tropas contra os inimigos ou pelos inimigos. As Convenções de Haia de 1899 e de 1907 não possuem disposições a este respeito, com exceção apenas dos artigos 1º e 3º da IV Convenção da Haia de 1907.

O direito da guerra estaria sujeito a dois princípios como esclarece o Professor Celso Albuquerque MELLO (2003):

> (....) Segundo Carlos Calvo e Fauchille o direito de guerra está sujeito a dois princípios: o da **necessidade** e o da **humanidade**. A primeiro se desenvolveu na Alemanha, afirma que na guerra, para se conseguir a vitória, não há qualquer restrição nos meios a serem empregados. É a tese de Hartman, que nega as leis da guerra. Não haveria assim leis da guerra. **Esta teoria que tem seu fundamento na "razões de Estado", é meramente política e não encontrou acolhida pelo Direito Internacional**. Assim, a Convenção de Haia de 1907 sobre leis e costumes na guerra terrestre, no seu regulamento anexo, estabelece: "os beligerantes não têm o direito ilimitado quanto à escolha dos meios de prejudicar o inimigo". O princípio da humanidade busca balancear a teoria da necessidade[66].
>
> *(grifo nosso)*

---

[65] SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p.17.

[66] MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 13ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, vol.II, pp. 1434-1435.

As Convenções de Haia de 1899 e 1907 representam as mais significativas codificações de direito da guerra em um tratado internacional. Elas apresentam uma série de dispositivos tratando da proteção de populações civis[67], como o artigo 46 das Regulamentações, anexadas à IV Convenção de Haia de 1907 consagrando o respeito "à honra e aos direitos familiares, à vida das pessoas, à propriedade privada, bem como à convicção religiosa e sua pratica".[68]

Existem ainda dispositivos tratando da proteção de objetos culturais e propriedade privada de civis. Em seu Preâmbulo, reconhece que as Convenções são incompletas, mas promete que até a promulgação de um Código mais completo, "as populações e os combatentes permanecem sob a proteção e governo dos princípios da lei das nações, pois eles resultam dos usos estabelecidos entre os povos civilizados, das leis da humanidade, e dos ditames da consciência pública." Este dispositivo é denominado Cláusula *Martens* (*Martens clause*), em homenagem ao diplomata russo, F.F. de Martens, que a redigiu[69]. Em sentido amplo, tem-se o entendimento de que a Cláusula *Martens* alcança todas as áreas do Direito Humanitário.

A cláusula foi aplicada em Nuremberg, como principal resposta às alegações de que o Estatuto do Tribunal constituía legislação penal retroativa.

Ao final, vale mencionar o entendimento do Lorde Wright, o editor do *Law Reports of Trials of War Criminals*, preparado pela Comissão de Crimes de Guerra das Nações Unidas, acerca dos crimes de guerra não codificados como sujeitos ao:

> (...) efeito regulamentador da cláusula soberana, a qual....realmente em poucas palavras declara o princípio que anima e motiva o direito da guerra, e na verdade todo o direito, porque o objetivo de todo o direito é assegurar o quanto possível

---

[67] SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*. 2nd edition, Cambridge, United Kingdom: 2004, Cambridge University Press, p. 2.

[68] Convention Concerning the Laws and Customs of War on Land (Hague IV), 3 *Martens Nouveau Recueil* (3d) 461. Para o Tratado de 1899, ver a Convention (II) with Respect to the laws and Customs of War and Land, 32 Stat. 1803, 1 Bevans 247, 91 British Foreign and State Treaties 988. *In*: SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*. 2nd edition, Cambridge, United Kingdom: 2004, Cambridge University Press, p. 2. (*Tradução livre*): (...) of family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice.

[69] MERON, Theodor. ,*The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, (2000), vol. 94 AMERICAN JOUNAL OF INTERNATIONAL LAW, p. 78: (....) the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.

> as **relações mútuas** entre os seres humanos relacionadas ao **estado de direito**, **à justiça** e **à humanidade**.[70]
>
> *(grifo nosso)*

As Convenções de Haia tiveram por objetivo a imposição de obrigações e deveres aos Estados, sem o propósito de criar a responsabilidade criminal do indivíduo. Elas definem certos atos como ilícitos, mas não como crimes, o que se pode concluir dada a inexistência de qualquer sanção prevista para a violação de seus dispositivos. Em 1913, uma comissão foi enviada por *Carnegie Foundation* para investigar as atrocidades cometidas durante as Guerras Balcânicas, utilizou os dispositivos de IV Convenção de Haia como base para a descrição dos crimes de guerra[71]. No entanto, julgamentos baseados na violação das Convenções de Haia ocorreram apenas em Nuremberg. As ofensas contra as leis e os costumes da guerra, conhecidas como "Direito de Haia" (*Hague Law*), em razão de suas raízes fundadas nas Convenções de 1889 e 1907, estão codificadas no Estatuto de Tribunal para a Antiga Iugoslávia[72]

Apenas por ocasião da elaboração das quatro Convenções de Genebra que se coloca a questão da punição dos criminosos de guerra. A necessidade de uma lei-tipo, que pudesse ser seguida pelas legislações nacionais foi reafirmada, em razão da natureza jurídica das graves infrações das convenções internacionais humanitárias. Como conclui DAUTRICOURT (1953):

> (....) não é apenas a consciência moral de cada indivíduo, a consciência social de cada povo que fundamentam a proteção penal em tempo de guerra, os feridos, os náufragos, os prisioneiros de guerra e os civis dos territórios ocupados, à nação a qual pertençam, mas é a consciência coletiva da humanidade que condena, como tal, o ato de crueldade ou de arbitrariedade cometido por ocasião de um conflito armado, contra um combatente fora de combate ou contra um não-combatente.[73]

---

[70] LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINAL, 40, United Nations Commission, 1948. In MERON, Theodor, The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience, (2000)....p. 78: (...) the govering effect of that sovereign clause which does…really in a few words state the whole animating and motivating principle of the law of war, and indeed of all law, because the object of all law is to secure as far as possible in the **mutual relations of the human beings** concerned **the rule of law** and **of justice** and **of humanity**. (*grifo nosso*)

[71] *Report of the International Commission to Inquire into the Causes and Conduct of the Balkan Wars*, Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1914. *In*: SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*.....p.2.

[72] Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, Annex], de 1993 e no Artigo 8 (2) (b), (e) e (f) do Estatuto de Tribunal Penal Internacional. In: SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*.....p. 3.

[73] DAUTRICOURT, *La protection pénale des conventions internationales humanitaires. Une conception de Loi-type*, REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE, décembre 1953, p. 202: (....) ce

1.3.3. Incriminação das condutas contrárias ao *droit des gens*

Esta última categoria dos crimes internacionais a ser estudada[74] do direito internacional penal que se desenvolve às vésperas da segunda guerra mundial é constituída pelos "crimes do *droit des gens*", visando as condutas atribuídas aos particulares que atentam ao Estado ou constituem uma "ofensa" à moral internacional.

A pirataria era uma prática muito conhecida nos séculos XVII e XVIII. O artigo 101 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar[75] (1982) a define como:

> (...) **Artigo 101 [Definição de pirataria]**
> Constituem pirataria quaisquer dos seguintes actos:
> a) todo acto ilícito de violência ou de detenção ou todo acto de depredação cometidos, para fins privados, pela tripulação ou pelos passageiros de um navio ou de uma aeronave privados, e dirigidos contra:
> i) um navio ou uma aeronave em alto mar ou pessoas ou bens a bordo dos mesmos;
> ii) um navio ou uma aeronave, pessoas ou bens em lugar não submetido à jurisdição de algum Estado;
> b) todo acto de participação voluntária na utilização de um navio ou de uma aeronave, quando aquele que o pratica tenha conhecimento de factos que dêem a esse navio ou aeronave o caráter de navio ou aeronave pirata;
> c) toda a acção que tenha por fim incitar ou ajudar intencionalmente a cometer um dos actos enunciados nas alíneas *a* ou *b*.

Neste sentido os piratas eram considerados inimigos da humanidade (*hostes humani generis*) e portanto, todos os Estados, poderiam processá-los, julgá-los e puni-los, independentemente da sua nacionalidade.

---

ne sont pas seulement la conscience morale de chaque individu, la conscience sociale de chaque peuple que fondent la protection pénale, en temps de guerre, des blessés, des naufragés, des prisonniers de guerre et des civils des territoires occupés, à quelque nation qu'ils appartiennent, mais c'est la conscience collective de l'humanité que condamne, comme telle, l'acte de cruauté ou d'arbitraire commis à l'occasion d'un conflit armé, contre un combattant mis hors de combat ou contre un non-combattant. In : SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. *Droit International Pénal*. In: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p.18.

[74] SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p.18.

[75] Adotada em Montego Bay, Jamaica, em 10.12.1982. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 5, de 09.11.1987, e promulgada pelo Decreto 99.165, de 12.03.1990. Declarada a entrada em vigor em 16.11.1994, pelo Decreto 1.530, de 22.06.1995, reproduzida em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (organizador). *Coletânea de Direito Internacional*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 229-339.

Criminalizadas pelas legislações nacionais que convergem e consideram estes atos como delitos passíveis de sanções penais, tais comportamentos de particulares tornam-se em seguida objeto de convenções internacionais concluídos sob a égide da Sociedade das Nações. Tais crimes na medida em que são consagrados pela ordem internacional, convergem para as legislações penais nacionais relativas à criminalização e à repressão de certas condutas consideradas contrárias à moral universal. Pode-se falar em *delicta iuris gentium*[76].

1.4. O Processo Internacional Criminal para a aplicação da sanção penal

1.4.1. Tentativas iniciais (1919–1945)

Os Princípios da Subjetividade e da Individualização da pena do Direito Penal, permitem-nos qualificar o indivíduo como sujeito da infração. Assim, ao inverso da regra do Direito Internacional Público, a tendência predominante em Direito Internacional Penal é de se tomar o indivíduo como sujeito de uma infração internacional, à exclusão do Estado.[77]

Primeiro processo foi de *Peter von Hagenbach* julgado em Breisach, Alemanha, em 1474 pelas atrocidades cometidas durante a ocupação de Breisach. Com a retomada da cidade, *Peter von Hagenbach* foi acusado de crime de guerra, julgado por um tribunal de vinte e oito juízes originários de Estados aliados do Sagrado Império Romano-Germânico e condenado à forca.[78]. O tribunal o considerou culpado pela morte, violência física e outros crimes contra "as leis de Deus e dos homens" praticados durante uma ocupação militar.[79]

A questão relativa à justiça internacional penal foi retomada com a Paz de *Westphalia* de 1648. Com o desenvolvimento do direito dos conflitos armados a

---

[76] Voltaremos a abordar esta temática no Capítulo 2.
[77] SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p. 19.
[78] BASSIOUNI, M. Cherif. *From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court*. HARVARD HUMAN RIGHTS JOURNAL, vol. 10, (1997), 11-62.
[79] SZUREK, S. *Historique – La Formation du Droit Internacional Pénal*. Chapitre 2. Droit International Pénal. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p. 19.

partir da metade do século XIX, os conceitos de processos judiciais por violações do direito humanitário começaram a crescer.[80] Um dos fundadores do movimento da Cruz Vermelha, ocorrido em Genebra em 1860, preconizava um estatuto provisório para uma corte internacional criminal. Sua tarefa seria processar e julgar graves violações da Convenção de Genebra de 1864 e outras normas de direito humanitário. No entanto, a proposta inovativa de Gustave Monnier era muito radical para o seu tempo.

Ao final da Primeira Guerra Mundial, surge entre a opinião pública o crescente interesse na persecução criminal dos considerados responsáveis pela guerra. Na Conferência de Paz de Paris (1919) (*Paris Peace Conference*) os Aliados debateram as possibilidades de realização de julgamentos, especialmente do Kaiser Alemão Wilhelm II, criminais de guerra alemães e oficiais turcos por "crimes contra as leis da humanidade", bem como o embasamento jurídico aplicável[81].

Ao final os representantes dos Aliados concordaram quanto aos termos de um Tratado de Paz entre os Aliados e os Poderes Associados e Alemanha (*Treaty of Peace Between the Allied and Associated Powers and Germany*), concluído em Versailles em 28 de junho de 1919. O Tratado prevê no artigo 227 a criação de um tribunal penal internacional *ad hoc* para julgar Kaiser Wilhelm II por ter iniciado a guerra e nos artigos 228 e 229 o julgamento dos militares alemães acusados de violarem as leis e costumes da guerra por Tribunais Militares dos Aliados (*Allied Military Tribunals*) ou Cortes Militares de qualquer um dos Aliados.[82]

Como resposta à solicitação dos Aliados de que fossem iniciados os julgamentos, a Alemanha promulgou uma lei nacional para implementar os artigos 228 e 229 do Tratado, a qual conferia competência à Suprema Corte alemã, em Leipzig, para processar os acusados.

Como resultado, a lista dos 900 (novecentos) suspeitos alemães reduziu-se a 40 (quarenta) e por fim, apenas 12 (doze) foram realmente processados. Os julgamentos assemelharam-se a procedimentos disciplinares do exército alemão e

---

[80] SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p.1.
[81] BASSIOUNI, M. Cherif. *From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court*....p.14.
[82] Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Germany ('Treaty of Versailles'), (1919) Arts. 227, 228 e 229. *In*: BASSIOUNI, M. Cherif. *From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court*....p.14, 15.

configuraram uma derrota para a justiça internacional penal, ficando conhecidos como "Julgamentos de Leipzig" (*Leipzig Trials*).

1.4.2. Processos Internacional Penais pós- II Guerra Mundial: os Tribunais de Nuremberg e Tóquio (1945–1947)

Os Tribunais militares internacionais de Nuremberg e de Tóquio, criados para julgar e punir os grandes criminais da II Guerra Mundial, serviram de elemento catalisador para o desenvolvimento do direito internacional penal. Pela primeira vez, indivíduos foram acusados com base na violação de normas internacionais, tendo sido efetivamente julgados e processados por instâncias internacionais.

A Comissão de Crimes de Guerra das Nações Unidas preparou um "Projeto de Convenção para o Estabelecimento de um Tribunal dos Crimes de Guerra das Nações Unidas" (*Draft Convention for the Establishment of a United Nations War Crimes Court*), baseando grande parte de seu teor no tratado de 1937 da Liga das Nações, e inspirado no trabalho realizado durante a guerra por um órgão não-oficial, a Assembléia Internacional de Londres (*London International Assembly*).[83]

Ressalta-se ainda o ideal de processar os líderes do Regime Nazista, manifestado pelos Quatro Principais Poderes Aliados, por meio da Declaração de Moscou de 1º de novembro de 1943.[84]

O Ato Constitutivo do Tribunal Militar Internacional concernente ao processo e punição dos grandes criminosos de guerra das Potências Européias do Eixo e o Estatuto do Tribunal Militar Internacional foram formalmente adotados em 8 de agosto de 1945[85], com a assinatura de seus respectivos representantes. O Estatuto do Tribunal constituía um anexo do Ato Constitutivo.[86]

---

[83] "Draft Convention for the Establishment of a United Nations War Crimes Court", UN War Crimes Commission, Doc. C. 50(1), 30 September 1944. In: SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p. 5.

[84] A Declaração de Moscou (*The Moscow Declaration*), 9 DEP'T ST. BULL. 308 (1943), reproduzida in 38 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 5 (1944).

[85] ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, G.E. do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*....*p*. 554.

[86] *Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal* (IMT), Annex, (1951) 82 UNTS 279. *In*: SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p. 6.

Em outubro de 1945, 24 (vinte e quatro) foram pronunciados e seu julgamento, conhecido como Julgamento do Grandes Criminosos se iniciou no mês seguinte. Um ano depois os julgamentos eram concluídos, com a condenação de 19 (dezenove) dos acusados e imposição de pena de morte em 12 (doze) casos.[87] Nos termos do Estatuto, artigo 6º a competência do Tribunal estava limitada a três crimes, a saber: os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade.

A principal crítica feita ao Tribunal foi o fato de ter sido adotado após a prática das condutas incriminadas terem sido cometidas, o que configuraria criminalização *ex post facto*. Rejeitando esta argumentação, o Tribunal referiu-se às Convenções de Haia para os crimes de guerra e o Tratado de Renúncia à Guerra (Pacto de Paris ou *Briand-Kellog* – 1928).

Em dezembro de 1945, as Quatro Potencias Aliadas aprovaram uma versão modificada do Estatuto do Tribunal Militar Internacional, conhecida como Control Council Law Nº 10[88], o qual permitia que os Aliados processassem os nacionais alemães nas respectivas zonas de ocupação. De certa forma, pode ser comparado à legislação doméstica por ser aplicável ao julgamento e processo de alemães por tribunais de autoridades civis, baseada na definição de crimes contra a humanidade constante do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, mas omitindo a necessidade de um vínculo entre a prática de crimes contra a humanidade e a existência do estado de guerra.

No Pacífico, princípios similares aos de Nuremberg foram adotados pelo Estatuto da Corte Militar Internacional encarregada de julgar os grandes criminosos de guerra no Extremo Oriente (*International Military Tribunal for the Far East* – IMTFE), promulgado em Tóquio, em 19 de janeiro de 1946)[89]

---

[87] SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p. 6.

[88] Allied Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity, 20 December 1945, Official Gazette of the Control Council for Germany, No. 3, Berlin, January 31, 1946, reproduzida em Benjamin B. FERENCZ, An International Criminal Court: A Step Toward World Peace 488 (1980). In: BASSIOUNI, M. Cherif. *From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court*....p.29.

[89] ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, G.E. do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público....p*. 554.

1.4.3. O trabalho da Comissão de Direito Internacional (1950 – 1954) para a elaboração do Estatuto de um Tribunal Penal Internacional

Com o objetivo de positivar as premissas para o estabelecimento do IMT e IMTFE e para evitar a associação destes tribunais com a idéia de "justiça dos vencedores", os sistema das Nações Unidas ao final da década de 40 (quarenta) iniciou um trabalho visando estabelecer mecanismos permanentes e imparciais para a justiça internacional penal.[90] Dentro deste contexto que a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948) em seu artigo 6º faz a alusão a um tribunal penal internacional[91].

Neste sentido os esforços das Nações Unidas para estabelecer um tribunal penal manifestou-se basicamente em dois âmbitos: a codificação dos crimes internacionais e a elaboração de um projeto de estatuto para o estabelecimento de uma tribunal internacional.

Conforme a solicitação da Assembléia Geral das Nações Unidas de 21 de novembro de 1947[92], a Comissão de Direito Internacional (*Internacional Law Commission*) iniciou a formulação dos princípios reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg (Princípios de Nuremberg – *Nuremberg Principles* (1950)) , objetivando elaborar um projeto de código dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade (*Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*).

Paralelamente ao trabalho da Comissão de Direito Internacional, a Assembléia Geral estabeleceu também um comitê encarregado de elaborar o estatuto de um tribunal penal internacional, o qual foi submetido à aprovação em 1952.[93] Posteriormente, um novo comitê foi criado pela Assembléia Geral com a finalidade de

---

[90] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*....p. 333.

[91] Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948) Artigo 6º (...) As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. III serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição, reproduzido em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (organizador). *Coletânea de Direito Internacional*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 458, 459.

[92] (res. 177/II) *In*: CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*....p. 333

[93] "Report of the Committee on International Criminal Court Jurisdiction", UN Doc. A/2135 (1952). In: SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p. 9.

rever o projeto de estatuto, com base nos comentários realizados pelos Estados Membros, relatado à Assembléia Geral em 1954.[94]

Uma versão substancialmente modificada do Projeto de Código de 1954 foi provisoriamente aprovado pela Comissão em 1991 e enviada aos Estados Membros para análise. Entretanto, este código não previa necessariamente uma jurisdição internacional. Este tema seria apenas tratado em 1989, ano da queda do muro de Berlin.

Em meados de 1993, a Comissão preparou um projeto sob a direção do *Special Rapporteur* James Crawford, o qual em 1994 teve sua versão final do Estatuto para um Tribunal Penal Internacional submetida à Assembléia Geral.[95]

1.4.4. O desenvolvimento dos Tribunais *ad hoc* (1993 – 1994): ICTY e ICTR[96]

Enquanto o Projeto de Estatuto era analisado na Comissão de Direito Internacional, certos eventos levaram à criação de uma corte com base *ad hoc*, endereçada às atrocidades cometidas na antiga Iugoslávia.

Ao final de 1992, com a guerra da Bósnia, uma Comissão de Expertos criada pelo Conselho de Segurança identificou uma série de crimes de guerra e crimes contra a humanidade cometidos durante o conflito e ainda sendo cometidos.

Em 22 de fevereiro de 1993 o Conselho de Segurança decidiu sobre a criação do tribunal com o encargo de processar "as pessoas responsáveis pelas sérias violações ao direito internacional humanitário cometidas no território da antiga Iugoslávia desde 1991".[97]

---

[94] "Report of the Committee on International Criminal Court Jurisdiction", UN Doc. A/2645 (1954). In: SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p. 9.

[95] CRAWFORD, James. The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal, (1994) 88 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 140; CRAWFORD, James.The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court, (1995) 89 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 404.

[96] A constituição e direito aplicável a estes tribunais serão tratados com profundidade no Capítulo 8 – Os Tribunais Penais Internacionais como expressão da Jurisdição Universal dos Estados. A inclusão deste item neste estágio tem a finalidade de manter o nexo cronológico para fins de demonstração do desenvolvimento histórico dos eventos.

[97] SC Res. 808 (1993). *In*: SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p. 9.

Em 8 de maio de 1993 o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 827 estabelecendo o Tribunal para a Antiga Iugoslávia, bem como seu Estatuto.[98] O Estatuto define a autoridade do Tribunal para processar quatro categorias de crimes, conforme princípios básicos, a saber: graves violações às Convenções de Genebra de 1949; violações às leis e costumes da guerra; crimes contra a humanidade e genocídio. A jurisdição estava limitada às violações ocorridas no território da antiga Iugoslávia a partir de 1991.[99]

Em novembro de 1994, atendendo a uma solicitação da Ruanda o Conselho de Segurança deliberou a criação se um segundo tribunal *ad hoc*, encarregado de processar e julgar as graves violações do direito humanitário cometidas na Ruanda e nos países vizinhos durante o ano de 1994. Seu Estatuto[100] assemelha-se ao do TPII, entretanto, os dispositivos relativos aos crimes de guerra por refletirem o contexto de um conflito armado eminentemente interno, afastam as graves violações das Convenções de Genebra.

As duas instituições possuem fortes vínculos, pois além da proximidade de seus Estatutos, o Promotor do TPII também atua como Promotor no TPIR e os cinco juízes que compõe a Câmara de Apelação do TPII também compõe a do TPIR, com o objetivo de dar maior consistência na abordagem e aplicação do direito.[101]

Quanto às inovações trazidas por estes tribunais para SCHABAS (2003) observa:

> (....) O primeiro grande julgamento realizado pela Câmara de Apelação do Tribunal para a Iugoslávia, a decisão jurisdicional de *Tadić* de 2 de outubro de 1995, esclarece questões importantes relacionadas à criação deste órgão. Além disto, direcionou o tribunal no sentido de uma visão inovativa e progressiva do direito aplicado aos crimes de guerra, estendendo os precedentes de Nuremberg

---

[98] S.C.Res. 827, U.N.SCOR, 40th Sess., 3217th mtg., U.N.Doc. S/RES/827 (1993), reproduzida em 32 I.L.M.1203 (1993). O nome oficial do Tribunal é Tribunal Internacional para o Julgamento das Pessoas Responsáveis por Graves Violações do Direito Humanitário Cometidas no Território da Antiga Iugoslávia desde 1991 (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991), em geral os autores tendem a empregar a abreviação (do inglês) ICTY, a qual será empregada nesta tese.

[99] SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*.....p. 11

[100] S.C. Res. 955, U.N.SCOR, 49th Sess., 3453rd mtg., U.N.Doc. S/RES/955 (1994), reproduzida em 33 I.L.M. 1598 (1994). O nome oficial do Tribunal é Tribunal Internacional para Ruanda (International Tribunal for Ruanda), em geral os autores tendem a empregar a abreviação (do inglês) ICTR, a qual será empregada nesta tese.

[101] SCHRAG, Minna. *The Yugoslav War Crimes Tribunal: An Interim Assessment*. TRANSNATIONAL LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS, Vol. 7, 15-22 ..p. 17.

ao declarar que os crimes contra a humanidade poderiam ser cometidos em tempos de paz e estabelecendo a punibilidade dos crimes de guerra durante conflitos armados internos.[102]

1.4.5. A elaboração e adoção do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1994 – 1998)

Entre 1995 e 1998, a Assembléia Geral das Nações Unidas convocou dois comitês para produção do denominado "texto consolidado" (*consolidated text*)[103] do Projeto do Estatuto para a Criação de um Tribunal Penal Internacional (*Draft Statute for the Establishment of an International Criminal Court*)[104]. O Comitê para a Criação de um Tribunal Penal Internacional (Comitê *Ad Hoc)* discutiu durante 1995 as principais questões substanciais e administrativas, mas não iniciou as negociações e a redação. Em 1996, o Comitê *Ad Hoc* foi substituído pelo Comitê Preparatório para a Criação de um Tribunal Penal Internacional (*PrepCom*), a qual realizou várias reuniões, submetendo à Conferência Diplomática em Roma (15 junho-17 julho, 1998) um Projeto do Estatuto (*Draft Statute*) e um Projeto da Lei Final (*Draft Final Act*) consistindo em 116 artigos, em 173 páginas de texto, representando uma multiplicidade de opções quanto a dispositivos inteiros ou ainda determinadas palavras e expressões.[105]

Um grupo de distintos diplomatas, em especial o canadense Philippe Kirsch, que presidiu o *Committee of the Whole* (onde os principais aspectos do Projeto de Estatuto foram discutidos) merecem ser reconhecidos pela sua habilidade em articular entre os diferentes posicionamentos, permitindo que a Conferência

---

[102] SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p. 12: (...) The first major judgment by the Appeals Chamber of the Yugoslav Tribunal, the *Tadic* jurisdictional decision of 2 October 1995, clarified important legal issues relating to the creation of the body. It also pointed the Tribunal towards an innovative and progressive view of war crimes law, going well beyond the Nuremberg precendents by declaring that crimes against humanity could be committed in peacetime and by establishing the punishability of war crimes during internal armed conflicts.

[103] United Nations Assembly Resolution on the Establishment of an International Criminal Court, G. A. Res. 51/207, U.N. Doc. A/51/627 (1996), reproduzida em The International Criminal Court: Observations and Issues Before The 1997-98 Preparatory Committee; and Administrative and Financial Implications 1, 13 Novelles Études Pénales (M. Cherif Bassiouni ed., 1997). In: BASSIOUNI, M. Cherif. *Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court*. CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL, vol. 32, pp. 443-469.

[104] *Rome Statute of the Intenrational Criminal Court*, U.N. GAOR, 53d Sess., U.N. Doc. A/CONF. 183/9 (1998), reproduzida em 39 I.L.M. 999 (1998). *In*: BASSIOUNI, M. Cherif. *Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court*. ...p. 443.

[105] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 342.

aprovasse o Estatuto por 120 (cento e vinte) votos a 7 (sete) votos contrários (Estados Unidos da América, Líbia, Israel, Iraque, China, Síria e Sudão) com 20 abstenções.[106]

Além do Estatuto do Tribunal Penal Internacional foi também aprovado em 17 de julho de 1998 um *Final Act*[107], prevendo a criação de uma Comissão Preparatória pela Assembléia Geral das Nações Unidas. Dentre as tarefas a serem desempenhadas pela Comissão destaca-se a elaboração do Regulamento Processual[108] (*Rules of Procedure and Evidence*), bem como os Elementos Constitutivos dos Crimes (*Elements of Crimes*), "que auxiliarão o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos 6º, 7º e 8º" (crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, respectivamente) do Estatuto do TPI[109], finalizada em 30 de junho de 2000.[110]

O Estatuto entrou em vigor em 1º de julho de 2002 atendendo ao disposto em seu art. 126, o qual estabelece:

> (...) Artigo 126 [Entrada em Vigor]
> 1. O presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia após a data de depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.
> Para cada Estado que ratificar, aceitar ou aprovar o Estatuto, ou a ele aderir após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, o Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia após a data em que cada um desses Estados tiver depositado seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.[111]

O texto aprovado encontra-se aberto à assinatura e ratificação por parte dos Estados[112]. Tendo alcançado a ratificação de 89 Estados, até abril de 2003, ultrapassando, assim, o consenso mínimo necessário para a sua entrada em vigor.

---

[106] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 343.
[107] UN Doc. A/CONF. 183/10. *In*: SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p. 18.
[108] Conforme artigo 51 do Estatuto do TPI.
[109] Conforme artigo 9º do Estatuto do TPI.
[110] "Elements of Crimes', ICC-ASP/1/3, pp. 108-55; "Rules of Procedure and Evidence", ICC-ASP/1/3, pp. 10-107. In: SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p. 19.
[111] Estatuto do TPI, artigo 126, reproduzido em *Coletânea de Direito Internacional*. Valerio de Olveira Mazzuoli (organizador).
[112] Vale ressaltar o posicionamento norte-americano, que embora não seja objeto deste trabalho, configura-se tema sujeito a várias interpretações incorretas quanto à entrada em vigor do Estatuto. Neste sentido sugerimos MORRIS, Madeline. *The United States and the International Criminal Court: High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-party State*s. LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS13, vol. 64, (2001), a autora defende a posição de impossibilidade de aplicação do princípio da universalidade aos crimes dos Estatuto, o que impediria sua aplicação aos nacionais dos Estados

O Brasil assinou o tratado em fevereiro de 2000, tendo o ratificado conforme Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002; e Decreto de Promulgação nº 4.388, de 25 de setembro de 2002[113]

Abordaremos as questões relativas aos mecanismos jurisdicionais do Tribunal, bem como sua relação com o direito interno dos Estados Partes.

Não-Parte. Para uma posição oposta sugerimos SCHARF, Michael. *The United States and The International Criminal Court: The ICC's Jurisdiction Over The Nationals of Non-Party States: a Critique of The U.S. Position*, LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS 67, vol. 64, (2001).

[113] *Coletânea de Direito Internacional*. Valerio de Olveira Mazzuoli (organizador.) p. 745: (...) Assinado em Roma, em 17.07.1998. Foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 112, de 06.06.2002, e promulgado pelo Decreto 4.388, de 25.09.2002. Depósito da Carta de Ratificação em 20.06.2002. Entrada em vigor internacional em 01.07.2002.

2. Processos de Elaboração do Direito Internacional Penal: o papel das fontes no conceito de crimes internacionais

Passamos a analisar o conjunto de normas a serem aplicadas pelas Cortes Internacionais Penais, sob o aspecto de seu processo de formação. Ressaltamos que estas normas são aplicadas de maneira direta pelos Tribunais e Cortes Internacionais, podendo ser passíveis de aplicação pelas Cortes Nacionais, uma vez que façam parte de seu ordenamento jurídico interno. Esta temática, a saber, a incorporação das normas do direito internacional pelo direito interno, em especial a obrigação do Estado de implementar os Tratados Internacionais na área penal internacional.

2.1. Fontes do Direito Internacional Geral

Em geral, as fontes do direito internacional penal são idênticas às do direito internacional geral. Segundo o relatório do Secretário Geral da ONU, sobre o Estatuto do TPII, particular relevância é conferida ao direito convencional e consuetudinário: "O direito aplicável se apresenta sob a forma de regras do direito convencional e regras do direito consuetudinário"[114]

Admitindo-se ser o Direito Internacional Penal um ramo do Direito Internacional Público, faz-se primordial a aplicação do Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, segundo o qual:

> (...) **Artigo 38**
> 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

---

[114] "Le droit applicable se présente sous forme de règles du droit conventionnel et de règles du droit coutumier". Rapport du Secrétaire général, Doc. O.N.U. S/25704, § 33). *In*: SIMMA, Bruno e PAULUS, Andreas. *Le Role Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principles Généraux de Droit*. Chapitre 5. In: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), Droit International Pénal, Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, 2000, págs. 55-69.

a) as convenções internacionais, quer generais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
c) as princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito." [115]

Temos como fontes primárias os tratados e o direito consuetudinário e secundárias, as derivadas das regras costumeiras e das disposições dos tratados; princípios gerais do direito internacional criminal ou princípios gerais do direito, e finalmente os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Para estabelecer a hierarquia destas fontes, encontramos uma codificação no artigo 21 do Estatuto do TPI, o qual define o direito aplicável, confirmando em princípio a aplicabilidade das fontes clássicas do direito internacional penal:

(….) **Artigo 21 [Direito Aplicável]**
1. O Tribunal aplicará:
a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;
b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;
c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.
2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.
3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3° do artigo 7°, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.[116]

De acordo com CASSESE (2003): deve-se inicialmente buscar as regras dos tratados ou regras encontradas nestes instrumentos internacionais como resoluções (vinculantes) do Conselho de Segurança da ONU (como é o caso do TPII e

---

[115] Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1945) reproduzido em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Organizador). *Coletânea de Direito Internacional*. 2º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 55.
[116] idem *supra*.

do TPIR), na hipótese destas regras dos tratados ou resoluções conferirem jurisdição à Corte ou Tribunal e delinearem seu procedimento. Para o caso de inexistência deste tipo de regras, deve-se empregar o direito consuetudinário ou os tratados implícita ou explicitamente referidos. Caso mesmo esta determinação não seja possível, buscam-se os princípios gerais do direito internacional criminal (aos quais se pode chegar por um processo de indução ou generalização, a partir das regras dos tratados e do direito consuetudinário), ou ainda dos princípios gerais do direito. Restando ainda dificuldade, recorrem-se aos princípios gerais do direito criminal comuns às nações civilizadas (*nations of the world*)[117].

Segundo SCHABAS (2004), o Estatuto de Roma cria um regime especial para as fontes de direito aplicáveis, propondo uma hierarquia tripla (*three-tiered hierarchy*)[118]. No topo está o Estatuto em si, acompanhado pelos Elementos dos Crimes e as Regras Processuais e Provas. O Estatuto de Roma foi adotado em 1998 na Conferência Diplomática em Roma, enquanto os Elementos e Regras foram elaborados pelas sessões subseqüentes da Comissão Preparatória, em 1999 e 2000, e posteriormente confirmados pela Assembléia dos Estados membros em sua primeira sessão em setembro de 2000.[119]

Em segundo lugar na hierarquia estão os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados. Esta categoria corresponde, em geral, às fontes do direito internacional estabelecidas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Chama atenção o fato do direito consuetudinário não ser mencionado, o qual poderia fazer parte do que se denominou "princípios e normas de direito internacional".

A referência feita ao direito internacional dos conflitos armados, fornece uma abertura para um corpo de leis detalhado e sofisticado, tendo como núcleo as Convenções de Haia de 1899 e 1907, juntamente com as Convenções de Genebra de 1949 e seus dois Protocolos Adicionais de 1977.

Em terceiro lugar está o direito interno. O artigo 21 prevê que a Corte,

---

[117] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 26.
[118] SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*.... p.90.
[119] 'Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalized Draft Text of the Elements of Crimes', UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.2; 'Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalized Draft Text of the Rules of Procedures and Evidence', UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add. 3. In: SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*.... p.90.

diante da impossibilidade de resolver a questão aplicando as duas fontes primeiras, aplique os princípios gerais do direito provenientes do direito interno, como uma fonte independente mas, subsidiária e acrescenta ainda o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime.

Este mecanismo é reconhecido pelo direito internacional, conforme artigo 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

> (…)1. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá beneficiar-se.
> 2. Nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações.[120]

Ressalta-se ainda, o artigo 22 do Estatuto do TPI, o qual demanda uma aplicação estrita das fontes tradicionais no direito internacional penal, como é possível constar:

> (…) **Artigo 22 [*Nullum crimen sine leqe*]**
> 1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.
> 2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.
> 3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto[121].

2.2. Problemas específicos do direito internacional penal

O direito convencional sofre o problema da ausência de um sistema coerente para a organização do direito internacional penal. Os instrumentos existentes são incompletos, como por exemplo o artigo VI da Convenção do Genocídio que não

---

[120] Adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991, e promulgado pelo Decreto 592, de 06.07.1992. reproduzido em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Organizador). *Coletânea de Direito Internacional*. 2º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, págs. 473-485.

[121] Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional reproduzido em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Organizador). *Coletânea de Direito Internacional*. 2º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, págs. 691-745

estabelece com clareza uma jurisdição universal[122] e se contenta em lugar desta, a atribuir a jurisdição territorial e a competência de um Tribunal Internacional inexistente à época, o qual viria a existir apenas em 1º de julho de 2002, com a entrada em vigor do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Além disto, a necessidade de contar com a legislação nacional traz grandes dificuldades especialmente para a questão da existência de diferentes sistemas jurídicos, em especial a tradição continental, com sua vasta codificação e a *common-law* anglo-saxônica, baseada no *case-law*.[123]

Analisando estas fontes em detalhe, observamos um segundo aspecto a ser enfocado, trata da sua rudimentariedade, (CASSESE:2003): "O direito internacional penal é ainda um ramo muito *rudimentar* do direito"[124], pois ao ser estabelecida uma nova categoria de crime, seus elementos constituintes (as condições subjetivas e objetivas do crime, ou seja, *actus reus e mens rea*) não estão imediatamente claros, assim como a escala de penas não está definida nas regras internacionais. Para explicar este processo, três aspectos da formação do direito internacional criminal são empregados.

O primeiro está relacionado ao fato de que por muito tempo tanto os tratados, como as normas consuetudinárias, limitavam-se a proibir certas condutas sem estabelecer sanção para o desrespeito ao preceito das normas jurídicas.

Um segundo fator devia-se ao papel exclusivo desempenhado pelos tribunais nacionais, no sentido de processar e punir os indivíduos acusados de desrespeitar tais normas. Desta forma, a implementação deste *corpus iuris* dependia do direito processual e substantivo dos Estados, o que acabava por gerar um enfraquecimento da tutela de proteção jurídica.

---

[122] Ver discursão sobre o tema nos Capítulos 5 e 6.

[123] Ver ESER, Albin. *Common Goals and Different Ways in International Criminal Law: Reflections from a European Perspective*. Harvard International Law Journal, vol. 31, 1990, págs. 117-128, o autor aborda as diferenças entre os sistemas jurídicos de tradição common law e continental sob o aspecto material e processual. Para fins da pesquisa, citamos sua abordagem quanto ao processo penal, p. 120: (…) Following the common law tradition, United States criminal procedure – both state and federal – assumes the adversary system and is governed by certain rules of evidence. To Europeans, an American judge is not an investigator but an arbitrator between the prosecutor and the defendant. The search for "material justice" and "material truth" yields to compliance with procedural rules meant to ensure an area of freedom from state power. …To the American observer, by comparison, continental criminal procedure retains the look of inquisition: the judge takes charge in the findings of facts and in the evalution of evidence. Restraint on the search for material truth is virtually unkown. And prosecution is mandatory lest the aim fo material justice be frustated from the outset.

[124] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 17: "international criminal law is still a very *rudimentary* branch of law". (*itálico original mantido*).

Além disto, os tribunais internacionais ao serem estabelecidos, determinaram sua competência *ratio materiale*, de forma a não constituírem um código penal, ou seja esta era apenas uma especificação do âmbito de jurisdição deste.

Quanto ao direito processual, apenas recentemente ele tem sido fortificado com a aprovação pelo Conselho de Segurança dos Estatutos do TPII, em 1993 e do TPIR, em 1994, tendo subseqüentemente os juízes destes tribunais adotado os Elementos dos Crimes e as Regras Processuais e Provas. Posteriormente, em 1998, os Estados acordaram o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, no entanto, segundo afirma CASSESE (2003): "Independentemente disto, até mesmo o direito processual permanece em um certo sub-desenvolvido estágio."[125]

2.3. O Costume Internacional

Por ser aplicável a todos os Estados, o costume universal é superior ao direito convencional.[126] Afirmações como esta nos levam a questionar o que seja o costume universal, como se forma, como tem sido aplicado pelas cortes internacionais.

A prova da existência de normas consuetudinárias se baseia na constatação da presença de dois elementos necessariamente:

1. a "prática dos Estados" deve refletir a norma (requisito da generalidade);
2. os Estados devem seguir esta norma com a intenção de seguir o que é legalmente demandado (requisito da *opinio juris sive necessitatis*)[127]

Anthony D'AMATO (1987), ao introduzir seu trabalho analisando a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Nicaragua* v. *United States*[128],

---

[125] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 18: "Nonetheless, even procedural law remains at a rather underdeveloped stage. (itálico original mantido).

[126] SIMMA, Bruno e PAULUS, Andreas. *Le Role Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principles Généraux de Droit*. Chapitre 5. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), *Droit International Pénal*...p. 60.

[127] WEISBURD, Arthur M. Customary International Law: The Problem of Treaties. VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW. vol. 21 (1988) NUMBER 1, 1- 46, p. 6: (...) proving the existence of such rules require proof of two elements: first, the general practice of states must reflect the rule (the generality requirement); and second, states must follow the rule in the belief that such a rule is legally required (*the opinio júris sive necessitatis* requirement). (*Citações omitidas*).

[128] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicar. V. U.S), Merits, 1986 ICJ REP. 14 (Judgment of June 27). In: D'AMATO, Anthony. *Trashing Customary International Law*.AMERICAN JOURNAL OF IINTERNATIONAL LAW, Vol. 81, No. 1 (Jan., 1987), 101-105, p. 101.

expressa a falta de clareza teórica da Corte Internacional de Justiça, ao aplicar o direito consuetudinário: "A falta de clareza teórica da Corte significou apenas uma oportunidade na carreira de alguns observadores que como eu, buscaram fornecer a teoria do costume faltante."[129]

Anthony AMATO (1987) inicialmente analisa a relação entre a "prática dos Estados" e a "*opinio juris*":

> (...) O que confere ao costume força jurídica vinculante é o fato deste consistir no resultado de vetores divergentes (atos e contenções) e assim trazer o que os sistemas jurídicos consideram uma resolução para os interesses dos Estados em questão. O papel da *opinio juris* neste processo é simplesmente o de identificar quais dos atos possuem conseqüências jurídicas.
> Primeiramente, a regra costumeira surge da prática dos Estados, não há necessidade que esteja presente em resoluções da ONU. ou outros documentos jurídicos. Em segundo lugar, *opinio juris* não tem nenhuma relação com "aceitação" das regras destes documentos, ao contrário, *opinio juris* é um elemento psicológico associado à formação de uma regra costumeira como caracterização da prática do Estado. Finalmente, ao invés de começar com a prática do Estado, a Corte finaliza com esta.[130]

Uma Corte ou Tribunal não pode aplicar uma regra costumeira para criminalizar uma conduta, a qual não esteja na sua esfera jurisdicional.

Muitas regras consuetudinárias e princípios surgem dos casos levados às cortes nacionais. Como a corte de cada Estado tende a aplicar a sistemática nacional, mesmo julgando crimes internacionais, a uniformalização e consistência das regras consuetudinárias é de determinação extremamente difícil.

---

[129] The Court's lack of theoretical explicitness simply meant that a career opportunity arose for some observers like me to attempt to supply the missing theory of custom. In: D'Amato, Treaties as a Source of General Rules of International Law, 3 HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL. 1 (1962); D'Amato, The Concept of Custom in International Law (1971). *In*: D'AMATO, Anthony. *Trashing Customary International Law*.AMERICAN JOURNAL OF IINTERNATIONAL LAW, Vol. 81, No. 1 (Jan., 1987), 101-105, p. 101.

[130] D'AMATO, Anthony. *Trashing Customary International Law*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 81, No. 1 (Jan., 1987), 101-105, p 102 (…) What makes international custom authoritative is that it consists of the resultants of divergent states vectors (acts, restrains) and thus brings out what the legal system considers a resolution of the underlying state interests. Although the acts of states on the real-world stage often clash, the resultant accommodations have an enduring and authoritative quality because they manifest the latent stability of the system. The role of opinio juris in this process is simply to identify which acts out of many have legal consequence.
First, a customary rule arises out of state practice; it is not necessarily to be found in UN resolutions and other majoritarian political documents. Second, opinio juris has nothing to do with "acceptance" of rules in such documents. Rather, opinio juris is a psychological element associated with the formation of a customary rule as a characterization of state practice. Finally, instead of beginning with state practice, the Court ends with it. (*itálico inserido à tradução*).

Além disto, existem os diferentes sistemas jurídicos nacionais dos Estados e por conseqüência a relevância do "direito do caso" (*case law*). Os juízes treinados no sistema da "*common law*", tendem a dar grande importância aos casos como "precedentes" e estão mais inclinados a aplicar os "precedentes" sem questionar se estes evidenciam ou consagram uma regra de direito consuetudinário, ou baseiam-se em um determinado tratado. Importante lembrar que para uma abordagem tipicamente de "*common law*", os precedentes possuem força jurídica vinculante, não possuindo o mero papel de auxiliares.

Por outro lado, os juízes de países de "*civil law*", tendem a analisar tais precedentes à luz de seu "*status*" legal, desconsiderando-os na hipótese de não atenderem aos requisitos de codificação. Esta diferença quanto à formação cultural dos juízes internacionais tende a levar a decisões diferentes.

As regras costumeiras, no entanto, não são estáticas, elas se modificam de acordo com a formação dos vetores (interesse dos Estados), uma forma de denominar esta relação seria empregar os termos de Darvin (D'AMATO:1987): as regras costumeiras que sobrevivem o processo de evolução jurídica são aquelas que melhor se adaptam ao mútuo *self-interest* de todos os Estados.[131]

2.4. Processos de Codificação (Tratados e Estatutos dos Tribunais)

Os tratados representam o "*noyau dur*" do direito internacional penal[132]. Mesmo aqueles não ratificados universalmente, podem contribuir para esclarecer o direito existente e portanto um importante ponto de partida ou chegada para o desenvolvimento do costume internacional.[133] O Estatuto de Roma pode ser citado como exemplo deste papel, conforme dispõe o artigo 10º:

---

[131] D'AMATO, Anthony. *Trashing Customary International Law*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 81, No. 1 (Jan., 1987), 101-105, p 104: (…) use of Darwinian terms: the customary rules that survive legal evolutionary process are those that are best adapted to serve the mutual self-interest of all states.

[132] SIMMA, Bruno e PAULUS, Andreas. *Le Role Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principles Généraux de Droit*. Chapitre 5. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), *Droit International Pénal*...p. 59:(....) Les traités représentent le « noyau dur » du droit international pénal.

[133] SIMMA, Bruno e PAULUS, Andreas. *Le Role Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principles Généraux de Droit*. Chapitre 5. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), *Droit International Pénal*...p. 59.

> (…) **Artigo 10**
> Nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de direito internacional com fins distintos dos do presente Estatuto.

Dentre os Estatutos encontramos o "*London Agreement*" de 8 de agosto de 1945, determinando regras de direito material e processual para o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e o Estatuto do TPI de 1998.

Outros instrumentos internacionais com força jurídica vinculante e regulando a atividade de tribunais internacionais são as Resoluções de 1993 e 1994 respectivamente, aprovadas pelo Conselho Segurança da ONU para a adoção dos Estatutos do TPII e TPIR. Estas resoluções, que possuem como fundamentação jurídica o Capítulo VII da Carta da ONU, portanto, vinculantes em todos os Estados membros da ONU, de acordo com o Artigo 25 de Carta, considerados legislação internacional "secundária" (haja vista seu embasamento serem as disposições das Carta da ONU).

Para interpretação destes instrumentos, deve ser empregada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o que é possível verificar-se em um número de decisões da Câmara de Apelação do TPII[134]

2.4.1. A Relação entre os Tratados e o Costume Internacional

A relação entre os tratados multilaterais e do direito consuetudinário é particularmente delicada. De um lado, os tratados multilaterais objetivam codificar o direito consuetudinário existente, de outro, apesar do direito consuetudinário anterior manter o seu valor para as partes não contratantes, este, em razão do tratado a partir de então existente, não se mantém da mesma forma.[135].

Os Tratados Internacionais, por definição, são apenas obrigatórios aos Estados contratantes e em relação aos organismos internacionais que estabeleçam. No

---

[134] Como exemplo: *Tadić (Appeal) Decision on the defence motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, ICTY, Appeals Chamber, Decision of 2 October 1995, (case no. IT-94-1-AR72).

[135] SIMMA, Bruno e PAULUS, Andreas. *Le Role Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principles Généraux de Droit*. Chapitre 5. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), *Droit International Pénal*...p. 61: (...) celui-là, en raison du traité maintenant existant, ne reste pas tel quel.

entanto, na medida em que representem a consagração de regras consuetudinárias, podem adquirir força perante Estados não contratantes.

Sob este aspecto D'AMATO (1987), esclarece:

> [...] O processo pelo qual as regras de um tratado geram direito consuetudinário. Um tratado não é obviamente equivalente ao costume; ele (o tratado) obriga apenas as partes, e os obriga apenas conforme a executoriedade dos dispositivos contidos no tratado em si. Entretanto, as regras dos tratados se expandem para além das partes do tratado, pois o tratado em si mesmo constitui prática estatal. Para ilustrar este aspecto, consideremos dois casos hipotéticos: em (a) a regra surge por um processo de costume internacional e, em (b) a mesma regra surge em razão da incorporação desta a um tratado internacional.
> Suponha que o Estado A tente apreender substâncias narcóticas a bordo de um navio do Estado B a x milhas da costa de B. O Estado B protesta com base no fato de que o Estado A não possui jurisdição. Se o Estado A, mesmo assim, apreende e confisca as substâncias narcóticas, e se o Estado B não toma qualquer medida retaliatória ou executória contra o Estado A, então um precedente de direito consuetudinário foi estabelecido, para a regra de que a apreensão de narcóticos é permitida a uma distância X milhas ou mais da costa do Estado da bandeira. Este "incidente" assim tem o efeito de precedente do costume internacional.
> Suponha que os Estados A e B celebrem um tratado permitindo a apreensão de substância narcóticas a uma distância de X milhas ou mais da costa do Estado da bandeira. Tal tratado seria uma resultante dos vetores de A e B, como anteriormente descrito no incidente apreensão sem retalhação. Os tratados foram realmente elaborados para harmonizar interesses contrapostos sem a recorrer a ameaças ou uso da força, e nesta tendência, uma maneira muito mais civilizada de criar costume do que o processo descrito no exemplo (a). Por objetivos sistemáticos, o resultado é o mesmo nos casos (a) e (b); ou seja, a regra que caracteriza a resolução do incidente é o resultado de vetores divergentes; é a regra "costumeira" da acomodação estatal.[136]

---

[136] D'AMATO, Anthony. *Trashing Customary International Law*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 81, No. 1 (Jan., 1987), 101-105, p 103, 104: (...) the process by which treaty rules generate customary law. A treaty is obviously not equivalent to custom; it binds only the parties, and binds them only according to the enforcement provisions contained in the treaty itself. However, rules in treaties reach beyond the parties because a treaty itself constitutes state practice. To illustrate this point, let us consider two hypothetical cases: in (a) a rule arises by the pure process of international custom, and in (b) the same rule arises by virtue of its incorporation into a treaty.

(a) *Suppose state A attempts to seize narcotics on board a vessel of state B within X miles of B's coast. State B protests on the ground that state A lacks jurisdiction. If state A nevertheless seizes and confiscates the narcotics, and if B takes no retaliatory or enforcement action against state A, then a customary law precedent will be established for the rule that narcotics seizures are permissible at a distance X or more miles from the coast of the flag state. This "incident" thus has a precedential effect upon international custom.*

(b) *Suppose states A and B enter into a treaty allowing the seizure of narcotics at a distance of X or more miles off the coast of the flag state. Such a treaty would be as much a resultant of the A and B "vectors" as was the previously described seizure-plus-no-retaliation incident. Treaties were indeed invented to harmonize competing interests without recourse to threats or forcible measures, and in this fashion are a much more civilized way of creation custom than the normal process described in example (a). For systemic purposes, the outcome is the same in the (a) and (b) cases; namely, the rule characterizing the resolution of the incident is the resultant of the divergent vectors; it is "customary" rule of state acommodation.*

A relação entre os Tratados e o Costume Internacional configura-se como problemática. O impacto das Convenções Multilaterais sobre o costume internacional pode variar, mas é inegável.[137]

As Convenções Multilaterais freqüentemente, realizam a função de codificar o direito consuetudinário existente. Entretanto, o direito consuetudinário anterior mantém sua força vinculante entre as partes não contratantes.[138] Oportuna a análise do entendimento da Corte Internacional de Justiça no caso Placas Continentais do Mar do Norte (*North Sea Continental Shelf Case*) de 20 de fevereiro de 1969[139]:

Esta relação demonstra-se de grande importância para a análise do Estatuto dos TPI especificamente como direito consuetudinário existente, consagrado em um Tratado Multilateral, mas que para fins dos Terceiros Estados mantém as regras de direito consuetudinário existentes.

Em torno desta argumentação faz-se interessante notar, que para fins do presente trabalho ao abordarmos o Princípio da Jurisdição Universal, sob o ângulo da máxima *aut dedere aut judicare*, tomaremos por base o efeito duplo do Estatuto do TPI, a saber:

1. Consagração do direito consuetudinário internacional, tornando inquestionável a incriminação internacional para os tipos penais presentes;
2. Na medida em que o direito consuetudinário é consagrado reforça seu pressuposto de aplicação aos Estados Não-Parte, permitindo que estas regras internacionais penais tenham caráter de "*jus cogens*"[140] sujeitas à aplicação "*erga omnes*".

---

[137] BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1995, Tome 255 de la collection. Martinus Nijhoff Publishers (1996), The Hague/Boston/London. p. 44: (...) A recurring problem is the relationship of multilateral conventions and customary international law. The impact of multilateral treaties on the content of customary law varies but is undeniable.

[138] SIMMA, Bruno e PAULUS, Andreas. *Le Role Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principles Généraux de Droit*. Chapitre 5. In: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), *Droit International Pénal*.....p. 61.

[139] Disponível no site: http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/icssummary690220.htm

[140] Sobre "*jus cogens*" ver item 2.7

2.5. A Aplicação dos Princípios Gerais do Direito Internacional Penal e os Princípios Gerais do Direito Internacional

Seguindo a abordagem do artigo 21 do Estatuto do TPI, os Princípios Gerais do Direito Internacional Penal são uma fonte subsidiária, que deve ser empregada apenas na hipótese de impossibilidade de aplicação dos tratados, costume, princípios gerais do direito internacional e regras produzidas por instrumentos secundários. Assim, a utilização deste recurso é considerada de *extrema ratio* para o TPI[141].

Os Princípios Gerais do Direito Internacional Penal são aqueles derivados do Direito Penal, como o Princípio da Legalidade, da Presunção de Inocência, de Igualdade das Armas (*equality of arms*). A aplicação destes princípios em nível internacional em geral resulta da gradual transposição dos sistemas jurídicos nacionais para a ordem internacional, estando hoje consagrados no sistema jurídico internacional. A determinação destes baseia-se no estudo comparativo dos principais sistema legais do mundo.

No caso *Furundžija*[142], para determinar se havia alguma regra consuetudinária internacional definindo o estupro, a II Câmara de Julgamento após analisar os tratados internacionais, examinou as legislações nacionais para identificar uma possível definição comum para este crime. Concluiu que uma definição comum existia, exceto quanto à definição de estupro para a introdução do órgão sexual masculino na boca, para a qual existiam vários posicionamentos nos sistemas jurídicos analisados. O Tribunal entendeu ser necessário então buscar os "princípios gerais do direito internacional criminal, ou caso estes não fossem suficientes, os princípios gerais do direito internacional" (§182). Por fim, aplicou o "princípio geral de respeito à dignidade humana" tanto como um princípio que informa o direito internacional humanitário como os direitos humanos, e todo o *corpus* do direito internacional (§183). Aplicou também o princípio geral *nullum crimen sine lege* (§ 184), como um princípio geral do direito penal.

---

[141] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 32 e 33.
[142] *Furundžija*, ICTY, Trial Chamber II, judgment of 10 December 1998 (case no. IT-95-17/1-T).

2.6. O Papel das Decisões Judiciais

As decisões judiciais de *per se* não constituem uma fonte do direito internacional penal. Elas são consideradas "meios subsidiários para a determinação de regras internacionais de direito[143].

Merece destaque para o proposto estudo, o papel das decisões judiciárias (Artigo 38 (1)(d)) como fontes do Direito Internacional, as quais conforme esclarece o aclamado Professor da Universidade de Oxford, Ian BROWNLIE (1998):

> (…) O Artigo 38(1)(d) do Estatuto de Corte Internacional de Justiça não está limitado às decisões internacionais, as decisões dos tribunais nacionais têm valor evidente. [144]

Entretanto, ainda mais relevante o entendimento de que estas decisões, desempenham uma função dupla[145], no sentido de constituírem a declaração de um direito material e também na medida em que são proferidas por órgãos do Estado, poderem ser aplicadas à "prática do Estado", para fins de determinação do costume, o que as coloca na categoria do Artigo 38 (1)(c). Este segundo papel foi adotado no caso *Arrest Warrant*, decidido pela Corte Internacional de Justiça, no qual era discutida a aplicação da imunidade absoluta dos Chefes de Estado e dos Ministros das Relações Exteriores em relação aos crimes cometidos durante o exercício do cargo, e se haveria alguma exceção à esta regra para o caso de crimes de guerra e crimes contra a humanidade. As partes (Bélgica e Congo) tomaram como fundamentação o entendimento da "*UK House of Lords*" no Caso *Pinochet*[146] e da "*French Cour de Cassation*" no Caso *Qadaffi*[147]. Conforme o entendimento:

---

[143] Ver Artigo 38 (I) (d) do Estatuto da CIJ, o qual reflete o direito consuetudinário internacional.

[144] BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Fifth Edition, Oxford University Press, New York, 1998, p.23: (...) (c) Decisions of national courts. Article 38(1)(d) of the Statute of the International Court is not confined to international decisions and the decisions of national tribunals have evidential value."

[145] THIRLWAY, Hugh. "*The Sources of International Law*", Chapter 4, 117-143. In EVANS, Malcolm D. (organizador) *International Law*. 1st edition, Oxford University Press., New York, 2003, p.133.

[146] *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International Intervening), (No 3)* [2000] AC 151; [1999] 2 AII ER 97. THIRLWAY, Hugh. "*The Sources of International Law*", Chapter 4, 117-143. *In*: EVANS, Malcolm D. (organizador) *International Law*..... p.133.

[147] *SOS Attentat and Castelnu d'Esnault v Qadaffi, Head of State of the State of Libya,* France, Court of Cassation, criminal chamber, 13 March 2000, No 1414. *In*: THIRLWAY, Hugh. "*The Sources of International Law*", Chapter 4, 117-143. *In*: EVANS, Malcolm D. (organizador) *International Law*..... p.133.

> (…) As declarações sobre o Direito Internacional nestas decisões poderiam ser consideradas "fontes subsidiárias" para a determinação do direito consuetudinário aplicável à questão; entretanto, foram apresentadas como provas da prática dos Estados, e assim, a Corte as tratou como tais.[148]

2.7. Princípios Internacionais Criminais como Normas Cogentes (*Jus Cogens*)

Ao analisar a estrutura do Direito Internacional um dos pontos fundamentais é a questão da denominada "normatividade relativa". Segundo SHELTON (2003):

> (...) a "normatividade relativa" envolve a hierarquia entre as fontes e as normas, implicando regras de reconhecimento por meio das quais o direito é distinguido das normas sem força jurídica (*not legally binding*)[149].

A partir desta perspectiva a doutrina identifica a existência de normas superiores ou peremptórias as quais prevalecem sobre outras normas e obriga todos os Estados, independentemente do seu consentimento.

O sistema normativo internacional tem tradicionalmente se caracterizado pelo seu caráter unitário, ou seja, qualquer que fosse a origem formal (costume ou tratado, por exemplo), qualquer que fosse o seu objeto ou importância, todas as normas eram colocadas no mesmo plano, sem relação hierárquica, de maneira que sua violação daria ensejo ao sistema uniforme da responsabilidade internacional.[150]

Entretanto a teoria *jus cogens* parece afastar este regime da unidade normativa, na medida em que distingue entre normas peremptórias e normas meramente obrigatórias, e a teoria dos crimes internacionais e delitos, bem como a

---

[148] Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Preliminary Objection and Merits, Judgment, ICJ Reports 2002, p 3, paras 57, 58: (...) The statements of international law in those decisions could have been regarded as 'subsidiary means' for the determination of the customary law on the subject; they were however presented as evidence of State practice, and the Court dealt with them as such., THIRLWAY, Hugh. "*The Sources of International Law*", Chapter 4, 117-143. *In*: EVANS, Malcolm D. (organizador) *International Law*..... p.133.

[149] SHELTON, Dinah. *International Law and "Relative Normativity"*. Chapter 5, 145-172. In: EVANS, Malcolm D. (organizador) *International Law*..... p. 145: (...) It involves issues of hierarchy among sources and norms and implicates the rules of recognition by which law is distinguished from norms that are not legally binding.

[150] WEIL, Prosper. *Towards Relative Normativity in International Law?* AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 77, No. 3 (Jul, 1983), 423-442, p-. 423.

distinção que faz entre obrigações essenciais para preservar interesses fundamentais e normas criando obrigações "não tão essenciais".[151]

Trata-se de saber se todas as normas do direito internacional têm caráter de *jus dispositivum* ou se existem algumas normas que apresentam caráter de *jus cogens*, portanto impedindo qualquer possibilidade de derrogação por acordo *interpartes*.[152]

Nas palavras de WEIL (1983):

> (....) A Normatividade está se tornando uma questão de "mais ou menos": algumas normas são consideradas da maior gravidade que outras, mais obrigatórias que as outras.[153]

VERDROSS (1937) sugere uma abordagem baseada na noção de "moralidade":

> (...) Para se saber quais tratados internacionais são imorais, devemos perguntar quais são as tarefas morais que os Estados devem implementar na comunidade internacional. Ao fazê-lo, devemos nos restringir aos princípios que correspondem à ética universal da comunidade internacional. Devemos, por assim dizer, tentar encontrar o *ethical minimum* reconhecido por todos os Estados da comunidade internacional, e deixar de lado as tarefas do Estado, representadas apenas por um regime específico.[154]

Conforme o relatório da *International Law Commission* sobre o tema, as normas peremptórias envolvem "não apenas regras mas (também) considerações da moral e da boa ordem internacionais".[155] Tais normas foram incorporadas na Redação Final do Projeto da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1966), cuja versão aprovada em seu artigo 53 determina:

---

[151] WEIL, Prosper. *Towards Relative Normativity in International Law?*....p. 421.

[152] VERDROSS, Alfred. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 60, (1966), 55-63.

[153] WEIL, Prosper. *Towards Relative Normativity in International Law?*....p. 421: (...) Normativity is becoming a question of "more or less": some norms are now held to be of greater specific gravity than others, to be more binding than others.

[154] VERDROSS, Alfred. *Forbidden Treaties in International Law*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 31, (1937), 571-577, p. 574: (...) In order to know what international treaties are immoral, we must ask what are the moral tasks states have to accomplish in the international community. In doing so, we must restrict ourselves to find those principles which correspond to the universal ethics of the international community. We must, so to speak, try to find the ethical minimum recognized by all the states of the international community, and must leave aside those particular tasks of the state represented only by particular regimes.

[155] FITZMAURICE, Gerald G. *Third Report on the Law of Treaties*, March 18, 1953. In: *Documents of the 10th Session*, [1958] 2 Y.B.Int'l L. Comm'n 20, 40-41, U.N. Doc. A/CN. 4/115. In: FORD, Christopher A. *Adjudicating Jus Cogens*. WISCONSIN INTERNATIONAL LAW JOURNAL, vol. 13, (1994-1995), 145-181.

> (...) **Artigo 53 [Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)]**
> É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza.[156]

BROWNLIE (1998) aponta como exemplos de menor controvérsia a proibição do uso da força, a legislação aplicável ao genocídio, o princípio da não-discriminação racial, crimes contra a humanidade, e as regras proibindo a tráfico de escravos e pirataria.[157]

No caso *Barcelona Traction* (segunda fase)[158], a decisão majoritária da Corte Internacional de Justiça, adotada por 12 (doze) juízes, estabeleceu uma distinção entre obrigações de um Estado *vis-à-vis* outro Estado e obrigações de um Estado "perante a comunidade internacional como um todo". A Corte entendeu:

> (...) Tal obrigação deriva, por exemplo, no direito internacional contemporâneo, da ilegalidade dos atos de agressão, e do genocídio, bem como dos princípios e regras concernentes aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a proteção contra a escravidão e discriminação racial.[159]

2.7.1. "*Jus cogens*" e os crimes internacionais

Após termos analisado o conceito de norma *jus cogens* no direito internacional público, passamos a investigar sobre a possibilidade das normas do direito internacional penal, poderem se configurar como *jus cogens*, portanto normas peremptórias.

O Capítulo III – Violações Sérias de Obrigações Baseadas em Normas Peremptórias do Direito Internacional Geral, dos Artigos sobre a Responsabilidade

---

[156] RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 7ªedição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 341.
[157] BROWNLIE, Ian. *Principles of International Law*.....p. 515.
[158] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment*. ICJ Reports (1970), p. 3 at 32. In: BROWNLIE, Ian. *Principles of International Law*.....p. 515.
[159] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment*. ICJ Reports (1970), p. 3 at 32: (...) Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of agression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. In: BROWNLIE, Ian. *Principles of International Law*.....p. 515.

dos Estados da Comissão de Direito Internacional (*The International Law Commission's Articles on State Responsibility*) prevê certas conseqüências para as violações do direito internacional. As violações devem ser de duas ordens:

1) violações de obrigações baseadas em normas peremptórias do direito internacional geral;

2) tais violações são consideradas como sérias, em razão de sua escala e caráter.[160]

O Estatuto do TPI ao estabelecer a competência para os crimes previstos em seu artigo 5º, a saber: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, demonstra serem estes os crimes mais graves, em relação aos quais existe um interesse por parte da comunidade como um todo na sua repressão.

As normas do direito internacional penal ao incriminarem condutas como as enumeradas por BROWNLIE ou ainda mais recentemente as previstas pelo Estatuto do TPI, configuram normas *jus cogens*. Entretanto, deve-se esclarecer que do ponto de vista do Estado, sob este ângulo não existe uma relação direta na medida em que as condutas incriminadas recaem sobre as "pessoas naturais". Como esclarece o Tribunal Militar Internacional (1946):

> (...) Os crimes contra o direito internacional são cometidas pelos homens, não por entes abstratos, apenas por meio da punição dos indivíduos que cometem tais crimes os dispositivos do direito internacional podem ser assegurados.[161]

Passamos a analisar como este tema foi abordado nos Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional (*International Law Commission's Articles on State Responsibility*), finalizado em 2001, após quarenta anos de trabalho, com importância para o Direito Internacional comparada à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Entretanto, vale ressaltar o argumento de que estes não possuem "força jurídica vinculante", como a Convenção de Viena, haja vista a ausência de um tratado multilateral.

---

[160] CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge University Press, United Kingdom, 2002. p.242.

[161] *International Military Tribunal for the Trial of the Major War Criminals*, judgment of 1 October 1946, reprinted in AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 41 (1947), p.172, p. 221: (...) Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced. In: CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge University Press, United Kingdom, 2002. p.243.

Durante a redação dos Artigos pensou-se na possibilidade de inclusão dos "crimes internacionais do Estado", os quais seriam diferenciados das demais hipóteses de atos internacionais ilegais, denominados "delitos internacionais do Estado". Como previa a redação proposta do artigo 19, denominado "Crimes Internacionais e Delitos Internacionais" (*International Crimes and International Delicts*).[162]

Conforme a redação final proposta o conceito de crimes internacionais foi substituído pela noção de "sérias violações" de obrigações peremptórias (artigo 41)[163]. O objetivo, entretanto, é o de demonstrar que existem certas conseqüências derivadas do conceito básico de normas peremptórias do direito internacional geral e das obrigações para com a comunidade internacional como um todo, dentre do contexto da responsabilidade internacional do Estado. Sobre a distinção entre normas peremptórias ou obrigações para com a comunidade internacional (*erga omnes*), CRAWFORD (2002) esclarece:

> (...) Enquanto normas peremptórias do direito internacional geral enfatizam o escopo e prioridade a ser dada a um certo número de obrigações fundamentais, o objetivo das obrigações para com a comunidade internacional como um todo é essencialmente o interesse jurídico de todos os Estados na sua observância, ou seja, nos termos dos artigos presentes, ser autorizado a invocar a responsabilidade de qualquer Estado pela sua violação.[164]

O artigo 41[165] ao prever as conseqüências específicas para as sérias violações de uma obrigação da gravidade descrita no artigo 40[166], estabelece um regime específico para as obrigações baseadas em norma *jus cogens*.

---

[162] CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries.* ...p. 344: – B. Drafting History Part I, Art. 19: International Crimes and International Delicts, Proposal: Ago, 5th Report. Yearbook... 1976, vol. II (1) p. 54, para. 155 (art. 18).

[163] CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries.* ...p. 344: – B. Drafting History Part I, Art. 19:Crawford, 3rd Report, A/C/N.4/507/Add. 4, para. 412. Concept of international crimes replaced by notion of "serious breaches" of peremptory obligations (Art. 41). ILC Report 1998, A/53/10, paras. 288-321 and 331; ILC Report 2000, A/55/10, paras. 359-363 and 374-383; 2000 DC Report, SR. 2662, p. 17.

[164] CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries.* ...p. 244: (...) While peremptory norms of general international law focus on the scope and priority to be given to a certain number of fundamental obligations, the focus of obligations to the international community as a whole is essentially on the legal interest of all States in compliance – i.e. in terms of the present articles, in being entitled to invoke the responsibility of any State in breach.

[165] CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries.* ...p. 245: (....) Article 41 [Particular consequences of a serious breach of an obligation under this Chapter] 1. States shall cooperate to bring to an end through lawful

De acordo com o artigo 41(1) os Estados estão subordinados à obrigação positiva de cooperar no sentido de impedir as sérias violações, no sentido do artigo 40. Este dispositivo é de especial interesse para nossa análise das normas do direito internacional penal, sob o ângulo do Estado. Parece-nos ser possível a aproximação destas às obrigações de que trata o artigo 41. Neste sentido, passaremos a analisar na Parte II e III desta pesquisa as normas do direito internacional penal aplicáveis aos Estados, especialmente quanto à existência de uma obrigação do tipo *aut dedere aut judicare*.

Obrigações *erga omnes* são literalmente obrigações "aplicáveis a todos" ("*flowing to all)*". Conforme o *dictum* no caso *Barcelona Traction*[167]:

> (…)Uma distinção essencial deve ser feita entre obrigações de um Estado em relação à comunidade internacional como um todo, e aquelas originadas "*vis-á-vis*" outro Estado….Pela sua natureza o primeiro diz respeito a todos os Estados. Em razão da importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem ser considerados como portadores de interesse legal na sua proteção; estas são obrigações *erga omnes*.

O racionalidade desta categoria de obrigações segundo a Corte Internacional de Justiça fundamenta-se na "noção da importância dos direitos envolvidos, segundo a qual todos os Estados podem ser considerados como portadores de interesse jurídico na sua proteção.[168] Assim, como as obrigações *erga omnes*, os crimes internacionais recebem esta designação pois os atos que sancionam

---

means any serious breach within the meaning of article 40. 2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation. 3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this Part and to such further consequences that a breach to which this Chapter applies may entail under international law.

[166] CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. ...p. 245: (....)Article 40 [Application of this Chapter] 1. This Chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law. 2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.

[167] *In re* Barcelona Traction, Light & Power Co. (*Bélgica v. Espanha*), 1970, Corte Internacional de Justiça 4, 33 (Judgment of Feb. 5) (dictum): (…)An essencial distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another state …By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held the have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.

[168] Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1970, p.3, para 33: (....) in view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection. *In*: SHELTON, Dinah. *International Law and "Relative Normativity"*. Chapter 5, 145-172. *In*: EVANS, Malcolm D. (organizador) *International Law*..... p. 149.

são considerados de tal importância para a comunidade internacional, que ao serem cometidos geram a responsabilidade individual.[169]

2.8. A Definição dos Crimes Internacionais definindo a Jurisdição Internacional Penal

2.8.1. Evolução Histórica dos Crimes Internacionais

Originalmente a idéia de crimes internacionais estava relacionada à jurisdição do Estado, em cujo território o acusado se encontrava. Assim, o fato deste ser ou não julgado e condenado, dependia exclusivamente da legislação e das autoridades do país em questão. Na hipótese de não atuação do Estado, o Estado de nacionalidade da vítima poderia solicitar ao Estado do suposto autor, a punição do acusado ou pagamento de indenização. Enfim, seria uma questão de responsabilidade do Estado, em razão da ausência de julgamento e punição do acusado.

Inexistia durante este período a possibilidade do acusado ser processado por um Estado estrangeiro, salvo se este fosse o seu Estado de nacionalidade. No entanto, duas categorias de crimes eram consideradas exceções a este princípio, a saber: a pirataria e os crimes de guerra.

A pirataria era uma prática muito conhecida nos séculos XVII e XVIII. O artigo 101 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982) a define[170]. Os piratas eram considerados inimigos da humanidade (*hostes humani generis*) e portanto, todos os Estados, poderiam processá-los, julgá-los e puni-los, independentemente da sua nacionalidade.

---

[169] SHELTON, Dinah. *International Law and "Relative Normativity"*. Chapter 5, 145-172. *In*: EVANS, Malcolm D. (organizador) *International Law*..... p. 149.

[170] (...) Art. 101 Definição de pirataria. Constituem pirataria quaisquer dos seguintes actos:
a) todo acto ilícito de violência ou de detenção ou todo acto de depredação cometidos, para fins privados, pela tripulação ou pelos passageiros de um navio ou de uma aeronave privados, e dirigidos contra:
i) um navio ou uma aeronave em alto mar ou pessoas ou bens a bordo dos mesmos;
ii) um navio ou uma aeronave, pessoas ou bens em lugar não submetidos à jurisdição de algum Estado;
b) todo acto de participação voluntária na utilização de um navio ou de uma aeronave, quando aquele que o pratica tenha conhecimento de factos que dêem a esse navio ou a essa aeronave o caráter de navio ou aeronave pirata;
c) toda a acção que tenha por fim incitar ou ajudar intencionalmente a cometer um dos actos enunciados nas alíneas *a* ou *b*.
Reproduzido em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Organizador). *Coletânea de Direito Internacional*.....p. 257.

Os crimes de guerra surgem como uma categoria na segunda metade do século XIX, impulsionados por dois fatores:

(i) A codificação do direito costumeiro consuetudinário da guerra (*codification of the customary law of warfare*), representada pelos seguintes documentos:

- Código de Lieber (1863) (*Lieber Code*), resultante da Ordem Militar nº 100 do Presidente Lincoln como Instruções para o Governo dos Estados Unidos no Campo", aplicada durante a Guerra Civil Americana (1861-5) (*Instructions for the Government of the United States in the Field)*;
- Oxford Manual de 1880, adotado pelo Instituto de Direito Internacional (*Institut de Droit International*)[171];
- Codificação de Haia (1899-1907) (*Hague Codification*).

(ii) Importantes julgamentos realizados no final da Guerra Civil Americana, dentre eles:

- Henry Wirz, um caso de sérios maus tratos de prisioneiros de guerra, levado à uma Comissão Militar Norte-americana (1865);
- Vários casos trazidos às Cortes Marciais Norte-Americanas em 1902, durante o conflito armado norte-americano contra os insurgentes nas Filipinas, a qual a Espanha havia entregue por Tratado aos EUA em 1898[172].

Tais crimes eram definidos como violações às leis da guerra, cometidos por combatentes em conflitos internacionais armados, os quais determinavam:

(i) que os indivíduos atuando como Oficiais do Estado poderiam ser levados a julgamento e punidos pelas violações às leis da guerra[173];

(ii) que estes poderiam ser punidos tanto pelo seu Estado como pelo Estado inimigo.

Inicialmente, os julgamentos dos acusados de crimes de guerra se baseavam no "Princípio da Nacionalidade Passiva", por meio do qual os Estados de

---

[171] *Les Lois de la Guerre sur Terre, Manuel publié par l'Institut de Droit Internacional* – Brussels and Liepzig: C. Muquardt, 1880. *In*: CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 39.

[172] Ver vários casos citados em W. Winthrop, *Military Law and Precedents*, 2nd edn (Buffalo, NY: William S. Helm & Co., 1920), 839-62. *In*: CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 39.

[173] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 39: (…) The contrary view of A. Verdross, *Völkerrech*t (Berlin: Springer Verlag, 1937) at 298 was (and is) wrong. (According to the distinguished Austrian international lawyer, 'punishment [of authors of war crimes] must be ruled out when the action was not performed on one's own impulse, but must be exclusively attributed to the State of which the person is a national (*Heimatstaat*)'.) H. Kelsen (*Peace through Law* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1944, at 97) shared Verdross's view.

nacionalidade das vítimas conduziam os julgamentos, ou seja, o "adversário" era responsável pelo julgamento. O *Manual on Land Warfare* inglês (1912) estipulava que: "crimes de guerra é uma expressão técnica para um determinado ato de soldados e civis inimigos passíveis de punição haja vista a captura de seus supostos autores"[174]

A partir do final da I Guerra Mundial foi acrescentado o "Princípio da Territorialidade", bastando portanto, que o crime fosse cometido no território do Estado para estar sujeito à sua jurisdição.

A criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e posteriormente de Tóquio com o julgamento e punição dos oficiais acusados foi um "*turning point*" para a categorização dos crimes internacionais, pois:

(i) Surgiram duas novas categorias: crimes contra a paz e crimes contra a humanidade;

(ii) Até 1945 (exceção feita ao dispositivo constante do Tratado de Versailles, em relação ao Império Alemão, que permaneceu como letra morta), Oficiais Estatais "*senior*" nunca haviam sido responsabilizados pessoalmente por suas faltas (*wrongdoings*), podendo apenas o Estado ou pessoas de *low-ranking* serem responsabilizadas. Assim, a partir desta data, tais acusados deixaram de estar protegidos pela soberania do Estado, manifestada por meio da sua imunidade, a qual não poderia mais ser alegada. Pela primeira vez o princípio básico era proclamado, de que diante da alternativa entre obedecer o comando da lei interna ou o padrão internacional de conduta, o Oficial ou indivíduo deveria optar pelo segundo. Como declarou o Tribunal Militar Internacional:

> (...) A essência do Estatuto instituindo o Tribunal Militar Internacional é o fato de que os indivíduos possuem deveres internacionais que transcendem as obrigações nacionais de obediência impostas pela Estado individualmente tomado.[175]

---

[174] Col.J.E. Edmons and Prof. L. Oppenheim, *Land Warfare, An Exposition of the Laws and Usages of War on land* for *the Guidance of Officers of His Majesty's Army* (London: His Majesty's Stationery Office, 1912), at 95, para. 441: (...) war crimes is the technical expression for such an act of enemy soldiers and enemy civilians as may be visited by punishment on capture of the offenders'. *In*: CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 40.

[175] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 40: (...) the very essence of the Charter [instituting the IMT] is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State.

Posteriormente, a Convenção sobre o Genocídio (1948) e as Convenções de Genebra (1949) trazem um grande avanço para o direito substantivo (dado o surgimento de novas categorias de crimes de guerra, denominados: "graves violações às Convenções de Genebra" e para o direito processual, com o estabelecimento do "Princípio da Universalidade da Jurisdição, de acordo com o qual um Estado contratante poderia levar a julgamento o acusado de "grave violação", independentemente de sua nacionalidade ou local de ocorrência do crime.

Posteriormente às Convenções de Genebra, tem-se os dois Protocolos Adicionais (1977), a Convenção contra a Tortura (1984), e uma cadeia de tratados contra o terrorismo desde 1970.

Conforme a Câmara de Apelação do TPII, determina em *Tadić*[176], a noção de crimes de guerra foi gradualmente estendida para sérias violações às regras humanitárias internacionais, que regem os conflitos armados internos.

2.8.2. A Noção de Crimes Internacionais

Partimos da seguinte definição proposta por CASSESE (2003):

> (...) Os crimes internacionais são violações às normas internacionais, as quais acarretam a responsabilidade pessoal dos indivíduos relacionados (opondo-se à responsabilidade do Estado, no qual este indivíduo pode agir como parte de um órgão).[177]

Vale ressaltar que os crimes internacionais devem cumulativamente implicar:

1. Violações às normas costumeiras internacionais, abrangendo também as disposições dos tratados, que codificam ou consagram o direito consuetudinário, ou ainda contribuem para formação deste;
2. Normas com o objetivo de proteção de valores considerados importantes por toda a comunidade internacional e conseqüentemente obrigatórias a todos os Estados e indivíduos. Estão presentes no instrumentos internacionais, dentre eles os mais importantes são:

---

[176] *Tadić (Appeal) (Decision on the defence motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), Appeals Chamber, Decision of 2 October 1995* (case no. IT-94-1-AR72), §§ 94-137.

[177] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 23: (…) International crimes are breaches of international rules entailing the personal criminal liability of the individuals concerned (as opposed to the responsibility of the State of which the individuals may act as organs).

- Carta das Nações Unidas (1945);
- Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);
- Convenção Européia sobre Direitos Humanos (1950);
- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966);
- Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966);
- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966);
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969);
- Declaração das Nações Unidas sobre Relações Amistosas (*United Nations Declaration on Friendly Relations*) (1970);
- Carta Africana sobre Direitos Humanos e Direitos dos Povos (*African Charter on Human and Peoples' Rights*) (1981);

Outros documentos cristalizam estes valores, mas não os declaram diretamente, estabelecendo a proibição de condutas, como por exemplo:

- Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948);
- Convenções de Genebra sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Armados (1949) e seus dois Protocolos Adicionais (1977);
- Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984);
- Vários Tratados sobre a persecução e repressão das diferentes formas de Terrorismo.

3. Além disto, existe um interesse universal na repressão destes crimes. Respeitados certos requisitos, os acusados podem em princípio ser julgados e punidos *por qualquer Estado,* independentemente do vínculo territorial ou de nacionalidade com o autor ou a vítima. Este aspecto será o tema central a ser desenvolvido na Parte II;
4. Na hipótese de o autor ter agido na sua capacidade oficial, ou seja como um Oficial do Estado *"de jure*" ou *"de facto"*, o Estado em cujo nome este tenha praticado a conduta proibida, está impedido de alegar o gozo de imunidade de jurisdição civil ou penal do Estado estrangeiro, com base no direito consuetudinário aplicável aos Oficiais do Estado agindo no exercício de suas

funções. Ressalta-se entretanto a questão das imunidades na hipótese do Oficial do Estado pertencer a uma categoria como Chefe de Estado[178], Ministro das Relações Exteriores ou Agente Diplomático, por exemplo, como nos casos *Pinochet*[179] e *Ndombasi*,[180] originando o caso *Congo v. Belgium*[181].

A noção de crimes internacionais não inclui o tráfico ilegal de drogas narcóticas e substâncias psicotrópicas, o comércio ilegal de armas, contrabando de materiais letais ou potencialmente letais ou lavagem de dinheiro[182]. Tal fato justifica-se por estes crimes serem apenas estabelecidos em *tratados* internacionais ou *resoluções* de organizações internacionais, não fazendo parte do direito consuetudinário. Além disto, em geral, estes crimes são realizados *contra* os Estados, por entes privados ou organizações criminais. Na hipótese de envolverem agentes estatais, estes agem por interesses particulares, realizando condutas geralmente consideradas crimes pela legislação nacional.

2.8.3. Os Crimes Internacionais no Estatuto do Tribunal Penal Internacional

O Tribunal Penal Internacional tem competência para julgar quatro categorias de crimes, a saber: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão[183], descritos como "crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto"[184]. O Estatuto ainda os descreve como "atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade"[185] e "crimes de maior gravidade com alcance internacional"[186].

Trataremos de cada uma das categorias individualmente, entretanto ressalta-se que a agressão, conforme disposto nos artigos 121 e 123 do Estatuto,

---

[178] A questão das imunidades não será abordada por se tratar de temática alem do objetivo deste trabalho.
[179] United Kingdom House of Lords: *Regina* v *Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Other*s ex parte Pinochet 24 March 1999, reprinted in (1999) 38 *Int'L Materials* 581, case notes by CM Chinkin in 93 Am J Int'l L (1999) 703, §§ 57-61.
[180] Ver Capítulo 5.
[181] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (*Democratic Republic of the Congo v Belgium*), International Court of Justice, 14 de fevereiro 2002, disponível on-line: http://www.icj_cij.org/icjwww/idocket/ iCOBE /icobejudgment/icobe_ijudgment_20020214.PDF (visitado em 1 de agosto de 2005). Ver Capítulo 5.
[182] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 25.
[183] Artigo 5º do Estatuto do TPI.
[184] Preâmbulo e artigo 5º do Estatuto do TPI.
[185] Preâmbulo do Estatuto do TPI.
[186] Artigo 1º do Estatuto do TPI.

requer para sua definição uma "emenda formal" do Estatuto[187], haja vista a impossibilidade de acordo entre os Estados quanto à sua elaboração. Desta forma, analisaremos as demais categorias: genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

A. Genocídio

A palavra genocídio foi inicialmente empregada por Raphael Lemkin em seu livro a respeito dos crimes cometidos pelos nazistas na Europa ocupada.[188] O artigo 6º do Estatuto de Roma define o genocídio, tomando como base o artigo II da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime do Genocídio (1948), configurando-se uma verdadeira cópia deste dispositivo.

Ao adotar o texto de uma convenção de 1948, o Estatuto de Roma claramente constitui uma codificação de norma consuetudinária internacional.[189] Segundo esta norma, o genocídio é definido com base em cinco atos cometidos com o intuito de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional étnico, racial ou religioso. Os cinco atos são: homicídio de membros do grupo; ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; sujeição intencional do grupo a condições de vida com o objetivo de provocar a sua destruição física, total ou parcial; imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Entende-se que o *dolus specialis* distingue o genocídio dos demais crimes. Portanto, o que distingue o genocídio dos crimes contra a humanidade e crimes de guerra é o fato de que o ato, seja o homicídio ou qualquer outro dos quatro atos definidos pelo artigo 6º, devem ser cometidos com o intuito "de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Como pode-se notar este intuito específico tem diferentes componentes.[190]

Entretanto, para a definição dos pontos acima mencionados deve-se ter em mente a necessidade de ser analisada a hipótese de intenção de destruir um pequeno número de pessoas do grupo também constituiria genocídio pois o Estatuto não faz este tipo de restrição. Além disto, resta a questão dos grupos sociais e

---

[187] SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p.31.
[188] SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p.36.
[189] SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p.37.
[190] SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p.37.

políticos, ou seja, se estes também devem incluídos na definição. Decidiu-se por não concertar a definição tradicional de genocídio[191]. Assim, tais perseguições serão tratadas como crimes contra a humanidade, conforme o artigo 7 (1) (h) do Estatuto.

B. Crimes contra a humanidade

Para a definição dos crimes contra a humanidades encontramos duas dificuldades, a saber:

(i) A distinção entre os crimes contra a humanidade dos crimes de guerra e dos crimes sujeitos ao direito nacional;

(ii) A determinação das condutas puníveis de acordo com o Direito Internacional como fruto da responsabilidade criminal individual, distinta da responsabilidade do Estado por violações dos Direitos Humanos.

O Artigo 7º do Estatuto contém quatro requisitos para que seja definida a competência do Tribunal sob a alegação de crimes contra a humanidade, como pode-se notar:

> (...) **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.

Inicialmente, o Estatuto requer que o crime seja cometido como parte de um "ataque, generalizado ou sistemático", conforme a decisão do primeiro grande julgamento do TPII, no caso *Tadić*.[192] Este deve ser cometido contra uma "população civil", o que claramente os distingue dos crimes de guerra, os quais podem ter como objeto combatentes ou civis, vale ainda ressaltar poder ser um ataque não-militar.[193]

O artigo 7º (2) (a) esclarece ainda que o "ataque contra uma população civil" deve ser praticado "de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a persecução política". Desta

---

[191] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 96.
[192] *Prosecutor v. Tadić* (Case No. IT-94-1-T), Opinion and Judgment, 7 May 1997, para. 656. In: SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p.44.
[193] Elements of Crimes, Art. 7, Introduction, para. 3. *In*: SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p.44.

forma, os crimes contra a humanidade podem também ser praticados por entes não-estatais, com objetivos políticos.

Soma-se a necessidade de que exista "conhecimento desse ataque", o que implica uma forma específica de intenção, embora mais branda que a requerida pela definição de genocídio.[194]

CASSESE (2003) ao analisar os crimes contra a humanidade finaliza por abordar a questão relativa ao direito consuetudinário, a qual também será realizada em relação ao crimes de guerra, como pode ser observado:

> (...) A comparação entre as noções de crimes contra humanidade dispostas no direito consuetudinário internacional, bem como as encontradas no artigo 7º demonstram que este se baseia naquele. Entretanto, muitas diferenças podem ser encontradas. Em certos aspectos, o artigo 7º elabora e esclarece o direito consuetudinário, em alguns é mais restrito do que o direito consuetudinário internacional, em outros, o artigo 7º, ao contrário é mais amplo do que o escopo do direito consuetudinário internacional.[195]

C. Crimes de guerra

G. ABI-SAAB e R.ABI-SAAB (2000) definem os crimes de guerra como:

> (...) Pode-se definir os "crimes de guerra" como sendo as violações das regras do *jus in bello* (denominadas após as Convenções de Genebra de 1949 de "direito dos conflitos armados" e mais recentemente "direito internacional humanitário"), que acarretam, segundo o direito internacional, a responsabilidade penal dos indivíduos que as cometem.[196]

Em CASSESE (2003) também encontramos uma definição para os crimes de guerra, a saber:

---

[194] SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*....p.44.

[195] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 91: (…) A comparison between the notion of crimes against humanity laid down in customary international law and that set out in Article 7 shows that by and large, the latter is based on the former. However, many differences may be discerned. In some respects it is narrower than customary international law; in others, Article 7 instead broadens the scope of customary international law.

[196] ABI-SAAB, Georges e ABI-SAAB, Rosemary. Les Crimes de Guerre. Chapitre 21. *Droit International Pénal*. 265-285. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores). .....p.278: (...) l'on peut définir les « crimes de guerre » comme étant les violations des règles du jus in bello (rebaptisé depuis les Conventions de Genève de 1949 « droits des conflits armés »et plus récemment « droit international humanitaire »), qui entraînent, selon le droit international, la responsabilité pénale des individus qui les commettent.

> (...) Crimes de Guerra são *sérias violações* das normas consuetudinárias ou, onde aplicável, dos tratados que formam o "corpus" do direito internacional humanitário dos conflitos armados[197].

De acordo com a Câmara de Apelação do ICTY em *Tadić*[198] (1995) (*Interlocutory Appeal*):

(i) os crimes de guerra devem consistir em "séria violação de uma regra internacional", ou seja "devem constituir a violação de uma regra que proteja valores importantes, e esta violação deve produzir graves conseqüências para a vítima";

(ii) a regra violada deve pertencer ao "*corpus*" do direito consuetudinário ou ser parte do tratado aplicável;

(iii) a violação deve acarretar, de acordo com o direito consuetudinário ou convencional, a responsabilidade criminal individual da pessoa acusada desta violação.

Os crimes de guerra podem ocorrer durante conflitos armados internacionais ou em guerras civis. Tradicionalmente os crimes de guerra eram assim considerados, apenas em relação aos conflitos internacionais, não em relação aos conflitos internos, no entanto, após a decisão da anteriormente citada Câmara de Apelação do ICTY, em *Tadić* (1995), tais crimes passaram a ser também assim considerados, na hipótese de conflito interno[199].

Os crimes de guerra, como demonstrado anteriormente, constituem a mais antiga das quatro categorias de crimes de competência do Tribunal Penal Internacional. Os redatores do Estatuto do Tribunal Penal Internacional basearam-se nas fontes do *jus in bello* para a elaboração da estrutura do artigo 8º. Este dispositivo consiste em quatro categorias de crimes de guerra, dois destes endereçados aos conflitos armados internacionais e outros dois aos conflitos internos.[200]

Para SCHABAS (2001, 2004) não apenas as condutas são descritas com exagero em detalhes, mas também as categorias, o que causa dificuldades para a avaliação do tipo de conflito armado envolvido. Desta forma, as cortes terão de

---

[197] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 47: (…) War crimes are *serious violations* of custormary or, whenever applicable, treaty rules belonging to the corpus of the international humanitarian law of armed conflict. (*itálico original mantido*).

[198] *Tadić (Appeal) (Decision on the defence motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), Appeals Chamber, Decision of 2 October 1995* (case no. IT-94-1-AR72).

[199] Ver Artigo 8 (2) (c-f) do Estatuto TPI.

[200] SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*.....p. 54.

distinguir entre conflitos internacionais e não-internacionais, somando-se ainda, a existência de sub-categorias para cada um destes.

Outra crítica realizada por SCHABAS (2001, 2004) e CASSESE (2003) trata do problema restritivo causado pelo detalhamento. Em geral, a extensão do artigo 8º, considerado o mais longo dentre as categorias, poderia ser interpretada como uma extensão do conceito de crimes de guerra. Entretanto, como ressalta o TPII em *Kupreskic*: "uma exaustiva categorização meramente criaria oportunidades para evasão do texto proibitivo"[201].

Acrescentam ainda, que esta necessidade de precisão nos textos legais, objetivando o respeito ao Princípio da Legalidade, pode ter o efeito indireto de contribuir para a impunidade em razão da impossibilidade de permitir interpretações dinâmicas e evolutivas. Vale trazer a declaração da Câmara de Apelação do TPII, citando Nuremberg: "as leis dos conflitos armados não são estáticas, mas em razão de sua adaptação contínua atendem às necessidades de um mundo em mudança".[202]

CASSESE (2003) afirma ainda: "em algumas áreas a disposição do Estatuto de Roma, Artigo 8º, constitui um retrocesso para o direito internacional existente."[203] Dentre as principais razões apontadas, ressalta a frase "outras violações graves das leis e costumes aplicáveis ...no âmbito do direito internacional" do artigo 8 (2) (b) e (e), tratando dos crimes compreendidos como "crimes de guerra". Segundo esta abordagem, haja vista, nos demais dispositivos do artigo 8º não ser mencionada a expressão "no âmbito do direito internacional", uma possível explicação para este requisito seria: "os crimes enumerados nos dois dispositivos anteriores podem ser considerados crimes de guerra para o propósito do Estatuto apenas se assim forem considerados pelo direito consuetudinário internacional."[204]Neste caso, em relação a estes dois dispositivos para que a Corte considere uma conduta como crime de

---

[201] *Prosecutor v. Kupreskic et al.* (Case No. IT-95-16-T), Judgment, 14 January 2000, para. 563: (...) In *Kupreskic*, the Yugoslav Tribunal warned that '[a]n exhaustive categorization would merely create opportunities for evasion of the letter of the prohibition. In: SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*.....p. 55.

[202] *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Case No. IT-96-23 and IT-96-23/I-A), Judgment, 12 June 2002, para. 67: (...) the laws of armed conflict 'are not static, but by continual adaptation follow the needs of a changing world'.

[203] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 59: (…)in some areas the relevant provision of the Rome Statute, Article 8, marks a retrograde step with respect to existing international law

[204] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 60: (…) the offences listed in the two aforementioned provisions [articles 8 (2) (b) and (e)] are to be considered as war crimes for the purpose of the Statute only if they are regarded as such by customary international law.

guerra, faz-se necessário que o direito internacional geral considere esta violação como crime de guerra.

Assim, para estas hipóteses a Corte deve estabelecer se:

1. com base no direito internacional geral a conduta é considerada uma violação do direito humanitário internacional dos conflitos armados e também;
2. conforme o direito consuetudinário internacional a conduta constitui um crime de guerra.

CASSESE (2003) conclui sua análise:

> (...) conseqüentemente para as duas categorias de crimes de guerra o Estatuto não estabelece um regime jurídico próprio, mas pressupõe um exame obrigatório pelo Tribunal, realizado caso a caso, do *status* atual do direito internacional geral.....Se esta regulamentação deve ou não ser considerada satisfatória, em qualquer caso parece indiscutível que foi delineada com a finalidade deixar uma maior liberdade para os Estados soberanos ou colocando de uma outra maneira, para fazer com que a rede de proibições internacionais menos rigorosa.[205]

[205] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 60: (…) it would follow that for two broad categories of war crimes the Statute does not set out a self-contained legal regime, but presuposes a mandatory examination, by the Court, on a case by case basis, of the current status of general international law. Whether or not such a regulation is considered satisfactory, in any event it seems indisputable that it has been designed to leave greater freedom to sovereign States or, to put it differently, to make the net of international prohibitions less tight an stringent.

3. A Doutrina da Jurisdição Internacional do Estado no Direito Internacional

Este capítulo objetiva analisar os mecanismos existentes para a delimitação da jurisdição extraterritorial dos Estados.

Inicialmente, no presente estudo, examinaremos a jurisdição como um conceito legal, para posteriormente, tratarmos das delimitação da competência jurisdicional horizontal – entre Estados (Parte II) e vertical– entre atores nacionais e internacionais (Parte III).

3.1. A jurisdição internacional como um conceito legal

Inicialmente analisamos o conceito de jurisdição aplicado ao ordenamento jurídico de direito interno brasileiro, para fins de demonstrar como o conceito no âmbito internacional é abordado de maneira diversa.

Segundo o Código de Processo Civil Comentado (NERY, NERY: 2001):

> (…) Unidade da jurisdição. A jurisdição, monopólio do poder estatal, é una e indivisível.[206]

Este conceito segue as idéias de Bodin, aplicadas ao conceito de soberania, ou seja, haveria uma relação direta, ou até mesmo equiparação entre o conceito de jurisdição e soberania.

Conforme esta perspectiva os limites da jurisdição são assim definidos:

> (…) Limite da jurisdição. Os juízes e tribunais exercem a atividade jurisdicional apenas no território nacional (princípio da aderência)….A denominada competência internacional (CPC art.88) é, na verdade, **jurisdição**, pois se o juiz

[206] NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor*. 5ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 346.

brasileiro não tem jurisdição não pode ter competência, que daquela é derivada.[207]

(grifo nosso)

Na Teoria Geral do Processo encontramos o seguinte posicionamento:

(…) Da jurisdição….podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.[208]

(…)…a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e a atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos inter individuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.[209]

Encontramos portanto, o conceito de jurisdição baseado na noção de poder, função e atividade, objetivando a solução imparcial de conflitos de interesses. No entanto, nota-se claramente não haver qualquer relação com a produção das normas jurídicas, com base nas quais a "lide" (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida)[210] deverá ser resolvida.

Desta forma, de acordo com a Teoria Geral do Processo aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro, a jurisdição, como monopólio do poder estatal é una, tendo como fim a pacificação de conflitos de interesse. Entretanto, no âmbito do Direito Internacional, não encontramos clareza na terminologia, razão pela qual o aclamado Professor Irineu STRENGER (2003) atenta para a problemática do uso das expressões *jurisdição* e *competência* no âmbito internacional:

(…) O uso da palavra é impreciso; às vezes indica o tribunal que tem a **competência de julgar**; o que equivale praticamente à **competência**, porém, se utiliza também o vocábulo para referir-se aos limites territoriais do poder do tribunal ou para distribuir a competência em razão de pessoa, matéria ou quantidade. Por isso é freqüente não fazer distinções entre ambos termos e, assim, o artigo 5º de ambos os tratados de direito processual internacional de

---

[207] NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor*.....p. 347.

[208] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 7ª ed,. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais,1990, p. 115.

[209] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*..... p. 115.

[210] Idem anterior.

> Montevidéu de 1889 e 1940 usam a palavra "competência"quando se refere à jurisdição internacional.[211]
>
> *(grifo nosso)*

Com a finalidade de esclarecermos a terminologia a ser adotada nesta tese, trazemos o conceito elaborado por alguns dos mais renomados doutrinadores do Direito Internacional Público. Dentre as principais definições, destacamos a de CAPPS, EVANS e KONSTADINIDIS (2003) e a de LOWE (2003):

> (…) "Jurisdição" é uma forma de poder legal ou competência.[212]

Portanto, nota-se a o emprego do termo jurisdição no sentido de competência, como anteriormente constatado por STRENGER (2003).

> (…) "Jurisdição" é o termo que descreve os limites da competência legal de um Estado ou outra autoridade regulatória (como a Comunidade Européia) para 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 conseqüências dos eventos.[213]

Segundo esta definição a jurisdição é definida em termos dos limites da competência legal, mais uma vez percebe-se o emprego da competência como critério de definição da jurisdição. Interessante notar, a idéia de competência legal para criar, aplicar e executar as regras de conduta, pois difere da abordagem até então empregada para o direito interno, como anteriormente descrita. A criação das normas jurídicas faria parte do conceito de jurisdição.

O Professor da Universidade de Oxford, Ian BROWNLIE (1998) aborda o tema da jurisdição como interligada ao conceito de soberania, ao citar VERZIJL (1968):

---

[211] STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*, São Paulo: Ltr editora, 2003, p. 21.

[212] CAPPS, Patrick. EVANS, Malcoln. KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Juridiction*. International and European Legal Perspectives. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2003. Introduction. p.xix: (…) Jurisdiction is a form of legal power or competence.

[213] LOWE, Vaugham. *Jurisdiction*. In: EVANS, Malcolm (Coordenador). *International Law*. Oxford University Press, First Edition, New York, 2003, 327-385, p. 327: (…) 'Jurisdiction' is the term that describes the limits of the legal competence of a State or other regulatory authority (such as the European Community) to make, apply, and enforce rules of conduct upon persons. It 'concerns essentially the extent of each state's right to regulate conduct or the consequences of events'. (citações omitidas).

> (…) O complemento normal dos direitos do Estado, caso típico de competência legal é em geral descrito como "soberania": direitos particulares, ou acúmulos de direitos quantitativamente menor que a norma, se descritos como "jurisdição"[214].

Em seguida acrescenta:

> (…)Em resumo, "soberania" é a taquigrafia legal para personalidade jurídica de um certo tipo, a essência do estado; "jurisdição" refere-se a aspectos particulares da substância, especialmente direitos, liberdades e poderes."[215]

Portanto, haveria uma relação direta entre "soberania" e "jurisdição", como decorrência daquela. Pode-se notar o caráter amplo da noção de jurisdição, como "direitos, liberdades e poderes", o que nos permite admitir a atividade de criação, aplicação e execução das normas jurídicas.

O Professor da Universidade de Florença, Antonio CASSESE (2001) entende que a jurisdição configura-se como um dos poderes e direitos decorrentes da soberania:

> (…)Soberania inclui os seguintes amplos poderes e direitos:
> (1) O poder de exercer autoridade sobre todos os indivíduos vivendo no território. Este poder pode ser até mesmo considerado como quintessência da soberania. ….
> (2) O poder de usar e dispor livremente do território sob jurisdição do Estado e desempenhar todas as atividades consideradas necessárias e benéficas à população que neste vive.[216]

Mais uma vez, podemos notar a amplitude do conceito empregado, o que nos permite afirmar haver uma distinção entre a noção de jurisdição empregada pela doutrina e ordenamento jurídico brasileiro de direito interno e a adotada pelo direito internacional público.

O célebre Professor Celso Albuquerque MELLO (2001), afirma que:

> (...) O Estado tem o direito de exercer a sua jurisdição sobre todas as pessoas e coisas no seu território nacional. As restrições à jurisdição estatal são impostas pelo DI (direito internacional)."[217]

---

[214] Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, i. (1968), 256-92. *In:* BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International* ….p. 106.
[215] BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International* ….p. 106.
[216] CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford University Press, New York, 2001, p. 89: (…) Sovereignty includes the following sweeping powers and rights. (1) The power to wield authority over all the individuals living in the territory. This power might even be regarded as the quintessence of sovereignty…(2) The power to freely use and dispose of the territory under the State's jurisdiction and perform all activities deemed necessary or beneficial to the population living there.

Desta forma, este amplo poder, direito, competência legal teria como limite as restrições impostas pelo Direito Internacional. Por esta razão, neste capítulo estudamos os aspectos da jurisdição internacional estatal (pois estamos adotando a perspectiva do direito internacional para o conceito de jurisdição), bem como os limites estabelecidos pelo Direito Internacional para seu exercício (o que faremos ao analisar a coordenação do exercício das Jurisdições Penais Estatais).

Em geral, tende-se a definir a jurisdição[218] como sendo um dos atributos da soberania. Para a presente pesquisa, acredita-se ser esta uma afirmação de caráter reducionista, pois não nos permite saber o que a jurisdição realmente é, ou seja, qual o seu conteúdo.

De acordo com o célebre F.A. MANN (1990)[219], ao tratar-se do problema da jurisdição os estudiosos de direito internacional público têm em mente o direito do Estado, conforme o direito internacional de regular as condutas não exclusivamente domésticas. Entretanto, em sua *Doutrina da Jurisdição* (*Doctrine of Jurisdiction*)[220], chama atenção para alguns pontos que devem ser considerados, a saber:

(I) O problema da jurisdição internacional engloba as atividades do Estado e das Organizações Internacionais, as quais por meio dos tratados que as criam recebem poderes para agir dentro de uma determinada esfera, ao exceder estes limites estariam agindo de maneira *ultra vires*. Entretanto, esclarece que a jurisdição em direito internacional não tem qualquer relação com as questões de competência judiciária do direito interno.

(II) A jurisdição trata do direito de um Estado de exercer alguns dos seus poderes. Configura-se assim, uma problemática totalmente distinta dos poderes internos ou estrutura constitucional. O *American Law Institute* (Instituto de Direito Americano) propôs um Projeto Oficial da Lei das

---

[217] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I, 13ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 428.

[218]BERMAN, Sir Franklin. *Jurisdiction: The State*. *In*: CAPPS, Patrick. EVANS, Malcoln. KONSTADINIDIS, Stratos (Coord). *Asserting Juridiction*. International and European Legal Perspectives. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2003, 3-15.

[219] MANN, F.A. The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After 20 Years. 186 HR (1984 – II) 9, reproduced in MANN, F.A Further Studies in International Law. Oxford: Claredon Press, 1990 e MANN, F.A. The Doctrine of Jurisdiction in International Law. 111 HR (1964-I) 1, reproduced in MANN, F.A. Studies in International Law. Oxford: Claredon Press,1973.

[220] MANN, F.A. *The Doctrine of International*….p.2.

Relações Exteriores dos Estados Unidos de maio de 1962 (*Official Draft of the Foreign Relations Law of the United States of May 1962*), denominado *Draft Restatement 1962*, o qual fala em "capacidade de um Estado" (*the capacity of a State*) ao definir jurisdição[221]. Outros autores utilizam termos como "*power*" ou "*pouvoir*" ou ainda "*authority*".

A idéia de jurisdição não se aplica apenas à determinação de um único Estado que tenha o direito de exercício desta. Existem muitas circunstâncias, nas quais por sua natureza, mais de um Estado possui o direito de regulá-la. Desta forma, a jurisdição ***legislativa***[222] acaba por ser concorrente ao invés de exclusiva[223]. Assim, citando o exemplo trazido por MANN (1990), se A na Holanda atira em B na Bélgica e se em conseqüência do ferimento B morre na França, três países podem ter a jurisdição internacional. Se dois deles forem deprivados do direito de impor a responsabilidade penal, será em razão de um tratado. No ramo do direito tributário vários tratados têm sido concluídos, o que provavelmente levará à aceitação de uma regra do direito consuetudinário internacional de exclusividade da jurisdição tributária.

(III) A existência do direito do Estado para exercer a jurisdição é exclusivamente determinada pelo direito internacional público, cabendo também a este a determinação das conseqüências pelo mau exercício deste direito.

(IV) A Jurisdição envolve o direito do Estado de regulamentar, o que significa o **exercício legislativo**, **executivo** ou a **aplicação de medidas judiciais**. Desta forma, a regulamentação pode ocorrer tanto por meio de elaboração ou da aplicação e execução de regras legais, ou seja do exercício do **poder legislativo** ou do **poder judiciário**. Esta idéia merece uma abordagem cautelosa, no sentido de diferençar a aplicação da terminologia ao direito interno.

Conclui-se portanto, que o conceito legal de jurisdição internacional designa o direito internacional do Estado de criar regras e de aplicá-las e executá-las a um determinado caso. Segundo MANN (1973), esta distinção é bastante enfatizada

---

[221] Restatement (1962), p. 25. *In*: MANN, F.A. *The Doctrine of International….* p. 3.
[222] Sobre a jurisdição legistativa ver item 3.2.1 A Jurisdição Prescritiva.
[223] Cf. Verdross, *Völkerrecht*, 4th ed, 1959, p. 248. *In* Mann, F.A *The Doctrine of Jurisdiction*…p.3.

no *Draft Restatement* (1962) e indispensável para uma abordagem apropriada do problema da jurisdição. Os equívocos nesta interpretação têm causado grandes dificuldades na abordagem deste tema.

O desdobramento desta abordagem fica bastante claro na hipótese de exercício da jurisdição *legislativa* acompanhada da necessidade de execução destas regras criadas no plano internacional, onde haverá necessariamente de ser atendido o teste do direito internacional. Um exemplo simples e bastante ilustrativo é o caso do serviço militar, para o qual o Estado pode estabelecer os critérios de recrutamento, como por exemplo sexo e idade, em relação aos nacionais dentro do seu território, mas está impedido de enviar oficiais a outros Estados para trazerem seus nacionais para dentro de suas fronteiras para prestarem o serviço militar.

(V) A problemática da jurisdição conforme anteriormente dito, vincula-se apenas às questões não exclusivamente domésticas.

Nas palavras de MANN (1973):

> (…)A jurisdição é portanto, uma das funções fundamentais do direito internacional público, a saber: a função de regular e delimitar as respectivas competências dos Estados, "de conférer, de repartir et de réglementer des compétences". A mesma idéia é expressa, quando é feita a referência em alemão à "Geltungsbereich" das leis, ou à "Gesetzgebungsgewalt" dos Estados.[224]

O termo "jurisdição", segundo Vaughan LOWE (2003) é também utilizado no direito internacional para descrever o alcance do direito de um tribunal internacional, como a Corte Internacional de Justiça ou o Tribunal Penal Internacional, de julgar os casos e de fazer determinações às partes. [225] Em termos abstratos, a jurisdição dos Estados e a jurisdição dos tribunais são ambos aspectos do conceito do âmbito dos poderes das instituições legais, mas por razões de ordem prática é conveniente fazer a distinção entre elas e tratá-las de maneira separada. Desta forma, na Parte II abordaremos uma das principais problemáticas para a determinação da jurisdição internacional penal estatal: a aplicação do Princípio da Jurisdição Universal, deixando para a Parte III a análise da Jurisdição Internacional

---

[224] MANN, F.A. *The Doctrine of Jurisdiction*…p. 8: (...) Jurisdiction, it thus appears, is concerned with what has been described as one of the fundamental functions of public international law, viz.the function of regulating and delimiting the respective competences of States, 'de conférer, de repartir et de réglementer des compétences'. The same idea is expressed, when in German reference is made to the 'Geltungsbereich'of laws, or the Gesetzgebungsgewalt'dos Estados.

[225] LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*. *In*: EVANS, Malcolm (Coordenador). *International Law*. Oxford University Press, First Edition, New York, 2003, 327-385.

Penal a ser exercida pelas cortes internacionais, especificamente quanto à aplicação deste Princípio.

O poder de um órgão ou de uma subdivisão do Estado para agir é definido pelo direito interno. O direito internacional trata, em geral da alocação de poderes pelo direito interno de um Estado apenas na medida em que o exercício destes poderes, ou a omissão de tal exercício, viola as obrigações do Estado de acordo com o direito internacional ou tratado internacional.[226]

Em 1968 o Conselho da Europa produziu um Plano Modelo para a Classificação dos Documentos relativos à Prática dos Estados no Ramo do Direito Internacional Público (*Model Plan for the Classification of Documents concerning State Practice in the Field of Public International Law*), o qual distribuiu o tratamento da jurisdição de acordo com determinados critérios. Em 1997, o plano foi revisto e a jurisdição agora tem seu próprio capítulo no Plano Modelo (*Model Plan*), divido como segue:

(…)Parte Oito: jurisdição do Estado
I. Bases da jurisdição
A.Princípio territorial
B.Princípio pessoal
C.Princípio protetivo
D.Princípio universal
E.Outras bases
II. Tipos de jurisdição
A.Jurisdição para prescrever
B.Jurisdição para adjudicar
C.Jurisdição para executar
III. Exercício da jurisdição extra-territorial
A.Geral
B.Jurisdição consular
C.Jurisdição sobre o pessoal militar no exterior
D.Outros (ilhas artificiais, *terrae nullius*, etc)
IV. Limites da jurisdição
V. Jurisdição Concorrente[227]

---

[226] *Encyclopedia of Public International Law*. vol. 3 J.P, 1997, Elsevier, p.55.
[227] (…) Part eight: jurisdiction of the State I. *Bases of jurisdiction* A. Territorial principle B. Personal principle C. Protective principle D. Universality principle E. Other bases II. *Types of jurisdiction* A. Jurisdiction to prescribe B. Jurisdiction to adjudicate C. Jurisdiction to enforce III. *Extra-territorial exercise of jurisdiction* A. General B. Consular jurisdiction C. Jurisdiction over military personnel abroad D. Others (artificial islands, *terrae nullius*, etc.) IV. *Limitations upon jurisdiction (servitudes, leases, etc.)* V. *Concurrent jurisdiction,* Council of Europe Res (68) 17 of 28 June 1968. In: LOWE, Vaugham. *Jurisdiction*…p. 331.

3.2. Tipos de jurisdição

O termo "jurisdição", de acordo com o direito internacional, é em geral empregado para descrever o poder legal de um Estado para definir e tutelar os direitos e deveres, e controlar as condutas das pessoas naturais e jurídicas.[228] Com base nesta noção mais ampla do conceito, um Estado exerce sua jurisdição[229] através do estabelecimento de regras (jurisdição *prescritiva* ou *legislativa – prescriptive jurisdiction*), do estabelecimento do processo judicial com a finalidade de identificar a violação às regras e as conseqüências para a violação (jurisdição *adjudicativa* ou *judicial - adjudicative jurisdiction*) e da imposição forçada de conseqüências como a perda da liberdade ou propriedade como meio de sanção (jurisdição *executiva - executive jurisdiction*).

Estas distinções são importantes para a determinação dos limites da jurisdição.[230] Entende-se que um Estado não pode aplicar e executar regras se não possuir jurisdição para prescrevê-las. Entretanto, deve-se ter em mente, quais as regras que estão sendo aplicadas. Por exemplo, na hipótese de prisão de uma pessoa para extradição para outro Estado, na qual o Estado teoricamente aplicaria uma medida judicial, apesar da inexistência da jurisdição *legislativa* em relação à conduta, com base na qual, a pessoa será futuramente julgada[231]. Vale ainda lembrar que uma corte pode em casos cíveis aplicar o direito estrangeiro (caso brasileiro) ou obrigar a produção de provas no exterior. No direito penal, administrativo e tributário a jurisdição *adjudicativa* é raramente exercida na ausência da legislativa, pois em geral os tribunais dos Estados não aplicam as regras de outros Estados nestes ramos jurídicos.

Ressaltamos tratarem-se de diferentes aspecto e funções desempenhadas pela jurisdição internacional do Estado.

---

[228] Tradução do termo "*enforce*", que para fins do presente estudo foi traduzido como tutela, no sentido da tutela jurídica de proteção disponibilizada pelo direito interno.
[229] *Encyclopedia of Public International Law*. vol. 3 J.P, 1997, Elsevier, p.55.
[230] *Encyclopedia of Public International Law*... ..... p.55.
[231] Entretanto, vale lembrar que como regra geral os Estados empregam o princípio da dupla criminalidade, segundo a qual a conduta também deve ser considerada crime, pelo seu ordenamento jurídico interno. Sobre este tema ver Parte II, Capítulo 6.

3.2.1. A Jurisdição *Prescritiva*

O termo jurisdição *prescritiva* dever ser claramente distinguido do conceito de soberania, pois a doutrina da jurisdição prescritiva, conforme elabora F.A. MANN (1973), na reconhecida *Doutrina da Jurisdição no Direito Internacional*:

> (…) A **doutrina da jurisdição prescritiva** responde às perguntas quanto a **se** e **em que circunstâncias** o Estado tem o direito de regulamentar. **Se** e na medida em que este **direito exista**, este será **exercitado pelo Estado em virtude da sua soberania**. Esta distinção é, entretanto pronunciada. É a mesma existente entre direito internacional público e direito interno em geral; o primeiro é o direito superior que decide sobre a legítima existência de um poder, o último é o instrumento de subordinação, por meio do qual um Estado soberano coloca em prática o poder conferido.[232]
>
> *(grifo nosso)*

Quaisquer que sejam os desdobramentos internacionais considerados, em princípio a jurisdição que pertence a um Estado, e apenas a este, é limitada por regras de direito internacional.[233] Portanto, a função da jurisdição seria a alocação da competência, a qual requer o estabelecimento de critérios, conforme afirma MANN (1973):

> (…) Se a função da jurisdição é a de alocar a competência legislativa dos Estados, faz-se necessário estabelecer um critério para os casos de conflitos entre os Estados, portanto a delimitação das competências Estatais.[234]

MANN (1973) ao abordar estes critérios faz uma aproximação com o direito internacional privado, procurando demonstrar do ponto de vista prático como se opera a delimitação da jurisdição internacional do Estado, como esclarece:

---

[232] MANN, F.A. *The Doctrine of Jurisdiction*…p. 9: (…) Legislative jurisdiction should be clearly distinguished form sovereignty. The doctrine of legislative jurisdiction answers the question whether and in what circunstances a State has the right of regulation. If, and insofar as, the right exists, it is exercised by the State in virtue of its sovereignty. The distinction is, therefore, pronounced. It is the same as that between public international law and municipal law in general; the former is the higher law which decides upon the rightful existence of a power, the latter is the subordinate instrument whereby the State as sovereign gives effect to the power allowed to it.

[233] Cf. P.C.I.J. in *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* (1921), Series B, No. 4, pp. 23-4. In: MANN, F.A. *The Doctrine of Jurisdiction*…p. 10.

[234] MANN, F.A. *The Doctrine of Jurisdiction*…p. 9: (…) If it is the funtion of jurisdiction to allocate legislative competence to States, it becomes necessary to establish its relationship with the conflict of laws, for this, too, has been said to be concerned with the delimitation of the competence of States.

> (…) Pode-se notar, tal preocupação bastante presente nos escritos de direito internacional privado, em relação ao qual se poderia questionar: Existe um conexão especial entre direito internacional privado e jurisdição internacional?
> A resposta seria o fato de que as regras conflituais são produto do direito interno, as quais devem passar no teste da doutrina internacional da jurisdição. Em outras palavras, a função da jurisdição de definir o âmbito internacional, dentro do qual o legislador nacional pode atuar. A regra de conflito implementa e coloca em prática os requisitos estabelecidos pelo direito internacional público.[235]

Desta forma, os critérios de delimitação são estabelecidos pelo direito internacional público, ao delinear o âmbito internacional, dentro do qual o legislador nacional pode atuar. Entretanto, a grande dificuldade encontrada está na falta de critérios objetivos para este delineamento, pois na medida em que o direito internacional público apenas fornece princípios, faz-se essencial a análise dos mecanismos adotados pelo direito interno para fins de concretização dos princípios consagrados internacionalmente. Neste sentido, trazemos a ressalva feita por MANN (1973):

> (…) Ressalta-se, entretanto que, o direito internacional público não apresenta regras detalhadas regulando a aplicação deste ou daquele sistema jurídico. Ele apenas **fornece os princípios que limitam a liberdade e competência dos Estados na elaboração da regra de conflito**. Neste sentido, a regra de jurisdição internacional e de direito interno são complementares.[236]
>
> *(grifo nosso)*

Perguntas como: A quem o Estado pode estender suas leis? A quem o Estado pode ou não obrigar a fazer isto? Quais são os limites do direito do Estado de impor categorias jurídicas a pessoas ou eventos? São questões relativas ao âmbito ou

---

[235] MANN, F.A. *The Doctrine of Jurisdiction*…p. 10: (…) In the course of later discussions jurisdiction will in fact be seen to be much influenced by the history and teachings of private international law. In the present context a preliminary question arises. Is there a special connection between international jurisdiction and private international law? Are jurisdiction and private international law perhaps the same thing…the answer is that conflict rules are a product of municipal law, which has to stand the test of the international doctrine of jurisdiction. In other words, it is the function of jurisdiction to define the international scope which the municipal legislator is entitled to give to his enactments. The conflict rule implements and gives effect to the requirements of public international law.

[236] MANN, F.A. *The Doctrine of Jurisdiction*…p. 10: (…) However, public international law does not contain detailed rules regulating the application of this or that legal system. It merely provides the principles which limit the freedom or competence of States in enacting the conflict rule. In this sense the international rule of jurisdiction and the municipal rule are complementary.

escopo das leis do Estado, ou seja, sobre os limites da sua jurisdição *prescritiva*[237]. Sem esta alocação de competências, tudo é *rancour* e *chaos*[238].

Para aplicação deste aspecto da jurisdição no âmbito penal, oportuno trazer o entendimento de Roger O'KEEFE (2004):

> (…)A jurisdição para prescrever ou jurisdição prescritiva – algumas vezes denominada jurisdição "legislativa" - no contexto penal, refere-se ao **poder de um Estado de acordo com o Direito Internacional de afirmar a aplicabilidade de seu direito penal à uma dada conduta**, seja através da legislação primária ou subordinada, decreto executivo (*executive decree*) ou, em certas circunstâncias, decisão judicial.[239]
>
> *(grifo nosso)*

A jurisdição prescritiva portanto apresenta grande amplitude para o direito internacional, pois contempla também os atos judiciais e executivos que concretizam o poder soberano do Estado.

3.2.2. A Jurisdição *Adjudicativa*

No contexto do direito civil, a jurisdição *adjudicativa* refere-se especificamente à possibilidade de que um tribunal nacional possa aplicar o direito estrangeiro. Um tribunal pode ter a jurisdição e mesmo assim, em razão do elemento de conexão previsto em sua legislação de Direito Internacional Privado, ser aplicável o direito estrangeiro ao caso.

O renomado internacionalista Professor Irineu STRENGER (2000) esclarece:

---

[237] LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*. In: EVANS, Malcolm (Coordenador). *International Law*. Oxford University Press, First Edition, New York, 2003, 327-385, p. 333.

[238] HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: international law and how we use it*. Oxford University Press. United States, 1994, p. 56.

[239] O'KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*. JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 2 (2004), 735-760, p. 736: (…) Jurisdiction to prescribe or prescriptive jurisdiction – sometimes called 'legislative' jurisdiction – refers, in the criminal context, to a state's authority under international law to assert the applicability of its criminal law to given conduct, whether by primary or subordinate legislation, executive decree or, in certain circumstances, judicial ruling. O autor ressalta entretanto que: (…) Prescription by judicial rulings occurs most commonly when a court interprets the scope of a statutory offence in such a manner as to extend that scope. In addition, in some common-law countries, certain crimes and their jurisdictional scope are still the creatures of the judge-made law alone.
Portanto, deve-se ter em mente a inclusão das decisões judiciais, em razão da aplicação dos sistemas de *common law* especialmente.

> (…)O pressuposto de direito internacional privado é a aplicabilidade do direito estrangeiro por parte do juiz territorial. Suas regras de certo modo incorporam potencialmente o direito estrangeiro ao direito nacional….Um dos dispositivos da nossa Lei de Introdução ao Código Civil manda que no direito brasileiro seja aplicada a **lei do domicílio**. O legislador nacional, ao cumprir esta indicação, ainda que potencial do direito estrangeiro, tem de abrir certas exceções a essa incorporação.[240]
>
> *(grifo nosso)*

O renomado Professor Jacob DOLINGER (2001), acrescenta ainda sobre a aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional:

> (...) Caracterizada a norma estrangeira como lei e não fato, segue-se que sua ignorância não é admitida, que o Juiz pode aplicá-la *ex officio*, que pode ser invocada a qualquer tempo, isto é, em qualquer fase do processo e que, em nosso regime processual, pode ser objeto de recurso especial e de ação rescisória. O recurso especial se dará quando nossos tribunais negarem vigência à lei estrangeira competente, ou aplicando-a, lhe derem interpretação divergente da que lhe tenha sido dada por outro acórdão, também de tribunal brasileiro.[241]

Vale inclusive mencionar a existência de jurisprudência nacional brasileira neste sentido:

> (…)Recurso Especial N. 254.544 – Minas Gerais (2000/0033858-2)
> Direito estrangeiro. Prova.
> Sendo caso de aplicação de direito estrangeiro, consoante as normas de Direito Internacional Privado, caberá ao juiz fazê-lo, ainda de ofício. Não se poderá, entretanto, carregar à parte ônus de trazer a prova de seu teor e vigência, salvo quando por ela invocado.

O Professor Beat Walter RECHSTEINER (1999), ao analisar a questão da sucessão testamentária com conexão internacional, especificamente em relação à competência internacional da justiça brasileira afirma:

> (…)Após ter examinado a sua competência para julgar, o juiz determinará o direito aplicável quando a causa *sub judice* tiver conexão internacional.

E complementa:

---

[240] STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado: Parte Geral, Direito Civil Internacional, Direito Comercial Internacional*. 4ª edição. São Paulo: LTr., 2000, p.433. Sobre o tema ver ARAÚJO, Nadia. *Direito Internacional Privado*: *Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, 11. Aplicação e prova do direito estrangeiro, 229-239.

[241] DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte Geral. 6ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p.277.

> (…) Quando um negócio jurídico tem conexão internacional, impõe-se ao juiz a apreciação da questão do direito aplicável, ou seja, a determinação do direito interno ou estrangeiro conforme as normas de direito internacional privado da lex fori (lei do foro). O juiz brasileiro aplicará essas normas *ex officio*.[242]

Entretanto, em relação ao direito penal a jurisdição *prescritiva* e *adjudicativa* são dois lados de uma mesma moeda, pois os Estados não aplicam o direito penal estrangeiro, se uma corte tem a jurisdição, aplica seu próprio direito material, ou seja, se se aplica *lex fori*, a corte tem a jurisdição.[243]

O Código Bustamante, em vigor no Brasil, aborda a questão das regras de competência em matéria penal, reforçando a idéia de aplicação do direito da *lex fori*:

> (...) Art. 340 Para conhecer dos delitos e faltas e julgá-los são competentes os juízes e tribunais do Estado contratante em que tenham sido cometidos.
> Art. 341 A competência estende-se a todos os demais delitos e faltas a que se tenha de se aplicar a lei penal do Estado, conforme as disposições deste Código[244]

Portanto, para fins de jurisdição internacional estatal criminal, a jurisdição *prescritiva* e *adjudicativa* coincidem.

3.2.3. A Jurisdição *Executiva*

Partimos das três premissas a serem aplicadas à jurisdição executiva, elaboradas por MANN (1990), para que possamos compreender como esta se opera:

---

[242] RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 3ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1999, 177-178 In: RECHSTEINER, Beat Walter. Algumas questões jurídicas relacionadas à sucessão testamentária com conexão internacional. REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL, 37, 28-29. Em relação à aplicação do direito estrangeiro de ofício, o autor esclarece em obra mais recente, RECHSTEINER, Beat Walter. Direito internacional privado: teoria e prática. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 213: (…) O direito brasileiro regula, expressamente, como o juiz deve aplicar o direito estrangeiro. A sua interpretação, contudo, é controvertida na doutrina. Embora o teor da lei não seja muito claro, Haroldo Valladão, chega à conclusão de que a lei estrangeira deve ser conhecida por todos, e o juiz deve aplicá-la, em princípio, de ofício. Jacob Dolinger também é inclinado à mesma tese. (*citações omitidas*)

[243] AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*. 46 BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW. (1972-1973) 145- 259, p. 179.

[244] Covenção de Direito Internacional Privado (Código Bustamante). Adotado em Havana, na Sexta Conferência Internacional Americana, em 20.02.1928. Aprovada no Brasil pelo Decreto 5.647, de 08.01.1929, e promulgada pelo Decreto 18.871, de 13.08.1929, reproduzida em *Coletânea de Direito Internacional*….p. 851.

1. Nenhum Estado pode exercer a jurisdição *executiva* fora do seu território na ausência de jurisdição *legislativa*, ou seja sem uma previsão legal interna. Como exemplo, cita a possibilidade de um policial britânico ser enviado à Holanda para verificar se o preço do whisky está sendo vendido lá por um preço inferior ao mínimo estabelecido pela lei britânica. Se a Grã-Bretanha não está autorizada a regular o preço do whisky na Holanda, o envio de um oficial, bem como a atividade deste na Holanda será ilegal, independentemente do fato de ser legal conforme a lei holandesa e o direito internacional.
2. A existência da jurisdição *legislativa* é insuficiente para justificar que o Estado exerça jurisdição *executiva* no território de um outro Estado. Portanto, como exemplifica, se a Grã-Bretanha estivesse autorizada a determinar o preço do whisky na Holanda, isto não significaria que seria legal o envio de investigadores à Holanda.
3. O fato de que o Estado pode dar tornar eficaz a legislação vigente em seu território, portanto possuindo jurisdição *executiva*, não significa que possua necessariamente jurisdição *prescritiva*, e não torna esta tutela válida no direito internacional.

Assim, o fato de que um Estado tenha jurisdição *legislativa* em relação a um determinado crime cometido no exterior, não o autoriza a enviar policiais ao Estado estrangeiro para deter o suposto autor, e trazê-lo para o território do Estado a fim de que seja julgado pelos tribunais nacionais.

O fato de que um Estado tendo jurisdição *prescritiva* em seu território, garanta sua tutela jurídica neste é indubitável. Entretanto, a jurisdição *executiva* trata da hipótese em que um Estado exerce sua jurisdição *prescritiva* em outro Estado, surgindo desta forma a questão de saber-se como tutelar este exercício da jurisdição.

Para fins de definirmos o conceito de jurisdição *executiva* no âmbito penal, Roger O'KEEFE (2004) esclarece:

> (…)A Jurisdição para executar ou jurisdição executiva, refere-se ao poder de um Estado de acordo com o direito internacional de efetivamente aplicar seu direito penal, por meio do poder de polícia, outros meios executivos e seus tribunais.[245]

---

[245] O'KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*…p. 736 (…) Jurisdiction to enforce or enforcement jurisdiction…refers to a state's authority under international law actually to apply its criminal law, through police and other executive action, and through the courts.

Desta forma, a jurisdição *executiva* se manifesta como critério para determinação das circunstâncias nas quais o Estado pode exercer sua autoridade soberana, como afirma Roger O'KEEFE (2004):

> (…)A Jurisdição executiva inclui não apenas o direito de legislar do Estado para *regular*, *inter alia*, condutas fora de seu território, mas a legalidade dos próprios atos do Estado, na implementação da sua regulamentação. A Jurisdição executiva, portanto, trata da questão relativa a saber-se se e em que circunstâncias um Estado pode agir, no sentido de exercício da sua autoridade soberana, desempenhando ato *jure imperi*. A hipótese de um Estado atuando em uma transação comercial ou como parte de uma arbitragem comercial, agindo *jure gestionis*, envolvido em "*actus qui a rege sed ut a quovis alio fiant*", está inteiramente fora desta discussão.[246]

3.3. Coordenação do exercício das Jurisdições Penais Estatais

A jurisdição penal extraterritorial do Estado surge com a mobilidade das pessoas, o desenvolvimento das telecomunicações, a evolução das mais diversas formas de criminalidade transfronteiriças do direito comum.

A necessidade de emprego das cortes domésticas para repressão deste tipo de criminalidade é reconhecida pela prática dos tribunais nacionais, como parte do chamado "Direito Penal Internacional", por meio do qual o Estado exerce sua jurisdição *prescritiva* em relação à condutas que possuem elementos "estrangeiros', penalizando-as e executando suas decisões.

Com o objetivo de passarmos para o plano do "Direito Internacional Penal"[247], faz-se necessária a análise dos ilícitos, assim qualificados de maneira direta ou indireta pelas normas internacionais, as quais obriguem os Estados a exercer sua jurisdição extraterritorial penal conferida pelo Direito Internacional.

O Direito internacional caminha no sentido de uma maior criminalização, que pode ser notada tanto na atuação dos tribunais internacionais,

---

[246] MANN, F.A. *Further Studies in International Law*…p. 18: (…) Enforcement jurisdiction ..concerns not the law prescribed by a State to *regulate*, *inter alia*, acts outside its own territory, but the lawfulness of the State's own acts to give effect to such regulation. Enforcement jurisdiction, therefore, is concerned with the question whether and if so in what circunstances a State may act in the sense of exercising sovereign authority, performing acts *jure imperi*. The case of a State entering into a commercial transaction or being a party to commercial arbitration, acting *jure gestionis*, being involved in '*actus qui a rege sed ut a quovis alio fiant'*, is entirely outside the scope of the present discussion.

[247] Sobre o conceito de Direito Internacional Penal – Parte I, Capítulo 1 desta tese.

quanto dos tribunais nacionais.[248] A tutela jurídica do direito humanitário internacional não pode depender dos tribunais internacionais e dos *tribunais ad hoc* apenas, pois de acordo com os mecanismos empregados para a repressão à criminalidade internacional, os tribunais estatais exercem ao lado dos internacionais uma função complementar.

Desta forma, faz-se primordial compreender os mecanismos empregados pelos Estados para determinação da jurisdição penal extraterritorial, como exercício da jurisdição internacional penal. Admite-se que o exercício da jurisdição penal do Estado para além das suas fronteiras, pode-se dar com base em dois pressupostos:

1. O Poder Soberano do Estado, por meio do qual o Estado define a criminalização das condutas;
2. A criminalização ds condutas realizada pelo Direito Internacional, como anteriormente abordado através da noção de crimes internacionais (2.8).

Conforme este segundo pressuposto, tomando-se a noção de *jus cogens* aplicada aos crimes internacionais (2.7), haveria a obrigação *erga omnes* do Estado para fins de repressão destas condutas. Desta forma, o exercício da jurisdição estatal complementa e ao mesmo tempo aplica a jurisdição internacional penal.

Existem aproximadamente de 200 (duzentos) Estados no planeta Terra, compete ao direito internacional determinar qual Estado tem a jurisdição e em que medida. Neste sentido, quatro objetivos fundamentais deve-se ter em mente:

1. estabelecer os limites da jurisdição que protegem a independência e a soberania igualitária dos Estados, balanceando os interesses dos Estados no exercício da jurisdição;
2. reconhecer a interdependência dos Estados garantindo a realização dos objetivos comuns dos Estados;
3. harmonizar os direitos de dois ou mais Estados, na hipótese de jurisdição concorrente;

---

[248] MERON, Theodor. *Is International Law Moving towards Criminalization?* EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 9 (1998), 18-31, p. 30.

4. proteger os indivíduos do exercício irracional da jurisdição tanto por parte do Estado ou por dois ou mais Estados buscando impor obrigações conflitivas ou sobrepostas em relação à mesma pessoa.[249]

3.3.1. Elementos de Conexão na Legislação Penal Estatal

O emprego da denominação *Elementos de Conexão* é realizado tomando esta categoria extremamente conhecida no Direito Internacional Privado, como meio instrumental capaz de apontar qual a ordem jurídica prevalecente na solução de pendências interespaciais.[250]

Claro está a necessidade de levar-se em consideração a diferença demonstrada no capítulo anterior, entre a justiça penal e civil quanto à possibilidade de aplicação do direito estrangeiro. Entretanto, o conceito por permitir uma melhor compreensão dos mecanismos jurisdicionais extraterritoriais empregados pelos Estados, será empregado neste trabalho.

Segundo o Professor Jacob DOLINGER (2001): "As regras de conexão são as normas estatuídas pelo Direito Internacional Privado, que indicam o direito aplicável às diversas situações jurídicas conectadas a mais de um sistema legal".[251]

O Professor Irineu STRENGER (2000) complementa:

> (…) O elemento de conexão tem função indicativa, isto é, vai mostrar que direito intervém com função subordinante apontado pela expressão variável e que é utilizável de acordo com as circunstâncias que fixam o elemento vinculativo, podendo ser a nacionalidade, a residência, o domicílio, o lugar da situação dos imóveis, da perpetração do delito, o domicílio de escolha (Inglaterra), etc.[252]

Admite-se assim, que as regras determinantes da jurisdição extraterritorial sejam compostas de *elementos de conexão*, os quais indicam que estas se aplicam a determinadas condutas sob as quais existe o interesse de outros Estados ou mesmo internacional na sua repressão.

---

[249] Encyclopedia of Public International Law. vol. 3 J.P. 1997. Elsevier. p.55.
[250] STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*…p.350.
[251] DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*….p.289.
[252] STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*…p.353.

Seguindo este raciocínio, propomos uma classificação dos elementos de conexão encontrados na doutrina, jurisprudência, resoluções de organizações internacionais, conforme a origem do vínculo existente entre a conduta e o Estado, da seguinte forma:

1. *Base Jurisdicional* – o exercício da jurisdição *prescritiva* (poder legislativo) é derivada de um vínculo direto entre o Estado e a conduta:
    A. Princípio Territorial
    B. Princípio da Nacionalidade
    C. Princípio da Proteção
    D. Princípio da Personalidade Passiva
2. *Incriminação Internacional* – o exercício da jurisdição *prescritiva* (poder legislativo) é derivada de um vínculo indireto entre o Estado e a conduta, pois a ação do Estado é fruto de um consenso internacional (expresso ou tácito):
    A. Crimes Internacionais
    B. Princípio da Universalidade

3.3.2. Elementos de conexão: abordagem jurisdicional permissiva e proibitiva[253]

Passamos a discutir uma questão que passou a ser de grande importância a partir do famoso Caso *Lotus* julgado pela Corte Permanente de Justiça (1927)[254]: saber se cabe ao Estado o ônus da prova de sua autorização, de acordo com o direito internacional para o exercício da jurisdição extraterritorial. Não está claro se um Estado pode exercer a jurisdição apenas onde existe um *elemento de conexão* para este exercício previamente autorizado pelo Direito Internacional, ou como o entendimento do Caso *Lotus*, segundo o qual, todo exercício é permitido dada a ausência de qualquer proibição.

---

[253] Título emprestado de CAPPS, Patrick. EVANS, Malcoln. KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Juridiction*. International and European Legal Perspectives. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2003. Introduction. p.xx.

[254] *France v Turkey (The Case of the S.S. Lotus)* jugdment No 9, (1927) PCIJ, Series A, No 10, a seguir denominado Caso *Lotus*, reproduzido em FOURTH ANNUAL REPORT OF THE PERMANENT COURT OF JUSTICE. Series E – No. 4 (June 15th, 1927 – June 15th, 1928) A, W, Sijthoff's Publishing Company, Leyden.

O Caso *Lotus* originou-se de uma colisão em alto-mar de um navio a vapor francês e de um navio turco de transporte de carvão, fazendo com que o último afundasse, causando a morte de toda a sua tripulação. O navio francês ao chegar ao porto na Turquia teve seus oficiais julgados pelas autoridades deste país, com a condenação de homicídio culposo. Assim, a Corte Permanente de Justiça foi chamada para decidir se a Turquia haveria desrespeitado o Direito Internacional ao instaurar um processo judicial contra os oficiais franceses.

O Caso *Lotus* introduz uma teoria da jurisdição baseada no que BRIERLY (1928)[255] define como "proposição metafísica altamente contenciosa da extrema escola positivista para a qual, a lei emana do livre arbítrio dos Estados soberanos independentes" denominado sistema permissivo de alocação de poderes jurisdicionais[256].

Neste sentido, conforme o julgamento no Caso *Lotus*:

> (…) O direito internacional regula as relações entre Estados independentes. As regras jurídicas que obrigam os Estados, portanto, emanam de seu **livre arbítrio**, conforme expresso nas convenções ou pelas práticas em geral aceitas como expressão dos princípios de direito e estabelecidas com o objetivo de regular as relações entre comunidades independentes co-existentes ou com o objetivo de atingir propósitos comuns…..Neste sentido a jurisdição é certamente territorial; ela não pode ser exercida pelo Estado fora de seu território, salvo a existência de uma regra permissiva derivada do costume internacional ou convenção.
>
> Isto não significa, entretanto, que o direito internacional proíbe um Estado de exercer a jurisdição no seu território para os casos relacionados a condutas realizadas no exterior, para os quais não se pode contar com uma regra permissiva do direito internacional. Tal entendimento apenas seria aplicável se o direito internacional possuisse uma proibição geral aos Estados de estenderem a aplicação de suas leis e a jurisdição de suas cortes à pessoas, propriedades e atos praticados fora do seu território, e se, como uma exceção a esta proibição geral, permitisse aos Estados o fazerem em determinados casos específicos. Mas este não é certamente o caso do direito internacional no presente.
>
> ….(o qual) deixa a eles (os Estados) uma grande margem de discrição a qual apenas é limitada em certos casos por regras proibitivas; com relação a outros

---

[255] BRIERLY, James L. *The Lotus Case*. 1928, 44, LQR 154 at 155. *In:* CAPPS, Patrick & EVANS, Malcoln & KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Juridiction*….p.xx. Ver também BRIERLY, James L. *The Basis of Obligation in International Law and other papers*. Oxford at the Clarendon Press, Oxford, 1958, 9. The 'Lotus' Case, 142-151.

[256] O emprego desta terminologia segue o entendimento em CAPPS, Patrick. EVANS, Malcoln. KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Juridiction*. International and European Legal Perspectives. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2003. Introduction. p.xx "will be referred to here as a permissive system of allocation of jurisdictional powers."

casos, todos os **Estados permanecem livres para adotar os princípios os quais consideram os melhores e mais apropriados**. [257]

(grifo nosso)

Portanto, segundo o entendimento transcrito, os Estados agem conforme lhes pareça melhor, salvo a existência de uma regra do direito internacional, com a qual eles tenham direta ou indiretamente consentido, proibindo o exercício da jurisdição extraterritorial. Desta forma, os Estados podem estabelecer sua jurisdição conforme sua conveniência, a não ser que tenham consentido no sentido contrário, estabelecendo portanto, uma proibição. Para aplicação desta lógica é de fundamental importância a noção de consentimento como pressuposto para o caráter proibitivo.

Entretanto, esta sistemática permite maior questionamento, haja vista, a possível abordagem no sentido proibitivo, para o qual os Estados *estão proibidos de estabelecer a jurisdição, salvo estarem autorizados a fazê-lo,*[258] como no caso *Cutting* de 1887[259]. Neste caso Augustus K *Cutting*, um nacional norte-americano, foi detido e preso por um tribunal mexicano sob a alegação de ter cometido difamação contra cidadãos mexicanos, entretanto, o ato de difamação fora praticado no Texas. O Secretário de Estado do governo norte-americano, TF Bayard questionou o direito do México de estabelecer sua jurisdição em relação ao caso e demandou que *Cutting* fosse liberado alegando que:

---

[257] *France v Turkey (The Case of the S.S. Lotus)* jugdment No 9, (1927) PCIJ, Series A, No 10, a seguir denominado Caso *Lotus*, reproduzido em FOURTH ANNUAL REPORT OF THE PERMANENT COURT OF JUSTICE. Series E – No. 4 (June 15th, 1927 – June 15th, 1928) A, W, Sijthoff's Publishing Company, Leyden. (…)International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relation between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common ends….In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.
It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely upon some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. ….it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable.

[258] CAPPS, Patrick. EVANS, Malcoln. KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Juridiction*. International and European Legal Perspectives. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2003. Introduction. p.xx.

[259] Foreign Relations of the United States (1887-1888) 751-869 e (1888-1889) 1133-1134. *In*: CAPPS, Patrick & EVANS, Malcoln & KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Juridiction*…p.xxii.

> (…) os tribunais judiciais do México não são competentes conforme o direito internacional para julgar um cidadão dos Estados Unidos por um crime cometido e consumado em seu próprio país, apenas porque a vítima por acaso era um mexicano.[260]

O México justificou sua "afirmativa de jurisdição"[261] com base em dois fundamentos:

1. que a assertiva estava de acordo com as regras do direito internacional e o "direito positivo de vários países";
2. que caberia aos tribunais mexicanos definir a âmbito de aplicação da legislação mexicana.

Bayard rejeitou ambos os argumentos alegando não estarem de acordo com o direito internacional e a prática dos Estados. Como *Cutting* estava residindo no México quando preso, poder-se-ia alegar a lógica aplicada ao Caso *Lotus*, ou seja, não havia qualquer tratado entre os dois Estados que proibisse a "afirmativa de jurisdição" do México e além disto, tal fato não feriria a soberania territorial norte-americana. Entretanto, em *Cutting* uma abordagem diferente foi adotada, segundo a qual, a tentativa de "afirmativa de jurisdição" é proibida salvo o Estado estar autorizado por uma regra positiva do direito internacional.[262]

As circunstâncias nas quais os Estados podem invocar a jurisdição estão contidas no *The Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime* publicado em 1935[263]. Esta abordagem requer o que o Estado justifique a invocação de jurisdição por meio de um vínculo reconhecido pelo Direito Internacional, conforme MANN (1973) afirma:

> (…) (1) O problema, propriamente definido, involve a busca do Estado ou dos Estados cujo contato com os fatos é tal que justifica a alocação da competência legislativa como justa e razoável.
> Desta forma, não é o caráter e o objetivo inerente da legislação nacional ou atribuída a esta pelos seus autores, mas o relevante contato legal entre esta

---

[260] (…)…the judicial tribunals of Mexico were not competent under the rules of international law to try a citizen of the United States for an offense committed and consummated in his own country, merely because that person offended happened to be a Mexican. In: CAPPS, Patrick & EVANS, Malcoln & KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Juridiction.* ... p.xxii

[261] Adotamos esta expressão como equivalente à noção de "declaração de competência", aplicada ao direito interno.

[262] *Cutting Case*, 754 *In:* CAPPS, Patrick & EVANS, Malcoln & KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Juridiction*..... p.xx.

[263] Segundo MANN (1973), este projeto permanece único em caráter e qualidade, o qual deveria ser atualizado.

legislação e o dado conjunto de fatos internacionais que decidem quanto à existência da jurisdição.[264]

A seguir MANN (1973), complementa a idéia:

(…) (2) Como a doutrina da jurisdição internacional não está atualmente relacionada à jurisdição exclusiva, o relevante ponto de contato legal terá de definir, indicando o Estado que tem uma conexão próxima, ao invés da mais próxima conexão com os fatos, um vínculo genuíno, um interesse suficientemente forte.[265]

A Suprema Corte de Israel no caso *Eichman*[266], baseou-se em grande parte no Caso *Lotus*, ao tratar da questão do ônus da prova. Importante notar que os autores em geral enumeram as bases de jurisdição, dando a impressão de que as demais seriam ilegais, ao invés de simplesmente declarar que a presunção geral é a de que todas as bases de jurisdição são legais e que existem apenas certas bases consideradas ilegais, as quais deveriam ser elencadas.[267]

Conforme esclarece BROWNLIE (1998):

(…) "princípios" são generalizações substanciais de um conjunto de previsões, as quais não refletem diretamente as categorias de jurisdição….Pode ser que cada princípio seja apenas uma prova do razoável exercício da jurisdição. Os vários princípios geralmente se intercomunicam na prática. Assim, a aplicação objetiva do princípio territorial, bem como do princípio da personalidade passiva têm grandes semelhanças com os princípios da proteção e da segurança.[268]

BROWNLIE (1998), acrescenta:

---

[264] (1) The problem, properly definided, involves the search for the State or States whose contact with the facts is such as to make the allocation of legislative competence just and reasonable. It is accordingly, not the character and scope inherent in national legislation or attributed to it by its authors, but it is the legally relevant contact between such legislation and the given set of international facts that decides upon the existence of jurisdiction. MANN, F. A. *The Doctrine of International* …..p.34.

[265] (2) Since the doctrine of international jurisdiction is not at present concerned with exclusivity of jurisdiction, the legally relevant point of contact will have to be defined as indicating the State which has a close, rather than the closest, connection with the facts, a genuine link, a sufficiently strong interest. MANN, F. A. *The Doctrine of International* …..p.34.

[266] Este caso será tratado na Parte II, Capítulo 5.

[267] AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*….p. 167.

[268] BROWNLIE, Ian. *Principles of* ….p. 308: (…) 'principles'are in substance generalizations of a mass of national provisions which by and large do not directly reflect categories of jurisdiction…[I]t may be that each individual principle is only evidence of the reasonableness of the exercise of jurisdiction. …[T]hus, the objective applications of the territorial principle and also the passive personality principle have strong similarities to the protective or security principle.

> (…) Além disto, o princípio da universalidade pode ainda demandar um regime separado, como qualificações da competência provenientes dos princípios gerais do direito, incluindo a regra do *ne bis in idem*.[269]

Na medida em que os Estados, como mencionado anteriormente exercem a jurisdição internacional penal, como resultado da incriminação internacional das condutas, torna-se primordial a coordenação deste exercício da jurisdição estatal. Por esta razão analisamos a seguir a distribuição horizontal da jurisdição penal dos Estados.

3.3.3. Bases Jurisdicionais

Denominamos *base jurisdicional* o princípio segundo o qual haveria um vínculo direito entre o Estado e a conduta incriminada, a saber: Princípio Territorial, Princípio da Nacionalidade, Princípio da Proteção e Princípio da Personalidade Passiva.

Estes serão a seguir analisados, entretanto, poderemos constatar que estes se aplicam aos crimes comuns (crimes assim considerados apenas para fins do direito interno), bem como aos crimes internacionais (crimes assim considerados pelo direito interno, com base no Direito Internacional). Desta forma, em relação aos crimes internacionais, pode-se dizer que o Estado ao criar normas de direito penal aplicáveis à condutas selecionadas conforme estas *bases jurisdicionais*, teria como fundamentação a incriminação internacional prévia.

3.3.4. Princípio Territorial

De acordo com o projeto *The Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime* publicado em 1935:

> (....) **Artigo 3. Jurisdição Territorial**
> Um Estado tem jurisdição com relação a qualquer crime cometido no todo ou em parte no seu território.
> Esta jurisdição se **estende** a:

---

[269] BROWNLIE, Ian. *Principles of* ….p. 310: (…)Moreover, the principle of universality may still require a separate regime, with qualifications on competence arising from general principles of law, including the rule *ne bis in idem*.

> (a) Qualquer participação fora do seu território em um crime cometido no todo ou em parte no seu território.
> (b) Qualquer tentativa fora do seu território de cometer um crime no todo ou em parte no seu território.[270]
>
> *(grifo nosso)*

Aplicação semelhante é encontrada no artigo 693 do Código de Processo Penal Francês, o qual determina:

> (…) entende-se como cometido no território da República todas as infrações nas quais um ato característico de um dos seus elementos constitutivos for realizado na França. [271]

O princípio territorial é o corolário da soberania do Estado sobre seu território[272]. Da soberania decorre o direito do Estado de prescrever as leis que definem os limites da ordem pública do Estado.

O "território do Estado" envolve para fins de sua determinação questões relativas ao domínio terrestre, domínio fluvial, domínio marítimo e aéreo[273]. Pode dizer que em geral, o território do Estado engloba seu mar territorial, estabelecido no limite de 12 (doze) milhas da sua costa, o espaço aéreo acima do território terrestre e marítimo. Portanto, os Estado podem estabelecer suas leis sobre os navios localizados em seu mar territorial, bem como aviões em seu espaço aéreo, embora na prática, isto ocorra apenas em casos extremos pois os Estados tendem a deixar ao Estado da bandeira a prescrição de normas jurídicas.[274]

O princípio da territorialidade tem sido universalmente aceito pelos Estados, tendo obtido um significante desenvolvimento nos tempos modernos. No entanto, vale a ressalva de que este não constitui o único princípio que governa o exercício da jurisdição *prescritiva* do Estado em questões penais, conforme demonstrar a decisão do Caso *Lotus*: "A territorialidade da lei penal …. não é um

---

[270] Harvard Research in International Law (1935), AJIL, Vol. 29, Supplement: Research in International Law, 480-508, p. 480: (…) ARTICLE 3. TERRITORIAL JURISDICTION. A State has jurisdiction with respect to any crime committed in whole or in part within its territory. This jurisdiction extends to (a)Any participation outside its territory in a crime committed in whole or in part within its territory; and (b) Any attempt outside its territory to commit a crime in whole or in part within its territory.
[271] MANN, F. A. *The Doctrine of* ….p. 71: (…) est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un des ses éléments constitutifs a été accompli en France.
[272] LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*….p. 336.
[273] Para uma abordagem detalhada ver ACCIOLY, Silva Hildebrando e NASCIMENTO, G.E. *Manual de Direito Internacional Público*. 15ª edição atualizada por Paulo Borba Casella. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, Quinta Parte – O Território.
[274] LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*…p.336.

princípio absoluto do direito internacional e de forma alguma deve coincidir com a soberania territorial"[275]. Existem outros fatores e regras que nos permitem estabelecer o vínculo do Estado com o crime e conseqüentemente, sua jurisdição.[276]

A. Jurisdição Territorial Subjetiva ou Princípio Territorial Subjetivo[277]

A aplicação deste princípio em sua forma pura, refere-se unicamente ao exercício da jurisdição *prescritiva* em relação atos iniciados no interior do território do Estado, mas finalizados fora deste. Como exemplo, a hipótese de homicídio causado por bombas colocadas a bordo de avião, que explodem no espaço aéreo de outro Estado. Fala-se então, em **Jurisdição Territorial Subjetiva** ou **Princípio Territorial Subjetivo**, conforme o projeto *The Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime*:

> (…) Em primeiro lugar, a legislação nacional e jurisprudência desenvolveram o chamado princípio territorial subjetivo o qual estabelece a jurisdição de um Estado para processar e punir um **crime iniciado no Estado mas finalizado ou consumado no exterior**.[278]
>
> *(grifo nosso)*

B. Jurisdição Territorial Objetiva ou Teoria da Competência Concorrente[279]

O exercício da *jurisdição prescritiva* pelo Estado em circunstâncias nas quais o incidente foi concluído no seu território, mas, no entanto, foi iniciado fora do seu território, configura o que se denomina na doutrina **Jurisdição Territorial Objetiva** ou **Teoria da Competência Concorrente**[280] conforme o projeto *The Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime*:

---

[275] MANN, F. A. *The Doctrine of* ….p. 74: (…) The territoriality of criminal law….is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty. *Case of Lotus*, p. 20.

[276] MANN, F. A. *The Doctrine of* ….p. 74.

[277] "Subjetive territorial principle" – (YOKARIS, A.:2000) e "Subjetive territorial jurisdiction" – (LOWE, V.: 2003).

[278] Harvard Research in International Law (1935), AJIL, Vol. 29, Supplement: Research in International Law, 480-508, p. 484: (…) In the first place, national legislation and jurisprudence have developed the so-called subjective principle which establishes the jurisdiction of the State to prosecute and punish for crime commenced within the State but completed or consummated abroad.

[279] "Théorie de la compétence concurrente" – (YOKARIS, A.:2000) e "Objetive territorial jurisdiction" – (LOWE, V.: 2003).

[280] YOKARIS, A. *Les Critéres de Compétence des Jurisdiction Nationales*….p. 900. LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*.....p.336.

> (…) Em segundo lugar, a legislação nacional e jurisprudência desenvolveram o chamado princípio territorial objetivo, o qual estabelece a jurisdição do Estado para processar e punir um **crime iniciado fora do território do Estado mas consumado dentro do seu território.**[281]
>
> *(grifo nosso)*

O caso *Lotus* é um exemplo clássico[282]. O caso originou-se da colisão do navio francês *Lotus* com um navio turco, em alto-mar, fazendo com que este afundasse, ocasionando a morte de toda a sua tripulação. O ato foi realizado dentro da jurisdição territorial turca, literalmente dentre de um navio turco, e desta forma, passível de ser processado e julgado por autoridades turcas, segundo as leis deste país. De fato, os oficiais que estavam a bordo naquele momento foram julgados e condenados pelas autoridades turcas por terem cometido homicídio culposo.

A Corte Permanente de Justiça foi chamada para decidir se a Turquia haveria violado o direito internacional ao instaurar processo penal, exercendo jurisdição sobre o caso, e nesta hipótese se seria cabível indenização. A França alegou que a bandeira do navio apenas teria jurisdição sobre os atos praticados no alto-mar. A Turquia alegou em resposta, que os navios em alto-mar fazem parte do território da nação a cuja bandeira pertencem. A Corte decidiu que a Turquia não havia violado os princípios do direito internacional ao exercer a jurisdição criminal. A maioria dos seis juízes evitaram a questão relativa à compatibilidade do artigo do Código Penal turco aplicado aos acusados, com o direito internacional. Este artigo tratava da punição dos atos praticados por estrangeiros contra nacionais da Turquia e assim, tendo como fundamentação o Princípio da Proteção, o qual será adiante analisado. A base majoritária do entendimento da Corte foi o **Princípio da Jurisdição Territorial Objetiva**. O princípio era familiar, mas para aplicá-lo, a Corte teve de entender que o navio fazia parte do território da Turquia, neste sentido a colisão teria ocorrido no território deste Estado. Apesar deste julgamento ser considerado por renomados internacionalistas, como incoerente, dentre eles o Professor da Universidade de

---

[281] Harvard Research in International Law (1935), AJIL, Vol. 29, Supplement: Research in International Law, 480-508, p. 487-488: (…) In the second place, national legislation and jurisprudence have developed the so-called objective territorial principle which establishes the jurisdiction of the State to prosecute and punish for crime commenced without the State but consummated within its territory.

[282] Ver item 3.3.2 desta tese.

Oxford Ian BROWNLIE (1998)[283], em relação à questão específica da jurisdição criminal, a Corte observa:

> (…) Embora seja verdade que em todos os sistemas jurídicos o caráter territorial do direito penal é fundamental, é igualmente verdade que todos, ou ao menos quase todos estes sistemas jurídicos estendem sua jurisdição às ofensas cometidas fora do seu território e o fazem de maneiras que variam de Estado para Estado. A territorialidade do direito penal, portanto, não é um princípio absoluto do direito internacional e não coincide de forma alguma com a soberania territorial. [284]

Interessante notar, que o *The Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime,* traz um Caso brazileiro, denominado *The Tennyson* (1917), *Clunet* (1918), 739, no qual o Brasil afirmou-se como detentor da jurisdição sobre a explosão de um navio britânico no alto-mar, em razão dos explosivos terem sido colocados a bordo em águas brasileiras.[285]

C. A Doutrina dos Efeitos ou Teoria dos Efeitos[286]

O exercício da jurisdição territorial subjetiva, em geral, não apresenta maiores dificuldades, entretanto, o mesmo não pode ser dito a respeito do exercício da jurisdiçao territorial objetiva. Existe uma certa dificuldade, nos casos onde os elementos constitutivos do crime ocorreram em territórios pertencentes a Estados distintos, principalmente onde se percebe o claro intuito de determinados Estados de estenderem sua jurisdição. Tal fato pode ser notado em relação aos Estados Unidos da América, o qual tem buscado estender muito este conceito.[287] No caso *Alcoa*, *US* v *Aluminium Co of America*[288], os Estados Unidos declararam ter jurisdição sobre a conduta de uma empresa estrageira (não americana), membro de um cartel, cujas

---

[283] BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5th ed. Oxford University Press. New York, 1990, p. 305. MANN, F.A. In these circumstances it would seem tempting to conclude, as Lord Finlay said of the *Cutting* case, that 'nothing was decided' in the *Lotus* case. p.79 também BRIERLY, J.L. *The Basis of Obligation in International Law*….– The 'Lotus' Case. p. 142-151.

[284] BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law* …p.305: (…) Though it is true that in all systems of law the territorial character of criminal law is fundamental, it is equally true that all, or nearly all these systems extend their jurisdiction to offences committed outside the territory of the State which adopts them and they do so in ways which vary from State to State. The territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty.

[285] Harvard Research in International Law…….p. 487.

[286] "Théorie des effets (effects doctrine)" – (YOKARIS, A.:2000) e "The 'effects' doctrine" – (LOWE, V.: 2003) .

[287] LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*…p.338.

[288] *US* v *Aluminium Co of America*, 148 F. 2d 416 (1945) In: LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*…p.338

atividades teriam afetado as importações e exportações norte-americanos. Esta decisão demonstrou ter sido suficiente a intenção de produção de efeitos econômicos nos Estados Unidos, sem a necessidade de realização de qualquer ato constitutivo neste território.

A fundamentação para o exercício da jurisdição nestas circunstâncias seria a realização de atos no exterior, com propagação de seus efeitos sobre o território do Estado, independentemente deste efeitos serem considerados um elemento constitutivo do crime.[289]

3.3.5. Princípio da Nacionalidade

A doutrina anglo-saxônica a denomina "*Roman Theorie of Jurisdiction*"[290], pois esta base jurisdicional teria como fundamento o controle de todos os súditos pertencentes ao poder feudal, onde quer que estes se encontrassem.

A nacionalidade como marca da lealdade é um aspecto da soberania, geralmente reconhecida como uma base jurisdicional para condutas extra-territoriais.[291] De acordo com esta base jurisdicional o Estado tem jurisdição sobre os crimes cometidos por seus nacionais no exterior. Alguns Estados requerem prova de que a conduta também seja qualificada como criminosa na *lex loci*, embora não nos pareça que esta retrição seja exigida pelo direito internacional, pois o Estado teria o direito ilimitado de basear a sua jurisdição na nacionalidade do acusado.[292]

Em alguns casos a jurisdição fundamenta-se em outro vínculo pessoal entre o acusado e o Estado que solicita a jurisdição. Pode-se citar como exemplos a Dinamarca, Islândia, Libéria, Noruega e Suécia, os quais declaram-se competentes para julgar os crimes cometidos no exterior por seus residentes permanentes.[293]

Na prática, os Estados raramente exercem a jurisdição *prescritiva* em relação aos seus nacionais, tendendo a fazê-lo apenas com a finalidade de proibir

---

[289] AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*. 46 BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW. (1972-1973) 145- 259, p. 153. O autor faz uma análise dos efeitos dividindo-os em primários e secundários, bastante relevante para análise deste princípio, haja vista, os efeitos primários configurem elementos constitutivos do crime, os quais deveriam ser o alcançados pela Doutrina dos Efeitos.
[290] YOKARIS, A. *Les Critères de Compétence des Juridictions Nationales*....p.900.
[291] BROWNLIE, Ian. *Principles of Internationanl Law*….p. 306.
[292] AJIL, 29 (1935), Supplement, p. 489; George, Michigan Law Review, 64 (1966), p. 609, 623-4. In: AKEHURST, Michael. *Jurisidiction in International Law*….p. 156.
[293] AKEHURST, Michael. *Jurisidiction in International Law*….p. 156.

"crimes mais graves", os quais estejam previstos em Convenções Internacionais específicas, como aplicação da regra *aut dedere aut judicare*.[294]

Desta forma, sua razão de ser reside principalmente na hipótese de impedimento Constitucional de extradição de nacionais, presente em várias constituições, permitindo que o Estado embora impedido de extraditar, possa incriminar as condutas praticadas por seus nacionais no exterior, consideradas violações às normas internacionais.

3.3.6. Princípio da Personalidade Passiva

De acordo com este princípio, os indivíduos podem ser punidos pelos atos praticados no exterior contra nacionais do *forum*. Segundo BROWNLIE (1998) este é o menos justificável de todos os princípios, e a maioria dos casos sujeitos a este poderiam ser tratados como passíveis de aplicação dos Princípios da Proteção ou ainda da Universalidade, os quais serão a seguir tratados[295].

Atualmente alguns autores[296] o consideram um excesso de jurisdição, embora por outro lado, entende-se ser esta uma base importante para a repressão penal aos crimes de guerra, como no caso *Eichmann* (1961)[297].

3.3.7. Princípio da Proteção

Durante o século XIX países continentais passaram a declarar sua jurisdição em relação aos atos cometidos pelo estrangeiros no exterior, os quais ameaçavam o Estado.[298]

O Princípio da Proteção configura-se como a atitude do Estado de incriminar e julgar os atos cometidos no estrangeiro em prejuízo do Estado de nacionalidade do acusado. Ele se justifica pela natureza do ato incriminado, que se

---

[294] A ser abordada na Parte II, Capítulo 6.
[295] BROWNLIE, Ian. *Principles of International Law*. …p. 306: (...) According to this principle aliens may be punished for acts abroad harmful to nationals of the forum. This is the least justifiable, as a general principle, of the various bases of jurisdiction, and in any case certain of its applications fall under the principles of protection and universality.
[296] YOKARIS, Angelos. *Les Critéres de Compétence des Jurisdictions Nationales*. ….p.900.
[297] A ser analisado na Parte II, Capítulo 5.
[298] AKEHURST, Michael. *Jurisidiction in International Law*….p. 158.

configura como uma ameaça aos interesses superiores do Estado, não havendo, assim qualquer fundamentação territorial[299].

Tratando deste Princípio, Donnedieu de VABRES (1928), em sua obra *Les Principes modernes du droit pénal international*, esclarece[300]:

> (…) Conforme se pode notar, dentro da história do direito penal internacional, constata-se uma reação penal do Estado contra as **infrações que ameaçam sua soberania interior e exterior**, mesmo na hipótese destas infrações serem perpetradas e consumadas fora do seu território, mesmo se cometidas por um estrangeiro.
>
> *(grifo nosso)*

Embora seja clara a impossibilidade de exercício da jurisdição *prescritiva*, em relação a atos realizados no exterior pelo nacional de outro Estado, existem duas exceções a este entendimento que passamos agora a analisar.

Entende-se que a jurisdição penal é determinada, na realidade, pela conexão mais próxima com o Estado, ou seja seus interesses íntimos e legítimos. Assim, não se pode esperar que um Estado permaneça indiferente aos estrageiros, que no exterior atuam causando danos a seus interesses vitais.[301]

Desta forma, o Estado está autorizado a exercer a jurisdição baseada no Princípio da Proteção, o qual seria segundo MANN (1973) a primeira exceção, constituindo os crimes internacionais a segunda, como demonstraremos a seguir.

3.4. Incriminação Internacional

Dentro do sistema de repressão nacional, a incriminação internacional pode ter origem consuetudinária ou convencional, neste caso direta (incriminação diretamente instituída por uma convenção internacional) ou indireta (incriminação

---

[299] LA ROSA, Anne-Marie. *Dictionnaire de Droit International Pénal. Termes choisis.* Publications de L'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales. Genève, 1ére ed. 1998. p. 9.

[300] VABRES, H. Donnedieu de. *Les principes modernes du droit pénal international.* Paris: Sirey. 1928, p.86: (…) Si haut que l'on remonte dans l'histoire du droit pénal international, on constate une réaction pénale de l'Etat contre les infractions que menacent sa sûreté intérieure ou extérieure, même si ces infractions ont été perpétrées et consommées en dehors de son territoire, même si elles ont pour auteur un étranger.

[301] MANN, F.A. *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*..... p.80.

instituída por uma lei interna, com base numa obrigação internacional)[302]. Entretanto, em geral, para os países de "*civil law*", a origem consuetudinária, requer a existência de lei, a qual permita a "entrada" desta norma jurídica no sistema interno. Trata-se na realidade de questão amplamente debatida no Direito Internacional, relativa ao monismo e dualismo[303] – COMPLETAR.

Na prática, encontra-se também a incriminação derivada de um ato institucional de uma organização internacional, como é o caso dos tribunais penais internacionais, podendo-se ainda ocorrer por meio do costume internacional, como é o caso da pirataria.

Para a hipótese de incriminação convencional direta, os elementos constitutivos são definidos na convenção, portanto, não cabe ao Estado tomar medidas legislativas sob o aspecto material, bastando estabelecer apenas as regras processuais aplicáveis, especialmente quanto à competência de seus órgãos internos. Segundo Angelos YOKARIS (2000)[304], trata-se de uma obrigação de resultado: os Estados concordam em punir e se comprometem a editar as regras internas necessárias para esta modalidade de repressão.

No caso da incriminação indireta estabelecida, portanto, pelo direito interno, tem-se como fundamentação uma obrigação internacional. Como exemplo,

---

[302] YOKARIS, Angelos. *Les Critères de Compétence des Juridictions Nationales*. Chapitre 73. In: ASCENSIO, Hervé. DECAUX, Emmanuel. PELLET, Alain. (Coordenadores) *Droit Int ernational Pénal*. CEDIN Paris X, Éditions A. Pedone, Paris, 2000, 897-904.

[303] Trata-se de responder à seguinte pergunta: havendo um conflito entre a norma internacional e a norma interna, qual destas deverá prevalecer?

"Teoria da incorporação"- para que uma norma internacional seja aplicada na âmbito interno do Estado, é preciso que este faça primeiro a sua "transformação" em direito interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico. Isto é uma conseqüência da completa independência entre as duas ordens jurídicas. O *dualismo* foi seguido por grande número de autores italianos. O DI não atinge diretamente a ordem jurídica interna, tanto assim que a revogação de uma norma interna contrária ao DI só pode ser feita por um procedimento do direito interno.

Monismo – teoria que não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas. Sustenta a existência de uma única ordem juridica. Possui duas posições: uma que defende a primazia do direito interno e outra, que defende a primazia do DI.

monismo com primazia no direito interno tem as suas raízes na hegelianismo, que considera o Estado como tendo uma soberania absoluta, nçao estnado, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. O DI é reduzido a um "direito estatal externo". O DI é um direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional.

Sobre o tema ver MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 13ª edição, 2001.

[304] En fait, il s'agit d'une obligation de résultat: les États conviennent de punir et s'engagent à édicter les règles internes nécessaires pour les modalités de répression. YOKARIS, Angelos. *Les Critéres*….p. 897.

pode-se citar o artigo 4º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984[305], segundo o qual:

> (…) **Art.4º** Cada Estado-parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura.
>
> 2. Cada Estado-parte punirá esses crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade. [306]

Seguindo a mesma racionalidade[307], esta teria como base uma obrigação de meio: os Estados se comprometem a propor ao seu legislativo as medidas necessárias à execução da obrigação de incriminar e de julgar impostas pela Convenção ou por um ato institucional de uma Organização Internacional.

3.4.1. Princípio da Universalidade

Um número considerável de Estados adotaram, em geral com limitações, um princípio permitindo o exercício da jurisdição em relação aos atos de não-nacionais, nos quais as circunstâncias, incluindo a natureza do crime, justificam sua repressão como uma questão de política pública internacional.

Segundo LOWE (2003), o princípio se aplica aos crimes que em razão da sua gravidade, todos os Estados possuem um legítimo interesse na sua repressão.[308] Esta seria na sua opinião, a justificativa tradicional para este Princípio.

Empregando este *elemento do conexão*, os tribunais nacionais têm processado e julgado as violações às Convenções de Genebra, incluindo o artigo 3º e o Protocolo II, como demonstrado pela legislação belga de 16 de junho de 1993 denominada *Crimes de droit International*[309].

---

[305] Adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 e ratificada pelo Brasil em 01.02.1984. Promulgada pelo Decreto 4.377, de 13.09.2002, que revogou o Decreto 86.460, de 20.03.1984.

[306] Reproduzida em *Coletânea de Direito Internacional*. Valerio de Oliveira Mazzuoli (Organizador). 2º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 512-522.

[307] YOKARIS, Angelos. *Les Critéres*….p. 897: (…)it s'agit d'une obligation de moyen: l'État s'engage à proposer à sa législature les mesures nécessaires à l'exécution des obligations d'incriminer et de poursuivre imposées par la Convention ou par un acte institutionnel d'une organisation internationale.

[308] LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*…p.343.

[309] MERON, Theodor. *Is International Law Moving towards Criminalization?*….p. 30: (...) Loi de 16 Juin 1993 relative a la repression des infractions graves aux conventions internationales de Geneve du

Alguns autores sugerem que na hipótese de um tratado multilateral existir, para a repressão de uma determinada conduta de preocupação internacional, falar-se-ia em **Jurisdição Universal.** Assim, o artigo 14 do Tratado de Montevidéu, II- Direito Penal Internacional[310] confere ao Estado de captura a jurisdição para os casos de tráfico de drogas, escravidão branca e destruição de (ou dano a) cabos submarinos. Entretanto, no entendimento de AKEHURST (1972-1973) as convenções internacionais que estabelecem a repressão à estas condutas, via de regra não permitem a jurisdição universal[311], como exemplo cita a ausência de previsão do Princípio da Jurisdição Universal para o genocídio e os danos aos cabos submarinos.[312]

Devemos ressaltar que este entendimento é passível de divergência, especialmente quanto ao caráter permissivo ou obrigacional do exercício da Jurisdição Universal, que embora não expressamente previsto nas convenções mencionadas, não estaria proibido, conforme a abordagem jurisdicional permissiva (3.3.2). Após a análise do Princípio da Jurisdição Universal a ser realizada no Capítulo seguinte, trataremos especificamente da atuação dos Estados tendo como fundamentação este aspecto das Convenções Multilaterais e o caráter *aut dedere aut judicare* adotado por estas.

3.4.2. Crimes Internacionais

O termo tende a ser empregado com certa freqüência, no entanto, deve-se esclarecer se está sendo utilizado genericamente, em relação aos crimes comuns (por oposição aos internacionais) com ramificações internacionais, opondo-se

---

12 aout 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionels a ces conventions, Moniter Belge, 5 August 1993. Em relação à legislação e jurisprudência da Bélgica, ver Parte II, Capítulo 5.

[310] DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. …p. 73-74: (...) Em 1889 realizou-se em Montevidéu um Congresso que reuniu vários países sul-americanos no qual foram aprovados oito Tratados, a saber: I -Direito Civil Internacional, II – Direito Penal Internacional, III - Direito Comercial Internacional, IV – Direito Processual Internacional, V – Propriedade Literária e Artística, VI – Marcas de Comércio e de Fábrica, VII – Patentes e Invenções, VIII – Convenção sobre o Exercício das Profissões Liberais. Estes Tratados foram ratificados pelo Argentina, Bolívia, Paraguai, Peru e Uruguai…..Nenhum dos Tratados foi aprovado pelo Brasil".

[311] AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 29 (1935), pp. 476 et seq.; *Restatement, Second, Foreign Relations Law of the U.S.* (1965), p. 97. In: AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*…..p. 161

[312] AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*…..p. 161.

aos crimes de impacto meramente local, ou alternativamente, se deve ser aplicado aos crimes criados pelo Direito Internacional.

Para fins do presente trabalho, optamos-se pela segunda abordagem, conforme demonstrado na Parte II, Capítulo 2, desta tese, na qual definimos estes crimes demonstrando sua evolução histórica no contexto dos processos de elaboração do Direito Internacional Penal.

Em geral, são considerados uma aplicação do Princípio da Universalidade, mas este entendimento não é totalmente correto, como esclarece BROWNLIE (1998). A norma violada é a do direito internacional, a qual considera o ato como crime, não uma norma do direito nacional fundada na liberdade conferida pelo Direito Internacional aos Estados, hipótese na qual o ato não é considerado crime no Direito Internacional.

Parte II

O Princípio da Universalidade da Jurisdição

4. Jurisdição Universal: compreendendo o conceito básico

Partindo da perspectiva da jurisdição penal dos Estados, a Jurisdição Universal[313], ou melhor denominado **Princípio da Jurisdição Universal** configura-se como a possibilidade do Estado exercer a *jurisdição prescritiva* na ausência de qualquer outro vínculo jurisdicional aceitável, à época da ocorrência do crime em questão.[314]

Portanto, de acordo com o Princípio da Universalidade (*Universality Principle*) um Estado afirma sua competência sem que exista qualquer critério de conexão direto com a infração, inclusive, sem ser necessária a presença do autor em seu território[315].

Roger O'KEEFE (2004) ressalta ainda, que o termo "jurisdição universal" é a abreviação de "jurisdição universal *para prescrever* (legislar) ou "jurisdição universal *prescritiva*" sendo que o ponto de referência para aplicação desta a um determinado caso é o "momento em que a conduta putativa foi cometida".[316]

Aplicando-se à sistemática constitucional brasileira, acreditamos ser relevante a constatação de que o autor ao referir-se à "jurisdição universal *prescritiva*", trata na realidade do exercício do poder legislativo. Portanto, o

---

[313] São empregados como sinônimos os termos: Princípio da Universalidade da Jurisdição, Princípio da Universalidade, Jurisdição Universal.

[314] O'KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*. JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 2 (2004), 735-760, p.745: (…) It would seem sufficient well agreed that universal jurisdiction amounts to the assertion of jurisdiction to prescribe in the absence of any other accepted jurisdictional nexus at the time of the relevant conduct. Para a definição de Jurisdição Universal ver: AKEHURST (1972-73), p.160-166; BASSIOUNI (2001-2002), p. 96-104; BROWNLIE (2002) p.307; DONNEDIEU DE VABRES (1928), p. 135-170; HIGGINS (1994), p. 57-65; LA ROSA (1988), p.10-13; REYDAMS (2003), p. 29-41.

[315] HENZELIN, Marc. *"Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International, Droit el obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité"*. Helbing&Lichtenhahn. Faculté de Droit de Genève Bruylant, 2000, p. 29. Entretanto, para tal hipótese deve ser admitido o exercício da jurisdição universal *in absentia*, a qual não é pacífica na doutrina e jurisprudência, tendo a própria CIJ se pronunciado sobre este tema no Caso *Bélgica* v. *Congo* (*Arrest Warrant of 11 April 2000 - Democratic Republic of the Congo v Belgium)*. Este tema não será aprofundado por estar além dos objetivos deste trabalho, no entanto, esta seria uma das hipóteses na qual indubitalvelmente, tratar-se-ia de jurisdição universal (como alguns autores preferem determinar), dada a total ausência de outro nexo jurisdicional, nem ao menos a presença do suposto autor no território.

[316] O'KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*….p.745: (…) [t]he term 'universal jurisdiction' is shorthand for 'universal jurisdiction to prescribe' or 'universal prescriptive jurisdiction' and that the point by reference to which one characterizes the head of prescriptive jurisdiction relied on in a given case is the moment of commission of the putative offence.

legislador ao optar por este "elemento de conexão", definido de forma excludente, ou seja, pela impossibilidade de aplicação das bases jurisdicionais, como anteriormente abordados (Capítulo 3), estaria exercendo a "jurisdição universal *prescritiva*".

Alguns autores distinguem este princípio, aplicável a alguns crimes determinados, do princípio da universalidade condicionada (*principe de l'universalité conditionnelle*), o qual requer a satisfação de certas condições, dentre elas a presença do susposto autor no território do Estado (*judex loci deprehensionis),* para que a jurisdição possa ser exercida, como resposta à não-extradição deste a um outro país. Nesta hipótese, fala-se também freqüentemente em competência subsidiária (*subsidiaire*; *subsidiary universality principle*). Alguns falam ainda, em competência quase universal (*quasi universelle*) ou alternativa (*alternative*), haja vista o Estado que detém o acusado poder escolher entre julgar – através do devido processo legal ou extraditar (*aut dedere aut judicare* ou *aut dedere aut prosequi*).[317]

Segundo este raciocínio, deve-se distinguir o Princípio da Universalidade Absoluta (*principe de l'université absolue*), aplicável a todos os Estados do Princípio da Universalidade Condicionada[318] (*principe de la compétence relative, délégue*), aplicável entre Estados partes de um acordo internacional ou de um tratado[319].

Entretanto, para fins deste trabalho sugerimos tratar-se na realidade do direito de todos os Estados de repressão a estas condutas e a existência de um padrão mínimo estabelecido pelos Estados, baseado no exercício deste direito, o qual origina uma obrigação constante em um acordo internacional do tipo "*aut dedere aut judicare*".

---

[317] HENZELIN, Marc. "*Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International, Droit el obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*". Helbing&Lichtenhahn. Faculté de Droit de Genève Bruylant. 2000. p. 29.

[318] Também são aplicados os termos: competência subsidiária (*subsidiaire*; *subsidiary universality principle*); competência quase universal (*quasi universelle*) ou alternativa (*alternative*). Lembramos do emprego do termo jurisdição no lugar de competência.

[319] Um caso raro de aplicação do princípio da universalidade é o da justiça belga, que expediu mandado de prisão internacional (*mandats d'arrêts internacional*) em relação a diversos países (como Ruanda, Gana, Togo) com base na *Loi relative à la répression des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions de 1993*, ver Capítulo 5.

4.1. A Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça

Trataremos especificamente do Caso *Mandado de Prisão de 11 de Abril de 2000 – República Democrática do Congo v. Bélgica (Arrest Warrant of 11 April 2000* (*Democratic Republic of the Congo v Belgium)*, denominado *Caso Congo v. Bélgica*[320], buscando analisar a aplicação do conceito de Jurisdição Universal pela Corte Internacional de Justiça.[321]

Em 17 de outubro de 2000 a República Democrática do Congo, a seguir denominada "Congo", impetrou uma demanda contra o Reino Unido da Bélgica, a seguir denominada "Bélgica", tendo por base uma disputa sobre um "mandado de prisão internacional de 11 de abril de 2000 decretado por um juiz de investigação belga…..contra o Ministro das Relações Exteriores do Congo, Sr. Abdulaye Yerodia Ndombasi".[322]

O Congo alegou que a Bélgica teria violado o "princípio de que um Estado não pode exercer sua autoridade no território de outro Estado", o "princípio da igualdade soberana entre todas os membros das Nações Unidas, como estabelecido no artigo 2º, parágrafo 1ª da Carta das Nações Unidas", bem como "a imunidade diplomática do Ministro das Relações Exteriores de um Estado soberano, reconhecida pela jurisprudência da Corte e atendendo o artigo 41, parágrafo 2º da Convenção de Viena de 18 de abril 1961 sobre Relações Diplomáticas".[323]

4.1.1. O voto dissidente do Juiz *ad hoc* Van den Wyngaert

Para o Juiz *ad hoc* Van den Wyngaert não haveria uma definição reconhecida para a Jurisdição Universal. Na realidade, segundo o nobre magistrado,

---

[320] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (*Democratic Republic of the Congo v Belgium*), International Court of Justice, 14 de fevereiro 2002, disponível on-line: http://www.icj_cij.org/icjwww/idocket/_iCOBE /icobejudgment/icobe_ijudgment_20020214.PDF (visitado em 1 de agosto de 2005).

[321] A análise se inspira no trabalho de O'KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*. JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 2 (2004), 735-760. Ao abordar a questão com extremo rigor teórico, propicia os elementos necessários à uma análise crítica da atual aplicação do conceito.

[322] Judgment §1º : (…) On 17 October 2000 the Democratic Republic of the Congo (hereinafter referred to as "the Congo") filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the Kingdom of Belgium (hereinafter referred to as "Belgium") in respect of a dispute concerning an "international arrest warrant issued on 11 April 2000 by a Belgian investigating judge . . . against the Minister for Foreign Affairs in office of the Democratic Republic of the Congo, Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi".

[323] Conforme redação "Summary of the Judgment of 14 February 2002", §§ 1-12.

os países aplicariam as bases jurisdicionais conhecidas, afastando assim, a noção de incriminação internacional como um possível elemento de conexão para a aplicação extraterritorial da legislação penal estatal. Transcrevemos a seguir seu entendimento:

> (…) **Não existe uma definição reconhecida de jurisdição universal no direito internacional convencional ou consuetudinário**. Os Estados que incorporaram o princípio em suas legislações domésticas o fizeram de diversas maneiras. Embora existam muitos Estados exercitando a jurisdição extraterritorial sobre os crimes internacionais como crimes de guerra e crimes contra a humanidade e tortura, em geral o fazem conforme **outras bases jurisdicionais** como a nacionalidade da vítima. Um exemplo relevante foi o caso *Eichmann*, o qual na realidade baseou-se na personalidade passiva, não na jurisdição universal. No caso espanhol *Pinochet*, um importante fator de conexão foi a nacionalidade espanhola de algumas vítimas. Da mesma forma, no caso contra o Sr. Yerodia, **alguns dos autores são de nacionalidade belga**, independentemente do fato de que não existam, aparentemente, nacionais belgas vítimas da alegada violência que teria resultado dos discursos proferidos pelo Sr. Yerodia compondo sua acusação. (§ 15 do julgamento).[324]
>
> *(grifo nosso)*

A justificativa para a atuação da Bélgica, conforme esta posição, seria a nacionalidade dos autores da ação (parte final do § 15), entretanto, esta não se configuraria como uma das bases jurisdicionais reconhecidas pelo Direito Internacional, como pode-se concluir da análise realizada anteriormente (Capítulo 3).

Embora para o nobre magistrado não seja cabível a discussão sobre o Princípio da Jurisdição Universal, este admite tratar-se da compatibilidade entre a legislação belga e o Direito Internacional, o que evidencia a limitação imposta pelo Direito Internacional ao exercício da jurisdição penal extraterritorial, como afirma:

> (…) Muito tem sido escrito na doutrina jurídica sobre a jurisdição universal. Existem muitos posicionamentos quanto seu sentido legal e quanto ao seu *status* legal no direito internacional. Este não é o lugar para discuti-los. O que importa para a presente disputa é a **maneira pela qual a Bélgica codificou a jurisdição**

---

[324] *Arrest Warrant*, diss.op. Van den Wyngaert §44: (…) 44. There is no generally accepted definition of universal jurisdiction in conventional or customary international law. States that have incorporated the principle in their domestic legislation have done so in very different ways. Although there are many examples of States exercising extraterritorial jurisdiction for international crimes such as war crimes and crimes against humanity and torture, it may often be on other jurisdictional grounds such as the nationality of the victim. A prominent example was the *Eichmann* case which was in fact based, not on universal jurisdiction but on passive personality. In the Spanish *Pinochet* case, an important connecting factor was the Spanish nationality of some of the victims. Likewise, in the case against Mr. Yerodia, some of the complainants were of Belgian nationality, even if there were, apparently, no Belgian nationals that were victims of the *violence* that allegedly resulted from the hate speeches of which Mr. Yerodia was suspected (Judgment, para. 15) (*citações omitidas*)

> **universal segundo sua legislação doméstica** e em relação ao caso Sr. Yerodia, **se é compatível com o direito internacional**…..[325]
>
> *(grifo nosso)*

4.1.2. A Jurisdição Universal *in Absentia*

Alguns juízes empregaram o termo "jurisdição universal *in absentia*", dando a impressão de estarem tratando de um tipo especial de exercício da jurisdição universal. Por exemplo, o Presidente Guillaume, ao tratar do dispositivo jurisdicional comum a uma série de Convenções Internacionais Penais, segundo as quais o Estado membro é obrigado a "tomar as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição em relação a um crime, na hipótese do suposto autor estar presente no seu território e este não o extraditar conforme a Convenção"[326], afirma:

> (…) nenhum destes textos contempla o estabelecimento da jurisdição sobre os crimes cometidos no exterior por estrangeiros contra estrangeiros na hipótese do suposto autor não estar presente no território do Estado em questão. **Jurisdição Universal *in absentia* não é reconhecida pelo direito internacional convencional**.[327]
>
> *(grifo nosso)*

Em razão da ausência de previsão no direito internacional convencional, segundo o Presidente Guillaume: "…a Bélgica busca justificar sua posição, baseando-se na prática dos Estados, bem como sua *opinio juris*. Entretanto, a legislação nacional e jurisprudência citada nos autos não fornecem embasamento para o argumento belga…", o que o magistrado objetiva demonstrar em sua exposição.

Por fim conclui:

---

[325] *Arrest Warrant*, diss.op. Van den Wyngaert §45: (…)45. Much has been written in legal doctrine about universal jurisdiction. Many views exist as to its legal meaning and its legal status under international law . This is not the place to discuss them. What matters for the present dispute is the way in which Belgium has codified universal jurisdiction in its domestic legislation and whether it is, as applied in the case of Mr. Yerodia, compatible with international law. (*citações omitidas*)

[326] *Arrest Warrant*, sep. op. Guillaume, § 7, citando The Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft of 16 December 1970, article 4, paragraph 2: (…)"Each Contracting State shall . . . take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offence in the case where the alleged offender is present in its territory and it does not extradite him pursuant to [the Convention]."

[327] *Arrest Warrant*, sep. op. Guillaume, § 9: (...) none of these texts has contemplated establishing jurisdiction over offences committed abroad by foreigners against foreigners when the perpetrator is not present in the territory of the State in question. Universal jurisdiction *in absentia* is unknown to international conventional law.

> (…) Os Estados exercem principalmente sua jurisdição penal em seu território. No direito internacional clássico, eles normalmente teriam jurisdição sobre os crimes cometidos no exterior apenas se o acusado, ou ao menos a vítima, possuíssem sua nacionalidade, ou se o crime ameaçasse sua segurança interna ou externa. Além disto, eles podem exercer a jurisdição em casos de pirataria e nas hipóteses de jurisdição universal subsidiária prevista em diversas convenções se o acusado estiver presente no seu território. For a estas hipótese, **o direito internacional não aceita a jurisdição universal; menos ainda a jurisdição universal *in absentia*.**[328]
>
> (grifo nosso)

O Juiz Ranjeva trata de maneira semelhante a, por ele denominada, "competência universal *in absentia*" ao enfocá-la como uma categoria específica, aplicável às graves violações do direito humanitário. Além disto, recusa a possibilidade de exercício do que chama "competência penal", para a hipótese de inexistência de uma conexão territorial ou pessoal ativa ou passiva, o que conseqüentemente implicaria na não compatibilidade da legislação belga com o Direito Internacional. Abaixo transcrevemos o respectivo trecho da decisão:

> (…) A legislação belga que institui a **competência universal *in absentia* para as violações graves do direito humanitário** consagrou a interpretação extensiva desta competência. As jurisdições comuns belgas são competentes para julgar os crimes de guerra, contra a humanidade e genocídio, cometidos pelos não-belgas, dentro do território belga, fazendo com que o mandado emitido contra o Sr. Yerodia Ndombasi seja a primeira aplicação desta hipótese extrema. **Não nos parece que as disposições legislativas em direito positivo autorizem o exercício da competência penal, na ausência de um vínculo de conexão territorial ou pessoal ativo ou passivo**. A inovação da lei belga reside na possibilidade de exercício da competência universal na ausência de qualquer vínculo entre a Bélgica e o objecto da infração, a pessoa de autor presumido da infração ou mesmo o território pertinente. Mas após os trágicos acontecimentos ocorridos na Iugoslávia e Ruanda, muitos Estados invocaram a competência universal para iniciar processos contra os presumidos autores de crimes de direito humanitário; todavia, diferentemente do caso do Sr. Yerodia Ndombasi, as pessoas envolvidas haviam sido objeto de um processo ou de um ato de

---

[328] *Arrest Warrant*, sep. op. Guillaume, § 16: (…)16. States primarily exercise their criminal jurisdiction on their own territory. In classic international law, they normally have jurisdiction in respect of an offence committed abroad only if the offender, or at least the victim, is of their nationality, or if the crime threatens their internal or external security. Additionally, they may exercise jurisdiction in cases of piracy and in the situations of subsidiary universal jurisdiction provided for by various conventions if the offender is present on their territory. But apart from these cases, international law does not accept universal jurisdiction; still less does it accept universal jurisdiction *in absentia*.

detenção, ou seja, a existência de um vínculo de conexão territorial prévio.[329]
(grifo nosso)

O Juiz Rezek afirma:

> (…) O ativismo que poderá levar um Estado a buscar em seu território, em razão de uma demanda de extradição ou um mandado de prisão internacional, uma pessoa acusada dos crimes definidos em termos do direito das gentes, mas *sem qualquer circunstância de vinculação*, de modo algum autorizada pelo direito internacional em seu estado atual. Faz-se necessária uma forte dose de presunção para se colocar a questão de se saber se a Bélgica não será "obrigada" a engajar-se na ação penal em espécie. Haja vista não estar autorizado, à fortiori [com mais forte razão], é obrigatório.[330]

Como lembra O'KEEFE (2004), o emprego da expressão "jurisdição universal *in absentia*", como realizado pelo Presidente Guillaume e pelos Juízes Ranjeva e Rezek, encontram abrigo na doutrina. REYDAMS (2003) utiliza o termo "jurisdição universal *in absentia*"[331] e a trata como uma forma específica de jurisdição, o qual se configura uma forma distinta de jurisdição universal de *per se*[332].

Aplicando à terminologia proposta por REYDAMS (2003), o "Princípio da Universalidade Geral Co-operativa", bem como o "Princípio da Universalidade Limitada Co-operativa" teriam como pressuposto a presença do

---

[329] *Arrest Warrant*, dec. Ranjeva §5: (…) 5. La législation belge qui institue la compétence universelle *in absentia* pour les violations graves du droit international humanitaire a consacré l'interprétation la plus extensive de cette compétence. Les juridictions ordinaires belges sont compétentes pour juger les crimes de guerre, contre l'humanité et de génocide, commis par des non-Belges, en dehors du territoire belge tandis que le mandat émis à l'encontre de M. Yerodia Ndombasi est la première des applications de cette hypothèse extrême. Il ne semble pas que des dispositions législatives en droit positif autorisent l'exercice de la compétence pénale en l'absence d'un lien de connexité territoriale ou personnelle actif ou passif. L'innovation de la loi belge réside dans la possibilité de l'exercice de la compétence universelle en l'absence de tout lien de la Belgique avec l'objet de l'infraction, la personne de l'auteur présumé de l'infraction ou enfin le territoire pertinent. Mais après les tragiques événements survenus en Yougoslavie et au Rwanda, plusieurs Etats ont invoqué la compétence universelle pour engager des poursuites contre des auteurs présumés de crimes de droit humanitaire; cependant, à la différence du cas de M. Yerodia Ndombasi, les personnes impliquées avaient auparavant fait l'objet d'une procédure ou d'un acte d'arrestation, c'est-à-dire qu'un lien de connexion territoriale existait au préalable.

[330] *Arrest Warrant*, sep. op. Rezek §6 (*original com ênfase*): (…) 6. L'activisme qui pourrait mener un Etat à rechercher hors de son territoire, par la voie d'une demande d'extradition ou d'un mandat d'arrêt international, une personne qui aurait été accusée de crimes définis en termes de droit des gens, mais *sans aucune circonstance de rattachement au for*, n'est aucunement autorisé par le droit international en son état actuel. C'est avec une forte dose de présomption qu'est posée la question de savoir si la Belgique ne serait pas «obligée» d'engager l'action pénale dans l'espèce. Ce qui n'est pas autorisé ne peut pas, à fortiori, être obligatoire.

[331] REYDAMS, Luc. Oxford. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*. New York: Oxford University Press, 2003, p.55, 74, 88-89, 156, 177, 222, 224, 225 e 227 In: O'Keefe, Roger. *Universal Jurisdiction*…..p.749.

[332] REYDAMS, Luc. Oxford. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*…p. 224. In: O'Keefe, Roger. *Universal Jurisdiction*…..p.749.

acusado[333]. Entretanto o "Princípio da Universalidade Limitada Unilateral" determina, como será abordado a seguir, que:

> (…) O Princípio da Universalidade Limitada Unilateral não requer qualquer vínculo com o Estado do foro. O único critério adotado é o caráter internacional legal do crime. O jurisdição é verdadeiramente "universal" porque qualquer Estado pode unilateralmente iniciar investigações, mesmo em *absentia*.[334]

Admitindo-se que a jurisdição universal seja uma manifestação da *jurisdição prescritiva*, baseada no elemento de conexão: Princípio da Universalidade, o uso do termo jurisdição universal *in absentia* não apresenta fundamentação lógica.

Como demonstrado no Capítulo 3, prescrever normas jurídicas no âmbito internacional[335] é essencialmente diferente do poder para execução destas. A legalidade das normas prescritas não significa necessariamente a legalidade das medidas que asseguram sua eficácia. Assim, trata-se da legalidade ou não do exercício da *jurisdição prescritiva*, ou seja se este exercício baseado no elemento de conexão – princípio da universalidade é legal ou não. Por outro lado, trata-se da legalidade do mandado de prisão *in absentia* e o julgamento *in absentia,* como expressões da *jurisdição executiva*. Em relação a este último aspecto citamos o entendimento dos Juízes Higgins, Kooijmas e Buergenthal:

> (…) Algumas jurisdições autorizam o julgamento *in absentia*; outras não. Se existe o requisito de que uma pessoa esteja dentro do território da jurisdição à época do julgamento, esta pode ser uma **medida de cautela para garantir o direito do julgamento justo mas pouca ligação possui com as bases jurisdicionais reconhecidas pelo direito internacional**[336].
>
> *(grifo nosso)*

O'KEEFE (2004) por fim conclui:

---

[333] REYDAMS, Luc. Oxford. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*…p. 29-38. In: O'Keefe, Roger. *Universal Jurisdiction*…..p.749.

[334] REYDAMS, Luc. Oxford. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*….p. 38: (…) The unilateral limited universality principle no longer requires any link with the forum State. The only criterion is the international legal character of the offence. Jurisdiction is truly 'universal' because any State may unilaterally launch an investigation, even *in absentia*.

[335] Ressaltamos não estarmos levando em consideração as implicações sob o ponto de vista do direito interno.

[336] *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal § 56: (…)56. Some jurisdictions provide for trial *in absentia*; others do not. If it is said that a person must be within the jurisdiction at the time of the trial itself, that may be a prudent guarantee for the right of fair trial but has little to do with bases of jurisdiction recognized under international law.

> (…) Em resumo, em relação ao Direito Internacional, se a jurisdição universal é permitida, o seu exercício *in absentia* é logicamente permitido também. Se desejável, desnecessário dizer se tratar de uma questão à parte.

Quanto a última frase "se desejável", parece-nos estar relacionado com as questão dos direitos fundamentais dos acusados, a qual poderia significar uma limitação ao julgamento *in absentia*, realizado em alguns Estados, nos quais a presença do acusado não se configura como uma garantia. Entretanto, tal abordagem está fora do âmbito do presente estudo.[337]

Caso os juízes concluíssem pela ilegalidade em razão do sistema jurídico da Bélgica autorizar o mandado de prisão e julgamento de uma pessoa que se encontra fora do território de jurisdição belga, a fundamentação dar-se-ia em torno desta prática do sistema jurídico do Estado, não tendo como base o exercício da *jurisdição prescritiva* belga baseada no Princípio da Universalidade.

4.1.3. Jurisdição Universal

Os Juízes Higgins, Kooijmas e Buergenthal, embora reconheçam que a legalidade do exercício da *jurisdição prescritiva* segundo o Princípio da Universalidade, e como o Juiz *ad hoc* Van den Wyngaert em seu voto dissidente, afirmam tratar-se da compatibilidade da legislação belga com o direito internacional, como observam:

> (…) Como o Sr. Yerodia era um não-nacional da Bélgica e os crimes alegados descritos no mandado de prisão ocorreram fora do território sobre o qual a Bélgica tem jurisdição, as vítimas não sendo belgas, o mandado de prisão foi necessariamente baseado na jurisdição universal.[338]

Entretanto, diferentemente deste Magistrado objetivam analisar o Princípio da Universalidade como admissível ou não pelo Direito Internacional, fazendo menção expressa às fontes apresentadas no Capítulo 2:

---

[337] Para abordagem das questão das garantias ver DOTTI, René Ariel. *Principios fundamentales del Derecho Penal Brasileño*. Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste. Année 2003.

[338] *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal §6: (…)As Mr. Yerodia was a non-national of Belgium and the alleged offences described in the arrest warrant occurred outside of the territory over which Belgium has jurisdiction, the victims being non-Belgians, the arrest warrant was necessarily predicated on a universal jurisdiction.

> (….) Nós nos voltamos para a questão de saber-se se os Estados estão autorizados a exercer a jurisdição sobre pessoas sem qualquer conexão com o Estado do foro (*forum State*) quando o acusado não está presente no território do Estado. O ponto necessário de partida deve ser as fontes do direito internacional identificadas no artigo 38, parágrafo 1 (c), do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, bem como as obrigações impostas a todos os membros das Nações Unidas pelas resoluções do Conselho de Segurança ou da Assembléia Geral, conforme o critério enunciado pela Corte no caso relativo à *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion* (*I.C.J. Reports 1996*, p. 226, para. 70).[339]

Neste sentido os juízes fazem uma análise da legislação dos Estados, como evidência da prática estatal, analisando dentre outras: a *Australian War Crimes Act* (1945), conforme emenda de 1988; o *United Kingdom War Crimes Act* (1991); projeto de lei enviado pelo governo alemão em 16 de janeiro de 2002 ao parlamento; Código Penal do Canadá (1985) , e entendem que:

> (….) Com exceção da legislação belga de 10 de fevereiro de 1999, as legislações nacionais, tornam certos crimes internacionais, crimes previstos pelo direito interno como cumprimento de uma obrigação constante em um tratado internacional. Caso contrário, não se aplica a jurisdição universal a estes crimes.[340]

Em seguida os juízes passam a analisar as convenções internacionais dentre elas: Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948) e o artigo comum às quatro Convenções de Genebra[341], constatando haver a sugestão de um verdadeiro Princípio da Universalidade.

E finaliza por concluir a análise destes dispositivos convencionais afirmando:

> (…) Nenhum vínculo territorial ou de nacionalidade é previsto, o que sugere um verdadeiro princípio da universalidade….Mas uma interpretação diferente é fornecida no comentário em Pictet: *Geneva Convention for the Amelioration of*

---

[339] *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal § 19: (…)We therefore turn to the question whether States are entitled to exercise jurisdiction over persons having no connection with the forum State when the accused is not present in the State's territory. The necessary point of departure must be the sources of international law identified in Article 38, paragraph 1 *(c)*, of the Statute of the Court, together with obligations imposed upon all United Nations Members by Security Council resolutions, or by such General Assembly resolutions as meet the criteria enunciated by the Court in the case concerning *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion* (*I.C.J. Reports 1996*, p. 226, para. 70).

[340] *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal §20: (…) Save for the Belgian legislation of 10 February 1999, national legislation, whether in fulfillment of international treaty obligations to make certain international crimes offences also in national law, or otherwise, does not suggest a universal jurisdiction over these offences

[341] Ver Capítulo 6 (6.3.3).

> *the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* (1952), o qual entende que a obrigação foi considerada como sendo uma obrigação dos Estados partes de buscar o acusado que poderia estar em seu território. Este é um real exemplo de universalidade, se a obrigação de buscar está restrita ao seu território? A obrigação de buscar implica a permissão de processar *in absentia*, se a busca não tem resultado?[342]

Portanto a opinião conjunta reflete uma certa confusão entre prescrição e execução, o que é, por outro lado, resultado da falta de atenção quanto ao momento no qual o nexo jurisdicional prescritivo requerido deve estar presente.[343] Desta forma, os Juízes deslocam o Princípio da Universalidade para a "obrigação de buscar" o suposto autor, como clara medida de cumprimento dos dispositivos legais previamente existentes no direito interno.

Continuando ainda a análise de outras convenções internacionais penais[344], notam:

> (…) que o termo impreciso "princípio da jurisdição universal" neste tratados é um princípio *de uma obrigação*, enquanto a questão neste caso é se a Bélgica tem o direito de emitir e circular um mandado de prisão se assim resolver fazê-lo.[345]

Os Juízes ao associarem o Princípio da Jurisdição Universal ao conceito de obrigação, faz com que a noção previamente desenvolvida acerca da jurisdição *prescritiva*, como expressão do Poder Soberano do Estado, adquira um *plus* obrigacional, o que nos parece de difícil embasamento teórico. Manteremos o entendimento de que se trata de um *direito* do Estado, aplicar este Princípio para fins de exercício da jurisdição penal extraterritorial. Entretanto, vale ressaltar, na medida

---

[342] *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal §31: (…)No territorial or nationality linkage is envisaged, suggesting a true universality principle….But a different interpretation is given in the authoritative Pictet Commentary: *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* (1952), which contends that this obligation was understood as being an obligation upon States parties to search for offenders who may be on their territory. Is it a true example of universality, if the obligation to search is restricted to the own territory? Does the obligation to search imply a permission to prosecute in absentia, if the search had no result?

[343] O'KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*….p. 752: (…) the joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal is inconsistent in its use of the term 'universal jurisdiction' and seemingly unclear as to what it encompasses. This opacity, again, reflects a certain elision of prescription and enforcement, which is, in turn, a function of the judges' inattention to the moment at which the requisite prescriptive jurisdictional nexus must be present.

[344] *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal §§32-41.

[345] *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal §44: (…) However, we note that the inaccurately termed "universal jurisdiction principle" in these treaties is a principle of *obligation*, while the question in this case is whether Belgium had the right to issue and circulate the arrest warrant if it so chose. (ênfase incluída).

em que o Estado realiza tratados internacionais, visando a aplicação deste Princípio, tem-se então o surgimento de uma *obrigação internacional*, como demonstra a máxima *aut dedere aut judicare*, a qual estudaremos no Capítulo 6.

Vale ainda ressaltar que após analisar os casos *Pinochet* (Reino Unido), *Nulyarimma* (Austrália), *Polyukhovic* (Austrália), *Cvjetkovic* (Áustria), *Qaddafi* (França)[346], finalizando concluem:

> (…) O fato de que não existe uma prática estabelecida na qual os Estados exercitem a jurisdição universal propriamente dita, é inegável. Como pudemos notar, praticamente todas as legislações nacionais prevêem vínculos de alguma forma com o Estado do foro (*forum State*).[347]

Desta forma, esclarecemos o conceito de Princípio da Jurisdição Universal, a ser adotado nesta tese:

> (…) "Jurisdição Universal"…é a abreviação de jurisdição universal prescritiva, e refere-se à asserção de jurisdição para prescrever em circunstâncias nas quais nenhuma outra base de jurisdição prescritiva é aplicável à conduta impugnada *no momento em que ela é cometida*. O termo se aplica tanto se a jurisdição prescritiva é exercida *in personam* ou *in absentia*.[348]

Indubitavelmente será relevante o questionamento quanto aos meios pelo qual o Estado exerce a jurisdição prescritiva. Como poderemos notar a seguir, as fontes do Direito Internacional Público, a saber: tratados e costumes internacionais, os quais constituirão formas deste exercício.

4.2. Jurisdição Universal: critérios de classificação

Visando uma abordagem mais clara, com base nas diferentes formas de classificação da Jurisdição Universal encontrada na doutrina, apresentamos a adotada neste trabalho, traçando suas características básicas, para nos capítulos

---

[346] *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal §20.

[347] *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal §45: That there is no established practice in which States exercise universal jurisdiction, properly so called, is undeniable. As we have seen, virtually all national legislation envisages links of some sort to the forum State; and no case law exists in which pure universal jurisdiction has formed the basis of jurisdiction.

[348] O'KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*….p. 755: (…) 'Universal jurisdiction',…is shorthand for universal jurisdiction to prescribe, and refers to the assertion of jurisdiction to prescribe in circumstances where no other lawful head of prescriptive jurisdiction is applicable to the impugned conduct at the time of its commission. The term applies irrespective of whether this prescriptive jurisdiction is exercised *in personam* or *in absentia*. (ênfase incluída)

seguintes analisarmos sua aplicação pelos tribunais nacionais e internacionais, bem como pelo Tribunal Penal Internacional.

Em relação aos tribunais internacionais adotamos a perspectiva do direito convencional[349], admitindo-se o consenso dos Estados-Partes[350] (ou um determinado número de Estados) no sentido de exercício do Princípio da Universalidade. Desta forma, afastaremos a necessidade de transposição dos conceitos, haja vista se tratar de um novo pressuposto de implementação dos mecanismos jurisdicionais, a saber: a organização internacional, como sugerem alguns autores.[351]

4.2.1. A Classificação adotada por Reydams (2003)

REYDAMS (2003) identifica três posições doutrinárias, seguindo um critério cronológico/histórico. Apresentaremos esta classificação pois nos auxiliará na compreensão do objeto de estudo. Entretanto, o critério histórico para fins operacionais não se configura como adequado, pois não nos permite apreender a complexidade dos mecanismos adotados pelos Estados, no exercício da Princípio da Universalidade na sua atual fase de desenvolvimento.

As três posições doutrinárias são as seguintes:

A. Princípio da Universalidade Geral Co-operativa
B. Princípio da Universalidade Limitada Co-operativa

---

[349] BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Court. Ratification and National Implementing Legislation. Association International de Droit Penal. Explanatory Note on the ICC Statute.* INTERNATIONAL REVIEW OF PENAL LAW, vol. 71, 1er et 2ème trimestres (2000),. p. 4: (...) The ICC is a treaty-based institution which is binding only on its states parties. It is not a supra-national body, but an international body similar to other existing ones. Ver Capítulo 9. LA ROSA, Anne-Marie. *Dictionnaire de* Droit Internationational Pénal.....p. 57: (...) Instance pénale créée par des Etats agissant collectivement et ayant le pouvoir de juger les présumes auteurs de crimes relevant de sa compétence.

[350] Notar que o consenso do Estados Partes está presente na aprovação e ratificação do Estatuto de Roma para a criação do TPI, entretanto o mesmo não pode ser dito em relação aos Tribunais *ad hoc*, criados com base no exercício dos poderes conferidos no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas ao Conselho de Segurança.

[351]GALLANT, Kenneth S. *Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts.* VILLANOVA LAW REVIEW (2003). Villanova University. GALLANT, Kenneth S. *The International Criminal Court in the System of States and International Organizations.* LEIDEN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 16 (2003), pp. 553-591, p. 1: The International Criminal Court (ICC), as it begins operations, will be a pioneer in the law of international organizations. It will be the first permanent, worldwide international organization whose principal business will be the exercise of jurisdiction and control over individuals, as much as or more than states. Ver também SADAT, Leila Nadya. *Redefining Universal Jurisdiction.* NEW ENGLAND LAW REVIEW, vol. 35, pp. 241-264 (2000-2001).

C. Princípio da Universalidade Limitada Unilateral

A seguir apresentaremos em linhas gerais o que se entende por Princípio da Universalidade Geral Co-operativa (A) e Princípio da Universalidade Limitada Co-operativa (B). Quanto ao Princípio da Universalidade Limitada Unilateral, este será abordado posteriormente dada sua semelhança como umas das categorias adotadas por HENZELIN (2000), o que nos permitirá a aproximação destas.

A. O Princípio da Universalidade Geral Co-operativa

A origem deste princípio se reporta às cidades medievais italianas que, em geral, reconheciam a jurisdição penal dos tribunais do *locus delicti* e ao mesmo tempo, quando o conceito de nacionalidade não era conhecido, o lugar do domicílio do suposto autor. Na hipótese de se tratar de *vagabundi*, pessoas sem uma residência permanente, não deixava outra opção além da jurisdição dos tribunais do *locus delicti*. Para evitar-se uma possível lacuna, conferia-se excepcionalmente ao *judex deprehensionis* a jurisdição.

Posteriormente a categoria de acusados foi estendia aos *assassini*, *banniti* e *latrone*, fazendo com que a doutrina medieval italiana aceitasse a competência *judex loci deprehensionis* para categorias limitadas de criminais.

Covarruvias (REYDAMS, 2003) entendeu ser arbitrária a limitação à estas categorias, fazendo referência à lei natural comum a todas as nações, defendia a proposição de que *judex deprehensionis*, implicava um dever de punir ou extraditar todos os criminais perigosos – "*judex requisitus vel remittere tenetur; vel delinquentem ipsum punire*"[352] – originando assim a máxima famosa "extraditar ou julgar"[353].

Nos séculos XIX e XX houve uma intensa atividade de codificação nos Estados, especialmente na Europa continental e nas antigas colônias portuguesas

---

[352] D COVARRUVIAS, *Practicorum quaestiorum*, chapter 11, no 7 (*Remittere* sendo sinônimo de *dedere*, Guillaume esclarece que a paternidade da máxima *aut dedere aut judicare* (extraditar ou julgar) tem origem com Covarruvias não com Grotius como o entendimento da doutrina majoritária. In:REYDAMS, Luc. Oxford. "Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives". New York: Oxford University Press, 2003, p.28.

[353] Posteriores versões deste adágio substituem *punire* (punir) por *judicare* (julgar) ou *persequi* (processar) e *remittere* (mandar de volta) por *dedere* (entregar).

e espanholas.[354] Em nível internacional, os Estados concluíram o que se pode denominar o primeiro "tratado de direito internacional penal", ou sejam tratados multilaterais nos quais se comprometiam a reprimir as condutas que consideravam de âmbito internacional. Além disto, tem-se a adoção de outros instrumentos internacionais, como resoluções, relatórios e projetos tratando da questão da jurisdição penal.

Um dos estudos mais amplos dos princípios de jurisdição consagrados nos processos de codificação é o de Donnedieu VABRES (1928) no clássico *Les principes modernes du droit pénal internacional*. Com o objetivo de conciliar o interesse da sociedade na repressão à criminalidade de maneira eficiente de um lado, e os direitos fundamentais dos indivíduos de outro, o autor preconizava a estrita hierarquia jurisdicional para todos os crimes: (1) *judex loci delicti*; (2) *judex loci domicilii* (o lugar onde o acusado residia quando o crime foi cometido); e (3) *judex loci deprehensionis*.

Após a II Guerra Mundial o Direito Internacional Penal é intensificado como disciplina jurídica. O julgamento de Nuremberg[355] e os Princípios do Direito Internacional Penal[356] reconheceram que os indivíduos podem ser penalmente responsáveis de acordo com o Direito Internacional, causando o deslocamento do estudo dos sistemas jurídicos de direito interno, para o estudo do direito material compondo o direito internacional penal, significando a clara distinção entre crimes comuns e crimes de direito internacional.

Esta posição doutrinária, embora de grande valor para a contextualização histórica do Princípio da Jurisdição Universal, não será aprofundada neste trabalho, pois os crimes comuns não são mais atualmente passíveis de exercício da jurisdição universal, sendo sujeitos ao princípio da representação (*aut dedere aut judicare*)[357], vale ainda ressaltar o objetivo de estudar a jurisdição internacional penal, exercida pelos Estados e Tribunais Internacionais.

---

[354] REYDAMS, Luc. Oxford. "*Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*". New York: Oxford University Press, 2003.p.28.

[355] Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal sitting at Nuremberg (Germany), judgment of 1 October 1946. In: REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*….p. 34.

[356] Principles of International Criminal Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, adopted by the ILC at its second session, in 1950, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session. In: REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*….p. 34.

[357] Esta seria uma das formas de aplicação da máxima "*aut dedere aut judicare*", qual será apresentada em suas principais "formulações" nos tratados internacionais no Capítulo 6 a seguir.

Resumindo, tem-se a tentativa de aplicação do Princípio da Jurisdição Universal aos crimes comuns em razão da ausência de cristalização quanto ao crimes internacionais, paralela à necessidade de cooperação judiciária para repressão dos crimes de comuns com desdobramentos extra-territoriais.

B. O Princípio da Universalidade Limitada Co-operativa

Segundo REYDAMS (2003) o Princípio da Universalidade Limitada Co-operativa difere do Princípio da Universalidade Geral[358] pois se aplica apenas aos **crimes internacionais,** desta forma, as condutas consideradas crimes comuns, baseadas exclusivamente nas normas nacionais estão excluídas.[359] Origina-se dos escritos de *Grotius* e *Vattel*, idealizadores das normas jurídicas sobre as quais se fundamentam as soberanias européias.[360] No entanto, embora muito citados por doutrinadores e juristas em geral, como "prova" do embasamento teórico da jurisdição universal, seus escritos estão limitados a poucos parágrafos em trabalhos de direito internacional geral.

Na sua clássica obra, *De Jure Belli ac Pacis Libri Três,* GROTIUS (1625) argumenta que os crimes comuns "devem ser deixados para que os próprios Estados e seus governantes, sua punibilidade e condenação, conforme sua discricionariedade[361], deixando de lado o entendimento das cidades medievais italianas. Entretanto:

> (...) os reis …têm o direito de requerer a punição não apenas com base nos danos causados contra si mesmos ou seus súditos, mas também em razão dos danos que não os afeta diretamente, mas que excessivamente **violam as leis da natureza** ou **das nações em relação à qualquer pessoa**.[362]
>
> *(grifo nosso)*

---

[358] Ver item A.

[359] Empregamos o termo "exclusivamente", pois deve-se levar em consideração a possibilidade de que a conduta seja incriminada pela norma nacional como conseqüência da incorporação ou implementação da norma internacional.

[360] REYDAMS, Luc. Oxford. "*Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*". New York: Oxford University Press, 2003.p.35

[361] "should be left to the States themselves and their rulers, to be punished or condoned at their discretion". *In*: *The Law of War and Peace* (1925) livro II, capítulo XXI, §III, 1. (Classics of International Law, Francis W. Kelsey trans. 1925).

[362] "kings….have the right of demanding punishments not only on account of injuries committed against themselves or their subjects, but also on account of injuries which do not directly affect them but excessively violate the law of nature or of nations in regard of any persons whatsoever.". *In*: *The Law of War and Peace* (1925) livro II, capítulo XX, §XL, 1.

Para assegurar que uma pessoa acusada de violar a lei da natureza ou lei das nações, como fugitivo, fosse levado à julgamento, defendia a seguinte posição:

> (…) Como os Estados na realidade não estão acostumados a permitir que outros Estados cruzem suas fronteiras com suas forças armadas, com o propósito de exigir a punição e como tal ação é "inoportuna", segue que o Estado no qual aquele que tenha sido considerado culpado (a investigação judicial deve preceder à entrega; não é adequado "desistir daqueles que não tenham sido julgados", diz Plutarch, Romulus [vii = 21 C] (nota original).), deve fazer uma das duas coisas. Quando solicitado deve ou punir o culpado como ele merece, ou confiá-lo à discricionariedade da parte que realizou a solicitação.[363]

REYDAMS (2003) ressalta que o Estado de custódia tem a obrigação de extraditar ou punir. Esta obrigação nasce apenas na medida em que, outro Estado solicita a entrega e a pessoa é considerada culpada pelos tribunais do Estado de custódia.

VATTEL (1758) seguiu a linha de *Grotius* em seu trabalho *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*[364]. Como regra, apenas o Estado do território é competente "pois, a natureza não confere ao homem ou às nações qualquer direito de impor punição , exceto para sua própria defesa e segurança….; conseqüentemente segue que não podemos punir ninguém além daqueles que nos tenham lesado"[365]. Entretanto:

> (….) Devemos fazer uma exceção à esta regra, aos vilões, os quais, por natureza e habitualidade de seus crimes, violam a segurança pública e se declaram os inimigos da raça humana (*ennemis du Genre-humain*). Envenenadores, assassinos e incendiários profissionais podem ser exterminados onde se encontrem, pois atacam e lesam todas as nações, ao colocarem por terra os fundamentos de segurança comum. Assim, os piratas são mandados para a forca

---

[363] (…)Since as matter of fact States are not accustomed to permit other States to cross their borders with an armed force for the purpose of exacting punishment, and since such a course is inexpedient, it follows that the State in which he who has been found guilty (For the judicial investigation should precede the surrender; it is not fitting 'to give up those who have not been tried', says Plutarch, Romulus [vii = 21 C] (original note).) dwells ought to do one of two things. When appealed to it should either punish the guilty person as he deserves, or it should entrust him to the discretion of the party making the appeal. In: *The Law of War and Peace* (1925) livro II, capítulo XXI, §IV, 1.

[364] Translated by J Chitty, The Law of Nations or Principles of Natural Law Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns (1839). *In:* REYDAMS, Luc. Oxford. "*Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*"…...p.36.

[365] Book I, Chapter XIX, para 232: (…) If an exiled or banished man has been driven from his country for any crime, it does not belong to the nation in which he has taken refuge to punish him for the fault committed in a foreign country. For, nature does not give to men or to nations any right to inflict punishment, except for their own defence and safety (§ 169); whence it follows that we cannot punish any but those by whom we have been injured.

> pelos primeiros que sobre eles coloquem as mãos. Se a soberania do país, em cujo território crimes desta natureza foram cometidos, solicitarem os criminosos para que sejam punidos, eles devem ser entregues, na condição de pessoa mais interessada em puni-los de maneira exemplar.[366]

As idéias acima indubitavelmente advogam pelas noções do Princípio da Jurisdição Universal, especialmente dando ensejo à aplicação da máxima *aut dedere aut judicare*, o que acentua mais uma obrigação *negativa*: não dar asilo a um fugitivo do que de um direito *positivo*[367] de exercício da jurisdição universal. Entretanto, as noções são complementares, pois a máxima passaria a se configurar como uma obrigação mínima necessária de aplicação do Princípio, exatamente por constituir uma obrigação negativa, do tipo *erga omnes*, aplicável à conduta do Estado para fins de repressão do crimes internacionais.

Os direitos e obrigações criados são portanto bilaterais, entre o Estado de custódia e o Estado diretamente vinculado ao crime. Os escritos de *Grotius* e *Vattel* não admitem o direito de um terceiro Estado de punir um acusado. Como esclarece Covarruvias, *aut dedere aut judicare* se aplica ao dever do *judex loci deprehensionis* de extraditar ou processar[368].

4.2.2. A Classificação adotada por Henzelin (2000)

HENZELIN (2000) também identifica três posições doutrinárias, segundo o critério da soberania e do consentimento estatal como expressão a vontade soberana do Estado, a saber:

A. Princípio da Universalidade Unilateral
B. Princípio da Universalidade Delegada
C. Princípio da Universalidade Absoluta

---

[366] Book I, Chapter XIX, para 233: (…) [We] ought to except form this rule those villains, who, by the natures and habitual frequency of their crimes, violate all public security, and declare themselves the enemies of the human race (emmemis du Genre-humain). Poisoners, assassins, and incendiaries by profession may be exterminated wherever they are seized; for they attack and injure all nations, by trampling underfoot the foundations of their common safety. Thus, pirates are sent to the gibbet by the first into whose hands they fall. If the sovereign of the country where the crimes of that nature have been committed, reclaims the perpetrators of them, in order to bring them to punishment, they ought to be surrendered to him, as being the person who is principally interested in punishing them in an exemplary manner.

[367] Notar que o termo aqui não é empregado com a conotação positivista (positivismo jurídico), trata-se apenas do oposto da *negação*, que estabelece uma obrigação de não fazer.

[368] REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*…p. 37

A. Princípio da Universalidade Unilateral

Certos Estados determinam sua jurisdição penal em relação a certo crime sem que exista qualquer base jurisdicional (territorialidade, nacionalidade do autor ou da vítima, proteção do Estado), sem que o julgamento do autor tenha lhe sido delegado por um outro Estado competente conforme os nexos jurisdicionais ordinários e **sem que este julgamento proceda de uma lógica de delegação (real ou fictícia) por parte de comunidade internacional.**

Propõe dois modelos que simbolizam esta tendência "unilateralista": o modelo da universalidade do lucro (*modèle de l'universalité du profit*) e o modelo da soberania voluntarista (*modèle de la souveraineté volontariste*).

Como exemplo do modelo da universalidade do lucro aponta o feudalismo, no qual entre os séculos IX e XIV, com o declínio do Império Romano, a jurisdição passa a ser definida pela influência de vários povos, de acordo com seus próprios interesses sem qualquer forma de coordenação entre estes.

Com relação ao modelo da soberania voluntarista, emprega o exemplo do século XIX, marcado por doutrinas de voluntarismo extremo, na linha de *Hobbes*, *Bodin*, *Spinoza* e *Hegel*.[369] Este modelo culmina com a Teoria da Auto-limitação (*Georg Jellinek*), fazendo parte do quadro das Teorias Voluntaristas, o qual dada sua importância, como fundamento do direito internacional, ao lado das Teorias Objetivistas, torna oportuno trazermos o entendimento do Professor Celso Albuquerque MELLO (2001):

> (…) O voluntarismo é formado por aquelas doutrinas que defendem estar o fundamento do DI (direito internacional) na vontade dos Estados, enquanto o objetivismo pressupõe a existência de uma "norma" ou de um "princípio" acima dos Estados.
>
> Entre as teorias voluntaristas estão: a da autolimitação; a da vontade coletiva; a do consentimento das nações e a da "delegação do direito interno". Entre as teorias objetivistas estão a da: norma-base; teoria dos direitos fundamentais; teoria sociológica; a "pacta sunt servanda", direito natural e as teorias italianas modernas.
> Teoria da autolimitação – Esta teoria teve sua formulação definitiva dada por Georg Jellinek, que afirmou não poder um Estado soberano se encontrar submetido a uma vontade que não fosse a sua própria, que era absoluta. Todavia, esta vontade impunha a si mesma o dever de respeitar o direito por ela

---

[369] HENZELIN, Marc. "*Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International, Droit el obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*". Helbing&Lichtenhahn. Faculté de Droit de Genève Bruylant, 2000, p.65: (...) Pour la doctrine souveranéiste et volontariste extrême, dans la lignée de Hobbes, Bodin, Spinoza et Hegel.

> estabelecido. O DI (direito internacional) se fundamentaria na autolimitação do Estado que não poderia se "deslimitar". O DI (direito internacional) se fundamentaria na vontade estatal. O Estado seria um Estado de direito e a sua soberania deve ser compreendida como sendo a faculdade de se autolimitar.
>
> Esta teoria é contraditória, porque, se o DI (direito internacional) só existe em virtude da autolimitação estatal, isto é, em virtude da vontade do Estado soberano absoluto, ele poderia se deslimitar. Se isto não ocorre, é que existe algum princípio superior ao Estado impedindo isto. Podemos acrescentar a crítica de Aguilar Navarro: "um Direito que só obriga a vontade do interessado não pode pretender ser considerado como tal".[370]

Esta abordagem se baseia na visão jurisdicional em função da natureza do Estado e do direito internacional. Henzelin (2000), entende que a noção atual de soberania e de Estado oferecem a fundamentação necessária às bases jurisdicionais: princípio da territorialidade, da nacionalidade, da personalidade passiva e da proteção. No entanto, o Princípio da Universalidade Unilateral não pode ser deduzido desta mesma maneira, ou seja partindo das mesmas premissas, fazendo com que este após um longa análise das relações inter-estatais e entre Estados e Tribunais Internacionais, seja afastado primordialmente em razão do princípio da não-ingerência (*principe de non-ingérence*)[371]

Como poderemos demonstrar por meio da análise da prática dos Estados, através de sua jurisprudência, bem como tribunais internacionais, o Princípio da Universalidade Unilateral não tem sido aplicado, razão pela qual, deixa de ser objeto da nossa análise, permanecendo, entretanto, sua importância para fins da fundamentação das obrigações internacionais e o direito internacional em geral.

Para a abordagem defendida nesta pesquisa o **Princípio da Universalidade pressupõe uma lógica de delegação (real ou fictícia) necessariamente por parte da comunidade internacional.**

B. Princípio da Universalidade Delegada

Segundo a classificação adotada por HENZELIN (2000), este princípio seria uma decorrência da necessidade de organização da sociedade

---

[370] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*….p. 136-137.

[371] HENZELIN, Marc. "*Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International, Droit el obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*". Helbing&Lichtenhahn. Faculté de Droit de Genève Bruylant, 2000, p. 448: (…)Nous avons récusé l'unilatéralisme parce que, en mettant l'accent prioritairement sur l'Etat pris individuellement, il confronte dans les faits, si ce n'est forcément en droit un ordre fondé sur la théorie de la puissance et fait généralement fi d'un ordre international basé sur le principe de non-ingérence.

internacional, a qual preferimos entender como **coordenação do exercício das jurisdições estatais**. Em razão desta, os Estados celebram Convenções Internacionais que incorporam o Princípio da Universalidade, em geral consubstanciada na alternativa *aut dedere aut judicare*, que HENZELIN denomina *aut dedere aut prosequi*[372].

Cada Estado pode em princípio, segundo a Teoria das Competências (KELSEN:1920), ao renunciar convencionalmente ou unilateralmente no todo ou em parte sua soberania, cedendo ou delegando no todo ou em parte a um outro Estado.[373]

Denomina-se *cessão de competência judiciária* (*cession de compétence judiciaire*), a hipótese em que o Estado cedente transfere pura e simplesmente ao Estado cessionário seus próprios poderes de julgar. Denomina-se *delegação de competência judiciária a um outro Estado* (*délégation de compétence judiciaire à un autre Etat*), a hipótese em que o Estado delegante demanda expressamente ou tacitamente ao Estado delegado que exerça em seu território seus próprios poderes jurisdicionais.[374]

A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) é um exemplo clássico de renúncia ao exercício de certas competências judiciárias[375] ao estabelecer em seu artigo 31: "O agente diplomático gozará da imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa"[376]

A renúncia expressa de um direito de processar e julgar, a cessão ou delegação deste direito são freqüentemente incorporadas em tratados, bilaterais ou multilaterais, fazendo com que certos tratados determinem expressamente o Estado competente para processar e julgar certos crimes.

Os tratados podem abranger exclusivamente questões de competência/jurisdição e do direito aplicável, como a Convenção de Direito

---

[372] HENZELIN, Marc. "*Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International, Droit el obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*"…p.239

[373] VERZIJL (1968), vol. I, p. 263 *In*: HENZELIN, Marc. "*Le Principe de L'Universalité*….p. 240.

[374] Ver a distinção feita por VERDROSS (1929), 374-377, entre a *cession stricto sensu* de uma competência e a *cession d'administration*. In: HENZELIN, Marc. *Le Principe de L'Universalité*….p. 240.

[375] Dentro da idéia de tripartição da jurisdição sob o ângulo internacional, o tema das imunidades requer maior aprofundamento, o que pode estar fora do âmbito deste trabalho não será realizado.

[376] Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, celebrada em Viena em 18.04.1961, aprovada pelo Decreto Legislativo 103, de 18.11.1964, e promulgada pelo Decreto 56.435, de 08.06.1965. Depósito do instrumento brasileiro de ratificação na ONU em 25.03.1965. Entrada em vigor, para o Brasil, em 24.04.1965.). *Coletânea de Direito Internacional*, p. 155-164.

Internacional Privado (1928)[377] que disciplina os conflitos positivos de competência/jurisdição[378], da seguinte maneira:

> (...) **Artigo 302**
> Quando os atos de que se compõe um delito se realizem em Estados contratantes diversos, cada Estado pode castigar o ato realizado no seu país, se ele constituir, por si só, um ato punível.
>
> Em caso contrário, dar-se-á preferência ao direito da soberania local em que o delito se tiver consumado.[379]

Ela prevê a aplicação dos princípios da territorialidade, da personalidade ativa (nacionalidade) e da residência, e de certa forma, da personalidade passiva, mas também o *judex deprehensionis* para certas infrações:

> (...) **Artigo 308**
> A pirataria, o tráfico de negros e o comércio de escravos, o tráfico de mulheres brancas, a destruição ou deterioração de cabos submarinos e os demais delitos da mesma índole, contra o direito internacional, cometidos no alto-mar, no ar livre e em territórios não organizados ainda em Estados, serão punidos pelo captor, de acordo com as suas leis penais[380].

Restará a questão relativa à aplicação aos terceiros Estados[381], devendo ser observada a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a qual dispõe:

> (...) **Artigo 36**
> Um direito nasce para um terceiro Estado de uma disposição de um tratado se as partes nesse tratado tiverem a intenção de conferir por meio desta disposição, esse direito, quer a um terceiro Estado, quer a um grupo de Estados a que pertença, quer a todos os Estados, e se esse terceiro Estado nisso consentir. Presume-se o consentimento até indicação em contrário, a menos que o tratado disponha diversamente.
>
> Um Estado que exerce um direito, nos termos do parágrafo 1, deve respeitar, para o exercício desse direito, as condições previstas no tratado ou estabelecidas de acordo com as suas disposições.[382]

---

[377] Reproduzida em DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado. Vade-Mécum*. Edição Universitária. 2ª ed. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2002. p. 167-214.
[378] Empregamos os dois termos em razão de ambos serem encontrados na doutrina e no direito aplicável, no entanto, como já descrito, preferimos a denominação jurisdição seguindo a Teoria Geral do Processo.
[379] DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado. Vade-Mécum*. .....p. 199.
[380] DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado. Vade-Mécum*..... p. 200.
[381] Questão importante em relação aos efeitos perante terceiros Estados quanto ao *aut dedere aut judicare*, o qual trará implicações maiores para o caso específico do Estatuto do TPI, a ser enfocado no Capítulo 10.
[382] RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*..... p.334.

4.2.3. O Princípio da Universalidade Limitada Unilateral (Reydams: 2003)/ Princípio da Universalidade Absoluta (Henzelin: 2000) – Jurisdição Universal Originária.

O Princípio da Universalidade Limitada Unilateral definida no trabalho de REYDAMS (2003) seria o último estágio desta evolução. Para evitar confusão entre as terminologias empregaremos a expressão sugerida por HENZELIN (2000), em detrimento da de REYDAMS (2003), portanto doravante denominada Princípio da Universalidade *Absoluta*, não requer qualquer vínculo com o Estado *forum*. O único critério é o caráter internacional legal da ofensa. A jurisdição é verdadeiramente "universal" pois qualquer Estado pode unilateralmente iniciar uma investigação, até mesmo *in absentia*[383], sendo a hipótese de extradição do suspeito perfeitamente aceitável para assegurar o julgamento.

HENZELIN (2000) esclarece que de acordo com a lógica da universalidade *delegada*, na hipótese de desacordo, haverá a presunção de que o Estado competente concordou em delegar sua competência. Com base na doutrina da universalidade *absoluta*, a aceitação de um crime de direito internacional implica por conseqüência, uma presunção de que este possa ser julgado e processado conforme o Princípio da Universalidade.[384] Portanto, a diferença estaria no **pressuposto de atuação**, no primeiro caso a **delegação** e no segundo a **aceitação** (como parte do consenso) de um crime como de direito internacional.

Por esta razão optamos por aproximar as duas abordagens, a saber de REYDAMS (2003) e HENZELIN (2000), especificamente em relação a esta fundamentação do Princípio da Universalidade, pois ambas partem do **conceito de crimes internacionais**, como fundamento para o exercício da jurisdição do Estado, os quais dispensam a existência de qualquer outra base jurisdicional.

Haveria uma **obrigação** do Estado de custódia de processar ou extraditar (*aut dedere aut judicare*), paralelo ao **direito** de qualquer Estado de processar e julgar, o qual configuraria a hipótese de Princípio da Universalidade

---

[383] O autor a entende como uma categoria, embora tenhamos posicionamento diverso conforme demonstrado previamente, no Capítulo 4 (4.1.2).
[384] HENZELIN, Marc. *Le Principe de L'Universalité*……. p.381.

Delegada, mas passaria ao Princípio da Universalidade *Absoluta*, na medida em que, para alguns autores, tornar-se-ia um **dever de todos os Estados**, por se aplicar a um crime internacional. Este aspecto teremos de analisar de maneira mais cautelosa, pois parece-nos haver um risco de instabilidade, na medida em que Estados passem a atuar como "agentes" da humanidade, exercendo o "dever de processar e punir", muitas vezes concretizando um ideal político meramente.

Entendemos que esta aplicação do Princípio da Jurisdição Universal adequa-se e ao entendimento de RANDALL (1987, 1988):

> (…) Este princípio confere a cada Estado a jurisdição sobre uma determinada categoria de crimes, em geral, reconhecidos como de preocupação universal, independentemente de seu *situs* ou da nacionalidade do ofensor ou do ofendido[385].

Além disto, confirma a classificação proposta para o "elementos de conexão" inicialmente, segundo a qual estes estariam subdividos em *bases jurisdicionais* e *incriminação internacional*. O Princípio da Jurisdição Universal, decorre deste último grupo:

> (…) Enquanto os demais nexos jurisdicionais demandam conexões diretas entre os Estados julgadores e o crime, o princípio da universalidade admite que cada estado tem um interesse em exercitar a jurisdição para combater os crimes graves, que os Estados condenam[386].

RANDALL (1987, 1988) introduz ainda os conceitos de obrigações *erga omnes* e de normas *jus cogens* aplicados à responsabilidade individual criminal, com base no direito internacional e na jurisdição universal:

> (…) Violações de obrigações *erga omnes* e de normas *jus cogens* atingem todos os Estados, tanto cometidas por atores estatais quanto indivíduos. Na realidade, a jurisdição doméstica sobre estas violações pode ter como fundamentação o caso *dictum Barcelona Traction*, o qual, embora impreciso, pode servir de base para

---

[385] RANDALL, Kenneth C. *Universal Jurisdiction Under International Law*. 66 Texas Law Review. 785 (1987-1988), 785-841, p. 788 citando SCHACHTER, O. *International Law in Theory and Practice*, 1985, 262: (…)This principle provides every state with jurisdiction over a limited category of offences generally recognized as of universal concern, regardless of the situs of the offense and the nationalities of the offender and the offended.

[386] RANDALL, Kenneth C. *Universal Jurisdiction Under International Law*. 66 Texas Law Review. 785 (1987-1988), 785-841, p. 788 citando HENKIN, L. PUGH, R. SCHACHTER, O. e SMIT, H. *International Law*. 2ª ed, 1987: (…) While the other jurisdictional bases demand direct connections between the prosecuting state and the offense, the universality principle assumes that every state has an interest in exercising jurisdictions to combat egregious offenses that States universally have condemned.

> uma *actio popularis*, capacitando qualquer Estado a vincular direitos comuns a todos. Se tal *dictum* fundamenta remédios judiciais contra ofensores individualmente tomados, complementa o princípio da universalidade. Desta forma, as doutrinas *erga omnes* e *jus cogens* estruturam a jurisdição universal dos Estados.[387]

Interessante retomarmos a aplicação das noções de *jus cogens* aplicada aos crimes internacionais, desenvolvido no Capítulo 2, paralelamente à existência de obrigações *erga omnes* impostas aos Estados. Assim o Princípio da Universalidade as complementariam, tornando-as operacionais, quando aplicadas ao Direito Internacional Penal. Acreditamos ser necessária cautela, entretanto, ao realizar tal aproximação.

Convém ressaltar que o uso do *dictum* do caso *Barcelona Traction*, tem sido criticado por renomados juristas, como Rosalyn HIGGINS (1987, 1988):

> (…) Este *dictum* da Corte é freqüentemente utilizado de maneira incorreta como mais autoritativo do que pode ser sustentado. Entende-se que ele fornece subsídios para uma aplicação contemporânea do princípio da universalidade da jurisdição como se a Corte estivesse afirmando a jurisdição universal em relação a cada uma destas violações. Claro que a **Corte não estava fazendo nada deste tipo. Este *dictum* não foi elaborado no contexto da afirmativa da jurisdição mas sim, do exame relativo ao direito aplicável à proteção diplomática**. Em geral, faz-se necessário que o Estado, antes de dar início à uma demanda internacional, demonstre que o Estado réu tenha quebrado uma obrigação em relação ao Estado autor sob o ponto de vista de seus nacionais. **Apenas a parte em face da qual a obrigação internacional se aplica pode trazer uma reclamação da sua violação**[388]. A Corte estava apenas sugerindo que, relativamente à estas ofensas, os requisitos restritivos do princípio da nacionalidade da demanda não se aplicariam.

---

[387] RANDALL, Kenneth C. *Universal Jurisdiction Under International Law*. 66 Texas Law Review. 785 (1987-1988), 785- 841: (…)Violations of obligations *erga omnes* and *jus cogens* norms offend all States, whether committed by State actors or individuals. Indeed, domestic jurisdiction over those violations may draw support from the *Barcelona Traction* case dictum, which, although not without ambiguity, may support a type of *actio popularis*, enabling any State to vindicate rights common to all. If that dictum supports judicial remedies against State offenders, it logically supports judicial remedies against individual offenders, thus complementing the universality principle. In this way, the *erga omnes* and *jus cogens* doctrines may buttress the universal jurisdiction of all States.

[388] Ver *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports (1949) 174, 181-2, citação feita por HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. …….. p. 57.

> Além disto, o princípio da nacionalidade da demanda aplica-se à representação diplomática em demandas cíveis. O princípio da universalidade, ao contrário, aplica-se à jurisdição penal.[389]
>
> *(grifo nosso)*

Esta abordagem conferida ao Princípio da Jurisdição Universal, por meio do denominado Princípio da Universalidade Absoluta, para ser compatível com o posicionamento da Corte Distrital de Israel no caso *Eichmann*[390]. O tribunal ao pronunciar-se sobre a lei aplicável ao caso, a saber *Nazi and Nazi Collaborators (Punishment) Law*, entendeu que esta atendia aos princípios do direito internacional definindo a jurisdição penal dos Estados, pois os crimes eram universais e especificamente destinados a exterminar o povo judeu, de forma que Israel poderia exercer tanto o princípio da jurisdição universal, quanto a da personalidade passiva, quanto da proteção.[391]

Os crimes definidos na Lei estavam definidos em acordos internacionais: o "crime contra o povo judeu" seguia a definição do crime de genocídio na Convenção sobre o Crime de Genocídio, os "crimes contra a humanidade" e os "crimes de guerra" seguiam a definição proposta do Estatuto de Tribunal Militar e na *Control Council* Nº 10.[392]

---

[389] HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*….. p. 57: (…)This dictum of the Court is often incorrectly used as authoritative for more than it can sustain. It is spoken of as if it provides guidance for the contemporary application of the principle of universality of jurisdiction – as if the Court was affirming universal jurisdiction in respect of each of these offences. Of course, the Court was doing nothing of the kind. Its dictum was made in the context not of the assertion of jurisdiction but of an examination of the law relating to diplomatic protection. Usually, it is necessary for a state, before bringing an international claim, to show that the defendant state has broken an obligation towards the claimant state in respect of its nationals. Only the party to whom the international obligation is due can bring a claim in respect of its breach. The Court was suggesting that, in respect of these offences, the restrictive requirements of the nationality-of-claims principle would not apply.
Further, the nationality-of-claims rule concerns diplomatic representation in civil claims…The universality principle, by contrast, is concerned with the application of criminal jurisdiction.

[390] *Attorney General of the Government of Israel* v. *Adolf Eichmann. Israel, District Court of Jerusalem*. December 12, 1961. Supreme Court (sitting as a Court of Criminal Appeal). May 29, 1962. Reproduzido em INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.

[391] The District Court - *Criminal jurisdiction in international law* – The court went on to affirm that the Nazi and Nazi Collaborators (Punishment) Law conformed to the principles of international law defining the criminal jurisdiction of States: the crimes were both universal in character and specifically intended to exterminate the Jewish people, so that Israel might assume jurisdiction under both the universality and the passive personality and protective principles. Reproduzido em INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.

[392] The District Court - The crimes defined in the Law were patterned on crimes defined by international agreements: the "crime against the Jewish people" followed the definition of the crime of genocide in the Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide adopted by the United Nations General Assembly on December 9, 1948; "crimes against humanity" and "war crimes" followed the definitions of those crimes in the Charter of the International Military Tribunal and in

O tribunal cita a Opinião da CIJ a respeito da Convenção sobre o Genocídio:

> (...) os princípios nos quais se baseiam as Convenções são princípios reconhecidos pelas nações civilizadas como **obrigatórios aos Estados**, mesmo na ausência de obrigações convencionais", acrescentando ainda que as Convenções eram de "escopo universal".
>
> *(grifo nosso)*

Assim, o tribunal afirma que não há dúvida de que o genocídio era reconhecido como crime do direito internacional, *ex tunc*, e portanto, sujeito à jurisdição universal. Embora o artigo 6º expressamente determinasse que a jurisdição seria tanto do Estado em cujo território o crime foi cometido ou de um tribunal internacional, não excluiria a jurisdição universal. A Convenção teria dois aspectos: a confirmação de certos princípios como regras do direito internacional costumeiro e a determinação de obrigações convencionais entre as partes para os eventos futuros. O artigo 6º estabelecia um **mínimo compulsório (*compulsory minimum*), o qual não afetaria a jurisdição existente conforme o direito internacional costumeiro.**[393]

Transcrevemos o entendimento da Corte Distrital:

> (…) Os detestáveis crimes definidos nesta Lei não são crimes conforme a legislação do Estado de Israel apenas. Estes crimes, os quais golpeiam toda da humanidade e chocam a consciência das nações, são graves violações à lei das nações em si mesma (*delicta juris gentium*). Assim, afasta-se a possibilidade do direito internacional negando ou limitando a jurisdição dos Estados com relação a estes crimes, o direito internacional, na **ausência de uma Corte Internacional**, precisa de órgãos judiciais e legislativos de todos os países para

---

Control Council Law No. 10; the offence of "membership of an enemy organization" followed Control Council Law No. 10 and the definition given by the International Military Tribunal. Reproduzido em INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.

[393] The District Court - The Court quoted from the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Genocide Convention [1. Reservations to the Convention on Genocide: I.C.J. Reports, 1951, p. 15; International Law Reports, 18 (1951), p. 364, at p.370] that "the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation" and the the Convention was intended to be "universal in scope" [2. ibid, at p. 370]. There was therefore no doubt that genocide was recognized as a crime under international law, ex tunc, and therefore jurisdiction over it was universal. Although Article 6 expressly assigned jurisdiction either to the State on whose territory the crime was committed or to an international tribunal, it did not exclude universal jurisdiction. The Convention had two aspects: the confirmation of certain principles as established rules of customary international law; and the determination of conventional obligations between the parties for the future. Article 6 established a compulsory minimum, which did not affect the existing jurisdiction of States under customary international law. Reproduzido em INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.

> tutelar as proibições criminais e trazer os criminais a julgamento. A jurisdição para julgar crimes com base no direito internacional é *universal*.[394]

De acordo com REYDAMS (2000), o Princípio da Universalidade Limitada Unilateral, para nós Princípio da Universalidade *Absoluta*, também traz questões de compatibilidade com o Tribunal Penal Internacional, haja vista inicialmente a noção de universalidade ser um substituto para a ausência de um tribunal penal internacional, a qual com o estabelecimento deste Tribunal, parece ilógico aplicá-lo desta forma, especialmente atribuindo poderes mais amplos aos Estados, em detrimento de um Tribunal Internacional, constituído por um tratado internacional. Este posicionamento parece advogar em detrimento da Jurisdição Universal, como **dever** estatal, entretanto, deixaremos este enfoque para a Parte III desta tese, na qual trataremos dos mecanismos jurisdicionais aplicáveis ao Tribunal Penal Internacional.

Passando para a análise dos documentos internacionais, destaca-se o projeto da Resolução 1993 sobre a Jurisdição Extraterritorial dos Estados do Instituto de Direito Internacional (*Draft Resolution on the Extraterritorial Jurisdiction of States by the Institute of International Law*), o qual conforme pode-se notar em seu artigo 8º, prevê o Princípio da Universalidade *Absoluta*, entendido como um direito do Estado. A seguir o transcrevemos:

> (…) Com base no princípio da universalidade, **a jurisdição pode ser exercida** com a finalidade de proteger certos interesses da comunidade internacional como um todo;
>
> A jurisdição com base no princípio da universalidade se estende às pessoas independentemente da nacionalidade destas e do lugar no qual os atos tenham sido cometidos;
>
> O princípio da universalidade deve se aplicar às ofensas conforme definidas pelo direito internacional convencional e consuetudinário, como a pirataria, o seqüestro de aeronaves, o terrorismo e o tráfico de entorpecentes;

---

[394] The District Court - 12. The abhorrent crimes defined in this Law are not crimes under Israel law alone. These crimes, which struck at the whole of mankind and shocked the conscience of nations, are grave offences against the law of nations itself (*delicta juris getium*). Therefore, so far from international law negating or limiting the jurisdiction of countries with respect to such crimes, international law is, in the absence of an International Court, in need of the judicial and legislative organs of every country to give effect to its criminal interdictions and to bring the criminals to trial. The jurisdiction to try crimes under international law is *universal*. Reproduzido em INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.

> A jurisdição com base no parágrafo anterior **pode ser exercida** independentemente da assinatura ou ratificação de qualquer convenção internacional pelo Estado da nacionalidade do acusado.[395]
>
> *(grifo nosso)*

Ao dispositivo anterior soma-se ainda, o artigo 4º, o qual prevê a "racionalidade da medida" e o "princípio da não-ingerência":

> (…) A jurisdição extraterritorial, qualquer que seja o motivo específico pelo qual é requerida, deve ser exercida razoavelmente, balanceando os interesses dos Estados envolvidos;
>
> Nada na presente Resolução deve ser elaborado com a finalidade de permitir que um Estado interfira nos assuntos internos dos outros Estados.[396]

O *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*[397] promulgado pelo *American Law Institute* em 1987 claramente influenciou o Instituto de Direito Internacional (Institute of International Law) na preparação do Projeto da Resolução. As seções 404 e 423 do *Restatement* reconhecem que o direito internacional permite que qualquer Estado aplique suas leis para punir "certas ofensas reconhecidas pela comunidade das nações como preocupações universais, sem fazer qualquer referência à localização do acusado"[398].

4.2.4. Critica às classificações adotadas

As categorias anteriormente analisadas nos permitem chegar às seguintes conclusões, quanto à sua aplicação prática:

---

[395] (…)1. Under the principles of universality, jurisdiction may be exercised in order to protect certain interests of the international community as a whole. 2. Jurisdiction under the principle of universality extends to persons regardless of their nationality and the place where they committed their acts. 3. The principle of universality shall apply to offences as defined under conventional and customary international law, such as piracy, the hijacking of aircraft, terrorism, and the trade of narcotics. 4. Jurisdiction under the previous paragraph may be exercised irrespective of signature or ratification of any international convention by the State of the nationality of the accused. Reprinted in (1993) 65 Ybk Institute Int'l, II, 174. *In*: REYDAMS, Luc. Oxford. "*Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*". ……..p.41.

[396] (…)1. Extraterritorial jurisdiction, whatever the specific title under which it is claimed, shall be exercised reasonably, while balancing the interests of the State concerned. 2. Nothing in this Resolution is to be construed as an entitlement for one State to interfere with the internal affairs of other States. *In*: REYDAMS, Luc. Oxford. "*Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*". …...p.41

[397] American Law Institute, *Restatement of the Law (Third)*, *The Foreign Relations Law of the United States* (1987). *In*: REYDAMS, Luc. Oxford. "*Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*". ……p.41, a seguir denominado *Restatemen*t.

[398] "certain offenses recognized by the community of nations as of universal concern."

1. A classificação proposta por *Reydams*, ao observar um critério cronológico, embora elucidativo sob o ponto de vista evolutivo do instituto da jurisdição universal, não oferece critérios passíveis de aplicação direta, salvo o último estágio, a saber Princípio da Universalidade Limitada Unilateral;

2. A classificação de *Henzelin*, ao partir do critério da soberania e do consentimento estatal como expressão da vontade soberana do Estado, oferece um mecanismo que nos permite esclarecer pontos de obscuridade na doutrina da jurisdição universal, como a seguir demonstrado. Para esta concepção, a distinção entre as categorias se basearia na fundamentação do exercício da Jurisdição Universal, o que conseqüentemente repercute na coordenação do exercício das jurisdições penais estatais, bem como dos tribunais internacionais.

De qualquer forma, independentemente do critério aplicado pode-se afirmar que:

[1] um exercício de jurisdição por qualquer Estado além da jurisdição territorial viola *prima facie* o princípio de não- ingerência;

[2] o Estado *forum* deve assim estar preparado para demonstrar que os procedimentos, são, no entanto, justificados com base em algum dos princípios da jurisdição (*elementos de conexão*);

[3] o Princípio da Universalidade permite, teoricamente, que qualquer Estado puna "crimes internacionais"[399].

Na prática, toda forma de jurisdição extraterritorial deve ser exercida razoavelmente e sem ingerência nos assuntos internos dos outros Estados.

REYDAMS (2003) finaliza sua abordagem, acerca do Princípio da Universalidade Limitada Unilateral, com a conclusão de que se tratam de três diferentes conceitos, a saber:

1. jurisdição secundária ou subsidiária do Estado de custódia sobre todas as ofensas se a extradição do suspeito é impraticável;

2. a jurisdição, tanto primária quanto subsidiária do Estado de custódia sobre os crimes internacionais apenas;

3. o direito primário de qualquer Estado de julgar ofensas internacionais, sem qualquer importância da localização do acusado.

---

[399] 'universal offenses', termo empregado pelo American Law Institute no § 423 do Restatement (Third) of the Foreign Relations of the United States.

Para a presente tese o Princípio da Jurisdição Universal a ser analisado conforme a prática dos Estados (Capítulo 5) e direito convencional (Capítulo 6), tem como fundamentação o **Princípio da Universalidade Absoluta**. Este se apresenta na forma de direito primário de qualquer Estado de julgar ofensas internacionais, independentemente da localização do acusado, bem como a jurisdição secundária, que preferimos denominar *derivada*, baseada no direito convencional ou consuetudinário que impõe ao Estado uma obrigação, em geral na forma *aut dedere aut judicare*.

Ao fim desta abordagem percebe-se haver uma certa ambigüidade no tratamento do Princípio da Jurisdição Universal e para fixar com clareza nosso objeto chamamos atenção para os seguintes pontos:

[1] Jurisdição Universal, provém da *incriminação internacional*, a qual por meio de uma delegação (real ou fictícia) da comunidade internacional confere aos Estados o direito de processar e punir crimes do direito internacional;

[2] Por conseqüência a Jurisdição Universal de *per se* é o denominado "Princípio da Universalidade *Absoluta*". Esta estabelece o "elemento de conexão" a ser adotado pelo Estado em sua legislação penal, exercido portanto de maneira **originária**.

[3] O "Princípio da Universalidade *Delegada*", nada mais é do que a o exercício da Jurisdição Universal por meio convencional, buscando uma coordenação do exercício das jurisdições estatais, exercido portanto de maneira *derivada*, e que consideramos como parte do "Princípio da Universalidade *Absoluta*" tomada em seu *lato sensu*.

Com base nos pontos acima apresentamos, restam como questões fundamentais:

a. O Princípio da Jurisdição Universal *originária*, configura-se como um direito ou como um dever dos Estados?
b. O Princípio da Jurisdição Universalidade *derivada*, configura-se como um dever do Estado de aplicação da máxima *aut dedere aut judicare*?
c. Admitindo-se que o Princípio da Jurisdição Universal *derivada*, configure um dever do Estado, este poderia ser baseado no direito consuetudinário?

d. Com a entrada em vigor do Estatuto de Roma existe alguma modificação neste quadro?

As respostas à estas perguntas, parece-nos ser de extrema importância para o coordenação das jurisdições penais estatais, bem como do Tribunal Penal Internacional. Por esta razão, haja vista nosso objetivo de delinear os parâmetros do exercício da Jurisdição Universal, abordamos estas questões investigando a prática dos Estados e o direito convencional. Tendo-se traçado este quadro inicial acreditamos ser possível analisar o quadro *pós*-Estatuto de Roma.

5. Os Tribunais Nacionais na aplicação do Princípio da Jurisdição Universal

O presente capítulo objetiva analisar a prática dos Estados na aplicação do Princípio da Jurisdição Universal, haja vista esta constituir uma das fontes do Direito Internacional e conseqüentemente do Direito Internacional Penal, como tratamos no Capítulo 1 – 2.6 O Papel das Decisões Judiciais.

Busca-se além disto, uma melhor compreensão dos mecanismos utilizados pelos Estados na repressão aos crimes internacionais, possibilitando-se assim, traçar os principais parâmetros quanto à prática dos Estados em relação à Jurisdição Universal.

5.1. AUSTRÁLIA

5.1.1. Panorama da Legislação Penal

A jurisdição penal é baseada no princípio de *common law* de que "todo crime é local" (*all crime is local*), uma regra codificada no Criminal Code Act (1995), Parte 2.7 "Jurisdição Geográfica" (*Geographical Jurisdiction*). A Constituição confere ao Parlamento a autoridade de aprovar leis penais de aplicação extraterritorial, um poder que tem sido pouco utilizado.

A. Lei sobre os Crimes de Guerra (1945) (*War Crimes Act*[400] *1945*)

A Lei sobre os Crimes de Guerra (1945) [401]tratava do julgamento e punição às violações das leis e costumes da guerra, cometidas durante a II Guerra Mundial em qualquer lugar "contra qualquer das pessoas que fossem a qualquer

---

[400] Em geral nos sistemas de *common law* é empregado o termo "*act*" para designar o que seria equivalente à "*lei*" nos sistemas de *civil law*, e especificamente no ordenamento jurídico brasileiro. Assim será feito o uso do termo "*lei*" em detrimento de "*ato*", tradução literal de "*act*" para o português.

[401] Disponível no site do Australasian Legal Information Institute: http://www.austlii.edu.au/, o qual foi utilizado como fonte.

tempo residentes na Austrália ou contra certas outras pessoas" (Preâmbulo)[402]. A Seção 12 definia esta última categoria como "súditos britânicos ou cidadãos de qualquer dos poderes aliados ou associados à Sua Majestade em qualquer guerra"[403].

Definia os crime de guerra como:

> (…) s.3
> (a) uma violação das leis e usos da guerra; ou
> (b) qualquer dos crimes de guerra conforme o entendimento do instrumento de indicação do Board of Inquiry …..[404]

A Parte (a) aplica-se ao sentido relativamente restrito conferido aos crimes contra as leis da guerra que incluem a *Fourth Hague Convention Concerning the Laws and Customs of War on Land* (1907)[405]. A Parte (b) refere-se ao instrumento de indicação, o qual inclui a lista adotada pela Comissão de Responsabilidade da Conferência de Paris (1919).

Em 1961 a Austrália havia encerrado estes julgamentos até que as alegações realizadas na *Radio Australian Broadcasting Corporation*, numa série denominada "Nazistas na Austrália" (*Nazis in Australia*) em 13 de abril de 1986 e no programa de televisão "Não Mencione a Guerra" (*Don't Mention War*), motivaram a reconsideração da política australiana.

Estes programas alegavam que um número significante de nazistas haviam entrado na Austrália após a guerra, como conseqüência de informações errôneas prestadas pela inteligência do Reino Unido e dos Estados Unidos, bem como a conivência da imigração australiana.

Em 25 de junho de 1986 o Ministro Especial do Estado (*Special Minister of State*) solicitou ao Sr. A. C. C. Menzies, O.B.E. a revisão de todo o material "relacionado com a entrada na Austrália de pessoas sob a alegação ou suspeita de serem criminais de guerra…."[406] Ele deveria analisar e fazer

---

[402] 'against any persons who were at any time resident in Australia or against certain other persons'(Preamble)
[403] 'British subjects or citizens of any power allied or associated with His Majesty in any war' (Section 12)
[404] (…) s.3 (a) a violation of the laws and usages of war; or (b) any war crime within the meaning of the instrument of appointment of the Board of Inquiry….
[405] TRIGGS, Gillian. *Australia's War Crimes Trials: A Moral Necessity or Legal Minefield?* MELBOURNE UNIVERSITY LAW REVIEW. Vol. 16. December 1987, 382-402, p. 386.
[406] 'relating to the entry into Australia of persons alleged to be or suspected of being war criminals…..', Menzies, A. C. C., *Review of Material Relating to the Entry of Suspected War Criminals into Australia*

recomendações quanto os seguintes pontos fundamentais: se os criminais de guerra eram residentes na Austrália; se sua entrada demonstra violações à lei; se a política governamental permitiu ou auxiliou a entrada dos criminais de guerra na Austrália e por fim, se investigações mais aprofundadas seriam necessárias.

Em 28 de novembro de 1986 Sr. Menzies declarou que era "mais provável que sim do que não", que um número significante de pessoas que cometeram sérios crimes de guerra durante a II Guerra Mundial entraram, e eram naquele momento residentes na Austrália. Esta probabilidade demandava que alguma ação fosse tomada. Assim, para permitir que estes criminosos fossem processados, o Parlamento aprovou a Emenda ao Ato sobre os Crimes de Guerra (1988) (*The War Crimes Amendment Act 1988*)[407], o qual praticamente substitui a legislação original.

B. Emenda à Lei sobre os Crimes de Guerra (1988) (*War Crimes Amendment Act 1988*)

A Seção 5 da Emenda define "guerra" como uma guerra "desde que tenha ocorrido na Europa no período de 1º de setembro de 1939 a 8 de março de 1945"[408]. Esta definição limita o escopo da Lei aos crimes cometidos por nazistas, excluindo os praticados por japoneses durante a II Guerra Mundial. A Seção 11 determina que uma pessoa "não deve ser acusada de um crime conforme este Ato a menos que ele ou ela seja um cidadão australiano ou um residente na Austrália ou em um território externo"[409]. Na medida em que, na época em que o ato foi praticado a pessoa não tinha qualquer conexão relevante com a Austrália, pode-se falar em um possível exercício de jurisdição baseado no princípio da universalidade.

Como pode-se notar, a lei requer um forte vínculo na época do processo: o acusado deve ser um cidadão australiano ou um residente permanente. Além disto, a situação de beligerância da Austrália na II Guerra Mundial, demonstra um vínculo bastante relevante com qualquer dos crimes de guerra praticados nesta.

(1987), doravante denominado *Menzies Report*. *In*: TRIGGS, Gillian. *Australia's War Crimes Trials: A Moral Necessity or Legal Minefield?*..... p. 386.

[407] Act No. 3, 1989, emendado pelo Geneva Conventions Amendment Act 1991, Act No. 27, 1991.

[408] 'in so far as it occurred in Europe in the period beginning on 1 September 1939 and ending on 8 May 1945'.

[409] 'shall not be charged with an offence against the Act unless he or she is an Australian citizen or resident of Australia or of an external Territory'.

C. Lei das Convenções de Genebra (1957) (*Geneva Conventions Act 1957*)

Como o próprio nome sugere a Lei das Convenções de Genebra (1957)[410] implementa as Convenções de Genebra de 1949.

A Parte II, Seção 7 determina:

> (…) Uma pessoa que, na Austrália ou qualquer outro lugar, comete ou auxilia, instiga ou induz outra pessoa a cometer uma grave violação de qualquer das Convenções ou do Protocolo I é culpado por um crime .
>
> […] Esta seção se aplica às pessoas independentemente da sua nacionalidade ou cidadania.[411]

Percebe-se que em relação às violações às Convenções de Genebra, bem como de seu Protocolo I é adotado o Princípio da Universalidade, pois diferentemente da Lei sobre os Crimes de Guerra, nem mesmo o vínculo da nacionalidade australiana ou residência na Austrália são necessários.

D. Lei do Tribunal Penal Internacional (2002) (*International Criminal Court Act 2002*)

A Lei do Tribunal Penal Internacional (2002) cria os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do TPI. O objetivo é fazer com que a jurisdição do TPI seja "complementar à jurisdição da Austrália em relação aos crimes desta divisão que também estejam sujeitos à jurisdição deste Tribunal"[412]. Quanto ao âmbito territorial, a divisão 268.123 da Lei determina a aplicação da Seção 15.4 da Lei do Código Penal (1995) (*Criminal Code Act 1995*), a qual dispõe:

> (…) Se uma lei da *Commonwealth* define que esta seção se aplica a um determinado crime, o crime se aplica:
>
> a) independentemente da conduta que constitui o crime alegado ter ocorrido ou não na Austrália; e
>
> b) independentemente do resultado da conduta que constitui o crime alegado ter ocorrido ou não na Austrália. [413]

---

[410] Disponível no site do Australasian Legal Information Institute: http://www.austlii.edu.au/, o qual foi utilizado como fonte.

[411] (…) (1) A person who, in Australia or elsewhere, commits, or aids, abets or procures the commission by another person of, a grave breach of any of the Conventions or of Protocol I is guilty of an indictable offence. (2) […] (3) This section applies to persons regardless of their nationality or citizenship. *In*: REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*….p. 87.

[412] 'complementary to the jurisdiction of Australia with respect to offences in this division that are also crimes within the jurisdiction of that Court'. Division 268.1 da Lei. Disponível no site do Australasian Legal Information Institute: http://www.austlii.edu.au/, o qual foi utilizado como fonte.

[413] (…) If a law of the Commonwealth provides that this section applies to a particular offence, the offence applies: (a) whether or not the conduct constituting the alleged offence occurs in Australia; and (b) whether or not a result of the conduct constituting the alleged occurs in Australia.

Desta forma, pode-se concluir que a Divisão 268.123 da Lei do Tribunal Penal Internacional em combinação com a Seção 15.4 da Lei do Código Penal estabelecem a Jurisdição Universal aos crimes previstos no Estatuto do TPI.

E. Lei dos Crimes de Tortura (1988) (*Crimes Torture Act 1988)*

A Lei dos Crimes de Tortura (1988)[414] implementa a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984)[415]. Dentre as disposições mais relevantes desta lei para a presente pesquisa, destacamos:

> (…)
> 4. Esta Lei se aplica a todos os Territórios externos e tem operação extra-territorial de acordo com seu sentido geral.
> 5. […]
> 6. […]
> 7. Um pessoa não deve ser acusada de um crime conforme esta Lei salvo se a pessoa:
> é um cidadão australiano; ou
> está presente na Austrália. [416]

Portanto, a Lei torna a tortura um crime punível na Austrália, estabelecendo a jurisdição extraterritorial penal, entretanto tem como base vínculos diretos, a saber: a nacionalidade do acusado ou sua presença no território australiano. Assim, para a tortura não houve a adoção do Princípio da Universalidade.

5.1.2. Jurisprudência

Acreditamos que o caso mais relevante seja o Caso *Polyukhovich* v. *The Commonwealth of Australia*[417], o qual, se baseia na aplicação da Lei sobre os Crimes de Guerra (1945) e sua Emenda. Como demonstrado previamente, a Lei não

---

[414] Act No. 148, 1988. Disponível no site do Australasian Legal Information Institute: http://www.austlii.edu.au/, o qual foi utilizado como fonte.
[415] Adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 4, de 23.05.1989, e promulgada pelo Decreto 40, de 15.02.1991. Reproduzida na *Coletânea de Direito Internacional*....512-522.
[416] (…) 4. This Act extends to all external Territories and has extra-territorial operation according to its tenor. 5. […] 6. […] 7. A person shall not be charged with an offence against this Act unless the person: (a) is an Australian citizen; or (b) is present in Australia.
[417] *Polyukhovich* v. *The Commonwealth of Australia and another*. Australia, High Court.14 August 1991. INTERNATIONAL LAW REPORTS 90, 1-211.

prevê a aplicação do Princípio da Universalidade. Entretanto, a posição da Corte Australiana ao decidir pela constitucionalidade da Lei, baseia-se na aplicação do Princípio da Universalidade aos crimes de guerra.

O caso trata de um imigrante da Ucrânia, naturalizado australiano após a II Guerra Mundial, acusado de ter cometido crimes de guerra enquanto servia o exército alemão na Ucrânia entre 1942 e 1943. As acusações se basearam na Lei sobre os Crimes de Guerra (1945), com as emendas realizadas em 1988, o qual como anteriormente abordado, estabelecia o julgamento e punição das pessoas acusadas de terem cometido sérios crimes de guerra na Europa durante a II Guerra Mundial, os quais entraram na Austrália e se tornaram cidadãos australianos ou residentes depois de 1945[418].

O acusado questionou a validade constitucional deste dispositivo legal, ao alegar que a Seção 9 da Lei, segundo a qual os crimes de guerra foram considerados como crime, estariam além dos poderes conferidos ao Parlamento da *Commonwealth*, conforme as Seções 51 (vi) e (xxix) da Constituição. Além disto, a Seção 9 da Lei envolveria legislação criminal retrospectiva (proibição constitucional *ex post facto*) e portanto, seria uma tentativa inválida de usurpação do poder das cortes.

O entendimento foi de que a Lei era válida como legislação em relação aos poderes para assuntos exteriores da *Commonwealth* e que a Lei não usurpava o poder judicial da *Commonwealth*.

Inicialmente, a Corte adverte para o fato da irretroatividade das obrigações impostas pelas Convenções de Genebra, o que requeria portanto a análise do direito consuetudinário como fonte da obrigação de processar e punir os criminosos de guerra. Assim transcrevemos o entendimento da Corte:

> (…) A questão primária sob este aspecto do caso é se o material no qual se baseia estabelece que em 1989 havia tanto uma obrigação conforme o direito consuetudinário internacional ou derivada da preocupação internacional de que os criminosos de guerra dos anos pré-1945 fossem procurados e julgados por seus crimes. …As obrigação impostas pelas Convenções de Genebra 1949 não eram retrospectivas[419].

---

[418] Conforme sumário INTERNATIONAL LAW REPORTS 90.

[419] (…) The primary question on this branch of the case is whether the material relied on establishes that in 1989 there was either an obligation under customary international law or a matter of international concern that war criminals from the pre-1945 years be sought out and tried for their

A seguir a Corte sugere então a aplicação do art. 38 (1) do Estatuto da CIJ, como elenco das fontes do Direito Internacional:

> (…) Para determinar se, nestas circunstâncias, existe uma obrigação consuetudinária de julgar os acusados de crimes de guerra acerca dos crimes de guerra praticados extraterritorialmente, faz-se necessária a referência às fontes do direito internacional, Artigo 38 (1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça[420]…

Após esta referência às fontes, a Corte afirma que:

> (…) Conforme o material proveniente dos acordos internacionais e as resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas confirma, o direito internacional confere ao Estado a jurisdição universal para julgar suspeitos de crimes de guerra independentemente do fato do Estado ter ou não a obrigação de fazê-lo e independentemente da existência de algum interesse internacional de que o Estado o faça.
>
> (*grifo nosso*)

As opiniões dos Juízes Brennan e Toohey possuem grande amplitude, tratando das noções de jurisdição universal, crimes internacionais e a relação entre eles.

Com relação a existência de um direito o Juiz Brennan entendeu que:

> (…) A personalidade jurídica da Austrália estaria incompleta se esta fosse incapaz de **exercitar a jurisdição para julgar e punir criminosos contra a lei das nações**, cujos crimes são tais que sua sujeição à jurisdição universal conduz à paz e ordem internacionais.[421]
>
> *(grifo nosso)*

Embora, o processo *Polyukhovich*, não possa ser considerado um exercício da jurisdição universal, o governo autraliano expressou uma relevante *opinio juris* a sobre questão, ao entender que (com apoio da *High Court*) que o julgamento e punição dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade, onde quer

---

offences….The treaty obligations imposed by the Geneva Conventions of 1949 were not retrospective. *In*: INTERNATIONAL LAW REPORTS 90.

[420] (…) To determine whether, in these circumstances, there exists a customary law obligation to try alleged war criminals in respect of extraterritorial war crimes, it is necessary to refer to the sources of international law. Article 38(1)ICJ…in: INTERNATIONAL LAW REPORTS 90; artigo 38 (1) Estatuto de CIJ reproduzido na *Coletânea de Direito Internacional*….p. 55.

[421] (…)Australia's international personality would be incomplete if it were unable to exercise a jurisdiction to try and punish offenders against the law of nations whose crimes are such that their subjection to universal jurisdiction is conducive to international piece and order. In: § 33.

que sejam cometidos, e por quem quer que seja, configuram um exercício legítimo da soberania do Estado, uma posição que se reflete na Lei do Tribunal Penal Internacional (2002).[422]

5.2. ISRAEL

5.2.1. Panorama da Legislação Penal

Na época do estabelecimento de Israel (1948) a principal lei penal era a Ordenação do Código Penal (1936) (*The Criminal Code Ordinance 1936*), aprovada pelo *British Mandatory Legislature* e posteriormente adotada por Israel. Seguindo o Reino Unido, a jurisdição dos seus tribunais estava limitada aos crimes cometidos em seu território.[423]

Os artigos 7º a 17 do Código Penal trazem com detalhes o escopo de aplicação *ratione loci*. O artigo 12 contém o princípio básico: "A lei penal israelense se aplica a todas os crimes domésticos". O artigo 13 traduz o princípio protetivo, o qual estende a jurisdição aos crimes praticados contra qualquer nacional israelense, residente ou judeu como tal. O artigo 14 estabelece uma jurisdição geral baseada na personalidade passiva, incluindo crimes contra residentes. Em razão do artigo 15, a lei penal de Israel se aplica a um crime extraterritorial "pelo fato da pessoa ser – ao cometer ou após cometer o crime – um nacional israelense ou residente em Israel".[424]

A. Lei para Punição dos Nazistas e seus Colaboradores (1950) (*Nazi and Nazi Collaborators Punishment Law 1950*)

A Lei pune com pena de morte os crimes contra o povo judeu, os quais são definidos conforme o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, conforme dispõe a Seção I (a):

---

[422] REYDAMS, Luc. *Universal Jurisdiction*……..p. 91.
[423] M Kremnitzer, *Criminal Law* in A Shapira and KC De Witt-Arar (eds) *Introduction to the Law of Israel* (1995) 253. *In*: REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*….p. 158.
[424] Article 12: 'Israel penal law shall apply to all domestic offences'….By virtue of article 15 Israeli penal law applies to an extraterritorial offence 'by a person being – either at the time of or after committing the offence – an Israeli national or resident of Israel'. *In*: REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*….p. 158.

(…) Seção I (a)
Uma pessoa que tenha cometido um dos seguintes crimes:
1. Praticado, durante o período do regime nazista, em um país inimigo, um ato constituindo um crime contra o povo judeu;
2. Praticado, durante o período do regime nazista, em um país inimigo, um ato constituindo um crime contra a humanidade;
3. Praticado, durante a II Guerra Mundial, em um país inimigo, um ato constituindo um crime de guerra;
É passível de pena de morte.[425]

A Seção I (b) define estes crimes como segue:

(…)"Crime contra o povo judeu" significa a prática de qualquer dos atos abaixo, cometido com a finalidade de destruir no todo ou em parte o povo judeu:
(i) matar judeus;
(ii) causar sérios danos físicos ou mentais aos judeus;
(iii) colocar judeus em condições de vida objetivando sua destruição física;
(iv) impor medidas com a finalidade de impedir os nascimentos entre os judeus.
…..
"Crime contra a humanidade" significa qualquer dos seguintes atos: homicídio, extermínio, escravidão, causar a inanição ou deportação e outros atos desumanos praticados contra qualquer população civil, e perseguição por motivos nacionais, raciais, religiosos ou políticos.
"Crime de guerra" significa qualquer dos seguintes atos: homicídio, tratamento cruel ou deportação para realização de trabalho forçado ou para qualquer outra finalidade, da população civil do ou no território ocupado; homicídio ou tratamento cruel de prisioneiros de guerra ou pessoas no mar; o ato de matar reféns, o ato de saquear propriedades públicas ou privadas; destruição injustificada de cidades, povoados e vilas; e a devastação não justificada por necessidade militar."[426]

---

[425] (…)A person who has committed one of the following offences –
1. Done, during the period of the Nazi régime, in an enemy country, an act constituting a crime against the Jewish people;
2. done, during the period of the Nazi régime, in an enemy country, an act constituting a crime against humanity;
3. done, during the period of the Second World War, in an enemy country, an act constituting a war crime;
is liable to the death penalty.

[426] (…)'Crime against the Jewish people' means any of the following acts, committed with intend to destroy the Jewish people in whole or in part:
"(i) killing Jews;
"(ii) causing serious bodily or mental harm to Jews;
"(iii) placing Jews in living conditions calculated to bring about their physical destruction;
"(iv) imposing measures intended to prevent births among Jews.
.....
'Crime against humanity' means any of the following acts: murder, extermination, enslavement, starvation or deportation and other inhumane acts committed against any civilian population, and persecution on national, racial, religious or political grounds.
'War crime' means any of the following acts: murder, ill treatment or deportation to forced labour or for any other purpose, of civilian population of or in occupied territory; murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas; killing of hostages; plunder of public or private property; wanton destruction of cities, towns or villages; and devastion not justified by military necessity.

Assim a Lei consagra as normas do Direito Internacional Penal existente à época em que as condutas foram praticadas, o que torna claro o intuito de não configuração de legislação retroativa.

B. Lei de Prevenção e Punição ao Crime de Genocídio (1950) (*Crime of Genocide Prevention and Punishment Law* 1950)

A Lei de Prevenção e Punição ao Crime de Genocídio (1950) (*Crime of Genocide Prevention and Punishment Law 1950*) implementa a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948)[427]. O artigo 2º estabelece a pena de morte para o genocídio. O artigo 4º determina que: "uma pessoa culpada por um crime baseado nesta lei deve ser punido sendo este um governante, um membro de um órgão legislativo, um oficial público ou um particular".[428] O artigo 5º dispõe: "uma pessoa que cometeu fora de Israel um ato considerado crime por esta lei, pode ser processado e punido em Israel como ele o tivesse praticado em Israel"[429].

Desta forma, a lei emprega uma ficção jurídica, para fins de considerar os crimes praticados no exterior como praticados no território de Israel, objetivando atender ao Princípio da Territorialidade, preconizado pela Convenção sobre o Genocídio (artigo VI).

5.2.2. Jurisprudência

Analisaremos o célebre Caso *Attorney General of Israel* v *Eichmann*[430] considerado por muito tempo como um clássico exemplo da aplicação da Jurisdição Universal.

---

[427] Aprovada e aberta à assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução 260 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 09.12.1948. Ratificada pelo Brasil em 15.04.1952. *In: Coletânea de Direito Internacional*.....458-460.

[428] Conforme art. IV da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio: "As pessoas que tiverem cometido o genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados do art. III serão punidas, sejam governantes, funcionários ou particulares". Reproduzida na *Coletânea de Direito Internacional*.....458-460.

[429] Article 5 states that '[a] person who has committed outside Israel an act which is an offence under this law may be prosecuted and punished in Israel as if he had committed the act in Israel'. *In:* REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*….p. 160.

[430] *Attorney General of the Government of Israel* v. *Adolf Eichmann. Israel, District Court of Jerusalem*. December 12, 1961. Supreme Court (sitting as a Court of Criminal Appeal). May 29, 1962. Reproduzido em INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.

Em 11 de maio de 1960 Adolf Eichmann foi abduzido em Buenos Aires, Argentina, onde vivia desde 1950 sob o nome de Ricardo Klement, por membros do Serviço Secreto Israelense. Em 23 de maio o Primeiro Ministro de Israel anunciou que Eichmann havia sido encontrado e seria julgado por sua participação na "Solução Final" (*Final Solution*). O governo argentino protestou, alegando que a captura violava a soberania territorial argentina, tornando responsável o Estado de Israel, por expressar sua aprovação à ação. Assim sendo, solicitou que Eichmann retornasse e que fossem punidos os responsáveis pela violação à soberania argentina.

A disputa entre os países culminou com a apresentação de uma reclamação realizada pela Argentina ao Conselho de Segurança das Nações Unidas[431]. Em uma reunião realizada em junho de 1960 o Conselho de Segurança declarou:

> (…) atos como os analisados, os quais afetam a soberania de um Estado-membro e portanto, causam turbulência internacional, podem, caso sejam repetidos, colocar em risco a paz e a segurança internacionais.[432]

Solicitando que o Governo de Israel:

> (…) fizesse as reparações necessárias de acordo com a Carta das Nações Unidas e as regras do direito internacional.[433]

A disputa foi finalizada por uma comunicação conjunta (*joint communiqué*) de 3 de agosto de 1960 realizada pelos governos da Argentina e Israel[434]:

> (…) Os governos da Argentina e Israel, animados pelo desejo de dar cumprimento à Resolução do Conselho de Segurança de 23 de junho de 1960, ….decidem como finalizado o incidente derivado da ação praticada pelos cidadãos israelenses, os quais infringiram os direitos fundamentais do Estados da Argentina.

---

[431] .Security Council, Official Records, 15th year, Supplement, April, May and June, 1960, p. 27. *In*: Summary, INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.

[432] (…) acts such as that under consideration, which affect the sovereignty of a Member State and therefore cause international friction, may, if repeated, endanger international peace and security. *In*: INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.

[433] (…) to make appropriate reparation in accordance with the Charter of the United nations and the rules of international law. *In*: INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.

[434] (…)The Governments of Argentina and Israel, animated by a desire to give effect to the resolution of the Security Council of June 23, 1960, in so far as the hope was expressed that the traditionally friendly relations between the two countries will be advanced, resolve to regard as closed the incident which arose out of the action taken by citizens of Israel, which infringed the fundamental rights of the State of Argentina. *In*: INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.

A Alemanha, Estado da nacionalidade do acusado, não protestou contra o julgamento. Por fim, Eichmann foi processado e julgado em Israel, com base na Lei para Punição dos Nazistas e seus Colaboradores (5710/1950), anteriormente abordada[435]. Dentre os principais pontos da acusação estavam os crimes realizados contra grupos judeus e não judeus, ressalta-se entretanto, que todos as vítimas judias eram nacionais dos Estados europeus.

O aspecto mais controverso foi a jurisdição do Estado de Israel, tendo como principal argumento a alegação de que os atos constituíam genocídio e que a Convenção sobre o Genocídio determinava o julgamento pelos tribunais competentes do Estado, em cujo território o ato teria sido cometido ou pela corte penal internacional competente em relação às Partes Contratantes.[436]

A Corte Distrital abordou esta questão ao tratar do que denominou "Jurisdição Penal em Direito Internacional" (*Criminal Jurisdiction in international law*). No entendimento da Corte, a Lei para Punição dos Nazistas e seus Colaboradores (5710/1950) atendia aos princípios do direito internacional para a definição da jurisdição penal do Estado, pois os crimes tinham caráter universal e especificamente tinham como objetivo exterminar o povo judeu, o que conferia a Israel a jurisdição baseada tanto nos princípios da universalidade, da proteção ou da personalidade passiva.

Quanto à definição dos crimes, a Corte confirmou que os "crimes contra o povo judeu" seguiam a definição de genocídio proposta pela Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948) e que os "crimes contra a humanidade" e "crimes de guerra" seguiam as definições destes propostas pelo Estatuto do Tribunal Internacional Militar (*Charter of the International Military Tribunal*) e Lei de Controle do Conselho Nº 10 (*Control Council Law No. 10*). Neste sentido, a Corte citou a Opinião da Corte Internacional de Justiça sobre a Convenção sobre o Genocídio, segundo a qual:

> (…) os princípios nos quais a Convenção se baseia, são princípios reconhecidos pelas nações civilizadas como obrigatórios aos Estados, independentemente da existência de qualquer obrigação convencional.[437]

---

[435] Conforme sumário preparado pela Srta. A. Munkman, INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.
[436] Convenção sobre o Genocídio, art. VI. District Court Judgment, §25, INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.
[437] Reservations to the Convention on Genocide: ICJ Reports, 1951, p. 15; INTERNATIONAL LAW REPORTS, 18 (1951), p. 364, p. 370.

Acrescentando ainda que a Convenção tinha como objetivo principal o "escopo universal".[438]

Especificamente sobre o artigo VI da Convenção a Corte entende que:

> (…) Embora o Artigo 6º expressamente confira a jurisdição ao Estado em cujo território o crime foi cometido ou a um tribunal internacional, ele não exclui a jurisdição universal. A Convenção tem dois aspectos: a confirmação de certos princípios como regras consagradas do direito consuetudinário internacional; e a determinação das obrigações convencionais entre a partes para o futuro. O Artigo 6º estabelece um **mínimo compulsório (*compulsory minimum*),** o qual não afeta a jurisdição dos Estados baseada no direito consuetudinário internacional….Está claro que a referência à jurisdição territorial feita no Artigo 6º, além da jurisdição do não-existente tribunal internacional, não é exaustiva. Cada Estado soberano pode exercer seus poderes dentro dos limites do direito consuetudinário internacional, e acessão de um Estado à Convenção não implica a renúncia aos poderes não mencionados no Artigo 6º.[439]
>
> *(ênfase e grifo nosso)*

A Corte entende ainda que em relação à Retroatividade da Lei no Direito Internacional (*Retroactive legislation in international law*) e à Conformidade da Lei para Punição dos Nazistas e seus Colaboradores (1950) com os Princípios do Direito Internacional, por tratarem-se de crimes internacionais determinando a responsabilidade penal individual, com elementos característicos reconhecidos pelo direito consuetudinário internacional, os Estados desempenham um papel de "agente da comunidade internacional, administrando o direito internacional"[440].

Em relação aos limites para o exercício da jurisdição universal complementa[441]:

---

[438] 'universal scope'.

[439] (…)Although Article 6 expressly assigned jurisdiction either to the State on whose territory the crime was committed or to an international tribunal, it did not exclude universal jurisdiction. The Convention had two aspects: the confirmation of certain pricniples as established rules of customary international law; and the determination of conventional obligations between the parties for the future. Article 6 established a compulsory minimum, which did not affect the existing jurisdiction of States under customary international law…It is clear that the reference in Article 6 to territorial jurisdiction, apart from the jurisdiction of the non-existent international tribunal, is not exhaustive. Every sovereign State may exercise its existing powers within the limits of customary international law, and accession of a State to the Convention does not involve the waiving of powers which are not mentioned in Article 6. INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.

[440] "agent of the international community, administering international law".

[441] (…)The limitation on the exercise of universal jurisdiction … cannot apply here, as the Government of West Germany had refused to demand Eichmann's extradition. This limitation is not designed to prevent a violation of territorial sovereignty, but to ensure trial in the *forum conveniens*…. The contractual obligation of Article 6 of the Genocide Convention does not affect the universal power vested in every State to prosecute offences committed in the past. INTERNATIONAL LAW REPORTS 36.

> (…) A limitação ao exercício da jurisdição universal….não pode ser aplicada neste caso, pois o Governo da Alemanha Ocidental negou a demanda de extradição de Eichmann. Esta limitação não tem por objetivo impedir a violação da soberania territorial, mas sim garantir o julgamento no *forum conveniens*…..**A obrigação contratual do Artigo 6º da Convenção sobre o Genocídio não afeta a jurisdição universal conferida a cada Estado de processar os crimes cometidos no passado**.
>
> *(grifo nosso)*

5.3. BÉLGICA

5.3.1. Panorama da Legislação Penal

As principais regras jurídicas estão contidas no Código Penal (*Code pénal, CP*) e no Código de Processo Penal (*Code de procédure pénal, CPP*) e leis específicas como a Lei Relativa à Repressão das Graves Violações do Direito Internacional Humanitário.

Os princípios básicos são expressos nos artigos 3º e 4º do CP, os quais determinam que um crime cometido no território da Bélgica por belgas ou estrangeiros, será punido de acordo com a lei belga (art. 3º) e que crimes extraterritoriais cometidos por belgas ou estrangeiros não podem ser punidos na Bélgica salvo disposição legal.[442]

O princípio da universalidade é encontrado no *Titre préliminaire du Code de procédure pénale,* CPP TP, no capítulo II, intitulado *De l'exercise de l'action publique à raison des crimes ou des délits commis hors du territoire du royaume*, artigos 10.3, 10ter, 10^{quater}, e 12bis. Em razão do objetivo de estudarmos os desdobramentos práticos das legislações nacionais, vamos tratar especificamente da Lei Relativa à Repressão das Graves Violações do Direito Internacional Humanitário.

A. Lei Relativa à Repressão das Graves Violações do Direito Internacional Humanitário[443] (*Loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire*)

Esta Lei estabelece um sistema processual completo para os crimes do Direito Internacional Humanitário, implementando as Convenções de Genebra e

---

[442] REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*….p. 102.
[443] Disponível no site http://www.cass.be/.

Protocolos Adicionais. São no total vinte condutas consideradas como graves violações a estes instrumentos internacionais, declarando-os crimes de direito internacional (*crimes de droit international*). A lei original de 1993 estabelecia como uma das condições para sua aplicação a existência de um conflito internacional ou interno, conforme o entendimento do II Protocolo Adicional.

Esta lei foi emendada em 1999, passando a abranger os crimes de genocídio e crimes contra a humanidade praticados em tempo de guerra ou de paz.

O artigo 7º dispõe sobre a jurisdição, segundo o qual:

> (…) As Cortes belgas são competentes para conhecer as infrações baseadas na presente lei, independentemente do local onde elas tenham ocorrido.[444]

Como pode-se notar é adotado o Princípio da Universalidade, o qual permanece como dispunha a lei de 1993. De acordo com o entendimento da Corte belga, no caso *Pinochet*[445] a Lei de 1993 confere jurisdição universal às Cortes Belgas onde quer que o crime tenha ocorrido. Nenhuma concordância ou opinião oficial das autoridades do país onde o crime foi cometido é necessária para tal exercício (Seção 7(2) da Lei).

O memorando explicativo da Lei 1993 torna claro que as Cortes belgas têm jurisdição "mesmo nos casos em que a pessoa acusada de cometer um crime não esteja no território belga"[446]

O exercício do princípio da universalidade traz implicações *ratione temporis*, na medida em que a legislador teria o intuito de que a lei fosse aplicada aos crimes de genocídio e contra a humanidade praticados antes de sua entrada em vigor, pois estes crimes já eram crimes de acordo com o direito consuetudinário e convencional internacional.[447]

---

[444] (…) Les juridcitions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendanment du lieu où celles-ci auront été commises. In: REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*….p. 102.

[445] A ser tratado a seguir em Jurisprudência.

[446] "even in cases where the person accused of a crime is not on Belgium territory" (*Doc. Parl.* , *Sénat*, 1317-1, 1990-1, p. 16; see also Andries, David, Van den Wijngaert and Verhaegen, *Commentaire de la loi du 16 Juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire, Rev. dr.pén. crim.,* 1994, p. 1173). *In*: INTERNATIONAL LAW REPORTS, 119, *Pinochet Case*.

[447] Justice Committee of the Senate, Doc. Parl., Senate, S.O. 1-749/3, 18-19. *In*: REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*….p. 107.

No entanto, o estabelecimento do princípio da universalidade em relação a tais crimes, não é decorrência de uma obrigação convencional.[448]

5.3.2. Jurisprudência

Inicialmente analisaremos o Caso *Pinochet* e em seguida o Caso *Ndombasi*[449].

A. Caso *Pinochet*

Em 1 de novembro de 1998 Aguilar Dias e outros chilenos exilados vivendo na Bélgica realizaram uma denúncia contra o ex-presidente do Chile, General Augusto Pinochet. De acordo com a denúncia este teria praticado crimes contra o direito internacional, durante o período em que foi presidente, infringindo a Lei Belga de 1993 sobre a Repressão das Graves Violações às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e do Protocolo Adicional de 8 de junho de 1977. A presença na Bélgica de uma comunidade exilada chilena era o único vínculo entre a Bélgica, Pinochet e os crimes alegados.

A acusação não pôde se basear na Convenção contra a Tortura (1984)[450] pois a Bélgica nesta época ainda não a havia ratificado.

Em 4 de novembro de 1998, a acusação solicitou a expedição de um mandado de prisão internacional, a ser concedido em 48 (quarenta e oito) horas contra o General Pinochet, o qual estava detido (provisoriamente) no Reino Unido, aguardando uma decisão para o pedido de extradição realizado pela Espanha. O objetivo era o de trazê-lo a mais rápido possível para a Bélgica. A Corte deveria analisar inicialmente se o General Pinochet estaria ou não sujeito à jurisdição belga.

Para decidir sobre a competência da jurisdição belga, o magistrado abordou pontos importantes do direito internacional penal, bastante relevantes para a doutrina da jurisdição, o que nos permite verificar a prática estatal na operacionalização dos principais aspectos teóricos tratados até o momento.

---

[448] Não existe até o momento desta pesquisa uma convenção internacional que estabeleça a obrigação de exercício da jurisdição universal para tais crimes.
[449] A íntegra dos casos está disponível no site *Juridat* http://www.cass.be/.
[450] Adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 4, de 23. 05. 1989 e promulgada pelo Decreto 40, de 15.02.1991. A Bélgica a ratificou em 25 de junho de 1999. Reproduzida em *Coletânea de Direito Internacional*.....512-522.

Universalidade da jurisdição em relação aos crimes do direito internacional na Lei Belga de 1993

Inicialmente, o magistrado invoca a Seção 7 da Lei Belga de 1993 que confere jurisdição universal às cortes belgas independentemente de onde o crime tenha sido cometido, acrescenta ainda que não se faz necessário qualquer manifestação pública das autoridades do país no qual o crime foi praticado, para que estejam sujeitos à jurisdição da Bélgica (Seção 7 (2)).

No entanto, restava o questionamento quanto à aplicabilidade deste dispositivo ao crimes cometidos anteriormente à sua entrada em vigor, caso contrário não haveria qualquer sentido em invocar-se o princípio da universalidade. Transcrevemos a seguir o entendimento do magistrado:

> (…) Como a Seção 7 da Lei Belga de 1993 contém uma regra jurisdicional relevante para o processo penal, esta é diretamente aplicável e se aplica aos crimes cometidos antes de sua entrada em vigor. Este princípio também teria sido adotado pelo legislador belga ao reconhecer a jurisdição ad hoc dos tribunais internacionais, incluindo-os na ordem jurídica interna (Lei de 22 de março de 1996 sobre o reconhecimento do Tribunal Internacional para a Antiga Iugoslávia e Tribunal Internacional para Ruanda, *Moniteur belge*, 27 de abril de 1996). Esta lei reconhece a jurisdição das cortes internacionais em relação aos crimes cometidos antes de sua criação. [451]

Portanto, para a aplicação do Princípio da Universalidade, haveria a necessidade de admitir-se no ordenamento jurídico interno os crimes internacionais, previamente existentes no Direito Internacional.

A Retroatividade da Lei Belga de 1993

---

[451] (…)Since Section 7 of the Law of June 1993 contains a jurisdictional rule which is a matter of criminal procedure it is directly applicable and applies to crimes committed prior to its entry into force (Section 3 of the Judicial Code;...*Cass*. 16 October 1995, *Rev. dr.pén.crim*., 1986, p. 406). This principle has also been used by the Belgian legislature when it recognized the jurisdiction of ad hoc international tribunals and inserted them into the domestic order (Law of 22 March 1996 concerning recognition of the International Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Tribunal for Rwanda, *Moniteur belge*, 27 April 1996). This Law recognized the jurisdiction of those international courts over crimes committed prior to their creation. In: INTERNATIONAL LAW REPORTS 119.

Com relação às condutas previstas pela Lei Belga de 1993, o magistrado entende que haja vista estas já serem consideradas como crime na legislação belga anteriormente, conforme os dispositivos que tratam da legislação penal comum, como homicídio, seqüestro com tortura, assassinato, agressão, o princípio da legalidade estaria sendo atendido, devendo-se apenas levar em consideração o princípio da pena mais favorável ao acusado (princípio da legalidade das penas e da retroatividade da lei penal mais favorável)[452].

Os fundamentos para os processos baseados na acusação de crimes contra a humanidade

Na medida em que existam crimes de direito internacional que não estejam elencados na Lei Belga de 1993, segundo o magistrado, deve-se proceder ao exame destes à luz dos crimes contra a humanidade baseados no direito consuetudinário e convencional internacional aos quais a Bélgica está vinculada.

A noção de crimes contra a humanidade

Os crimes contra a humanidade são tratados de maneira expressiva no Estatuto e no Julgamento do Tribunal de Nuremberg, bem como no artigo II da Lei N.10 do Conselho de Controle (*Control Council*) para a Alemanha[453], os quais definem os crimes contra a humanidade como:

> (…) (c) Crimes contra a humanidade – atrocidades e violações incluindo, mas não limitadas a homicídio, extermínio, escravidão, deportação, aprisionamento, tortura, estrupo ou outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil ou perseguição política, racial ou religiosa, cometidas ou não em violação ao direito interno do país onde foram perpetradas. Crimes contra a humanidade são direcionados contra qualquer população civil e puníveis independentemente se cometidos ou não no curso de um conflito armado interno ou internacional.[454]

---

[452] "principles of the legality of penalties and the retroactivity of more favorable provisions of criminal law".

[453] "Charter and the Judgment of the Nuremberg Tribunal as well as in Article II of Law N. 10 of the Control Council for Germany"

[454]Citação traduzida para o português com referências omitidas. (…)(c) Crimes against humanity – Atrocities and offences including, but not limited to, murder, extermination, enslavement, deportations, imprisonment, torture, rape or other inhuman acts committed against any civilian population or persecution on political, racial or religious grounds, whether or not in violation of the domestic law of the country where they were perpetrated. (36 ILR 31; on the origin of crimes against humanity see the

Assim decide que os atos alegados constituem crimes contra a humanidade com base no direito consuetudinário internacional.

Os processos de crimes contra a humanidade no direito interno

Primeiramente o magistrado acredita ser necessário definir se a noção de crimes contra a humanidade, proveniente do direito internacional público, pode ser diretamente aplicada pela ordem jurídica interna.

Lembra que o conceito de crimes contra a humanidade tem sido adotado por vários instrumentos internacionais, no entanto seus dispositivos meramente proíbem um crime que já existe conforme o direito consuetudinário internacional. Prova disto, é o fato de que a maioria destes surgem *a posteriori* aos atos cometidos, se estes não fossem já considerados crimes pelo direito consuetudinário à época, sua aplicação teria sido impedida pelo princípio da não-retroatividade da lei penal.

Acreditamos ser relevante transcrever o ensinamento de BASSOUNI (1992), citado pelo magistrado:

> (…) Conseqüentemente, deve ser admitido que antes de sua codificação em tratados e leis, os crimes contra a humanidade faziam parte do direito consuetudinário internacional e desta forma, são parte do *jus cogens* internacional, ao qual estão obrigadas todas as ordens jurídicas internas com efeito *erga omnes*.[455]

Sobre o Direito Consuetudinário Internacional entende:

> (…) O direito consuetudinário internacional é uma fonte do direito internacional ao mesmo nível dos tratados e diretamente aplicável à ordem jurídica interna.[456]

---

judgment of the International Criminal Tribunal for Rwanda (Chamber 1) of 2 September 1998 in Akayesu, Case No ICTR-96-4-T, 228-41.) Crimes against humanity are directed against any civilian population whatsoever and are punishable whether or not they were committed in the course of an international or an internal armed conflict (in Akayesy, Case No ICTR-96-4-T, 229-33). Disponível no site: www.ictr/org.

[455] [C]onsequently, it must be accepted that prior to being codified in treaties and laws, crimes against humanity were provided for by customary international law and in this respect form part of international *jus cogens* which is binding upon the domestic legal order with *erga omnes* effect (cf. Bassiouni, Crimes against humanity in international criminal law, 1992, pp. 489-99).

[456] Customary international law is a source of international law on the same basis as treaties and is directly applicable in the domestic legal order (Salmon, *Le rôle de la Cour de cassation belge à l'égard de la coutume internationale*, in *Mélanges Ganshof Van der Meersch*, pp. 220 ff.).

Quanto ao direito internacional penal:

> (…) O direito internacional penal é um ramo do direito internacional público. É direito consuetudinário e de certa forma tem base convencional. **Representa a expressão de uma regra superior ao desejo dos Estados e portanto, existe independentemente das disposições contrárias do direito nacional**. Assim, as perseguições religiosas e raciais, embora coerentes em relação à ordem jurídica interna do Terceiro Reich, constituíam crimes contra a humanidade, podendo também constituir crimes de guerra.[457]
>
> *(grifo nosso)*

Desta forma, estes crimes se impõem ao ordenamento jurídico de direito interno independentemente do direito convencional, bastando para tanto o direito consuetudinário internacional o ter consagrado.

A jurisdição das cortes belgas sobre os crimes contra a humanidade

Inicialmente parte da máxima *aut dedere aut judicare*, entendida como dever de exercício mínimo de exercício da Jurisdição Universal, como argumenta:

> (…) O princípio geral do direito internacional *aut dedere*, *aut judicare* (a obrigação de processar na ausência de extradição) demonstra a necessidade de que crimes contra o direito internacional não fiquem sem punição e a responsabilidade que possuem as autoridades nacionais de garantir que estes crimes sejam processados independentemente de onde tenham sido cometidos.[458]

Paralelamente à máxima *aut dedere aut judicare*, coloca a responsabilidade das autoridades nacionais (da Bélgica) de garantir que os crimes sejam processados independentemente de onde tenham sido cometidos. Entretanto, faz a devida ressalva de que os Estados possuem o interesse legal, o qual fundamenta o **direito** de processar os autores de tais crimes, restringindo a noção de dever, como segue:

---

[457] International Criminal Law is a branch of public international law. It is customary law and, to a certain extent, has a treaty basis. It represents the expression of a superior rule above the wishes of States and therefore exists notwithstanding contrary provisions of national law. Thus, racist and religious persecution, albeit consitent with the internal legal order of the Third Reich, constituted crimes against humanity and could also constitute war crimes (Ganshof Van der Meersch, Justice et droit international pénal, JT 1961, p. 539).

[458] (…)The general principle of international law *aut dedere*, *aut judicare* (the obligation to institute proceedings in the absence of extradition) constitutes one of the expressions of the necessity not to allow crimes against international law to go unpunished and the responsibility of national authorities to ensure that such crimes are prosecuted irrespective of where they were committed.

> (…) Em relação a este último aspecto…todos os Estados do mundo podem ser considerados como possuidores de interesse legal em garantir que tais crimes sejam punidos. Isto significa que, mesmo na ausência que qualquer requisito de um tratado, as autoridades nacionais têm o direito e até mesmo em certas circunstâncias a obrigação de processar os autores de tais crimes independentemente de onde estes sejam encontrados.

A luta para que os autores destes crimes não fiquem impunes é responsabilidade de todos os Estados, cujas autoridades nacionais têm a obrigação ou ao menos o direito de tomar todas as medidas necessárias para garantir o processo e punição dos crimes contra a humanidade.[459]

A decisão ainda se refere à Resolução 3074 (XXVIII) da Assembléia Geral das Nações Unidas de 3 de dezembro de 1973 intitulada "Princípios da Cooperação Internacional sobre a detenção, prisão, extradição e punição dos indivíduos culpados por crimes de guerra e crimes contra a humanidade", cujo primeiro princípio lê-se:

> (…) Os crimes de guerra e crimes contra a humanidade, onde quer e quando quer que tenham sido cometidos, devem ser submetidos a uma investigação e aqueles indivíduos contra os quais existam provas de que cometeram tais crimes devem ser procurados, presos e processados, e caso sejam julgados como culpados, punidos.[460]

Claramente, o magistrado procura o embasamento para uma possível obrigação de todos os Estados de processarem e julgarem os supostos autores destes crimes, onde quer que estejam. Tal raciocínio parece sugerir a atuação estatal como verdadeiro *tribunal internacional*, ao equipar cada Estado a um "agente" da humanidade na repressão aos crimes internacionais.

Por fim a Corte decide que:

---

[459] (…) In this latter…all States in the world can be considered as having a legal interest in ensuring that such crimes are punished. It follows that, even in the absence of any treaty requirement, national authorities have the right and even in certain circumstances the obligation to prosecute the authors of such crimes irrespective of where they may be found.
The struggle to prevent the authors of crimes against international law from going unpunished is thus the responsibility of all States whose national authorities have the obligation or at least the right to take all measures necessary to ensure the prosecution and punishment of crimes against humanity.

[460] (…) War crimes and crimes against humanity, wherever and whenever committed, must be the subject of an investigation and those individuals against whom there is proof establishing that they committed such crimes must be sought out, arrested, prosecuted and, if they are found guilty, punished (extract cited by David, *Eléments de droit pénal international*, 1997-8, Presse Universitaire de Bruxelles, p. 553).

> (…) Pelas razões anteriormente expostas, existe uma regra de direito consuetudinário internacional, e mesmo *jus cogens*, que reconhece a jurisdição universal, autorizando as autoridades nacionais a buscar e processar, em todas as circunstâncias, pessoas suspeitas de terem cometido crimes contra a humanidade.[461]

Ao final a corte definindo sua competência para o caso, expediu um mandado de prisão para Pinochet alegando os crimes contra a humanidade cometidos e o pedido de extradição do governo da Bélgica ao Reino Unido. Por fim, o governo do Reino Unido acabou por liberá-lo por motivos médicos. Pinochet retornou imediatamente para o Chile.

B. Caso *Ndombasi*

Um mandado de prisão internacional expedido por um magistrado belga contra Yerodia Abdoulaye Ndombasi, atuando como Ministro das Relações Exteriores da República Democrática do Congo, deu origem ao caso sobre o *Arrest Warrant of 11 de abril de 2000*.

O caso surgiu das constante guerra no leste do Congo, durante a qual o acusado teria em agosto de 1998 por meio de seus discursos divulgados na televisão, incitado ódio racial, o que teria causado o massacre da população civil *Tutsi*. A acusação baseia-se na Lei Belga de 1993, com suas respectivas emendas de 1999 - Lei Relativa à Repressão das Graves Violações do Direito Internacional Humanitário (*Loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire*), mais especificamente o artigo 7º, anteriormente abordado. Por fim, o mandado de prisão internacional foi concedido *in absentia*. A Bélgica admitiu que os atos foram cometidos fora do território belga, que o Sr. Yerodia não era um nacional belga, não se encontrava em seu território à época em que os atos foram cometidos, bem como que nenhum nacional belga havia sido vítima da violência alegada. Desta forma, não haveria como falar-se em um vínculo entre a Bélgica e os fatos alegados, além a presença de alguns membros da comunidade do Congo em seu território, o que não configuraria uma das bases jurisdicionais reconhecidas pelo Direito Internacional.

Após a decisão da Corte Internacional de Justiça em favor do Congo,

---

[461] (…)Having regard to the above considerations, this Court considers that there is a rule of customary international law, even jus cogens, recognizing universal jurisdiction and authorizing national authorities to pursue and prosecute, in all circumstances, persons suspected of crimes against humanity (cf. David, *L'actualité juridique de Nuremberg*, in *Le Procès de Nuremberg, conséquences et actualisation*, Bruylant, 1988, pp. 169-70).

no *Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000*[462] (*República Democrática do Congo* v. *Bélgica*), duas situações ocorreram:

1. A Bélgica revogou o mandado de prisão ilegal;
2. A *Chambre de mises en accusation* em Bruxelas (um corte de apelação), determinou que o processo contra Ndombasi era inadmissível desde o seu início, pois o acusado não estava presente na Bélgica como determinava o artigo 12 do CPP TP.

De acordo com o entendimento desta Corte, o exercício da jurisdição universal, com base na Lei Belga 1999, exigia **a presença voluntária do acusado em território belga**, o que configurava portanto um impedimento do próprio direito interno, sem a necessidade de que a Corte decidisse a questão à luz do direito internacional.

Por fim, esta decisão acabou por demonstrar que o próprio caso Pinochet estaria prejudicado com base no direito interno.

5.4. REINO UNIDO

5.4.1. Panorama da Legislação Penal

A. Lei sobre os Crimes de Guerra (1991) (*War Crimes Act 1991)*

Preocupações com a existência de criminosos de guerra nazistas no Reino Unido levaram ao estabelecimento de uma Comissão de Inquérito em 1988[463]. A comissão recomendou que uma lei específica deveria ser introduzida, para conferir jurisdição às cortes britânicas em relação aos homicídios dolosos e culposos cometidos, como crimes de guerra (violações das leis e dos costumes da guerra) na Alemanha e no território ocupado alemão durante o período da II Guerra Mundial, por pessoas atualmente cidadãs britânicas ou residentes no Reino Unido[464], à época da realização do relatório.

De acordo com a Seção 1 da Lei :

---

[462] Corte Internacional de Justiça, ano 2002, 14 de fevereiro, General List, No. 121. Este caso foi analisado no Capítulo 4, com o enfoque específico para o conceito de Jurisdição Universal adotado pela Corte.
[463] Report of the War Crimes Inquiry (1989).
[464] REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*….p. 204.

(…)
(1) Conforme os dispositivos desta seção, processos de homicídio doloso ou culposo podem ser instaurados contra uma pessoa no Reino Unido, independentemente da sua nacionalidade à época em que o crime alegado tenha sido cometido, se o crime:
foi cometido durante o período de 1º de setembro de 1939 a 5 de junho de 1945, em um lugar que fizesse parte da Alemanha ou estava sob a ocupação alemã; e
constituía uma violação das leis e dos costumes da guerra.
(2) Nenhum processo deve ser com base nesta seção instaurado contra qualquer pessoa, salvo se ela fosse em 8 de março de 1990, ou tenha subsequentemente se tornado, um cidadão britânico ou residente no Reino Unido, a Ilha de *Man* ou qualquer outra das *Channel Islands*.
(3) […][465]

Pode-se notar que a Lei tem escopo mais restrito que a australiana, discutida anteriormente, pois o Lei sobre os Crimes de Guerra (1991) está limitada conforme a base *ratione loci* aos territórios, os quais eram à época parte da Alemanha ou estavam sob ocupação alemã[466], a base *ratione materiae* aos homicídios dolosos e culposos que constituam uma violação das leis e dos costumes da guerra[467], e a base *ratione temporis* à II Guerra Mundial.[468].

Inicialmente, a participação do Reino Unido na II Guerra Mundial constrói um vínculo concreto com qualquer crime cometido durante o conflito e em segundo lugar, o requisito quanto à residência do acusado é também um forte vínculo, o que afastaria a hipótese de configurar o Princípio da Jurisdição Universal *Absoluta*.

B. Lei sobre o Tribunal Penal Internacional (2001) (*International Criminal Court Act 2001*)

---

[465] (…) (1)Subject to the provisions of this section, proceedings for murder, manslaughter or cupable homicide may be brought against a person in the United Kingdom irrespective of his nationality at the time of the alleged offence if that offence:
(a) was committed during the period beginning with 1st September 1939 and ending with 5th June 1945 in a place which at the time was part of Germany or under German occupation; and
(b) constituted a violation of the laws and customs of war.
(2) No proceedings shall by virtue of this section be brought against any person unless he was on 8 March 1990, or has subsequently become, a British citizen or resident in the United Kingdom, the Isle of Man or any of the Channel Islands.
(3) […]
In: "The War Crimes Act 1991", disponível no site do British and Irish Legal Information Institute: http://www.bailii.org/.

[466] Como demonstrado anteriormente a Lei australiana tem aplicação com base em todo o território europeu.

[467] Como verificamos a Lei australiana se aplica aos crimes de guerra, conforme a definição proposta pelo Estatuto de Nuremberg.

[468] Neste sentido as legislações britânicas e australianas são idênticas.

A Lei sobre o Tribunal Penal Internacional (2001)[469] incorpora os crimes preconizados pelo Estatuto do TPI ao direito interno do Reino Unido. As seções 51 e 68 definem o escopo *ratione loci* e *personae*.

A Seção 51 define o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra:

> (…)
> (1) É considerado ofensa contra as leis da Inglaterra e *Wales* uma pessoa cometer genocídio, crime contra a humanidade ou crime de guerra.
> (2) Esta seção se aplica aos atos cometidos –
> (a) na Inglaterra ou *Wales*, ou
> (b) fora do Reino Unido por um nacional do Reino Unido, um residente do Reino Unido ou uma pessoa sujeita à jurisdição do Reino Unido. [470]

A seção 68 trata dos Processos contra pessoas tornando-se residentes no Reino Unido, segundo a qual:

> (…) (1) Esta seção se aplica a pessoa que comete um crime fora do Reino Unido à época em ele não era um nacional do Reino Unido, um residente do Reino Unido ou uma pessoa sujeita à jurisdição do Reino Unido e que subsequentemente se torna residente no Reino Unido.
> (2) Processos podem ser instaurados contra tal pessoa na Inglaterra e Wales ou Irlanda do Norte por violação substantiva a esta Parte se –
> (a) ele é residente no Reino Unido à época em que o processo é instaurado, e
> (b) os atos em relação aos quais os processos são instaurados constituiriam um crime se eles tivessem sido cometidos naquela parte do Reino Unido.[471]

Como ocorre na Lei sobre os Crimes de Guerra (1991), a jurisdição universal é limitada aos estrangeiros residentes à época do crime ou que tenham se tornado residente após o crime ter sido cometido e ainda residia no Reino Unido

---

[469] A Lei foi adotada em 11 de maio de 2001 e entrou em vigor em 1º de setembro de 2001, o Reino Unido ratificou o Estatuto do TPI em 4 de outubro de 2001.

[470] (…) (1) It is an offence against the law of England and Wales for a person to commit genocide, a crime against humanity or a war crime.
(2) This section applies to acts committed –
(a) in England or Wales, or
(b) outside the United Kingdom by a United Kingdom national, a United Kingdom resident or a person subject to UK service jurisdiction.

[471] (…) (1) This section applies in relation to a person who commits acts outside the United Kingdom at a time when he is not a United Kingdom national, a United Kingdom resident or a person subject to UK service jurisdiction and who subsequently becomes resident in the United Kingdom.
(2) Proceedings may be brought against such a person in England and Wales or Northern Ireland for a substantive offence under this Part if –
(a) he is resident in the United Kingdom at the time the proceedings are brought, and
(b) the acts in respect of which the proceedings are brought would have constituted that offence if they had been committed in that part of the United Kingdom.

quando o processo foi instaurado. Os não-residentes podem ainda ser extraditados ou entregues ao Tribunal Penal Internacional.

Portanto, ficam claras as hipóteses nas quais o Estado tem interesse direto em processar os supostos autores, deixando para o extradição a hipótese de não-residentes. Importante notar a preocupação quanto à existência dos dispositivos legais necessários para a implementação desta sistemática no direito interno, como aplicação da máxima *aut dedere aut judicare* do direito internacional.

5.4.2. Jurisprudência

Extradição de Pinochet (*Kingdom of Spain* v. *Augusto Pinochet Ugarte* 253, *England Divisional Court, Queen's Bench Division. 28 October 1998*)[472]

Conforme a decisão da *House of Lords* de 24 de marco 1999, o ex-presidente do Chile General Augusto Pinochet foi preso no Reino Unido enquanto realizava neste país tratamento médico, com o objetivo de ser extraditado para a Espanha, onde responderia processo por crime que teria cometido durante seu mandato presidencial no Chile. A prisão foi feita como resultado de dois mandados de prisão provisórios (*provisional arrest warrant*), expedidos por um magistrado britânico, conforme solicitação de um magistrado da Audiência Nacional espanhola. Os mandados foram concedidos com base nas evidências de que o acusado seria responsável pelos crimes de tortura, seqüestro de reféns e homicídio, dentre outras condutas previstas como crime segundo a legislação espanhola e britânica.

O General, ocupante do cargo de Senador Vitalício, alegou imunidade para a prisão e a extradição como ex-chefe de Estado, dado os atos alegados terem sido cometidos durante tal período. Alegou também, que os mandados não se baseavam em crimes "extraditáveis" como exigido pela Lei de Extradição (1989) (*Extradition Act 1989*) e pelo tratado internacional aplicável, a saber: "Convenção Européia sobre a Extradição"[473].

---

[472] Reproduzido em INTERNATIONAL LAW REPORTS 119.

[473] Paris, 13 de dezembro de 1957, entrada em vigor em 18 de abril de 1960. European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (ETS No. 30) signed on 20 April 1959, entered into force on 12 June 1962.Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (ETS No. 99) opened for signature on 17 March 1978, entered into force on 12 April 1982. Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (ETS No. 182) opened for signature on 8 November 2001, not yet entered into force. *In*: *Kingdom of Spain* v. *Augusto Pinochet Ugarte* 253, *England Divisional Court, Queen's Bench Division. 28 October 1998.*

Em decisão célebre a mais alta corte britânica, a *House of Lords*, decidiu contra o General[474], por uma maioria de três a dois[475], entendo que Pinochet não portava de imunidade perante as Cortes Inglesas para os crimes de direito internacional.[476] O Secretário de Estado (*Home Secretary*) subseqüentemente autorizou que o magistrado procedesse com a extradição com base na seção 7 (4) da Lei de Extradição (1989), mas não com base no genocídio.

Neste caso, a questão da responsabilidade criminal individual dos Chefes de Estado é tratada de maneira exaustiva, mas como o nosso objetivo não é o de tratar desta questão, não analisaremos estes pontos. Acreditamos que sob o ângulo da Jurisdição Universal existem aspectos importantes a serem trazidos.

Inicialmente, a Convenção Européia sobre a Extradição em seu artigo 2(1), denominado Crimes extraditáveis (*Extraditable Offences*), determina que:

> (…) a extradição deve ser autorizada com relação aos crimes puníveis conforme as leis da parte requerente e da parte requerida com privação de liberdade ou uma ordem de prisão por um período máximo de pelo menos um ano ou uma pena mais severa….[477]

Este dispositivo prevê, portanto, que seja satisfeita a exigência da incriminação bilateral aplicável ao direito extradicional em geral.

O artigo 7(2), denominado Local do Crime (*Place of Commission)*, dispõe:

> (…) quando um crime em razão do qual a extradição é requerida, houver sido cometido fora do território da parte requerente, a extradição pode apenas ser denegada se a lei da parte requerida não permitir o processo pela mesma categoria de crime, quando cometida fora do território daquela parte ou não permite a extradição em razão do referido crime.[478]

---

[474] United Kingdom House of Lords: *Regina* v *Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Other*s ex parte Pinochet 24 March 1999, reproduzido em (1999) 38 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 581, caso anotado por CM Chinkin in 93 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (1999) 703.

[475] Lords Nicholls, Lloyd e Hoffmann; Lords Slynn e Steyn (vencido)

[476] R. v. Bow Street Metropolitan Sitpendiary Magistrate and Others, *ex parte Pinochet Ugarte* (No. 1) (Amnesty International and Others Intervining) [1998] 3 WLR 1456.

[477] (…) extradition shall be granted in respect of offences punishable under the laws of the requesting Party and of the requested Party by deprivation of liberty or under a detention order for a maximum period of at least one year or by a more severe penalty.

[478] REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*. p. 208: (…) when the offence for which extradition is requested has bee committed outside the territory of the requesting Party, extradition may only be refused if the law of the requested Party does not allow prosecution for the same category of offence when committed outside the latter Party's territory or does not allow extradition of the offence concerned.

O processo seguiu o disposto na Lei de Extradição (1989), o qual implementa a Convenção Européia sobre a Extradição. A Lei de acordo com a Seção 2 determina:

> (…) (1) Neste Ato, exceto no Schedule I, "crime extraditável" significa:
> (a) conduta em território de um Estado estrangeiro, um determinado país da *Commonwealth* ou uma colônia a qual, se tivesse ocorrido no Reino Unido, constituiria um crime punível com prisão por um período de 12 meses, ou qualquer outra pena maior e que, sendo prevista na lei do Estado estrangeiro, pais da *Commonwealth* ou colônia, é punível conforme esta lei;
> (b) um crime extra-territorial contra a lei de um Estado estrangeiro, determinado Commonwealth Country ou colônia a qual é punível com base nesta lei com prisão pelo período de 12 meses, ou qualquer pena maior, e que satisfaça:
> (i) a condição especificada na subsecção (2) abaixo; ou
> (ii) todas as condições especificadas na subsecção (3) abaixo.
> (2) A condição mencionada na subsecção (1)(b)(i) acima é a de que em circunstâncias similares, equivalente conduta constituiria um crime extra-territorial contra a lei do Reino Unido, punível com prisão por período de 12 meses, ou qualquer pena maior.
> As condições mencionadas nas subsecções (1)(b)(ii) acima são:
> (a) que o Estado estrangeiro, país da *Commonwealth* ou colônia baseie sua jurisdição na nacionalidade do acusado;
> (b) que a conduta constituindo crime tenha ocorrido fora do Reino Unido; e
> (c) que, se ocorreu no Reino Unido, que constituiria um crime com base na lei do Reino Unido punível com prisão por um período de 12 meses, ou pena maior.
> […][479]

O seqüestro de reféns e a tortura são considerados crimes extra-territoriais, conforme os dispositivos legais aplicáveis, [480] a saber:

---

[479] (…) (1) In this Act, except in Schedule 1, 'extradition crime' means –
(a) conduct in the territory of a foreign state, a designated Commonwealth country or a colony which, if it occurred in the United Kingdom, would constitute an offence punishable with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment, and which, however described in the law of the foreign state, Commonwealth country or colony, is so punishable under law;
(b) an extra-territorial offence against the law of a foreign state, designated Commonwealth country or colony which is punishable under the law with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment, and which satisfies –
(i) the condition specified in subsection (2) below; or
(ii) all the conditions specified in subsection (3) below.
(2) The condition mentioned in subsection (1)(b)(i) above is that in corresponding circumstances equivalent conduct would constitute an extra-territorial offence against the law of the United Kingdom punishable with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment.
(3) The conditions mentioned in subsection (1)(b)(ii) above are-
(a) that the foreign state, Commonwealth country or colony bases its jurisdiction on the nationality of the offender;
(b) that the conduct constituting the offence occurred outside the United Kingdom; and
(c) that, if it occurred in the United Kingdom, it would constitute an offence under the law of the United Kingdom punishable with imprisonment for a term of 12 months, or any greater punishment.
(4) […]

Seção 1 (1) da Lei sobre o Seqüestro de Reféns (1982) (*Taking of Hostages Act 1982*), a qual determina:

> (…) Uma pessoa, qualquer que seja a sua nacionalidade, que no Reino Unido ou outro lugar:
> (a) detenha qualquer outra pessoa ("o refém"), e
> (b) para forçar o Estado, organização internacional governamental ou pessoa a fazer ou abster-se de fazer algum ato, ameaça matar, ferir ou continuar a manter como refém, comete um crime.[481]

Seção 134(1) da Lei da Justiça Penal (1988) (*Criminal Justice Act 1988*) estabelece:

> (…) Um oficial público ou pessoa atuando em uma capacidade oficial, qualquer que seja a sua nacionalidade, comete um crime de tortura se no Reino Unido ou outro lugar intencionalmente causar severa dor ou sofrimento à outra na realização ou pressuposta realização de suas funções oficiais. [482]

A acusação de seqüestro de reféns não foi acatada, pois os mandados não traziam condutas previstas pela Lei sobre o Seqüestro de Reféns (1982) (*Taking of Hostages Act 1982*). A Corte, no entanto, entendeu que a tortura cometida no Chile ou em outro lugar após a entrada em vigor da seção 134 da Lei da Justiça Penal (1988), era um crime extraditável, de acordo com a definição proposta pela Lei de Extradição (1989). Pode-se dizer que este foi o ponto central, ou seja o entendimento de que a conduta alegada configurava um crime extraditável com base na legislação inglesa, a qual permanece como *ratio decidendi*.[483]

Os Lordes Browlie-Wilkinson e Millet concordaram que a tortura teria sido reconhecida como um crime internacional, contrario ao *jus cogens*, muito antes da entrada em vigor da Convenção sobre a Tortura (1984). Segundo Lorde Browne-Wilkinson, o que falta era um tribunal ou corte com jurisdição sobre os atos de tortura extra-territoriais, porque:

---

[480] Legislação reproduzida na decisão.

[481] (…) A Person, whatever his nationality, who, in the United Kingdom or elsewhere –
(a) detains any other persons ('the hostage'), and
(b) in order to compel a State, international organisation or person to do or abstain from doing any act, threatens to kill, injure or continue to detain the hostage, commits an offence.

[482] (…)A public official or person acting in an official capacity, whatever his nationality, commits the offence of torture if in the United Kingdom or elsewhere he intentionally inflicts severe pain or suffering on another in the performance or purported performance of his official duties.

[483] REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*…. p. 209.

> (…) apenas após a existência de alguma forma de jurisdição universal para punição do crime de tortura poderia se falar a respeito desta como constituindo totalmente um crime internacional.[484]

Assim, o objetivo da Convenção sobre a Tortura não era o de criar o crime de tortura, mas sim, o de ampliá-lo e negar ao torturador o denominado "*safe heaven*" ao prever uma forma de jurisdição universal, por meio do princípio *aut dedere aut judicare*.

5.5. ESPANHA

5.5.1. Panorama da Legislação Penal

A. Lei Orgânica do Poder Judicial (1985) (*Ley Orgánica del Poder Judicial 1985*), artigo 23.4

De com esta lei a jurisdição penal extraterritorial é definida conforme o artigo 23.4, segundo o qual a jurisdição espanhola é competente para as condutas prevista pela Lei, cometidos por espanhóis e estrangeiros, fora do território nacional espanhol.[485] O mesmo dispositivo traz o elenco dos crimes, a saber: genocídio, terrorismo, pirataria e apoderamento ilícito de aeronaves, falsificação de moeda estrangeira, crimes relativos à prostituição e corrupção de menores ou incapazes, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas e asfixiantes, e por fim, qualquer outro, segundo os tratados ou convênios internacionais que deve ser processado pela Espanha.

A investigação dos crimes extra-territoriais é de responsabilidade de um juiz central de instrução, cuja atuação pode ser invocada pelo promotor público, pela vítima ou por qualquer pessoa ou organização exercendo a "ação popular"

---

[484] CKINKIN, Christine M. *In re Pinochet. United Kingdom House of Lords. Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*. [1999] 2 WLR 827. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 93, No. 3 (Jul., 1999), 703-711, p.707 citando Lord Browne-Wilkinson 847: (…) not until there was some form of universal jurisdiction [*towards extraterritorial act of torture*] for the punishment of the crime of torture could it really be talked about as a fully constituted international crime.

[485] Artigo 23.4 da Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (Vigente hasta el 10 de julio de 2005) disponível no site: http://www.juridicas.com/base_datos/.

(*acción popular*) [486]. Este direito, é assegurado para os casos de crimes extraterritoriais. As apelações contra as decisões dos magistrados são ouvidas pela Audiência Nacional, a qual é o tribunal competente para o crimes extra-territoriais (LOPJ artigo 65).[487]

B. Ação Popular

A ação popular acima mencionada configura-se como uma garantia constitucional, prevista pelo artigo 125 da Constituição Federal, a seguir transcrito:

> (…) Art. 125 Os cidadãos poderão exercer a **ação popular** e participar da Administração da Justiça mediante a instituição do Júri, na forma e em relação aos processo penais que a lei determine, bem como nos Tribunais consuetudinários e tradicionais.[488]
>
> *(grifo nosso)*

5.5.2. Jurisprudência

Caso Pinochet [489]

Em Julho de 1996 a *Unión Progressista de Fiscales de España* realizou uma denúncia contra o General Pinochet, ex-presidente do Chile, e outros líderes, alegando a prática de genocídio, terrorismo e tortura durante o período ditatorial de 1973 a 1989 no Chile.

Com base no artigo VI da Convenção sobre o Genocídio (1948), bem como artigo 23(4) da LOPJ o caso estaria sujeito à jurisdição espanhola, o que foi demonstrado pela decisão de 15 de setembro de 1998 da Corte Central de Investigação Penal, determinando sua jurisdição para o caso. Tal decisão deu ensejo a um mandado de prisão internacional (*international arrest warrant)* e o pedido de que as autoridades espanholas, solicitassem ao Reino Unido a extradição do General

---

[486] A base legal para a ação popular é o artigo 125 da Constituição Federal e os artigos 101 e 270 do Código de Processo Civil.

[487] BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (BOE), núm.157, 2 de julho de 1985, disponível no site: www.premium.vlex.com.

[488] (…) Art. 125 Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales. Disponível no site: www. tribunalconstitucional.es.

[489] AUDIENCIA NACIONAL-SALA DE LO PENAL – PLENO. ROLLO DE APELACIÓN 173/98 – SECCIÓN PRIMERA - SUMARIO 1/98. JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NÚMERO SEIS. Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena. Madrid, 5 de noviembre de 1998.

Pinochet para a Espanha, afim de que respondesse a processo pelo crimes de genocídio, terrorismo, e tortura. O promotor público apelou à Divisão Criminal da Audiência Nacional alegando que as Cortes espanholas não teriam jurisdição em relação aos crimes em questão haja vista, não constituírem genocídio ou terrorismo.[490]

A Câmara da Audiência Nacional, composta por 11 (onze) juízes, julgou a favor da jurisdição da Espanha com base no Princípio da Jurisdição Universal, com base nos fundamentos que passamos a abordar.

Inicialmente tratou-se do crime de genocídio, em relação ao qual a Audiência entendeu que o artigo VI da Convenção sobre o Genocídio, ratificada pela Espanha em 1968, não impede o exercício da jurisdição extraterritorial. Transcrevemos a abaixo o entendimento :

> (…) O artigo 6º da Convenção não exclui a existência de órgãos judiciais com jurisdição distinta daqueles do local do crime ou de um tribunal internacional. O artigo 6º da Convenção preconiza por um tribunal penal internacional e impõe aos Estados parte a obrigação de que os genocídios sejam obrigatoriamente julgados por órgãos judiciais do Estado em cujo território os crimes foram cometidos. Entretanto, seria contrário ao espírito da Convenção – que busca um compromisso entre as Partes contratantes, mediante o emprego de suas respectivas normativas penais, de persecução ao genocídio como delito do direito internacional e evitando-se a impunidade de crime tão grave – **tomar-se o citado artigo 6º da Convenção como norma limitativa do exercício da jurisdição**, excluindo qualquer outra distinta das que a Convenção contempla. O fato das Partes contratantes não terem concordado com a persecução universal para o crime, por cada uma das suas jurisdições nacionais, não impede o estabelecimento, por um Estado parte deste tipo de jurisdição para um crime que abrange o mundo todo e que afeta a comunidade internacional diretamente, a humanidade toda, como a própria Convenção entende. De nenhum modo, poderíamos entender que o artigo 6º transcrito impeça, que os Estado signatários façam uso do princípio de persecução por personalidade ativa adotado por suas normas internas. **Seria impensável que, devido à Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Espanha, por exemplo, não pudesse punir um genocida de nacionalidade espanhola que houvesse praticado o crime fora da Espanha e se encontrasse em nosso país**, cumpridos os requisitos do artigo 23, parágrafo segundo, da Lei Orgânica do Poder Judicial. Assim sendo, a parte final do artigo 6º do Convênio de 1948 não autoriza tampouco a exclusão da jurisdição para a punição do genocídio de um Estado parte, como Espanha, cujo sistema normativo acolhe a extraterritorialidade conforme a jurisdição para tal crime no parágrafo quarto do artigo 23 da Lei Orgânica do Poder Judicial, de modo algum incompatível com esta Convenção.
>
> Deve-se reconhecer, em razão da prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno (artigos 96 da Constituição Espanhola e 97 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969), que o artigo 6º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio impõe a subsidiariedade da

[490] Sumário baseado no "*summary*" – INTERNATIONAL LAW REPORTS 119 (1998) *Pinochet* 331.

> atuação das distintas jurisdições que a Convenção contempla, de forma que a jurisdição de um Estado deveria se abster de exercer a jurisdição sobre condutas, constituindo genocídio, que estivessem sendo processados por tribunais do país em que ocorreram ou por um tribunal penal internacional.[491]
>
> *(grifo nosso)*

Em relação à questão do terrorismo, o entendimento se baseia em grande parte no raciocínio empregado ao genocídio, especialmente em razão de ambos os crimes se encontrarem no artigo 23.4, lista dos crimes sujeitos à jurisdição universal combinado com a artigo 5(2) da Convenção contra a Tortura.

A Audiência Nacional por fim, emprega brevemente como argumento para a alegação feita pelo promotor sobre o artigo 2(1) da Carta das Nações Unidas, segundo o qual:

> (…) Art 2º A Organização e seus membros, para a resolução dos propósitos mencionados no art 1º, agirão de acordo com os seguintes princípios:
> 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros.[492]

---

[491] Discrepa de esta opinión el Pleno de la Sala. El artículo 6 del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional. El artículo 6 del Convenio anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio -que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave- tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla. Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de transcendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende. De ningún modo podríamos entender que el artículo 6 transcrito impidiese a los Estados signatarios hacer uso del principio de persecución por personalidad activa recogido en sus normativas internas. Sería impensable que, por aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, España, por ejemplo, no pudiese castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país, cumplidos los requisitos del artículo 23, apartado dos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, los términos del artículo 6 del Convenio de 1948 no autorizan tampoco a excluir la jurisdicción para el castigo del genocidio de un Estado parte, como España, cuyo sistema normativo recoge la extraterritorialidad en orden al enjuiciamiento de tal delito en el apartado cuatro del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de ningún modo incompatible con el Convenio.Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (artículos 96 de la Constitución Española y 97 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969), es que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional. *Fundamentos de Derecho. Segundo.*

[492] *Coletânea de Direito Internacional*…..p. 33.

Aplica-se o seguinte raciocínio[493]:

> (…) Quando os órgãos judiciais espanhóis aplicam tal preceito não invalidam nem interferem na soberania do Estado onde se cometeu o crime, apenas fazem exercício da própria soberania espanhola em relação aos crimes internacionais.
> A Espanha tem jurisdição para conhecer as condutas, derivada do princípio da persecução universal de determinados delitos – categoria do Direito internacional – amparada por nossa legislação interna. Possui também como interesse legítimo o exercício desta jurisdição, ao serem mais de cinqüenta os espanhóis mortos ou desaparecidos no Chile, vítimas da repressão denunciada nos autos.

Desta forma, a Corte confirma a atribuição da jurisdição espanhola para os crimes em questão, permitindo a continuação do processo, independentemente da concessão da extradição pelo Reino Unido.

---

[493] Cuando los órganos judiciales españoles aplican dicho último precepto no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía del Estado donde se cometió el delito, sino que hacen ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales. España tiene jurisdicción para conocer de los hechos, derivada del principio de persecución universal de determinados delitos -categoría de Derecho internacional- acogida por nuestra legislación interna. Tiene también en un interés legítimo en el ejercicio de esa jurisdicción, al ser más de cincuenta los españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en los autos. Fundamentos de Derecho. Noveno.

6. O Conceito de *Aut Dedere Aut Judicare* como obrigação de exercício da Jurisdição Universal

O presente capítulo objetiva abordar o princípio *aut dedere aut judicare*, como exigência mínima a ser cumprida pelos Estados no exercício da jurisdição universal, segundo a qual:

> (...) A presença do acusado no território do Estado do processo, pré-requisito para a implementação da doutrina da jurisdição universal em muito sistemas jurídicos domésticos, não é um vínculo no sentido de uma base jurisdicional, mas apenas uma condição processual para o exercício da jurisdição universal, em geral requerida por razões práticas. Algumas convenções internacionais a mencionam, com a finalidade de estabelecer uma obrigação mínima aos Estados de implementar a jurisdição universal.[494]

Resta-nos analisar como as convenções internacionais estabelecem esta obrigação, ou seja, qual o mecanismo, especialmente em relação aos crimes internacionais, para posteriormente concluir se existem subsídios necessários para falarmos em obrigação mínima *aut dedere aut judicare* com fundamento no direito consuetudínário, portanto na ausência de uma convenção ou tratado internacional.

6.1. O Conceito de *Aut dedere Aut Judicare*

A obrigação imposta a um Estado, no qual se encontra o presumido autor de um crime de extraditar (*aut dedere*) ou de processar e julgar (*aut judicare*[495]), constitui parte essencial do sistema de competência e cooperação estatal em matéria penal. Esta obrigação tem como objetivo central evitar a impunidade e fazer com que

---

[494] ASCENSIO, H. *Are Spanish Courts Backing Down on Universality? The Supreme Tribunal's Decision in Guatemalan Generals,* 1 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE, (JICJ) (2003) 700 (ênfase original): (…) The presence of the accused on the territory of the prosecuting state, a prerequisite for the implementation of the universal jurisdiction doctrine in many domestic legal systems, is not a link in the sense of a basis of jurisdiction, but only *a procedural condition for the exercise* of universal jurisdiction, usually required for practical reasons….*In*: O'KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*….p. 751.

[495] Alguns autores empregam a terminologia *aut dedere aut prosequi,* conforme esclarece LA ROSA, Anne-Marie. *Dictionnaire de Droit International Pénal*…p.1: (…) Cette obligation a été nuancée tant en ce qui concerne l'extradition (*aut dedere*) que pour ce qui est de l'obligation sinon de punir (*aut punire*), du mois de juger (*aut judicare*) ou de poursuivre (*aut prosequi*).

os indivíduos responsáveis por crimes particularmente graves, sejam trazidos à justiça, havendo desta forma uma jurisdição penal para processá-los e puni-los[496].

A expressão *aut dedere aut judicare* é uma adaptação moderna da expressão usada por GROTIUS: *aut dedere aut punire* (extraditar ou punir).

Nas palavras de GROTIUS (1625):

> (…) Um Estado normalmente não permite que outro Estado envie um exército armado sobre o seu território para prender os criminosos de guerra que deseja punir. Faz-se necessário que o Estado, do território em que se encontra o culpado, atente e convença-se de duas coisas: ou que **puna** ele mesmo o culpado, com base na requisição do outro Estado, ou que ele o **envie** por suas mãos próprias para que seja punido conforme julgamento a ser por este realizado.[497]
> *(grifo nosso)*

Modernamente a expressão é utilizada com referência ao princípio adotado em tratados específicos, para determinados crimes. Tal emprego não significa necessariamente que a fórmula reflita uma obrigação geral com base no direito consuetudinário internacional. Entretanto, sua adoção em um número crescente de tratados multilaterais tem dado origem ao questionamento no sentido de saber-se se o princípio *aut dedere aut judicare* poderia atualmente consistir em uma regra emergente do direito consuetudinário, ou ao menos em relação aos crimes internacionais, aos quais este se aplicaria independentemente dos tratados específicos que incorporam tais crimes.

Neste sentido focalizamos dois aspectos centrais da questão:

i. as generalizações que podem ser realizadas a partir do material documental:
ii. os tipos de considerações que podem ser pertinentes para testar a hipótese de que o princípio *aut dedere aut judicare* poder ser

---

[496] ROSA, Anne-Marie La. *Dictionnaire de Droit International Pénal. Termes choisis*. Publications de L'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genève, 1ére édition, Avril 1998, Presses Universitaires de France, Paris, p. 1.

[497] (…)Un Etat ne permet pas ordinairement qu'un autre Etat envoie sur ses terres des gens armés pour prendre des criminels de guerre qu'il veut punir. It faut donc que l'Etat, sur les terres duquel se trouve le coupable, atteint et convaincu fasse deux choses: ou qu'il punisse lui-même le coupable, à la réquisition de l'autre Etat, ou qu'il le remette entre ses mains pour le punir comme il le jugera à propos. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, 1625, L. II, ch. XX, LX, 3. In: ROSA, Anne-Marie La. *Dictionnaire de Droit International*……p. 1.

considerado uma regra do direito consuetudinário internacional, ao menos em relação aos crimes internacionais. [498]

Cabe-nos agora passar para a relação entre este princípio e o princípio da jurisdição universal. O princípio *aut dedere aut judicare*, como afirmam FICHET-BOYLE e MOSSÉ (2000)[499], podem ser aplicados em combinação com outros critérios particulares determinantes da jurisdição (*ratione personae* ou *ratione loci*) e portanto, apenas obrigar o Estado parte a extraditar ou julgar os autores dos atos cometidos no seu território, por ou contra seus nacionais. Neste caso não se poderia falar em Jurisdição Universal. No entanto, conforme uma abordagem mais radical, aplicada às infrações graves, este mesmo princípio se aplicará aos supostos autores de infrações, que se encontram no território do Estado parte no qual cometeram tais crimes . Esta hipótese corresponderia ao conceito de Jurisdição Universal, a qual se aplica às quatro Convenções de Genebra de 1949, à Convenção das Nações Unidas contra o *apartheid* de 1973 ou ainda Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes 1984.

Entendemos que a máxima *aut dedere aut judicare* se caracteriza como um padrão mínimo, ou seja, sob o ponto de vista do Princípio da Jurisdição Universal, configura-se como a obrigação mínima a ser observada pelos Estados na repressão dos crimes internacionais. Assim, haveria uma distinção clara entre o princípio se resultante de uma convenção ou tratado internacional em relação a crimes comuns, e sua aplicação em relação aos crimes internacionais. Nesta última hipótese, falamos exercício da jurisdição universal como elemento de conexão, sendo o princípio *aut dedere aut judicare* a implementação de uma obrigação resultante do direito internacional, fruto de incriminação internacional.

---

[498] BASSIOUNI, M. Cherif e WISE, Edward M. *Aut dedere aut judicare: The duty to Extradite or Prosecute in International Law*. Martinus Nijhopp Publishers. 1995, The Netherlands.

[499] FICHET-BOYLE, Isabelle. MOSSÉ, Marc. *L'Obrigation de Prendre des Mesures Internes Nécessaires à la Prévention et à la Répression des Infractions*. Chapitre 71. *In*: Ascensio. Hervé. Decaux, Emmanuel. Pellet, Alain. Droit International Pénal. CEDIN Paris X. Editions A. Pedone. Paris. 2000. p. 871-885.

6.2. O Princípio *Aut Dedere Aut Judicare* nas Convenções Internacionais

Examinaremos o Princípio da Jurisdição Universal Absoluta *Derivada*[500], admitindo-se a jurisdição universal baseada no direito convencional. Assim, estudaremos as principais convenções internacionais, as quais constituem uma fonte primária do Direito Internacional[501]. Não serão trazidas as resoluções de órgãos intergovernamentais, projetos e estudo, por consistiram *opinio juris*, as quais embora de fundamental importância para o desenvolvimento da disciplina, não apresentam caráter vinculante.

6.3. Tipos de obrigação

Em geral muitas das categorias, consagradas nos Tratados Internacionais requerem que as partes proíbam, julguem e punam tal conduta. Estas categorias foram construídas como um aparato para classificação dos crimes internacionais, o que de acordo com a definição empregada para construir este modelo classificatório, um crime internacional é uma conduta realizada por indivíduos à qual uma convenção multilateral obriga os Estados a reprimirem por meio de sanções criminais.[502]

6.3.1. Os Tratados de Extradição

Muitas das questões relativas à extradição dependem do direito interno e em especial, constitucional do Estado e o efeito dos tratados no ordenamento jurídico interno[503]. No entanto, algumas cortes, na concessão de extradição na ausência de um tratado têm adotado certos "princípios gerais do direito internacional". Dentre estes, destacam-se, a saber:

---

[500] Ver definição de HENZELIN (2000), Capítulo 4 (4.2.4)
[501] Conforme abordagem do Capítulo 2.
[502] BASSIOUNI, M. Cherif e WISE, Edward M. *Aut dedere aut judicare: The duty to Extradite or Prosecute in International Law*….p. 7. Ver sobre a noção de crimes internacionais, Capítulo 2.
[503] BROWNLIE, Ian. *Principles of International Law*……. p. 319.

(i) *princípio da dupla criminalidade* ou incriminação *bilateral*, segundo o qual a conduta praticada deve ser considerada um crime conforme as leis de ambos os Estados, do de custódia e do que requer a extradição;

(ii) *princípio da especialidade*, com base no qual a pessoa a ser entregue deve ser processada e condenada exclusivamente pelos crimes, em razão dos quais foi extraditada.

Além dos princípios acima, em geral a extradição pode ainda ser recusada se houver receio fundado de que o Estado requerente possa não observar o "devido processo legal", bem como na hipótese do crime ser considerado como político.

Como regra geral os Estados se recusam a extraditar seus nacionais, o que em alguns casos ao fazê-lo sem assumir a responsabilidade de processar os supostos autores, configura um abuso de poder.[504]

Assim como a responsabilidade internacional pode surgir como uma conseqüência da busca ilegal de supostos autores, a violação da lei não afeta a validade do exercício subseqüente da jurisdição em relação a estes.[505] A posição é similar em relação aos vícios ocorridos no processo de extradição e nas entregas equivocadas de criminais foragidos.[506]

Em 1925 o tema foi estudado pela Comissão de Expertos da Liga das Nações, o qual concluiu em 29 de janeiro de 1926, que embora houvesse um grande desejo de buscar-se um acordo geral, existiam grande dificuldades para que esta idéia fosse concretizada, Mesmo assim, por meio deste projeto da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard (*Faculty of the Harvard Law School*) foi proposta uma Convenção para Extradição (*Draft Convention on Extradition*), incluindo comentários. Passamos a apresentar alguns dos pontos relevantes, pois se trata de um estudo que demonstra com clareza o posicionamento norte-americano, bem como de demais Estados à época.

São basicamente duas as fórmulas adotadas pelo projeto *Harvard Research*. Inicialmente a não-extradição com o dever de processar:

---

[504] BROWNLIE, Ian. *Principles of International Law*…. p. 320.

[505] Este foi o posicionamento adotado no Caso *Noriega,* (*United States* v. *Noriega*), United States District Court, 8 de dezembro de 1992. Reproduzido em INTERNATIONAL LAW REPORTS 99.

[506] Harvard Research, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 29 (1935), Supplement: Research in International Law. Part II. Acts, Part II. Persons, Part IV. Extradition Procedure. 72-212.

(...) **Reserva número três. Não-extradição de nacionais com o dever de processar**
Um Estado requerido pode recusar a extradição de uma pessoa com base no fato de que este seja uma pessoa nacional do Estado requerido, e era nacional à época em que se alega que o ato foi praticado, se o ato em relação ao qual a extradição é buscada é punível nas cortes do Estado requerido; no entanto, em qualquer caso no qual o direito de recusar a extradição é exercido, o Estado requerido deve ter o dever de processar o suposto autor, em razão do ato pelo qual o extradição é solicitada[507]
Comentário
Enquanto a não-extradição de nacionais não tem sempre indo ao encontro dos dispositivos legais do direito interno para o julgamento de nacionais por atos praticados no exterior, hoje é provavelmente considerada uma regra da política nacional, incorporada ao direito interno, em casos de Estados os quais também em razão da política nacional, opõe-se a extraditar os seus nacionais; e a afirmativa de jurisdição para punir nacionais por atos praticados no exterior são dados como uma justificativa para sua não-extradição. É assim razoável, no desenvolvimento da guerra internacional ao crimes, limitar o escopo desta reserva aos casos nos quais o ato alegado é punível nas cortes do Estado requerido. Os Estados Unidos não adotaram um política geral de punir seus nacionais por atos praticados no exterior, o que ao ratificar a Convenção de Montevidéu é colocado na reserva ao artigo 2.

(grifo nosso)

Em segundo lugar, a fórmula sem o dever de processar:

(...) **Reserva número quatro. Não-extradição de nacionais sem o dever de processar**
Um Estado requerido pode recusar a extradição de uma pessoa com base no fato de que este seja uma pessoa nacional do Estado requerido, e era nacional à época em que se alega que o ato foi praticado.
Comentário
Esta reserva deve ser incluída pois existem Estados que relutam em extraditar seus nacionais, e além disto que não admitem a possibilidade de processar seus

---

[507] Harvard Research, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 29 (1935), Supplement: Research in International Law, p. 236: (…)RESERVATION NUMBER THREE. NON-EXTRADITION OF NATIONALS WITH THE DUTY OF PROSECUTION. A requested State may decline to extradite a person claimed on the ground that he is a national of the requested State, and was such national at the time when the act in question is alleged to have been done, if the act for which extradition is sought is punishable in the courts of the requested State; however, in any case in which this right to decline extradition is exercised, the requested State shall have a duty to prosecute the person claimed for the act for which his extradition is sought. COMMENT. While the non-extradition of nationals has not always gone hand in hand with provision under the municipal law for trial of nationals for acts done abroad, today it is probably to be found as a rule of national policy, embodied in municipal law, in cases of States which also, as a matter of national policy, oppose extradition of their nationals; and the assertion of jurisdiction to punish nationals for acts done abroad is given as a justification for their non-extradition. It is therefore reasonable, in the furtherance of international war on crime, to limit the scope of this reservation to cases where the act charged is punishable in the courts of the requested State. It is because the United States has not adopted a general policy of punishing its nationals for acts done abroad that, in ratifying the Montevideo Convention, it made a reservation to Article 2. (*citações omitidas*).

> nacionais por atos cometidos no exterior. Tais Estados não se enquadram na reserva incorporada ao número três.[508]
>
> *(grifo nosso)*

Esta obrigação decorrente de um tratado de extradição não consiste necessariamente no exercício mínimo da Jurisdição Universal, pois conforme ressalta WISE (1987)[509], o fato de uma convenção multilateral impor uma obrigação de extraditar indivíduos que cometeram um crime específico, não torna tal crime um crime internacional. Seu objetivo principal é o de resolver o problema criado pela recusa da maioria dos Estados de extraditar os seus nacionais. Como exemplo trazemos os principais dispositivos dos seguintes tratados:

> (…) **Tratado de Extradição entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa**[510]
> ARTIGO I Obrigação de Extraditar
> As Partes Contratantes acordam na extradição recíproca de pessoas, segundo as disposições do presente Tratado, para fins de procedimento criminal, ou para cumprimento de pena privativa da liberdade por infração cujo julgamento seja da competência dos tribunais da Parte requerente.
> ARTIGO III Inadmissibilidade de extradição
> 1. Não terá lugar a extradição nos seguintes casos:
> a) ser a pessoa reclamada nacional da Parte requerida;
> b) ter sido a infração cometida no território da Parte requerida;
> c) ter a pessoa reclamada sido definitivamente julgada na Parte requerida ou num terceiro Estado pelos fatos que fundamentam o pedido de extradição e ter sido absolvida, ou, no caso de condenação, ter cumprido a pena;
> d) estar extinto no momento do recebimento do pedido, segundo a lei de qualquer das Partes Contratantes, o procedimento criminal ou a pena, por prescrição ou por qualquer outra causa;
> e) estar anistiada a infração segundo a lei de qualquer das Partes Contratantes;
> f) ser a infração punível com pena de morte ou prisão perpétua;
> g) dever a pessoa ser julgada por tribunal de exceção ou cumprir uma pena decretada por um tribunal dessa natureza;
> h) haver fundadas razões para considerar que a pessoa reclamada será sujeita a processo que não ofereça garantias de um procedimento criminal que respeite as

---

[508] Harvard Research, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 29 (1935), Supplement: Research in International Law, p. 238: (…)RESERVATION NUMBER FOUR. NON-EXTRADITION OF NATIONALS WITHOUT DUTY OF PROSECUTION. A requested State may decline to extradite a person claimed on the ground that he is a national of the requested State, and was such national at the time when the act in question is alleged to have been done. COMMENT. This reservation is included because there are States which are reluctant to extradite their nationals, and yet who do not provide for the prosecution of their nationals for acts done abroad. Such States could not fulfil the condition incorporated in Reservation Number Three.

[509] WISE, E. Book Review, 35 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW. 842 (1987). In: BASSIOUNI, M. Cherif e WISE, Edward M. *Aut dedere aut judicare: The duty to Extradite or Prosecute in International Law*….p. 8.

[510] Celebrado em 07/05/1991, promulgado por meio do Decreto nº 1325 de 02/12/1994. Fonte: Ministério das Relações Exteriores/Divisão de Atos Internacionais.
Disponível no site: http://www2.mre.gov.br/dai/biport.htm

condições internacionalmente reconhecidas como indispensáveis à salvaguarda dos Direitos do Homem ou cumprirá a pena em condições desumanas;
i) tratar-se, segundo a legislação da Parte requerida, de infração de natureza política ou com ela conexa;
j) haver fundadas razões para concluir que a extradição é solicitada para fins de procedimento criminal ou de cumprimento de pena por parte de uma pessoa, em virtude da sua raça, sexo, religião, nacionalidade ou convicções políticas, ou que a situação dessa pessoa possa ser prejudicada por qualquer dessas razões;
l) tratar-se de crime militar que, segundo a lei de ambas as Partes Contratantes, não constitua simultaneamente uma infração de direito comum.
2.[…]
ARTIGO IV Julgamento pela Parte Requerida
1. Se a extradição não puder ser concedida por se verificar algum dos fundamentos previstos nas alíneas a), f) e g) do número 1 do Artigo anterior, a **Parte requerida obriga-se a submeter o infrator a julgamento pelo Tribunal competente** e, em conformidade com a sua lei, pelos fatos que fundamentaram, ou poderiam ter fundamentado, o pedido de extradição.
2. Para os efeitos previstos no número anterior, a Parte requerida poder solicitar à Parte requerente, quando esta não os tenha enviado espontaneamente, os elementos necessários à instauração do respectivo procedimento criminal, designadamente os meios de prova utilizáveis.

(grifo nosso)

(...) **Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul**[511]
ARTIGO 1 Da Obrigação de Conceder a Extradição
Os Estados Partes obrigam-se a entregar, reciprocamente, segundo as regras e as condições estabelecidas no presente Acordo, as pessoas que se encontrem em seus respectivos territórios e que sejam procuradas pelas autoridades competentes de outro Estado Parte, para serem processadas pela prática presumida de algum delito, que respondam a processo já em curso ou para a execução de uma pena privativa de liberdade.
ARTIGO 11 Da Nacionalidade
1. A nacionalidade da pessoa reclamada não poderá ser invocada para denegar a extradição, salvo disposição constitucional em contrário.
2. Os Estados Partes que não contemplem disposição de natureza igual à prevista no parágrafo anterior poderão denegar-lhe a extradição de seus nacionais.
3. Nas hipóteses dos parágrafos anteriores, **o Estado Parte que denegar a extradição deverá promover o julgamento do indivíduo**, mantendo o outro Estado Parte informado do andamento do processo, devendo ainda remeter, finalizado o juízo, cópia da sentença.
4. Para os efeitos deste Artigo, a condição de nacional será determinada pela legislação do Estado Parte requerido, apreciada quando do momento da apresentação do pedido de extradição, e sempre que a nacionalidade não tenha sido adquirida com o propósito fraudulento de impedi-la.

(grifo nosso)

---

[511] Celebrado em 10/12/1998. aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 605, de 11 de setembro de 2003 e promulgado por meio do Decreto nº 4.975, de 30 de janeiro de 2004. O referido Acordo entrou em vigor internacional em 01/01/2004 para o Brasil e o Uruguai, únicos dois países que até o momento o ratificaram. Fonte: Ministério das Relações Exteriores/Divisão de Atos Internacionais. Disponível no site: http://www2.mre.gov.br/dai/biport.htm.

Pode-se notar que ambas adotam a não-extradição com o dever de processar, sendo esta fórmula a que tende a ser adotada pelos Tratados de Extradição em geral no atual estágio de desenvolvimento.

6.3.2. A Formulação da Convenção Internacional para a Repressão de Moeda Falsa

A Convenção Internacional para a Repressão de Moeda Falsa (1929) parece ser o primeiro tratado abordando os crimes internacionais, no qual consta uma obrigação de processar os supostos autores não extraditados[512]. Constitui-se assim, como um protótipo para um grupo de acordos internacionais de surgiriam baseados nesta formulação: a obrigação de extraditar ou processar, em razão do suposto crime internacional cometido.

Diferentemente do que ocorre na Convenção de Haia 1970, a Convenção Internacional para a Repressão de Moeda Falsa não requer que as partes estejam prontas a exercer jurisdição em todos os casos em que o suposto autor não seja extraditado[513]. A obrigação de processar na hipótese de não extraditar está condicionada ao exercício da jurisdição extraterritorial.

Dispositivos similares são encontrados na Convenção de 1936 para a repressão do tráfico ilícito do drogas nocivas[514] celebrado por ocasião da Conferência para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, a qual determina:

> (…) Artigo III
> As Altas Partes Contratantes, que possuem jurisdição extra-territorial sobre o território de outra Alta Parte Contratante, se comprometem a baixar as disposições legislativas necessárias para punir **seus nacionais** que, nesse território, se tenham tornado culpados, de qualquer dos atos mencionados no Artigo 2, tão severamente como se o ato tivesse sido cometido em seu próprio território.
> Artigo VII

---

[512] BASSIOUNI, M. Cherif e WISE, Edward M. *Aut dedere aut judicare: The duty to Extradite or Prosecute in International Law*. Martinus Nijhopp Publishers. 1995, The Netherlands.p.12.
[513] BASSIOUNI, M. Cherif e WISE, Edward M. *Aut dedere aut judicare: The duty to Extradite or Prosecute in International Law*. Martinus Nijhopp Publishers. 1995, The Netherlands.p.12.
[514] Celebrado em 26 de junho de 1936, promulgado por meio do Decreto nº 2.994 de 17 de agosto de 1938. Fonte: Ministério das Relações Exteriores/Divisão de Atos Internacionais. Disponível no site: http://www2.mre.gov.br.

> 1. Nos países que **não admitem o princípio da extradição de nacionais**, os *nacionais,* que entrarem no território de seu país, após se terem tornado culpados no estrangeiro, de qualquer ato mencionado no artigo 2, **devem ser perseguidos e punidos como se o ato tivesse sido praticado no referido território**, mesmo no caso de haver o culpado adquirido sua nacionalidade posteriormente à infração.
> 2. Esta disposição não é aplicável se, em casos semelhantes, a extradição de um estrangeiro não pode ser concedida.
> Artigo VIII
> **Os estrangeiros**, que praticarem no estrangeiro, um dos atos previstos no Artigo 2 e que se encontrarem no território de uma das Altas Partes Contratantes, devem ser **processados e punidos**, como se o ato tivesse sido praticado nesse território, preenchidas as seguintes condições:
> a) se havendo sido pedida a extradição, não puder ela ser concedida por motivo estranho ao ato propriamente dito;
> b) se a legislação do país de refúgio admitir, como regra geral, o processo por infrações cometidas por estrangeiros fora do território nacional.
> *(grifo nosso)*

Esta Convenção portanto, emprega o imperativo: "…devem ser processados e punidos…" substituindo a expressão: "….devem ser punidos…." da Convenção Internacional para a Repressão de Moeda Falsa.

Outro exemplo deste tipo de formulação é encontrado na Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio concluída em Lake Success, Nova York em 21 de março de 1950:

> (…) Artigo 9
> Os nacionais de um Estado, cuja **legislação não admitir a extradição de nacionais** que regressaram a êsse Estado após haver cometido no estrangeiro qualquer dos atos de que tratam os Artigos 1 e 2 da presente Convenção, **deverão ser julgados e punidos** pelos tribunais de seu próprio Estado.
> Esta disposição **não será obrigatória** se, em caso análogo e que interessar a Partes na presente Convenção, **não puder ser concedida a extradição de um estrangeiro**.[515]
> *(grifo nosso)*

Esta Convenção não possui, no entanto, qualquer disposição a respeito do processo e julgamento de um estrangeiro do Estado requerido.

Observando a Convenção Única sobre Entorpecentes assinada em Nova York em 30 de março de 1961:

---

[515] Assinada pelo Brasil em 5 de outubro de 1951, aprovada Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 6 de 11 de junho de 1958 promulgada pelo Decreto nº46.981 de 8 de outubro de 1959. Fonte: Ministério das Relações Exteriores/Divisão de Atos Internacionais. Disponível no site: http://www2.mre.gov.br.

(…)
ARTIGO 36 Disposições Penais
2. Observadas as restrições estabelecidas pelas respectivas constituições, sistema legal e legislação nacional de cada Parte:
a) IV - os delitos graves acima referidos, **cometidos por nacionais ou por estrangeiros**[516], **deverão ser julgados** pela Parte em cujo território se encontra o criminoso **se a extradição não for admitida** por lei da Parte à qual foi solicitada, e se o criminoso já não houver sido julgado e sentenciado.[517]

(grifo nosso)

Trata-se portanto de um único dispositivo endereçado aos nacionais e estrangeiros, abordagem parecida tem a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas[518], assinada em Viena em 21 de fevereiro de 1971:

(…)
ARTIGO 22 Disposições Penais
2 Ressalvadas as limitações constitucionais da parte, seu sistema legal e suas leis internas:
a) (IV) os delitos sérios mencionados até agora, **cometidos quer por nacionais, quer por estrangeiros**, **serão processados** pela parte em cujo território o delito cometido ou pela parte em cujo território se encontra o delinqüente, se a **extradição** em conformidade com as leis da parte à qual se faz o pedido, **não for aceitáve**l, e se o delinqüente não tiver sido ainda processado e a sentença não houver sido emitida.
5. Nada do disposto neste artigo afetará o princípio de que os delitos aqui mencionados serão definidos, processados e pundios em conformidade com o direito interno da parte.

(grifo nosso)

Finalmente, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional[519], adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000.

[...] Artigo 16 Extradição
1. O presente Artigo aplica-se às infrações abrangidas pela presente Convenção ou nos casos em que um grupo criminoso organizado esteja implicado numa infração prevista nas alíneas a) ou b) do parágrafo 1 do Artigo 3 e em que a pessoa que é objeto do pedido de extradição se encontre no Estado Parte requerido, desde que a infração pela qual é pedida a extradição seja punível pelo direito interno do Estado Parte requerente e do Estado Parte requerido.

---

[516] Impressão disponível no site do Ministério das Relações Exteriores: www. mre.org.br, lê-se: "…cometidos por nacionais estrangeiros…", na realidade existe um provável erro de impressão haja vista a versão disponível: Mar.30, 1961, 520 U.N.T.S. 204, ser: "…committed either by nationals or by foreigners…"
[517] Promulgada por meio do decreto 54.216 de 27 de agosto de 1964.
[518] Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 90, de 5 de dezembro de 1972 e promulgada por meio do Decreto nº 79.388 de 14 de março de 1977. Fonte: Ministério das Relações Exteriores/Divisão de Atos Internacionais. Disponível no site: http://www2.mre.gov.br .
[519] Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 231 de 29 de maio de 2003 e promulgada por meio do Decreto nº 5.015 de 12 de marco de 2004.

…..
7. A extradição estará sujeita às condições previstas no direito interno do Estado Parte requerido ou em tratados de extradição aplicáveis, incluindo, nomeadamente, condições relativas à pena mínima requerida para uma extradição e aos motivos pelos quais o Estado Parte requerido pode recusar a extradição.
….
10. Um Estado Parte em cujo território se encontre o presumível autor da infração, **se não extraditar** esta pessoa a título de uma infração à qual se aplica o presente Artigo pelo único **motivo de se tratar de um seu cidadão**, deverá, a pedido do Estado Parte requerente da extradição, **submeter o caso**, sem demora excessiva, às suas autoridades competentes para efeitos de **procedimento judicial**. Estas autoridades tomarão a sua decisão e seguirão os trâmites do processo da mesma forma que em relação a qualquer outra infração grave, à luz do direito interno deste Estado Parte. Os Estados Partes interessados cooperarão entre si, nomeadamente em matéria processual e probatória, para assegurar a eficácia dos referidos atos judiciais.
11. […]
12. Se a extradição, pedida para efeitos de execução de uma pena, for recusada porque a pessoa que é objeto deste pedido é um **cidadão do Estado Parte requerido**, este, se o seu **direito interno o permitir**, em conformidade com as prescrições deste direito e a pedido do Estado Parte requerente, considerará a **possibilidade de dar execução à pena** que foi aplicada em conformidade com o direito do Estado Parte requerente ou ao que dessa pena faltar cumprir.
13. […]
14. Nenhuma disposição da presente Convenção deverá ser interpretada no sentido de que impõe uma obrigação de extraditar a um Estado Parte requerido, se existirem sérias razões para supor que o pedido foi apresentado com a finalidade de perseguir ou punir uma pessoa em razão do seu sexo, raça, religião, nacionalidade, origem étnica ou opiniões políticas, ou que a satisfação daquele pedido provocaria um prejuízo a essa pessoa por alguma destas razões.
….
17. Os Estados Partes procurarão celebrar acordos ou protocolos bilaterais e multilaterais com o objetivo de permitir a extradição ou de aumentar a sua eficácia.

6.3.3. As Convenções de Genebra

O terceiro grupo dos tratados incorporando a obrigação de extraditar ou processar consiste nas Quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais.

Após a II Guerra Mundial em razão da clara necessidade de proteção à população civil em tempo de guerra, o Comitê Internacional de Cruz Vermelha

apresentou em agosto de 1948 quatro projetos de convenção, na XVII[a] Conferência Internacional de Cruz Vermelha em Estocolmo.[520]

As Convenções e o Protocolo Adicional I se aplicam aos conflitos armados internacionais, enquanto o Protocolo Adicional II se aplica à proteção das vítimas dos conflitos armados internos.

Todas apresentam o seguinte artigo em comum em relação à repressão às "graves violações" às respectivas Convenções:

> (…) As Altas Partes contratantes comprometem-se a tomar as medidas legislativas necessárias para fixar as sanções penais adequadas, a aplicar às pessoas que tenham cometido ou dado ordem para se cometer alguma das infracções graves à presente Convenção, definidas no artigo seguinte.
> Cada Parte contratante terá a **obrigação de procurar as pessoas acusadas** de terem cometido, ou de terem dado ordem para se cometer, alguma dessas infracções graves, e **deverá remetê-las aos seus próprios tribunais**, **qualquer que seja a nacionalidade dessas pessoas**. Se assim o preferir e consoante as condições previstas pela sua própria legislação, **poderá remetê-las**, **para julgamento**, **a uma outra Parte contratante** interessada na causa, desde que esta Parte contratante possua elementos de acusação suficientes contra as referidas pessoas.
> Cada Parte contratante tomará as medidas necessárias para fazer cessar os actos contrários às disposições da presente Convenção, além das infracções graves definidas no artigo seguinte.[521]
>
> *(grifo nosso)*

Conforme esta formulação, cabe ao Estado parte julgar o suposto autor ou entregá-lo para que seja julgado por outro Estado parte.

A expressão "qualquer que seja a nacionalidade dessas pessoas" parece sugerir o emprego da jurisdição universal. De qualquer forma, a obrigação de buscar e processar é complementada por uma obrigação alternativa na segunda parte do parágrafo, a qual estabelece que se a Parte preferir e consoante as condições

---

[520] HENZELIN, M. *Le principe de l'universalité en droit pénal international*…. p. 351.

[521] Artigo 49, Convenção I, Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha, 12 de Agosto de 1949, U.N.T.S. 31, 62; Artigo 50, Convenção II, Convenção de Genebra para melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos Das Forças Armadas no Mar, de 12 de Agosto de 1949, U.N.T.S. 85, 116; Artigo 129, Convenção III, Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de Agosto de 1949, U.N.T.S. 135, 236; Artigo 146, Convenção IV, Convenção de Genebra Relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, de 12 de Agosto de 1949, U.N.T.S. 287, 386. Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais, Adoptado a 8 de Junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados.Entrada em vigor na ordem internacional: 7 de Dezembro de 1979, em conformidade com o artigo 95.
Fonte: Gabinete de Documentação e Direito Comparado/Cruz Vermelha. Disponível no site:http://www.icrc.org/web/por/siteporo.nsf/iwpList2/Info_resources:IHLdatabases#listanchor2.

previstas pela sua própria legislação, "**poderá remetê-las** (pessoas acusadas), **para julgamento**, **a uma outra Parte contratante** interessada na causa, desde que esta Parte contratante possua elementos de acusação suficientes contra as referidas pessoas".

Poderiam terceiros Estados, sem qualquer vínculo com o crime ou suposto autor, utilizar este dispositivo para solicitar a extradição do suposto acusado, com a finalidade de processá-lo em seus tribunais, ou seja, exercitando a Jurisdição Universal Absoluta (*in absentia*)? O texto fala em remeter para julgamento a uma outra Parte interessada na causa, o que sugere algum vínculo ao menos.

O regime das Convenções de Genebra 1949 e Protocolo Adicional I é imperativo, *judicare* vem antes de *dedere* e é baseada na real custódia do suposto acusado. Contrário ao que ocorre na Convenções pré II Guerra Mundial, a competência do *judex loci deprehensionis* em relação às graves violações é primária e mandatória a todos os Estados parte, não apenas para os que a legislação interna reconhece como regra geral o princípio da jurisdição extraterritorial. [522]

6.3.4. A Formulação da Convenção de Haia

O quarto grupo de tratados impondo a obrigação de extraditar ou processar consiste na **Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves**[523], concluída na Haia, em 16 de dezembro de 1970 (Convenção de Haia, 1970) e os acordos subseqüentes adotando-a como modelo.

A Convenção de Haia, diferentemente do que ocorre com a Convenção Internacional para a Repressão de Moeda Falsa, não subordina a obrigação de processar por uma das partes à existência de leis do direito interno aplicadas à competência jurisdicional extraterritorial. Abaixo transcrevemos os dispositivos aplicáveis:

> (...) Artigo 4º [obrigação de estabelecer competência jurisdicional]
> 1. Cada Estado contratante tomará as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o crime e todo outro ato de violência contra passageiro ou tripulação cometido pelo suposto criminoso em conexão com o crime, nos seguintes casos:

---

[522] REYDAMS, Luc. *Universal Jurisdiction*.....p. 56.
[523] Aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 71, de 28 de setembro de 1971 e promulgada por meio do Decreto no 70.201, de 24 de fevereiro de 1972.

a) quando o crime for cometido a bordo de uma aeronave registrada no referido Estado;
b) quando a aeronave a bordo da qual o crime for cometido aterrissar no seu território com o suposto criminoso ainda a bordo;
c) quando o crime for cometido a bordo de uma aeronave arrendada sem tripulação a um arrendatário que possua o centro principal de seus negócios, ou, se não possuir tal centro principal de negócios, residência permanente no referido Estado.
2. Cada Estado contratante tomará igualmente as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o crime no caso de o suposto criminoso se encontrar presente no seu território e o referido Estado não o extraditar, segundo o artigo 8º, para qualquer dos Estados mencionados no parágrafo 1 do presente artigo.
3. A presente Convenção não exclui qualquer jurisdição criminal exercida nos termos da lei nacional.
Artigo 7º [obrigação de extraditar ou processar]
O Estado contratante em cujo território o suposto criminoso for encontrado, **se não o extraditar**, **obrigar-se-á**, **sem qualquer exceção**, tenha ou não o crime sido cometido no seu território, a submeter o caso às suas autoridades competentes para o fim de ser o mesmo **processado**. As referidas autoridades decidirão do mesmo modo que no caso de qualquer crime comum, de natureza grave, sujeito à lei do mencionado Estado.
Artigo 8º [Extradição]
1. O crime deverá ser considerado crime extraditável em todo tratado de extradição existente entre os Estados contratantes. Os Estados contratantes obrigar-se-ão a incluir o crime como extraditável em todo tratado de extradição que vierem a concluir entre si.
2. Se um Estado contratante que condiciona a extradição à existência de tratado receber um pedido de extradição por parte de outro Estado contratante com o qual não mantém tratado de extradição, poderá, a seu critério, considerar a presente Convenção como base legal para a extradição com relação ao crime. A extradição sujeitar-se-á às outras condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação.
3. Os Estados contratantes que não condicionam a extradição a existência de um tratado reconhecerão, entre si, o crime como extraditável, sujeito às condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação.
4. O crime será considerado, para o fim de extradição entre os Estados contratantes, como se tivesse sido cometido não apenas no lugar em que ocorreu, mas também nos territórios dos Estados solicitados a estabelecerem sua jurisdição, de acordo com o artigo 4º, parágrafo 1.

(grifo nosso)

Conforme esclarece HENZELIN (2000)[524]:

[524] HENZELIN, Marc. *Le principe de l'universalité en droit pénal international….* p. 301: (…) La Convention de La Haye se distingue des conventions d'avant-guerre, dont la Convention de Genève de 1929 pour la répression du faux monnayage, qui ne prévoyaient le jugement au lieu où se trouve l'auteur qu'en cas de *demande d'extradition* par un autre Eta partie et de refus de la part de l'Etat requis. De même, elle se démarque des Conventions de Genève de 1949, qui prévoyaient l'obrigation inconditionnelle pour les Etats contractants de recherche et de juger les auteurs d'infractions graves, mais avec la possibilité pour ces Etats de *remettre* (par opposition à extrader) les prévenus à une Partie contractante intéressée si celle-ci retenait des charges suffisantes.

> (…) Na realidade a Convenção de Haia se distingue das convenções pré-guerra, dentre elas a Convenção de Genebra de 1929 para a Repressão de Moeda Falsa, a qual não prevê o julgamento no local onde se encontra o autor, na hipótese de pedido de extradição por um outro Estado parte e recusa pelo Estado requerido. Da mesma forma, ela se distingue da Convenção de Genebra de 1949, que prevê a obrigação incondicional dos Estados contratantes de buscar e julgar os autores das graves violações, mas com a possibilidade destes Estados de *remetê-las, para julgamento, a uma outra Parte contratante interessada na causa, desde que esta Parte contratante possua elementos de acusação suficientes contra as referidas pessoas*[525].

Pode-se dizer que em razão do disposto no artigo 7º, os Estados não estão apenas obrigados a legislar para estabelecer sua competência jurisdicional em determinados casos particulares, mas também obrigados a processá-los caso se encontre em seu território e não seja extraditado. Neste sentido a fórmula da Convenção de Haia 1970, estabelece uma obrigação de repressão quase universal, unicamente condicionada pela presença do suposto autor no território do Estado e por sua não-extradição (*aut dedere aut prosequi*)[526]

Esta convenção cria um sistema *dual*[527] para o estabelecimento da jurisdição, baseado em princípios primários e secundários. Os primários são encontrados no artigo 4º(1) e (2), pois obrigam os Estados a requerer a extradição dos supostos autores ao Estado em cujo território se encontram. Os secundários se encontram no artigo 4º(3), pois não impõe a obrigação de requer a extradição, ficando admitindo, assim, *qualquer jurisdição criminal exercida nos termos da lei nacional*.

A obrigação central é a do Estado em cujo território o suposto autor se encontra, de submeter o caso às suas autoridades competentes para fins de processá-lo caso não o extradite (artigo 8º). Dois dispositivos objetivam assegurar que o Estado cumpra esta obrigação, a saber: o artigo 8º estabelece a base legal necessária para que o Estado de custódia conceda a extradição requerida e o artigo 4º(2) obriga que os Estados partes tomem as medidas necessárias para que seja estabelecida a jurisdição *ratione materiae* e *ratione loci* no direito interno, na hipótese do suposto autor estar presente no seu território e ser recusada sua extradição. O artigo 4º (3) permite que o Estado ainda estabeleça outros critérios além dos constantes do artigo 4º (1), ou seja, a nacionalidade do acusado e da vítima.

---

[525] Parte final dispositivo comum às Convenções de Genebra 1949 e Protocolo Adicional I.
[526] HENZELIN, Marc. *Le principe de l'universalité en droit pénal international*. …p. 302.
[527] HENZELIN, Marc. *Le principe de l'universalité en droit pénal international*. …p. 303. (953. Selon certains auteurs, les Conventions établissent un système dual entre des principes « primaires » et des principes « secondaire ».)

Não está claro entretanto, se a obrigação de submeter o caso às autoridades competentes para fins de processar o suposto autor, surge apenas após a extradição ter sido requerida e denegada pelo Estado de custodia, ou se esta obrigação existe independentemente do pedido de extradição.[528]

A questão é saber-se se o art. 4º(2) elege o princípio de competência autônoma (*judex deprehensionis*), com base nos mesmos parâmetros que o (1) ou unicamente como princípio alternativo à extradição.

Concretamente, a questão é a seguinte, como coloca HENZELIN (2000): "O processo é alternativo à extradição (*aut dedere aut prosequi*) ou subsidiário à recusa da extradição (*primo dedere secundo prosequi*)?" [529]

Na opinião de HENZELIN (2000), conforme seus elementos e o previsto no artigo 4(1), o Estado de custódia (*l'Etat d'arrestation*), com base na Convenção, deve em todo caso prender o suspeito autor que se encontra em seu território e iniciar o processo penal conforme dispõe o artigo 6º:

> (...) Artigo 6º
> 1. Todo Estado contratante em cujo território o criminoso ou o suposto criminoso se encontrar presente, se considerar que as circunstâncias o justificam, **procederá à sua detenção ou tomará outras medidas para garantir sua presença.** A detenção e as outras medidas serão conformes a lei do referido Estado e somente terão a duração necessária ao início de um processo penal ou de extradição.
> 2. O referido Estado fará imediatamente uma investigação preliminar dos fatos.
> 3. Toda pessoa detida consoante o parágrafo 1 do presente artigo terá facilidades para se comunicar imediatamente com representante competente mais próximo do Estado do qual é nacional.
> 4. O Estado que, segundo o presente artigo, houver detido uma pessoa deverá notificar imediatamente o Estado de registro da aeronave, o Estado mencionado no artigo 4º, parágrafo 1, *c*, o Estado de nacionalidade da pessoa detida e, se considerar aconselhável, todo outro Estado interessado de que tal pessoa se encontra detida e das circunstâncias que autorizam sua detenção. O Estado que fizer a investigação preliminar prevista no parágrafo 2 do presente artigo comunicará imediatamente seus resultados ao referido Estado e declarará se pretende exercer sua jurisdição.
>
> *(grifo nosso)*

Portanto, o Estado que houver detido o suposto criminoso não pode partir do princípio de que exista o desinteresse dos Estados competentes em relação

---

[528] REYDAMS, Luc. *Universal Jurisdiction*..... p.63.

[529] HENZELIN, Marc. *Le principe de l'universalité en droit pénal international*….p..303: "La poursuite est-elle alternative à l'extradition (aut dedere aut prosequi) ou subsidiaire au refus d'extradition (primo dedere secundo prosequi)?"

ao caso. Atualmente conforme o artigo 6º, o Estado da detenção deve em seguida igualmente informar os Estados competentes, como determina o artigo 4 (1), para que estes possam caso exista interesse solicitar a extradição. Apenas na hipótese de inexistir um pedido de extradição , que o Estado de detenção deverá dar continuidade ao processo, conforme determina o artigo 7º.[530]

Este tipo de obrigação foi reproduzido em uma série de acordos internacionais, realizados para a repressão dos crimes internacionais pelas Nações Unidas e suas agências especializadas, tomamos especificamente a **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**, adotada na XL Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, realizada em Nova York, a 10 de dezembro de 1984, segundo a qual:

> (...) Artigo 5º [Obrigação de estabelecer jurisdição]
> 1. Cada Estado Membro tomará as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes previstos no "artigo 4º", nos seguintes casos:
> a) Quando os crimes tenham sido cometidos em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de navio ou aeronave registrada no Estado em questão.
> b) Quando o suposto autor for nacional do Estado em questão.
> c) Quando a vítima for nacional do Estado em questão e este o considerar apropriado.
> 2. Cada Estado Membro tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes, nos casos em que o suposto autor se encontre em qualquer território sob sua jurisdição e o Estado não o extradite, de acordo com o "artigo 8º", para qualquer dos Estados mencionados no "1 do presente artigo".
> 3. Esta Convenção não exclui qualquer jurisdição criminal exercida de acordo com o direito interno.
>
> Artigo 7º [Obrigação de extraditar ou processar]
> 1. O Estado Parte no território sob a jurisdição do qual o suposto autor de qualquer dos crimes mencionados no "artigo 4º" for encontrado, **se não o extraditar**, **obrigar-se-á**, nos caos contemplados no "artigo 5º", **a submeter o caso às suas autoridades competentes para o fim de ser o mesmo processado**.
> 2. As referidas autoridades tomarão sua decisão de acordo com as mesmas normas aplicáveis a qualquer crime de natureza grave, conforme a legislação do referido Estado. Nos casos previstos no "2 do artigo 5º", as regras sobre prova para fins de processo e condenação não poderão de modo algum ser menos rigorosas do que as que se aplicarem aos casos previstos no "1 do artigo 5º".
> 3. Qualquer pessoa processada por qualquer dos crimes previstos no "artigo 4º" receberá garantias de tratamento justo em todas as fases do processo.
>
> Artigo 8º [Extradição]

---

[530] HENZELIN, Marc. *Le principe de l'universalité en droit pénal international…* p.304.

> 1. Os crimes que se refere o "artigo 4º" serão considerados como extraditáveis em qualquer tratado de extradição existente entre os Estados partes. Os Estados partes obrigar-se-ão a incluir tais crimes como extraditáveis em todo tratado de extradição que vierem a concluir entre si.
> 2. Se um Estado Parte que condiciona a extradição à existência do tratado receber um pedido de extradição por parte de outro Estado Parte com o qual não mantém tratado de extradição, poderá considerar a presente Convenção como base legal para a extradição com respeito a tais crimes. A extradição sujeitar-se-á às outras condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação.
> 3. Os Estados Partes que não condicionam a extradição à existência de um tratado reconhecerão, entre si, tais crimes como extraditáveis, dentro das condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação.
> 4. O crime será considerado, para o fim de extradição entre os Estados Partes, como se tivesse ocorrido não apenas no lugar em que ocorreu mas também nos territórios dos Estados chamados a estabelecerem, sua jurisdição de acordo com o "1 do artigo 5º".[531]

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes em matéria jurisdicional se caracteriza primordialmente pelo fato de que ela não impõe uma obrigação puramente legislativa e territorial, que caracteriza as Convenções precedentes de Direitos Humanos, por reproduzir o modelo de segurança coletivo da Convenção de Haia, dominados pelo princípio de liberdade jurisdicional, *aut dedere aut prosequi* , assim por uma obrigação de processar. Em particular a aplicação do princípio *aut dedere aut prosequi* foi amplamente debatido e por fim admitido expressamente pelos grupos de trabalho preparatório. É precisamente a recusa de certos países de admitirem a alternativa *aut dedere aut prosequi* que lhes impede de assinar e ratificar a Convenção. Para a inclusão de cláusulas típicas de convenções de luta contra a criminalidade internacional, a Convenção sobre a tortura demonstra claramente uma tendência de uniformalização das cláusulas jurisdicionais extraterritoriais, (*cela quel que soit le domaine en cause*)[532]

A proibição universal da tortura e a aplicação do princípio da universalidade para processar e julgar os casos de tortura têm sido considerados, em um determinado número de situações como de direito consuetudinário, mesmo de *jus cogens*.

---

[531]Adotada pelo Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984. Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 4, de 23 de maio de 1989, como Carta de Ratificação da Convenção foi depositada em 28 de setembro de 1989, entrada em vigor para o Brasil em 28 de outubro de 1989, promulgada por meio do Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Coletânea Direito Internacional.
[532] HENZELIN, Marc. *Le principe de l'universalité en droit pénal international…* p.349.

Como questionamos em relação às Convenções de Genebra, pode-se indagar em relação à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes se a máxima *aut dedere aut judicare* sanciona o direito de um terceiro país de exercer a Jurisdição Universal *Absoluta* (*in absentia*). Poderia um Estado não mencionado no artigo 5º(1) ou 5º(2) solicitar a extradição de um suspeito com o objetivo de processá-lo em suas cortes? A última parte do artigo 5(2) apenas considera a extradição *para qualquer dos Estados mencionados no "1 do presente artigo"* (artigo 5º). Conforme pudemos analisar, na prática estatal, o Estados tendem a entender que a Convenção não tem a finalidade de restringir a Jurisdição Universal, razão pela qual seria admissível o direito de um terceiro país. Ressalta-se que de forma alguma este direito pode ser considerado um dever do terceiro país.

Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio[533] (1948)

O termo genocídio proveniente do grego *genos* (raça, tribo) e do latim *caedere* (matar)[534] foi introduzido por Raphael Lemkin em sua obra tratando dos crimes nazistas na Europa ocupada, em 1944[535]. Seguindo a afirmação dos Princípios do Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg[536], este crime foi reconhecido pela Resolução 96(I) de 11 de dezembro de 1946, a qual afirma que o genocídio é um crime de direito internacional, condenado pelo mundo civilizado e solicita que o Conselho Social e Econômico realize os estudos necessários para que seja elaborada uma convenção específica[537].

Em sua terceira sessão, a Assembléia Geral submeteu o relatório do Comitê *Ad Hoc* ao Sexto Comitê da Assembléia Geral, o qual dedicou cinqüenta e

---

[533] Adotada em 28.07.1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocadas pela Resolução 429 (V) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 14.12.1950. Promulgada no Brasil pelo Decreto 50.215, de 28.01.1961, reproduzida em *Coletânea de Direito Internacional* .....458-470.

[534]Raphael Lemkin 1944. *In*: HENZELIN, Marc. *Le principe de l'universalité en droit pénal international…* p.339.

[535]Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington: Carnegie Endowment of Wordl Peace, 1944. *In*: SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*…p. 36.

[536] UNGA Res. 95(I) (1946); 188 UN Doc A/64/Add. 1(1946). *In*: REYDAMS, Luc. *Universal Jurisdiction....* p. 48.

[537] KUNZ, Josef L. *The United Nations Convention on Genocide*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 43, No. 4 (Oct., 1949), 738-746. p. 739.

uma reuniões durante dois meses para o exame e discussão do projeto, o que resultou em uma série de emendas.[538] Acreditamos ser relevante trazer as principais questões levantadas acerca da Jurisdição Universal:

> (…) Aqueles a favor da repressão universal argumentaram que o genocídio seria, na maioria dos casos cometido pelas próprias autoridades estatais ou que estas autoridades seriam auxiliadas e instigadas pelo crime. Obviamente neste caso as cortes nacionais deste Estado não iriam garantir a repressão ao genocídio. Assim, quando as autoridades de um outro Estado tivessem a oportunidade de prender os (supostos) autores, eles deveriam enviá-los à suas próprias cortes. Os que apóiam o princípio da repressão universal acrescentam ainda que, como o genocídio seria um crime do direito internacional, seria natural aplicar o princípio da repressão universal. Eles citaram convenções sobre a repressão de crimes internacionais como o tráfico de mulheres e crianças, moeda falsa, etc.
> A visão oposta argumentou que a repressão universal seria contra os princípios tradicionais do direito internacional e que permitir que as cortes de um Estado punissem crimes cometidos extraterritorialmente por estrangeiros seria contra a soberania do Estado. Eles acrescentaram que, como o genocídio geralmente implicava a responsabilidade do Estado, no território no qual houvesse sido cometido, o princípio da repressão universal levaria as cortes nacionais a julgar atos de governos estrangeiros, o que poderia resultar em perigosa tensão internacional.[539]

Segundo SCHABAS (2004) havia a esperança daqueles que tomaram a iniciativa na Assembléia Geral, de que o genocídio seria reconhecido como um crime de jurisdição universal, sujeito à repressão pelas cortes nacionais, além daquelas do território onde foi cometido.[540]

---

[538] KUNZ, Josef L. *The United Nations Convention on Genocide*.....p.739.

[539] REYDAMS, Luc. *Universal Jurisdiction*.....p. 49 citado em Study on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Mr. N Ruhashyankiko, Special Rapporteur, UN Doc E/CN.4/Sub.2/416 (1978): (…) Those in favour of universal repression held that genocide would be mostly committed by the State authorities themselves or that these authorities would have aided and abetted the crime. Obviously in this case the national courts of that State would not enforce repression of genocide. Therefore, whenever the authorities of another State had occasion to arrest the offenders they should turn them over to their own courts.
The supporters of the principle of universal repression added that, since genocide was a crime in international law, it was natural to apply the principle of universal repression. They quoted conventions on the repression of international offences such as traffic in women and children, counterfeiting currency, etc.
The opposite view held that universal repression was against the traditional principles of international law and that permitting the courts of one State to punish crimes committed abroad by foreigners was against the sovereignty of the State. They added that, as genocide generally implied the responsibility of the State, on the territory of which it was committed, the principle of universal repression would lead national courts to judge the acts of foreign goverments. Dangerous international tension might result.

[540] SCHABAS, William A. *International Criminal Court*….p. 36.

A Convenção foi adotada unanimemente e sem abstenções pela Assembléia Geral em 09 de dezembro de 1948[541], entrando em vigor dois anos após obter 20 (vinte) ratificações.

Transcrevemos o artigo 6º, conforme anteriormente mencionado na análise da jurisprudência estatal, realizada no capítulo anterior:

> (....) Artigo 6º [Jurisdição]
> As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no "artigo 3º" serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes - contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição.

Com a finalidade de viabilizar a segunda parte do dispositivo, a Assembléia Geral após a adoção da Convenção, solicitou à Comissão Internacional de Direito Internacional a realização de um estudo para fins de estabelecimento de um órgão judicial internacional para julgar as pessoas acusadas de genocídio e outros crimes[542]. O ideal de estabelecimento de uma Corte Internacional foi por fim concretizado com a entrada em vigor do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.[543]

A controvérsia a respeito da jurisdição universal permanece. A questão foi abordada por dois juízes da Corte Internacional de Justiça no caso Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio[544], bem como pode-se verificar no caso *Eichmann*. Em geral, recai sobre o genocídio problemática similar à tortura, ou seja, quanto ao direito/dever de um terceiro Estado de adotar o Princípio da Jurisdição Universal. Entendemos que a hipótese de um dever, terá como fundamento a máxima *aut dedere aut judicare*, a qual dada a ausência de dispositivo convencional, deverá ser baseada no direito consuetudinário, o que analisamos a seguir.

Quanto à hipótese de um direito do terceiro Estado, fala-se então em direito de exercício do Princípio da Jurisdição Universal *Absoluta*, conforme a direito consuetudinário, não se aplicando à esta hipótese o dever de exercício mínimo da jurisdição.

---

[541] UNGA Res 260A (III) (1948).
[542] UNGA Res 260B (III) (1948).
[543] Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Roma, 17 de julho de 1998; UN DocA/CONF. 183/10; reimpresso em (1998) 37 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 999.
[544] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Reports 1993, 325.

6.4. O Costume determinando o Princípio *Aut Dedere Aut Judicare*

A afirmação de que o princípio *aut dedere aut judicare* tenha *status* de direito consuetudinário pode ter uma interpretação mais restrita ou mais ampla. De um lado, pode se dizer que o princípio se tornou uma regra consuetudinária com relação a um crime específico, definido em um tratado particular. Por outro lado, pode-se também afirmar que, de maneira mais ampla, o princípio é uma regra consuetudinária aplicável a toda uma classe de ofensas internacionais, ou ainda em relação aos crimes internacionais como um todo. [545]

Na hipótese do dever de extraditar ou processar ser considerado em um determinado tratado como obrigação consuetudinária, aplicada a um crime definido em um acordo internacional, será obrigatório aos Estados que não o ratificaram. Mesmo o fato das partes poderem dizer que a obrigação não é simplesmente contratual, mas que representa uma obrigação conforme o direito internacional geral.[546]

A afirmação de que o princípio *aut dedere aut judicare* se aplica, como direito consuetudinário, aos crimes internacionais como um todo, ou a uma determina classe de crimes internacionais também produz as mesmas conseqüências. Entretanto, pode ainda haver a conseqüência adicional de que a obrigação de extraditar e processar, como ocorre por exemplo em relação à Convenção sobre o Genocídio esteja explicitamente incorporada no tratado. Além disto, os tratados possuem diferentes formulações do princípio, o que dependendo do conteúdo da norma costumeira, a obrigação de extraditar ou processar resultante pode ser mais rigorosa, do que a constante do dispositivo do tratado.[547]

BASSOUNI (1995) apóia, como o tem feito em várias oportunidades[548], esta segunda abordagem, de acordo com a qual o princípio *aut*

---

[545] BASSIOUNI, M. Cherif e WISE, Edward M. *Aut dedere aut judicare: The duty to Extradite or Prosecute in International Law*….p. 20. Sobre as conseqüências de um dispositivo do tratado ter sido transposta para o direito consuetudinário, ver em geral Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* 3-10, 79-81 (1989).

[546] WEIL, Prosper. *Towards Relative Normativity in International Law*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 77, No. 3 (Jul., 1983), 413-442.

[547] BASSIOUNI, M. Cherif e WISE, Edward M. *Aut dedere aut judicare: The duty to Extradite or Prosecute in International Law*…. p. 20.

[548] M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* 499-508 (1992); M. Cherif Bassiouni, International Extradition: United States Law and Practice 22-24 (2d ed, 1987); M.

dedere aut judicare se aplica à todas os crimes internacionais, e parece ser endossada pelo Juiz Weeramantry em seu "voto dissidente" da ordem de denegação de medidas provisionais no Caso *Lockerbie*. Esta seria a maneira como a afirmação desta obrigação de extraditar ou processar atingiu o seu *status* de regra de direito internacional consuetudinário, embora ressalta que sua argumentação também se aplica à afirmativas mais limitadas do *status* consuetudinário do princípio *aut dedere aut judicare*.

A argumentação se baseia nos seguintes pontos:

(1) A determinação de um dever de extraditar ou punir não estava limitado aos crimes internacionais, pois seria aplicado também aos crimes comuns. O dever estaria vinculado ao conceito de *civitas maxima*.

(2) Enquanto Grotius falava de um dever de extraditar ou punir (*aut dedere aut punire*), seria mais apropriado referir-se a um dever de extraditar ou processar (*aut dedere aut judicare*), haja vista a possibilidade de que o suposto autor fosse inocente.

(3) Durante o século XIX, havia uma certa controvérsia quanto ao fato do direito internacional impor uma obrigação de extraditar na ausência de um tratado de extradição[549]. Modernamente, existe um consenso geral de que ao menos em relação aos crimes comuns, não existe uma obrigação de se extraditar na ausência de um tratado que preveja tal obrigação.[550]

(4) A questão fundamental é definir-se se os crimes internacionais constituem uma exceção à regra de que não há obrigação de extraditar na ausência de um tratado de extradição. De qualquer forma, independentemente da interpretação empregada, admitindo-se a possibilidade dos supostos autores serem

---

Cherif Bassiouni, *Characteristics of International Criminal Law Conventions,* in 1 International Criminal Law: Crimes, at xviii, 1986, at 1, 7-8; M. Cherif Bassiouni, The Penal Characteristics of Conventional International Criminal Law, 15 Case W. Res. J. Int'l L. 27, 34-36 (1983). In: BASSIOUNI, M. Cherif e WISE, Edward M. *Aut dedere aut judicare: The duty to Extradite or Prosecute in International Law*….p.21.

[549] Wheaton descrevia a questão em uma lista amplamente copiada. A favor da obrigação de extraditar: Grotius, Heineccius, Burlamaqui, Vattel, Rutherforth, Schmelzing e Kent, contra: Pufendorf. Voet, Martens, Kluber, Leyser, Kluit, Saafeld, Schmaltz, Mittermayer, and Heffter. *In*: WHEATON, Henry. *Elements of International Law*…..§ 115 Extradição de Criminais (Extradition of Criminals). Embora citação feita por BASSOUNI (1995) se aplique à edição 8th ed. 1866.

[550]Conforme afirma o BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*....p. 318: "Com exceção dos crimes do direito internacional, na ausência de um tratado, entrega de um suposto autor não pode ser requerida como um direito" ("With the exception of alleged crimes under international law, in the absence of treaty, surrender of an alleged criminal cannot be demanded as of right") [citações omitidas]. Ver também Harvard Research, AMERICAN JOUNAL OF INTERNATIONAL LAW 29.

processados por Estados que solicitem a extradição ou mesmo pelo Tribunal Penal Internacional, é essencial a entrega do suposto autor, para que o processo penal seja possível.[551]

(5) Trata-se de um dever em face da comunidade internacional como um todo, a *civitas maxima*[552]. Entretanto, pode ser considerado em termos naturalistas uma "obrigação imperfeita", se não for aceita expressamente em um acordo internacional ou tacitamente como prática dos Estados (não fala do costume). De qualquer forma, a constante reafirmação em tratados internacionais do dever de extraditar ou processar pode ser entendida como uma confirmação, ao menos em relação aos crimes internacionais, de que o princípio *aut dedere aut judicare* tem sido aceito como uma norma do direito internacional geral.

(6) O princípio é mais do que uma norma comum do direito internacional, trata-se de uma condição para a efetiva repressão dos crimes universalmente condenados. As regras que proíbem os crimes internacionais são consideradas *jus cogens*, o que por consequência, tornaria o *aut dedere aut judicare* uma regra de *jus cogens.*

Ao final o que parece central à esta argumentação é a natureza dos crimes internacionais e a natureza do processo pelo qual o direito internacional consuetudinário é formado.

---

[551] Excluída a possibilidade de julgamento *in absentia*, como expressa BROWLIE, Ian. Principles of Public International Law.....p. 318: (...) Fora o julgamento *in absentia*, os Estados dependem da co-operação dos demais Estados para obter a entrega dos suspeito autor or condenado, o qual esteja ou have fled abroad"("Apart from trial in absentia,…states have to depend on the co-operation of the other states in order to obtain surrender of suspected criminals or convicted criminals who are, or have fled, abroad.").

[552] Esta abordagem se baseia na Doutrina da Comunidade Internacional, conforme desenvolvida em FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter As Constitution of The International Community*. COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW, 36, (1998), 529-620.

Parte III

Os Tribunais Penais Internacionais como expressão da Jurisdição Universal dos Estados

7. Instância Penal Internacional Contemporânea: Jurisdição Universal *Delegada* ou *Absoluta*?

Partimos do entendimento de LA ROSA (1998) acerca de jurisdição penal internacional, definida como: "Instância penal criada pelos Estados agindo coletivamente e transferindo o poder de julgar os supostos autores de graves crimes de sua competência."[553]

Neste sentido, a competência da instância penal constituída é estabelecida em termos *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* ou *ratione loci* definidos conforme seu estatuto constitutivo.

A título da jurisdição penal, a instância penal internacional contemporânea deve julgar os supostos autores dos crimes graves de sua competência.[554] As infrações para as quais está autorizada a julgar estão definidas em termos das "violações graves do direito internacional humanitário"[555] ou como "crimes de uma tal gravidade que constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade".[556]

Conforme a jurisdição internacional, a instância penal internacional contemporânea é uma jurisdição na qual o caráter internacional se revela em diferentes aspectos. Inicialmente, sua competência para os crimes em relação aos quais o direito internacional prevê a responsabilidade penal individual. Quanto à sua criação, surgem de um Tratado Multilateral, constituindo seu Estatuto, o qual rege sua competência e funcionamento. [557]

Alguns consideram que os Estados aplicam o Princípio da Universalidade *Absoluta* em função da delegação de competência atribuída pelos demais Estados, para processar e julgar certos crimes do direito das gentes (*droit de*

---

[553] Definição proposta por LA ROSA, Anne-Marie. *Dictionnaire de Droit International Penal*.....p. 57: (...) Instance pénale créée par des Etats agissant collectivement et ayant le pouvoir de juger les presumes auteurs de crimes relevant de sa compétence.

[554] LA ROSA, Anne-Marie. *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve*. Presses Universitaires de France, Paris, 1ére édition: 2003, p. 26: (...) À titre de juridiction pénale, l'instance pénale internationale contemporaine doit juger les présumes auteurs de crimes relevant de sa compétence.

[555] Ver Estatuto TPI, art. 1º

[556] Ver Estatuto TPI, preâmbulo.

[557] Ver Estatuto TPI, art. 1º .

gens) como agentes da comunidade internacional, segundo o princípio do *dédoublement fonctionnel*, pois estes crimes podem ser considerados como atentatórios à ordem pública ou à moral comum da comunidade internacional[558].

Na segunda parte deste estudo, partiu-se de uma ambição de demonstrar em que medida a lógica da incriminação internacional modifica profundamente a natureza do princípio da universalidade e de estudar em que medida os Estados integram este tipo de lógica.

De acordo com a lógica da Universalidade *Delegada*, conforme classificação proposta por HENZELIN (2000) se presumirá que na hipótese de desacordo, que um Estado competente não tenha concordado em delegar sua competência. Com base na doutrina da Universalidade *Absoluta*, a aceitação de um crime de direito internacional implica por conseqüência uma presunção de que este possa ser julgado e processado conforme o Princípio da Universalidade.[559]

A lógica da Universalidade Absoluta deve passar o teste da prática dos Estados, como afirmam os positivistas, os Estados são os titulares da força, os verdadeiros poderes soberanos e legislativos do direito internacional. A problemática real é a de se saber se o Princípio da Universalidade Absoluta é admitida pelos Estados ou apenas uma construção doutrinária. Razão pela qual foi realizado o estudo da "prática dos Estados", o qual demonstrou ser esta reconhecida, especialmente em seu padrão mínimo conforme a máxima *aut dedere aut judicare*.

Nesta etapa serão analisados os Tribunal Penais Internacionais, iniciando por Nuremberg, para em seguida serem analisadas as resoluções 3073 de 1973 da Assembléia Geral das Nações Unidas – Estatutos dos Tribunais para Antiga Iugoslávia e Ruanda, e finalmente o Estatuto do TPI.

7.1. O processo de Nuremberg e suas implicações teóricas

De acordo com KELSEN (1947), a decisão do Tribunal Militar Internacional no Julgamento de Nuremberg não poderia constituir um verdadeiro precedente pois não estabelecia uma nova norma jurídica (*rule of law*). Na realidade

---

[558] HENZELIN, Marc. *Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International, Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*..... p.381.
[559] HENZELIN, Marc. *Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International, Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité* .....p.381.

consistiria na aplicação de normas jurídicas pré-existentes, previstas pelo Acordo Internacional concluído em 8 de agosto de 1945, em Londres, com a finalidade de processar e punir os grandes criminosos de guerra das Potências Européias do Eixo, pelos governos da Grã-Bretanha, dos Estados Unidos da América, França e União Soviética. Seguindo este raciocínio afirma ainda que:

> (...) As normas criadas por este Tratado e aplicadas pelo Tribunal de Nuremberg, mas não criadas por este, representam certamente um direito novo, especialmente ao estabelecer a responsabilidade penal individual para as violações das normas do direito internacional proibindo o recurso à guerra.[560]

Portanto, KELSEN (1947) evidencia a impossibilidade de criação de normas jurídicas por este Tribunal, o que nos parece favorecer o entendimento do que os Estados ao realizarem o Tratado exerceram a jurisdição *prescritiva*.

Transcrevemos a seguir trecho do julgamento, o qual reflete esta lógica:

> (…)A constituição deste Estatuto (dito Tribunal) foi o exercício de um poder soberano pelos países incondicionalmente rendidos pelo Reich alemão e o indiscutível direito destes países de legislarem pelos territórios ocupados, reconhecidos como mundo civilizado. O Estatuto não é um exercício arbitrário de poder por parte das nações vitoriosas, mas diante do Tribunal, como será demonstrado, é a expressão do direito internacional existente à época de sua criação, e neste sentido, uma contribuição para o direito internacional.

---

[560] KELSEN, Hans, *Will the Judgment in Nuremberg Trial constitute a precedent in International Law?,* THE INTERNATIONAL LAW QUARTELY, Volume 1, No. 2, Summer 1947, p 155: (...)The rules created by this Treaty and applied by the Nuremberg Tribunal, but not created by it, represent certainly a new law, especially by establishing individual criminal responsibility for violations of rules of international law prohibiting resort to war. Ver também SCHICK, F.B. The Nuremberg Trial and the International Law of the Future. AMERICAN JOUNAL INTERNATIONAL LAW, Vol. 41, No. 4 (Oct., 1947) 770-794.

> **O poderes signatários criaram este Tribunal, definiram o direito aplicável e estabeleceram regras próprias para o encaminhamento do processo. Ao realizá-lo, fizeram juntos o que cada um poderia ter feito isoladamente**, haja vista não poder se questionar o direito que possui cada nação de estabelecer cortes especiais para aplicar o direito. Com relação à constituição do Tribunal, tudo o que permitiu aos reús solicitarem foi um julgamento justo quanto aos fatos e o direito.[561]
>
> *(grifo nosso)*

Esta declaração sugere duas bases distintas para a jurisdição. Inicialmente a noção de que o direito internacional não permite que os Estados apliquem o direito penal a qualquer acusado por qualquer conduta. Existem limites à jurisdição penal do Estado.[562] Todo Estado tem, entretanto, autoridade para instituir cortes para julgar qualquer pessoa dentro do seu território que cometa crimes de guerra, aos menos se a conduta destes coloquem em risco a segurança da nação. Acredita-se que esta jurisdição é ampla o suficiente para abranger a jurisdição conferida pelo Estatuto.[563] Se cada Estado Parte do Estatuto pode exercer a jurisdição individualmente, então, eles podem concordar no estabelecimento de um tribunal internacional para exercer a jurisdição conjuntamente, configurando esta a segunda base jurisdicional. Pode-se admitir portanto, a partir do contexto da declaração que o Tribunal objetivou esta limitação. [564]

---

[561] The making of the Charter (said the Tribunal) was the exercise of the sovereign legislative power by the countries to which the German Reich unconditionally surrendered; and the undoubted right of these countries to legislate for the occupied territories had been recognized by the civilized world. The Charter is not an arbitrary exercise of power on the part of the victorious nations, but in the view of the Tribunal, as will be shown, it is the expression of international law existing at the time of its creation; and to that extent is itself a contribution to international law.
The Signatory Powers created this Tribunal, defined the law it was to administer, and made regulations for the proper conduct of the Trial. In doing so, they have done together what any one of them might have done singly; for it is not to be doubted that any nation has the right thus to set up special courts to administer law. With regard to the constitution of the court, all that the defendants are entitled to ask is to receive a fair trial on the fact and law. Judgment, p. 216 *In*: WRIGHT, Quincy. The Law of the Nuremberg Trial. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 41, No. 1 (Jan., 1947), 38-72. p. 49.

[562] HARVARD RESEARCH, Piracy, AMERICAN JOUNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 26 (1932), Supplement, p. 743 e Jurisdiction with Respect to Crime, arts. 7-10, pp. 440, 569-73, 579. In: WRIGHT, Quincy. The Law of the Nuremberg Trial. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 41, No. 1 (Jan., 1947), 38-72.

[563] HARVARD RESEARCH, Jurisdiction with Respect to Crime, arts. 7-10, pp. 440, 569-73, 579. In: WRIGHT, Quincy. *The Law of the Nuremberg Trial.* AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 41, No. 1 (Jan., 1947), 38-72.

[564] WRIGHT, Quincy. *The Law of the Nuremberg Trial.* AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 41, No. 1 (Jan., 1947), 38-72. p. 49.

Vale entretanto, ressaltar a grande inovação trazida por este tribunal, na medida em que corresponde "à uma noção comum de justiça, à uma exigência própria da consciência universal"[565].

7.1.1. Os recursos pós-Nuremberg da Doutrina da Universalidade Absoluta

Em 11 de dezembro de 1946, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprova com unanimidade a Resolução 95(I), os princípios do direito internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Em 21 de novembro de 1947, a Assembléia Geral das Nações Unidas estabelece formalmente a Comissão de Direito Internacional e a incumbe pela Resolução 177 (II) de:

> (…) a)formular os princípios do direito internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e pelo julgamento deste Tribunal; b) de preparar um projeto de código dos crimes contra a paz e segurança da humanidade, e indicar claramente o local que lhe convém para acordar os princípios mencionados no item a). [566]

Conforme resume LA ROSA (2003), os princípios de Nuremberg foram reconhecidos pela Assembléia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1946 e resumidos em sete pontos fundamentais, pela Comissão de Direito Internacional em 1950, dentre estes, destamos:

> (...) Os princípios que se referem à responsabilidade penal individual (I), à supremacia da incriminação internacional em relação ao direito interno (II),...à incriminação internacional do recurso à força, à violação das leis e costumes da guerra e dos direito fundamentais da pessoa (VI).[567]

---

[565] VABRES, Donnedieu de. *Le Procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international*. Académie de Droit International. Recueil de Cours, 1947, I Tomo de la Collection, Libraire du Recueil Sirey, 481-577.

[566] a) formuler les principes de droit international reconnus par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal; b) de préparer un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, en indiquant clairement la place qu'il convenait d'accorder aux principes mentionnés au point a). *In*: HENZELIN, Marc. *Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International, Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité* …….p. 388.

[567] *Annuaire* C.D.I. 1950, Vol. II, 374-378. (…) Les principes se réfèrent à la responsabilité pénale individuelle (I), à la primauté de l'incrimination internationale par rapport au droit interne (II), … à l'incrimination internationale des violations du recours à la force, des lois et costumes de la guerre et des droits fondamentaux de la personne (VI). *In*: LA ROSA, Anne-Marie. *Juridictions pénales internationales. La procédures et la preuve*. ….p. 19.

7.2. A doutrina da universalidade absoluta do pós-guerra

Atualmente um certo número de autores se referem principalmente à característica internacional de certos crimes, indicando que por esta razão devem ser processados e julgados, conforme o princípio da universalidade. De acordo com esta doutrina, basta que os crimes sejam reconhecidos como de porte internacional, dignos da preocupação de toda a comunidade internacional, para que todos os Estados possam processar e julgar os supostos acusados.[568]

Como afirma Theodor MERON (1995), em artigo tratando da criminalização internacional de atrocidades internas[569]:

> (…)Uma vez que as atrocidades internas sejam reconhecidas como crimes internacionais e portanto, questões de maior preocupação internacional, deve ser aceito o direito de terceiros Estados de processar seus criminais. Caso típico são os crimes de tal significância que a comunidade internacional teria um grande interesse em processar os criminosos, especialmente quando o sistema judicial penal deste Estado no qual os crimes foram cometidos e/ou o Estado de nacionalidade não conseguiram atuar. Muitas das graves violações do Artigo 3 em comum e do Protocolo II, bem como outras normas significantes das Convenções de Genebra, embora explicitamente não elencadas como graves violações, são de preocupação universal e sujeitas à condenação universal. Estes são crimes jure gentium e portanto, todos os Estados têm o direito de processar os criminosos. Este direito pode ser entendido como análogo, *mutatis mutantis*, à prerrogativa de todos os Estados de invocarem obrigações *erga omnes* contra Estados que violem os direitos básicos da pessoa humana[570].

---

[568] REYDAMS, Luc. *Universal Jurisdiction*...p. 23-24; MERON, Theodor *International Criminalization of Internal Atrocities*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 89, 1995, 554-577. p. 576.

[569] MERON, Theodor. *International Criminalization of Internal Atrocities*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 89, 1995, 554-577. p. 576: (…) Once internal atrocities are recognized as international crimes and thus as matters of major international concern, the right of third states to prosecute violators must be accepted. Typically, these would be offenses of such significance that the international community would have an important interest in prosecuting the violators, especially when the criminal justice systems of the state where the offenses were committed and/or state of nationality have failed to act. Many serious violations of common Articles 3 and Geneva Protocol II, as well as other significant norms of the Geneva Conventions, thought not explicity listed as grave breaches, are of universal concern and subject to universal condemnation. These are crimes jure gentium and therefore all states have the right to try the perpetrators. This right can be seen as an analogue, *mutatis mutantis*, of the prerrogative of all states to invoke obligations *erga omnes* against states that violate the basic rights of the human person.

[570] Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (Belg. v. Spain) (New Application), 1970 ICJ Rep. 3, 32 (Feb. 5). *In*: MERON, Theodor. *International Criminalization of Internal Atrocities*…..p. 576. (citação mencionada).

Pode-se dizer que a doutrina da universalidade *absoluta*, como acima exposta encontra sua fundamentação no conceito de *jus cogens*, estabelecido pelo artigo 64 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados[571]:

> (…) Artigo 64 [Superveniência de uma nova norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*)]
> Se sobrevier[572] uma nova norma imperativa de direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

BASSIOUNI (1995) vê um vínculo direto entre os crimes de direito internacional, provenientes do *jus cogens* e sua repressão universal *erga omnes*.[573] Considera que o *status* jurídico superior dos crimes internacionais, consagra mais do que um direito de punir do Estado, uma obrigação *aut dedere aut prosequi/judicare*, portanto a competência universal absoluta por parte de todos os Estados, como reproduzimos a seguir[574]:

> (…) Muitas das regras que proíbem crimes internacionais são consideradas regras de *jus cogens*: estas proibições são, em geral, consideradas como de extrema importância para a manutenção da ordem pública da "comunidade internacional" e portanto, não suscetíveis de desconsideração em um acordo. Uma vez que constitua uma regra de direito consuetudinário internacional com relação a estes crimes, o mesmo pode ser dito em relação ao princípio *aut dedere aut judicare*.

Outros autores como RANDALL (1987, 1988), baseiam-se na teoria da universalidade *absoluta* sob o ângulo de uma visão historicista, através de três períodos evolucionários: jurisdição universal sobre a pirataria e o tráfico de escravos

---

[571] Resulta a Convenção de Projeto elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU. Aberta à assinatura, em Viena, a 23 de maio de 1969. Entrada em vigor (art. 84) a 27 de janeiro de 1980, em nível internacional. Embora encaminhada ao Congresso Nacional em 20 de abril de 1992 e aprovada em 1995 pelas Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional, a Convenção ainda prossegue (julho de 2005) em tramitação parlamentar. Fonte: *Direito e Relações Internacionais*. Textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo), por Vicente Marotta Rangel. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2002, 313-357.

[572] Com correção do termo "sobreviver" por "sobrevier", conforme versão em *Coletânea de Direito Internacional* …p. 200.

[573] HENZELIN, Marc. *Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International, Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*…… p. 402.

[574] BASSIOUNI, M. Cherif e WISE, Edward M. *Aut dedere aut judicare: The duty to Extradite or Prosecute in International Law*. …..p. 52: (…) A number of the rules prohibiting international offenses are widely held to constitute rules of jus cogens: these prohibitions are generally supposed to be of paramount importance for the maintenance of the public order of the "international community" and therefore are not susceptible of being set aside by agreement. In so far as it constitutes a rule of customary international law with respect to these offenses, the same might be said of the principle *aut dedere aut judicare*.

nos séculos XVI e XIX respectivamente; jurisdição universal sobre os crimes de guerra, crimes contra a humanidade e outros crimes cometidos pelo Eixo no contexto da II Guerra Mundial; e finalmente, jurisdição universal sobre as graves violações às Convenções de Genebra, seqüestro, prisão de reféns, crimes contra pessoas protegidas internacionalmente, apartheid, tortura, genocídio, e demais crimes que se apresentam nas décadas pós II Guerra.[575] O último estágio deste desenvolvimento tem demandado um exame da transformação da jurisdição universal com base no direito convencional e consuetudinário, conforme foi possível constatar pela análise realizada nos Capítulos 4 e 5. A análise indica que as partes destas modernas convenções multilaterais se **obrigam a processar e extraditar indivíduos considerados *hostis humani generis***. Estados que não são partes **têm direito jurisdicional de processar tais criminosos**, o que se acentua pela adoção destas convenções por organizações internacionais bem como o desenvolvimento do direito internacional penal e as doutrinas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*.

7.3. A criação dos Tribunais *ad hoc* pelo Conselho de Segurança

Para CASSESE (2003) o final da Guerra Fria trouxe efeitos importantes para a sociedade internacional, especialmente o final do mundo bipolar, como expressa:

> (…) durante a Era da Guerra Fria os dois blocos de poder garantiram uma certa ordem internacional, na qual cada um dos Superpoderes atuava como uma espécie de policial e garantidor na sua respectiva esfera de influência. O colapso deste modelo de relações internacionais conduziu a uma onda de conseqüências negativas. Acarretou uma fragmentação da comunidade internacional e intensa desordem a qual, ao lado do crescente nacionalismo e fundamentalismo, motivou a maioria dos conflitos armados internos, com muito derramamento de sangue e crueldade. A subseqüente implosão das prévias sociedade multi-étnicas levou a intensa violação do direito humanitário internacional a um escala comparada à cometida durante a II Guerra Mundial.[576]

---

[575] RANDALL, Kenneth C. *Universal Jurisdiction Under International Law*. ….p. 839.

[576] CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law*….. p. 335: (…) during the Cold War era the two power blocs had managed to guarantee a modicrum of international order, in the each of the Superpowers had acted as a sort of policeman and guarantor in its respective sphere of influence. The collapse of this model of international relation ushered in a wave of negative consequences. It entailed a fragmentation of the international community and intense disorder which, coupled with rising nationalism and fundamentalism, resulted in a spiralling of mostly internal armed conflicts, with much bloodshed and cruelty. The ensuing implosion of previously multi-ethnic societies led to gross

Outro fator crucial foi a crescente importância da doutrina dos direitos humanos contribuindo para o estabelecimento de uma justiça penal internacional. Tal período se caracteriza pelo desenvolvimento de instituições competentes para processar e julgar as graves violações do direito internacional humanitário, podendo ser subdividido em duas estágios distintos: 1. o estabelecimento pelo Conselho de Segurança dos dois tribunais *ad hoc* para Antiga Iugoslávia e para Ruanda e; 2. o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, por meio de um tratado multilateral, o Estatuto de Roma[577].

7.3.1. A delegação de competência para a aceitação dos poderes implícitos do Conselho de Segurança

Ao final de 1992, com a guerra na Bósnia, uma Comissão de Expertos estabelecida pelo Conselho de Segurança identificou uma série de crimes de guerra e crimes contra a humanidade que haviam sido cometidos e ainda estavam sendo cometidos, tornando clara a necessidade de estabelecimento de um tribunal penal internacional, uma idéia originalmente proposta por Lorde Owen e Cyrus Vance, os quais estavam trabalhando em uma proposta do juiz (constitucional) francês Robert Badinter[578]. A proposta foi aprovada pela Assembléia Geral em uma Resolução de dezembro de 1992. Os "*rapporteurs*" indicaram conforme a *Moscow Human Dimension Mechanism* da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa, Hans Correll, Gro Hillestand Thune e Helmut Türk, os quais tiveram a iniciativa de preparar o projeto de estatuto. Muitos governos também submeteram propostas de projetos e comentários os quais indicavam a criação de um tribunal.[579]

---

violations of international humanitarian law on a scale comparable to those committed during the Second World War.

[577] CASSESSE, Antonio. *International Criminal Law*….. p. 335.

[578] SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*. …p. 11.

[579] Para uma história documentada da Tribunal Penal para a Antiga Iugoslávia, ver Virginia Morris e Michael P. Scharf, An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis, New York: Transnational Publishers, 1995, In: SCHABAS, William. An Introduction to the International Criminal Court…p.11. Ver também The 'Yugoslav' Crisis in International Law – Part I: General Issues – The Conflict in Yugoslavia – a chronology xix-lvii, e SCHRAG, Minna. *The Yugoslav War Crimes Tribunal: An Interim Assessment*. TRANSNATIONAL LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS, Vol. 7, 15-22.

Com a entrega do relatório do Secretário Geral[580], em 8 de maio de 1993 o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 827 estabelecendo o Tribunal para a Antiga Iugoslávia, bem como seu Estatuto.[581] O Estatuto define a autoridade do Tribunal para processar quatro categorias de crimes, conforme princípios básicos, a saber: as graves violações às Convenções de Genebra de 1949; as violações às leis e costumes da guerra; os crimes contra a humanidade e o genocídio. A jurisdição estava limitada às violações ocorridas no território da antiga Iugoslávia a partir de 1991.[582]

Em novembro de 1994, atendendo a uma solicitação da Ruanda o Conselho de Segurança deliberou a criação de um segundo tribunal *ad hoc*, encarregado de processar e julgar as graves violações do direito humanitário cometidas na Ruanda e nos países vizinhos durante o ano de 1994. Seu Estatuto[583] assemelha-se ao do TPII, entretanto, os dispositivos relativos aos crimes de guerra por refletirem o contexto de um conflito armado eminentemente interno, afastam as graves violações das Convenções de Genebra.

As duas instituições possuem fortes vínculos, pois além da proximidade de seus Estatutos, o Promotor do TPII também atua como Promotor no TPIR e os cinco juízes que compõe a Câmara de Apelação do TPII também compõe a do TPIR, com o objetivo de dar maior consistência na abordagem e aplicação do direito.[584]

Quanto aos fundamentos da atuação do Conselho de Segurança, conforme esclarece o Preâmbulo do Estatuto do TPII:

---

[580] Secretary-General's Report on Aspects of Establishing an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia (Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), U.N.SCOR, 48th Sess., 3175th mtg., U.N.Doc. S/25704 (1993), reproduzida em 32 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 1159 (1993).

[581] S.C.Res. 827, U.N.SCOR, 40th Sess., 3217th mtg., U.N.Doc. S/RES/827 (1993), reproduzida em 32 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 1203 (1993). O nome oficial do Tribunal é Tribunal Internacional para o Julgamento das Pessoas Responsáveis por Graves Violações do Direito Humanitário Cometidas no Território da Antiga Iugoslávia desde 1991 (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991), em geral os autores tendem a empregar a abreviação (do inglês) ICTY, cuja tradução será empregada nesta tese, a saber: TPII.

[582] SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*…. p. 11.

[583] S.C. Res. 955, U.N.SCOR, 49th Sess., 3453rd mtg., U.N.Doc. S/RES/955 (1994), reproduzida em 33 I.L.M. 1598 (1994). O nome oficial do Tribunal é Tribunal Internacional para Ruanda (International Tribunal for Rwanda), em geral os autores tendem a empregar a abreviação (do inglês) ICTR, a qual será empregada nesta tese.

[584] SCHRAG, Minna. *The Yugoslav War Crimes Tribunal: An Interim Assessment*. TRANSNATIONAL LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS, Vol. 7, 15-22, p. 17.

> (...) **Tendo sido criado pelo Conselho de Segurança** agindo ao abrigo do disposto no capítulo VII da Carta das Nações Unidas, o Tribunal Internacional para julgar as pessoas responsáveis por violações graves ao direito internacional humanitário cometidas no território da ex-Jugoslávia desde 1991 (a seguir designado o Tribunal Internacional) funcionará em conformidade com as disposições contidas no presente Estatuto.[585]
>
> *(grifo nosso)*

Portanto, baseia-se na atuação do Conselho de Segurança, conforme os poderes recebidos no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas[586]. Adotando-se a lógica da Carta das Nações Unidas como constituição da comunidade internacional[587], esta atuação do Conselho de Segurança reflete a adoção do Princípio da Jurisdição *Absoluta*, no exercício da jurisdição *prescritiva* dos Estados, delegada à este órgão.

Quanto à sua esfera geográfica de atuação estes tribunais são universais, pois são competentes para julgar: "as pessoas suspeitas de serem responsáveis por violações graves ao direito internacional humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia desde 1991"[588] e "as pessoas responsáveis por violações graves ao direito internacional humanitário cometidas no território do Ruanda, bem como os cidadãos ruandeses responsáveis por essas violações cometidas no território

---

[585] Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Jugoslávia desde 1991. Adoptado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas a 25 de Maio de 1993 (Resolução n.º 827 (1993), de 25 de Maio de 1993). Alterado pelas resoluções do Conselho de Segurança n.ºs 1166 , de 13 de Maio de 1998, e 1329 , de 30 de Novembro de 2000. A versão portuguesa que a seguir se publica é a original, não incluindo as alterações introduzidas por estas duas últimas resoluções; indicam-se, contudo, os artigos alterados, bem como aqueles que foram acrescentados, aparecendo o novo texto em inglês.Entrada em vigor na ordem internacional: 25 de Maio de 1993. Disponível no site: http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/iwpList2/Info_resources:IHL_databases#listanchor2

[586] Capítulo VII - AÇÃO RELATIVA A AMEAÇAS À PAZ, RUPTURA DA PAZ E ATOS DE AGRESSÃO

Art. 39. O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os arts. 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.

Art. 41. O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie, e o rompimento das relações diplomáticas.

Reproduzida em *Coletânea de Direito Internacional*....p. 39.

[587] Adotando-se a lógica desenvolvida por FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter As Constitution of The International Community*. COLUMBIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 36, (1998), 529-619.

[588] Artigo 1º do Estatuto do TPII, (versão portuguesa), disponível no site: http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/iwpList2/Info_resources:IHL_databases#listanchor2

de Estados vizinhos, entre 1 de Janeiro 1994 e 31 de Dezembro de 1994"[589], conforme as disposições contidas nos respectivos estatutos.

O objetivo destes tribunais não foi o de "confiscar" a administração da justiça em detrimento do tribunais estatais, mas ao contrário como declara o Secretário Geral da ONU:

> (…) ao estabelecer o tribunal internacional …o Conselho de Segurança não teve a intenção de precluir ou impedir o exercício da jurisdição pelas cortes nacionais em relação a tais condutas. Na verdade, as cortes nacionais devem encorajar o exercício da jurisdição de acordo com sua legislação nacional e processo judicial. [590]

Com base na leitura dos dispositivos dos Estatutos:

> **Estatuto do TPII - Artigo 9° [Competências concorrentes]**
> 1 - O Tribunal Internacional e as jurisdições nacionais serão concorrentemente competentes para julgar as pessoas suspeitas de serem responsáveis por violações graves ao direito internacional humanitário cometidas no território da ex-Jugoslávia desde 1 de Janeiro de 1991.
> 2 - O Tribunal Internacional terá a primazia sobre as jurisdições nacionais, podendo, em qualquer fase do processo, solicitar oficialmente às jurisdições nacionais que renunciem à respectiva competência a seu favor, em conformidade com o presente Estatuto e respectivo Regulamento.
>
> **Estatuto do TPIR - Artigo 8º [Competências concorrentes]**
> 1. O Tribunal Internacional para o Ruanda e as jurisdições nacionais são concorrentemente competentes para julgar as pessoas responsáveis por violações graves ao direito internacional humanitário cometidas no território do Ruanda, bem como os nacionais do Ruanda por tais violações em território de Estados vizinhos, entre 1 de Janeiro de 1994 e 31 de Dezembro de 1994.
> 2. O Tribunal Internacional para a Ruanda tem primazia sobre as jurisdições nacionais de todos os Estados, podendo, em qualquer fase do processo, solicitar oficialmente às jurisdições nacionais que renunciem à respectiva competência a seu favor, em conformidade com o presente Estatuto e com o Regulamento Processual.

Pode-se concluir serem o TPII e o TPIR certamente casos de aplicação da Doutrina da Universalidade *Absoluta* por certas instâncias internacionais. Como esclarece LA ROSA (1998):

---

[589] Artigo 1º do Estatuto do TPIR (versão portuguesa), disponível no site: http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/iwpList2/Info_resources:IHL_databases#listanchor2

[590] (…)in establishing an international tribunal…it was not the intention of the Security Council to preclude or prevent the exercise of jurisdiction by national courts with respect to such acts. Indeed national courts should be encouraged to exercise their jurisdiction in accordance with their national laws and procedures. Relatório do Secretário Geral da ONU. *In*: SCHRAG, Minna. *The Yugoslav War Crimes Tribunal: An Interim Assessment*. TRANSNATIONAL LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS, Vol. 7, 15-22.

> (...) Este dois tribunais são considerados como a duas primeiras instâncias verdadeiramente internacionais. Estes tribunais distintamente de Nuremberg e Tóquio, não são criações dos "vencedores" para punir os "vencidos". As resoluções do Conselho de Segurança para criar estes tribunais, **manifesta a vontade da comunidade internacional de julgar todos os supostos responsáveis pelas graves violações do direito humanitário internacional.**[591]
>
> *(grifo nosso)*

7.4. Os casos *Tadić* e *Furundžija*, síntese do Princípio da Universalidade Absoluta *Derivada* e da Doutrina da Universalidade Absoluta

A seguir analisaremos os casos *Tadić* e *Furundžija,* reconhecidos como decisões clássicas empregando o Princípio da Universalidade Absoluta *Derivada*, o qual justificaria a atuação do Conselho de Segurança, tendo como fundamento o Doutrina da Universalidade *Absoluta* dos Estados, fruto da incriminação internacional das condutas tratadas. Assim, tem-se um *plus*, na medida em que não se trata apenas da delegação realizada pelos Estados, mas também da noção de crimes internacionais, compreendidos como *jus cogens*.

7.4.1. O caso *Tadić*

No caso *Tadić*[592] a Câmara de Apelação do TPII invocou o direito do Conselho de Segurança de constituir um órgão judiciário baseado no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas para justificar seu *locus standi*, contestado pela defesa.

Como é possível verificar, nesta decisão a Corte reafirma o papel desempenhado pelo Conselho de Segurança, de acordo com a Carta das Nações Unidas, considerada a constituição desta organização. Portanto, seus poderes estão limitados à jurisdição da organização, conforme a responsabilidade delegada pelos membros das Nações Unidas. Esta delegação daria ensejo ao que denominamos

---

[591] LA ROSA, Anne-Marie. *Dictionnaire de Droit International Penal*...p. 61: (...) D'aucuns soutiennent qu'il s'agit en fait des deux premières instances véritablement internationales. Ces tribunaux, contrairement à ceux de Nuremberg et de Tokyo, n'ont pas été créés par les vainqueurs en vue de juger et de punir les vaincus. Les résolutions du Conseil de sécurité portant création de ces instances manifestent la volonté de la communauté internationale de juger toutes personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire.

[592] Caso *Tadić* (competência), ICTY, Appeal Chamber, 2 de outubro de 1995, No. IT-94-1-AR72. § 49-64. Disponível no site: http://www.un.org/icty/.

Princípio da Jurisdição Universal Absoluta *Derivada*, tendo como fundamento a Jurisdição Universal *Absoluta* dos Estados pré-existente.

Nesta primeira parte da argumentação, o enfoque principal é a Carta das Nações Unidas e os poderes específicos recebidos pelo Conselho de Segurança, conforme transcrevemos a seguir:

> (...) 1. **O Poder do Conselho de Segurança de invocar o Capítulo VII**
> 28. O Artigo 39 abre o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas e determina as condições para aplicação deste Capítulo. Ele determina:
> "O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais." (Carta das Nações Unidas, 26 de junho de 1945, art. 39).
> Está claro a partir deste texto que o Conselho de Segurança desempenha papel crucial e exerce uma grande margem de discrição conforme este artigo. Entretanto, isto não significa que estes poderes sejam ilimitados. O Conselho de Segurança é um órgão de uma organização internacional, estabelecida por um tratado, o qual serve como estrutura constitucional à esta organização. **O Conselho de Segurança está portanto, sujeito à certas limitações constitucionais, independentemente quanto estes poderes sejam amplos de acordo com a constituição**. **Tais poderes não podem, em hipótese alguma, ir além dos limites da jurisdição da organização como um todo**, sem mencionar outras limitações específicas ou aquelas derivadas da divisão interna de poderes dentro da Organização. De qualquer forma, nem o texto nem o espírito da Carta concebem o Conselho de Segurança como um *legibus solutus* (insubordinado à lei).
> Em particular, o artigo 24, após declarar, no parágrafo 1º, que os Membros das Nações Unidas "conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais", impondo a este, no parágrafo 3º, a obrigação de submeter relatórios anuais e, quando necessário, especiais à Assembléia Geral, estabelecendo no parágrafo 2º que:
> "No cumprimento desses deveres, o Conselho de Segurança agirá de acordo com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas. As atribuições específicas do Conselho de Segurança para o cumprimento desses deveres estão enumeradas nos Capítulos VI, VII, VIII e XII." (Id., Art 24 (2).)

> A Carta portanto fala especificamente em poderes específicos, não em poder absoluto[593]
>
> *(grifo nosso)*

E conclui afirmando:

> (…) Em conclusão, a Câmara de Apelação decide que o Tribunal Internacional foi estabelecido de acordo com os mecanismos apropriados da Carta das Nações Unidas e apresenta todas as salvaguardas necessárias para um julgamento justo. É portanto "estabelecido pela lei."[594]

Na segunda parte do seu entendimento, a Câmara se baseou na delegação de competência, expressa ou tácita, por parte dos Estados que teriam a jurisdição originária incontestável para julgar *Tadić*, a saber Bósnia-Hezergovina, Estado territorial, e até mesmo, a República Federal da Alemanha, Estado de residência do acusado[595]. A Câmara de Apelação empregou a lógica da teoria da transferência ou da delegação de competência.

---

[593] **1. The Power Of The Security Council To Invoke Chapter VII**
28. Article 39 opens Chapter VII of the Charter of the United Nations and determines the conditions of application of this Chapter. It provides:
"The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security." (United Nations Charter, 26 June 1945, Art. 39.)
It is clear from this text that the Security Council plays a pivotal role and exercises a very wide discretion under this Article. But this does not mean that its powers are unlimited. The Security Council is an organ of an international organization, established by a treaty which serves as a constitutional framework for that organization. The Security Council is thus subjected to certain constitutional limitations, however broad its powers under the constitution may be. Those powers cannot, in any case, go beyond the limits of the jurisdiction of the Organization at large, not to mention other specific limitations or those which may derive from the internal division of power within the Organization. In any case, neither the text nor the spirit of the Charter conceives of the Security Council as *legibus solutus* (unbound by law).
In particular, Article 24, after declaring, in paragraph 1, that the Members of the United Nations "confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security", imposes on it, in paragraph 3, the obligation to report annually (or more frequently) to the General Assembly, and provides, more importantly, in paragraph 2, that:
"In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII." (Id., Art. 24(2).)
The Charter thus speaks the language of specific powers, not of absolute fiat.

[594] 47. In conclusion, the Appeals Chamber finds that the International Tribunal has been established in accordance with the appropriate procedures under the United Nations Charter and provides all the necessary safeguards of a fair trial. It is thus "established by law."

[595] Nº 56.

Por fim, a Câmara de Apelação entendeu que os crimes alegados não faziam parte do interesse de um Estado somente, mas da consciência universal[596], em relação a qual atua o Conselho de Segurança, como reproduzimos:

> (...) Este órgão possui competência e mandato, por definição, para lidar com questões transfronteiriças ou questões que, embora domésticas em sua natureza, podem afetar "a paz e segurança internacionais" (Carta das Nações Unidas, art 2. (1), 2.(7), 24, & 37).
> A permissão de que o conceito de soberania do Estado seja colocado satisfatoriamente contra os direitos humanos seria uma paródia do direito e uma traição à **necessidade universal de justiça**. Fronteiras não devem ser consideradas como um escudo contra o alcance da lei e como proteção daqueles que passam por cima dos mais elementares **direitos da humanidade**[597].
> *(grifo nosso)*

Podemos observar a adoção de entendimento semelhante ao caso *Tadić* em *Prosecutor v. Milošević*[598], no que trata da alegação de ilegalidade da constituição do Tribunal Internacional baseada na "Constitucionalidade" deste. A seguir reproduzimos este trecho da decisão:

> (...) 2. Ilegalidade da constituição do tribunal internacional
> (a) Constitucionalidade
> 5. O Acusado alegou que o Tribunal Internacional é uma entidade ilegal pois o Conselho de Segurança não possui competência para o seu estabelecimento. O amici curiae apoiou estes argumentos e além disto solicitou que os argumentos do acusado acerca da constitucionalidade do Tribunal Internacional sejam estendidos, incluindo os argumentos apresentados nos parágrafos 27, 32, 41, 43, 44 e 55 da *Apelação de Tadić sobre Jurisdição*. A Câmara concordou com esta solicitação. A base para a alegação de inconstitucionalidade do Tribunal Internacional seria o fato do Conselho de Segurança não ser competente de acordo com o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas para estabelecer um tribunal penal internacional.
> 6. O preceito legal aplicável é o artigo 41 da Carta, o qual confere ao Conselho de Segurança competência para adotar medidas sem envolver o emprego das forças armadas para tornar efetivas suas decisões, com o objetivo de dar cumprimento à sua obrigação conforme o artigo 39 de manter e restabelecer a paz e a segurança internacionais. O artigo 41 traz o elenco de medidas que podem ser tomadas pelo Conselho de Segurança. É perfeitamente claro que o elenco não é exaustivo e que está aberta ao Conselho de Segurança a

---

[596] Nº 57-58.
[597] (…)This organ is empowered and mandated, by definition, to deal with trans-boundary matters or matters which, though domestic in nature, may affect "international peace and security" (United Nations Charter, art 2. (1), 2.(7), 24, & 37).
It would be a travesty of law and a betrayal of the universal need for justice, should the concept of State sovereignty be allowed to be raised successfully against human rights. Borders should not be considered as a shield against the reach of the law and as a protection for those who trample underfoot the most elementary rights of humanity. No. 58
[598] ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v. Milošević Slobodan,* Decision on Preliminary Motions, 8 de novembro de 2001, No IT-99-37-PT. Disponível no site: http://www.un.org/icty/.

possibilidade de adotar qualquer medida além das especificadas, desde que sejam uma medida para manter ou restabelecer a paz e segurança internacionais.
7. De acordo com a Câmara, o estabelecimento de um Tribunal Internacional com poderes para processar pessoas responsáveis por sérias violações do direito humanitário na antiga Iugoslávia, e com a obrigação de garantir amplos direitos ao acusado, é, no contexto do conflito no país naquela época, pré-eminentemente uma medida para restabelecer a paz e segurança internacionais. Na realidade, o papel do Tribunal Internacional em promover a paz e a reconciliação na antiga Iugoslávia é consagrada na resolução 827 do Conselho de Segurança, a qual o estabelece (o Tribunal Internacional). A Câmara de Apelação na *Apelação de Tadić sobre Jurisdição* chegou à mesma conclusão e concluiu que "o estabelecimento do Tribunal Internacional enquadra-se nos poderes do Conselho de Segurança conforme o artigo 41". Desta forma, a Câmara afasta este fundamento.[599]

O segundo aspecto abordado para fins de ilegalidade da constituição do Tribunal, trata da questão relativa à entrega do acusado, a qual dá ensejo a análise dos dispositivos de direito interno, especialmente os impedimentos constitucionais para a extradição, como parte das garantias constitucionais. Como é possível notar, a incriminação internacional das condutas cometidas pelo suposto acusado torna inviável a primazia do direito interno, conforme o entendimento que transcrevemos:

(a) Falta de competência em razão da entrega ilegal[600]

---

[599] (…) 2. *Illegal foundation of the International Tribunal*
(a) Constitutionality
5. The accused has argued that the International Tribunal is an illegal entity because the Security Council lacked the power to establish it. The amici curiae have supported these arguments, and have additionally asked that the arguments of the accused on the constitutionality of the International Tribunal be extended to include those arguments set out in paragraphs 27, 32, 41, 43, 44 and 55 of the *Tadic Jurisdiction Appeal*. The Chamber accedes to that request. The basis of the challenge to the constitutionality of the International Tribunal is that the Security Council is not empowered under Chapter VII of the Charter of the United Nations to establish an international criminal court.
6. The relevant provision is Article 41 of the Charter, which empowers the Security Council to adopt measures not involving the use of armed force to give effect to its decisions in order to discharge its obligation under Article 39 to maintain or restore international peace and security. Article 41 lists certain measures which may be taken by the Security Council. It is perfectly clear that the list is not exhaustive and that it is open to the Security Council to adopt any measure other than those specifically listed, provided it is a measure to maintain or restore international peace and security.
7. In the Chamber's view, the establishment of the International Tribunal with power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia, and with the obligation to guarantee fully the rights of the accused, is, in the context of the conflict in the country at that time, pre-eminently a measure to restore international peace and security. Indeed, the role of the International Tribunal in promoting peace and reconciliation in the former Yugoslavia is highlighted in Security Council resolution 827 which established it. The Appeals Chamber in the *Tadić Jurisdiction Appeal* arrived at the same conclusion and concluded that "the establishment of the International Tribunal falls squarely within the powers of the Security Council under Article 41". Accordingly, the Chamber dismisses this ground.
[600] (b) Lack of competence by reason of his unlawful surrender
35. This ground is usefully developed by the amici curiae in paragraph 15 . The argument is that the accused was unlawfully surrendered to the International Tribunal for the following reasons:

35. Esta fundamentação é empregada pelo amici curiae no parágrafo 15. O argumento é de que o acusado foi entregue ilegalmente para o Tribunal Internacional pelas razões seguintes:

(a) O Tribunal Internacional enviou os mandados de prisão (*arrest warrants*) para as autoridades da República Federal da Iugoslávia, não para o governo da República da Sérvia, entretanto, foi este que transferiu o acusado para o Tribunal Internacional sem ter poderes para tanto.

(b) O governo da Sérvia não tinha qualquer obrigação de cooperar com o Tribunal Internacional.

(c) O artigo 18 da Constituição Federal não prevê a extradição ou transferência de um cidadão iugoslavo para um órgão internacional.

Nas circunstâncias expressas em (a), (b) e (c) acima, sua transferência é um abuso de poderes procedimentais (*abuse of process*), no qual os procedimentos da República Federal da Iugoslávia foram desconsideradas e ele foi ilegalmente transferido para o Tribunal Internacional.

36. Em relação à este ponto, a Promotoria **alega que a impossibilidade de que os Estados se baseiem na legislação nacional para deixar de cumprir suas obrigações é um princípio do direito reconhecido.** Desta forma, a Promotoria ressalta que a **República Federal da Iugoslávia estava subordinada à uma obrigação internacional,** conforme o artigo 9º, parágrafo 1º e 29 do Estatuto, de transferir o acusado ao Tribunal Internacional.

37. O artigo 9º, parágrafo 4º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determina:

(a) The International Tribunal sent the arrest warrants to the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia, not to the government of the Republic of Serbia. However, it was the latter that transferred the accused to the International Tribunal. That government had no power to act in such a manner.

(b) The Serbian government had no international obligation to cooperate with the International Tribunal.

(c) Article 18 of the Federal Constitution does not provide for the extradition or transfer of Yugoslav citizens to an international body.

(d) In the circumstances set out in (a), (b) and (c) above, his transfer is an abuse of process in that the procedures of the Federal Republic of Yugoslavia were bypassed and he was unlawfully transferred to the International Tribunal.

36. As to this matter, the Prosecution argues that it is a well-established principle of law that States may not rely on their national legislation to defeat their international obligations. In this regard, the Prosecution notes that the Federal Republic of Yugoslavia was under an international obligation, pursuant to Articles 9, paragraph 1, and 29 of the Statute to transfer the accused to the International Tribunal.

37. Article 9, paragraph 4, of the ICCPR provides:

Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful.

38. This provision is not reflected in the International Tribunal's Statute. However, as one of the fundamental human rights of an accused person under customary international law, it is, nonetheless, applicable, and indeed, has been acted upon by this International Tribunal.

47. Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties is also relevant. It provides:

a party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.

The Statute of the International Tribunal is interpreted as a treaty. The Federal Republic of Yugoslavia has an obligation under the Statute to comply with the request to arrest and transfer the accused and, therefore, cannot rely on its internal law, namely the division of power as between the federal government and its States as a justification for failure to comply. Although it is the accused, and not the Federal Republic of Yugoslavia that is seeking to rely on the internal constitutional system of the Federal Republic of Yugoslavia, it follows that if the Federal Republic of Yugoslavia itself cannot rely on internal laws, then, a fortiori, neither can the accused. Accordingly, this ground is dismissed.

> Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.
> 38. Este dispositivo não está contido no Estatuto do Tribunal Internacional, entretanto, como um dos direitos humanos fundamentais de uma pessoa acusada, conforme o direito consuetudinário internacional, é apesar disto aplicável, e na realidade, assim tem sido neste Tribunal.
> 47. O artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados também é relevante e determina:
> **Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.**
> O Estatuto do Tribunal Internacional é interpretado como um tratado. A República Federal da Iugoslávia tem a obrigação com base no Estatuto de atender ao pedido de prisão e transferência do acusado e, desta forma, não pode basear-se no seu direito interno, especificamente na divisão de poderes entre o governo federal e seus Estados como uma justificativa para o não atendimento à tal solicitação. Embora seja o acusado, não a República Federal da Iugoslávia que está buscando fundamentar-se no sistema constitucional interno da República Federal da Iugoslávia, segue que a **República Federal da Iugoslávia em si, não pode apoiar-se na legislação interna, portanto, a *fortiori*, nem mesmo o acusado**. Assim sendo, esta alegação é afastada.
> *(grifo nosso)*

7.4.2. O caso *Furundžija*

No caso *Furundžija* a Câmara de Primeira Instância do TPII decidiu quanto à sua competência para julgar um caso grave de tortura, a qual não constitui um dos crimes expressamente sob jurisdição do TPII, de acordo com seu estatuto. Assim, coube à Câmara analisar o caso à luz dos crimes do direito internacional geral.[601]

A Câmara constata que a tortura é proibida pelo direito internacional humanitário, bem como por um certo número de tratados internacionais de direitos humanos. Sem entrar efetivamente no exame da prática da tortura pelos Estados, a Câmara conclui corretamente que a prática da tortura apresenta porte costumeiro.

Ela coloca como um axioma o caráter de *jus cogens* da proibição do crime de tortura e chega à conclusão de que se trata de uma obrigação de todos os Estados de processar e julgar este crime. Implicitamente, a Câmara conclui que ela

---

[601] HENZELIN, Marc. *Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International, Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*..... p. 438.

também é *ipso jure* competente para julgar atos de tortura cometidos no contexto do conflito da Iugoslávia.[602]

A seguir reproduzimos o parágrafo 153 da decisão da Câmara:

> (…)153. O principal aspecto do princípio que prevê a tortura diz respeito à hierarquia das regras da ordem normativa internacional. **Em razão da importância dos valores protegidos, este princípio evolui à uma norma peremptória de jus cogens, ou seja, uma norma que goza de nível superior na hierarquia internacional ao tratado ou mesmo regras costumeiras "comuns".** A conseqüência mais evidente deste nível superior é o fato de que o princípio em questão não pode ser derrogado pelos Estados por meio de tratado internacional ou local ou costumes especiais ou até mesmo regras costumeiras, que não possuam a mesma força normativa.[603]
>
> *(grifo nosso)*

Desta forma, demonstra ser a noção de *jus cogens* base para a qualificação da tortura como crime de direito internacional, admitindo haver uma ordem normativa internacional, impondo normas "superiores" das quais ninguém pode eximir-se, nas palavras da Câmara:

> (…)154. Claramente, a natureza jus cogens da proibição contra a tortura articula a noção de que a proibição agora se tornou um dos padrões (*standards*) fundamentais da comunidade internacional. Além disto, a proibição é designada para produzir um efeito de detenção, na medida em que indica os membros da comunidade internacional e os indivíduos em relação aos quais eles exercem autoridade de que a proibição da tortura é um valor absoluto, do qual ninguém pode eximir-se.[604]

A Câmara não coloca apenas uma proibição para os Estados de que convencionem autorizando a tortura, mas também de forma absoluta, *erga omnes*, a proibição de torturar. Uma posição que condiz com o desenvolvimento progressivo do direito internacional em matéria de crimes internacionais. Tal constatação reafirma o

---

[602] HENZELIN, Marc. *Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International, Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*…… p. 439.

[603] (…) 153. While the erga omnes nature just mentioned appertains to the area of international enforcement (lato sensu), the other major feature of the principle proscribing torture relates to the hierarchy of rules in the international normative order. Because of the importance of the values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm or jus cogens, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even "ordinary" customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force.

[604] (…)154. Clearly, the jus cogens nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the international community. Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individuals over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody must deviate.

direito de todo Estado de investigar, processar ou punir os supostos autores deste crimes. Este direito, que na hipótese do indivíduo estar presente no território do Estado, consistiria em dever mínimo de exercício da Jurisdição Universal, conforme a máxima *aut dedere aut judicare* seria o fundamento básico para a jurisdição da Corte para o julgamento do crime de tortura, independentemente do fato desta não estar prevista no Estatuto do Tribunal. Conforme a Câmara afirma:

> (…)156. Além disto, em nível individual, ou seja, da responsabilidade penal, pareceria que uma das conseqüências do **caráter jus cogens outorgada pela comunidade internacional em relação à tortura é que todo Estado seja autorizado a investigar, processar e punir ou extraditar indivíduos acusados de tortura, os quais estejam presentes em um território sob sua jurisdição**..... Esta base legal para a jurisdição universal do Estado sobre a tortura confirma e reforça a fundamentação legal para tal jurisdição encontrada por outras cortes no caráter tradicionalmente universal do crime. **Tem sido afirmado que os crimes internacionais são universalmente condenados onde quer que ocorram, todo Estado tem o direito de processar e punir os autores de tais crimes**.[605]
>
> *(grifo nosso)*

A Câmara argumenta ainda, que em razão da natureza *jus cogens* da proibição da tortura, que um tratado internacional incorporando um direito de torturar será nulo, conforme o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados:

> (...) Art. 53 Tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral (jus cogens). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.[606]

---

[605] (…)156. Furthermore, at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the jus cogens character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction. Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treaty- making power of sovereign States, and on the other hand bar States from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad. This legal basis for States' universal jurisdiction over torture bears out and strengthens the legal foundation for such jurisdiction found by other courts in the inherently universal character of the crime. It has been held that international crimes being universally condemned wherever they occur, every State has the right to prosecute and punish the authors of such crimes. As stated in general terms by the Supreme Court of Israel in Eichmann, and echoed by a USA court in Demjanjuk, "it is the universal character of the crimes in question i.e. international crimes which vests in every State the authority to try and punish those who participated in their commission".

[606] *Coletânea de Direito Internacional*..... p. 198.

A proibição de praticar a tortura não atinge apenas os Estados individualmente, mas igualmente os particulares, considerados sob este ângulo, sujeitos de direito internacional. A Câmara repassa amplamente a noção de *jus cogens* prevista no art. 53 da Convenção de Viena para estabelecer a proibição da tortura, como proibição *sui generis*, em razão da sua natureza *jus cogens*.

De maneira incontestável a Câmara parece admitir a qualidade de *jus cogens* da proibição da tortura, a qual autorizaria em si e diretamente a repressão universal dos autores. A proibição aos Estados, bem como aos indivíduos, considerados sujeitos de direito internacional, prolongasse não apenas como um direito de todos os Estados de processar e julgar os autores de tais infrações, mas também uma obrigação. A obrigação não será portanto somente de impedir que o ato seja cometido, mas de sancionar penalmente este ato, o que implica incorporar este crimes no seu direito nacional – do Estado competente. Enfim, esta obrigação poderá ser estender para além do Estado territorial atingindo todos os Estados, segundo a Universalidade Absoluta.

De qualquer forma, para HENZELIN (2000), não seria necessário à corte fazer menção à teoria do *jus cogens*, bastaria notar que a Iugoslávia ratificou a Convenção de 1984 contra a Tortura de 10 de setembro de 1991, e que os artigos 5, parágrafos 2º e artigo 7º da Convenção em questão prevêem uma cláusula *aut dedere aut judicare,* configurando uma obrigação de processar com base na qual o TPII poderia perfeitamente exercer sua competência em nome dos Estados partes da Convenção.

Entretanto, parece-nos de certa forma confusa a abordagem quanto ao direito ou dever dos Estados de exercerem a Jurisdição Universal *Absoluta*. Não está clara a ligação lógica entre a proibição de que todos os Estados pratiquem a tortura e a obrigação de todos os Estados de processar e julgar penalmente todos os indivíduos que tenham cometido um ou vários atos de tortura. A tendência demonstrada pelo TPII de admitir sua competência "*ultra vires*" coloca em risco a estabilidade da ordem internacional. Na medida em que as noções de direito e dever se sobrepõe, trazendo a possibilidade de atuação de Estados que possam empregar o argumento de "agentes da humanidade", para justificar determinadas políticas por meio da repressão aos crimes internacionais.

Tal problemática tende a se acentuar com o Tribunal Penal Internacional, conforme os Estados temam ratificar o Estatuto de Roma em razão da desconfiança gerada por exercícios "*ultra vires*" da Jurisdição Internacional. Faz necessária a correta aplicação do Princípio da Jurisdição Absoluta a ser delegada pelos Estados a este Tribunal.

7.5. O Tribunal Penal Internacional e a competência concorrente dos Estados: Princípio da Universalidade *Absoluta* originária ou derivada?

Houve uma grande explosão da Doutrina da Universalidade *Absoluta* com a criação do Tribunal Penal Internacional, entretanto parece não estar clara a aplicação desta ao Tribunal Penal Internacional. Alguns autores insistem na idéia de que o Tribunal possui sua própria jurisdição *prescritiva*, a qual o permitiria adotar o Princípio da Jurisdição Universal originariamente, nesta hipótese, conceituada como Jurisdição Universal Internacional. Esta noção afastamos[607], pois entendemos como demonstrado nos demais Tribunais Internacionais que estes Tribunais recebem dos Estados por delegação a jurisdição, dando claro ensejo à noção de competência do Tribunal para julgar conforme seu Tratado Constitutivo.

A criação desta Corte deve permitir uma única voz na Comunidade Internacional, procurando reconciliar a doutrina da prática dos Estados para os "crimes mais graves que unem a comunidade internacional paralela à atuação de um Tribunal Internacional. Entretanto, o maior defeito do Estatuto em relação à coordenação das "jurisdições penais internacionais" está no Preâmbulo, o qual não diz claramente que os Estados são competentes a título complementar para processar e julgar os crimes descritos, segundo o Princípio da Jurisdição Universal, afirmando apenas que "é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais" e que "o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais"[608]. O Estatuto não percebeu a importância de definição do direito de exercício do Princípio

---

[607] Esta posição é defendida por SADAT, Nadya Leila em vários escritos dentre eles destacamos: SADAT, Leila Nadya e CARDEN, S. Richard. *The New International Criminal Court: an Uneasy Revolution*. GEORGETOWN LAW JOURNAL, March 2000; SADAT, Leila Nadya. *Redefining Universal Jurisdiction*, NEW ENGLAND LAW REVIEW, 35, (2000-2001), 241-264.
[608] *Coletânea de Direito Internacional*.....p. 691.

da Jurisdição Universal, bem como a determinação das condições mínimas obrigatórias deste, ou seja, a aplicação da máxima *aut dedere aut judicare*.

Entretanto, quanto maior o número de ratificações mais fácil será acomodar a definição da universalidade como *derivada*, haja vista o caráter multilateral adquirido por seu Estatuto, podendo-se falar na constituição do direito consuetudinário aplicável mesmo aos Estados que não ratificaram o Estatuto.

Esta abordagem parece aplicável à questão de se saber se o Estatuto de Roma este autoriza o processo e julgamento dos crimes cometidos no territórios de Estados e por cidadãos de Estados que não ratificaram o Estatuto. De fato que a solução convencional, interestatal, escolhida para a constituição do tribunal, será provavelmente frágil para se confirmar a existência de crimes do direito internacional, que possam ser processados e julgados universalmente, vez que o Princípio da Jurisdição Universal não tenha sido reconhecido pelo Estatuto. Desta forma, segundo uma perspectiva mais pessimista, o Estatuto arriscaria bem consolidar ainda mais uma objeção permanente, contra a qual a doutrina da universalidade absoluta não seja reconhecida pelo direito internacional, devendo estar presente uma das bases jurisdicionais para o exercício da jurisdição estatal.

8. A Jurisdição do Tribunal Penal Internacional: fundamentos e mecanismos de exercício

O capítulo objetiva analisar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional à luz da doutrina da jurisdição internacional, abordada no Capítulo 3 – A Doutrina da Jurisdição Internacional, ou seja, sob o ponto de vista dos tipos de jurisdição bem como em relação aos *elementos de conexão* elegidos pelos Estados na elaboração do Estatuto de Roma.

O TPI é uma instituição internacional permanente estabelecida por um tratado, "com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional", a saber: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de crimes de agressão. Tais crimes estão bem definidos no direito internacional penal conforme análise realizada (Parte I), estando sujeitos ao exercício da jurisdição universal dos Estados (Parte II).

Iniciamos analisando o entendimento de BASSIOUNI (2000), em nota explicativa a respeito do TPI, como parte integrante da publicação realizada pela *Association International de Droit Pénal*, do projeto do *International Human Rights Law Institute*, com a finalidade de fornecer a assistência jurídica necessária aos governos e parlamentos no sentido de ratificação do Estatuto de Roma, bem como implementação da legislação necessária em seu direito interno:

> (....) O TPI é uma instituição baseada no tratado de constituição, o Estatuto de Roma, o qual tem força vinculante apenas entre os Estados Partes. O TPI não é um órgão supra nacional, mas um órgão internacional semelhante aos existentes. O TPI não é um substituto da jurisdição penal nacional e não suplanta (*supplant*) os sistemas penais nacionais, mas ao contrário é "complementar" a eles (artigos 1, 17). O TPI não faz mais do que cada Estado individualmente tomado e todos os Estados da comunidade internacional podem fazer conforme o direito internacional existente. Configura-se como a expressão da ação coletiva dos Estados Partes para a realização de um tratado que estabelece uma instituição para administrar a justiça coletiva em relação a certos crimes. Neste sentido o TPI é uma extensão da jurisdição penal nacional, conforme estabelecida em um tratado cuja ratificação, subordinada à autoridade parlamentar, o torna parte da legislação nacional. Conseqüentemente, o TPI não infringe a soberania nacional,

> nem desprestigia os sistema jurídicos nacionais que desejam e podem cumprir suas obrigações internacionais.[609]

8.1. Fundamentos da Jurisdição

Os indivíduos possuem personalidade legal *vis à vis* este tribunal internacional. A jurisdição sobre as pessoas no direito internacional penal recentemente re-emergiu como uma questão vital[610]

Este novo desenvolvimento requer uma re-avaliação da jurisdição *prescritiva*, *adjudicativa* e *executiva* quanto à aplicação destes conceitos em relação ao Tribunal Penal Internacional.

Segundo KITTICHAISAREE (2001):

> (…) É a comunidade internacional das nações que determina quais crimes estarão sujeitos à esta definição (de crimes internacionais) à luz dos últimos desenvolvimentos do direito, da moral e do senso de justiça criminal em um determinado momento.[611]

Como abordamos no Capítulo 3 – A Doutrina da Jurisdição Internacional do Estado no Direito Internacional, a doutrina de jurisdição *prescritiva* no direito internacional se aplica à autoridade dos Estados, não das Organizações Internacionais, para elaborar regras jurídicas aplicáveis aos seus nacionais ou estrangeiros, conforme determinadas condutas por estes praticadas dentro ou fora de seu território, decorrentes da escolha de certos elementos de conexão na legislação

---

[609] BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Court. Ratification and National Implementing Legislation. Association International de Droit Penal. Explanatory Note on the ICC Statute.* INTERNATIONAL REVIEW OF PENAL LAW, vol. 71, 1er et 2ème trismestres (2000), p. 4: (...) The ICC is a treaty-based institution which is binding only on its states parties. It is not a supra-national body, but an international body similar to other existing ones. The ICC is not a substitute for national criminal jurisdiction and does not supplant national criminal justice systems, but rather is "complementary" to them [Articles 1, 17]. The ICC does no more than what each and every state in the international community can do under existing international law. It is the expression of collective justice for certain international crimes. The ICC is therefore an extension of national criminal jurisdiction, as established by a treaty whose ratification under national parliamentary authority makes it part of national law. Consequently, the ICC neither infringes upon national sovereignty nor overrides national legal systems capable of and willing to carry out their international legal obligations.

[610] GALLANT, Kenneth S. *Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts.* VILLANOVA LAW REVIEW (2003). Villanova University.

[611] KITTICHAISAREE, Kriangsak. International Criminal Law 3, Oxford University Press, 2001, definindo crimes internacionais: (…)"It is the international community of nations that determines which crimes will fall within this definition [of international crime] in light of the latest developments in law, morality, and the sense of criminal justice at the relevant time" In: GALLANT, Kenneth S. *Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts*…..*767.

nacional, a saber: *bases jurisdicionais* (Princípio Territorial, Princípio da Nacionalidade, Princípio da Personalidade Passiva e Princípio da Proteção) e *incriminação internacional* (Princípio da Universalidade e Crimes Internacionais).

Na hipótese dos crimes comuns (crimes não-internacionais), a jurisdição *prescritiva* do Estado o permite definir a ofensa. Um crime como o homicídio, existe praticamente em todos os sistemas jurídicos do mundo, podendo cada jurisdição aplicar uma definição distinta a este, com diferentes penas e sistemática própria para o delineamento do "devido processo legal" a que este se sujeita.

Diferentemente, em relação aos crimes internacionais, alguns autores, como GALLANT (2003) afirmam que não existe um poder legislativo geral internacional, além disto, um tribunal penal internacional não é um Estado ou órgão de um Estado. O Tribunal Internacional para a Antiga Iugoslávia e Ruanda são órgãos de uma organização internacional, as Nações Unidas. O Tribunal Penal Internacional é considerado uma organização internacional, por uma parte da doutrina apenas.

Em nenhuma destas Cortes a função legislativa pode ser por esta inteiramente exercida. Estas Cortes trabalham com a articulação tradicional da regra de que uma entidade, o Estado possui jurisdição *prescritiva*, como pré-requisito para a jurisdição *adjudicativa* (a qual preferimos denominar *competência*), exercida pela Corte especialmente na hipótese do Tribunal Penal Internacional, o qual não é um órgão das Nações Unidas. O Tribunal Penal Internacional, se compreendido como organização internacional não exerce função prescritiva inteiramente. O identidade entre o legislador para o Tribunal Penal Internacional e para o Direito Internacional Penal como um todo torna-se problemática, razão pela qual analisamos esta questão, no capítulo anterior tendo definido se tratar de um processo de delegação, o qual denominamos exercício do Princípio da Universalidade de Jurisdição Absoluta *Derivada*.

8.1.1. A Jurisdição do Tribunal Penal Internacional

Iniciamos por analisar a posição de alguns doutrinadores em relação à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, partindo de SADAT e CARDEN (2000),

os quais tratam especificamente do tema da jurisdição do Tribunal Penal Internacional em seu artigo *The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution*[612].

Ao resumir o que abordam sob o título Novos Paradigmas Jurisdicionais (em relação ao Tribunal Penal Internacional) esclarecem a respeito da jurisdição *prescritiva* e *adjudicativa* (competência) do Tribunal:

> (…) Esta é talvez a grande revolução: a jurisdição prescritiva (*prescriptive jurisdiction)* da comunidade internacional e a jurisdição adjudicativa (*adjudicative jurisdiction)* da própria Corte possuem como premissas a redefinição dos princípios correntes do Direito Internacional. **Na realidade, os princípios jurisdicionais relacionados "a qual Estado" pode exercer sua autoridade sobre determinados casos, foram transformados em normas estabelecendo as circunstâncias nas quais a comunidade internacional pode prescrever normas (*prescribe rules*) de Direito Internacional Penal e pode punir aqueles que infringem estas**. A repartição das competências entre as jurisdições nacionais e internacional incorporada no Estatuto como uma questão de jurisdição prescritiva e adjudicativa (*prescritive and adjudicative jurisdiction*) configura-se como um presságio de uma organização da autoridade legal internacional de maneira quase-federal no futuro. [A União Européia oferece uma comparação útil, embora no caso da Corte, o organização é implícita ao invés de explícita].[613]
>
> *(grifo nosso)*

Os autores além de qualificarem o Tribunal como uma organização internacional, conferem-lhe caráter de supranacionalidade associada à União Européia, embora pareça-nos mais adequado o fazer em relação à Comunidade Européia. Entretanto, os fundamentos para esta comparação não são apresentados, o que nos dá a impressão de uma generalização precipitada para um Tribunal regido por um Estatuto elaborado pelos Estados, sem que estes confiram qualquer parcela de sua

---

[612] SADAT, Leila Nadya. CARDEN, S. Richard *The New International Criminal Court: an Uneasy Revolution*. GEORGETOWN LAW JOURNAL ASSOCIATION (2000).

[613] SADAT, Leila Nadya. CARDEN, S. Richard *The New International Criminal Court: an Uneasy Revolution….*: (…)*389 Part III explores the general principles underlying the jurisdiction of the Court, the effectuation and expression of the complementary principle in the Court's Statute, and the manner in which cases will come to the Court and be decided. This is perhaps the core of the revolution worked in Rome: the prescriptive jurisdiction of the international community and the adjudicative jurisdiction of the Court itself are premised on transformative redefinitions of those principles in current international law. Indeed, as we explore below, through a rather astonishing mutation, jurisdictional principles concerning "which State" may exercise its authority over particular cases have been transformed into norms establishing the circumstances under which the international community may prescribe rules of international criminal law and may punish those who breach those rules. The repartition of competences between national and international jurisdictions that is incorporated in the Statute as a matter of prescriptive and adjudicative jurisdiction presages a quasi-federal organization of international legal authority in the future. (citações omitidas) Os autores ainda complementam como nota de rodapé: (…)The European Union offers a useful comparison, although in the case of the Court, the organization is implicit rather than explicit.

jurisdição *prescritiva* ao Tribunal, salvo os casos específicos de atuação do Conselho de Segurança.

Com relação à jurisdição *executiva*, os autores complementam:

> (…) Em contraposição, a jurisdição executiva (*enforcement jurisdiction*) da Corte é insignificante, como reflexo da inquietação dos Estados Membros do Estatuto com o tipo de revolução que traziam para o sistema internacional com sua aprovação. Enquanto proclamam o direito da comunidade internacional em prescrever (*prescribe*), e assim de adjudicar (*adjudicate*), tem-se um vácuo no sistema de execução (*enforcement*). Neste sentido, surgem os clássicos paradigmas da soberania, de acordo com os quais prevalece o entendimento de que o Estado é o senhor máximo em seu território.[614]

Esta conclusão demonstra a inviabilidade do raciocínio anteriormente empregado. Ao se falar em jurisdição de um Tribunal, sem que este a possa exercer no seu aspecto *prescritivo*, *executivo*, preferimos adotar o entendimento de que o TPI **recebe sua competência**, por meio da delegação da jurisdição *adjudicativa* realizada pelos Estados, para os casos elegidos por estes no exercício de sua jurisdição *prescritiva*.

8.2. Competência do Tribunal Penal Internacional

Um dos pontos mais delicados na criação do Tribunal Penal Internacional foi a determinação da sua competência territorial e pessoal. Embora existam muitos modelos úteis encontrados no decorrer da história da justiça internacional, nenhum pode ser comparado ao âmbito de aplicação do Tribunal penal Internacional. O Tribunal de Nuremberg exerceu a jurisdição "para julgar e punir as pessoas as quais, atuando conforme o interesse dos países europeus do Eixo, como indivíduos ou como membros de organizações cometeram um dos crimes dentro da

---

[614] SADAT, Leila Nadya. CARDEN, S. Richard *The New International Criminal Court: an Uneasy Revolution*. GEORGETOWN LAW JOURNAL ASSOCIATION (2000): In contrast, the Court's enforcement jurisdiction is paltry, at best, suggesting the unease of the States Parties to the Statute with the revolution they wrought. While they boldly proclaimed the right of the international community to prescribe, and, for the most part, suggested that jurisdiction to adjudicate followed in principle, they in no manner followed suit in terms of enforcement. Here classic paradigms of sovereignty, in which each State is master of its own territory, prevail. To put it another way, if the framers were willing to permit the intangible presence of the law to permeate State borders, the reception they offered those whose duty was to enforce that law was much chillier. Finally, the framers' distrust of their new creation is evidenced by the extremely complex and potentially burdensome procedural regime governing challenges to jurisdiction and admissibility, which may prevent the Court from efficiently fulfilling its primary mission to administer justice.

jurisdição (*subject matter jurisdiction*) do Tribunal"[615]. Assim, sua jurisdição era pessoal em natureza; os acusados teriam de ter atuado no interesse das Grandes Potencias Européias do Eixo. A jurisdição do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia está restrita aos crimes cometidos no território da antiga Iugoslávia após 1991[616]. A jurisdição é portanto, territorial por natureza. O Tribunal Penal Internacional para Ruanda possui jurisdição em relação aos crimes cometidos em Ruanda durante 1994 e em relação aos crimes cometidos por nacionais da Ruanda em países vizinhos durante o mesmo período.[617] Nota-se portanto, que a jurisdição é tanto pessoal quanto territorial.

A diferença básica em relação aos seus precedentes é o fato do TPI ter sido criado com o consentimento daqueles que estão sujeitos à sua jurisdição, ao ter concordado que os crimes cometidos no seu território, ou por seus nacionais possam ser processados pelo Tribunal.

A jurisdição aceita pela comunidade internacional, ou de acordo com a abordagem adotada, pelos Estados Partes do Tribunal é mais restrita do que a exercida pelos Estados com relação aos mesmos crimes, pois deve obedecer os critérios determinados, os quais passamos a estudar.

8.2.1. Competência *ratione temporis*

A Corte limita sua jurisdição aos crimes cometidos após a entrada do Estatuto em vigor - Estatuto art.11(1). Tal fato impede a transferência para Corte dos casos atualmente sendo julgados pelo dois Tribunais *Ad Hoc*, a saber TPII e TPIR. Para os casos dos países que se tornaram membros após sua entrada em vigor, o Tribunal tem jurisdição sobre os crimes praticados após sua entrada em vigor em relação ao Estado em questão – Estatuto art.11(2).

> **Artigo 11 [Competência *Ratione Temporis]***
> 1. O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto.

---

[615] Agreement fo the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (IMT), Annex, (1951) 82 UNTS 279, Art. 6. *In*: SCHABAS, William, *An Introduction to the International Criminal Court*. ….p. 67.
[616] Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, Annex. *In*: SCHABAS, William, *An Introduction to the International Criminal Court*. ….p. 67.
[617] Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Doc. S/RES/955, Annex. In: SCHABAS, William, *An Introduction to the International Criminal Court*. ….p. 67.

2. Se um Estado se tornar Parte no presente Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto relativamente a esse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração nos termos do parágrafo 3° do artigo 12.[618]

Ao artigo 11 (2) soma-se o artigo 24(1), segundo o qual:

Artigo 24 [Não retroatividade *ratione personae*]

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.

Ressalta-se, entretanto, que a competência *ratione temporis* não deve ser confundida com a questão da retroatividade dos crimes. O direito internacional penal considera a proibição da retroatividade dos crimes e das penas como um dos seus princípios fundamentais. Este princípio conhecido pela expressão latina *nullum crimen nulla poena sine lege*, proíbe o julgamento de crimes não reconhecidos como tais à época em que foram cometidos.[619] Esta questão requer o estudo dos Processos de Elaboração do Direito Internacional Penal conforme expomos no Capítulo 2 – Processos de Elaboração do Direito Internacional Penal: o papel das fontes no conceito de crimes internacionais.

O Tribunal de Nuremberg alegou a existência de legislação anterior prevendo os crimes a este sujeitos como a IV Convenção da Haia (1907), na hipótese de crimes de guerra e o Tratado de Renúncia à Guerra (1928), também denominado, Pacto de Paris ou *Briand-Kellog*, para os crimes contra a paz. Estes, embora previssem as condutas, não estabeleciam responsabilidade pessoal em relação a estas, fazendo com que o Tribunal se manifestasse empregando a argumentação de Hans Kelsen (1947), segundo o qual *nullum crimen* era um princípio de justiça e seria injusto deixar os líderes nazistas ficarem impunes.[620]

---

[618] Reproduzido em Coletânea de Direito Internacional …..p. 697.

[619] SCHABAS, William, *An Introduction to the International Criminal Court*. ….p. 70: (…) Known by th Latin expression *nullum crimen nulla poena sine lege*, This norm forbids prosecution of crimes that were not recognised as such at the time they were committed.

[620] KELSEN, Hans. *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*(1947)…..p. 165: (...) The rule against retroactive legislation is a principle of justice. Individual criminal responsibility represents certainly a higher degree of justice than collective responsibility, the typical technique of primitive law. Since the internationally illegal acts for which the London Agreement established individual criminal responsibility were certainly also morally most objectionable, and the persons who committed these acts were certainly aware of their immoral

No Estatuto de Roma o princípio está previsto nos artigos 22 e 23, os quais dispõem:

> **(…)Artigo 22 [*Nullum crimen sine leqe*]**
> 1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.
> 2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.
> 3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto
>
> **(…) Artigo 23 [*Nulla poena sine lege*]**
> Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

8.2.2. Competência *ratione loci*

O Princípio Geral é o de que o Tribunal tem jurisdição sobre os crimes cometidos no território dos Estados-membros, independentemente da nacionalidade do acusado, conforme estabelece o artigo 12 (2) (a):

> **(…) Artigo 12 [Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição]**
> 2. Nos casos referidos nos parágrafos *a*) ou *c)* do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3°:
> a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave

O artigo 13 (a) e (c) ao tratar da jurisdição dispõe:

> **(…) Artigo 13 [Exercício da Jurisdição]**
> O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5°, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:
> a) Um Estado Parte denunciar ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;
> c) O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.

---

character, the retroactivity of the law applied to them can hardly be considered as absolutely incompatible with justice.

À esta regra geral somam-se os casos específicos, os quais variam de acordo com os mecanismos através dos quais os casos são trazidos à Corte[621], conforme mencionados a seguir:

1. Na hipótese de "denúncia" pelo Conselho de Segurança, a jurisdição engloba todos os países do mundo, ou seja independentemente do Estado ser ou não membro do Estatuto.

   Conforme determina o artigo 13 (b):

> **(…) Artigo 13 [Exercício da Jurisdição]**
> O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5°, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:
> b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes.

   Este dispositivo se baseia no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, como ocorrido no estabelecimento dos dois tribunais *ad hoc*, por meio dos quais, presume-se que esta se configura como uma medida "não envolvendo o uso da força" a ser adotada pelo Conselho de Segurança para manter a paz e segurança internacional.[622].

   Em relação à esta hipótese questiona-se a presença do consentimento dos Estados-membros e portanto o exercício da jurisdição prescritiva destes. Adotamos para esta questão a noção de que a Carta das Nações Unidas configura-se como constituição da Comunidade Internacional, conforme estudo realizado por FASSBENDER (1988)[623], o que nos permite concluir pelos existência de poderes conferidos pelos Estados ao Conselho de Segurança no Capítulo VII da Carta das Nações, os quais constituem manifestação da vontade dos Estados e assim, da Comunidade Internacional.

2. Caso a questão seja trazida por um Estado membro ou iniciada *proprio motu* pelo Promotor a competência do Tribunal é mais restrita. Para estas hipóteses, a jurisdição se prolonga ao território de um Estado não-membro, apenas se

---

[621] SADAT, Leila Nadya. *The International Criminal Court and the transformation of international law: justice for the new millennium,* Transnational Publishers, 2000, Arsdsley/Nova Iorque, p.105.

[622] Ver *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, parags. 34-36 (Appeals Chamber Oct. 2, 1995) de agora em diante *Tadic I*.

[623] FASSBENDER, Bardo.*The United Nations Charter as Constitution of the International Community*. …..529-619.

este consentir ou melhor : o Estado deve concordar com a competência do Tribunal e as condutas devem ter sido praticadas no território deste Estado que consentiu ou ainda que o acusado seja um nacional deste como disposto nos artigos 4 (2) e 12 (2):

> **(…) Artigo 4° [Regime Jurídico e Poderes do Tribunal]**
> 2. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado.
>
> **(…) Artigo 12 [Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição]**
> 2. Nos casos referidos nos parágrafos *a*) ou *c)* do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3°:
> a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;
> b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.

Portanto, dois são os requisitos para a competência do Tribunal neste caso:

1. Consentimento/Concordância do Estado; e
2. Conduta cometida no território deste Estado que consentiu ou que o acusado seja nacional deste.

8.2.3. Competência *ratione personae*

O Estatuto prevê ainda a jurisdição *ratione personae* sobre pessoas naturais apenas (excluindo portanto, os Estados e Organizações Internacionais de sua jurisdição). Assim os artigos 1 e 25 (1) estabelecem:

> **(…) Artigo 1°[O Tribunal]**
> É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.
>
> **(…) Artigo 25 [Responsabilidade Criminal Individual]**
> 1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.

Em relação a estas a jurisdição da Corte está limitada aos indivíduos maiores de dezoito anos, de acordo com o artigo 26:

> **(…) Artigo 26 [Exclusão da Jurisdição Relativamente a Menores de 18 anos]**
> O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.

Com base na leitura do dispositivo acima, pode-se notar que o Estatuto evita empregar a terminologia limite de idade para a responsabilidade penal, visando acomodar os diferentes entendimentos quanto à apropriada idade para a responsabilidade criminal, bem como o argumento de que muitas atrocidades são cometidas por menores, o Estatuto adotada o posicionamento de que o limite de idade é um elemento jurisdicional por natureza, ao invés de normativo.[624]

Vale ainda lembrar que conforme o artigo 12 (2) (b) anteriormente descrito, o TPI tem jurisdição sobre os nacionais de um Estado parte, acusados de um crime, além desta hipótese existe ainda a previsão constante do artigo 12 (3), segundo a qual:

> **(…)Artigo 12 [Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição]**
> 3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2°, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX.

Portanto, o Tribunal também pode processar nacionais de Estados não-parte, que aceitem a jurisdição do Tribunal com base *ad hoc*.

8.2.4. Jurisdição *ratione materiae*

A competência do Tribunal recai sobre quatro tipos de crimes: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão, conforme o disposto no artigo 5º:

> **(…) Artigo 5° [Crimes da Competência do Tribunal]**

---

[624] SADAT, Leila Nadya. *The International Criminal Court and the transformation of international law: justice for the new millennium*….p. 105.

> 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:
> a) O crime de genocídio;
> b) Crimes contra a humanidade;
> c) Crimes de guerra;
> d) O crime de agressão.
> 2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Interessante observar que as delegações optaram por não definir o crime de agressão, a qual como determina o dispositivo acima, art. 5º (2), terá sua definição adotada posteriormente.

A jurisdição é mais restrita do que a inicialmente sugerida no art. 20 do Projeto do Estatuto da Comissão de Direito Internacional (*Original International Law Commission Draft Statute*)[625], a qual previa a possibilidade de atuação da Corte em relação a cinco categorias de crimes, a saber: genocídio, agressão, graves violações da lei e dos costumes aplicáveis aos conflitos armados, crimes contra a humanidade e os denominados "crimes convencionados" (*Treaty Crimes*) elencados em um anexo específico[626].

Os nove crimes convencionados (*Treaty Crimes*) abrangem os crimes internacionais e o aspecto transnacional dos crimes de direito interno. Segundo a Comissão, os crimes de direito internacional foram incluídos seguindo dois critérios:

---

[625] Report of the International Law Commission, U.N. GAOR, 49th Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/49/10 (1994), doravante denominado Projeto do Estatuto (1994).

[626] SADAT, Leila. The Proposed Permanent International Criminal Court: An Appraisal. CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL, Vol. 29, (1996), 665-726, p. 690: The Treaty Crimes included in Article 20 (e) are:

1. Grave breaches of the four 1949 Geneva Conventions, and the 1977 Protocol I Additional to the Geneva Conventions relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts;
2. The unlawful seizure of aircraft as defined in the 1970 Hague Convention;
3. The crimes defined in article 1 of the 1971 Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation;
4. Apartheid and related crimes as defined in the 1973 Apartheid convention;
5. Crimes against internationally protected persons as defined in the 1973 convention thereon;
6. Hostage-taking and related crimes defined in the 1979 Convention against the Taking of Hostages;
7. Torture, as defined in the 1984 Convention;
8. Maritime crimes, as defined in the 1988 Convention and the 1988 Convention on unlawful acts against the safety of fixed Platforms; and
9. Crimes involving illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances.

(a) que os crimes sejam em si mesmos definidos pelo tratado, de forma que o tribunal penal internacional possa aplicar o tratado como direito em relação ao crime, sujeito à garantia *nullum crimen*…
(b) que o tratado crie tanto um sistema de jurisdição universal baseada no princípio *aut dedere aut judicare* ou a possibilidade de que um tribunal penal internacional julgue o crime, ou ambos, reconhecendo portanto, claramente o princípio do interesse internacional.[627]

O Estatuto deve ser lido à luz do direito consuetudinário existente e nos tratados de Direito Internacional Humanitário. Assim, ao preparar os "Elementos dos Crimes" os Estados não devem buscar as regras aplicáveis a eles mesmos, mas sim, as regras de aplicação geral, com a finalidade de punir atrocidades e violações de Direito Internacional Humanitário, afastando o entendimento de que o Estatuto por meio dos crimes contidos no artigo 5º, restringe a jurisdição internacional penal, exercida pelo Estados e pelos Tribunais Internacionais.

A pesquisa sugere que este entendimento é equivocado, pois, como será demonstrado, a definição dos crimes tem como finalidade estabelecer a competência do Tribunal, sem limitar o exercício da jurisdição *prescritiva* dos Estados em relação aos crimes internacionais. Segundo este entendimento, em relação aos crimes do Estatuto, haveria o exercício da jurisdição *prescritiva* dos Estados, a qual origina a competência do Tribunal, mas que de forma alguma, restringe o direito dos Estados de exercerem a Jurisdição Universal *prescritiva* em relação aos demais crimes internacionais. Trata-se portanto de um *plus*, ampliando a aplicação do princípio *aut dedere aut judicare* (convencional) para os crimes previstos, portanto estabelecendo um **dever** dos Estados de repressão destes. Haveria aqui uma ligação direta entre jurisdição da Corte e codificação dos crimes, entendidos como condutas "escolhidas" pela sociedade internacional passíveis necessariamente de punição.

---

[627] Projeto de Estatuto (1994) 78: (…) (a) that the crimes are themselves defined by the treaty so that an international criminal court could apply that treaty as law in relation to the crime, subject to the *nullum crimen* guarantee…(b) that the treaty created either a system of universal jurisdiction based on the *principle aut dedere aut judicare* or the possibility for an international criminal court to try the crime, or both, thus recognizing clearly the principle of international concern.

8.2.5. Aspectos Jurisdicionais como Elementos Constitutivos das Ofensas

O Estatuto não faz a distinção entre as regras de direito processual e de direito material aplicáveis aos crimes, definindo-os com base em cinco princípios[628]:

1. Cada crime é definido apenas "para os efeitos do presente Estatuto" (artigos 6º genocídio, 7º (1) Crimes contra a humanidade e 8º (2) Crimes de Guerra). Portanto, o Estatuto não pretende ser uma codificação de direito penal internacional ou direito humanitário internacional, embora as definições reflitam direito existente e serão universalmente aplicadas por meio de denúncia do Conselho de Segurança, conforme o artigo 13(b) do Estatuto. Esta abordagem segue o mecanismo empregado também nas experiências anteriores do Estatuto do TPII e TPIR e do Estatuto de Nuremberg.
2. Como resposta à possibilidade de que as definições configurassem uma nova codificação de direito consuetudinário internacional, especialmente se aplicadas universalmente através de denúncia do Conselho de Segurança, o artigo 10 do Estatuto estabelece:

   > **(…) Artigo 10º**
   > Nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de direito internacional com fins distintos dos do presente Estatuto.

   No entanto, haja vista a ampla ratificação do Estatuto pelos países membros, a inclusão deste artigo não impede a alegação de que as definições do Estatuto constituem direito consuetudinário, seguindo a lógica dos Processos de Elaboração do Direito Internacional Penal (Capítulo 2).
3. As definições propostas pelo estatuto não são auto-aplicáveis (*self-contained*). O artigo 9º do Estatuto requer para elaboração e adoção dos Elementos dos Crimes, maioria de dois-terços da Assembléia dos Estados Partes, a saber:

   (…) **Artigo 9º [Elementos constitutivos dos crimes]**

---

[628] SADAT, Leila Nadya e CARDEN, S. Richard. The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution. GEORGETOWN LAW JOURNAL ASSOCIATION, (2000), *422 IV. *The Codification of Compromise: Defining the Crimes*.

> 1. Os elementos constitutivos dos crimes que auxiliarão o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos 6º, 7º, 8º do presente Estatuto, deverão ser adotados por uma maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes.

4. Todas as definições devem ser combinadas com a Parte III do Estatuto sobre os Princípios Gerais do Direito Penal, para que sejam aplicadas. Em especial o artigo 22 (2) o qual estabelece:

> (…) **Artigo 22 [*Nullum crimen sine lege*]**
> A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

O artigo 30 requer ainda a presença da "intenção" e do "conhecimento":

> (…) **Artigo 30 [Elementos psicológicos]**
> 1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.

5. A combinação do rol restritivo, com dispositivos específicos para a intenção paralelos ao requisito de gravidade para admissibilidade, sugerem que o Estatuto objetiva processar o criminais "mais perigosos" ("*major criminals*"). Esta abordagem segue o mecanismo empregado nos tribunais criminais desde Nuremberg.

8.3. Complementaridade com o Sistema Judicial Estatal

O estabelecimento dos tribunais e cortes penais internacionais coloca o problema de como coordenar a ação destes com os tribunais nacionais. Na hipótese de ambos serem competentes para o julgamento dos mesmos crimes, qual deve se manifestar inicialmente e com base em que condições? Haveria uma hierarquia entre estes?

Não existem regras gerais internacionais para resolver esta questão[629], da mesma forma como não existem regras consuetudinárias internacionais para resolver a jurisdição concorrente entre dois ou mais Estados, gerada pela aplicação dos diferentes *elementos de conexão* elegidos pelo Estado em sua legislação, como o Princípio da Territorialidade por um e da Nacionalidade por outro (a título exemplificativo).

8.3.1. A primazia dos TPII e TPIR

Os Estatutos do TPII e TPIR nos artigo 9º e 8º respectivamente, estabelecem que a jurisdição do Tribunal será concorrente à jurisdição das cortes nacional para processar supostos autores de graves violações ao direito humanitário internacional, acrescentando ainda no parágrafo 2º:

> **(…) Artigo 9º [Competências concorrentes]**
> 2 - O Tribunal Internacional terá a primazia sobre as jurisdições nacionais, podendo, em qualquer fase do processo, solicitar oficialmente às jurisdições nacionais que renunciem à respectiva competência a seu favor, em conformidade com o presente Estatuto e respectivo Regulamento.

As razões para a primazia eram claras. No caso da antiga Iugoslávia, havia um conflito armado, acompanhado de uma enorme animosidade entre os grupos étnicos e religiosos, o que certamente dificultaria uma possível atuação das cortes nacionais.

8.3.2. A complementaridade do TPI

Diferentemente do TPII e do TPIR, o TPI é baseado no princípio da complementaridade por meio do qual, a atuação do Tribunal é subsidiária e complementar às cortes nacionais, fazendo com que:

---

[629] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. …p. 348: (…) There are no *general* international rules determinative of this matter, just as there are no international customary rules designed to resolve the question of concurrent jurisdiction of two or more States. (*ênfase mantida)*

> (…) estas cortes gozem de *prioridade* no exercício da jurisdição exceto em circunstâncias especiais, quando o TPI está autorizado a assumir e declarar-se competente. (*assert jurisdiction*)[630]

A complementaridade está consagrada no Preâmbulo e no artigo 1º do Estatuto, segundo o qual: "O Tribunal será uma instituição permanente.…, e será complementar à jurisdições penais nacionais", bem como nos artigos 15 a 19. Em geral o Tribunal está impedido de exercer sua jurisdição em relação a um dado crime nas seguintes circunstâncias:

(i) sempre que uma corte nacional se declare competente para julgar este e conforme a legislação nacional;

(ii) na hipótese do caso estar sendo investigado ou processado por suas autoridades e estas terem decidido, de forma apropriada, não processar a pessoa em questão; ou ainda,

(iii) o caso não ser considerado grave o suficiente para justificar a ação do Tribunal. Além disto,

(iv) o Tribunal não pode processar ou julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal pelos mesmos crimes alegados, se o julgamento foi justo e apropriado (coisa julgada).[631]

O Tribunal está autorizado entretanto, a exercer sua jurisdição sobre um crime, mesmo na hipótese em que o crime esteja sendo julgado por uma corte nacional se:

(i) O Estado não puder ou não quiser conduzir apropriadamente a investigação ou processo, ou ainda se sua decisão de não processar o suposto autor resulta do fato deste Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer; e,

(ii) O caso é de suficiente gravidade para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.[632]

Tratando-se especificamente sobre a complementaridade, embora esta não esteja definida no Estatuto, sua análise permite-nos concluir que a complementaridade não significa "jurisdição concorrente".

---

[630] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. …p. 352: (…) these courts enjoy *priority* in the exercise of jurisdiction except under special circumstances, when the ICC is entitled to take over and assert its jurisdiction.

[631] Estatuto de Roma, art. 17 e 20, UN Doc. A/CONF.183/9.

[632] Estatuto de Roma, art. 17 [Questões Relativas à Admissibilidade], UN Doc. A/CONF.183/9.

A Corte exerce a jurisdição[633] apenas se:

- as jurisdições nacionais "não desejam"ou são "incapazes";
- o crime é de grande gravidade e:
- o acusado não tenha sido anteriormente julgado pela conduta, cuja acusação se baseia, portanto não há coisa julgada.[634]

A complementaridade possui três componentes, a saber:

- componente substantivo, presente na delimitação da competência *ratione materiae*;
- componente processual, derivado do regime de admissibilidade a que os casos estão sujeitos;
- componente "político", encontrado nas decisões quanto aos tipos de casos a serem tratados pela Corte[635].

Indubitavelmente, questão fundamental quanto a definição de "se há ou não vontade de agir num determinado caso" (art. 17, (2)) e "incapacidade de agir num determinado caso" (art. 17, (3)), apresenta desdobramentos conforme o componente "político", o qual não será analisado nesta tese.

Pode-se considerar que um Estado "não tem vontade de agir em um determinado caso" se for confirmada uma ou mais das seguintes circunstâncias:

> **(...) Artigo 17 (2) [Questões Relativas à Admissibilidade]**
> a) o processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do artigo 5º;
> b) ter havido demora injustificada no processamento, a qual dadas as circunstâncias se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;
> c) processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça.

---

[633] Termos que utilizamos conforme para confrontar a "jurisdição *adjudicativa* do Estado", nos termos sugeridos por NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor,. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2001, p. 517: (...) 1. **Jurisdição**. A despeito de falar em competência, a norma regula na verdade a *jurisdição* brasileira para julgar as causas que enumera (Arruda Alvim, RPGESP 11/191). (Comentário acerca do artigo 88 do CPC).
Entretanto, deve-ser ressaltar que na presente pesquisa entendemos que não é possível adotar o mesmo posicionamento para um Tribunal, pois este possuir sua competência definida com base na jurisdição *prescritiva* dos Estados segundo o Princípio da Universalidade.
[634] art. 17(1),
[635] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. …p. 352.

Para se definir se há "incapacidade de agir em um determinado caso" aplica-se o disposto no art. 17 (3), segundo o qual:

> **(...) Artigo 17 (3) [Questões Relativas à Admissibilidade]**
> 3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

8.4. Exercício da Jurisdição

A jurisdição pode ser exercida por um Estado parte, pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, ou ainda pelo Procurador.[636]

8.4.1. Denúncia por um Estado Parte ou inquérito iniciado pelo próprio Procurador (*proprio motu*)

Na hipótese de uma denúncia por um Estado Parte ao Procurador, ou de um inquérito iniciado pelo Procurador, por sua própria iniciativa (*proprio motu*):

> (…) o tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º:
> a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;
> b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.[637]

O dispositivo acima, artigo 12 [Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição] integra o Capítulo II – Competência, Admissibilidade e Direito Aplicável. Na hipótese de denúncia realizada por um Estado ou pelo Procurador *proprio motu*, o Tribunal não pode exercer jurisdição sobre os indivíduos que não estejam contidos no dispositivo acima transcrito. O Tribunal precisa ter competência sobre o acusado, bem como sobre a conduta praticada (*subject matter*). Além dos disposto no artigo 12, não

---

[636] Estatuto de Roma, art. 13.
[637] Estatuto de Roma, art. 12 (2).

há nenhum dispositivo no Estatuto do TPI que defina as pessoas que podem ser processadas com base na denúncia de um Estado ou por meio do inquérito iniciado pelo próprio Procurador (*proprio motu*).[638]

Importante notar, como afirma GALLANT (2003):

> (…) Não há alegação de jurisdição universal sobre a pessoa nestes casos. Na realidade, não há nem ao menos uma alegação de "jurisdição com base na personalidade passiva", jurisdição onde a vítima do crime está dentro da competência em razão da matéria do TPI, é um nacional de um Estado parte.[639]

Tratando-se dos nacionais de um Estado que aceitou a jurisdição do Tribunal, a competência (jurisdição) é clara: o Tribunal tem jurisdição sobre os nacionais destes Estados, para julgar os atos dentro da competência em razão da matéria (*ratione materiae*).

Ressalta-se ainda que alguns países discordaram do dispositivo, prevendo que os nacionais de um Estado não parte do Estatuto do TPI pudessem ser processados pelos crimes ocorridos no território de um Estado parte. Exemplo, o caso do soldado americano que opera em território de um Estado parte durante uma operação de paz da ONU, este poderia ser processado pelo Tribunal, mesmo não sendo os Estados Unidos parte do Tribunal? De acordo com GALLANT (2003), a jurisdição territorial é um dos conceitos mais básicos do direito penal. O Direito Internacional permite que um Estado, por meio de tratado (neste caso o Estatuto de Roma), concorde que um tribunal internacional tenha competência em razão da pessoa, com base no princípio territorial. No entanto, a questão permanece, havendo argumentos também no sentido oposto.[640]

---

[638] GALLANT, Kenneth S. *Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts…..*: (…) The statement that in certain cases the Court will "exercise its jurisdiction"only if States bearing certain relationships to the persons suspected have accepted the jurisdiction of the Court is a roundabout way of defining by limitation the persons over which the Court has jurisdiction to adjudicate allegations of crime. Outside of this language, there is nothing in the ICC Statute that defines the persons who may be prosecuted on the basis of referrals by a State or through investigations begun by the Prosecutor proprio motu.

[639] GALLANT, Kenneth S. *Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts…..*: (…) There is no claim of universal jurisdiction over the person in theses cases. Indeed, there is not even a claim of so-called "passive personality jurisdiction", jurisdiction where a victim of a crime within the subject matter jurisdiction of the ICC is a national of a State Party.

[640] GALLANT, Kenneth S. *Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts….*ver também SCHARF, Michael. *ICC's Jurisdiction over the national of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position*, 64 Law & Contemporary Problems 67 (2000). Para um posicionamento contrário, MORRIS, Madeline. *The United States and The International Criminal Court: High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States.* 64 LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS 13, 2001.

8.4.2. Denúncia pelo Conselho de Segurança

Tratando-se de denúncia pelo Conselho de Segurança o Estatuto é ainda mais ambíguo do que em relação à hipótese anterior, pois esta dar-se-ia em relação a todas as pessoas naturais com idade superior a 18 anos, conforme análise anterior, na competência em relação à pessoa (*ratione personae*), dada a inexistência de um dispositivo limitativo como o artigo 12 (2), aplicável a esta. Por esta razão SADAT (2000) afirma:

> (...) quando a denúncia ao Tribunal é realizada pelo Conselho de Segurança, o Estatuto de Roma pode se aplicar a todo o mundo.[641]

O Estatuto não fornece qualquer detalhe adicional ou requisito para esta hipótese, exceto a especificação de que o Conselho de Segurança deve agir conforme o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. O objetivo é claramente o emprego do Tribunal como um Tribunal *ad hoc*, caso o Conselho de Segurança decida atuar segundo a perspectiva dos TPII e TPIR.[642]

De qualquer forma, tanto na denúncia realizada por um Estado parte ou pelo Conselho de Segurança, parece não haver qualquer discricionariedade por parte do Procurador.[643]

8.4.3. Regras de jurisdição (competência) e admissibilidade

O princípio da complementaridade, conforme discutido anteriormente impede que a Corte investigue e instaure um processo legal em relação aos casos que já estejam sendo tratados pelos sistemas jurídicos nacionais. Com a finalidade de proteger a soberania dos Estados, fundada no princípio da complementaridade, o Estatuto impõe ao Promotor um procedimento complexo a ser observado para que a investigação possa prosseguir.[644]

---

[641] SADAT, Leila Nadya e CARDEN, S. R. *The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution*. 88 Geo. L.J. 381, 397-403 (2000): (…) when referral to court is made by the Security Council, ICC Statute may apply to entire world.
[642] SCHABAS, Willian. *An Introduction to the International Criminal Court*….p.123.
[643]SCHABAS, Willian. *An Introduction to the International Criminal Court*….p.123: (...) When prosecution is initiated by referral of a State party or at the request of the Security Council, it would seem that the Prosecutor has no discretion as to whether or not to proceed.
[644] SCHABAS, Willian. *An Introduction to the International Criminal Court*….p. 124.

Dois são os procedimentos previstos pelo Estatuto para fins de questionamento em nível de preliminar ao mérito, a saber:

1. Conforme o artigo 18 – *Decisões Preliminares sobre Admissibilidade,* o qual se aplica a todos os casos trazidos ao Tribunal, exceto na hipótese de denúncia realizada pelo Conselho de Segurança, o Promotor deverá notificar todos os Estados Partes e os Estados que, de acordo com a informação disponível, teriam jurisdição sobre esses crimes.

Além disto, os Estados possuem um mês após a recepção da referida notificação, para informar o Tribunal de que está procedendo, ou já procedeu a um inquérito sobre os atos em questão. Recebendo esta notificação por parte do Estado, o Promotor não pode proceder com o inquérito, a menos que o Juízo de Instrução decida por autorizar o inquérito (artigo 18 (2)). Nesta hipótese, é o Promotor que apresenta um pedido de autorização ao Juízo de Instrução como uma "Decisão Preliminar sobre Admissibilidade" (artigo 15 (3)).

Com base neste pedido, caberá ao Juízo de Instrução analisar se existe fundamento suficiente para abrir um Inquérito. (artigo 15 (4)). Na hipótese de recusa, por parte do Juízo de Instrução, o Procurador não estará impedido de formular posteriormente outro pedido com base em novos fatos ou provas relativas à mesma situação (artigo 15 (5)), ressaltando-se ainda que, a transferência do inquérito poderá ser reexaminada pelo Procurador seis meses após a data em que tiver sido decidida ou, a todo o momento, quando tenha ocorrido uma alteração significativa de circunstâncias, decorrente da falta de vontade ou da incapacidade efetiva do Estado de levar a cabo o inquérito (artigo 18 (3)). O Promotor ainda poderá, enquanto aguarda uma decisão a ser proferira no Juízo de Instrução, solicitar ao tribunal de instrução, a título excepcional, que o autorize a efetuar as investigações que considere necessárias para preservar elementos de prova.

2. Uma segunda avaliação quanto à admissibilidade dos casos é prevista pelo artigo 19 – *Impugnação da jurisdição do Tribunal ou da admissibilidade do caso*, o qual se aplica a todos os casos trazidos ao Tribunal, inclusive na hipótese de denúncia pelo Conselho de Segurança.

Inicialmente, o Tribunal deverá certificar-se de que detém jurisdição sobre todos os casos que lhe sejam submetidos, podendo determinar a admissibilidade de um caso conforme o artigo 17 (artigo 19 (1)). Independentemente do resultado

desta avaliação do Tribunal, o artigo 19 permite a impugnação à admissibilidade do caso pelo acusado, ou pelo Estado com jurisdição para o caso (artigo 19 (2)).

A impugnação deverá ser feita antes do julgamento ou no seu início (artigo 19 (4)). Se feita antes da confirmação da acusação, a impugnação da admissibilidade de um caso ou da jurisdição do Tribunal será submetida ao Juízo de Instrução, e após confirmação, ao Juízo de Julgamento em Primeira Instância (artigo 19 (5)).

8.5. Execução das decisões do Tribunal

A possibilidade de execução das decisões do Tribunal se baseia em três princípios básicos:

(1) A Corte não pode penalizar os Estados diretamente pelo não cumprimento de suas determinações. A Corte deve fazer suas constatações e enviá-las à Assembléia dos Estados Partes e ao Conselho de Segurança, na hipótese de casos trazidos pelo Conselho de Segurança.[645]

(2) A Corte não pode obrigar um Estado a obedecer suas ordens. Assim, não pode obrigar à apresentação de testemunhas, à execução do mandado de prisão (*execution of arrest warrants*), dentre outros. Não existe o denominado "poder de polícia", o qual permita que o Tribunal empregue com autoridade e eficiência seu poder jurisdicional.[646]

(3) Os funcionários da Corte não têm direito, na maioria dos casos, de proceder diretamente à execução de suas tarefas no território dos Estados, devendo atuar junto às autoridades presentes no Estado requerido, conforme o direito interno do Estado.

Existem, entretanto, três exceções:

(1) De acordo com o artigo 56, um juiz do Tribunal pode estar presente "para que formule recomendações ou dite ordens a respeito da coleta e preservação das provas ou do interrogatório de indivíduos"[647];

---

[645] art. 87 (7).

[646] Empregamos este expressão conforme CINTRA, Antonio Carlos de A., GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 124.

[647] art. 56 (2) (e).

(2) O Promotor pode ser autorizado pela Câmara de Questões Preliminares "a adotar determinadas medidas de investigação no território de um Estado-Parte sem ter obtido a cooperação deste se a Câmara de Questões Preliminares determinar que tal Estado "não está manifestamente em condições de executar um pedido de cooperação devido à inexistência de autoridade ou órgão de seu sistema judiciário competente…."[648];

(3) Finalmente, de acordo com o artigo 99 (4), o Promotor em determinadas circunstâncias previstas pelo Estatuto poderá executar diretamente o pedido no território de um Estado.

8.5.1. A necessidade de que os Tribunais e Cortes Internacionais se baseiem na Cooperação dos Estados

Para os tribunais e cortes internacionais a cooperação dos Estados é essencial à efetividade do processo judicial. Apenas as autoridades nacionais e organizações internacionais[649] podem executar as decisões, ordens e pedidos destes tribunais.

A. Modelos de Cooperação

Dois modelos de cooperação podem ser identificados, conforme denomina a Câmara de Apelação no TPII, *Blaškić* (*subpoena*) (§§ 47 e 54): o "modelo horizontal" e o "modelo vertical".[650]

Segundo o "modelo horizontal" as relações entre os Estados e o tribunal internacional são delineadas em um padrão interestatal de cooperação judicial em matéria penal.[651]

---

[648] art. 57 (3) (d).

[649] Citamos o exemplo da ONU, mas mesmo em relação à este, ressalta-se a necessidade dos exércitos nacionais, pois a organização de *per se* não possui suas próprias forças armadas. Sobre o tema GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. Oxford University Press, 2nd edition, New York. 2004.

[650] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*...p. 356: (...) the framers of the Statute of international criminal tribunals may choose between two possible models, namely, as the ICTY Appeals Chamber put it in *Blaškić* (*subpoena*) (§§ 47 and 54), the 'horizontal' and the 'vertical' model.

[651] See B. Swart, *International Cooperation and Judicial Assistance – General Problems*, in CASSESE, Gaeta, and Jones, ICC Commentary, II, 1590-2. Cassese (2003) ressalta em sua obra *International Criminal Law*....p. 356: O presente autor baseia-se em grande parte neste excelente artigo de Swart (1592-1605) [The present author relies heavily on the excellent paper by Swart (1592-1605)].

Este modelo ao ser aplicado aos tribunais internacionais significa que o tribunal não tem autoridade sobre os Estados, com exceção do poder (legal) de julgar os crimes cometidos por pessoas sujeitas à soberania deste Estado. Além desta hipótese, a tribunal internacional não pode de forma alguma forçar os Estados a cooperarem, muito menos realizar qualquer medida coercitiva no território dos Estados soberanos.

O segundo modelo, denominado "modelo vertical" ou "Supra-Estatal", parte da estrutura tradicional da cooperação judiciária de "Estado para Estado", para a qual todos os Estados estão em posição de igualdade. Este modelo mais progressivo pressupõe que o órgão judicial internacional está investido de amplos poderes não apenas *vis-à-vis* os indivíduos sujeitos à autoridade soberana dos Estados, mas também em relação aos Estados em si mesmos. De acordo com este modelo o tribunal internacional está autorizado a emitir ordens de caráter vinculante aos Estados, sujeitas no caso de não observância, a mecanismos de execução. Importante também o fato de que ao tribunal internacional é conferida a última palavra com relação às provas e evidências, ou seja: o Estado não está autorizado a recusar a entrega de provas e evidência com base no interesse nacional ou o cumprimento de mandados de prisão ou ainda outras determinações dos tribunais. Em resumo, o tribunal internacional está investido de uma autoridade sobre os Estados que notadamente o diferencia de outras instituições internacionais.

B. Cooperação dos Estados conforme o mecanismo do TPI

Diferentemente do que ocorre no TPII e TPIR, órgãos do Conselho de Segurança, moldados segundo seus juízes, os Estados tiveram a oportunidade ao elaborar o Estatuto do TPI (um tratado internacional o qual os Estados podem ou não ratificar, em razão da sua natureza consensual), de expressar em termos claros como desejavam a funcionamento da justiça internacional. Desta forma, optaram por uma abordagem baseada na orientação estatal (*State-oriented approach*), a qual, no entanto, como tem sido ressaltado, pode levar a uma mistura entre o "modelo horizontal" e "modelo vertical".[652]

---

[652] Ver B. Swart, 'International Cooperation and Judicial Assistance – General Problems', in CASSESE (2003) p. 358: '*a mixture of the* "horizontal" and the "vertical" [model]'.

Inicialmente, o Estatuto estabelece uma obrigação geral de cooperar, conforme a seguir descrita:

> **(...)Artigo 86 [Obrigação geral de cooperar]**
> Os Estados Pares deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.

Entretanto, esta obrigação serve essencialmente como uma declaração geral a ser posteriormente especificada e prevista em uma série de dispositivos, pois no Estatuto do TPI "a opção foi feita no sentido de elencar as obrigações específicas dos Estados partes exaustivamente e indicar seu escopo e conteúdo da forma mais precisa possível".[653]

Segundo aspecto, o Estatuto do TPI não especifica se os atos instrutórios, o cumprimento de intimações ou mandados, por exemplo, devem ser realizados pelos oficiais da Procuradoria com o auxílio, quando necessário, das autoridades estatais, ou se ao contrário, caberá ao Estado a execução dos atos solicitados pelo Procurador. A julgar pela insistência constante no Estatuto, quanto à necessidade de observar-se o requisitos da legislação nacional, tem-se a impressão de que a última alternativa deva ser a adotada. Portanto, dependerá da implementação da legislação nacional a ser adotada pelos Estados.

Ressalta-se ainda, que em relação à entrega de pessoas (*surrender*), deve ser observada uma condição tipicamente aplicada à cooperação interestatal, a saber: o Princípio da Especialidade, como determina o Estatuto:

> **(...) Artigo 101 [Regra da especialidade]**
> Nenhuma pessoa entregue ao Tribunal nos termos do presente Estatuto poderá ser perseguida, condenada ou detida por condutas anteriores à sua entrega, salvo quando estas constituam crimes que tenham fundamentado a sua entrega.
> O Tribunal poderá solicitar uma derrogação dos requisitos estabelecidos no parágrafo 1º ao Estado que lhe tenha entregue uma pessoa e, se necessário, facultar-lhe-á, em conformidade com o artigo 91, informações complementares. Os Estados Partes estarão habilitados a conceder uma derrogação ao Tribunal e deverão envidar esforços nesse sentido.

---

[653] Ver B. Swart, *International Cooperation and Judicial Assistance – General Problems*, in CASSESE (2003) p. 358: (...) in the ICC Statute 'the choice has been made to list the specific obligations of the States parties exhaustively and to indicate their scope and contents as precisely as possible'.

Finalmente na hipótese de não cooperação, o artigo 87 (7) estabelece conforme o entendimento do TPII em decisão da Câmara de Apelação em *Blaškić* (*subpoena*):

> (...) a Corte pode decidir e enviar a questão para a Assembléia dos Estados ou caso o Conselho de Segurança tenha enviado a questão à Corte, ao Conselho de Segurança.[654]

Entretanto, segundo CASSESE (2003) o Tribunal poderia ter ido além e previsto as conseqüências para a não cooperação do Estado. Acrescenta ainda que seria apropriado prever a possibilidade de atuação do Conselho de Segurança, bem como estabelecimento de sanções por este, mesmo nos casos onde a questão não foi trazida por este órgão ao Tribunal. Por fim, CASSESE (2003) conclui:

> (...) não se compreende porque o Conselho de Segurança não pode agir com base no Capítulo VII se um Estado recusa cooperar e tal recusa configura-se uma ameaça à paz, mesmo nos casos previamente denunciados ao Tribunal por um Estado ou iniciados pelo próprio Procurador (*proprio motu*). Claro está que o TPI não exclui esta possibilidade, mas teria sido uma boa idéia incluí-la expressamente.[655]

8.5.2. A questão da entrega dos nacionais (*surrender*)

Em geral a constituição e/ou as leis de muito dos países dos sistemas de "*civil law*" consagram o princípio de que os nacionais não podem ser extraditados para fins de responderem a processo penal no exterior. O princípio é encontrado na Constituição Brasileira (1988) artigo 5^0, na Constituição da República Federal da Alemanha (1949) artigo 16 (2), agora já emendada permitindo a entrega de nacionais alemães ao TPI e outros Estados membros da União Européia, a Constituição da República Federal da Iugoslávia (1992) artigo 17-3, da Polônia (1997) artigo 55-1, da Eslovênia (1991 revista em 2000), artigo 47. O princípio também é reconhecido na

---

[654] *Blaškić*, *subpoena (judgment of the request of Croatia)* case nº IT-95-14-AR108: (...) the Court may make a finding to that effect and refer the matter to the Assembly of States Parties or, where the Security Council referred the matter to the Court, to the Security Council.

[655] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*.....p. 360: (...) one fails to see why the Security Council should not act upon Chapter VII if a State refuses to co-operate and such refusal amounts to a threat to the peace, even in cases previously referred to the Court by a State or initiated by the Prosecutor *proprio motu*. Of course, the ICC Statute does not exclude this possibility, but it also would have been a good idea expressly to include it.

França, no artigo 3º da Lei de 10 de março de 1927, bem como na maioria dos tratados bilaterais sobre assistência judicial mútua.[656]

Para tratar desta questão os tribunais internacionais optaram por um dos dois posicionamentos básicos:

1. O entendimento de que em virtude do princípio reconhecido pelo direito internacional, os Estados não podem invocar sua legislação nacional, mesmo constitucional, para evadir-se da obrigação internacional. Este posicionamento é bastante tradicional e baseia-se no Princípio da Igualdade Formal.

Este entendimento foi adotado em Presidente do TPII em *Blaškić* (3 de abril de 1996, §7), Relatório Anual de 1996 do Presidente do TPII para a Assembléia Geral (A/51/292, 16 de agosto de 1996), §182, bem como *Milošević* (*decision on preliminary motions*, § 47).[657]

2. O entendimento de que as normas constitucionais em questão se aplicam para as relações entre Estados soberanos apenas, não alcançando as relações entre os Estados e os Tribunais Internacionais. Este posicionamento é bastante inovativo, admitindo uma natureza hierárquica. Segundo esta abordagem, surge a distinção entre extradição do acusado de um Estado a outro e transferência do acusado de um Estado para um Tribunal Penal Internacional, conforme o estabelecido no artigo 102 do Estatuto de Roma:

> **(...) Artigo 102 [Termos usados. Para os fins do presente Estatuto]**
> a) por "entrega" se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado ao Tribunal, em conformidade com o disposto no presente Estatuto;
> b) por "extradição" se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, em conformidade com o disposto em um tratado, convenção ou no direito interno.

8.5.3. A Co-operação e o Direito Interno dos Estados: uma relação necessária

A obrigação dos Estados de implementarem o Estatuto do TPI em sua legislação nacional não admite qualquer escusa.

Quando um Estado ratifica um Tratado, esta é uma manifestação inequívoca de que consente ser afirmativamente obrigado segundo os princípios

---

[656] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*.....p. 361.
[657] Estes documentos estão disponíveis no site: www.un/icty/.

consagrados. Tratando-se do TPI, isto significa que um Estado deve, dentre outras coisas, querer e estar capacitado a entregar uma pessoa acusada para ser processada independentemente, em muitos casos, da: (1) nacionalidade; (2) capacidade oficial; (3) pena à qual a pessoa estará sujeita. Além disto, os Estados possuem a obrigação de cooperar com o Tribunal em qualquer um dos aspectos da investigação, como por exemplo: execução de mandados de prisão, produção e entrega de documentos e execução de sentenças. À luz da natureza afirmativa das obrigações assumidas pelo Estado, com a ratificação do Estatuto do TPI o Estado deve realizar uma análise detalhada do ordenamento jurídico nacional, para assegurar que seus governos e oficiais possam cumprir os requisitos pactuados. Pode-se afirmar que se um Estado não coopera com o Tribunal, ele está violando o tratado[658].

O Estado parte de um tratado está subordinado ao dever geral de implementar as obrigações do tratado em seu sistema jurídico nacional. Este dever surge dos princípios da boa fé e da natureza das obrigações convencionais (dos tratados), como determina o Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados:

> **(...) Artigo 26 [*Pacta Sunt Servanda*]**
> Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.[659]

Vale reproduzir o ensinamento do Professor Ian BROWNLIE (1998):

> (...) Conforme a natureza das obrigações convencionais e o direito consuetudinário, existe um dever geral de manter o direito interno em conformidade com as obrigações segundo o direito internacional.[660] Entretanto, em geral o fato de não ser mantida tal conformidade, não é em si uma violação direta do direito internacional, havendo a violação quando um Estado não observa suas obrigações em uma ocasião específica.[661] Em algumas circunstâncias a **própria legislação** pode configurar uma violação ao dispositivo

---

[658] INTERNATIONAL REVIEW OF PENAL LAW (Vol. 72), 3e et 4e trimestres 2001, Section I – *The International Criminal Court: Selected Considerations for Ratification and National Implementing Legislation*, p. 793.
[659] Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), reproduzida em RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*.....p. 330.
[660] FITZMAURICE, 92 Hague Recueil (1957, II), 89; Oppenheim, i. 82-6; Guggenheim, i. 31-3; Exchange of Greek and Turkish Populations (1925), PCIJ., Ser. B., no. IO, p. 20. O princípio de aplica tanto para os Estados Unitários quanto os Federais. In: BROWNLIE, Ian. *Principles of International Law*....p. 35.
[661] MCNAIR, *Law of Treaties* (1961), IOO. Cf. Fitzmaurice, 92 Hague Recueil (1957, II), 89. In: BROWNLIE, Ian. *Principles of International Law*....p. 35.

> do tratado e um tribunal pode ser requisitado à fazer uma declaração neste sentido.[662]
>
> *(grifo nosso)*

A Corte Interamericana de Direitos Humanos seguindo esta lógica determinou que:

> (...) a promulgação de uma lei que manifestadamente viola a obrigação assumida por um Estado através de ratificação ou acessão à Convenção, constitui uma violação do tratado e, na hipótese desta violação afetar os direitos e liberdades garantidos ou indivíduos específicos, dá ensejo à responsabilidade do Estado em questão.[663]

Freqüentemente, coloca-se a questão relativa às teorias monismo e dualismo.[664] Para os Estados que seguem a teoria monista, o ato de ratificação de um tratado em si pode ser suficiente para colocar a legislação nacional em conformidade com o direito internacional, na realidade alguns Estados possuem disposição expressa em sua constituição prevendo que o direito internacional é parte do direito interno. Contrariamente a esta posição, o Estados que seguem a teoria dualista, requerem um ato legislativo para "transformar" os dispositivos convencionais (do tratado) em direito nacional.Análise da não observância da obrigação de cooperar

Como abordado anteriormente, um Estado não pode utilizar sua legislação interna como matéria de defesa para a não observância de suas obrigações internacionais. Portanto, o Estado estará violando o tratado se as autoridades nacionais se recusarem a executar um mandado ou fornecer evidências (provas, documentos), porque alegam, embora corretamente, que a legislação nacional não permite a cooperação.

---

[662] BROWNLIE, Ian. *Principles of International Law*....p. 35 e 36: (...) Arising from the nature of treaty obligation and from customary law, there is a general duty to bring internal law into conformity with obligations under international law. However, in general a failure to bring about such conformity is not in itself a direct breach of international law, and a breach arises only when the state concerned fails to observe its obligations on a specific occasion. In some circumstances legislation could of itself constitute a breach of a treaty provision and a tribunal might be requested to make a declaration to that effect.

[663] Ver *International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in Violation of the Convention (Artigos 1 and 2 of the American Convention no Human Rights)*, Advisory Opinion OC-14/94, INTER-AM CT. HR, Series A, No. 14 (9 December 1994) at 50, reproduzida em 116 INTERNATIONAL LAW REPORTS 321-337.

[664] L. Oppenheim, *International Law: A Treatise* 37-47 (H. Lauterpacht ed. vol. 1 8th ed. 1955) in INTERNATIONAL REVIEW OF PENAL LAW (Vol. 72), 3e et 4e trimestres 2001, Section I – *The International Criminal Court: Selected Considerations for Ratification and National Implementing Legislation*, p. 795.

Caso um Estado não observe o pedido de cooperação com o TPI, e "impedindo-o assim de exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, o Tribunal poderá elaborar um relatório e remeter a questão à Assembléia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança"[665]

Nesta hipótese o Tribunal: "poderá elaborar um relatório e remeter a questão à Assembléia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o fato ao Tribunal.[666]

Vale ainda ressaltar o fato de que mesmo os Estados não-partes do Estatuto "após celebrarem um convênio *ad hoc* ou um acordo com o Tribunal", na hipótese de "se recusar a cooperar nos termos de tal convênio ou acordo, o Tribunal dará conhecimento desse fato à Assembléia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a referenciar o fato ao Tribunal".[667]

---

[665] Estatuto de Roma, art. 87 (7).
[666] Estatuto de Roma, artigo 87 (7). Ver artigo 112 para o estabelecimento e funções da Assembléia dos Estados Partes.
[667] Estatuto de Roma, artigo 87 (5).

CONCLUSÃO

Esta parte da tese objetiva sistematizar as idéias desenvolvidas no decorrer da exposição, com o objetivo de delinear os mecanismos de aplicação do Princípio da Universalidade da Jurisdição no âmbito dos Estados e do Tribunal Penal Internacional, como instrumento essencial para a implementação do Estatuto de Roma pelos Estados Partes visando tornar concreto o Princípio da Complementaridade no qual o Tribunal Penal Internacional se fundamenta.

Acerca da apresentação dos aspectos gerais relacionados ao Direito Internacional Penal ressaltam-se os seguintes pontos:

[1] A denominação Direito Penal Internacional é adotada sob o ângulo do Estado, sendo este emanação de seu poder soberano, tendo como fundamento direto ou indireto a incriminação internacional da conduta. No âmbito internacional, adota-se a denominação Direito Internacional Penal para designar a disciplina que rege na esfera processual, a coordenação dos "Direitos Penais e Processuais Penais (Internacionais)" dos Estados, bem como na esfera material a incriminação internacional das condutas, conforme os processos de elaboração aplicáveis (Capítulo 2).

[2] A origem das normas internacionais penais remontam ao século XVIII com a noção de "*jus in bello*" e "*jus ad belum*", seguindo o tratamento da matéria por VATTEL (1758). Ao traçarmos o histórico da formação destas normas, percebe-se o caráter internacional adotado desde seus primórdios, tendo a guerra como referencial. Esta evolução tem seu ponto culminante com as Convenções de Genebra, razão pela qual constituem elementos integrantes do Estatuto de Roma.

Neste contexto, a pirataria configura-se marco do processo de elaboração dos crimes internacionais. Por meio deste exemplo, pode-se notar o desenvolvimento do conceito de *delicta iuris gentium*, na medida em que a convergência das legislações nacionais a consideram como delito passível de sanção penal, tornando-a objeto de convenções internacionais pertencentes ao Direito Internacional Penal.

[3] A evolução da tutela jurídica aplicável aos crimes internacionais demonstra a dificuldade de tutelar-se estas normas materiais, razão pela qual apenas em 1919 tem-se as tentativas iniciais, constituindo-se os Tribunais de Nuremberg e Tóquio (1945-1947) as primeiras experiências concretas.

As regras do direito processual do Estatuto de Roma estando sujeitas à sistemática do Direito Internacional, segundo a qual as decisões das cortes internacionais são fontes do direito, baseiam-se nos mecanismos adotados por estes tribunais.

Com base na análise realizada acerca dos processos de elaboração do Direito Internacional e as categorias de crimes internacionais sujeitos à competência *ratione materiae* do TPI (Capítulo 2) podemos traçar as seguintes conclusões:

[1] São fontes primárias do Direito Internacional Penal o costume internacional, os tratados e estatutos dos tribunais internacionais. Os Princípios Gerais do Direito Internacional e os Princípios Gerais do Direito Internacional Penal configuram fontes subsidiárias, a serem aplicadas na hipótese das primárias terem sido exauridas. Este quadro diverge da sistemática adotada em relação ao direito interno, e portanto, requer atenção especial para fins de qualificação de uma conduta como crime internacional.

Nesta perspectiva, os crimes internacionais devem implicar cumulativamente violações às normas costumeiras internacionais, bem como as disposições dos tratados que codificam ou consagram o direito consuetudinário, ou ainda contribuem para formação deste.

[2] O Estatuto de Roma, na medida em que visa à repressão dos crimes internacionais se insere no quadro do Direito Internacional Penal, devendo portanto observar o caráter de obrigação "*erga omnes*", marcada essencialmente pelo interesse jurídico de todos os Estados na sua observância, passível inclusive de invocação de responsabilidade internacional do Estado pela sua violação.

[3] O Estatuto reconhece as fontes do Direito Internacional Penal, citadas em [1], como pode-se notar pela redação do artigo 21. Em relação à definição das categorias dos crimes internacionais sujeitas à competência ratione *materiae*, o Estatuto aplica os mecanismos apresentados nesta pesquisa, na medida em que, nos artigos 5º a 8º ao definir os crimes internacionais o faz adotando o direito internacional dos conflitos armados existente, dentro do ideal de não limitar ou afetar

"as normas existentes ou em desenvolvimento de direito internacional com fins distintos dos do Estatuto"[668].

[4] Para que o Estatuto de Roma seja implementado pela ordem jurídica brasileira faz-se essencial a compreensão dos mecanismos aplicáveis à formação das normas internacionais penais, sob pena de possível tentativa de aplicação dos métodos relacionados ao direito interno, o que indubitavelmente pode levar a equívocos inaceitáveis no âmbito internacional, especialmente quanto à responsabilidade internacional do Estado.

A Doutrina da Jurisdição Internacional do Estado opera como um dos pilares fundamentais da Jurisdição Universal, propiciando noções elementares para a compreensão deste mecanismo de delimitação da jurisdição extraterritorial dos Estados, a saber:

[1] A noção de jurisdição no âmbito internacional engloba o poder de criar, aplicar e executar normas jurídicas (CAPPS, EVANS e KONSTADINIS: 2003; LOWE: 2003), portanto seu campo de atuação é mais amplo do que o adotado pelo direito interno dos Estados. Esta noção está profundamente relacionada ao conceito de soberania do Estado (BROWNLIE: 1998). No Brasil, a doutrina define a jurisdição com base na noção de poder, função e atividade, objetivando a solução imparcial de conflitos de interesse (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO: 1990).

[2] Tomando-se como base o tratamento internacional do instituto, podemos identificar três formas de manifestação da Jurisdição Internacional do Estado: o estabelecimento de regras (jurisdição *prescritiva* ou *legislativa – prescriptive jurisdiction*), o estabelecimento do processo judicial com a finalidade de identificar a violação às regras e as conseqüências para a violação (jurisdição *adjudicativa* ou *judicial - adjudicative jurisdiction*) e a imposição forçada de conseqüências como a perda da liberdade ou propriedade como meio de sanção (jurisdição *executiva - executive jurisdiction*).

[3] Estas formas de manifestação podem coincidir, embora seja possível atuarem isoladamente. No Brasil, a possibilidade de aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional configura-se como um exemplo desta ordem. Na área penal, em geral não há jurisdição *adjudicativa* sem a respectiva jurisdição *prescritiva*, pois os Estados tendem a negar a possibilidade de que seu poder judiciário aplique

---

[668] Artigo 21 do Estatuto de Roma.

normas estranhas ao direito interno. Por esta razão, a importância da produção de normas jurídicas internas que traduzam os compromissos assumidos pelo Estado em acordos internacionais.

[4] Como não foi possível verificar na doutrina nacional e estrangeira sobre o tema uma classificação que abrangesse os crimes internacionais como desdobramento da jurisdição internacional do Estado, propusemos a adoção do conceito de "elementos de conexão" encontrado no Direito Internacional Privado, para fins de apresentar os mecanismos de coordenação do exercício das Jurisdições Penais dos Estados. Seguindo esta lógica, os "elementos de conexão" foram classificados seguindo bases jurisdicionais (descritas na Doutrina da Jurisdição Internacional do Estado) bem como a noção de incriminação internacional, qualificando-se o Princípio da Universalidade da Jurisdição como integrante da segunda espécie.

Esta classificação demonstrou-se útil para o estudo dos casos propostos, permitindo-nos explicar como os Estados criam e aplicam as normas jurídicas internacionais penais, especialmente nos sistemas dualistas de incorporação de tratados internacionais, na medida em que "selecionam" os "elementos de conexão" que farão parte de sua legislação penal de âmbito extraterritorial.

Acreditamos ser este uma classificação eficaz a ser adotada pelos legisladores dos Estados, na elaboração das normas jurídicas aplicáveis aos crimes sujeitos ao regime do TPI.

A Parte II da tese se concentrou no Princípio da Universalidade da Jurisdição, iniciando com a análise crítica do julgamento Caso *Congo v. Bélgica* na Corte Internacional de Justiça visando uma melhor compreensão do conceito, para posteriormente aplicá-lo às classificações encontradas na doutrina, foi possível notar que:

[1] Após a análise crítica da utilização do conceito de Jurisdição Universal pela Corte Internacional de Justiça, baseada na doutrina e especialmente no raciocínio desenvolvido por O'KEEFE (2004), aplicada à lógica desenvolvida neste trabalho, constata-se que este é empregado como "*elemento de conexão*" adotado pela legislação dos Estados, no exercício da jurisdição *prescritiva*. Trata-se de um "*elemento de conexão*" selecionado pelo legislador estatal na ausência de qualquer outro vínculo jurisdicional à época da ocorrência do crime em questão, atendendo à

incriminação internacional da conduta praticada. Ao definirmos que o Princípio se opera no aspecto prescritivo da jurisdição, afastam-se as dificuldades teóricas de uma conceituação uniforme, esclarecendo, inclusive a questão da indevidamente denominada Jurisdição Universal *in Absentia*.

[2] Na doutrina nacional e estrangeira pesquisadas foram encontradas apenas as classificações propostas por REYDAMS (2003) e HENZELIN (2000), as quais foram estudadas com o intuito de fornecer subsídios para a abordagem do Princípio da Universalidade no contexto das Convenções Internacionais e do Direito Consuetudinário Internacional.

O critério adotado por HENZELIN (2000), baseado na soberania e no consentimento estatal como expressão da vontade soberana do Estado, oferece um mecanismo que nos permitiu esclarecer pontos de obscuridade na doutrina da Jurisdição Universal, especialmente no contexto das Convenções Internacionais como o Estatuto de Roma.

Ao final desta análise concluímos que o Princípio da Universalidade tem como fundamentação a abordagem *absoluta*, razão pela qual trabalhamos no campo da Universalidade *Absoluta*.

[3] Ainda no campo das classificações apresentadas, a Jurisdição Universal é entendida como direito *primário* de qualquer Estado de julgar crimes internacionais, independentemente da localização do acusado, bem como jurisdição *secundária*, a qual preferimos denominar *derivada*, baseada no direito convencional ou consuetudinário que impõe ao Estado uma obrigação, em geral na forma *aut dedere aut judicare*.

[4] Pode-se ainda resumir os seguintes aspectos esclarecidos até este estágio do trabalho (Capítulo 4):

a) Jurisdição Universal, provém da incriminação internacional, a qual por meio de uma *delegação* (real ou fictícia) da comunidade internacional confere aos Estados o direito de processar e punir crimes do direito internacional;
b) Por conseqüência a Jurisdição Universal de *per se* é o denominado "Princípio da Universalidade *Absoluta*". Esta estabelece o "*elemento de conexão*" a ser adotado pelo Estado em sua legislação penal, exercido portanto de maneira ***originária***.

c) O "Princípio da Universalidade *Delegada*", nada mais é do que a o exercício da Jurisdição Universal por meio convencional, buscando uma coordenação do exercício das jurisdições estatais, exercido portanto de maneira *derivada*, e que consideramos como parte do "Princípio da Universalidade *Absoluta*" tomada em seu *lato sensu*.

[5] Entretanto, surgem questões de extrema importância para a consecução do objetivo da tese, a saber;

a) O Princípio da Jurisdição Universal *originária*, configura-se como um direito ou como um dever dos Estados?
b) O Princípio da Jurisdição Universalidade *derivada*, configura-se como um dever do Estado de aplicação da máxima *aut dedere aut judicare*?
c) Admitindo-se que o Princípio da Jurisdição Universal *derivada*, configure um dever do Estado, este poderia ser baseado no direito consuetudinário?
d) Com a entrada em vigor do Estatuto de Roma existe alguma modificação neste quadro?

Nos capítulos seguintes buscou-se desenvolver os subsídios necessários para a elaboração das respostas à tais questões consideradas essenciais para a coordenação das jurisdições penais estatais entre si, sem prejuízo destas frentes ao TPI, no contexto que denominamos *pós*- Estatuto de Roma.

Tendo definido o conceito básico de Princípio da Universalidade adotado neste trabalho, passou-se ao tratamento conferido a este pelos Estados em sua legislação penal e jurisprudência, permitindo-nos constatar, conforme os comentários específicos anteriormente realizados ao final do estudo de cada um dos Estados:

[1] Conforme a análise realizada da legislação australiana, pode-se dizer que a Austrália adotou o Princípio da Universalidade como elemento de conexão em relação à Lei das Convenções de Genebra(1957) e Lei do Tribunal Penal Internacional (2002).

Em relação ao caso *Polyukhovich*, a Corte Australiana afastou a inconstitucionalidade da Lei, com base no argumento da Jurisdição Universal. A Lei que indubitavelmente constituiria legislação penal retroativa, deixa de ser assim considerada em razão da "intercomunicação" entre o Direito Internacional e o Direito Interno, na medida em que estes crimes eram considerados crimes internacionais de acordo com o Direito Internacional Penal. Por decorrência, a Corte admite que estes

crimes estão sujeitos ao Princípio da Universalidade, o que reforça a legalidade do dispositivo.

Este exercício de argumentação da Corte parece-nos impreciso ao tratar do Princípio da Universalidade. Tem-se a impressão de que com base no Princípio da Universalidade todas as garantias dos acusados, conforme a Proteção Internacional dos Direitos Humanos podem ser afastadas, o que não constitui de forma alguma a aplicação deste Princípio, conforme abordado no Capítulo anterior.

[2] Em Israel, a Lei de Prevenção e Punição ao Crimes de Genocídio (1950) ao empregar uma ficção jurídica, para fins de considerar os crimes praticados no exterior como praticados no território de Israel, deve ser interpretada como uma aplicação do Princípio da Universalidade *Absoluta*, em detrimento da tentativa realizada de adotar um Princípio da Territorialidade Fictício. Portanto, a discussão quanto à interpretação do artigo VI da Convenção sobre o Genocídio como restringindo ou não a Jurisdição Universal, aplica-se portanto diretamente à Lei de Prevenção e Punição ao Crimes de Genocídio (1950).

O caso *Eichmann*, configura-se por conseqüência, um caso de aplicação do Princípio da Universalidade *Absoluta*, devendo-se para tanto, admitir que a Convenção sobre o Genocídio não limita a jurisdição deste, ao Princípio da Territorialidade, o qual seria apenas um mínimo compulsório, sugerindo uma aproximação da máxima *aut dedere aut judicare*. Nota-se ainda, que para o Estado estar autorizado a adotar o Princípio da Jurisdição *Absoluta*, a prática Estatal confirma a necessidade de incriminação internacional prévia.

[3] Primeiramente cabe-nos constatar que na medida em que a Lei Belga de 1993, emendada em 1999, exige a presença voluntária do acusado em território belga, afasta-se a possibilidade de aplicação do Princípio da Universalidade *Absoluta*, tratando-se portanto, de condição mínima prevista para o seu exercício, haja vista a presença do acusado em território belga.

A decisão da Corte belga sentenciando dois nacionais da Ruanda (29 de junho de 2005)[669] por crime de genocídio confirma o entendimento acima, ao seguir o requisito da Lei Belga de 1993 e sua emenda de que os crimes de guerra

---

[669] *International Law in Brief*, Editorial Staff of INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS, AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, 1º julho de 2005.

cometidos no exterior sejam julgados na Bélgica se os acusados são de nacionalidade belga ou residem na Bélgica.[670]

O caso *Pinochet* traz uma série de desdobramentos, os quais acreditamos ser relevantes para a temática tratada. O magistrado fundamenta sua decisão de "afirmativa de jurisdição", no princípio *aut dedere aut judicare* e no direito consuetudinário internacional. No entanto, entendimento de que o princípio *aut dedere aut judicare* seja um princípio geral do direito internacional ou uma regra do direito consuetudinário é bastante questionável no direito internacional, razão pela qual este foi um dos enfoques do capítulo seguinte (Capítulo 6).

Como analisado, a Jurisdição Universal é em geral considerada como dever, pertencente ao *judex (loci) deprehensionis*, ou seja, com Estado em cujo território um acusado estrangeiro "está presente" ou "é encontrado", e assim pode ser preso. Pinochet seria levado para a Bélgica, mas apenas como conseqüência da extradição, podendo-se dizer o mesmo sobre Yerodia Ndombasi.

Parece haver aqui uma má interpretação[671] do princípio *aut dedere aut judicare*, no sentido de que este não confere a um terceiro país o dever de punir, apenas cria direitos unilaterais entre os Estados onde o ofensor "está presente" e os Estado(s) diretamente vinculados ao crime.

De qualquer forma, os argumentos são confirmados pela exigência de nacionalidade belga ou residência na Bélgica, a qual torna estes casos de aplicação da máxima *aut dedere aut judicare*, portanto dever de exercício mínimo do Princípio da Jurisdição Universal Absoluta.

[4] No Reino Unido a Lei sobre o Tribunal Penal Internacional (2001), como ocorre na Lei sobre os Crimes de Guerra (1991), prevê a jurisdição universal limitada aos estrangeiros residentes à época do crime ou que tenham se tornado residentes após o crime ter sido cometido e que ainda residam no Reino Unido quando da instauração do processo. Os não-residentes podem ainda ser extraditados ou entregues ao Tribunal Penal Internacional.

Portanto, ficam claras as hipóteses nas quais o Estado tem interesse direto em processar os supostos autores, deixando para a extradição ("*surrender*") a

---

[670] Reproduzida em INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 42, 1258.

[671] REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction*…..p. 115. Ver também REYDAMS, L. *In re Pinochet. Belgium Tribunal of First Instance of Brussels (Investigating Magistrate),* November 8, 1998. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 93, No. 3 (Jul. 1999), 700-703.

hipótese de não-residentes. Importante notar a preocupação quanto à existência dos dispositivos legais necessários para a implementação desta sistemática no direito interno, como aplicação da máxima *aut dedere aut judicare* do direito internacional.

Em relação ao Caso *Pinochet* deve-se inicialmente reconhecer sua importância para o direito internacional. A decisão de que não existe imunidade para ex-Chefe de Estado tem sido descrita como "surpreendente"[672]. Foi a primeira vez que:

> (…) uma corte local doméstica recusou conceder imunidade para um Chefe de Estado ou ex-Chefe de Estado baseado na impossibilidade de ser concedida imunidade para o processo de certos crimes internacionais. [673]

Nas palavras de CKINKIN (1999):

> (…) As duas decisões demonstram um desejo de explorar os tratados e os trabalhos preparatórios, resoluções das Nações Unidas, propostas de artigos para a Comissão de Direito Internacional, e os Estatutos e jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Iugoslávia e Ruanda para esclarecer o entendimento de conceitos como tortura, *jus cogens* e jurisdição universal. …Tudo isto é extremamente encorajador, haja vista a legislação do Reino Unido ter embarcado em uma nova era de aplicação dos direitos humanos com a incorporação da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, por meio da Lei sobre os Direito Humanos (1998) (*Human Rights Act de 1998*). [674]

Quanto ao Princípio da Jurisdição Universal especificamente, a construção jurisdicional da Convenção sobre a Tortura (das Nações Unidas) é questionável. A jurisdição é universal no sentido de que qualquer Estado em cujo território se encontre o suposto autor, tomará também as medidas necessárias para

---

[672] Hazel Fox, The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State, 48 INT'L & COMP. L.Q. 207, 208 (1998). *In*: CKINKIN, Christine M. *In re Pinochet. United Kingdom House of Lords. Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*. [1999] 2 WLR 827. AJIL, Vol. 93, No. 3 (Jul., 1999), 703-711.

[673] Regina v. Bow St. Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3) [1999] 2 WLR 827, 833-36 (opinion Lord Browne-Wilkinson):(…) a local domestic court has refused to afford immunity to a head of state or former head of state on the grounds that there can be no immunity agains prosecution for certain internacional crimes.

[674]CHINKIN, Christine M. *In re Pinochet. United Kingdom House of Lords* …p. 710: (…)The two decisions show a remarkable willingness to explore treaties and their *travaux préparatoires*, UN resolutions, draft articles of the International Law Commission, and the Statues and jurisprudence of the International Criminal Tribunals for Former Yugoslavia and Rwanda to inform understanding of such concepts as torture, *jus cogens* and universal jurisdiction. The judges appeared at ease with the concept (and vagaries) of customary international law and its incorporation into English law. ….All this is extremely encouraging, as United Kingdom law embarks upon a new era of human rights application with the incorporation of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms by the Human Rights Act of 1998, (citações omitidas).

estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes. No caso *Pinochet*, seguindo-se esta lógica, apenas o Reino Unido poderia exercer a jurisdição com base no Art.5º(2), e portanto a alegação da Espanha, seria *ultra vires*, de acordo com a Convenção contra a Tortura.

Importante ressaltar, que tal constatação não significa que a Espanha tenha violado uma norma de direito internacional, mas apenas que o pedido de extradição com base neste dispositivo não poderia ser acatado.

A seguir transcrevemos os artigo 5º Convenção contra a Tortura e Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes:

> (…) Art. 5º
> 1. Cada Estado-parte tomará as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes previstos no artigo 4º, nos seguintes casos:
> (a) quando os crimes tenham sido cometidos em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de navio ou aeronave registrada no Estado em questão;
> (b) quando o suposto autor for nacional do Estado em questão;
> (c) quando a vítima for nacional do Estado em questão e este o considerar apropriado;
> 2. Cada Estado-parte tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes, **nos casos em que o suposto autor se encontre em qualquer território sob sua jurisdição e o Estado não o extradite**, de acordo com o artigo 8º, para qualquer dos Estados mencionados no parágrafo 1º do presente artigo.
> 3. Esta Convenção não exclui qualquer jurisdição criminal exercida de acordo com o direito interno. [675]
>
> *(grifo nosso)*

Neste sentido, a legislação inglês teria adotado o Princípio da Universalidade *Absoluta*, tendo legislado na medida necessária para dar cumprimento à obrigação do Estado de processar ou extraditar, estabelecida pela Convenção como expressão, mais uma vez demonstrada na prática dos Estados, de exercício mínimo exigido do Princípio da Universalidade pelo Direito Internacional Penal. Tal fato é ainda reiterado pela aproximação da noção de jurisdição universal e crimes internacionais. Para os nobres Lordes, a Jurisdição Universal seria um verdadeiro requisito para que um determinado crime seja considerado crime internacional.

[5] Novamente a questão relativa ao caráter não restritivo da Convenção sobre o Genocídio foi abordada na Espanha, como ocorrido no Caso *Eichmann*.

---

[675] Reproduzido na *Coletânea de Direito Internacional* .....p. 514.

Independentemente da crítica que pode ser feita sobre a qualificação dos atos praticados como genocídio, admitindo-se tratar-se de genocídio, poderíamos falar em jurisdição universal da Espanha para o caso? A análise da Convenção sobre o Genocídio, neste sentido, conforme exposto em também nos casos anteriormente apresentado, não parecer ter sido objetivado pela Convenção.

O mesmo questionamento se coloca em relação ao crime de tortura. Inicialmente, a Audiência alegou o fato de que a Convenção contra Tortura entrou em vigor em seu território jurídico após 1988, muito após os atos praticados. Em segundo lugar, os artigos 5(2) e 7 da Convenção criam uma obrigação para o Estado em cujo território se encontra o suposto autor de processá-lo, caso não o extradite. Entretanto, a Convenção não parece criar o direito de um terceiro Estado de punir, questão semelhante colocada no caso *Ndombasi*.

REYDAMS (2003) menciona um julgamento do Tribunal para Antiga-Iugoslávia, em *Prosecutor v. Furundzija*, na qual se entendeu que a tortura havia adquirido o *status* de *jus cogens* e como conseqüência:

> (…) todos os Estados estão autorizados a investigar, processar e punir ou extraditar indivíduos acusados de terem cometido tortura, os quais estejam presentes no seu território, sob sua jurisdição.[676]

Temos um entendimento em M. Carrasco e J. Fernández[677], os quais entendem que a interpretação da Corte, em relação ao artigo VI da Convenção para o Genocídio é compatível com as regras que regulam a interpretação dos tratados, concluindo:

> (….)A Corte devidamente leva em consideração o objeto e propósito da Convenção para o Genocídio, bem como a subseqüente prática geral, a qual tem adotado o princípio da jurisdição universal neste contexto.[678]

---

[676] *Prosecutor v. Furundžija* (IT-95-17/1-T) 10 de dezembro de 1998, § 153, reprinted em (1999) 38 Int'l L Materials 317: (…) every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction.

[677] *In re Pinochet. Spanish National Court, Criminal Division (Plenary Session), Case 19/1997, November 4, 1998; Case 1/98, November, 5, 1998.* AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 93, No. 3 (Jul, 1999), 690-696.

[678] CARRASCO M. e FERNÁNDEZ, J. *In re Pinochet. Spanish National Court, Criminal Division….* p. 694: (…) The Court properly takes into account the object and purpose of the Genocide Convention as well as the subsequent general practice which has upheld the principle of universal jurisdiction in this context. In

Portanto, o caso *Pinochet* revela também a aplicação do Princípio da Universalidade em seu exercício mínimo obrigatório, apenas.

A obrigação dos Estados em seu padrão mínimo de exercício da Jurisdição Universal se traduz no princípio consagrado na doutrina por meio da máxima *aut dedere aut judicare*. Trata-se da obrigação imposta a um Estado, no qual se encontra o presumido autor de um crimes de extraditá-lo (*aut dedere*) ou de processá-lo e julgá-lo (*aut judicare*). Para fins de avaliar a extensão desta obrigação, haja vista constituir o Princípio da Universalidade que objetivamos delinear, foram estudadas as Convenções Internacionais na quais a máxima é empregada, podendo-se ressaltar os seguintes aspectos:

[1] O estudo demonstra uma evolução na adoção da máxima, inicialmente associada a outros "elementos de conexão" determinantes da jurisdição estatal, passando progressivamente a ser aplicado como produto da incriminação internacional, constituindo nesta hipótese o Princípio da Universidade, como aqui tratado.

[2] Conforme a investigação realizada foi-nos possível identificar os seguintes tipos de obrigação conforme a fórmula empregada para adoção da máxima:

a) Os Tratados de Extradição;
b) A Formulação da Convenção Internacional para a Repressão de Moeda Falsa (1929);
c) A Convenção de Genebra (1949) e seus Protocolos Adicionais (1977);
d) A Formulação da Convenção de Haia (1970).

Em ordem crescente ocorre a "desvinculação" da obrigação dos requisitos jurídicos baseados no direito interno, podendo-se concluir pela tendência atual de adoção da máxima como Princípio da Universalidade.

Desta forma, podemos responder à questão b), a saber: O Princípio Jurisdição Universal *derivada*, configura-se como um dever do Estado de aplicação da máxima *aut dedere aut judicare*? Entendemos que sim, na medida em que ocorre sua instrumentalização por meio convencional, configura-se dever do Estado, conforme as regras aplicáveis ao direito dos tratados internacionais. Na medida em que esta pergunta é respondida, pode-se também enfrentar a questão a), a saber: O Princípio da Jurisdição Universal *originária*, configura-se como um direito ou como um dever dos Estados? Tratando-se do Princípio em sua forma originária, ou seja,

produto da vontade soberana estatal, inexistindo qualquer forma de expressão desta por meio convencional, estamos diante do direito do Estado de exercício da Jurisdição Universal.

[3] Em relação ao *status* consuetudinário da máxima, denota-se na doutrina argumentação em ambos os sentidos, ou seja, admitindo e não admitindo tal possibilidade. No entanto, com base no direito convencional estudado associado à análise da "prática dos Estados" não encontramos elementos suficientes para afirmar este *status* no contexto *pré*-Estatuto de Roma.

Desta forma, respondemos à questão c), a saber: Admitindo-se que o Princípio da Jurisdição Universal *derivada*, configure um dever do Estado, este poderia ser baseado no direito consuetudinário? Conforme a lógica desenvolvida no parágrafo anterior, a doutrina se divide, mas em razão da "pratica dos Estados", reiteramos a impossibilidade de afirmação irrefutável desta como um dever baseado no direito consuetudinário.

Chegando-se a este estágio da pesquisa, o qual nos permitiu delinear como se opera do Princípio da Universalidade na coordenação da jurisdição estatal, partimos para o contexto *pós*-Estatuto de Roma. Assim, a Parte III desta tese abordou a relação entre a Jurisdição Universal e os Tribunais Penais Internacionais, para posteriormente tratar especificamente da competência do TPI, demonstrando mais uma vez que o Princípio da Universalidade se localiza no plano da jurisdição *prescritiva*, ou seja, no consentimento estatal que origina o tratado constitutivo, o Estatuto de Roma. Dentre os argumentos elaborados destacam-se;

[1] A definição adotada foi a proposta por LA ROSA (1998) acerca da jurisdição penal internacional, definida como: "Instância penal criada pelos Estados agindo coletivamente e transferindo o poder de julgar os supostos autores de graves crimes de sua competência."[679]Ao adotar este posicionamento concluímos que a competência (distinta do conceito de jurisdição) da instância penal constituída é estabelecida em termos *ratione materiae, ratione personae, ratione temporis* e *ratione loci* definidos conforme seu estatuto constitutivo.

[2] O estudo do Processo de Nuremberg sob o ângulo do direito por este criado confirma a impossibilidade de criação do Direito por um tribunal, mesmo

---

[679] Definição proposta por LA ROSA, Anne-Marie. *Dictionnaire de Droit International Penal*.....p. 57: (...) Instance pénale créée par des Etats agissant collectivement et ayant le pouvoir de juger les presumes auteurs de crimes relevant de sa compétence.

sendo este internacional, conforme posicionamento de célebres juristas, dentre os quais destaca-se Hans KELSEN (1947). Diante desta constatação é possível concluir pela competência recebida pelo Tribunal conforme o exercício da jurisdição *prescritiva* dos Estados.

Neste estágio confirmamos a aplicabilidade do Princípio da Universalidade *Absoluta*, afastando a proposta de HENZELIN (2000) quanta ao Princípio da Universalidade *Delegada*, pois entendemos que a base teórica adotada para o julgamento das condutas em Nuremberg foi o caráter de crime internacional das condutas, entendidas como uma ameaça à humanidade. Haveria por parte dos Estados uma delegação implícita, entretanto o objeto é o Princípio da Universalidade *Absoluta*, em razão da incriminação internacional das condutas tratadas.

[3] A criação dos TPII e TPIR colocam um novo desafio à esta lógica, haja vista a necessidade de admitir-se a delegação da competência para a aceitação dos poderes implícitos do Conselho de Segurança da ONU. Trabalhamos com a noção da Carta das Nações Unidas como Constituição da Comunidade Internacional.[680] Assim, esta atuação do Conselho de Segurança reflete a adoção do Princípio da Jurisdição *Absoluta*, no exercício da jurisdição *prescritiva* dos Estados, delegada à este órgão.

Esta concepção demonstra-se coerente oferecendo parâmetros precisos da delegação realizada, constituindo-se o que denominamos nesta tese Princípio da Universalidade Absoluta *Derivada*.

Claramente, as questões relativas à seletividade política da atuação do Conselho de Segurança, ao deixar de atuar em muitos casos como em Cambodia, com a morte de milhares de vítimas de genocídio, não foram nesta tese abordadas, por não configurarem como objeto deste trabalho.

[4] Este tipo de atuação do Conselho de Segurança junto ao TPII e TPIR serve de pano de fundo para a hipótese de denúncia pelo Conselho de Segurança no TPI, fazendo desta análise do TPII e TPIR instrumento útil para a compreensão deste mecanismo adotado pelo Estatuto de Roma.

---

[680] Adotando-se a lógica desenvolvida por FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter As Constitution of The International Community*. COLUMBIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 36, (1998), 529-619.

[5] O Caso *Tadić*[681] reforça o posicionamento defendido, na medida em que a Câmara se baseia na delegação de competência expressa ou tácita, por parte dos Estados, os quais teriam a jurisdição originária incontestável para julgá-lo, a saber: Bósnia-Hezergovina, Estado territorial, e até mesmo, a República Federal da Alemanha, Estado de residência do acusado.[682] Posição semelhante foi também identificada no Caso *Prosecutor* v. *Milošević*[683], no que trata da resposta da corte à alegação de inconstitucionalidade do Tribunal.

[6] O Caso *Furundžija* reitera a noção de transferência da Jurisdição Universal do Estado para o Tribunal. A Câmara de Primeira Instância entendeu ser competente para julgar o crime de tortura, mesmo não sendo um crime previsto expressamente no seu estatuto, em razão do caráter *jus cogens* deste. O TPII ao declarar sua competência "*ultra vires*" coloca em risco a estabilidade jurídica internacional, especialmente frente ao complexo exercício de conversão do caráter *jus cogens* da tortura em obrigação *erga omnes* dos Estados, haja vista nossa conclusão anterior quanto ao Princípio da Universalidade como dever ou direito dos Estados.

[7] Parte da doutrina defende a posição de que o TPI exerce jurisdição universal, a qual conforme a lógica desenvolvida neste tese, podemos afirmar que se refere ao que para adequação à terminologia empregada preferimos denominar Jurisdição Universal *Originária*. Esta posição foi afastada atendendo à argumentação anteriormente exposta acerca da doutrina da Jurisdição Universal e sua aplicação conforme a "prática dos Estados", o direito convencional e as decisões dos Tribunais Internacionais.

Portanto, adotamos a noção de *delegação*, a qual não deve ser confundida como o Princípio da Universalidade *Delegada* de HENZELIN (2000), pois denominamos do Princípio da Universalidade Absoluta *Derivada*, a qual nos parece melhor acomodar o mecanismo adotado pelo TPI.

A tese finaliza com a apresentação dos fundamentos e mecanismos da jurisdição do TPI, por meio da qual acredita-se atingir os meios necessários para responder à questão d) Com a entrada em vigor do Estatuto de Roma existe alguma modificação neste quadro? Desta forma, será composto o quadro dos mecanismos de

---

[681] Caso *Tadić* (competência), ICTY, Appeal Chamber, 2 de outubro de 1995, No. IT-94-1-AR72. § 49-64. Disponível no site: http://www.un.org/icty/.
[682] No. 56
[683] ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v. Milošević Slobodan,* Decision on Preliminary Motions, 8 de novembro de 2001, No IT-99-37-PT. Disponível no site: http://www.un.org/icty/.

aplicação do Princípio da Universalidade da Jurisdição no âmbito dos Estados e do Tribunal Penal Internacional, conforme expomos a seguir:

[1] O TPI, como as demais cortes internacionais estudadas trabalha com a articulação tradicional da regra de que uma entidade, o Estado possui jurisdição *prescritiva*, como *pré*-requisito para a jurisdição *adjudicativa* (a qual preferimos denominar competência) exercida pelo Tribunal.

[2] A competência do TPI está definida seguindo os critérios: *ratione temporis, ratione loci, ratione personae, ratione materiae*. O estabelecimento destes critérios como "elementos de conexão" presentes no Estatuto de Roma não podem ser considerados emanações do poder soberano estatal apenas, sendo admitida apenas a incriminação internacional das condutas como fundamento lógico. Com esta constatação visualiza-se o papel exercido pelo Princípio da Universalidade por meio do qual os Estados exerceram a jurisdição *prescritiva* transferindo a competência para o Tribunal para julgar e processar os supostos autores.

[3] A delegação realizada pelos Estados, entretanto, não se opera de maneira absoluta. Neste ponto, percebe-se a impossibilidade de destacar-se o aspecto *prescritivo* do *adjudicativo* e *executivo* da jurisdição, pois conforme pode-se notar o Tribunal dependendo exclusivamente da cooperação dos Estados para fins de execução de suas decisões, havendo portanto, a necessidade lógica de envolvimento dos Estados no estágio *adjudicativo*.

Importante distinguir a sistemática adotada pelo TPII e TPIR da adotada pelo TPI. Naqueles existe a primazia do tribunal em razão do contexto na antiga Iugoslávia e Ruanda, devendo-se ainda ter em mente que estes tribunais são emanações do Conselho de Segurança da ONU exclusivamente, sem o envolvimento direto dos Estados, como ocorre no TPI.

O TPI, portanto, diferentemente do TPII e TPIR, baseia-se na complementaridade, por meio da qual a atuação do tribunal é subsidiária e complementar às cortes nacionais.[684]

[4] O Princípio da Complementaridade tem como corolário a exigência de que o exercício de jurisdição da Corte tenha como pressuposto

[684] Preâmbulo, artigos 1º e 15 a 19 do Estatuto de Roma.

necessário o fato de que o Estado que tenha a jurisdição não tenha "vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer".[685]

Entendemos que esta definição terá de tomar como base o dever do Estado de exercício da Jurisdição Universal, o qual, tratando-se dos crimes internacionais do Estatuto, requerem a aplicação do Princípio da Universalidade por parte do Estado.

Especificamente em relação ao Brasil a Emenda Constitucional nº 45, de 8/12/04 prevê:

> (...) § 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 do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão

Entretanto, estes dispositivos não nos parece serem suficientes para implementação do Estatuto de Roma, coloca-se a questão de que o Estatuto não seguiu a previsão do §3º para sua aprovação, bem como o fato de que ao ser definido constitucionalmente que o Brasil se submete à jurisdição do TPI, não implica que automaticamente o ordenamento jurídico nacional seja compatível com esta determinação.

Em relação ao Princípio da Universalidade em seu dever de exercício mínimo, conforme pode-se perceber pela vasta análise realizada, ele requer que o ordenamento jurídico interno o adote como *elemento de conexão*, portanto, não é suficiente uma previsão constitucional reconhecendo a jurisdição. Tais circunstâncias poderão trazer grandes dificuldades para o exercício da jurisdição em relação à estas condutas ou até mesmo para a observância dos atos de cooperação, haja vista os Princípios Constitucionais dentre os quais se destacam o Princípio da Anterioridade da Lei Penal (artigo 5º CF/88, XXXIX) e o Princípio da Taxatividade da Norma Incriminadora[686] a serem respeitados. Entendemos que o dever estatal de observância dos tratados internacionais, tem como pressuposto necessário o respeito às garantias fundamentais dos acusados. Desta forma, o Estado tem a responsabilidade de tomar

---

[685] Artigo 17 (1) a).

[686] Para abordagem do tema ver DOTTI, René Ariel. *Principios fundamentales del Derecho Penal Brasileño*. Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste. Année 2003.

todas as medidas necessárias para a aplicação do tratado dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito.

[6] Quanto ao exercício da jurisdição ainda, a denúncia pode ser realizada por um Estado Parte, pelo Conselho de Segurança ou pelo Procurador. Diante do tratamento conferido a estes, percebe-se a importância da máxima *aut dedere aut judicare*, por meio da qual nacionais de um Estado não parte do Estatuto, poderiam ser processados pelos crimes cometidos no território de um Estado não Parte, ou até mesmo pela sua mera presença no território de um Estado Parte.

Neste ponto, parece-nos haver uma modificação no quadro da Jurisdição Universal no contexto *pós*-Estatuto de Roma, pois todos os Estados Partes admitem a máxima *aut dedere aut judicare* como dever mínimo de exercício da Jurisdição Universal em relação aos crimes sujeitos ao Estatuto de Roma.

Sem dúvida esta constatação traz implicações para o *status* consuetudinário da máxima. Como podemos demonstrar por meio dos Processos de Elaboração do Direito Internacional Penal, a consagração do instituto por meio de uma Convenção Multilateral corrobora e neste caso, pode-se inclusive afirmar que conferirá *status* consuetudinário à máxima aplicada aos crimes do TPI.

Neste sentido, chamamos a atenção para a importância de que o ordenamento jurídico dos Estados Partes atentem para estes desdobramentos, sob pena de que em nome da observância do dever decorrente desta sistemática, sejam feridas as garantias fundamentais dos acusados.

[7] Em relação à execução das decisões do Tribunal, dando andamento à lógica desenvolvida, surgem indubitavelmente questões polêmicas (na hipótese em que o processo não ocorra no Estado Parte em questão) como: entrega dos nacionais (*surrender*), respeito à coisa julgada (conforme a argüição de não imparcialidade – artigo 17 (2)) e o caráter perpétuo das penas. Na tese enfocamos a questão da entrega dos nacionais, por entender que este constitui um dos pontos de maior dificuldade para implementação. Como podemos perceber inclusive na definição de competência do tribunal, a nacionalidade ao lado da territorialidade constituem pilares da competência do TPI, às quais o ordenamento jurídico dos Estados tendem a proteger como emanações da soberania.

[8] Tendo-se apresentada a cooperação dos Estados conforme o mecanismo do TPI, é possível concluir pelo dever dos Estados de observância das

decisões do Tribunal, sob pena inclusive em última instância de que tal fato seja relatado à Assembléia dos Estados ou ao Conselho de Segurança, conforme o caso. Retornando à questão da entrega dos nacionais, fica clara a impossibilidade de emprego dos dispositivos do direito interno como escusa.

Alguns autores entendem não haver nesta hipótese qualquer impedimento constitucional para esta entrega, haja vista tratar-se de *surrender*, o qual segundo o artigo 102 do Estatuto, difere da extradição, pois o acusado seria entregue a um Tribunal. Esta posição é afirmada por André de Carvalho RAMOS (2000), segundo o qual:

> [...] não haveria óbice constitucional ao cumprimento de ordem de detenção e entrega do acusado brasileiro ao tribunal, já que a Constituição brasileira só proíbe a extradição de nacionais. Como o brasileiro não estaria sendo remetido a outro Estado, mas sim a uma organização internacional (o Tribunal Penal Internacional) que representa a comunidade dos Estados, não haveria impedimento algum.[687]

Em relação à esta afirmação existem pontos essenciais a serem levados em consideração. A Constituição provavelmente não previu o *surrender* pois se trata de um instituto posterior à sua elaboração e aprovação, haja vista o sistema protetivo adotado em relação à extradição especialmente em relação aos nacionais a argumentação de que, como continua RAMOS (2000):

> [...] a interpretação de se tem deste dispositivo (art, 5º, inc. LI) é de que não podemos utilizar a própria Constituição para obstruir o funcionamento do Tribunal Penal Internacional, tribunal este criado justamente para combater graves violações de direitos humanos básicos ou fundamentais.

O *surrender* é um instituto legítimo e indubitavelmente o Brasil deve favorecer à criação de um tribunal de direitos humanos, como o TPI, entretanto, faz-se essencial a existência de mecanismos de direito interno que permitam aos supostos autores serem processados e punidos pelo judiciário nacional, dentro do quadro de garantia constitucionais do acusado, atendendo-se portanto, ao Princípio da Complementaridade. Neste sentido o Princípio da Universalidade da Jurisdição Absoluta *Originária* precisa ser adotado pelo direito nacional em relação aos crimes

---

[687] RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In:* Tribunal Penal Internacional. Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

sujeitos à sistemática do TPI, conforme seu dever mínimo de exercício, ou seja, aplicando-se a máxima *aut dedere aut judicare*.

BIBLIOGRAFIA

Doutrina

ABI-SAAB, Georges e ABI-SAAB, Rosemary. *Les Crimes de Guerre*. Chapitre 21, 265-285. *Droit International Pénal*.. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), *Droit International Pénal*, Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, 2000.

ACCIOLY, Hildebrando & SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Ed. Saraiva, 15ª ed., 2002.

AKANDE, Dapo. *International Law Immunities and the International Criminal Court*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 98, No. 3 (July 2004), 407-433.

AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*, BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 46, (1972-1973), 145-

AKEHURST, Michael. *The Hierarchy of the Sources of International Law*, BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW, VOL. 47, (1974-1975), 273, 281-5.

ALDRICH, George H. & CHINKIN, Christine M., *Symposium: The Hague Peace Conferences*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 94, (2000), 1-

AMBOS, Kai. CHOUK, F.H. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

AMBOS, Kai. *General Principles of Criminal Law in the Rome Statute*, 10 CRIM. L. FORUM, Vol. 10, (1999), 1-

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: O Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, Biblioteca de Teses, 2000.

ASCENSIO, H. *Are Spanish Courts Backing Down on Universality? The Supreme Tribunal's Decision in Guatemalan Generals*, 1 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE, Vol. 1, (2003), 690-

BASSIOUNI, M. Cherif & WISE, Edward M. *Aut Dedere, Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*. Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1995.

BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention*, COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW, Vol.31, (1993-1994), 457-

BASSIOUNI, M. Cherif, *From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court*, 10 HARVARD HUMAN RIGHTS JOURNAL, Vol. 10, (1997), 11-

BASSIOUNI, M. Cherif, *Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court*, CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL, Vol.32, (1999), 443-

BASSIOUNI, M. Cherif, *The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities*, TRANSNATIONAL LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS, Vol. 8, (1998), 199-275.

BASSIOUNI, M. Cherif. *L'Expérience des Premiéres Jurisdictions Pénales Internationales*. Chapitre 54, 635-659. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), *Droit International Pénal*, Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, 2000.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, (2001-2002), Vol. 42, 81-162.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BERMAN, Sir Franklin. *Jurisdiction: The State*. *In*: CAPPS, Patrick. EVANS, Malcoln. KONSTADINIDIS, Stratos (Coord). *Asserting Juridiction*. International and

European Legal Perspectives. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2003, 3-15

BOWETT, D. W., *Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources,* 53 BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 53, (1982),

BRIERLY, James Leslie. *The Basis of Obligation in International Law and other papers*. Selected and edited by Sir Hersch Lauterpacht and C. H. M. Waldock, Oxford at the Clarendon Press, 1958.

BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1995, Tome 255 de la collection. Martinus Nijhoff Publishers (1996), The Hague/Boston/London.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Fifth Edition, Oxford University Press, New York, 1998.

CAPLAN, Lee M. *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 97 No. 4, (Oct., 2003).

CAPPS, Patrick & EVANS, Malcoln & KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Juridiction. International and European Legal Perspectives*. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2003. Introduction.

CARRASCO, Maria del Carmen Marquez & Fernandez, Joaquin Alcaide. *In re Pinochet. Spanish National Court, Criminal Division (Plenary Session) Case 19/97, November 4, 1998; Case 1/98, November 5, 1998*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 93, No. 3 (Jul., 1999), 690-696.

CASELLA, Paulo Borba & SANCHEZ, Rodrigo Elian. (organizadores). *Cooperação Judiciária Internacional*. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2002.

CASSESE, Antonio & GAETA, Paola & JONES, John R. W. D. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford University Press, 2002.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 1st edition, Oxford University Press, New York, 2003.

CASSESE, Antonio. *International Law*, 1st edition, Oxford University Press, New York, 2001.

CASSESE, Antonio. *On the Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law*, 9 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 9, (1998), 2-17.

CASSESE, Antonio. *When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*, 13 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, (2002), 853-858.

CHARNEY, J. I. *Progress in International Criminal Law?,* AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 93, (1999), 452-464.

CHARNEY, J. I. *International Criminal Law and the Role of Domestic Courts*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 95, (2001), 120-4.

CHINKIN, Christine M. *In re Pinochet. United Kingdom House of Lords. Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3). [1999] 2WLR 827.* AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 93, No. 3 (Jul., 1999), 703-711.

CHRISTENSON, G.A. *Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society*, VIRGINIA JOURNAL *of* INTERNATIONAL LAW, Vol. 28, 1988, 585-

CHRISTENSON, G.A. *The World Court and Jus Cogens*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 81, (1987), 93-.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 7ª ed,. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais,1990.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª ed, 2001.

Constitutional and Legal Questions Facing the Yugoslav State. Papers submitted in the task group of the Belgrade Centre for Human Rights. Belgrade Centre for Human Rights. Belgrade, 1999.

CRAWFORD, James. *Prospects for an International Criminal Court*, Current Legal Problems, THE INTERNATIONAL LIBRARY OF CRIMINOLOGY, CRIMINAL JUSTICE & PENOLOGY, Vol. 48, (1995), 303-326.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2002.

D'AMATO, Anthony. *Trashing Customary International Law*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 81, No. 1 (Jan., 1987), 101-105.

Direito e Relações Internacionais, Textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo) por Vicente Marotta Rangel. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 6ª ed. 2000.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte Geral. 6ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, Rio de Janeiro: 2ª ed, Ed. Forense, 2004.

DOTTI, René Ariel. *Principios fundamentales del Derecho Penal Brasileño*. Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste. Année 2003.

DUPUY, Pierre-Marie. *Normes Internationales Pénales et Droit Impératif (Jus Cogens)*. Chapitre 6, 71-80. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), *Droit International Pénal*, Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. London: Fontana. 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Cardoso. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW. *Jurisdiction of States*.Vol. 3, JP, (1997), Elsevier, 55-60.

ESER, Albin. *Common Goals and Different Ways in International Criminal Law: Reflections from a European Perspective*. HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL, Vol. 31, (1990), 117-128.

FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW, Vol.36, (1998), 529-619.

FICHET-BOYTE, Isabelle & MOSSÉ, Marc. *L'Obrigation de Prende des Mesures Internes Nécessaires à La Prévention et à la Répression des Infractions*. Chapitre 71, 871-885. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), *Droit International Pénal*, Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, 2000.

FINCH, George A. *The Genocide Convention*. AMERICAN JOUNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 43, No. 4 (Oct., 1949), 732-738.

FINCH, George A. *The Nuremberg Trial and International Law*. AMERICAN JOUNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 41, No. 1 (Jan., 1947), 20-37.

FORD, Christopher A. *Adjudicating Jus Cogens*. WISCONSIN INTERNATIONAL LAW JOURNAL, vol. 13, (1994-1995), 145-181.

GALLANT, Kenneth S. *The International Criminal Court in the System of States and International Organizations*. LEIDEN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol.16 (2003), 553-591.

GALLANT, Kenneth S. *The Role and Powers of Defense Counsel in the Rome Statute of the International Criminal Court* , 34 INTERNATIONAL LAW LAWYER, Vol. 34, (2000), 21-

GREEN, L.C. *International Crimes and the Legal Process*, INTERNATIONAL COMPARATIVE LAW QUARTER, Vol. 29, (1980), 567-

GROTIUS, Hugo. *De Jure Belli ac Pacis*. Book II. Chapter XXI, §§III & IV. English translation: *The Law of War and Peace* 526-529 (Classics of International Law, Francis W. Kelsey trans. 1925).

HARVARD LAW SCHOOL RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, I. *Extradition*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW Supplement, Vol. 29, (1935), 21-428.

HARVARD LAW SCHOOL RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW, II.*Jurisdiction with Respect to Crime*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW Supplement, Vol. 29, (1935), 435-645.

HENZELIN, Marc. *La Compétence Pénale Universelle. Une Question non Résolue par l'Arrêt Yerodia*, REVUE GENERALE DE DROIT INTERNATIONALE PUBLIQUE, Vol. 106, (2002), 819-852.

HENZELIN, Marc. *Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International: Droit el obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing&Lichtenhahn, Faculté de Droit de Genève Bruylant, 2000.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, New York. 1994.

Human Rights in Yugoslavia 1998. Legal Provisions, Practice and Legal Awareness in the Federal Republic of Yugoslavia Compared to International Human Rights Standards. Belgrade Centre for Human Rights. Belgrade, 1999.

Human Rights in Yugoslavia 1999. Legal Provisions and Practice in the Federal Republic of Yugoslavia Compared to International Human Rights Standards. Belgrade Centre for Human Rights. Belgrade, 2000.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003.

KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. 2nd edn. New York: Holt, Rinehart and Winston. 1966. Revised and Edited by R. W. Tucker.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Ed. Martins Fontes, 3ª ed., São Paulo, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Ed. Martins Fontes, 2ª ed., São Paulo, 1987.

KELSEN, Hans. *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?* INTERNATIONAL LAW QUARTELY, Vol. 1, No. 2, (Summer 1947), 153-171.

KIRGIS, Frederic L. *The Pinochet Arrest and Possible Extradition to Spain*. AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW *INSIGHTS*, October 1998.

KOLB, Robert. *Théorie du Ius Cogens International* : *Essai de relecture du concept*, Publications de L'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genève, 1ére édition, 2001.

KUNZ, Josef L. *The United Nations Convention on Genocide*. AMERICAN JOUNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 43, No. 4 (Oct., 1949), 738-746.

LA ROSA, Anne-Marie. *Dictionnaire de Droit International Penal : Termes Choisis*. Publications de L'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genève, Presses Universitaires de France, 1998.

LA ROSA, Anne-Marie. *Juridictions Pénales Internationales: La procédure et la preuve*. Publications de L'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genève, Presses Universitaires de France, 2003.

LEMKIN, Raphael. *Genocide as a Crime under International Law*. AMERICAN JOUNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 41, No. 1 (Jan., 1947), 145-151.

LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*, Chapter 10, 332-333. *In:* EVANS, Malcolm D. (organizador) *International Law,* 1st edition, Oxford University Press, New York, 2003.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MANN, F. A. *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After 20 Years*, 186 HR (1984 – II) 9, reproduced *in* F.A. Mann, *Further Studies in International Law*, (Oxford: Claredon Press, 1990).

MANN, F. A. *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, 111 HR (1964-I) 1, reproduced *in* F. A. Mann, *Studies in International Law*, (Oxford: Claredon Press, 1973) 1.

MAZZUOLI, Valerio de O. (organizador). *Coletânea de Direito Internacional*. São Paulo: 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I e II, Rio de Janeiro: Ed. Renovar,13ª edição, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2a edição, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.

MENDLOVITZ, Saul & DATAN, Meran. *Judge Weeramantry's Grotion Quest*, 7 TRANSNATIONAL LAW & CONTEMPORATY PROBLEMS, Vol. 7, (1997), 401.

MERCADANTE, Araminta & MAGALHÃES, José Carlos. *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais,* Vol. III, NECIN – Projeto Capes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MERON, Theodor. *International Criminalization of Internal Atrocities*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 89, (1995), 554-577.

MERON, Theodor. *Is International Law Moving Towards Criminalization?,* EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 9, (1998), 18-31.

MERON, Theodor. *The Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law,* 90 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 90, (1996), 238.

MERON, Theodore. *On Hierarchy of International Human Rights*. AJIL, Vol. 80, No. 1 (Jan., 1986), 1-23.

MIKLISZANSKLI, K. *Le système de l'universalité du droit de punir el le droit penal subsidiaire*, REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DROIT PENAL COMPARE, Vol. 1, (1936), 331-41.

MORRIS, Madeline, *The Trials of Concurrent Jurisdiction: The Case of Rwanda*, 7 DUKE J. COMP. & INT'L L, Vol. 7, (1997), 349.

MORRIS, Madeline, *The United States and the International Criminal Court: High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States*, 64 LAW & CONTEMP. PROB., Vol. 64, (2001), 13.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor*. 5ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

NINO, Carlos S. *The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina*, YALE LAW JOURNAL, Vol. 100, (1990-1991), 2619

ORENTLICHER, Diane F. *Setting Accounts: the Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, YALE LAW JOURNAL, Vol. 100, (1990-1991), 2537

PRADELLE, Géraud de la. *La Compétence Universelle*. Chapitre 74, 905-918. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), *Droit International Pénal*, Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, 2000.

Princeton Principles on Universal Jurisdiction, disponível no site: http://www. Princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf. Principle 1 (1) (visitado em 18 de maio de 2005).

RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos Sistemas de Apuração de Violações de Direitos Humanos e a Implementação das Decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

RANDALL, Kenneth C. *Universal Jurisdiction Under International Law*, TEXAS LAW REVIEW, Vol. 66, (1988), 785-841.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 7ªedição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RATNER, Steven R. *Belgium's War Crimes Statute: a Postmortem*. 97 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 97, (2003), 888 (editorial comment).

RATNER, Steven R. *The Schizophrenias of International Criminal Law*. TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL, Vol. 33, (1998), 237-256.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusets: United States, Revised Edition, 2000.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001.

RAWLS, John. *The Law of Peoples*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts: United States, 4th ed., 2002.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

RECHSTEINER, Beat Walter. Algumas questões jurídicas relacionadas à sucessão testamentária com conexão internacional. REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL, 37.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

REYDAMS, Luc. *In re Pinochet . Belgian Tribunal of First Instance of Brussels (Investigating Magistrate), November 8, 1998*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 93, No. 3 (Jul., 1999), 700-703.

REYDAMS, Luc. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*. New York: Oxford University Press, 2003.

REZEK, J. F. *Direito Internacional* Público. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 8ª ed., 2000.

RIESENFELD S.A. *Jus dispositivum and Jus Cogens in International Law: In the Light of a Recent Decision of the German Supreme Constitutional Court*. AMERICAN JOUNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 60, (1966), 511- .

ROBINSON, Darryl. *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions*

and the International Criminal Court. EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol.14, (2003), 481-

ROBINSON, Mary. *Genocide, War Crimes, Crimes Against Humanity*, FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL, Vol. 23, (1999-2000), 275

RODAS, J. Grandino. *Jus Cogens em Direito Internacional*. REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, Vol. 69, (1974), 125.

RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos - A Prática da Intervenção Humanitária no Pós-Guerra Fria*. Rio de Janeiro: Ed.Renovar, Biblioteca de Teses, 2000.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. *State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*, CALIFORNIA LAW REVIEW, Vol.78. (1990), 451-513.

ROSENSTOCK R. *Peremptory Norms – Maybe Even Less Metaphysical and Worrisome*, DENVER JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 5, (1975), 167-

SADAT, Leila Wexler, *The Proposed Permanent International Criminal Court: An Appraisal*, CORNELL JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 29, (1996), 665.

SADAT, Leila Nadya & CARDEN, S. Richard, *The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution*, Vol. 88, (2000), GEORGETOWN LAW JOURNAL, 381-

SADAT, Leila Nadya. *The International Criminal Court and The Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*. INTERNATIONAL AND COMPARATIVE CRIMINAL LAW SERIES, Transnational Publishers, Inc. New York. 2002.

SADAT, Leila Nadya. *Universal Jurisdiction and National Amnesties, Truth Commissions and Other Alternatives to Prosecution: Giving Justice a Chance*, Princeton Project on Universal Jurisdiction, (Princeton University, 2001).

SARKAR, L. *The Proper Law of Crime in International Law*, INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTELY, Vol. 11, (1962), 446-470.

SCHABAS, William A. *Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach*, 7 DUKE JOURNAL OF COMPTEMPORARY & INTERNATIONAL LAW, Vol. 7, (1997), 461.

SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*. 2nd edition, Cambridge, United Kingdom: University Press Cambridge, 2004.

SCHACHTER, O. *International Law in Theory and Practice: General Course in Public International Law*, 178 HAGUE RECUEIL (HR) (1982-V) 9, 244-249.

SCHARF, Michael P. *Application of Treaty-Based Universal Jurisdiction to Nationals of Non-Party States*, NEW ENGLAND LAW REVIEW, Vol. 35, (2001), 363.

SCHARF, Michael P. *Results of the Rome Conference for an International Criminal Court*, AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW *INSIGHT,* (Aug. 1998), disponível no site: http://www.asil.org/insight23.htm.

SCHARF, Michael P. *Swapping Amnesty for Peace: Was there a Duty to Prosecute International Crimes in Haiti?,* TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL, Vol.31, (1996), 1-39.

SCHARF, Michael P. *The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court*, CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL, Vol. 32, (1999), 507.

SCHARF, Michael P. *The Special Court for Sierra Leone,* AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW *INSIGHT*, (Oct. 2000), disponível no site: http://www.asil.org/insight53.htm.

SCHARF, Michael P. *The United States and the International Criminal Court*: *The ICC's Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States - A Critique of the U.S. Position*. LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS, Vol. 64, (2001), 67.

SCHICK, F.B. *The Nuremberg Trial and the International Law of the Future*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 41, No. 4 (Oct., 1947), 770-794.

SCHWARZENBERGER, G. *International Jus Cogens?,* TEXAS LAW REVIEW, Vol.43, (1964/1965), 455.

SCHWARZENBERGER, Georg. *The Problem of an International Criminal Law*, CURRENT LEGAL PROBLEMS, Vol.3, (1950), 263-296.

SHANY, Yuval. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. New York: Oxford University Press. 2003.

SHELTON, Dinah. *International Law and "Relative Normativity"*. Chapter 5, 145-172. *In:* EVANS, Malcolm D. (organizador) *International Law,* 1st edition, Oxford University Press, New York, 2003.

SIMMA, Bruno e PAULUS, Andreas. *Le Rôle Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principes Généraux de Droit*. Chapitre 5, 55-69. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), *Droit International Pénal*, Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, 2000.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado: Parte Geral, Direito Civil Internacional, Direito Comercial Internacional*. 4ª edição. São Paulo: LTr., 2000.

STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*, São Paulo: Ltr editora, 2003.

STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTR, 2003.

SZUREK, Sandra. *La Formation du Droit International Pénal*. Chapitre 2, 7-22. *Droit International Pénal*. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), *Droit International Pénal*, Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, 2000.

THIRLWAY, Hugh. "*The Sources of International Law*", Chapter 4, 117-143. *In*: EVANS, Malcolm D. (organizador) *International Law*. 1st edition, Oxford University Press, New York, 2003.

TIEFENBRUN, Susan W. *The Paradox of International Adjudication: Developments in the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, the World Court, and the ICC*. 25 N. CAROLINA JOURNAL INTERNATIONAL LAW & COMM. REG., Vol. 25, (2000), 589.

TOMUSCHAT, Christian. *La Cristallisation Coutumière*. Chapitre 3, 23-35. *Droit International Pénal*.. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain

(coordenadores), *Droit International Pénal*, Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, 2000.

TRIGGS, Gilliam. *Australia's War Crimes Trials: A Moral Necessity or Legal Minefield?*, 16 MELBOURNE UNIVERSITY LAW, (1987), Vol. 16, 382-402.

TRINDADE, Antonio A. Cançado. *O Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2ªedição, 2002.

TRINDADE, Antonio A. Cançado. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

TRINDADE, Antonio A. Cançado. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. Brasília: Ed. UnB, 2ª edição, 1997.

VABRES, H. Donnedieu de. *Les principles modernes du droit pénal international*. Paris: Sirey. 1928.

VATTEL, E. de. *The Law of Nations*. Book II. Chapter VI. Classics of International Law. Charles G. Fenwick trans. 1916.

VERDROSS, Alfred. *Forbidden Treaties in International Law*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 31, (1937), 571-577 .

VERDROSS, Alfred. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*. AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 60, (1966), 55-63.

WASHBURN, John. *The Negotiation of the Rome Statute for the International Criminal Court and International Lawmaking in the 21st Century,* PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW, Vol. 11, (1999), 361.

WEIL, Prosper. *Towards Relative Normativity in International Law?* AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 77, No. 3 (Jul, 1983), 423-442.

WEILER, Joseph H. *The Transformation of Europe*, YALE LAW JOURNAL, Vol.100, (1991), 2403.

WEISBURD, Arthur M. *Customary International Law: The Problem of Treaties*. VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW. Vol. 21, No. 1, (1988), 1- 46.

WHEATON, Henry. *Elements of International Law*. The literal reproduction of the edition of 1866 by Richard Henry Dana. Publications of the Carnegie Endowment for International Peace Division of International Law. Washington. 1936.

WHITEMAN M.M. *Jus Cogens in International Law, With a Projected List*, GEORGIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 7, (1977), 609-

WOFF, C. *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum,* J. Drake trans, 1934.

WRIGHT, Quincy. *The Law of the Nuremberg Trial*. AMERICAN JOUNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 41, No. 1 (Jan., 1947), 38-42.

YOKARIS, Angelos. *Les Critères de Compétence des Juridictions Nationales*. Chapitre 73, 897-904. *In*: ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (coordenadores), *Droit International Pénal*, Paris: CEDIN Paris X, Editions A. Pedone, 2000.

Dicionários (listagem provisória)

A Dictionary of Mordern Legal Usage. Bryan A. Garner, Oxford University Press, New York, 1987.

Black´s Law Dictionary, Thomson. 6th edition, 1990.

A Dictionary of Modern Legal Usage. Bryan A. Garner, Oxford University Press, New York, 1987

Dictionary of English Language and Culture. Longman. Reino Unido. 1992.

Noronha's Legal Dictionary – Noronha Dicionário Jurídico. Goyos Noronha, Durval Jr.. Observador Legal Editora Ltda. 4th ed. 2000.

The Wordsworth French-English & English-French Dictionary. Wordsworth Reference. Reino Unido. 1984.

Legislação (listagem provisória)

Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (1998).

Anteprojeto de Lei para a implementação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro.

Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado, Comissão de Direito Internacional, 2001 – *International Law Commission's Articles on State Responsibility, International Law Commission, 2001*.

Carta das Nações Unidas (1945).

Constituição Brasileira de 1988.

Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984).

Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982).

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969).

Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948).

Convenções de Genebra sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Armados (1949) e seus dois Protocolos Adicionais (1977).

Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002; e Decreto de Promulgação nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Documentos para a Comissão de Elaboração do Tribunal Penal Internacional das Nações Unidas – *Documents for the UN Preparatory Commission for the International Criminal Court*.

Emenda à Lei sobre os Crimes de Guerra, Austrália, 1988 – *War Crimes Amendment Act 1988*.

Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1945).

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998).

Estatuto do TPII - Estatuto do Tribunal Internacional para a persecução das pessoas responsáveis pelas graves violações ao direito internacional humanitário no território da antiga Iugoslávia a partir de 1991 – *International Tribunal for the Prosecution of*

Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (1993).

Estatuto do TPIR – Estatuto do Tribunal Internacional para a persecução das pessoas responsáveis pelo genocídio e outras graves violações do direito humanitário internacional cometidos no território de Ruanda e cidadãos ruandeses responsáveis pelo genocídio e outras violações cometidas no território dos Estados vizinhos, entre 1º de janeiro de 1994 e 31 de janeiro de 1994 – *International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, Between 1 January 1994 and 31 December 1994 (1994).*

Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1945).

Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia (1993).

Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994).

Lei das Convenções de Genebra, Austrália, 1957 – *Geneva Conventions Act 1957*.

Lei de Prevenção e Punição ao Crime de Genocídio, Israel, 1950 – *Crime of Genocide Prevention and Punishment Law, 1950*.

Lei do Tribunal Penal Internacional, Austrália, 2002 – *International Criminal Court Act 2002*.

Lei dos Crimes de Tortura, Austrália, 1988 – *Crimes Torture Act 1988*.

Lei nº 6.815/80.

Lei Orgânica do Poder Judicial, Espanha, 1985 – *Ley Orgánica del Poder Judicial 1985*.

Lei para Punição dos Nazistas e seus Colaboradores, Israel, 1950 – *Nazi and Nazi Collaborators Punishment Law 1950*.

Lei Relativa à Repressão das Graves Violações do Direito Internacional Humanitário, Bélgica, 1993/1999 – *Loi relative à la repression des violations graves du droit international humanitaire 1993/1999*.

Lei sobre o Tribunal Penal Internacional, Reino Unido, 2001 – *International Criminal Court Act 2001*.

Lei sobre os Crimes de Guerra, Austrália, 1945 – *War Crimes Act 1945*.

Lei sobre os Crimes de Guerra, Reino Unido, 1991 – *War Crimes Act 1991*.

Nono Relatório Anual do Tribunal Penal Internacional para a persecução das pessoas responsáveis pelas graves violações ao direito internacional humanitário no território da antiga Iugoslávia a partir de 1991 – *Ninth annual report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966).

Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos Julgamentos do Tribunal, 1950 – *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, ILC, 2nd session (1950)*.

Resoluções da ONU relativas ao Tribunal Penal Internacional:

Resolução 827, de 25 de maio de 1993

Resolução 1166, de 13 de maio de 1998

Resolução 1329, de 30 de novembro de 2000

Resolução 1411, de 17 de maio de 2002

Sétimo Relatório Anual do Tribunal Penal Internacional para a persecução das pessoas responsáveis pelas graves violações ao direito internacional humanitário no território da antiga Iugoslávia a partir de 1991 – *Seventh Annual report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*.

Tratado de Extradição entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa (1991).

Jurisprudência

Attorney-General of the Goverment of Israel v. Adolf Eichmann, Israel, District Court of Jerusalém, 12 December 1961, Supreme Court (sitting as a Court of Criminal Appeal), 29 May 1962, reproduzido em ILR 36 (1968).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, Corte Internacional de Justiça, reproduzido em ICJ Reports (1970).

Democratic Republic of Congo v. Belgium, Arrest Warrant of 11 April 2000 Preliminary Objection and Merits, Judgment, reproduzido em ICJ Reports (2002).

In re Pinochet, Regina v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, *ex parte 'Pinochet Ugarte'* (No. 3) (1999), reproduzido em 119 ILR 135 (1998).

Kingdom of Spain v Augusto Pinochet Ugarte 253, England Divisional Court, Queen's Bench Dision, 28 October 1998, reproduzido em ILR 119 (1998).

Nicarágua v. United States of América, Corte Internacional de Justiça, 27 de junho de 1986, reproduzido em ICJ Reports, 1986.

North Sea Continental Shelf Case, Corte Internacional de Justiça, 20 de fevereiro de 1969, disponível no site: http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries.

Pinochet Case, Belgium, Court of First Instance of Brussels, 6 November 1998, reproduzido em ILR 119 (1998).

Polyukhovich v. The Commonwealth of Austrália and another, Austrália, High Court, 14 August 1991, reproduzido em ILR 90, 1-211.

Prosecutor v. Furundžija, ICTY, Trial Chamber II, judgment of 10 December 1998 (case no. IT-95-17/1-T), TPII, reproduzido em (1999) 38 ILM 317, disponível no site: http://www.un.org/icty/.

Prosecutor v. Milošević Slobodan, ICTY, Trial Chamber, Decision on Preliminary Motions, 8 November 2001, No IT-99-37-PT, disponível no site: http://www.un.org/icty/.

Regina v Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex parte Pinochet, House of Lords, United Kingdom, 24 March 1999, reproduzido em (1999) 38 ILM 581.

Reservations to the Convention on Genocide, reproduzido em ICJ Reports (1951), p. 15 e ILR 18 (1951).

Tadić (Appeal) Decision on the defence motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ICTY, Appeals Chamber, Decision of 2 October 1995, (case no. IT-94-1-AR72), TPII, disponível no site: http://www.un.org/icty/.

Unión Progresista de Fiscales de España et al. v *Pinochet,* Audiência Nacional-Sala de lo Penal – Pleno. Rollo de Apelación 173/98 – Sección Primera – Sumario 1/98, Juzgado Central de Instrucción Número Seis, reproduzido em ILR 119 (1998) *Pinochet* 331.

United States v. Noriega, United States District Court, 8 de dezembro 1992, reproduzido em ILR 99.

Sites consultados

American Society of International Law: http://www.asil.org

Australian Legal Information Institute: http://www.austlii.edu.au

Base de dados de legislación (Espanha): http://www.juridicas.com/basedados

British and Irish public legal information: http://bailii.org

Comitê Internacional da Cruz Vermelha: http://www.icrc.org

Corte Internacional de Justiça: http://www.icj-cij.org

Editorial Jurídica vLex (Espanha): http://www.premium.vlex.com

International Criminal Court: http://www.un.org/law/icc

Le portal du Pouvoir Judiciaire de Belgique:http://www.cass.be

Ministério das Relações Exteriores: http://www.mre.gov.br

Organização das Nações Unidas: http://www.un.org

Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia: http://www.un/icty/

Tribunal Penal Internacional para Ruanda: http://www.ictr/org

He threw himself into the dance, clapping his hands, leaping and pirouetting in the air, falling on to his knees, leaping again with his legs tucked up.

NIKOS KAZANTZAKIS, Zorba. The Greek

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo